

# L'INDICE PENALE

*Rivista fondata da*  
PIETRO NUVOLONE

*Diretta da*  
ALESSIO LANZI

*Tra l'altro in questo numero:*

- In tema di colpevolezza
- Sul diritto penale nell'economia
- La revisione della sentenza di patteggiamento
- La sperimentazione sugli embrioni e il diritto penale
- In tema di confisca
- La responsabilità dei leader nella prospettiva internazionale

CEDAM



**Direttore**

ALESSIO LANZI

**Comitato di Direzione**

Alberto Cadoppi, Luigi Stortoni, Paolo Tonini

**Comitato Scientifico**

Franco Coppi, Piermaria Corso, Angelo Giarda, Alfredo Molari, Elio Morselli, Antonio Pagliaro, Mario Pisani, Fabrizio Ramacci, Roland Riz, Giorgio Spangher, Sergio Vinciguerra. Renato Bricchetti, Stefano Canestrari, Luigi Domenico Cerqua, Ubaldo Giuliani Balestrino, Nicola Mazzacuva, Bartolomeo Romano, Giulio Ubertis, Paolo Veneziani.

Josè de Faria Costa-*Coimbra*, Fermin Morales Prats-*Barcelona*, Jean Pradel-*Poitiers*, Alexander McCall Smith-*Edinburgh*, Gonzalo Quintero Olivares-*Tarragona*.

**Comitato di Redazione**

Stefano Putinati (coordinatore)

Paolo Aldrovandi, Daniele Carra, Paolo Damini, Gian Paolo del Sasso, Stefano Delsignore, Luca Monticelli, Cosimo M. Pricolo, Lorenza Tosato.

Emanuela Arduini, Luca Beltrami, Jessica Bertolina, Malaika Bianchi, Mario L'Insalata, Maria Chiara Parmiggiani, Cristina Pavarani.

**Hanno diretto la Rivista:**

Pietro Nuvolone    dal 1967 al 1984

Mario Pisani        dal 1985 al 1996

Nuova Serie - Anno XIV - N. 1

Gennaio-Giugno 2011

# L'INDICE PENALE

*Rivista fondata da*  
PIETRO NUVOLONE

*Diretta da*  
ALESSIO LANZI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI  
2011

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

*Copyright 2011 Wolters Kluwer Italia Srl*

ISBN 978-88-13-30663-2

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

---

GRAFICHE FIORINI - VIA ALTICHIERO, 11 - VERONA

---

## Indice

---

(n. 1 – gennaio-giugno 2011)

### Saggi e opinioni

MAURO RONCO, Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante» .....	pag.	7
UBALDO GIULIANI BALESTRINO, L'articolo 68 I co della carta costituzionale nella teoria della compartecipazione criminosa .....	»	23
FRANCESCA PESCE, Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale .....	»	29
KOLIS SUMMERER, Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della condicio <i>sine qua non</i> .....	»	69

### Studi e rassegne

ALESSANDRA SANNA, Sui presunti limiti sistematici alla revisione della sentenza di patteggiamento: l'ipotesi di nuove prove ..	pag.	105
VINCENZO TIGANO, La rilevanza penale della sperimentazione sugli embrioni tra la tutela del diritto alla vita e la libertà della ricerca scientifica .....	»	125
PIETRO SORBELLO, Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistematica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari .....	»	167

### Giurisprudenza: note, commenti, rassegne

Corte Costituzionale, 18 dicembre 2009, n. 333, con nota di ALESSANDRO LIPRINO, Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato .....	pag.	219
Cassazione, Sez. I penale, 9 gennaio 2009, in tema di confisca, con nota di CONCETTA GUERRA, Analogia in <i>malam partem</i> o continuità di <i>ratio</i> ? .....	»	237

### Diritto penale straniero, comparato, comunitario

ANNA MARIA MAUGERI, La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza internazionale penale .....	pag.	253
DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ, Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un «diritto penale colonizzato»: il caso colombiano .....	»	383
PAOLA MAGGIO, Esame del DNA e prova scientifica: le esperienze italiana e tedesca a confronto .....	»	445
FEDERICA RESTA, Ancora su terrorismo e stato della crisi .....	»	497

**Vecchie pagine, ricordi e prospettive storiche**

LAURETTA DURIGATO, L'esercizio di mestieri girovaghi nella legislazione di fine ottocento ..... pag. 521

**In memoria**

ENRICO MARIO AMBROSETTI, In ricordo di Sandro Calvi ..... pag. 599

**Hanno collaborato** ..... pag. 603

## *Cenni storici sulla colpevolezza «fondante» e sulla colpevolezza «graduante»*

SOMMARIO: 1. Generalità: facoltà sensibili e facoltà razionali alla base dell'agire umano. – 2. L'abbandono del profilo razionale dell'agire e le sue conseguenze sull'universo penale: il rifiuto dell'imputazione morale a fondamento della punibilità. – 3. Il ripudio della colpevolezza «graduante» e l'emersione della pericolosità come unico criterio della punibilità. – 4. Colpevolezza «fondante» e «graduante» nel pensiero di Alberto De Simoni (1740-1822). – 5. Le ricadute sulla struttura e sull'intensità del dolo discendenti dall'integrale considerazione del principio soggettivo. – 6. Una conferma in Francesco Carrara.

### *1. Generalità: facoltà sensibili e facoltà razionali alla base dell'agire umano.*

È convinzione diffusa che la libertà dell'uomo nel mondo, come progetto e come compito, sia estranea alla determinazione della struttura del reato. La libertà, al massimo, viene concessa come presupposto negativo, nel senso che l'assenza di fattori patologici che mettono in discussione la normalità psichica della persona costituirebbe un mero presupposto della colpevolezza, ovvero, ancor più riduttivamente, un presupposto necessario per l'applicazione della pena. È mia convinzione, invece, che la considerazione della libertà come realtà ontico/etica sia indispensabile per la comprensione corretta del reato *a parte animi*, cioè della componente personale del fatto e, dunque, per la descrizione completa del reato<sup>(1)</sup>. Peraltro, soltanto la considerazione ontico/etica del dispiegarsi della libertà nel mondo può correttamente spiegare sia le ragioni della punibilità della colpa, sia la somiglianza e, insieme, la differenza del dolo rispetto alla colpa, spiegare, in altri termini, l'analogia che caratterizza le realtà espresse da tali concetti. L'analogia, di cui si avvale la mente come strumento di conoscenza degli

---

<sup>(1)</sup> Ringrazio il caro Amico Francesco Gentile, che ho conosciuto nella Facoltà di Giurisprudenza di Padova come Maestro di filosofia del diritto, per aver risvegliato in me l'amore mai spento per la filosofia. Questo scritto è stato originariamente pubblicato sulla rivista on-line L'Ircocervo (Rivista italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello Stato) fondata da Francesco Gentile ed edita dalla Fondazione Gentile Onlus.



enti, scopre gli elementi di somiglianza e di differenza tra essi. Sul piano delle scienze pratiche fornisce la base per decidere se nella disciplina giuridica debbano prevalere gli elementi di differenza o quelli di somiglianza e, dunque, se il trattamento normativo di situazioni insieme differenti e somiglianti debba essere identico o differenziato. Così è per il tema del dolo e della colpa. Tra le due realtà vi sono somiglianze e differenze. È conveniente trattare la colpa in modo simile al dolo con riferimento alle situazioni in cui le somiglianze sono più significative delle differenze; occorre, invece, adottare il criterio opposto con riferimento ai rapporti e alle relazioni per le quali le differenze sono più significative.

Il nostro discorso implica che la scienza penalistica e la pratica giudiziaria tornino a considerare, ai fini dell'imputazione del reato, oltre al tema della relazione tra gli effetti e la condotta, altresì il tema dell'appartenenza dell'azione al soggetto. L'appartenenza dell'azione può predicarsi a due distinti livelli, uno più esteriore e l'altro più interno al soggetto. L'azione appartiene al soggetto quando essa è propria di lui, nel senso che il soggetto ne è autore in senso stretto. Il che accade quando il movimento o l'inerzia sono propri di lui, scaturiscono da un suo impulso volontario, e non sono l'espressione esteriore di una forza fisica, interna o esterna, superiore al soggetto e da lui non dominabile. Ovvero quando il movimento o l'inerzia avrebbero potuto essere impediti dal soggetto con il dispiegamento normale della sua energia volitiva, vuoi per impedire il movimento vuoi per innescare l'impulso volontario a compiere il movimento. Questa è l'autoria, cioè l'impedibilità del movimento o la superabilità dell'inerzia per l'iniziativa del soggetto.

La dottrina più moderna, riscoprendo una siffatta costellazione di situazioni, ha costruito su di essa la categoria dell'imputazione oggettiva, distinta tanto dalla causalità quanto dalla colpevolezza. L'imputazione oggettiva non deve sostituire né la categoria della causalità né quella della *culpa*, come colpevolezza; essa, ben delimitata, è una categoria intermedia che consente di riconoscere come non propria del soggetto quella condotta che, pur naturalmente e logicamente causale rispetto all'evento, si estrinseca nel mondo in forza di un potere, interno o esterno al soggetto, che quest'ultimo non è in grado di controllare. Non è un'invenzione moderna, ma la semplice riproposizione dell'idea aristotelica dell'autoria, che l'azione è propria dell'uomo soltanto quando scaturisce da un suo impulso volontario, ovvero quando, pure non scaturendo da tale impulso, essa è dominabile dalla volontà del soggetto, cui viene ugualmente imputata perché l'uomo ha posto in essere liberamente la causa immediata del suo agire volontario o perché avrebbe potuto, con uno sforzo di attenzione e di volontà, impedire il movimento o superare l'inerzia.

Nel lessico codicistico l'autoria appare all'art. 42, co. 1° del codice sotto la terminologia di coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione. Si intende con ciò che l'imputazione postula come sua base essenziale la

presenza di una condotta spontanea dell'uomo, cioè propria dell'uomo, cioè non costretta, esteriormente o interiormente, da forze che non sono da lui dominabili. La condotta di cui parla l'art. 42, 1° co. esprime il concetto di autoria: occorre, affinché vi sia punibilità, che la condotta spesa nel mondo sia una condotta tipica dell'uomo, proveniente dalla sfera lucida del cervello e sgombra da costrizione alcuna. Sono condotte coscienti e volontarie quelle inerzie e quei movimenti che trovano la loro causa in un impulso motore proveniente dal soggetto.

Questa condotta è un frammento iniziale della condotta reale; indispensabile perché quest'ultima sia sottoposta a valutazione giuridica; ma è sempre e soltanto lo spezzone iniziale di una azione più ampia, con la quale la volontà dell'uomo si apre all'orizzonte del mondo. La condotta che si apre a questo orizzonte e che lede un bene giuridico è necessariamente dolosa o colposa, perché dolo e colpa sono le connotazioni qualitative del disvalore giuridico dell'agire. Lo sforzo analitico del legislatore, che ha attribuito uno spazio autonomo alla forza maggiore, al costringimento fisico, all'incoscienza involontaria, al fattore fortuito che provoca l'agire involontario addita all'attenzione dell'interprete un frammento del reale e non il reale tutto intero dell'azione umana. Invero, non sono proprie dell'uomo le azioni o le omissioni che non scaturiscono da un impulso volontario. Tuttavia, affinché le condotte siano apprezzabili sul piano morale e giuridico, non è sufficiente che il movimento o l'inerzia trovino la loro origine in un impulso volontario. Anche le appetizioni sensibili degli animali sono coscienti allorché sorgono da un moto della sensibilità interna. Il leone che afferra la gazzella per soddisfare l'appetizione sensibile della fame è portatore di un movimento cosciente che scaturisce da un impulso interno; pertanto, tiene un comportamento «cosciente» e «volontario», se si dà della nozione di «coscienza» una spiegazione nel senso di mera rappresentazione della realtà esterna e della nozione di «volontà» una spiegazione nel senso di impulso spontaneo al movimento non costretto da una forza cogente superiore. Nelle azioni umane v'è ben di più che l'associazione delle sensazioni e il coordinamento delle stesse verso il medesimo oggetto rappresentato, con il successivo movimento che soddisfa l'appetizione sensibile. Il mondo del volontario umano è assai più complesso e articolato e rinvia a una serie di componenti di ordine superiore alla sensazione, alla percezione, all'impulso al movimento o all'inerzia corporea. Al di sopra della sfera delle potenze psico-vitali, in qualche modo simili nell'uomo e nell'animale (ma, in ogni caso, diversamente operanti, perché sulla sfera psico-vitale dell'uomo interagiscono sempre le potenze superiori che a lui soltanto appartengono), vi è la sfera delle potenze psico-noetiche e di quelle specificamente personali, che si è soliti designare in modo sintetico con i concetti di intelletto e di volontà. Certo, v'è corrispondenza analogica tra le sensazioni e le rappresentazioni; tra gli impulsi e i motivi; tra le tendenze e gli scopi. Ma le rappresentazioni non si riducono alle sensazioni;

i motivi agli impulsi; gli scopi alle tendenze, anche se tra ciascuna coppia di concetti sussiste una certa analogia. Più ancora, al di sopra del campo psico-noetico v'è la sfera, propriamente e specificamente umana, della libertà: ora, la componente soggettiva del reato, meglio, il reato *a parte animi* trova la sua radice proprio nella sfera personale, o della libertà, dell'uomo. È evidente che, in una rappresentazione a strati, non errata, ma certamente incompleta dell'uomo, occorre ricercare, prima della libertà, le sensazioni, poi le rappresentazioni, poi gli impulsi emotivi, infine le tendenze e gli scopi. Senza passare attraverso i singoli stadi non è possibile trovare la sfera del volontario eticamente e giuridicamente significativo. È ovvio che non può sottoporsi a pena la condotta che sia stata frutto di un costringimento fisico o di un ottundimento interiore della coscienza; ma non basta, per la valutazione etica e giuridica, che la condotta sia cosciente e volontaria, nel senso riduttivo di condotta non contrassegnata nella sua origine dallo stigma dell'ottundimento interiore o della violenza esterna. Occorre che la condotta sia stata spesa dalla persona come espressione di un suo libero impegno nel mondo, che prende le forme, allorché l'oggetto dell'azione integra una lesione a un bene giuridico, del dolo o della colpa, cioè della *culpa* in senso ampio, come volontario allontanamento dal bene, conosciuto intrinsecamente dal soggetto e additato come obbligatorio dalla norma.

L'ordinamento giuridico penale ripudia la responsabilità oggettiva. Per evitarla in guisa veramente radicale occorre considerare non soltanto il profilo della *imputatio ad effectum*, quindi la relazione della condotta all'evento, ma altresì il profilo dell'*imputatio ad actum*, cioè il legame tra il soggetto e il proprio atto esteriore, che deve essere di tal natura da esprimere propriamente il carattere personale dell'agire.

## 2. *L'abbandono del profilo razionale dell'agire e le sue conseguenze sull'universo penale: il rifiuto dell'imputazione morale a fondamento della punibilità.*

Il diritto penale dell'800 e del '900 è debitore, più di quanto si pensi abitualmente, a Paul Johann Anselm Feuerbach, che nel 1799-1800 pubblicò un'opera, divisa in due parti, significativamente intitolata "*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*"<sup>(2)</sup>. Revisione, dunque, cioè messa in discussione dei concetti tradizionali del diritto penale e sua ricostruzione su nuovi principi. Una cosa non da poco,

---

<sup>(2)</sup> P.J.A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I. Teil, Erfurt, 1799; II. Teil, Chemnitz, 1800.

evidentemente, se si pensa che i princìpi e i concetti del diritto penale non erano all'inizio del diciannovesimo secolo una cosa recente, ma affondavano le loro radici in un discorso, sull'uomo e sulla sua vita in società, svolto ininterrottamente da e per secoli. Feuerbach dimostra una intelligenza sistematica e una organizzazione logica del pensiero veramente notevoli. Per un verso, egli è sostenitore quasi ingenuo dell'immagine del mondo e dell'uomo formatasi nell'ambito della corrente illuministica francese, sensistica quanto a teoria della conoscenza, materialistica quanto a orizzonte metafisico, deterministica sul piano della ragione pratica. Per altro verso egli trova nella teoria dei due mondi di Immanuel Kant, quello fenomenico e quello noumenico, definiti rispettivamente come mondo della necessità e come mondo della libertà, la soluzione del problema del diritto in generale e del diritto penale in specie<sup>(3)</sup>. Il mondo del diritto appartiene rigorosamente e ineludibilmente alla necessità. Soltanto nell'esperienza morale v'è spazio per la libertà. Il diritto è sottoposto alla legge della necessità; il modello dell'uomo giuridico è quello dell'uomo schiavo delle sensazioni e degli impulsi che da esse scaturiscono. Modello che il naturalismo illuministico, soprattutto di scuola francese, aveva codificato. Ogni contaminazione tra il mondo giuridico e quello morale deve essere bandita.

La libertà, sotto ogni riguardo, è soltanto un concetto morale, che ha contenuto e significato per la moralità delle azioni, e non per la loro giuridicità<sup>(4)</sup>. L'imputazione morale rinvia al fondamento morale della pena e all'idea che essa possa valere come monito nei confronti della ragione

---

<sup>(3)</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, 1787, tr. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice, Bari, 2007, P. II, II, L. II, Cap. II, Sez. IX, 338-365, in particolare 349, ove la questione della libertà è posta nei seguenti termini: "...se la libertà sia comunque soltanto possibile, e se, ove sia possibile, essa possa stare insieme con l'universalità della legge naturale di causalità; quindi, se sia una proposizione esattamente disgiuntiva, che ogni effetto nel mondo deve provenire o da natura o da libertà, ovvero se non possa piuttosto, in un medesimo avvenimento, aver luogo insieme l'una e l'altra cosa sotto rispetti diversi...Se, infatti, i fenomeni sono cose in sé, non c'è più scampo per la libertà. Allora la natura è la causa completa e in sé sufficientemente determinante di ogni avvenimento, e la condizione di questo è contenuta sempre solo nella serie dei fenomeni, che, al pari dei loro effetti, sono necessariamente subordinati alla legge naturale. Se, invece, i fenomeni non son presi per nulla più di quello che sono in fatto, cioè non per cose in sé, ma semplici rappresentazioni, legate fra loro secondo leggi empiriche, allora devono essi stessi avere delle cause che non siano fenomeni. Ma una tale causa intelligibile, rispetto alla sua causalità, non è determinata da fenomeni, benché i suoi effetti siano fenomeni e perciò possano essere determinati da altri fenomeni. Essa, dunque, con la sua causalità, è fuori della serie; al contrario i suoi effetti rientrano nella serie delle condizioni empiriche. L'effetto pertanto può, rispetto alla sua causa intelligibile, essere considerato come libero, e nondimeno insieme, rispetto ai fenomeni, come una conseguenza di essi secondo la necessità della natura; distinzione che, se si propone in generale e in modo del tutto astratto, deve sembrare straordinariamente sottile ed oscura, ma si chiarirà nell'applicazione".

<sup>(4)</sup> FEUERBACH, *Revision*, cit., *Einleitung*, XXI: "la libertà, ovvero, secondo altri, la volontarietà, deve essere condizione dell'intera punibilità esterna. Ma la libertà è invero esclusi-

umana. Ma questa componente appartiene al mondo soprasensibile, ove nessun occhio mortale può penetrare<sup>(5)</sup>. Abolito il concetto dell'imputazione morale, va pure cancellata la pena fondata sull'idea della libertà, del merito, della colpevolezza. Il fondamento della punibilità va ritrovato esclusivamente nel significato della pena comminata dallo Stato, intesa nel senso di intimidazione psicologica, che si dirige all'uomo come ente fenomenico ed empirico, completamente determinato nelle componenti fisiche e psichiche del suo esistere. Scopo della pena è contrastare le disposizioni psichiche antisociali dei cittadini, di impedire che essi rivolgano i loro desideri a ciò – per esempio la violazione della legge penale – a cui li spingerebbe la tendenza a ricercare il piacere<sup>(6)</sup>. Alla stregua del sensismo gnoseologico dell'Autore germanico il motivo che spinge a desiderare di compiere azioni delittuose sta nel piacere inerente all'azione o nel dispiacere per il piacere insoddisfatto, conseguente al mancato compimento dell'azione. Per indirizzare l'uomo empirico a trattarsi da un'azione che soddisfa il suo desiderio sensibile, essendo impossibile l'appello alla libertà, occorre esercitare un effetto contrario sulla sensibilità; contrastare l'inclinazione sensibile attraverso un'altra inclinazione dello stesso genere; contrastare la molla sensibile al compimento dell'atto attraverso l'artificiale costruzione di un'altra molla sensibile<sup>(7)</sup>. L'intrecciarsi delle forze sensibili diventa così il criterio dell'operatività penale, sottratto al vaglio della ragione e all'esperienza della libertà. Le violazioni della legge penale possono essere impedito se il cittadino sa con certezza che alla loro violazione seguirà un male più intenso rispetto a quello che scaturisce dalla mancata soddisfazione del piacere ricavabile dal compimento dell'azione<sup>(8)</sup>. Strumento della coazione psicologica è la pena: male sensibile, minacciato attraverso una legge pre-sussistente; male inflitto invariabilmente dallo Stato a causa della violazione del diritto<sup>(9)</sup>. Pena e reato sono reciprocamente condizionati: nessuno può volere l'uno senza l'altra; nes-

---

vamente un concetto morale, che soltanto in un modo e in un senso assai diverso ha contenuto e significato”.

<sup>(5)</sup> *Ibidem*, I, 33.

<sup>(6)</sup> *Ibidem*, I, 43: “lo scopo dello Stato consiste in ciò, che colui il quale ha tendenze antisociali (antigiuridiche), sta impedito psicologicamente a determinarsi effettivamente secondo la spinta di queste tendenze”.

<sup>(7)</sup> *Ibidem*, I, 44: “resta allo Stato nessun altro strumento che operare attraverso la sensibilità sulla sensibilità e contrastare l'impulso attraverso un altro impulso, la molla sensibile del fatto attraverso un'altra molla sensibile”.

<sup>(8)</sup> *Ibidem*, I, 46: la convinzione che all'azione antigiuridica seguirà la pena “opera come motivo contrario a ogni desiderio antigiuridico, lo supera, lo distrugge e rende impossibile che l'impulso antigiuridico determini il soggetto ad agire realmente”.

<sup>(9)</sup> *Ibidem*, I, 49-56.

suno si può determinare al fatto contrario alla legge senza soggiacere al male da essa minacciato<sup>(10)</sup>.

Dal concetto di pena deriva il concetto di imputazione con una inversione radicale rispetto a tutta la tradizione criminalistica. La prima domanda, nel concetto tradizionale di imputazione, è la seguente: quale condotta può essere imputata ad un uomo e perché; quali sono le ragioni di giustizia che consentono l'imputazione di una condotta al suo autore. Feuerbach aggredisce questa concezione stabilendo che l'imputazione giuridica nasce dalla decisione dello Stato di infliggere una pena per evitare l'azione qualificata come anti-giuridica. Altra e diversa cosa è l'imputazione morale, alla cui stregua un soggetto è descritto come la causa libera di un fatto<sup>(11)</sup>.

### 3. *Il ripudio della colpevolezza «graduante» e l'emersione della pericolosità come unico criterio della punibilità.*

Cancellata la libertà e, conseguentemente, la colpevolezza a fondamento della punibilità, deve naturalmente sparire anche la colpevolezza come criterio «graduante» la misura della pena. La critica di Feuerbach è rivolta contro l'opinione, propriamente tradizionale e ancora assolutamente dominante al suo tempo, opinione che gli appare "... non soltanto senza senso, ma anche completamente falsa e anche intrinsecamente in sé contraddittoria"<sup>(12)</sup>, secondo cui quanto maggiore appare la libertà di cui la persona ha abusato nella realizzazione del fatto illecito, tanto maggiore è la punibilità cui essa va sottoposta; quanto minore la libertà, tanto minore la punibilità. L'asserto sarebbe falso perché la libertà non appartiene al campo del diritto positivo ("La libertà non appartiene invero al campo del diritto positivo")<sup>(13)</sup>; perché la libertà è un assoluto, che ha il suo oggetto nel mondo soprasensibile ("...e come essa è in se stesso un assoluto come oggetto del mondo soprasensibile, non può essere pensata secondo un grado maggiore o minore")<sup>(14)</sup>; perché la libertà è soltanto una forza per il bene; e non si può parlare di un'esteriorizzazione della libertà contro il bene ("La libertà è dunque soltanto una forza per il bene e noi non possiamo assolutamente parlare di una disposizione della libertà contro il bene")<sup>(15)</sup>. Dunque, l'abuso maggiore o minore della libertà non può costituire criterio di misura della punibilità. Il contegno anti-giuri-

<sup>(10)</sup> *Ibidem*, I, 49.

<sup>(11)</sup> *Ibidem*, I, 152.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*, II, 275.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*, II, 284.

<sup>(14)</sup> *Ibidem*, II, 289.

<sup>(15)</sup> *Ibidem*, II, 290.

dico ha la sua origine non nella libertà, ma nel determinismo delle cause naturali, che inducono la volontà ad agire secondo necessità: “Il desiderio anti-giuridico ha dunque nella sensibilità il suo motivo determinante; si tratta di un impulso che determina la volontà ad attivarsi”<sup>(16)</sup>. “L’affermazione che l’uomo si determina in forza di un piacere sensibile all’atto anti-giuridico non significa altro che dire che questo piacere è il motivo determinante e l’impulso del desiderio anti-giuridico”<sup>(17)</sup>.

Che prevalgano i motivi determinanti il soggetto a compiere l’azione illecita ovvero quelli inducenti all’astensione non dipende in alcun modo dalla volontà libera dell’uomo, ma dal rispettivo peso dei motivi nella rappresentazione del soggetto<sup>(18)</sup>. Segue da ciò che la misura della pena va esclusivamente ricavata dalla intensità dell’intimidazione necessaria per operare come contromotivo dell’azione illecita. Tanto più consistente è la forza dei motivi, *id est*, dei fattori causali che spingono all’azione, tanto più grave deve essere la forza intimidativa della pena. Il pericolo di future violazioni della legge è tanto maggiore quanto più forti sono gli impulsi sensibili che determinano al reato. Se ciò è vero, deve valere la regola seguente per graduare la punibilità: quanto più forti, duri e dominanti sono gli impulsi determinanti al reato, tanto più severa e grave deve essere la misura della pena<sup>(19)</sup>.

Nel sistema di Feuerbach, dunque, la negazione della libertà in foro esterno vale non soltanto per negare la cosiddetta colpevolezza «fondante», ma altresì la colpevolezza «graduante». La libertà e, dunque, la colpevolezza, non possono costituire né fondamento né misura della punibilità; essa dipende esclusivamente, sia quanto a fondamento sia quanto a misura, dall’attitudine del soggetto a percepire sensibilmente la minaccia del male sensibile della pena. Meno il soggetto percepisce questa paura, e più lo stimolo sensibile ad agire sopravanza tale paura sensibile, maggiori debbono essere la pena minacciata, la paura indotta e la punizione effettivamente praticata. Soltanto aumentando il livello di paura sensibile, è possibile vincere, con una controazione che agisce sulla sensibilità, lo stimolo sensibile al piacere dell’azione illecita.

La negazione dell’imputazione morale e, di conseguenza, della colpevolezza fondante la punibilità, porta come logica conseguenza anche al rifiuto della colpevolezza in chiave graduante della punibilità. Questo passaggio è, nella pratica giudiziaria, di portata incommensurabile, conducendo a punire il reo in modo tanto più severo quanto più egli è stato condizionato e influenzato nella sua azione da fattori esteriori o interni che hanno offuscato o reso inoperativa la sua libertà di agire.

---

<sup>(16)</sup> *Ibidem*, II, 304.

<sup>(17)</sup> *Ibidem*, II, 306.

<sup>(18)</sup> *Ibidem*, II, 324.

<sup>(19)</sup> *Ibidem*, II, 334.

4. *Colpevolezza «fondante» e «graduante» nel pensiero di Alberto De Simoni (1740-1822).*

Il principio feuerbachiano esprime un modello penale costruito sulla coercizione rivolta all'io sensibile, riguardato come ente materiale provvisto di ragione e di libertà. La legge penale non opera come precetto diretto alla ragione, ma come minaccia che incide sulla sensibilità. Per un diritto fondato sul riconoscimento della libertà dell'uomo come ente razionale e, dunque, sulla colpevolezza, vale il principio opposto, secondo cui il criterio della sua graduazione è il tasso maggiore o minore di libertà, esterna ed interna, di cui l'agente si avvale al momento dell'atto: se i fattori di condizionamento intervengono in misura minore, maggiore è il grado di colpevolezza; meno il soggetto appare libero, per i condizionamenti del suo vissuto personale e per la ristrettezza del suo orizzonte concettuale, minore è l'intensità della colpevolezza.

Mi pare conveniente rintracciare i tratti di un modello penale fondato sulla colpevolezza nell'opera di un Autore che si colloca all'origine del moderno diritto penale italiano, Alberto De Simoni, giurista lombardo, oggi quasi dimenticato, che fu tuttavia molto stimato negli ultimi decenni del '700 e nei primi due decenni dell'800. Egli trattò la materia penalistica in un orizzonte riformatore ispirato a principi tratti dalla filosofia morale classica e cristiana<sup>(20)</sup>.

Trattando nel capitolo VI della prima parte dell'opera, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati* il tema relativo alla "Misura e proporzione delle pene per riguardo all'affetto ne' delitti", l'Autore inizia il suo discorso mostrando sorpresa per la gravità dell'errore di Cesare Beccaria, non espressamente nominato, ma indicato come "un moderno filosofo, degno di qualche lode, ma troppo lodato"<sup>(21)</sup>, il quale volle calcolare la "moralità ed imputabilità delle azioni" "dal maggiore o minor danno derivato alla società"<sup>(22)</sup>, come se le azioni criminose dovessero essere punite "nella loro materiale esistenza e non nel loro morale principio"<sup>(23)</sup>. Poiché,

---

<sup>(20)</sup> L'Autore, nato a Bormio, prese parte al movimento illuminista per la riforma del diritto penale. Tra le sue opere principali, di tipo strettamente penalistico, cfr. *Del furto e sua pena*, Lugano, 1776, nonché, di filosofia del diritto, *Saggio critico storico e filosofico sul diritto di natura e delle genti e sulle successive leggi, istituti e governi civili e politici*, in due tomi, opera postuma apparsa a Milano nel 1822. Svolgo le mie considerazioni riferendomi all'opera fondamentale di DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, con Preghomeni illustrativi della medesima opera di F. Turotti, Milano, quinta edizione, 1851.

<sup>(21)</sup> *Dei Delitti*, cit., 212.

<sup>(22)</sup> *Ibidem*.

<sup>(23)</sup> *Ibidem*, 203. Se le azioni dovessero essere punite soltanto nella loro materiale esistenza, si distruggerebbe il rilievo della moralità delle azioni e si rovescerebbe il fondamento dell'imputazione giuridica. Per questo rilievo critico all'opera di Cesare Beccaria, cfr. anche



invece, le azioni esteriori, secondo la filosofia che vede l'essere umano composto di anima spirituale e di corpo materiale, sono frutto insieme dell'atto esteriore corporeo e dell'interiore movimento dell'animo, "il primo come materia visibile della forma del secondo per sé invisibile e che non può cadere sotto i sensi"<sup>(24)</sup>, consegue che non può farsi luogo a «imputabilità» e a «imputazione» di un'azione se non quando e nella misura in cui gli atti interni della volontà costituiscono causa formale e, cioè, parte primaria dell'azione umana avente significato morale<sup>(25)</sup>. De Simoni distingue tra «imputabilità» e «imputazione»: la prima è la "qualità intrinseca dell'azione rispetto al principio o alla causa che l'ha prodotta"<sup>(26)</sup>. Questa qualità intrinseca "dà norma"<sup>(27)</sup> alla imputazione, che è l'atto del legislatore o del giudice o di chiunque altro "che mette attualmente a conto altrui l'effetto di un'azione la quale di sua natura è tale che può essere imputata"<sup>(28)</sup>.

Evidente con ciò è l'affermazione del primo principio, che potremmo definire di «diritto naturale», del diritto penale, al cui rispetto non può sottrarsi il legislatore, pena lo statuire un comando ingiusto, dunque, un comando non valido come legge. Si tratta del principio della «imputazione personale», cioè fondata e calcolata nelle sue conseguenze sulla forma soggettiva dell'agire. Dunque, gli atti interni della volontà sono causa formale dei delitti. Al soggetto, considerato come ente razionale, e non, riduttivamente, come soggetto soltanto sensibile, deve rivolgersi primariamente la legge, perché in tanto la legge è obbedita abitualmente in quanto il contenuto del precetto, sottoposto all'intelletto, sia proposto alla volontà attraverso il giudizio della ragione<sup>(29)</sup>. In questo passo affiora una preziosa verità, obliata dall'imperativismo moderno, secondo cui la legge non esprime un comando diretto alla volontà del cittadino, bensì propone un esempio al suo intelletto, affinché, mediante il giudizio della ragione, la volontà aderisca al modello giusto e si adegui a esso.

Il comando che impone di rispettare il precetto è sempre frutto di una decisione autonoma del soggetto, mai di una imposizione eteronoma che proviene *ab externo*, dal potere dello Stato o di chicchessia altro. De Simoni appoggia l'assunto a due *auctoritates*, a Marco Tullio Cicerone e all'imperatore romano Leone. Il primo ricorda nel *De Oratore* che " ...noi impariamo... coll'autorevole cenno delle leggi, a domare le nostre passioni, a fre-

---

le illuminanti parole di un Autore contemporaneo di quest'ultimo, RENAZZI, *Elementa juris criminalis, Venetiis*, 1776, L. I, Cap. XIII, VI, 92.

<sup>(24)</sup> *Ibidem*.

<sup>(25)</sup> *Ibidem*, 214.

<sup>(26)</sup> *Ibidem*.

<sup>(27)</sup> *Ibidem*.

<sup>(28)</sup> *Ibidem*.

<sup>(29)</sup> *Ibidem*, 215.

nare i morbosi desideri, a conservare i nostri beni e a tenere lontani dai beni altrui il pensiero, gli occhi e le mani”<sup>(30)</sup>; il secondo, nella Novella Leonis 105 insegna che: “Al corpo soltanto conviene il beneficio della medicina; le leggi invero danno vantaggi tanto all’animo quanto al corpo”<sup>(31)</sup>. L’insegnamento è opposto a quello coevo di Anselm Feuerbach: nell’Autore italiano la legge è un esempio per l’intelletto, che comanda autonomamente alla volontà; la colpevolezza è il rifiuto della volontà di conformarsi al giudizio della ragione; l’imputabilità è la intrinseca qualità morale del soggetto che non aderisce al bene che l’intelletto, sorretto dall’esempio della legge, ha effettivamente riconosciuto o avrebbe almeno potuto riconoscere; la pena è calcolata in funzione della capacità dell’intelletto di riconoscere il valore del bene additato dal precetto e della volontà di conformarsi al giudizio della ragione. In Feuerbach la legge incute paura alla parte materiale e corporea del soggetto, dirigendosi direttamente alle sue facoltà sensibili; alla colpevolezza è sostituita la intimidabilità; la intimidabilità è l’attitudine del soggetto di avvertire la paura incussa dalla minaccia di sofferenza da parte della legge; la pena è calcolata in funzione del livello di insensibilità del soggetto alla paura.

De Simoni sviluppa poi alcune considerazioni sull’ovvia, ma spesso trascurata, verità per cui gli atti interiori dell’intenzione e della volontà costituiscono oggetto indiretto della norma giuridica. Poiché, invero, l’atto esteriore, per essere atto umano, deve ricevere la sua forma dall’interiore atto intellettuale e volitivo, l’obbedienza alla legge non è cosa che riguarda solo il guscio esterno della persona, ma anche il suo motore interno<sup>(32)</sup>. Conseguente da ciò che di un’azione può predicarsi la giustizia e la bontà, ovvero l’ingiustizia e la malvagità, tenendosi conto soltanto «di tutti i suoi esterni ed interni rapporti morali»<sup>(33)</sup>. Se si prescindesse da essi, si trascurerebbe la causa formale dell’agire e, conseguentemente, la sua intrinseca qualità imputabile. Vero è, incalza l’Autore lombardo, che le leggi civili misurano la maggiore o minore ingiustizia delle azioni in funzione del maggiore o minor danno della società e dei suoi componenti. Vero anche, tuttavia, che questo calcolo di ingiustizia esterna postula necessariamente il calcolo previo sulla moralità interna dedotta dai rapporti morali dell’agente rispetto al suo agire. Le azioni delle persone incapaci di intendere o di volere, “di un mentecatto, di un furioso, di un fanciullo e quelle che fuori dell’intenzione e volontà dell’agente sono per un accidente e per un impensato caso avvenute”<sup>(34)</sup>, non sono imputate, perché in esse è assente la causa

---

<sup>(30)</sup> M.T. CICERONE, *De Oratore*, lib. 1, cap. 44, in Id., *Opere retoriche*, a cura di G. Norcio, v. I, Utet, Torino, 1976, 188-189.

<sup>(31)</sup> NOVELLA LEONIS 105, citata in DE SIMONI, *op. cit.*, 215.

<sup>(32)</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 215.

<sup>(33)</sup> *Ibidem*, 216.

<sup>(34)</sup> *Ibidem*, 216.

formale che costituisce la imputabilità, cioè “gli interni morali rapporti, e con essi il necessario dato della moralità dell’azione”<sup>(35)</sup>. Per De Simoni, anche su questo punto in contrasto diametrico con Feuerbach, il compito della legge è di “formare l’abito morale negli uomini a cospirare nella socievole unione”<sup>(36)</sup>. Le istituzioni, invero, servono principalmente per formare o riformare i costumi, affinché l’uomo guadagni razionalmente la consapevolezza della sua “interna economia morale”<sup>(37)</sup>. Dall’equilibrio interiore germina “una specie di morale necessità di operare conformemente ai principi imbevuti”<sup>(38)</sup> e grave errore è ritenere che la prevenzione dei delitti possa realizzarsi con la “sola esteriore forza coattiva delle leggi”<sup>(39)</sup>.

De Simoni elabora, poi, nel solco di questi principi, i criteri per la commisurazione della pena, indicando “alcune ragioni di sottrazione morale”<sup>(40)</sup>, che devono rettificare il calcolo morale in ordine all’intensità della volontà colpevole. L’esame verte sulla forza che le passioni esercitano sull’azione umana. Se l’uomo fosse un puro corpo materiale, le passioni farebbero di lui un automa ciecamente portato alla appetizione sensibile degli oggetti necessari per la conservazione del suo meccanismo. Se fosse, al contrario, un puro spirito, le passioni esprimerebbero un impeto verso l’appetizione volontaria degli oggetti spirituali convenienti. Poiché, invece, l’uomo è un composto di anima e di corpo, le azioni che sorgono dall’operare delle passioni perdono la “loro qualità morale”<sup>(41)</sup> in proporzione inversa alla forza della passione che le ha prodotte. Onde, anche se il principio dell’atto, pur quando l’impulso della passione sia forte, rimanga dentro il soggetto e sia, dunque, riferibile alla sua volontà, tuttavia, in questa situazione, il principio volontativo, in cui si radica la colpa, e la conseguente imputazione, è meno direttamente coinvolto. In questo modo “...minorandosi la forza dell’intelletto, si minora anche la ragione di colpa”<sup>(42)</sup>. Ciò vale quando nell’uomo agisce con preponderanza la sostanza fisica rispetto alla sostanza spirituale, accostandosi egli allora nel modo di operare al mondo degli animali, nella cui natura e indole non vi è alcun profilo di moralità, e nelle cui azioni non v’è traccia di libertà. Conseguenza che le azioni contro la legge che nascono dall’ira, dal timore, dalla paura, dalla gelosia, quasi come reazione meccanica alla percezione dell’oggetto, non mediate dal giudizio dell’intelletto, sono meno imputabili, o ad-

---

<sup>(35)</sup> *Ibidem*.

<sup>(36)</sup> *Ibidem*, 219.

<sup>(37)</sup> *Ibidem*.

<sup>(38)</sup> *Ibidem*.

<sup>(39)</sup> *Ibidem*.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*, 220.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*, 221.

<sup>(42)</sup> *Ibidem*.

dirittura non imputabili, a meno che il soggetto abbia dato liberamente causa agli impulsi passionali ovvero abbia omesso liberamente di trattenerli, potendone evitarne il sorgere o lo scatenamento<sup>(43)</sup>.

Il tema dell'*actio libera in causa* viene trattato con grande prudenza filosofica e rigoroso rispetto del principio soggettivo. Vero che la "sottrazione morale"<sup>(44)</sup> in ordine al calcolo dell'imputabilità nei delitti sopporta una eccezione allorché il soggetto si sia messo volontariamente, per sua scelta, nella situazione in cui ha prevalso la parte corporea rispetto alla ragione. Vero, tuttavia, che vanno distinte le passioni che hanno avuto una causa morale indipendentemente dal fatto imputabile all'agente, come è nel caso dell'ira o della paura, dalle passioni "che sono l'effetto di un volontario stato e di una arbitraria circostanza a cui siasi ridotto l'agente, come sono tutte quelle, per cagion d'esempio, le quali derivano dallo stato e dalla circostanza di una abituale e premeditata ubriachezza"<sup>(45)</sup>. Ma anche in tal caso, l'agente risponderà soltanto e nella misura in cui si sia posto in tale situazione "colla presumibile antivedenza di ciò che ne poteva indi seguire"<sup>(46)</sup>.

##### 5. *Le ricadute sulla struttura e sull'intensità del dolo discendenti dall'integrale considerazione del principio soggettivo.*

Alberto De Simoni focalizza nel dolo il punto centrale di "moralità civile"<sup>(47)</sup> su cui, come forma morale del delitto, è fondata "...la ragione imputabile e imputativa"<sup>(48)</sup>, cioè l'appartenenza piena dell'atto alla persona («ragione imputabile»), nonché il giudizio attraverso cui il giudice, o, comunque, il terzo attribuisce l'atto al soggetto, chiamandolo a rispondere colla pena («ragione imputativa»). Accostandosi alla definizione di Tiberio Deciani, ma non sposandola completamente, l'Autore lombardo definisce il dolo come "un affetto dell'animo che porta l'uomo, o attualmente o abitualmente, ad un atto o ad un'azione opposta alle leggi e pregiudizievole alla società nel suo oggetto e nel suo affetto"<sup>(49)</sup>. La definizione, a mio avviso meno pregnante delle definizioni proposte da Deciani "Animus intellectu constans, certus ac sibi optime conscius et ad nocendum paratus"<sup>(50)</sup>,

<sup>(43)</sup> Così DE SIMONI, *op. cit.*, che cita una massima di Antonio Genovesi (1713-1769), dalla *Metafisica*, tom. 4, lib. 1, cap. 15, § 13.

<sup>(44)</sup> *Ibidem*, 222.

<sup>(45)</sup> *Ibidem*.

<sup>(46)</sup> *Ibidem*.

<sup>(47)</sup> *Ibidem*, 263.

<sup>(48)</sup> *Ibidem*.

<sup>(49)</sup> *Ibidem*, 262.

<sup>(50)</sup> DECIANI, *Tractatus criminalis D. Tiberii Deciani utinensis Duobusque Tomis distinctus, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis Senensem*, 1590, I. 6.16.

ovvero “Propositum ipsum et malus animus delinquendi”<sup>(51)</sup>, definizioni che portano l’accento sulla conoscenza intellettuale del fine, come conoscenza consapevole della sua contrarietà al bene protetto dal diritto, sottolineano due aspetti fondamentali, la causalità del fine, per un verso, e, per un altro verso, la consapevolezza dell’offesa al bene comune insita tanto nell’oggetto quanto nel principio del volere.

Essenziale per apprezzare la pienezza del dolo e il livello della sua riprovevolezza è la considerazione in ordine ai gradi di libertà morale del soggetto. Il dolo presenta fondamentalmente due gradi distinti di “civile moralità”<sup>(52)</sup>, il primo meno grave, allorché la volontà sia mossa da un impeto passionale, come è il caso dell’ira, dell’amore, del timore, della gelosia o del dolore, e, il secondo, che integra pienamente il dolo, quando l’azione è mossa da “una piena, perfetta e maturata malizia”<sup>(53)</sup>. Nel primo caso l’azione, pur suscettibile di una valutazione di qualità morale, per il mancato impedimento da parte della ragione del passaggio all’atto, può dirsi “di misto genere”<sup>(54)</sup>, cioè in parte volontaria e in parte involontaria, in proporzione e nella misura in cui incide sul soggetto la violenza della passione. Spetta al discernimento del giudice distinguere, nei casi pratici, grazie alla conoscenza delle leggi relative all’incidenza dell’energia sensitiva sulla natura razionale dell’uomo, tra le situazioni in cui effettivamente è sorta nel soggetto una tempesta emotiva e le situazioni in cui tale tempesta sia stata artificiosamente affettata da parte dell’accusato, allo scopo di sminuire il livello di appartenenza dell’azione a se stesso e, conseguentemente, diminuire la gravità dell’imputazione. Nel secondo caso soltanto, quando il delitto sia stato commesso con “un animo freddo, tranquillo, né scosso dalla violenza di quegli affetti che sono un effetto delle passioni”<sup>(55)</sup> sussiste vero dolo, definibile come “piena, perfetta e compiuta malizia”<sup>(56)</sup>. Invero, la prima forma di dolo non si radica pienamente nella decisione della ragione. Poiché, tuttavia, in tale forma sussiste, a differenza che nei casi di azione commessa per ignoranza, un principio morale nella volontà e nell’animo dell’agente, tali atti, in quanto *liberi in causa*, derivano dalla volontà e sono appartenenti alla persona. Il vero dolo, invece, è malizia piena, definita da S. Tommaso d’Aquino come quello stato in cui il soggetto prepone il male al bene, si costruisce, cioè, una massima per sé in contrasto con la massima dettata dalla norma<sup>(57)</sup>. Dunque,

<sup>(51)</sup> *Ibidem*, I. 4.9.

<sup>(52)</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 263.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*.

<sup>(54)</sup> *Ibidem*, 264.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*, 265.

<sup>(56)</sup> *Ibidem*.

<sup>(57)</sup> S. TOMMASO L. 2, quaest. 78, a. 1: la malizia piena è una “*pravitas quaedam mentis studiose et de industria, praeponeus malum bono*”.

per De Simoni, si commettono con vero dolo i delitti quando essi sono stati realizzati con la consapevole capacità di riflettere sui mezzi congruenti al fine e con proposito deliberato<sup>(58)</sup>.

Le considerazioni svolte sulla distinzione in ordine ai due tipi di dolo inducono De Simoni a una illazione acutissima circa la sufficienza del dolo più sfocato, quello che si esprime in un “vizioso eccesso”, a sostenere l'imputazione per il delitto consumato, ma non per il delitto meramente tentato. Laddove, invero, manca l'effetto reale conseguente alla condotta, la punibilità si giustifica soltanto allorché il delitto abbia per principio morale soltanto il dolo della seconda specie, cioè quello “di piena malizia”<sup>(59)</sup>.

#### 6. Una conferma in Francesco Carrara.

Ben nota è la posizione del Maestro toscano in ordine alla struttura del dolo, che egli fonda sulla volontà criminosa. Ovvio che a formare il dolo debba concorrere la coscienza, perché la volontà senza la coscienza non può dirsi dolosa. La parte “sostantiva”<sup>(60)</sup> del dolo sta però nella “parte dalla quale ebbe impulso l'azione... e siccome cotale impulso muove dalla volontà, mentre la coscienza...non potrà in eterno mai essere causa di movimenti; così la parte *sostantiva* della definizione del *dolo* deve fornirsi dall'elemento della volontà e non da quello dell'*intelletto*”<sup>(61)</sup>. Da qui la definizione di dolo come “l'intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge”<sup>(62)</sup>.

Ora, partendo dall'accento posto sulla volontà come parte «sostantiva» del dolo, Carrara distingue quattro gradazioni di tale elemento soggettivo, in funzione delle “cause che spinsero l'uomo all'azione malvagia”<sup>(63)</sup>. I criteri adottati per la quadripartizione sono due: il primo è da rintracciarsi nelle condizioni anteriori al suo sorgere, cioè alla sua genesi, con relazione al fatto che ha influito intrinsecamente sulla determinazione dolosa; il secondo nella situazione che si determina nell'animo del soggetto successivamente al sorgere della determinazione dolosa, sostanzialmente

<sup>(58)</sup> DE SIMONI, *op. cit.*, 268.

<sup>(59)</sup> *Ibidem*, 269.

<sup>(60)</sup> Uso come testo di riferimento, tra i tanti possibili, CARRARA, *Dolo (Sunto di una lezione)*, in *Opuscoli di Diritto Criminale*, v. I, Sesta edizione, Firenze, 1909, 309-334. La parola citata è a p. 312.

<sup>(61)</sup> *Ibidem*, 312-313. Mi permetto di esprimere il mio parziale dissenso con il pensiero del grande Maestro, che non distingue adeguatamente tra *coscienza* e *intelletto* e che sottovaluta il ruolo dell'*intelletto* nella struttura del dolo.

<sup>(62)</sup> *Ibidem*.

<sup>(63)</sup> *Ibidem*.

nella perseveranza e durata *in interiore animi* del malvagio proposito. Da qui la focalizzazione dei quattro gradi del dolo:

“Primo grado – *Spontaneità e perseveranza in stato positivo* – “Perseveranza del malvagio proposito, e assenza di violenta “passione. Ecco il delitto freddamente premeditato.

“Secondo grado – *Spontaneità minorata: perseveranza in stato “positivo* – Si ha la continuazione del malvagio proposito per “non breve intervallo; ma sotto il predominio di veemente “passione. Ecco quella che la pratica denominò semplice “deliberazione.

“Terzo grado – *Spontaneità in stato positivo: Perseveranza in “stato negativo* – Animo scevro dall'ebbrezza di cieca “passione; ma deficienza di intervallo fra la terminazione e l'azione. Ecco, il delitto che dicesi *volontario semplice*; o “d'improvvisa risoluzione. Un affetto bisogna bene supportarlo “sempre anche in questo grado di dolo, ma non un affetto che “tolga la riflessione ed il calcolo.

“Quarto grado – *Spontaneità minorata: Perseveranza in stato “negativo* – Non fu tra la determinazione e l'azione intervallo “di tempo: e fuvvi impulso di cieca passione. Ecco il delitto “che dicesi commesso sotto l'impeto degli affetti. Potrà spesso “questo quarto grado di dolo equipararsi al terzo nel suo “rapporto con la politica imputabilità, per l'evidente *ingiustizia* “della causa che concitò la passione, ma nelle sue condizioni “psicologiche ne sarà sempre distinto: perché o giustamente, o “ingiustamente eccitata, la passione precipitò sempre la “violazione”<sup>(64)</sup>.

Interessa in questa sede verificare il substrato ontologico, secondo Carrara, delle condizioni di questi quattro gradi di dolo, che portano a un diverso livello di imputazione morale. Il dolo è più grave, in funzione del profilo tanto della spontaneità quanto della perseveranza, perché “una volontà è tanto maggiormente malvagia e corrotta, quanto più a lungo e tenacemente si pasce di rei disegni: un animo si mostra tanto più depravato e perverso, quanto meno fu trascinato al reo proponimento da moti passionali, che agitato lo spingessero fuori dal retto sentiero. Per colui che delinque nell'accesso di cieca passione, il delitto è l'eccezione: per l'altro è l'abito”<sup>(65)</sup>. Dunque, le circostanze che eccitano “il delirio di un affetto veementissimo” sono ragione ontologica di una minorata imputabilità e, dunque, di una minore “imputazione politica del dolo”<sup>(66)</sup>.

Questo l'insegnamento della classica dottrina italiana, che mai ha abbandonato il principio della colpevolezza, vuoi in chiave «fondante», vuoi anche in chiave «graduante» la imputazione giuridica, in funzione dell'ontologica diversa appartenenza dell'azione al soggetto.

MAURO RONCO

<sup>(64)</sup> *Ibidem*, 318-319.

<sup>(65)</sup> *Ibidem*, 320.

<sup>(66)</sup> *Ibidem*.

## L'ARTICOLO 68 I CO DELLA CARTA COSTITUZIONALE NELLA TEORIA DELLA COMPARTICIPAZIONE CRIMINOSA

SOMMARIO: 1. Il collaudo della storia. – 2. Voto causale e voto superfluo. – 3. L'evidenza del concorso nei casi di votazione. – 4. Sul concorso quando i coautori hanno fatto lo stesso. – 5. Conclusione

### 1. *Il collaudo della storia.*

L'art. 68 I co della Costituzione è stato molto discusso, fin dalla sua entrata in vigore, sotto tanti profili. Ha avuto anche due riforme legislative (una con la legge costituzionale 29 ottobre 1993 n. 3 e l'altra con la legge 20 giugno n. 140). L'argomento dell'immunità è stato analizzato pure in relazione al problema di eventuali processi contro il presidente del Consiglio dei Ministri i ministri, sulla base dei diversi orientamenti di vari partiti e movimenti. Non vi è dubbio che il problema delle immunità delle alte cariche dello Stato è diverso da quello dell'immunità parlamentare, regolato dall'art. 68 della carta costituzionale: ma è pure evidente che tra le due problematiche vi sono analogie.

Ebbene: nonostante ciò, il principio enunziato all'art. 68 I co della carta costituzionale – secondo cui i membri del Parlamento non possono essere perseguiti per i voti dati e le opinioni espresse – è rimasto pacifico.

Nel 1948, il legislatore costituente ha mostrato di temere che un legislatore (o un giudice) futuro potrebbe considerare concorso nel reato il voto parlamentare a favore di una proposta criminosa.

Senza dubbio, l'art. 68 I co può applicarsi pure al reato individuale.

Un parlamentare che voti per una legge che estingue un peculato da lui commesso o realizza – mediante una votazione - un peculato a proprio favore può agire anche da solo. Ma può agire – ed è il caso di gran lunga più probabile e frequente – in concorso con altri.

È ragionevole supporre che sia questa la fattispecie avuta presente dal legislatore costituente quando dettò l'art. 68 I co.

E tale prospettiva non è revocata in dubbio dalla dottrina.

Posto che l'argomento delle immunità in genere (e dell'immunità parlamentare in specie) ha sempre attratto l'attenzione degli studiosi, dei po-



litici e dei legislatori; posto che la Costituzione è vigente da oltre sessant'anni; posto che nessuno – almeno a nostra conoscenza – aveva proposto l'abolizione dell'art. 68 I co della Costituzione; posto che norme analoghe si ritrovano in moltissimi ordinamenti del presente e del passato, si può ritenere che l'art. 68 I co della Costituzione abbia codificato un principio destinato a durare.

Gli antichi Romani – quando constatavano che una certa norma si ritrovava tra popoli lontani e diversi – ritenevano che quella norma potesse qualificarsi diritto naturale.

Pur nella varietà delle opinioni, crediamo che il venerando criterio degli antichi Romani vada tenuto presente nel nostro argomento.

## 2. *Voto causale e voto superfluo.*

Se questo è vero, il caso del voto è un'ipotesi (per lo più) di concorso, regolata espressamente dall'ordinamento giuridico per stabilire che il voto del parlamentare a favore di una proposta che sia – o sembri – criminosa non è punibile.

Mentre le norme sulla compartecipazione criminosa riguardano *ogni* forma di concorso nel reato, l'art. 68 I co della Costituzione si applica a un caso specifico di concorso.

Ebbene, cos'insegna questa norma?

Che non vi è nessuna differenza (sotto il profilo dell'esistenza della compartecipazione criminosa) tra voto causalmente determinante e voto eziologicamente superfluo.

Se rilevante a titolo di compartecipazione nel reato fosse il voto determinante, l'art. 68 I co dalla carta costituzionale avrebbe fatto una certa distinzione tra voto determinante e voto causalmente non determinante. Pertanto, l'art. 68 I co della Costituzione smentisce l'idea che il concorso di persone s'impenni sul nesso di causalità. Il legislatore costituente ha equiparato – all'art. 68 I co – il voto determinante e quello superfluo.

Beninteso, questo non è l'unico argomento che smentisce la concezione causale del concorso.

Rinviamo perciò pure alle altre critiche, ormai tradizionali, – altrui e nostre – alla concezione causale del concorso e già da noi altrove riassunte<sup>(1)</sup>.

In questa sede, basti porre in luce che l'art. 68 I co della carta costituzionale è *da solo* un ostacolo insormontabile alla definizione eziologica del concorso di persone.

<sup>(1)</sup> GIULIANI BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, 1988, *passim*.

Inoltre, l'art. 68 I co della carta costituzionale smentisce pure la tesi secondo cui il concorso avrebbe il suo fondamento nell'accessorietà.

Nelle votazioni, di regola, non vi è un esecutore materiale distinto dagli altri concorrenti. Manca una condotta principale cui sarebbe immaginabile che accedano le condotte per così dire subordinate. Molte volte, i votanti esprimono la loro volontà *tutti insieme*: ciò avviene, in particolare, quando si vota per alzata di mano. Perciò, non soltanto per motivi di prova (spesso si conosce e si verbalizza soltanto l'unanimità), ma pure perché non sussiste una condotta principale, il fatto che la votazione di una proposta criminosa sia concorso smentisce la teoria dell'accessorietà.

E perciò – fermo restando che molte sono le ulteriori e annose obiezioni a questa posizione di pensiero – l'art. 68 I co della Costituzione è un argomento sufficiente per respingere pure la teoria dell'accessorietà.

### 3. *L'evidenza del concorso nei casi di votazione.*

Inoltre, molti fatti storici specifici dimostrano che non si è mai dubitato che la votazione di una proposta criminosa sia *un caso di concorso di assoluta evidenza*.

Il regime borbonico restaurato dopo Waterloo volle punire l'uccisione di Luigi XVI avvenuta il 21 gennaio 1793. Benché moltissimi fossero stati coloro che avevano cooperato al regicidio, soltanto i convenzionali che avevano votato per la morte del Re furono esiliati dalla Francia di Luigi XVIII, dopo il 1815.

Ancor più significativo fu il processo di Verona, nel 1944. Furono imputati e (con l'eccezione di Cianetti, che aveva ritrattato il voto) condannati a morte i firmatari dell'ordine del giorno Grandi, presentato nell'ultima seduta del gran consiglio del fascismo.

La Repubblica sociale considerò un crimine – da punirsi con la pena di morte – la destituzione di Mussolini, avvenuta il 25 luglio 1943.

La conseguenza era ovvia: Vittorio Emanuele III e Badoglio avevano contribuito alla caduta di Mussolini molto più di tanti tra i firmatari della mozione Grandi e avrebbero dovuto essere anch'essi imputati nel processo di Verona: e – invece – il processo di Verona non li riguardò. Analogamente, molti tra i politici che avevano combattuto il trono, i militari che avevano scortato Luigi XVI fino alla ghigliottina avevano contribuito al regicidio almeno quanto i deputati della Convenzione che avevano votato per la morte del Re.

Eppure, soltanto i convenzionali furono esiliati dal regime borbonico restaurato.

Ciò dimostra che il voto a favore di una mozione ritenuta (a torto o ragione) criminosa è un caso di concorso *più evidente* delle altre ipotesi di compartecipazione criminosa.

Salvo errori, fummo i primi a segnalare questo diverso grado di evidenza. Ebbene: dal 1988, quando fu formulata questa nostra osservazione, non vi fu – al riguardo – obiezione alcuna.

#### 4. *Sul concorso quando i coautori hanno fatto lo stesso.*

Peraltro, questo nostro rilievo non riguarda *soltanto* il concorso mediante votazione relativa a una proposta criminosa.

Quando più sicari assassinano la vittima con diversi colpi d'arma da fuoco, i sicari sono – pacificamente – tutti assassini, pure nel caso in cui fosse provato che soltanto la pallottola di uno tra i sicari ha provocato la morte.

Quando due malviventi danno fuoco – ciascuno del proprio lato – a un'abitazione, i due complici vengono ritenuti due incendiari e il delitto d'incendio si considera commesso da entrambi.

E così è nei c.d. reati soggettivi propri: rissa, duello ( quando erano in vigore gli artt. 394 e 55 del c.p.), associazione a delinquere e via dicendo.

Il reato in cui tutti i concorrenti fanno *lo stesso* cade integralmente sotto i nostri sensi.

Esso è ciò che vediamo: basta, infatti, la testimonianza di un bambino per far condannare i giocatori d'azzardo. Se il bambino dichiara che ha veduto i giocatori calare a turno una carta, la prova è sufficiente.

Se questo è vero, l'art. 110 c.p. è l'estensione analogica del concorso che esiste in natura. In natura, c'è soltanto il concorso *oggettivo*, in cui tutti fanno lo stesso. L'art. 110 c.p. avverte che concorso è anche il fenomeno *analogo* – ma non proprio identico – del concorso *valutativo* in cui tutti fanno *altrettanto*.

Quando tutti hanno fatto *lo stesso* il giudice deve – sotto il profilo oggettivo – dare la stessa qualificazione alla condotta di ogni concorrente. O il concorso c'è per tutti o la compartecipazione non c'è per nessuno (salvi, s'intende, i profili dell'imputabilità, del dolo e della colpa).

Viceversa, nell'ambito del concorso valutativo, il giudice può ritenere istigazione punibile quella di Tizio e non quella di Caio: le forma d'istigazione sono varie. E si può considerare punibile l'istigazione suadente e non quella basata su argomenti controproducenti. E dubbi analoghi possono sorgere (e, infatti, sono sorti) per il concorrente poco abile.

#### 5. *Conclusioni.*

Ci si potrebbe obiettare che la distinzione da noi propugnata – fin dal 1988 – non è stata seguita da nessuno.

Ma il motivo è evidente.

Noi riteniamo concorso in senso stretto soltanto quella forma di partecipazione in cui tutti fanno *lo stesso* e che cade sotto lo sguardo dell'osservatore.

Le altre forme di concorso sgorgano ( a nostro convincimento) da una valutazione della nostra mente analoga ( ma non identica) alla sensazione del fatto oggettivo, esterno all'osservatore.

Ciò significa applicare alla teoria del concorso il principio aristotelico e tomistico: *nihil fuit in intellectu quod prius non fuerit in sensu*.

Orbene, da Cartesio in poi, la filosofia ( e quindi la mentalità) moderna ha sempre ritenuto il pensiero autonomo dalle sensazioni. Non per nulla, Cartesio scrisse: *cogito, ergo sum*.

Non per nulla, Cartesio propose che tutta la realtà venisse vista attraverso le idee "chiare e distinte" ricalcate sul modello della matematica ossia dell'unica scienza che è creata integralmente dalla mente dell'uomo, senza rapporti con l'esperienza naturalistica e concreta, esterna al soggetto.

Non per nulla, Hegel sostenne (nella sua dissertazione) che i pianeti del sistema solare, dovevano – logicamente – essere sei. E quando gli portarono notizia che un astronomo aveva scoperto il pianeta Urano e che – quindi – i pianeti del sistema solare erano sette e non sei, Hegel replicò: *"e tanto peggio per i fatti!"*

Non per nulla, questa frase divenne celebre: fu ripetuta da molti pensatori e non soltanto dagli hegeliani (tanto di destra quanto di sinistra). Non per nulla il *"Discours sur l'inegalité"* di Rousseau ebbe per esordio la frase "incominciamo con il mettere da parte tutti i fatti".

Non per nulla, Royer Collard giunse ad affermare: *"Non conosco nulla di più spregevole di un fatto"*.

Non per nulla, nel linguaggio dei filosofi idealisti tedeschi "Tatsache" ha un significato spregiativo, che non ha l'espressione "dato di fatto" nella lingua italiana.

Orbene, i concetti di causalità e di accessorietà sono concetti importanti e affascinanti.

Essi svolgono funzioni molto rilevanti: il primo, nelle scienze in genere e - in particolare - nei reati causalmente orientati (come l'omicidio); il secondo, soprattutto nel diritto privato ove vige il canone *"accessorium sequitur principale"*.

Una scienza che muove soprattutto dei concetti, dalle astrazioni, non si ferma volentieri a chiedersi quanto del suo oggetto cade sotto i nostri sensi e – in particolare – della vista.

Ecco perché la dottrina di gran lunga prevalente fa ogni sforzo per costringere la duplice realtà della compartecipazione criminosa (concorso oggettivo e naturalistico da un lato e concorso valutativo dall'altro) su un letto di Procuste: le concezioni – entrambe unitarie - della causalità e dell'accessorietà.

E il risultato è evidente. Dopo aver stabilito che il fondamento dell'i-

stituito sta o nella causalità o nell'accessorietà, si vuole trovare un "minimo comune denominatore" che renda la condotta di ogni concorrente conforme al modello concettuale scelto *a priori*.

Viceversa, si devono separare la forma-base, del concorso (naturalistica e oggettivamente rilevabile dai nostri sensi) in cui tutti fanno lo stesso, dalla forma derivata. Questa è analoga alla prima: però, in essa, i complici fanno altrettanto e – quindi – detta forma ha carattere valutativo. Ciò permette di riconoscere l'infinita varietà dei singoli casi di compartecipazione criminosa.

Essi sono diversissimi, ma non sono tutti punibili perché hanno un minimo comune denominatore intrinseco, bensì perché sono analoghi alla forma-base: sono resi tutti punibili da un fatto estrinseco.

In sintesi: la teoria tradizionale della complicità confonde due realtà diverse. Nella teoria generale del reato, si è gradualmente ma sicuramente affermata la distinzione tra evento naturalistico e evento giuridico.

Ciò non è avvenuto per il reato perpetrato da più soggetti.

Per uscire dalle difficoltà – generalmente ammesse – di definire il concorso di persone, occorre accogliere l'invito di tanti pensatori tedeschi: "*zurück sur Sache*": ossia, torniamo alla realtà.

Auguriamoci che la recenti dispute in tema d'immunità giovino a liberare – almeno relativamente alla compartecipazione criminosa – la realtà concreta dalla tirannia dell'astratto.

UBALDO GIULIANI BALESTRINO

## ALLE RADICI DI UN DIFFICILE BINOMIO: ANALISI ECONOMICA E DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Le origini dell'analisi economica del diritto. – 2. L'analisi economica del diritto e i suoi sviluppi nei sistemi di Common Law e Civil Law. – 3. Gary Becker e la scelta razionale dell'*homo oeconomicus*. – 4. Isaac Ehrlich e le "correzioni" e precisazioni del modello "beckeriano". – 5. Block ed Heineke e l'importanza del tempo. – 6. Erling Eide e i costi morali del crimine. – 7. Polinsky e Shavell e la teoria della pena più efficiente. – 8. Conclusioni.

### 1. *Le origini dell'analisi economica del diritto*<sup>(1)</sup>.

L'analisi economica del diritto è nata a cavallo degli anni Cinquanta e Sessanta prevalentemente ad opera di economisti statunitensi come strumento che assista il formante legislativo e giurisprudenziale nella produzione, correzione e razionalizzazione del diritto vigente.

Il binomio economia/diritto (*law and economics*) e l'etichetta alternativa "analisi economica del diritto" stanno ad indicare l'impiego di concetti e modelli economici per comprendere e spiegare il diritto e le istituzioni giuridiche; rivendicano l'utilità del ricorso a metodi quantitativi nell'analisi delle regole che governano i rapporti interindividuali; esprimono la convinzione che l'universo normativo fissi "prezzi impliciti" per diversi tipi di comportamento, sì che le sue conseguenze si prestano ad esser apprezzate in termini di risposta (reazione) a tali prezzi<sup>(2)</sup>.

L'analisi economica del diritto non costituisce un movimento di pensiero unitario ma appare invece divisa almeno in due grandi sottogruppi: uno è la scuola normativistica di New Haven, che si rifà all'insegnamento

---

<sup>(1)</sup> Il presente articolo intende essere la parte storico-introductiva di un più ampio studio volto a verificare quali possano essere gli apporti offerti dall'analisi economica al diritto penale.

<sup>(2)</sup> R. PARDOLESI, *Un moderno minotauro: law and economics*, Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1, pp. 225-243.

di Calabresi<sup>(3)</sup>, l'altro è la c.d. scuola di Chicago il cui principale esponente è Posner<sup>(4)</sup>.

A distinguerle non sono tanto le differenze metodologiche, ma le implicazioni e le conseguenze della riduzione del diritto a fenomeno naturale economicamente quantificabile, e cioè a fattore che determina le caratteristiche sociali ed economiche di un territorio né più né meno del clima o della posizione geografica.

Secondo i seguaci di Calabresi, una volta individuata la soluzione che massimizza gli utili al netto dei costi, bisognerà rimettere i risultati in mano a chi sarà chiamato ad assumere la decisione finale, affinché li valuti e li contemperi a fianco di tutti gli altri elementi che inevitabilmente influiranno su una decisione di carattere politico. Efficienza e Giustizia quindi non coincidono, ma la prima è un elemento che integra necessariamente la seconda. La maggiore morbidezza dell'approccio Calabresiano non deve però ingannare ed infatti è l'approccio normativistico, e non quello Posneriano ad aver formulato le proposte di revisione più radicali, delle regole applicative.

La corrente di Chicago ha una visione minimalista del concetto di Giustizia. Contrariamente a quanto detto in relazione al filone di Calabresi, secondo Posner una volta individuata la soluzione massimizzante, a terminare non è solo il lavoro del giureconomista, ma anche quello del Giudice e del Legislatore: in sostanza non rimane più nulla da aggiungere al di fuori di essa.

In generale, comunque l'analisi economica del diritto si presenta come mezzo per soddisfare la necessità di un metodo di formazione delle norme nell'ottica di una reale efficienza. Nasce come ausilio in ambiti specifici del diritto, in particolare l'ambito civile e commerciale.

L'analisi economica del diritto (EAL) in generale, infatti, viene studiata come uno strumento in grado di apportare soluzioni efficienti in ambito contrattuale e commerciale ed in tali settori ha effettivamente trovato un rilevante sviluppo e ambito di applicazione. Al contrario, le sue applicazioni nell'ambito della politica criminale, del diritto penale e del sistema di giustizia penale hanno avuto scarsa influenza sulla cultura giuridica pe-

---

<sup>(3)</sup> Guido Calabresi, nasce a Milano, il 14 ottobre del 1932 è un docente e giurista italiano naturalizzato statunitense, giudice presso la Corte d'appello di secondo circuito e studioso di diritto. È stato preside della Yale Law School, dove è professore dal 1959. Calabresi è considerato, insieme a Ronald Coase, il fondatore dell'analisi economica del diritto. I suoi contributi pionieristici alla materia comprendono l'applicazione dell'analisi economica al Tort Law ed alla scelta dei rimedi.

<sup>(4)</sup> Richard Allen Posner, nasce l'11 gennaio del 1939 New York è attualmente giudice della Corte d'Appello della settimo circuito e professore nella University of Chicago Law School. È stato un'influentissima figura del movimento dell'Eal ed autore di innumerevoli testi di giurisprudenza, e filosofia del diritto.

nalistica, anche nel sistema giuridico nord-americano. In tali settori, la sua ambizione a diventare un innovativo criterio di valutazione del sistema penale e un'eventuale ulteriore strada per renderlo maggiormente efficiente si è palesata con il tentativo di affiancarsi alle originarie teorie della retribuzione e della prevenzione general-preventiva negativa.

Tuttavia, essa ha riscosso finora uno scarso successo in tali settori e ciò è certamente dovuto ad una certa difficoltà ed un certo disinteresse da parte dei giuristi a ragionare in termini di efficienza delle norme penalistiche: non si deve dimenticare infatti l'EAL, in ultima analisi, intende sostituire il criterio di efficienza al criterio di giustizia nelle scelte legislative e giudiziarie.

L'analisi economica del diritto intende fornire gli strumenti necessari per verificare l'efficienza delle norme giuridiche, cioè la coerenza rispetto ai valori vigenti in una società. Essa, dunque, mira a verificare quale comportamento le norme incentivino ad adottare, concentrandosi sul criterio dell'efficienza come termine di misurazione e valutazione delle norme.

Una norma, infatti, è efficiente se incentiva a tenere una condotta conforme alla sua "ratio", al contrario, se i soggetti sono incentivati ad adottare comportamenti contrari, la norma è inefficiente.

La riflessione economica sul diritto penale si muove proprio da queste considerazioni: il legislatore individua i valori giuridici bisognosi di protezione ed emana norme sanzionatorie delle condotte (attive od omissive) che violano i beni giuridici tutelati. La norma ha lo scopo di disincentivare i soggetti dal tenere comportamenti lesivi di valori giuridici imponendo costi addizionali alla condotta illecita.

Lo scopo ultimo è la formalizzazione di regole che consentano la realizzazione di transazioni in grado di ottimizzare il benessere complessivo (costituito dalla somma del benessere di tutte le categorie coinvolte nella vicenda allocativa<sup>(5)</sup>).

L'applicazione di categorie economiche permette, quindi, di verificare se e quanto le norme raggiungano il loro scopo e come dovrebbero altrimenti essere strutturate affinché non siano violate. La peculiarità dell'EAL, come già accennato, è che si fonda sull'idea che le norme fissino prezzi impliciti per i comportamenti da esse disciplinati; questa teoria potenzialmente può fornire elementi preziosi per la comprensione e la previsione dell'impatto che una regola avrà o nella scelta fra le diverse alternative ipotizzabili per colmare un vuoto normativo.

Tale intuizione è allo stesso tempo punto di forza e debolezza dell'EAL: essa si fonda sull'idea che il soggetto pronto a scegliere tra quei

---

<sup>(5)</sup> C.E. PALIERO, *L'economia della pena, (un work in progress)*, in Studi in Onore di Giorgio Marinucci, Giuffrè 2006, vol. 1, p. 563.



comportamenti, in vista della variazione dei loro prezzi impliciti, sia un “uomo razionale”. L'uomo razionale è infatti il protagonista indiscusso nonché il presupposto di tutte le teorie economicistiche ma i suoi tratti fisionomici non corrispondono a quelli del “buon padre di famiglia” (*alias* “uomo ragionevole”), che fa da padrone sulla scena giuridica. Anzi, proprio in questa distonia è dato cogliere l'essenza del rapporto tra economia e diritto<sup>(6)</sup>.

L'analisi economica del diritto opera, dunque, in un ambito fortemente interdisciplinare, poiché combina gli strumenti dell'economia e del diritto, ponendo al centro dell'analisi economica concetti chiave della moderna teoria economica e del diritto. Roberto Pardolesi, noto studioso, afferma che l'EAL di per sé “esprime una valenza metodologica, suscettibile di essere piegata agli impieghi più lontani e disparati<sup>(7)</sup>”.

Secondo i sostenitori dell'analisi economica del diritto, è opportuno che i giuristi reticenti cedano all'utilizzo di strumenti economici come integrazione ai criteri di formazione e miglioramento delle norme penali: un sistema giuridico può, in effetti, essere facilmente paragonato ad un sistema commerciale. Come in un sistema commerciale, dunque, anche in esso è possibile affermare che gli effetti esterni di una decisione, in questo caso legislativa, sono quegli effetti dannosi o benefici, che si manifestano su persone che non hanno partecipato alla decisione stessa. Se chi prende la decisione non tiene conto di questi effetti, e cioè non calcola i costi o i benefici che le sue decisioni comportano per i terzi, ne risulta che gli individui potrebbero intraprendere attività che, pur essendo utili, comportino potenzialmente dei danni a discapito della società, e viceversa può limitare attività che da un punto di vista sociale potrebbero essere benefiche<sup>(8)</sup>.

Fu Ronald Coase nella sua teoria economica ad analizzare il fenomeno delle esternalità e della relazione fra costi privati e costi sociali nel processo di allocazione delle risorse<sup>(9)</sup>. Con il termine esternalità egli indicava gli effetti esterni che l'attività di una unità economica (l'individuo o l'impresa, il legislatore) induce al di fuori delle transazioni di mercato (le quali, producono invece effetti interni) e dunque prescindendo dal consenso delle parti interessate<sup>(10)</sup>. Il problema della relazione fra costi privati e sociali nel pro-

<sup>(6)</sup> R. PARDOLESI, *Un moderno minotauro: law and economics*. Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1, p. 240.

<sup>(7)</sup> R. PARDOLESI, *Analisi Economica del Diritto*, voce del *Digesto Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Utet giuridica, 1987, vol. 1, p. 312.

<sup>(8)</sup> F. ROMANI, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1, p. 245.

<sup>(9)</sup> R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal Law and Economics*, 1960, n. 3 pp.1 e ss.

<sup>(10)</sup> Quando l'azione dell'individuo determina un beneficio per i terzi senza che essi

cedimento di allocazione delle risorse si innesta nella dinamica del benessere sociale. La microeconomia risulta essere, per i sostenitori dell'EAL, una scienza adatta anche per il sistema giuridico perché si fonda su molte teorie dei comportamenti e su strumenti analitici che possono essere proficuamente utilizzati per valutare l'efficienza allocativa delle norme. Esse, in questo senso, vengono prese in considerazione non tanto in ragione del loro contenuto giuridico, quanto soprattutto per i loro effetti sul comportamento degli individui e per la loro capacità di orientare tali comportamenti verso situazioni allocative delle risorse efficienti. L'obiettivo fondamentale dell'analisi economica del diritto è quello di valutare come le norme possano migliorare l'utilizzazione delle risorse scarse e massimizzare il benessere collettivo. L'economia pare essere l'unica scienza che si occupa o preoccupa dell'allocazione delle risorse nel sistema giuridico e, in questi termini, si rivela un valido aiuto<sup>(11)</sup>.

## 2. *L'analisi economica del diritto e i suoi sviluppi nei sistemi di Common Law e Civil Law*

Come detto, l'analisi economica del diritto nasce tra gli anni cinquanta e sessanta negli Stati Uniti e si sviluppa in un primo momento nell'ambito dei soli sistemi di *common law*.

Uno degli argomenti più dibattuti a questo proposito è proprio quello che considera il sistema di *common law* intrinsecamente più efficiente di quello di *civil law* (nonostante recentemente questa convinzione sia stata oggetto di forti critiche).

Il fatto che l'analisi economica del diritto nasca e si sviluppi principalmente nei paesi di *common law*, per alcuni studiosi è coerente con le loro peculiarità ordinamentali. Secondo questo filone di pensiero il modello di *common law* appare probabilmente più incline e più flessibile all'utilizzo delle metodologie proprie dell'analisi economica del diritto, mentre i sistemi di *civil law* appaiono strutturalmente meno permeabili alle logiche della stessa, in considerazione sia della predominante importanza delle fonti codificate che del diverso ruolo assegnato al giudice, che si limiterebbe all'interpretazione ed all'applicazione delle norme esistenti.

In linea generale mentre nel *common law* il diritto nasce dal "basso" mediante le sentenze dei giudici, partendo da casi concreti ed è il frutto

---

debbano pagare per esso si produce una economia esterna, quando invece l'azione provoca dei costi per i terzi estranei, si parla di diseconomie esterne, dette appunto esternalità negative.

<sup>(11)</sup> E.U. SAVONA, *Un settore trascurato: l'analisi economica della criminalità, del diritto penale e del sistema della giustizia penale*, Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1, p. 263

delle interazioni tra attori, convenuti, giudici e giurie, nel sistema di *civil law* si creano norme generali ed astratte prefigurate nello *statute law* con il diritto del legislatore.

Il sistema di *civil law*, inoltre, affondando le sue radici nel diritto romano giustiniano, prevede che i giudici, nell'applicare la legge, pronuncino sentenze che, una volta passate in giudicato, fanno stato fra le parti. Tali sentenze, dunque, hanno efficacia limitata sia dal punto soggettivo che dal punto oggettivo. Soggettivamente, perché la sentenza non vale nei confronti di chi sia restato estraneo al processo ed oggettivamente perché la sentenza definisce solo una determinata controversia e non altre.

A questo modello si contrappone il *common law*, nato in Inghilterra e diffusosi nei paesi di tradizione anglosassone, caratterizzato dalla predominante importanza del cosiddetto *case law*, dove il diritto è creato dallo stesso giudice; in altre parole, la sentenza crea il diritto, dato che la regola dettata dal giudice in un caso concreto deve poi valere per tutte le successive controversie aventi lo stesso ambito oggettivo, anche se con soggetti diversi. La norma creata da un giudice assume pertanto, per i giudici a cui verranno sottoposti casi analoghi, lo stesso valore di una norma generale ed astratta.

Di fatto però resta da spiegare quali siano le motivazioni sostanziali per le quali l'analisi economica del diritto ha attecchito prima e più profondamente nel sistema di *common law*.

La teoria secondo cui l'analisi economica del diritto attecchisce in modo diverso nei due sistemi per le sostanziali differenze strutturali esistenti tra gli stessi è ormai superata dall'evidenza del progressivo avvicinamento dei due sistemi, della graduale uniformazione o convergenza: da una parte i settori in cui la sedimentazione giurisprudenziale del diritto anglosassone si compie effettivamente secondo le linee dinanzi indicate vanno comprimendosi, a fronte della vera e propria esplosione di una *statutory law* il cui certissimo grado di dettaglio impegna il giudice all'assoluta deferenza nei confronti del *fiat* legislativo; dall'altra, l'attività con cui i suoi colleghi continentali distillano regole operazionali da principi di larga massima offre margini allargati entro i quali si crea il "diritto positivo giurisprudenziale". In altre parole, è verosimile pensare che il quadro tratteggiato corrisponda, più che alla realtà, al modo in cui i rispettivi protagonisti percepiscono il proprio ruolo<sup>(12)</sup>.

Una diversa motivazione potrebbe addursi per spiegare questo feno-

---

<sup>(12)</sup> Si considerino R. COOTER, L. KORNHAUSER, *Can Litigation Improve The Law Without The Help of Judges?*, *The Journal of Legal Studies*, 1980, vol. 9, n. 1, pp. 139-163; G. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, *The Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6, n. 1, pp. 65-82; P.H. RUBINS, *Why is the Common Law efficient?*, pp. 51-63.

meno: essa s'impenna sulla diversa contezza che i giuristi dell'una e dell'altra sponda hanno della propria autosufficienza metodologica. A questo proposito è opportuno ricordare come il realismo giuridico nordamericano<sup>(13)</sup> al suo apice negli anni trenta ha offerto una teoria fattualistica della validità del diritto. Secondo i suoi rappresentanti, valida era la norma sorretta dalla pressione psicosociologica dell'intero ordinamento giuridico. In altri termini, il diritto è valido in quanto le sue norme sono effettivamente applicate, sia perché i cittadini le rispettano sia perché i giudici hanno il potere di farle rispettare. Tale tesi fornisce però soltanto una spiegazione dell'obbedienza alla regola e non una giustificazione della validità della stessa; si usa in sostanza il concetto di consenso sociale come metro di misura e di giudizio rispetto all'opportunità e alla efficacia di una norma.

Un'ulteriore teoria postula che l'analisi economica del diritto nasce come compensazione di una carenza o debolezza del dogmatismo giuridico che regnava sia nel sistema di *common law* che in quello di *civil law*. A questo proposito si rende necessario precisare che nella tradizione romano-germanica e differentemente da ciò che avviene nei sistemi di *common law*, il metodo dogmatico non è mai stato davvero scardinato, e nonostante da tempo la sua supremazia sia entrata in crisi, esso continua a costituire parte integrante del bagaglio culturale del giurista.

Si può affermare perciò che il nuovo dogmatismo d'importazione

---

<sup>(13)</sup> Il realismo giuridico ("Legal realism") si sviluppa eminentemente in area americana già a partire dalla fine dell'Ottocento: in particolare, un riferimento imprescindibile è Roscoe Pound (1870-1964), benché egli non impieghi ancora l'espressione "realismo giuridico". Egli distingue tra "law in action" e "law in books": la prima corrisponde al diritto in azione, ossia al diritto come fatto, contrapposto a quello astratto delle dotte trattazioni (ap-punto, il diritto nei libri, "law in books"). Pound articola bene un fenomeno americano assai diffuso a quel tempo: la "rivolta" contro il formalismo giuspositivistico, rivolta che negli Stati Uniti trova un ambiente particolarmente accogliente anche grazie al "pragmatismo" di James e di Dewey. Viene così nominato a partire dagli anni Trenta del Novecento. Esso deve essere posto in connessione col sorgere della giurisprudenza sociologica e dell'affermarsi della già nata sociologia del diritto. Ai giuristi realisti interessa il diritto nella sua componente fattuale: le norme come dovrebbero essere, ma come sono. Ciò, in concreto, significa studiare l'efficacia delle norme: e parlare di efficacia vuol dire porre l'accento su un aspetto esterno del fenomeno giuridico, ossia sul fatto che ci siano la regolarità dell'osservanza delle norme e il sanzionamento dell'inosservanza. Così, una norma può essere molto efficace in quanto molto osservata, a tal punto che non è necessario il sanzionamento dell'inosservanza: ma possono esserci norme poco osservate proprio perché manca il sanzionamento dell'inosservanza.

Oltre all'aspetto "esterno" dell'efficacia, coincidente con l'osservanza della norma, v'è un aspetto "interno": esso riguarda la motivazione all'osservanza, ossia che cosa concretamente spinga un soggetto a rispettare la norma e che cosa spinga un giudice a far sanzionare l'inosservanza della medesima. Questo aspetto è stato largamente affrontato sul finire dell'Ottocento, anche grazie all'introduzione del concetto di riconoscimento: è stato detto che la motivazione all'osservanza della norma è stato infatti individuato in un processo di riconoscimento (o interiorizzazione) della norma stessa.

entra in rotta di collisione con i principi di quello esistente: questa risulta essere una differenza di “strutturazione” che potrebbe spiegare la divaricazione registrata a livello di recezione dell'EAL<sup>(14)</sup>.

Ma v'è ancora un'altra interpretazione; probabilmente quella più diffusa ed accreditata: è possibile, cioè, che la diffidenza europea verso l'EAL abbia natura ideologica; che, in altri termini, il binomio algebra/pandette appaia sostanzialmente incompatibile e quanto meno pericoloso rispetto alle tradizionali scelte di valori. Tale ultima interpretazione si contrappone alla “scuola di Chicago<sup>(15)</sup>” la quale, al contrario non fa mistero della convinzione che il diritto possa essere “domato”, o meglio, compreso traducendo vaghe formule verbali, quali giustizia, ragionevolezza o negligenza in termini prettamente economici, e neppure nasconde la sua inclinazione a liberarsi di quelle che considera poco più che pesanti bardature concettuali, per ricominciare da zero, ossia dall'efficienza allocativa<sup>(16)</sup>.

La tesi “ideologica” percepisce una forte avversione persino nei confronti di versioni più caute, preoccupate di metter in luce l'esistenza di valutazioni economiche nel tessuto del diritto, senza però saltare alla conclusione che a queste ultime vada riconosciuto un rango preminente, nell'orientare le scelte rispetto agli altri valori coinvolti. Infatti, anche nei confronti di impostazioni che riguardano l'efficienza come uno soltanto dei parametri cui ispirarsi, traspare una sorta di reticenza verso la tendenza a tradurre in termini monetari ciò che appare, invece, inscindibilmente intrecciato con valori che non possono trovare posto nel mercato.

Tale ricognizione mira a dimostrare che il processo di *common law* produce regole efficienti. Il giudice altro non fa che ragionare da *homo oeconomicus*, rivelando un'inconsapevole, ma non per questo meno radicata, attenzione al canone della ottimizzazione delle risorse. Appare evidente, dunque, che il diritto che promana dal basso, dalla progressiva sedimentazione delle corti di giustizia, rivela un'intrinseca razionalità che il legislatore, in balia, di volta in volta, dei gruppi di pressione politici ed elettorali, non può assicurare.

In realtà, pur considerando le suddette differenze strutturali, non è

---

<sup>(14)</sup> R. PARDOLESI, *Un moderno minotauro: law and economics*, Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1 pagina 232.

<sup>(15)</sup> La scuola di economia di Chicago è una scuola di pensiero, elaborata da alcuni professori dell'università di Chicago, basata su una descrizione delle istituzioni economiche pubbliche e private contemporanee, promuove inoltre ipotesi di riforme in senso liberale e liberista dell'economia. È osservabile una tendenza al libero mercato ma non è esclusa, in costanti e determinate situazioni, l'azione dell'intervento governativo e statale. I maggiori esponenti di tale scuola furono i premi Nobel Milton Friedman e George Stigler. L'atteggiamento economico di tale scuola fa da ponte tra la *scuola neoclassica* e la *scuola austriaca*.

<sup>(16)</sup> R. PARDOLESI, *Un moderno minotauro: law and economics*. Sociologia del Diritto, 1990, vol. 1 pagina 233.

possibile fornire un giudizio di superiorità in termini di efficienza di un sistema rispetto ad un altro né vi è una ragione per affermare che uno sia adatto maggiormente ai modelli di analisi economica rispetto all'altro. Tuttavia, per Posner ed i seguaci della scuola di Chicago, il *common law* tenderebbe per sua stessa natura a promuovere l'efficienza, in quanto in tale sistema i giudici prenderebbero decisioni come se il loro obiettivo implicito fosse l'efficienza economica<sup>(17)</sup>.

Oggi a ben vedere, le differenze fra i sistemi di *common law* e di *civil law* non possono più dirsi così nette e si assiste da un lato ad una tendenza di molti paesi di *common law* a muoversi verso processi di codificazione, e dall'altro ad una graduale penetrazione del *common law* nella prassi giuridica dell'Europa continentale tanto da dar luogo ad un ripensamento di tali diversità sistemiche registrando una evidente tendenza verso meccanismi di convergenza. Infatti, non è la formale presenza o assenza di codificazioni ad esprimere la correlata profonda differenza tra i due sistemi. In realtà, sono le differenze ideologiche sottostanti, sia nei contenuti degli istituti giuridici che nell'approccio metodologico, a caratterizzare molto più sostanzialmente le differenze tra i due sistemi.

Nella storia della cultura giuridica americana, l'analisi economica del diritto è il movimento di pensiero cui può attribuirsi il più recente tentativo d'imporre un preciso modello dottrinale razionalistico. Tale modello richiede, anzitutto, che le politiche giuridiche siano elaborate ed attuate in vista di uno scopo prefissato, accuratamente individuato ed esplicitato. I giuronomisti dispongono a questo proposito di quello che viene definito il criterio delle preferenze rivelate<sup>(18)</sup>.

Affinché il modello razionalistico possa dare risultati è necessario supporre in primo luogo che le azioni degli agenti siano il frutto di una deliberazione, cioè di una scelta, e che la razionalità delle azioni sia la manifestazione della razionalità del criterio di scelta degli agenti. Si parla, perciò, indifferentemente della razionalità delle azioni o delle scelte. In secondo luogo, si precisa il fatto che in tale modello il criterio di scelta è considerato "razio-

---

<sup>(17)</sup> A.R. GERMANI, *Analisi economica del diritto e ambiente: regole e discrezionalità nei sistemi paese*, Rubettino Università, p. 51.

<sup>(18)</sup> Nell'ambito della teoria dell'*homo oeconomicus* la scelta dell'individuo, per essere razionalizzata e riprodotta in modelli economici deve essere coerente. La coerenza rilevante a questo proposito è quella nota come *assioma debole delle preferenze rivelate* (WARP). La teoria della preferenza rivelata, idealizzata dall'economista statunitense Paul Samuelson nell'ambito della teoria del consumatore, è uno strumento di osservazione del comportamento del consumatore. Infatti, facendo gli acquisti, il consumatore rivela le sue preferenze. Si supponga che il consumatore acquisti un paniere di beni A piuttosto che il paniere B. Se il paniere A ha un costo maggiore o uguale rispetto al costo del paniere B, allora il consumatore rivela che preferisce il paniere A. Infatti, avendo abbastanza denaro per comperare il paniere B non lo ha fatto.

nale” se è coerente. È proprio l’assioma delle preferenze rilevate lo strumento che esprime la nozione di coerenza rilevante in economia.

Quando si parla di razionalità, si intende solamente affermare che ogni agente sceglie coerentemente: i gusti non vengono mai vagliati o discussi, ciò che rileva in definitiva sono solamente le preferenze tra le alternative possibili.

La coerenza del criterio di scelta, espressa dall’assioma delle preferenze rivelate, e l’esistenza di un sistema binario di preferenza (che, cioè, stabilisce la relazione di preferenza tra coppie di azioni) sono sostanzialmente equivalenti. In questo senso, si dice che il sistema di preferenza razionalizza il criterio di scelta, ne qualifica, cioè, la coerenza. Proprio per questo, la condizione di coerenza del criterio di scelta è denominata assioma delle preferenze rivelate<sup>(19)</sup>.

Dunque, in quanto agente razionale, il legislatore opera rispetto all’obiettivo che si prefigge. Tale modello richiede, pertanto, che le politiche giuridiche siano tecnicamente adeguate allo scopo prefissato. Il giudizio di adeguatezza deve fondarsi su indagini empiriche e statistiche, nonché su ipotesi e teorie scientifiche. Per realizzare questi semplici principi metodologici, i giuristi hanno attinto a svariate correnti della teoria economica contemporanea. Dal prevalere del modello di dottrina razionalistica propugnato, i giuristi si attendono la progressiva estinzione dei dibattiti fumosi e/o improvvisati su temi di rilevante interesse generale come la selezione, la redazione, l’interpretazione e l’applicazione delle regole giuridiche<sup>(20)</sup>.

A quasi cinquant’anni dalle origini dell’analisi economica del diritto è questione dibattuta se il tentativo d’imporre quel preciso modello dottrinale razionalistico abbia avuto successo o possa averlo in futuro ma soprattutto se la sua aspirazione di essere utilmente applicato al diritto penale non resti un mero azzardo infondato.

Premesso che tradizionalmente un reato costituisce la violazione di un precetto contenuto in una norma penale, la riflessione economica sul diritto penale parte dalla considerazione che esista una gradualità nella scala di gravità dei reati ed in quella delle reazioni corrispondenti, per alcuni aspetti simile e per molti altri diversa dal danno arrecato in sede di responsabilità civile.

Quanto agli aspetti simili, si può affermare che sia nel diritto penale

---

<sup>(19)</sup> M. TEDESCHI, *Il Processo decisionale del consumatore. Effetti di contesto e implicazioni di marketing*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 21 e ss.

<sup>(20)</sup> P. CHIASSONI, *L’analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli editore 1992, pp. 134 e ss.

che nel diritto civile esiste una azione-omissione nel fare o non fare qualcosa che è prescritto. Ma, mentre nell'ambito della responsabilità civile non viene considerata l'intenzione di arrecare un danno, nel caso del reato, questa intenzione è considerata spesso come necessaria per l'esistenza della stessa categoria. La combinazione tra *mens rea*, danno arrecato e proibizione di questo comportamento da parte del diritto, produce la categoria giuridica del reato e le sue conseguenze sul versante della reazione: le sanzioni. Si parte dunque da tali considerazioni per arrivare attraverso un ragionamento interessante a conclusioni non nuove, relative alla necessaria differenza tra responsabilità civile e responsabilità penale e quindi alla giustificazione economica dell'esistenza di un diritto penale e delle sue sanzioni.

Si inizia, pertanto, ad intravedere quale sia il tentativo dell'analisi economica del diritto penale: affiancarsi alle maggiori e tradizionali teorie della pena tentando di giustificarne l'esistenza e razionalizzarne gli obiettivi e le potenzialità, al fine di migliorarne le prestazioni. In tutto questo non può rimanere inosservata la particolare attenzione dell'EAL rispetto alla teoria della funzione general preventiva negativa. L'analisi economica del diritto penale, infatti, aspira a diventare un mezzo di approfondimento e razionalizzazione di quello che rappresenta l'*enforcement* delle norme penali.

Il concetto di *enforcement* della norma penale può sintetizzarsi nei termini di applicazione, controllo e rispetto della stessa: si tratta in sostanza dell'adozione degli strumenti e dei metodi più efficaci al fine di scoprire chi viola le norme, imporre le conseguenti sanzioni ed incentivare i cittadini a conformare il proprio comportamento alle regole. In generale, un processo di *enforcement* può essere suddiviso, da un punto di vista teorico, in distinti sotto-processi differenti come la scoperta di una violazione, l'attivazione di un procedimento amministrativo o di un processo civile/penale e l'applicazione della sanzione. Tanto maggiore è l'efficienza dell'*enforcement*, tanto più forte sarà l'effetto di deterrenza<sup>(21)</sup>: in altre parole, affinché una normativa sia efficace, è necessario che anche il processo di *enforcement* sia efficace. Tale diretta proporzionalità è alla base degli sforzi di ogni ordinamento nel rendere quanto più concreta ed effettiva (sia in termini di probabilità dell'accertamento che di forza dissuasiva della sanzione) l'implementazione di un dato precetto normativo<sup>(22)</sup>.

La capacità di *enforcement* di un sistema di regole incide quindi tanto sulla certezza della sanzione (*ex post*), quanto sulla disincentivazione (*ex ante*) di potenziali condotte illecite. L'analisi economica del diritto analizza

---

<sup>(21)</sup> S. SHAVELL, *The Optimal Structure of Law Enforcement*, in "The Journal of Law and Economics", 1993 n. 36, pp. 255 e ss.

<sup>(22)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Optimal Tradeoff Between the Probability and Magnitude of Fines*, *American Economic Review*, 1979, pp. 880-884.



i vari strumenti di *enforcement* anche al fine di individuare le sanzioni (sia nel tipo che nel *quantum*) ottimali.

*Enforcement* e politica sanzionatoria sono, quindi, due realtà strettamente correlate; un *enforcement* efficiente, infatti, può non solo diminuire gli illeciti, ma può anche determinare una minore dannosità in termini di costo collettivo, delle violazioni che comunque vengono commesse.

A questo punto non resta che introdurre un ulteriore tassello alla “scalata” dell’analisi economica del diritto: la questione dei costi del sistema penale e dell’ottima allocazione delle risorse. Se è vero che gli elementi essenziali della pena come deterrente generale sono la certezza e la severità, si deve pur sempre tenere presente che applicare la legge comporta un costo. La perdita di benessere sociale derivante dai reati è data infatti, dalla somma di tre elementi: la perdita del reddito reale causata dai crimini, il costo del sistema giudiziario, il costo sociale delle punizioni. È un concetto trascurato ma di rilevanza fondamentale in un sistema giuridico che miri davvero a raggiungere i propri obiettivi.

È un concetto di cui, forse, può occuparsi soltanto l’analisi economica del diritto.

### 3. Gary Becker e la scelta razionale dell’*homo oeconomicus*

Il precursore dell’analisi economica del diritto penale fu negli anni ottanta Gary Becker<sup>(23)</sup>; il suo importantissimo contributo fu quello di applicare per primo i principi e la metodologia microeconomica all’analisi del comportamento criminale individuale. Secondo Becker è necessario dare risposta alla questione: perché un soggetto decide di compiere un reato?

Il punto di partenza dell’analisi di Becker è la teoria della scelta razionale dell’*homo oeconomicus*.

Tale teoria ipotizza che le scelte comportamentali individuali rappresentino, in sostanza, il frutto di un calcolo utilitaristico: un individuo commetterà un atto dannoso in funzione della propria utilità marginale<sup>(24)</sup> e

---

<sup>(23)</sup> Gary Becker, vincitore del Premio Nobel per l’economia nel 1992, per “aver esteso il dominio dell’analisi microeconomica a un ampio raggio di comportamenti e interazioni umane, incluso il comportamento non legato al mercato e per aver esteso la ricerca economica a discipline come la sociologia, la demografia e la criminologia” per aver mostrato come i fattori economici influenzino il processo decisionale anche in aree che in precedenza i ricercatori consideravano dominate da comportamenti abituali e spesso decisamente irrazionali. Particolare studi ha dedicato al capitale umano e alle sue relazioni con la crescita economica.

<sup>(24)</sup> L’idea di utilità marginale relativa all’incremento della soddisfazione derivante dal consumo di un’unità addizionale di un bene è regolata dal principio per cui l’utilità marginale decresce via che si aumenta la quantità complessiva del bene consumato.

dunque preferirà assumere comportamenti illeciti nella misura in cui l'utilità attesa derivante dal compimento dell'atto è maggiore rispetto alle alternative lecite. Il soggetto, inteso come *homo oeconomicus*, sceglierà che tipo di condotta assumere a seguito di un vero e proprio bilancio tra costi e benefici di un'azione piuttosto che un'altra.

Secondo Becker, attraverso un attento utilizzo degli strumenti economici applicati al diritto penale, è possibile influenzare il comportamento umano, imponendo costi alle attività criminali, fornendo l'individuo di un incentivo economico a non commettere un reato. Tale teoria, fondata sul semplice meccanismo razionale ed economicamente valutabile della scelta, sostiene conseguentemente l'inutilità dei concetti specifici per la spiegazione del comportamento criminale, elaborati dalle discipline criminologiche sociologiche e psicologiche. L'economia infatti, nel novero delle scienze sociali, è la disciplina che si è maggiormente specializzata nello studio sistematico del comportamento razionale.

*L'homo oeconomicus* bilancia accuratamente i costi e i benefici delle diverse alternative e sceglie, fra queste ultime, quella che assicura il massimo benessere personale<sup>(25)</sup>. L'analisi economica del crimine, in sintonia con questa impostazione, si astiene dal formulare ipotesi speciali sulle caratteristiche dei potenziali delinquenti: essi vengono considerati quali soggetti razionali come tutti gli altri, che perseguono il proprio benessere, così come lo percepiscono, sotto i consueti vincoli di tempo e di denaro e in condizioni di incertezza<sup>(26)</sup>.

Da questa angolazione la scelta di commettere un reato non è fondamentalmente diversa da qualunque altra scelta razionale, né rimanda, di conseguenza, a politiche di controllo radicalmente diverse da quelle riguardanti altri fenomeni che comportano "esternalità negative". Proprio radicandosi sul Teorema di Coase sulle esternalità negative e sulla relazione tra costi privati e costi sociali sul processo di allocazione delle risorse, Becker elabora il paradigma di analisi economica del comportamento. Egli afferma che, di norma, dati i fattori di sfondo, il rimedio per arginare il fenomeno criminale è rappresentato da un'opportuna miscela di sanzioni (multe e/o reclusione) e di probabilità di applicazione delle stesse, che dipende in generale dalle caratteristiche dei potenziali delinquenti (reddito e attitudini verso il rischio), dai benefici netti derivanti dai reati, nonché dai costi, pubblici e privati, di cattura, condanna ed esecuzione delle pene. Per molti versi l'odierna economia del crimine costituisce l'approdo naturale della cosiddetta "scuola classica" del diritto penale, ossia delle riflessioni

---

<sup>(25)</sup> G. BECKER, *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers*, Journal of Legal studies, 1974, pp. 1 ss.

<sup>(26)</sup> R. MARSELLI, M. VANNINI, *Economia della criminalità Delitto e Castigo Come Scelta Razionale*, Utet Libreria, 1999, pp. 40-47.

sulla criminalità e sulla giustizia penale sbocciate nel diciottesimo e diciannovesimo secolo sulla scia degli scritti di Cesare Beccaria<sup>(27)</sup>. Circa duecento anni dopo, del resto, nel suo contributo fondamentale all'analisi economica dei delitti e delle pene, Gary Becker nell'opera fondamentale "Crime and Punishment: Economy Approach (1968)" dichiara esplicitamente di voler riprendere in chiave moderna il pensiero classico<sup>(28)</sup>.

Il comportamento criminale, secondo Becker, può essere spiegato all'interno di una generale teoria economica per la quale il numero dei reati commessi da un individuo dipende dalla probabilità di essere condannato, dalla presunta severità della sanzione, e da altre variabili come il reddito disponibile per attività legali o illegali, variabili ambientali, e variabili legate alla volontà di commettere un atto illegale. La formula base del pensiero di Becker è  $O=O(p, f, u)$ .

Becker teorizza, dunque, che il numero di reati commessi da una persona in un particolare periodo di tempo, "O", dipenda dalla valutazione fatta dal potenziale reo sulla probabilità "p", di essere scoperto processato e condannato per quel reato, sull'entità "f" della sanzione prevista per quel reato e su una variabile generica che comprende tutti gli altri elementi idonei ad influenzare l'individuo "u".

Questo modello spiega il comportamento di un ipotetico criminale razionale informato sui costi ed i benefici delle sue decisioni, sufficientemente disancorato da influenze di tipo morale nel decidere se commettere un reato. Becker opera una semplificazione supponendo che le multe non comportino costi sociali, perché costituiscono dei semplici trasferimenti di denaro, mentre la reclusione comporti costi sociali positivi a causa delle

---

<sup>(27)</sup> L'idea che il criminale sia un oggetto massimizzatore di utilità e che sia necessario prevenire le sue azioni non sono un contributo originale degli economisti del secondo dopoguerra. La paternità di queste acquisizioni è in realtà da attribuire al pensiero filosofico nel 18°-19° secolo, e in particolare a Montesquieu, Beccaria e Bentham.

Montesquieu individua la funzione della legge penale come distributrice di incentivi per gli individui. Beccaria ipotizza un approccio sistematico al diritto penale ideando in quella che oggi viene intesa come una prospettiva di analisi economica del diritto: nelle prime pagine dei "Delitti e delle pene" Beccaria collega la legge penale alla necessità di prevenire i comportamenti antisociali di coloro che seguono razionalmente il proprio tornaconto personale.

Il problema di individuare un criterio di misurazione degli incentivi era poi ben presente a Bentham, il quale lo formula facendo ricorso alla terminologia delle scienze esatte che è alla base del pensiero illuminista e dell'economia politica moderna: "...il profitto del criminale è la forza che lo spinge a delinquere: il costo della punizione è la forza che lo trattiene. Se la prima di queste forze prevale, il crimine viene commesso; se prevale la seconda, il crimine non sarà commesso."

<sup>(28)</sup> G. BECKER, Nobel Lecture: *The Economy Way of Looking at Behaviour*, Journal of Political Economy, 1993, pp. 385 ss.

spese relative al funzionamento delle prigioni e delle disutilità dell'individuo derivanti dal fatto di essere imprigionato.

La teoria dell'*homo oeconomicus* comporta importanti implicazioni.

La prima è che si può studiare il comportamento criminale senza bisogno di particolari riferimenti ai sottostanti processi psicologici, esattamente come avviene per le decisioni economiche ordinarie. Non è necessario concepire il delinquente come un essere dalle motivazioni speciali, uniche, radicalmente diverse da quelle del cittadino comune. Certo, è possibile che gli individui che infrangono la legge differiscano sistematicamente, in talune caratteristiche, da quelli che la rispettano.

Ma se entrambe le categorie di soggetti rispondono razionalmente al sistema di incentivi e disincentivi entro cui agiscono, è sufficiente che questi varino da individuo a individuo, o mutino nel tempo per uno stesso individuo, per generare la varietà di comportamenti osservabili nella realtà. Le preferenze dell'individuo si assumono relativamente omogenee e stabili nel tempo, mentre mutano le opportunità, e con esse le posizioni di equilibrio dei soggetti. Sotto questo profilo la scelta di commettere un reato non è fondamentalmente diversa da quella riguardante l'acquisto di un qualsiasi bene di consumo: se il prezzo di quest'ultimo aumenta ci si aspetta che la quantità domandata diminuisca. Se il costo atteso di un delitto aumenta, ci si aspetta una riduzione della sua frequenza.

L'approccio economico tradizionale non rinnega l'influenza sulla scelta criminale di altri fattori, come quelli indicati ad esempio dalla ricerca criminologica e sociologica, solo che li colloca sullo sfondo, nella convinzione che sia più produttivo studiare il comportamento come frutto di deliberazioni razionali, date certe caratteristiche e inclinazioni del soggetto, piuttosto che come esito scontato di norme, abitudini, cultura e via dicendo.

Un'altra implicazione di rilievo dell'analisi precedente riguarda l'interazione fra i criminali e il sistema di giustizia penale. L'ipotesi di razionalità, infatti, non vale solo per chi trasgredisce la legge ma anche per chi è chiamato a farla rispettare. Plausibilmente, tanto l'entità quanto la distribuzione della spesa per l'ordine pubblico, così come l'attività di repressione e prevenzione, rispondono alla frequenza dei reati e all'allarme sociale che essi provocano in un dato contesto spaziale e temporale. Con soggetti adibiti al controllo e criminali razionali, pertanto, crimine e sanzione si influenzano reciprocamente e risultano determinati simultaneamente. Sul piano empirico, come vedremo, sorgono problemi di identificazione dei parametri da stimare, per risolvere i quali occorrono tecniche speciali non sempre applicabili con le informazioni di cui abitualmente si dispone.

E' interessante, a questo punto, chiedersi come cambia la scelta di compiere un reato al variare di uno qualsiasi dei parametri e delle variabili che influenzano le decisioni e che sfuggono al controllo dell'individuo. A tal fine si dovrebbe effettuare un esercizio di statica comparata, che nel gergo degli economisti indica essenzialmente un confronto fra due posi-

zioni di equilibrio, prima e dopo il cambiamento di una variabile esogena<sup>(29)</sup>. Nel caso specifico, tuttavia, è sufficiente stabilire come cambia l'utilità attesa, cioè la convenienza a compiere un reato, al variare dei parametri cui siamo interessati. Ad esempio, in relazione ad un aumento della probabilità di subire una condanna o di un inasprimento della pena inflitta. Nel modello della scelta dell'uomo razionale l'aumento di una di tali variabili rappresenta un disincentivo al commettere un reato. Infatti, tanto un aumento del "prezzo" da pagare in caso di condanna quanto un aumento della probabilità di pagare tale prezzo riducono l'utilità attesa e, di conseguenza, il numero di reati compiuti da un individuo.

Contrariamente a quanto succede nei modelli più sofisticati, tale risultato si ottiene senza che si debbano fare assunzioni speciali sulle attitudini dei soggetti nei confronti del rischio. Dal punto di vista del costo del reato sofferto dalla società, Becker afferma che esso è rappresentato dalla differenza tra il danno vivo sofferto dalla vittima individuale o collettiva ed il guadagno ottenuto dall'autore, (tale guadagno a sua volta è la differenza tra i costi sostenuti per commettere il reato e l'effettivo riscontro ottenuto dal reo). L'autore di un reato ottiene dei guadagni marginali decrescenti e, viceversa, provoca danni marginali crescenti commettendo reati ulteriori<sup>(30)</sup>.

Becker ha realizzato una vera e propria funzione di mercato dei reati che allude ad una serie di fattori molteplici, i quali presentano un certo tasso di variabilità soggettiva determinato anche dalle caratteristiche del singolo autore come per esempio la propensione al rischio. Dunque quella che ini-

---

<sup>(29)</sup> In economia si definisce variabile esogena una variabile economica che, all'interno di un determinato modello, assume un valore indipendente dall'equilibrio rappresentato nel modello stesso; si tratta quindi di una variabile che influisce sull'equilibrio rappresentato nel modello, ma non è influenzata dall'equilibrio stesso. L'esempio più semplice è rappresentato dal reddito o dal progresso tecnico in un semplice modello domanda-offerta (modello di mercato concorrenziale): la quantità domandata è funzione inversa del prezzo di mercato e funzione diretta del reddito dei consumatori; l'offerta è funzione diretta del prezzo di mercato e funzione inversa del progresso tecnico; in un modello di questo tipo abbiamo quattro variabili: quantità, prezzo, reddito e progresso tecnico; prezzo e quantità sono tipicamente variabili endogene (nella curva di domanda la quantità dipende dal prezzo, nella curva di offerta il prezzo dipende dalla quantità; i valori effettivi della quantità e del prezzo dipenderanno però dall'equilibrio simultaneo tra le due relazioni); il reddito e il progresso tecnico sono invece tipicamente variabili esogene, in quanto i loro valori vengono determinati altrove rispetto al modello di riferimento, e quindi influenzano l'equilibrio del modello considerato, ma non ne vengono influenzati (saranno cioè le variazioni del reddito e del progresso tecnico a variare l'equilibrio del mercato e non viceversa).

<sup>(30)</sup> L'idea di utilità marginale relativa all'incremento della soddisfazione derivante dal consumo di un'unità addizionale di un bene è regolata dal principio dell'utilità marginale decrescente. Secondo tale principio l'utilità marginale che deriva dal consumo di un bene, decresce via che si aumenta la quantità complessiva del bene consumato. Per ogni unità addizionale che si consuma vi sarà una corrispondente diminuzione dell'utilità.

zialmente è stata definita la funzione di mercato dei reati si rivela essere “funzione di funzioni” e le sue variazioni possono essere sensibili quando, anziché valutare complessivamente le diverse variabili (il numero di reati commessi da un soggetto, la probabilità di essere condannato, la gravità della pena a cui potrebbe essere sottoposto ed un insieme di altri fattori contestuali) come entità globali, le si considera come entità singolari correlate ad ogni singola unità operativa sul mercato per cui un aumento sia della probabilità che della gravità della pena ridurrà l'utilità attesa del reato e così il numero stesso dei reati perché in entrambi i casi la probabilità di pagare il prezzo ovvero il prezzo in sé aumenterebbero.

Secondo Becker, sulla scia della rimodernizzazione delle teorie di Beccaria e Bentham, è possibile affermare che l'aumento delle probabilità di cattura e condanna influenzi il numero dei reati commessi molto più che l'aumento della severità della pena stessa. Aumentando la probabilità di essere catturati e condannati e diminuendo proporzionalmente l'entità della pena, non si varierebbe il reddito atteso dal reato ma ne varierebbe l'utilità attesa per effetto delle variazioni di rischio. Dal momento che solo i delinquenti catturati e condannati vengono puniti, la decisione se commettere un reato o meno è assunta tipicamente in condizioni di incertezza. Se condannato, il criminale paga per ogni suo crimine ma in caso contrario non paga nulla.

Viene in gioco appunto la propensione al rischio del soggetto: in tale situazione di incertezza solo soggetti con spiccata propensione al rischio, all'aumentare della probabilità di condanna e quindi al contestuale diminuire dell'utilità attesa, sarebbero ancora disposti a commettere un crimine. Si può ragionevolmente ipotizzare che l'aumento delle probabilità di cattura e condanna in una società composta da tutti i tipi di soggetti (sia avversi che indifferenti che propensi al rischio), comporti una generale diminuzione del numero di reati.

Contrariamente, nell'ipotesi di soggetti avversi al rischio sarebbe l'aumento dell'entità della pena a costituire una maggiore deterrenza, dunque a causare la diminuzione di crimini commessi. Per dare dei risultati utili in tale modello è necessario operare due ulteriori semplificazioni dell'eterogeneità umana: si deve assumere che il soggetto agente sia per definizione indifferente al rischio<sup>(31)</sup> e che la probabilità di essere scoperti sia fissa. Si tratta certamente di un'astrazione ma è proprio dal presupposto che i reati

---

<sup>(31)</sup> In economia, l'avversione al rischio è la proprietà che caratterizza un agente economico che preferisce sempre un ammontare certo rispetto a una quantità aleatoria. Caratterizzando più in generale l'atteggiamento di un agente economico nei confronti del rischio, si parla di: avversione al rischio se un agente preferisce sempre ottenere con certezza il valore atteso di una data quantità aleatoria rispetto alla quantità aleatoria stessa; neutralità al rischio se un agente è sempre indifferente tra valore atteso di una quantità aleatoria e la quantità

rispondono ad un calcolo costi benefici che nasce l'ipotesi della deterrenza. Il nodo della deterrenza è cruciale per l'analisi economica del sistema penale.

Se l'ipotesi dell'efficacia deterrente delle sanzioni penali fosse vera, pur a certe condizioni e con certi limiti, ne conseguirebbe che la lotta alla criminalità andrebbe orientata nella direzione di scoraggiare i potenziali criminali dal commettere reati. In linguaggio economico, considerato che i criminali sono decisori razionali, l'offerta degli stessi sul mercato va ridotta alzando il prezzo del reato attraverso il miglioramento del funzionamento del sistema penale nei due suoi centrali *outputs*: aumento della probabilità di arrestare e condannare il colpevole e la severità della sanzione. Il problema sul versante del sistema penale, consiste nel definire come realizzare questo obiettivo al minimo costo, o comunque, ad un costo inferiore a quello prodotto dalla criminalità. In altre parole si pone il problema di come procedere ad una razionalizzazione del sistema di giustizia penale finalizzata alla maggiore efficacia del sistema. L'ottimale allocazione delle risorse ne costituisce una componente essenziale.

#### 4. Isaac Ehrlich e le "correzioni" e precisazioni del modello "beckeriano".

I lavori di Isaac Ehrlich approfondiscono la linea di ricerca iniziata da Becker sotto un duplice profilo. Da un lato, incorporano esplicitamente all'interno dello schema di base sia le opportunità lecite sia quelle illecite; dall'altro lato, inquadrano formalmente la decisione di partecipare ad un'attività illegale all'interno della teoria generale delle scelte occupazionali<sup>(32)</sup>. La maggiore articolazione del modello di Ehrlich permette inoltre una più puntuale verifica empirica delle implicazioni della teoria. Egli ritiene che il modello di mercato del crimine si fondi su cinque elementi chiave presupposti.

Il primo punto sancisce che i criminali, le potenziali vittime, i creatori di beni illegali o di servizi illegali e le autorità preposte al rinforzo dell'*enforcement*, tutti adottano un comportamento coerente e finalizzato all'ottimizzazione del loro agire.

Il secondo punto afferma che generalmente si creano delle aspettative rispetto alle relative occasioni di condotte legittime ed illegittime che includono un calcolo dell'intensità della pena e della probabilità che venga com-

---

aleatoria stessa; propensione al rischio (o amore per il rischio) se un agente preferisce sempre una data quantità aleatoria rispetto a ottenere il suo valore atteso con sicurezza.

<sup>(32)</sup> I. EHRLICH, *Crime, Punishment and the Market for Offences*, Journal of Economic Perspectives, Winter 1996, vol. 10, No.1, pp. 43-45.

minata; tali aspettative sono basate su informazioni accessibili, dunque le opportunità legittime e quelle illegittime possono essere connesse.

Il terzo presupposto è che c'è una sorta di stabilità nella distribuzione delle preferenze per il crimine come anche nella distribuzione delle preferenze per la negazione del crimine nella popolazione. Il quarto punto esplica come, per definizione, il crimine rappresenti un'esternalità negativa e l'obiettivo delle istituzioni preposte all'*enforcement* è presuntivamente quello di massimizzare il benessere sociale combattendo tali esternalità negative con il minor sforzo possibile. L'ultimo punto infine sancisce come le condizioni aggregate del comportamento di tutte le parti rilevanti assicurino degli equilibri ben definiti.

Tali cinque presupposti conducono ad un modello del crimine equilibrato. Ehrlich precisa nei suoi articoli che per mercato del crimine non si intende un luogo fisico dove vengono effettuate transazioni illegali ma una nozione astratta secondo cui l'aggregazione dei comportamenti della domanda e dell'offerta si coordinano e si concretizzano in modo reciproco attraverso assestamenti di prezzi.

Egli ritiene che se in Becker l'equilibrio si trovava attraverso l'interazione tra criminali e forze dell'ordine, nella realtà sono coinvolti anche altri soggetti: i "consumatori" o produttori di beni e servizi illegali e le potenziali vittime. Questi soggetti determinano un'influenza diretta o derivata sulla domanda di specifiche attività illegali. La decisione di un soggetto di partecipare o meno ad una attività illegale può essere vista come dipendente dall'analisi di costi e benefici derivanti dall'attività stessa<sup>(33)</sup>. Tale valutazione include l'aspettativa di guadagno dell'attività illegittima, i costi diretti che i criminali devono sostenere per raggiungere il loro guadagno, la probabilità di essere catturato e condannato, l'entità della sanzione e la propensione o l'avversione al rischio (che si concretizza in un insieme di valori morali, propensione alla violenza e attitudine al rischio).

La riformulazione del modello base muove dalla considerazione che lo svolgimento di attività legali e illegali non è necessariamente inconciliabile: nel corso della propria esistenza l'individuo può infatti scegliere combinazioni diverse di entrambe le attività, saltare dall'una all'altra oppure dedicarsi sistematicamente all'una e saltuariamente all'altra. L'oggetto rilevante di scelta, pertanto, diventa il *mix* di attività, ossia la ripartizione ottimale del tempo e delle altre risorse di cui l'individuo dispone fra attività legali e illegali. Per rendere funzionante il modello sono necessarie alcune ipotesi semplificatrici. Ehrlich suppone innanzitutto che esistano solamente due attività, una legale e l'altra illegale, nessuna delle due richiede alcun tipo

---

<sup>(33)</sup> I. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation*, in *Journal of Political Economy*, 1973, vol. 85, 4, pp. 524.



di requisito particolare per essere svolta ed il passaggio dall'una all'altra non comporta alcun costo. I rendimenti nelle due attività non sono più fissati esogenamente, come nello schema di Becker, ma risultano funzione crescente del tempo dedicato a ciascuna di esse. Tuttavia, mentre i rendimenti dell'attività legale sono certi, quelli dell'attività illegale sono incerti, perché dipendono da diverse variabili che si possono verificare: l'individuo può essere scoperto e punito con una certa probabilità oppure può farla franca.

Nella presentazione del modello, Ehrlich non si pone alcun vincolo sulla ripartizione del tempo totale fra attività legale, illegale e tempo libero, di fatto egli considera predeterminato l'ammontare di quest'ultimo. Ma dal momento che il tempo totale al netto del tempo libero può essere impiegato esclusivamente o nell'una o nell'altra attività, ciò comporta, da un lato, che la variabile di scelta è una soltanto e, dall'altro lato, che i due tipi di occupazione sono perfetti sostituti<sup>(34)</sup>. In altre parole, ad ogni variazione di tempo impiegato in attività illegale deve corrispondere una variazione di tempo impiegato in attività legale di segno opposto e di entità eguale. Il soggetto razionale sceglierà quel livello che massimizza l'utilità attesa<sup>(35)</sup>.

Per costruire la frontiera conviene caratterizzare innanzitutto i due casi estremi, di completa specializzazione in una delle due attività. Quando l'individuo si dedica esclusivamente ad attività legali, la sua ricchezza sarà indipendente dallo stato che si verifica.

Nella situazione opposta, in cui il soggetto fa il delinquente di professione ed esercita solo questa attività, la ricchezza dell'individuo sarà diversa a seconda delle circostanze concrete che si verificano. In ogni caso, nessuno sarebbe spinto a spendere anche una minima parte del proprio tempo in tali attività se le prospettive di reddito nel settore legale fossero maggiori; d'altronde, se la ricchezza in caso di insuccesso risultasse maggiore del livello di ricchezza ottenibile con un'occupazione legale, a meno di casi estremi di rigetto del comportamento criminale, tutti abbandonerebbero tali occupazioni. Inoltre, si deve considerare che è improbabile che la ricchezza dell'individuo venga azzerata, anche in caso di condanna conseguente al crimine.

I risultati principali possono essere così riassunti. Il tempo dedicato all'attività illegale si riduce al crescere della probabilità della pena qualunque siano le attitudini dell'individuo nei confronti del rischio. Ma per

---

<sup>(34)</sup> Il concetto di beni perfetti sostituti rappresenta l'ipotesi di beni o azioni che il consumatore o il soggetto analizzato è disposto a sostituire l'uno con l'altro secondo un *rapporto fisso in questo senso ne deriva che* all'individuo non interessa è indifferente come il consumo totale o il suo tempo totale si ripartisca tra bene 1 e bene 2 o di attività 1 o attività 2.

<sup>(35)</sup> I. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation*, in *Journal of Political Economy*, 1973, vol. 85, 4, p. 524-525.

le soluzioni, ad esempio di totale specializzazione nell'attività criminale, un effetto del genere potrebbe richiedere un aumento ragguardevole di pena. Un aumento della severità della pena produce effetti conformi alle attese, ossia la riduzione della frequenza dei delitti, sia nell'ipotesi di avversione che di indifferenza nei confronti del rischio.

Circa l'effetto di fattori quali l'aumento della ricchezza iniziale o le variazioni del reddito legale rispetto al tempo dedicato ad attività illecite, non è sufficiente assumere che possano influire soprattutto in caso soggetti avversi rispetto al rischio: occorre ipotizzare anche come varia il grado di avversione al rischio al variare della ricchezza dell'individuo.

Ciò significa, come sottolinea Eide, che un eventuale effetto della povertà sulla scelta criminale<sup>(36)</sup>, in questo modello, opera attraverso meccanismi diversi dalla semplice reazione razionale. Infine, *ceteris paribus*, un aumento dei rendimenti dell'attività illegale implica un maggior impegno di tempo nell'attività illegale sia in caso di indifferenza nei confronti del rischio sia di avversione al rischio.

Il modello di Ehrlich ha aperto la strada anche all'analisi econometrica dei delitti, in particolare allo studio dei fattori che influenzano i tassi aggregati di criminalità. Per estendere i risultati dell'analisi microeconomica al livello macro, ossia per passare dal modello individuale del crimine alla formulazione di una relazione aggregata suscettibile di stima empirica, è necessario affrontare preliminarmente almeno due questioni: come aggregare le funzioni individuali e quali grandezze osservabili far corrispondere alle variabili utilizzate nello schema teorico.

Sulla questione dell'aggregazione si può osservare subito che se si ipotizza perfetta omogeneità fra gli individui (nei gusti, nelle opportunità legali e illegali, nei costi delle sanzioni e nelle regole di decisione), le caratteristiche della funzione micro possono essere estese *tout court*, salvo mutamenti di scala, alla relazione macro. Ma se più realisticamente si riconosce l'elevata disomogeneità di questi fattori a livello individuale, allora il compito diventa assai più complesso.

Ehrlich, consapevole di questi problemi, suggerisce di concepire la funzione di offerta aggregata come la distribuzione cumulata di una funzione di densità, che mostra come varia fra le persone la soglia minima del guadagno netto necessaria a propiziare l'entrata nel settore illegale, nonché la risposta ai guadagni netti di chi già opera in tale settore. La soglia di ingresso, ovviamente, varierà a seconda delle attitudini dei soggetti rispetto al rischio e all'entità degli elementi di costo di tipo psicologico (non inclusi cioè nel guadagno netto monetario).

---

<sup>(36)</sup> E. EIDE, *Economics of Criminal Behavior*, The Economic Journal, 1981, pp. 361-363.

Gli amanti del rischio o le persone inclini all'uso della violenza potrebbero entrare nel settore illegale anche quando i guadagni netti sono negativi; mentre i soggetti avversi al rischio o con una forte propensione al rispetto della legge potrebbero avere soglie di ingresso piuttosto elevate. Ciononostante, fa osservare Ehrlich, un aumento dei guadagni netti provocherà comunque nuovi ingressi nel settore illegale. In una collettività, infatti, esistono in ogni momento soggetti specializzati nelle due attività, legali e illegali, ed altri che operano al margine.

Anche se una data variazione, ad esempio una riduzione della probabilità di essere scoperti, potrebbe indurre scarse sostituzioni fra chi è già specializzato, verosimilmente in una popolazione sufficientemente grande ci sarà sempre qualcuno sul punto di compiere un'azione illegale che, dopo tale riduzione, troverà attraente passare ai fatti. Ciò dovrebbe garantire una funzione aggregata con un andamento regolare: la frequenza dei delitti aumenterà al diminuire della probabilità esattamente come accade nella funzione individuale. Questo ragionamento, tuttavia, non vale indistintamente per tutte le possibili variazioni nelle grandezze esogene.

Se è vero che un aumento della probabilità di essere scoperti e condannati in tutti i modelli genera l'effetto negativo cui si faceva riferimento, per altre grandezze, come la severità della pena o le variazioni del reddito legale, i risultati non sono univoci, in quanto dipendono dalle attitudini del soggetto nei confronti del rischio. L'effetto aggregato dipenderà, pertanto, dalla composizione della popolazione rispetto a queste caratteristiche.

Peraltro, se per superare il problema si facesse l'ipotesi che tutti i soggetti sono avversi al rischio (come avviene spesso nello studio del comportamento individuale in altri ambiti), indubbiamente i risultati sarebbero meno variabili. Ma proprio in questo campo non sembra legittimo limitare le propensioni soggettive a quest'unica categoria. In ogni caso, i modelli visti rappresentano una guida indispensabile per interpretare i risultati degli studi aggregati. Se l'obiettivo dell'*enforcement* pubblico è quello di massimizzare il reddito sociale e minimizzare la perdita sociale aggregata derivante dai crimini, ne consegue che le norme di *enforcement* devono agire "ai margini".

Il motivo può essere quello che la probabilità di scoperta, processo e condanna comporta dei costi marginali positivi, che potrebbero essere convenienti da sostenere solo se ciò comportasse una riduzione marginale dei crimini. Secondo Ehrlich tanto maggiori saranno i costi marginali per migliorare l'*enforcement* tanto maggiori saranno i benefici marginali, in termini di effetti preventivi e dissuasivi.

Se è vero che l'equazione del modello di mercato base identifica i fattori essenziali che determinano la scelta ottimale di compiere attività illegali, Ehrlich prova a considerare che tipo di influenze avrebbe l'introdu-

zione nel sistema base di ulteriori fattori finora non considerati. Si pensi ai differenti tipi di reato che un soggetto può decidere di compiere<sup>(37)</sup>.

Diversamente da quanto avviene nei reati contro il patrimonio, in cui il soggetto agente può essere mosso dal desiderio di arricchimento personale, i crimini contro la persona, per esempio, possono essere motivati da sentimenti come odio, rabbia, passione. Tali stati d'animo sono fenomeni che coinvolgono delle interdipendenze fra gli individui per le quali l'utilità a vantaggio di uno comporta necessariamente un danno o svantaggio per l'altro. Secondo Ehrlich dunque sarebbe più appropriato considerare i crimini contro le persone delle attività esterne al mercato poiché risultano essere attività che soddisfano direttamente dei bisogni diversi ed esterni da quelli della funzione del benessere sociale, difficilmente monetizzabili e prevedibili<sup>(38)</sup>.

Attraverso l'analisi economica del diritto si giunge negli studi di Ehrlich a considerare la pena di morte come pena particolarmente efficiente: secondo lo studioso e altri sostenitori di questa tesi, dal punto di vista della funzione special-preventiva la pena di morte<sup>(39)</sup> garantisce l'assoluta impossibilità del reo di costituire un pericolo sociale futuro, dal punto di vista della funzione general-preventiva può costituire un valido deterrente, dal punto di vista strettamente economico fa risparmiare allo stato tutti i costi tipici della pena detentiva (organi di vigilanza, mantenimento ecc.).

Alle ricerche della criminologia che negano efficacia deterrente<sup>(40)</sup> della pena capitale si contrappone l'analisi di Isaac Ehrlich che ritiene di dimostrare il contrario; in uno studio del 1975, l'economista avanza una stima generalmente ritenuta ottimistica: analizzando il tasso di criminalità ed il numero di condanne a morte dal 1950 al 1960, lo studioso ritiene di poter affermare che giustiziare un criminale servirebbe a impedirgli di commettere altri 8 omicidi. Secondo studi più recenti nel 1991, le condanne a morte eseguite negli USA sono state 14; nel 2001, 66. In base ai calcoli di Ehrlich, alle 52 esecuzioni capitali in più sarebbero dovuti corri-

---

<sup>(37)</sup> I. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation*, in *Journal of Political Economy*, 1973, vol. 85, 4, pp. 532-533.

<sup>(38)</sup> I. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation*, in *Journal of Political Economy*, 1973, vol. 85,4, p. 560.

<sup>(39)</sup> I. EHRLICH, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death*, *The American Economic Review*, 1975, pp. 397 ss.

<sup>(40)</sup> Quest'idea però viene facilmente confutata sulla base di principi etici, morali e costituzionali. Inoltre dal punto di vista della funzione general preventiva la ricerca sulla pena di morte indica che l'effetto deterrente generale non sussiste. Nel migliore dei casi il tasso di crimini contro la persona diminuisce a seguito di una esecuzione *una tantum* per poi salire di nuovo a livelli più elevati successivamente, quindi non producono alcuna riduzione globale. Sembra infatti, che vi sia poca differenza fra i tassi di reati capitali tra gli Stati che impongono la pena di morte e quelli che non lo fanno.

spondere 364 omicidi in meno nel 2001, non pochi, in termini assoluti, ma appena il 4 per cento del calo complessivo registrato quell'anno<sup>(41)</sup>.

Concludendo, per Ehrlich il modello di mercato del crimine è ancora un lavoro in progressione, i limiti dei dati hanno a lungo precluso la possibilità di compiere una completa implementazione ed evoluzione della sua struttura. La letteratura esistente supporta fortemente le premesse di base del sistema. Nei suoi studi egli sottolinea però, come vi sia un equivoco diffuso rispetto all'ipotesi di deterrenza: tale concetto viene sempre inteso come applicazione di incentivi negativi, cioè i motivi che dovrebbero dissuadere il soggetto a delinquere, mentre potrebbe utilizzare anche incentivi positivi, incentivi di tipo premiale che potrebbero stimolare il soggetto a rispettare le norme, in quanto più conveniente.

### 5. Block ed Heineke e l'importanza del tempo.

I lavori di questi due studiosi si concentrano su alcune complicazioni dello schema di Becker-Ehrlich che occorre necessariamente chiarire per definire con precisione l'ambito di applicabilità del modello economico del crimine. Parallelamente, essi compiono anche un'opera di sistematizzazione della letteratura sorta nel decennio successivo al contributo pionieristico di Becker, dalla quale conviene ancora oggi partire per comprendere il senso delle loro generalizzazioni.

I modelli economici sul crimine vengono suddivisi in due filoni distinti: da un lato i lavori che seguono un "approccio di portafoglio", dall'altro quelli incentrati sul "problema dell'allocazione del tempo" da parte dell'individuo. L'uso dell'espressione "approccio di portafoglio" descrive un modello caratterizzato dal fatto che tutti i costi e i benefici della scelta sono di tipo pecuniario e si tratta semplicemente di decidere la frazione di ricchezza da investire nelle diverse alternative: legali ed illegali. Nel primo filone, dunque, ritroviamo tanto i modelli alla Allingham e Sandmo<sup>(42)</sup>

<sup>(41)</sup> Si vedano I. EHRLICH e E. LIU ZHIQIANG, *Sensitivity Analysis of the Deterrence Hypothesis: Lets Keep the Econ in Econometrics*, Journal of Law & Economics, 1999, vol. 42, Numero 1, pagine 455-87, Bradford, *An inquiry how far the punishment of death is necessary in Pennsylvania*, The American Journal of Legal History, April, 1968, vol. 12, n. 2, pp. 122-175 e JOANNA M. SHEPHERD, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: Evidence from a "Judicial Experiment"*, American Law & Economics Association Annual Meetings, 2004, paper n.18, pp. 4-12.

<sup>(42)</sup> M. ALLINGHAM, A. SANDMO; *Income Tax Evasion: a Theoretical Analysis*, Journal of Public Economics, 1971, vol 1, pp. 323-338.

Secondo i due studiosi per un potenziale evasore fiscale, la scelta di dichiarare un reddito inferiore a quello percepito, o di non dichiararlo affatto, potrebbe dar luogo a possibilità di consumo diverse a seconda della frequenza e del successo degli accertamenti da parte del-

sulla scelta del livello ottimo di evasione fiscale, dove la semplificazione che le grandezze in gioco siano esclusivamente pecuniarie sembra tutto sommato accettabile, quanto i modelli alla Becker-Ehrlich nei quali la variabile di scelta è il tempo ma i costi e i benefici sono espressi in termini monetari. Nel secondo filone, invece, rientrano quei modelli che oltre a formalizzare la decisione di compiere un reato come una scelta riguardante essenzialmente l'impiego del tempo a disposizione dell'individuo, incorporano esplicitamente nell'analisi costi e benefici di natura non-pecuniaria.

L'evoluzione dell'analisi economica moderna si concretizza dunque nello studio delle decisioni in un contesto dinamico, nel considerare esplicitamente un aspetto che normalmente è stato trascurato: il profilo temporale dei vincoli e degli obiettivi da cui discendono le scelte di individui e imprese. La rilevanza di tale fattore è evidente in primo luogo perché nell'ambito del processo della scelta razionale l'individuo deve comunque fare i conti con tale risorsa limitata, in secondo luogo non si può trascurare che i frutti dell'attività illecita normalmente vengono gustati prima di doverne pagare il prezzo e ciò li rende sicuramente più attraenti. L'esistenza di incertezza riguardo al momento dell'eventuale punizione ha l'effetto di influenzare non solo il reddito atteso derivante dall'attività illecita ma anche la lunghezza dell'intervallo di tempo durante il quale l'autore di un reato può pensare di guadagnare quel flusso di reddito.

Heineke nel 1978 presenta un modello in cui si sottolinea l'importanza del fatto che l'individuo decide sostanzialmente come investire il suo tempo tra attività lecite ed attività illecite<sup>(43)</sup>. Il suo guadagno si assume

---

la Guardia di Finanza. Essi considerarono a fini esemplificativi della loro teoria l'ipotesi di un contribuente razionale che nell'ambito del sistema fiscale del paese in cui vive deve decidere se evadere o meno le tasse: considerando che il contribuente ha un reddito lordo di 100 euro; che l'imposta sul reddito è di tipo proporzionale, con aliquota del 20 per cento; che gli accertamenti avvengono con una probabilità fissa e portano sempre, qualora il contribuente abbia frodato il fisco, alla scoperta del fatto e al conseguente pagamento, in aggiunta all'imposta evasa, di una multa  $m$  pari a 0,25 per ogni euro di reddito non dichiarato.

Le possibilità di consumo del contribuente varieranno a seconda dell'entità dell'evasione e della presenza o meno di accertamenti. Per individuare l'insieme delle opportunità e la linea di bilancio conviene partire dalle due situazioni estreme nelle quali l'imposta viene completamente versata o evasa. Nel primo caso, di totale onestà, il soggetto potrà consumare tutto il suo reddito al netto delle imposte in entrambi gli stati del mondo. Dati i valori dei parametri fiscali, il livello di consumo certo sarà pari al reddito lordo meno l'imposta del 20 per cento, cioè 80 euro. Nell'ipotesi opposta di disonestà totale, in cui il contribuente decide di evadere completamente il fisco, il suo consumo in assenza di accertamenti sarà pari esattamente al suo reddito lordo (100), mentre in caso di accertamento, sotto il sistema sanzionatorio ipotizzato, sarà pari a reddito lordo meno imposta del venti per cento meno la multa di 0,25 per ogni euro evaso, cioè 55. Per determinare il livello ottimo di evasione, ossia il punto di equilibrio del contribuente razionale, è necessario considerare le preferenze del consumatore.

<sup>(43)</sup> J. HEINEKE, *Economic Model of Crime Behaviour*, Amsterdam, North Holland, 1978, p. 391.

essere uguale alla somma di tre elementi: il reddito di partenza del soggetto, i benefici monetari o comunque monetizzabili ed i costi delle attività illegali (la monetizzazione si concretizza implicitamente se un individuo dovendo scegliere tra azioni che comportano benefici o perdite non monetarie agisce in coerenza con certi assiomi).

In tale situazione alcuni individui si specializzeranno nelle attività legali, altri in quelle illegali, altri ancora opteranno per un misto fra le due categorie. Un marginale aumento delle probabilità o della severità delle sanzioni potrà influire sul misto ottimale delle due attività. In realtà anche un incremento di tali variabili sarà comunque insufficiente nell'ottenimento di un effetto di deterrenza sugli individui che si sono specializzati agli estremi opposti (attività illegali o attività legali). Mentre saranno condizionati dalle variazioni dei costi del reato i soggetti che si posizionano in una condizione intermedia, quelli che investono parte del loro tempo in attività legali e parte in attività illegali. Il tempo investito nell'una e nell'altra attività non può essere determinato.

Secondo Block e Heineke, infatti, a meno che non si sia disposti a compiere notevoli presunzioni sulle preferenze individuali, non è possibile decidere se l'attività criminale crescerà o decrescerà come risultato di una variazione della probabilità di essere puniti, o di una variazione in termini di introiti; dovrebbero essere inclusi nella funzione dell'utilità dunque tutta una serie di fattori strettamente soggettivi, personali e pertanto difficilmente calcolabili.

Block e Heineke<sup>(44)</sup> hanno dimostrato che, essendo i costi e i benefici delle attività illegali maggiormente difficili da determinare, in quanto caratterizzati da una maggiore aleatorietà, non è possibile stabilire con certezza se un aumento di pena o di probabilità avranno lo sperato effetto deterrente. Fondamentalmente essi si chiedono se gli "equivalenti monetali" dei "costi psichici" del lavoro (legale e illegale) e dei diversi attributi della pena esistano sempre e, in caso affermativo, che forma assumano. Essi si propongono di presentare un modello alternativo all'approccio di Becker e di dimostrare che molte delle asserzioni beckeriane sono ingannevoli e fuorvianti.

#### 6. Erling Eide e i costi morali del crimine.

Il paradigma razionale formulato da Becker e le successive generalizzazioni hanno lasciato poco spazio alle analisi del comportamento crimi-

---

<sup>(44)</sup> M. BLOCK, J. HEINEKE, *A Labor Theoretic Analysis of Criminal Choice*, American Economic Review, 1975, n. 65, vol. 3 pp. 314-325.

nale che sottolineino il ruolo di fattori quali la personalità dell'individuo, i valori che ha assorbito dalla famiglia o dalla religione, il suo *back ground* culturale, gli squilibri della struttura sociale, le norme, le convenzioni sociali. Il contributo di Eide costituisce uno dei pochi e più interessanti tentativi di integrare in tal senso il modello tradizionale, in particolare per ciò che riguarda il ruolo delle norme all'interno del meccanismo decisionale<sup>(45)</sup>.

Con il modello beckeriano la scelta razionale, nell'analisi economica, si concretizza nella selezione di un'azione, o di una sequenza di azioni, che consenta all'individuo di perseguire nel modo più efficace gli obiettivi che si è prefissato. Le azioni umane sono ponderate e adottate solo in quanto mezzi rivolti al raggiungimento di determinati fini. Si parla infatti di razionalità dei mezzi o razionalità strumentale.

La scelta fra un'azione ed un'altra è guidata dai risultati, dunque fra le diverse alternative si privilegia quella che assicura l'esito complessivo migliore. Per rendere questa impostazione operativa è necessario poter ordinare gerarchicamente i diversi esiti e poter rappresentare tali preferenze mediante un indicatore numerico o una funzione di utilità. Le quattro componenti fondamentali della scelta razionale sono: l'insieme delle azioni (o attività) ammissibili, il contesto ambientale, l'insieme dei risultati e una valutazione soggettiva del grado di soddisfazione ottenuto da questi ultimi. Il soggetto tipo dell'analisi economica, l'*Homo oeconomicus*, sarà impegnato principalmente a massimizzare la propria funzione di utilità entro i limiti definiti dai propri vincoli<sup>(46)</sup>.

Oltre a questa interpretazione del concetto di razionalità ne esistono altre, riscontrabili nelle scienze sociali, le quali prevedono relazioni diverse fra il fine da raggiungere e i mezzi utilizzati, una diversa combinazione fra le componenti fondamentali della scelta e, soprattutto ulteriori componenti della scelta fin qui escluse o poco considerate. In particolare, mentre la deliberazione razionale in economia è subordinata esclusivamente a vincoli di bilancio di natura monetaria o di natura tecnologica o alla disponibilità di risorse dell'individuo, in altri ambiti, specialmente nella sociologia, si pone l'accento sui limiti alla libertà di manovra del singolo derivanti dall'esistenza di altri individui nella società, dunque, un ulteriore vincolo all'agire umano. Tale vincolo è costituito dalle norme sociali di convivenza e dalle altrui aspettative sul comportamento di un dato individuo in una determinata situazione. Un soggetto che vive in conformità delle norme e delle re-

---

<sup>(45)</sup> E. EIDE, *Economics of Criminal Behavior*, The Economic Journal, 1981, pp. 345-369.

<sup>(46)</sup> Si veda anche E. EIDE, in cooperation with AASNES JORGEN and TERJE SKJERPEN, *Economics of Crime: Deterrence and the Rational Offender, Contribution to Economic Analysis*, Amsterdam, Oxford and Tokyo, North Holland, 1994, p. 334.



lazioni sociali è un esempio di *Homo sociologicus*. Contrariamente all'*Homo oeconomicus*, questo esemplare umano ha pochi calcoli da effettuare, in quanto agisce secondo una concezione sociale pre-costituita. La contrapposizione fra i due, fra norme e preferenze, costituisce indubbiamente una semplificazione, che coglie però l'essenza di molte delle argomentazioni che vengono fornite per spiegare importanti fenomeni della vita sociale.

Molteplici studi sono stati elaborati rispetto ai benefici ed ai costi dei crimini. I guadagni e le perdite inclusi nel modello economico del comportamento criminale si assumono quali rappresentativi di ogni genere di benefici e costi che abbiano un effetto rispetto alla decisione dell'individuo. Le persone a loro volta sono considerate come soggetti che investono il loro tempo in attività criminali fintanto che i benefici marginali eguagliano i costi marginali. Per alcune persone i benefici del crimine sono percepiti come minori rispetto ai costi marginali che ne derivano; tali persone saranno rispettose delle norme, altri invece si specializzeranno in attività criminali.

Eide sottolinea come il tipo di beneficio ottenuto attraverso l'attività criminale vari e dipenda dal tipo di reato commesso e dal tipo di criminale che si analizza: vi sono reati economici che comportano guadagni in termini di denaro come il furto, la rapina o la frode fiscale. Altri sono benefici psichici, morali come quelli derivati dal gusto del rischio o del pericolo, dall'approvazione dei propri simili, dal senso di realizzazione o dalla soddisfazione dei propri desideri. Nell'analizzare i costi delle attività illegali è necessario distinguere tra costi materiali (dei mezzi, dell'equipaggiamento, dei veicoli e delle armi) e costi psichici (il senso di colpa, l'ansia, la paura, l'agitazione, la tensione, il disprezzo per il rischio), tra i costi attesi della sanzione e i costi di opportunità<sup>(47)</sup>.

Il costo della punizione include tutte le sanzioni formali ed informali. Sono sanzioni formali la sanzione pecuniaria, la sanzione detentiva e le sanzioni accessorie. Tanto più saranno severe le sanzioni tanto più elevato risulterà il costo del crimine. Le sanzioni informali invece comprendono ogni inconveniente personale o disagio connesso con l'arresto, il processo e la condanna: la stigmatizzazione sociale causata dall'arresto e dalle altre pene, il danno derivante dal sottoporsi al giudizio di una corte, alla reazione dei datori di lavoro, dei familiari e degli amici può avere un effetto ancora più rilevante rispetto a quello delle pene in senso formale. I costi eventuali del crimine sono costituiti dal beneficio netto (beneficio lordo meno costi) delle attività legali a cui si è rinunciato durante la pianificazione, l'esecuzione e l'occultamento dell'azione criminale.

---

<sup>(47)</sup> E. EIDE, *Economics of Criminal Behavior*, The Economic Journal, 1981, p. 351.

Eide sottolinea come l'ammontare dei profitti derivanti da un'attività legale dipenda dall'età del soggetto, dal sesso, dalla razza, dal tipo di formazione, dall'educazione, dalla religione, dal luogo di provenienza, dal tasso di disoccupazione, dal quoziente intellettivo *eccetera*. Le persone che riescono a guadagnare un esiguo salario potrebbero dover sostenere un basso costo eventuale, decidendo più facilmente di commettere un crimine. Ci si dovrebbe coerentemente aspettare dunque che la maggior parte dei criminali siano uomini giovani, di colore, sottopagati. Questo è infatti quello che le statistiche della criminalità negli Stati Uniti d'America, riportano, ma è necessario compiere degli studi empirici molto più approfonditi per dimostrare e contestualizzare tali relazioni.

Molte caratteristiche individuali potrebbero avere effetti o influenze sui costi ed i benefici dell'attività criminale. Il guadagno derivante dal crimine spesso si concretizza contestualmente al reato, mentre viceversa il costo (sanzione) potrebbe avvenire in un momento successivo e dilazionato in un lungo periodo di tempo; questo per soggetti propensi a rischio potrebbe risultare molto appetibile.

La probabilità di essere puniti, inoltre, può influire in modo differente per le diverse persone. Vi sono persone più capaci di altre a nascondere il crimine alle forze dell'ordine. E ci sono anche livelli diversi di difesa davanti all'organo giudicante dettati anche dalle possibilità economiche. Tutti questi fattori uniti anche alla diversa attitudine al rischio delle persone possono influire sulla decisione. Dovrebbero dunque essere inseriti e calcolati nel modello economico di valutazione del mercato dei crimini.

Il vero contributo di Eide consiste nel suo tentativo di innestare le norme all'interno dello schema tradizionale della scelta razionale<sup>(48)</sup>.

A tal fine egli ipotizza che i desideri dell'individuo riguardino non solo gli esiti delle azioni, dai quali dipende il grado di soddisfazione dei propri bisogni, ma anche l'adesione a determinate norme che regolano la vita degli individui e che sono particolarmente sentite e rispettate dagli stessi perché coinvolgono la loro sfera morale.

L'ambito delle preferenze individuali, pertanto, si compone di due elementi: i bisogni (per gli esiti) e le norme (attitudini morali). Per appagare i propri bisogni l'individuo guarda alle conseguenze delle possibili opzioni, ma, allo stesso tempo, l'adesione alle norme richiede di prediligere o scartare determinate linee di condotta. L'individuo a questo punto dovrà bilanciare azioni e risultati, soddisfazione dei bisogni e adesione alle norme. Come sottolinea Eide, una norma può rivestire una grande importanza a causa del disagio, o senso di colpa, che prova l'individuo nel momento

---

<sup>(48)</sup> E. EIDE, *Economics of Criminal Behavior*, The Economic Journal, 1981, p. 353.

in cui la infrange, ma se un'azione trasgressiva rispetto alla norma assicura un esito altamente desiderato, l'individuo potrebbe benissimo decidere di agire in contrasto con essa. Le norme possono restringere la gamma di azioni dell'individuo senza tuttavia essere vincolanti, oppure possono assumere un peso tale da ridurre il repertorio di azioni ammissibili a poche o, al limite, ad una sola: quella prescritta dalla norma. Nel primo caso si potrà parlare di comportamento razionale libero da norme, nel secondo di comportamento razionale guidato da norme vincolanti.

Nell'ambito della scelta razionale è dunque necessario operare la distinzione fra norme sociali (cioè norme che il soggetto condivide con altri) interiorizzate e non interiorizzate. Eide ritiene che le prime restringano direttamente il repertorio di azioni dell'individuo, mentre le seconde influenzano le sue scelte attraverso i riflessi, mediati dal contesto, sulla soddisfazione dei bisogni.

Le preferenze dell'individuo, pertanto, determinano la desiderabilità di un'azione illegale alla luce di quattro nuovi elementi: norme individuali, norme sociali interiorizzate, attributi psichici/fisici dell'azione e mere conseguenze. Fra queste ultime, ovviamente, occorre considerare non solo il rischio di una punizione formale ma anche l'eventuale minaccia di sanzioni legate all'operare di norme sociali non interiorizzate. L'espressione *norm guided rational choice* designa un comportamento rispetto al quale le norme risultano vitali, ma per il quale è parimenti importante il bilanciamento razionale fra queste ultime e i bisogni.

Avendo definito questo schema più ampio, Eide prende in considerazione le spiegazioni più ricorrenti del crimine e le possibili relazioni fra comportamento deviante e caratteristiche costituzionali o acquisite dell'individuo. In entrambi i casi egli giunge alla conclusione che il fenomeno, malgrado il lungo elenco di cause, può essere ricondotto all'operare di fattori più profondi, come norme, bisogni, opportunità e circostanze. Tutti elementi che possono trovare un'adeguata collocazione nell'ambito del modello della scelta razionale guidata da norme.

Sotto il profilo formale, date certe condizioni, i suggerimenti di Eide possono essere facilmente inglobati all'interno del classico modello economico del crimine. L'influenza delle norme interiorizzate, ad esempio, può essere colta attraverso un nuovo termine che esprime il disagio (la disutilità) derivante dalla loro trasgressione. Si può infatti dimostrare che l'inclusione di un termine con queste caratteristiche non cambia sostanzialmente i risultati di statica comparata ottenuti nei modelli precedenti.

L'analisi di Eide ha interessanti riflessi soprattutto nel disegno delle analisi econometriche dei tassi territoriali di criminalità, dove sorge il problema sia di individuare delle grandezze misurabili capaci di cogliere l'influenza delle norme sul comportamento individuale, sia di tener nel dovuto conto il fatto che esse rappresentano un tratto distintivo del sistema sociale nel suo complesso, piuttosto che di un singolo attore.

### 7. Polinsky e Shavell e la teoria della pena più efficiente.

Polinsky<sup>(49)</sup> e Shavell si collocano sulla scia degli studi di Becker, ma la peculiarità dei loro studi riguarda l'attenzione riservata alla scoperta dell'impiego ottimale delle multe e della detenzione. I due studiosi cercano di teorizzare quale sia pena più efficiente, la combinazione di multa e prigione che abbia la maggior capacità deterrente, e che sia idonea a scoraggiare gli individui dal commettere azioni dannose per la società. Essi riprendono e sviluppano il concetto di comportamento individuale nella scelta tra compiere un'azione illecita o lecita e proseguono tale analisi estendendola allo studio del benessere sociale.

Analizzano approfonditamente soprattutto quale sia la strategia migliore che le autorità di *enforcement* dovrebbero attuare per massimizzare il benessere sociale, scegliendo opportunamente il livello di spese da dedicarvi (vale a dire la probabilità che l'autore della violazione sia scoperto), la tipologia e l'entità delle sanzioni ed il regime di responsabilità applicabile. L'obiettivo della massima deterrenza comporta la necessità di pianificare un efficiente impianto sanzionatorio<sup>(50)</sup>.

Nella letteratura dell'analisi economica del diritto molta enfasi è stata posta sulle diverse potenziali sanzioni applicabili, vale a dire sulle sanzioni amministrative, civili e penali. Polinsky e Shavell affermano sulla base dei risultati dei loro modelli economici la preferibilità sociale delle sanzioni monetarie, poiché rispetto alle sanzioni non monetarie comportano un assorbimento di risorse economiche meno rilevante assicurando contemporaneamente la riparazione del reato.

L'applicazione di sanzioni monetarie non è però esente da limitazioni, in quanto esse possono comportare problemi nel caso in cui il soggetto condannato non abbia risorse sufficienti per pagare la multa<sup>(51)</sup> oppure nei casi in cui due soggetti, condannati per reati simili abbiano capacità di reddito sostanzialmente diverse. Spesso le sanzioni pecuniarie non possono addirittura essere imposte, come nel caso in cui, per esempio, la sanzione appropriata eccede l'assetto patrimoniale del reo e quindi, risulta necessario l'impiego di sanzioni non monetarie. In questi casi la combinazione di pene monetarie e pene detentive è senza dubbio molto utile,

---

<sup>(49)</sup> M. POLINSKY, *Una Introduzione all'Analisi Economica del Diritto*, Zanichelli, Bologna, 1987, pp. 11 ss.

<sup>(50)</sup> È doveroso a questo proposito ricordare l'approccio al diritto penale di Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, per i quali la funzione dell'ordinamento penale non è infliggere tormenti gratuiti né "disfare delitti già commessi", ma piuttosto dissuadere in modo mirato ed efficace le persone dal commetterne altri.

<sup>(51)</sup> S. SHAVELL, *The Judgement Proof Problems*, in *International Review of Law and Economics*, 6, June 1986, pp. 45-58.

poiché consente nella pianificazione dell'*enforcement* di sostituire una parte dell'imprigionamento (socialmente costoso) con la multa, al fine di minimizzarne le spese.

Polinsky e Shavell suppongono nei loro modelli che le sanzioni pecuniarie non comportino costi sociali, perché costituiscono dei semplici trasferimenti di denaro, mentre è indubbio che le sanzioni detentive comportino sia costi sociali positivi come le spese per la cattura dei delinquenti, il controllo ed il funzionamento delle prigioni; sia disutilità dell'individuo derivante dal fatto di essere imprigionato. Essi assumono inoltre che la probabilità di essere scoperti sia fissa e che gli individui siano tutti indifferenti al rischio ed identici, tranne eventualmente per il livello di ricchezza personale.

Una volta compiute tali semplificazioni, essi analizzano il comportamento individuale sia nella vigenza di un regime di responsabilità oggettiva sia nella vigenza di uno basato sulla colpevolezza.

Se l'individuo è indifferente al rischio rispetto alla multa, la probabilità ottimale di essere scoperto e condannato potrà essere mantenuta ad un livello molto basso, non avrebbe senso, infatti, sostenere i costi derivanti dal rafforzamento dei sistemi di controllo per un soggetto che non è influenzato da questa variabile. L'entità della multa, al contrario, dovrà essere la più elevata possibile.

Una volta assunto che l'individuo analizzato è indifferente rispetto al rischio di essere assoggettato alla reclusione o alla pena pecuniaria, si può affermare che la sua disutilità cresca in modo proporzionale rispettivamente alla durata della reclusione o all'entità della somma da pagare<sup>(22)</sup>.

Il problema delle autorità pubbliche consiste nel massimizzare l'effetto di deterrenza attraverso la scelta di opportuni valori per la multa o per il periodo di detenzione.

Il primo punto affrontato dai due studiosi riguarda la scelta esclusiva della pena pecuniaria. In questo caso il valore ottimale della multa da comminare è uguale alla ricchezza dell'individuo. In altre parole, il valore ottimo della multa è uguale al valore massimo che essa può assumere. Se ciò non fosse vero, se cioè la multa fosse fissata ad un livello inferiore sarebbe possibile aumentarla e diminuire conseguentemente la probabilità di comminarla ottenendo così la stessa sanzione attesa ad un costo inferiore<sup>(23)</sup>, questo farebbe aumentare il benessere sociale grazie al risparmio ottenuto, e denoterebbe che il livello di multa precedentemente fissato non era ottimale. Volendo precisare tale teoria, essi ipotizzano il caso in cui la multa sia fissata

---

<sup>(22)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Optimal Tradeoff Between the Probabilità and Magnitudo of Fines*, American Economic Review, 1979, pp. 880-884.

<sup>(23)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Optimal Use of Fines and Imprisonment*, Journal of Public Economics, 1984, vol. 84, p. 93.

ad un livello inferiore rispetto alla ricchezza totale del soggetto. Considerando che l'effetto deterrente è sempre costituito solamente dal rapporto tra l'entità della sanzione e la probabilità che venga comminata, qualora si volesse sortire un effetto deterrente maggiore, si potrà optare per l'innalzamento della multa ottimale fino alla ricchezza totale del soggetto.

Tale soluzione risulta essere la più economica poiché, come già detto, infliggere una multa elevata non fa aumentare i costi di *enforcement*. A questo punto si dovrebbe abbassare la probabilità di comminare la multa in modo proporzionale all'aumento dell'entità della stessa: in tal modo la sanzione attesa rimarrebbe inalterata, e dunque, il numero di individui che opterebbero per le attività illegali resterebbe allo stesso modo invariato. L'unico effetto sul benessere sociale sarebbe quello di un abbassamento dei costi per la cattura e la sanzione dei soggetti criminali.

Al contrario, fissando la multa al livello più elevato possibile, corrispondente alla ricchezza totale dell'individuo, si potrebbe raggiungere la massimizzazione del benessere sociale. Tale risultato si otterrebbe perché, considerando che l'effetto deterrente di una sanzione resta sempre determinato dal rapporto tra probabilità di essere condannato ed entità della pena, qualora si decidesse di aumentare la probabilità di cattura e condanna del reo, vi sarebbe un beneficio marginale sensibile in termini riduzione dei soggetti che scelgono di delinquere.

Certamente l'aumento della probabilità comporterà dei costi a carico della società. Secondo Polinsky e Shavell, comunque risulterà vantaggioso avere tale lieve effetto di sottodeterrenza. In altri termini, nonostante questa soluzione comporti il fenomeno per cui alcuni soggetti decideranno di delinquere a causa della determinazione di una pena attesa inferiore al danno che provocano (creando una vera diseconomia), vi sarà comunque una diminuzione dei criminali.

Nel caso di sanzione costituita dalla sola reclusione<sup>(54)</sup>, una volta fissato il livello di probabilità di essere condannati, la durata ottimale del periodo di reclusione sarà determinata uguagliando il costo marginale per la società derivante dall'aumento del tempo di reclusione al beneficio marginale derivante dall'aumento del tempo di reclusione.

Il costo marginale per la società si calcola sottraendo ai costi effettivi di mantenimento dell'intero sistema carcerario, il risparmio derivante dalla riduzione del numero di soggetti che delinquono e che sono condannati, mentre il beneficio marginale derivante dall'aumento del tempo di reclusione corrisponde alla diminuzione del numero di individui che scelgono di delinquere.

---

<sup>(54)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Optimal Use of Fines and Imprisonment*, Journal of Public Economics, 1984, vol. 94, p..

I due studiosi spiegano quale sia il livello ottimale di pena detentiva allo stesso modo in cui spiegano il livello ottimale di multe. Dal momento che tale equilibrio raggiunto non comporterà una variazione del numero di soggetti che delinquono, si potrebbe decidere di ridurre il tempo della reclusione in modo da diminuire il costo per la società che ne deriva. Diminuire il tempo da trascorrere in carcere comporta la riduzione del costo per persona imprigionata ma anche un aumento del numero delle persone imprigionate; nell'ipotesi della comminazione di una pena meno severa infatti un numero maggiore di soggetti sarà propenso a delinquere. Se il primo effetto si considera più importante del secondo allora sarà conveniente diminuire l'entità del periodo di reclusione, viceversa, sarà più opportuno aumentarlo.

Secondo i due studiosi il livello ottimale di probabilità è determinato con gli stessi criteri del livello ottimale di pena pecuniaria.

In tale modello le funzioni di recupero del reo e di rieducazione in vista del ritorno nella società non sono assolutamente considerate e le motivazioni sono abbastanza evidenti: ogni sforzo in questo senso si scontra con i criteri economici come l'efficienza, l'utilitarismo, il bilancio tra costi e benefici, in poche parole non rientra tra gli obiettivi dell'EAL e questo non può non essere considerato come rilevante limite che si scontra con i principi fondamentali (e costituzionali) del diritto penale odierno.

Polinsky e Shavell ricavano agevolmente la politica criminale ottimale ammettendo la possibilità di comminare entrambe le sanzioni: il sistema sanzionatorio ideale prevede l'applicazione delle sanzioni pecuniarie sino al massimo livello ammissibile (che coincide con la ricchezza degli individui) prima di integrarle, se risulta necessario, con un periodo di reclusione.

Le multe, infatti, costituiscono uno strumento socialmente economico (in queste analisi si assume addirittura che non comportino alcun costo) per assicurare il rispetto delle leggi, converrà dunque sfruttarle al massimo prima di passare a misure alternative e socialmente più onerose (con evidenti problemi rispetto al principio di uguaglianza fra i consociati e di discriminazione nei confronti dei soggetti non abbienti).

Infine, nello stesso lavoro Polinsky e Shavell considerano come variano i risultati sotto ipotesi alternative rispetto alla indifferenza nei confronti del rischio, e trovano come sia lecito aspettarsi che tanto i valori ottimali delle sanzioni, quanto il livello ottimale della probabilità di cattura e condanna, cambino rispetto ai casi analizzati precedentemente. Tuttavia, anche nel caso di avversione al rischio viene confermata la regola di spingere le multe fino al massimo livello possibile, prima di integrarle, se necessario, con la prigione<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Mass., 1987, pp. 12 ss.

Polinsky e Shavell considerano il caso dell'avversione e della propensione al rischio.

Se un individuo è avverso al rischio relativamente alla multa e alla reclusione, il guadagno e l'utilità derivanti dall'atto illecito dovrebbero essere di gran lunga maggiori rispetto al caso della indifferenza al rischio, dunque sarà ancora più valido l'argomento della sanzione più elevata possibile. Ciò è dovuto al fatto che se l'entità della multa o il periodo di reclusione sono elevati il livello di probabilità di cattura, processo e condanna può essere abbassato anche più di quanto avvenga nel caso di un soggetto indifferente al rischio senza che ciò possa inficiare la deterrenza. Ne derivano, dunque, da una parte grandi risparmi in termini di costi di *enforcement*, dall'altra la diminuzione del costo sociale derivante dall'imposizione della reclusione come sanzione, dovuto alla minore aspettativa di un periodo di carcere.

Se invece un individuo è propenso al rischio relativamente alle sanzioni che possono essere imposte, il guadagno o l'utilità richiesta per spingerlo a commettere il reato tende ad essere minore e la sanzione ottimale sarà inferiore rispetto al livello massimale.

Quando la sanzione è elevata, il livello di probabilità che mantiene la deterrenza non può essere diminuito proporzionalmente; ne deriva che l'aspettativa di sanzione detentiva aumenta. Affinché il costo sostenuto dalla società per imporre sanzioni detentive non ecceda il risparmio ottenuto abbassando il livello di probabilità di scovare chi delinque, il livello ottimale di sanzione dovrà essere inferiore al massimo possibile. Così come nel caso di sanzioni pecuniarie, quando la probabilità della pena detentiva è stabilita in modo ottimale potrebbe verificarsi un effetto deterrente inferiore.

Un vantaggio nel fatto di diminuire la probabilità di essere scoperto è che ciò comporta un risparmio negli investimenti di *enforcement*, dal momento che il declino della deterrenza non comporta alcun effetto nel benessere sociale in termini di guadagno o danno. Polinsky e Shavell dimostrano anche come, definita l'ottimale probabilità di detenzione, non è ottimale l'uso della sola pena detentiva senza aver prima comminato il massimo possibile di pena pecuniaria<sup>(56)</sup>.

Diversamente, se la pena detentiva è usata in modo esclusivo, non dovrà essere comminata al massimo livello possibile né qualora il soggetto sia indifferente al rischio né se il soggetto sia avverso al rischio. Infatti se il periodo di detenzione è prolungato e la probabilità di detenzione viene invece diminuita (in modo da mantenere costante l'equilibrio tra entità della pena e probabilità che venga comminata), l'effetto deterrente si sgretola perché il timore della sanzione diminuisce. Dunque per mantenere l'effetto

---

<sup>(56)</sup> S. SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, Columbia Law Review, October 1985, vol. 85, pp. 1241-1245.



deterrente, la probabilità di una sanzione non deve diminuire proporzionalmente all'aumentare dell'entità della sanzione. Questo implica sicuramente che i costi dell'imposizione sono più elevati rispetto a quanto si poteva prevedere. Solamente quando il risparmio nei costi di *enforcement* è sufficientemente rilevante, è socialmente auspicabile l'aumento dell'entità delle sanzioni detentive.

Polinsky e Shavell ipotizzano inoltre che un individuo, nella vigenza di un regime di responsabilità oggettiva, in cui paga sempre per il danno che ha causato, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, commetterà l'atto criminale solamente se il guadagno che da tale atto ne deriva ecceda la somma della sanzione attesa o della disutilità attesa derivante dalla detenzione<sup>(57)</sup>, pertanto, il livello di deterrenza appropriata richiede che la sanzione attesa uguagli almeno il danno atteso.

Nella vigenza di un regime di responsabilità colpevole, invece, l'autore di un atto dannoso è ritenuto responsabile se è stato almeno negligente, cioè se il suo livello di prevenzione è stato inferiore ad un livello chiamato di *prevenzione dovuta* che il sistema statale impone.

Pertanto se l'individuo adotta un livello di diligenza almeno uguale o maggiore al livello socialmente ottimale di prevenzione, egli tenderà a commettere l'atto dannoso poiché non potrà essere ritenuto negligente; se invece adotterà un livello di diligenza inferiore al livello ottimale di prevenzione egli commetterà l'atto se e solo se il suo guadagno sarà comunque maggiore rispetto alla probabilità di essere scoperto, maggiore cioè della sanzione attesa e della disutilità attesa derivante dalla detenzione.

Il modo più economico per ottenere l'obbedienza alla norma in un sistema standard di responsabilità colpevole è quello di imporre il livello massimo di sanzioni e accompagnarlo al livello minimo di probabilità di detenzione idoneo a dissuadere chi intenda delinquere. Un sistema di responsabilità colpevole detiene un vantaggio rispetto al sistema oggettivo: può comportare un minore costo negli investimenti di *enforcement* rispetto al costo del sistema di responsabilità oggettiva. Specificatamente, poiché le sanzioni non sono imposte per la mera relazione oggettiva tra condotta ed evento, ma vi è una notevole rilevanza della componente colposa o dolosa dell'individuo, risulta opportuno applicare sanzioni più elevate, che permettono di applicare una probabilità relativamente bassa di pena detentiva.

Passando dalla dimensione individuale alla dimensione sociale Polinsky e Shavell costruiscono un modello in cui la funzione del benessere sociale si assume uguale alla somma delle singole funzioni di utilità indivi-

---

<sup>(57)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Optimal Use of Fines and Imprisonment*, Journal of Public Economics, 1984, vol. 84, pp. 89-99.

duali e si operano tre ordini di semplificazioni: il primo consiste nella riduzione dell'intera società in due gruppi, quello delle persone benestanti e quello dei non abbienti; il secondo è costituito dalla possibilità di prevedere allo stesso livello di probabilità di cattura e condanna sanzioni differenziate a seconda del gruppo di appartenenza; il terzo è l'assunzione che il costo privato della detenzione, cioè l'equivalente monetario dei costi sopportati dall'individuo nell'unità di tempo trascorso in carcere, vari in modo inversamente proporzionale con il livello della ricchezza.

Polinsky e Shavell analizzano il passaggio dall'analisi del comportamento individuale a quello sociale e ritengono sia opportuno stabilire sotto quali condizioni conviene commettere un reato per poi individuare la frazione della popolazione che troverà conveniente fare ciò. Se, come detto, nell'ipotesi di indifferenza nei confronti del rischio, un individuo si impegnerà nell'attività illecita fintantoché i guadagni ad essa collegati superano i costi attesi (rappresentati dalla somma delle sanzioni pecuniarie e non pecuniarie e moltiplicate per la probabilità di essere scoperti); il guadagno derivante dal reato deve essere maggiore della probabilità di scoprire l'autore di un reato in rapporto con l'entità della multa comminata agli autori di reato scoperti; la funzione di *social welfare* può essere espressa semplicemente come l'insieme dei guadagni che gli individui derivano dalle loro attività, meno i costi sociali totali, i costi delle misure preventive, i costi di riparazione del danno e i costi di *enforcement*.

Poiché gli individui differiscono nei guadagni che ottengono dalle loro attività, si stabilisce un livello di guadagno critico oltre il quale gli individui commetteranno l'atto dannoso e al di sotto del quale, invece, desisteranno. A livello sociale è possibile individuare quante persone troveranno attraente questa soluzione. Polinsky e Shavell adottano una funzione standard che rappresenta esattamente il numero di individui che sceglieranno di delinquere passando dalla somma dell'utilità attesa di ogni individuo alla specificazione della funzione del benessere sociale.

Nel loro modello, dato che si è totalmente uniformata l'eterogeneità della popolazione, le componenti dell'utilità attesa sono quattro: i guadagni attesi dall'attività illecita; la tassa *pro capite* necessaria a finanziare la cattura dei criminali e la loro eventuale detenzione al netto del gettito derivante dalle multe; il danno che ciascun membro della società, con uguale probabilità, potrà subire in quanto vittima di un reato ed il costo delle sanzioni pecuniarie e non pecuniarie inflitte all'individuo qualora venga scoperto a compiere un reato.

Sotto un regime di responsabilità oggettiva, il benessere collettivo viene quindi espresso come la somma di guadagni aggregati da parte di coloro che compiono gli atti dannosi a cui si sottrae l'aggregazione dei danni più la disutilità sofferta da coloro che vengono ritenuti responsabili e quindi reclusi, con relativi costi per la collettività di mantenimento nelle carceri. L'ultimo elemento di costo è quello relativo alle spese di *enforce-*

*ment.* In maniera simile, il benessere collettivo sotto un regime di responsabilità colpevole, quando gli individui sono indifferenti rispetto al rischio, riflette i costi ed i benefici così come vengono calcolati nel regime di responsabilità oggettiva calibrati relativamente ai costi privati e sociali associati alla reclusione, ma limitatamente a quegli individui che vengono scoperti negligenti (per non aver esercitato un livello almeno uguale alla prevenzione dovuta) e quindi ritenuti responsabili.

I risultati di tale modello fanno emergere che: nel caso di sole multe, la sanzione per i trasgressori della fascia di reddito più bassa è uguale alla loro ricchezza, mentre quella per i trasgressori della fascia di reddito alta è maggiore rispetto alla sanzione prevista per i criminali della fascia di reddito più bassa, ma inferiore alla ricchezza totale dei rei appartenenti a questo gruppo; nel caso di sola reclusione, il periodo di reclusione ottimale può risultare più breve per soggetti molto ricchi e più lungo e nel caso di un soggetto non abbiente<sup>(58)</sup>; quando multe e reclusione sono utilizzabili insieme, conviene – per ciascun gruppo – usare le multe fino ai rispettivi limiti massimi prima di integrarle, se risulta opportuno, con periodi di detenzione. Polinsky e Shavell ammettono che nel loro modello base di analisi hanno implicitamente assunto che le azioni che gli individui commettono abbiano come risultato certo il danno. In moltissime circostanze però il danno è solo un risultato probabile, non certo. Si pensi ad esempio alle ipotesi in cui il superamento del limite di velocità sancito da una norma comporta solamente il rischio di una collisione<sup>(59)</sup>.

È chiaro dunque che per le istituzioni preposte all'applicazione della legge, il problema è quello di massimizzare il benessere sociale, calibrando opportunamente la probabilità che il criminale venga scoperto, il livello e la tipologia della sanzione il regime di responsabilità applicabile<sup>(60)</sup>.

## 8. Conclusioni.

Alla fine di questo breve *excursus* appare evidente che, almeno nei primi anni di studi sugli strumenti economici e la loro applicazione al sistema di diritto penale, furono ipotizzate varie teorie per raggiungere gli

---

<sup>(58)</sup> I due studiosi affermano che i costi sopportati dall'individuo nell'unità di tempo trascorso in carcere, variano in modo inversamente proporzionale al livello di ricchezza dell'individuo: l'equivalente monetario di un giorno di detenzione sarà tanto più elevato quanto esigua è la ricchezza del condannato.

<sup>(59)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, 2000, pp. 56.

<sup>(60)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Journal of Economic Literature, 2000, pp. 50-54.

obiettivi di deterrenza ed efficacia delle norme, ma sono state aperte molte più questioni di quelle effettivamente risolte.

I precursori dell'analisi economica del diritto penale intendevano fornire degli strumenti semplici per riuscire a determinare il maggior livello d'efficienza al minor costo possibile.

Essi auspicavano la creazione di un metodo che permettesse di allocare in modo ottimale le scarse risorse statali. Volevano individuare i valori ottimali di un numero ristretto di strumenti di controllo ma, attraverso la formulazione del modello della scelta razionale e le sue successive modifiche, hanno in realtà hanno offerto numerose risposte condizionate da molteplici circostanze che semplificano notevolmente l'eterogeneità della realtà e che pertanto, non aderendo perfettamente alla conformazione statale, sociologica, psicologica del sistema giuridico, non possono apportare il sostegno e i mezzi che si sono riproposti sin dalla loro origine.

Si potrebbe ragionevolmente interpretare l'indeterminatezza dei risultati a cui si è pervenuti come una conferma dell'inadeguatezza dei modelli utilizzati. Si deve riconoscere tuttavia che il criterio dell'efficienza come qualità imprescindibile di ogni norma dell'ordinamento non è di poco conto, non ha una rilevanza inferiore rispetto agli altri criteri: la sanzione penale da sempre deve possedere determinati requisiti affinché sia legittimata e giustificata come male necessario e trovi pertanto il consenso e il rispetto dei consociati.

Deve essere giusta, cioè proporzionata nel rapporto tra la gravità del reato, il suo disvalore e l'entità della sanzione. Deve essere effettiva, ovvero concretamente eseguibile, in quanto prassi ordinamentale consolidata, prevista e minacciata dal legislatore, in caso di trasgressione di precetti penalmente protetti. Dunque è necessario che sia certa, prevedibile e costante nella sua applicazione. Deve rispettare il principio di uguaglianza sostanziale e i valori costituzionalmente tutelati dall'ordinamento. Ma, cosa fondamentale per il perseguimento degli obiettivi statali: deve essere efficiente, dunque, idonea a raggiungere le sue finalità (di prevenzione generale e speciale, di retribuzione e rieducazione) e il massimo dei risultati auspicati con il minimo dei costi possibili.

Nell'ambito dell'analisi economica del diritto, infatti, è molto studiato proprio il problema della efficienza, nella determinazione della sanzione ottimale (monetaria o non monetaria) finalizzata all'ottenimento dell'effetto di deterrenza<sup>(61)</sup>.

Dopo aver individuato la sanzione ottimale in grado di massimizzare i livelli di *enforcement* con il minimo impiego di risorse sociali, si passa ad

---

<sup>(61)</sup> M. POLINSKY e S. SHAVELL, *The Economic Theory of Public Enforcement of law*, Journal of Economic Literature, 2000, pp. 45 e ss.

analizzare una varietà di possibili scenari rispetto alla scelta della tipologia e dell'entità ottimale delle sanzioni, sia nella vigenza di un regime di responsabilità oggettiva che di uno basato sulla colpevolezza. In questo modo si compie sicuramente un'analisi più approfondita di *enforcement* delle leggi. Sono molte tuttavia le ipotesi aggiuntive che possono essere introdotte al fine di espandere i principali risultati teorici di questa parte di letteratura. Un punto di fondamentale importanza nelle predizioni teoriche del modello base di *enforcement* ottimale è, comunque, quello del sostanziale vantaggio sociale nell'applicare una strategia di *enforcement* fondata sulla combinazione di una bassa probabilità di scoprire i criminali ed una elevata entità della sanzione. Lo Stato può abbassare i costi di *enforcement* se la probabilità di scoprire i criminali è bassa; tuttavia, per evitare che tale bassa probabilità vanifichi la deterrenza, è necessario accrescere l'entità della pena stessa. Tutti questi aspetti devono essere necessariamente considerati dal legislatore e dai *policy makers* al fine di individuare 1) quante risorse economiche debbano essere dedicate alle spese di *enforcement* 2) quale sia la sanzione ottimale 3) come le politiche di *enforcement* debbano essere adeguate al cambiamento delle spese di *enforcement*.

Ma un'interpretazione alternativa, altrettanto legittima davanti alla superficialità con cui si fanno affermazioni sulle vie migliori per combattere la criminalità nel dibattito politico/giornalistico attuale, potrebbe sottolineare la ricchezza delle questioni sottostanti certe scelte, la necessità di studi empirici che aiutino a selezionare le ipotesi più plausibili, l'importanza di considerare tutti i riflessi delle politiche di contrasto e di stimare opportunamente i costi sociali e individuali delle diverse alternative.

FRANCESCA PESCE

## PREMESSE PER UNO STUDIO SU CAUSALITÀ E IMPUTAZIONE: IL RAPPORTO TRA CAUSALITÀ SCIENTIFICA E FORMULA DELLA *CONDICIO SINE QUA NON*

SOMMARIO: 1. Il contesto. - 2. Tendenze: *a)* La ricerca di nuovi modelli causali e la diffusione di un approccio normativo; *b)* Il successo della causalità scientifica. - 3. La probabilità logica e il procedimento per esclusione alla luce della struttura bifasica dell'accertamento causale (generalizzazione *versus* concretizzazione). - 4. Un modello unitario di imputazione causale. - 5. La rilevanza della formula dalla *c.s.q.n.* nell'ambito della imputazione oggettiva.

### 1. *Il contesto.*

È necessario confrontarsi con il tema fondamentale della causalità nel diritto penale per due ragioni: la prima, più superficiale ed empirica, è data dalla percezione della “crisi del dogma causale” nella società contemporanea; la seconda, più profonda e teorica, risiede nella constatazione che il rapporto tra causalità e imputazione è questione ancora aperta e purtroppo lontana da una appagante soluzione. Non sono ancora chiari né il ruolo e il significato della *causalità* quale elemento del *Tatbestand* (e quindi il valore naturalistico o normativo della causalità), né la utilità ed efficacia della *imputazione* quale categoria deputata a risolvere un problema forse nemmeno risolvibile (l'individuazione del principio generale in base al quale imputare un evento ad un soggetto)<sup>(1)</sup>. La *condicio sine*

---

<sup>(1)</sup> Così, nel 1930 già HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in Frank Festgabe, Tübingen, 1930, 182. Più recentemente, v. KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007, 7, il quale conclude che non esiste alcuna imputazione oggettiva, nel senso in cui viene normalmente intesa, e non è chiaro quale ruolo la causalità giochi ai fini della imputazione. Cfr. anche HART-HONORÈ, *Causation in the law*, 2. ed., Oxford, 1985, 26 ss. e 84 ss., i quali ritengono che un principio generale e unitario di imputazione nemmeno esista, ma che esistano *diversi* criteri e *diversi* principi di imputazione. Analogamente, PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1037, il quale ritiene che la mancata considerazione della funzione giuridica della causalità penalistica abbia “condotto a formulare nozioni di causalità che pretendevano di avere valore assoluto per tutti i tipi di reato. E non ci si è avveduti che la *diversa funzione* dell'evento nei reati dolosi, nei reati colposi e nei

*qua non* è davvero un teoria empirica e la teoria dell'aumento del rischio è davvero una teoria normativa? Si tratta di definizioni adeguate oppure di classificazioni frettolose e superficiali, consolidate solo perché tradizionalmente accettate e così "tramandate" dalla dottrina? L'attuale orientamento dominante in Germania, che separa causalità e imputazione, fondando la prima sulla *condicio sine qua non* (intesa come *gesetzmäßige Bedingung*) e la seconda sull'aumento del rischio (integrato *ex post* dal criterio della *Risikorealisation*), coglie nel segno?

Alla confusione ha di certo contribuito, da un lato, l'ormai scarsa considerazione – se non addirittura l'ignoranza – delle fonti primarie delle diverse teorie causali<sup>(2)</sup> e, dall'altro, la complessità del linguaggio causale, aumentata progressivamente con l'adozione di concetti e termini elaborati nell'ambito della filosofia e della epistemologia, a discapito della necessaria chiarezza e immediatezza del linguaggio normativo.

Negli ultimi decenni del secolo scorso l'attenzione della dottrina si è focalizzata esclusivamente sulla nascita e sulla progressiva affermazione della rivoluzionaria teoria della imputazione oggettiva. La maggior parte dei penalisti che si sono occupati di causalità ha, di fatto, affrontato (o dovuto affrontare) il problema causale sul piano normativo, dando quasi per scontate la validità e funzionalità delle teorie tradizionali sulla causalità materiale<sup>(3)</sup>. Tale atteggiamento era il frutto, da un lato, della cieca

---

reati a responsabilità c.d. oggettiva (meglio: da rischio totalmente illecito) impone un corrispondente *differenziarsi della ricerca sulla causalità*". V. anche BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, Torino, 2010, 1 ss.

<sup>(2)</sup> Si pensi non soltanto agli studi più risalenti di v. BURI (*Über Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung*, *Archiv für Preussisches Strafrecht*, in GA, 1863, 753 ss.), v. KRIES (*Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Anwendung im Strafrecht*, in ZStW, 1889, 528 ss.), RADBRUCH (*Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902), TRAEGER (*Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904), MÜLLER (*Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912), TARNOWSKI (*Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff*, 1927), ma anche ai lavori fondamentali di ENGISCH (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; *Vom Weltbild des Juristen*, 2. ed., Heidelberg, 1965) e ANTOLISEI (*Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934).

<sup>(3)</sup> La letteratura tedesca sull'imputazione oggettiva dell'evento ha raggiunto ormai non solo una notevolissima estensione, ma anche un livello di approfondimento senza precedenti nella scienza penalistica. Tra i contributi (di carattere generale) più recenti, v. SCHROEDER, *Grundsätzliche Angriffe gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *Szwarc FS*, 2009, Berlin, 273 ss.; KINDHÄUSER, *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, in GA, 2007, 447 ss.; KAHLO, *Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung*, in Küper FS, Heidelberg, 2007, 249 ss.; KORIATH, *Kausalität*, cit.; FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in GA, 2003, 719 ss.; SAMSON, *Erfolgzurechnung und Risiko – Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in Lüderssen FS, Baden-Baden, 2002, 587 ss.; FRISCH, *Faszinierendes, Berechtigtes*

fiducia nel paradigma scientifico ormai pienamente affermato e, dall'altro, del vivo interesse per il mutamento di prospettiva introdotto dalle nuove dottrine. Si era diffuso il convincimento che il problema della causalità fosse "esterno" al diritto penale e che per risolvere in modo soddisfacente i casi più comuni fosse sufficiente ricorrere all'evidenza stessa dei fatti e all'esperienza o, tutt'al più, nei casi più complessi, agli assunti delle scienze empiriche. La circostanza che la discussione dottrinale sugli aspetti oggettivi del fatto tipico si sia incentrata sull'analisi della imputazione obiettiva contribuì a sviare ulteriormente l'attenzione dalla causalità.

È opinione condivisa che uno dei contributi più importanti portati dalle moderne teorie critiche della causalità consiste nell'aver messo in luce l'articolazione dell'accertamento della causalità in due fasi: la prima diretta

---

*und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, in Roxin FS, 2001, Berlin-New York, 213 ss.; PUPPE, *Brauchen wir eine Rikoerböschungstheorie?*, ivi, 287 ss.; SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, in GA, 1999, 207 ss.; JAKOBS, *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in Hirsch FS, Berlin-New York, 1999, 45 ss.; HIRSCH, *Zur Lehre vone der objektiven Zurechnung*, in Lenckner FS, München, 1998, 119 ss.; OTTO, *Kausalität und Zurechnung*, in Wolff FS, Berlin, 1998, 395 ss.; MAIWALD, *Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in Miyazawa FS, Baden-Baden, 1995, 465 ss. Nella manualistica, per tutti, ROXIN, *Strafrecht. AT*, vol. I, 4. ed., München, 2006, 343 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 2. ed., Berlin-New York, 1991, 102 ss.; FRISTER, *Strafrecht. AT*, München, 2007, 105 ss.; RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, München, 2005, Vor § 1/57 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 2. ed., Berlin-New York, 1991, § 7/1 ss.; LENCKNER-EISELE, in *StGB Kommentar*, 27. ed., München, 2006, 190 ss.; PUPPE, in *Nomos Kommentar zum StGB*, vol. I, 3. ed., Baden-Baden, 2010, 453 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. ed., Berlin, 1996, 286 ss.

Nella dottrina italiana, v. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 231 ss.; DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss. e 1118 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 291 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 159 ss., 251 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 34 ss. e 310 ss.; BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 90 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3. ed., Milano, 2004, 361 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1037 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, passim; FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind.pen.*, 2006, 945 ss.; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 334 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 151 ss. e 201 ss. Critici, MARI NUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'«imputazione oggettiva dell'evento» e sua trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.; MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind.pen.*, 2000, 11 ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 327 ss.



ad accertare la connessione condizionalistica (*question of fact*) e la seconda diretta ad individuare un principio che consenta eventualmente di precludere la considerazione dell'evento come conseguenza della condotta per ragioni normative (*question of law*)<sup>(4)</sup>. La distinzione tra causalità materiale e imputazione normativa è divenuta un principio cardine della dogmatica penale e ha contribuito al consolidarsi della netta contrapposizione tra due opposti orientamenti: da un lato, quello che ritiene necessario applicare anche al diritto penale il paradigma causale proprio delle scienze empiriche e, dall'altro, quello che ricostruisce la causalità come concetto normativo di imputazione. La scissione della problematica causale dalla questione della imputazione ha però portato con sé notevoli difficoltà: soprattutto nella prassi si tende a confondere i due piani e di conseguenza anche i criteri limitativi della responsabilità rilevanti sul piano causale e su quello normativo. Insomma non sempre i due aspetti del problema della causalità – il suo rapporto con la imputazione, da un lato, e il riferimento a leggi naturali, dall'altro – vengono sufficientemente differenziati.

Conviene precisare che la distinzione tra “causalità” e “imputazione” (tra “causalità materiale” e causalità normativa”) non va confusa con la contrapposizione tra “causalità naturale” e “causalità giuridica”, che alimenta in realtà inutili speculazioni. Mentre il binomio “causalità naturale” e “causalità giuridica” fa riferimento al rapporto tra sistema giuridico e conoscenze scientifiche, il binomio “causalità materiale” e “causalità normativa” indica le due distinte fasi che *nel sistema penale* segnano l'attribuzione di un evento ad un soggetto. Sebbene l'interrogativo relativo all'esistenza di una causalità preesistente al diritto e per esso vincolante sia stato oggetto di innumerevoli studi, è opportuno segnalare che la differenziazione può risultare addirittura fuorviante, posto che in tutti gli ambiti disciplinari le terminologie e le definizioni non sono date a priori, ma costituiscono il frutto di precise scelte, riferite, da un lato, a considerazioni di opportunità e funzionalità e, dall'altro, a determinati sistemi di valori. Inutile allora ricordare che il concetto di causalità non è univoco, ma muta al variare del punto di vista di volta in volta prescelto da chi ha interesse ad accertare rapporti di causa ed effetto tra determinati fenomeni, e che esso può essere definito e sviluppato in modi diversi nei diversi contesti in relazione agli scopi perseguiti dalla singola disciplina di riferimento<sup>(5)</sup>. Ciò considerato, le stesse discus-

<sup>(4)</sup> Questa suddivisione è dominante; v., per tutti, HART-HONORÉ, *Causation*, cit., 4; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 350; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. ed., Berlin, 1996, 277; LENCKNER-EISELE, *StGB Schönke-Schröder*, cit., 182; ROMANO, *Commentario*, cit., 361; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5. ed., Bologna, 2007, 222.

<sup>(5)</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 18; FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 120; STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2. ed., Milano, 1975, 69 ss.

sioni sull'esistenza di un *conchetto* di causalità appaiono assurde e prive di senso: un concetto costituisce per definizione una convenzione, nella misura in cui viene associato ad un determinato contenuto, e si sottrae in quanto tale a qualsiasi discussione. La "questione causale" si riduce, pertanto, ad un dibattito intorno ai concetti ed ai termini con i quali cerchiamo di definire quanto, da un punto di vista intuitivo, appare evidente al sentimento comune. La difficoltà concerne semmai la possibilità di riassumere in una *formula* tale contenuto del senso comune.

Nel quadro sopra tracciato, la causalità ha potuto mantenere la sua identità ed autonomia, seppur soffocata dal predominio (soprattutto nella letteratura tedesca) della imputazione oggettiva, e si è imposta quale primo e imprescindibile momento del giudizio di imputazione di un fatto penalmente rilevante al suo autore. L'equilibrio faticosamente raggiunto si è tuttavia incrinato: l'improvvisa *esplosione* del problema causale, indotta dalla configurazione di nuove fenomenologie di rischio e dalla diffusione di sconosciute minacce per beni fondamentali tutelati dall'ordinamento, ha determinato l'*implosione* della categoria dogmatica, innescando un irreversibile processo di "crisi del dogma causale"<sup>(6)</sup>.

Nell'ambito della discussione intorno alla categoria della causalità ed al suo ruolo all'interno della struttura del reato si è da tempo avviata una verifica della validità dei tradizionali modelli esplicativi. Sul piano politico-criminale, l'emersione di nuove forme e modalità di aggressione ai beni giuridici, lo svolgimento di decorsi causali atipici, la produzione di eventi lesivi talvolta sconosciuti e non sempre prevedibili vengono analizzati in relazione ai mutamenti indotti dalla moderna *Risikogesellschaft*. Le nuove fenomenologie di rischio hanno portato per la prima volta all'attenzione del diritto penale sconosciute forme di causalità (causalità multipla, la causalità cumulativa, la causalità circolare)<sup>(7)</sup>. Allo sconcerto del giurista nei confronti della rapidità del

---

<sup>(6)</sup> La crisi del dogma causale costituisce oramai un vero e proprio *topos* largamente diffuso nella dottrina penalistica; v. HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in *Lenckner FS*, München, 1998, 699 ss.; HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *GA*, 1996, 160 ss.; ROLINSKI, *Statistische Kausalität im Strafrecht?*, in *Miyazawa FS*, Baden-Baden, 1995, 483 ss. Nella letteratura italiana, per tutti, STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, 159 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 661 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 12 ss.

<sup>(7)</sup> Su questi aspetti, v. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994; LÜBBE (a cura di), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin-New York, 1994; SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal*

progresso scientifico e tecnologico e della provvisorietà delle conoscenze si aggiunge lo sconcerto nei confronti delle perplessità e incertezze degli stessi scienziati e dei tecnici. Il giurista non è nuovo alla mutevolezza dei paradigmi scientifici di riferimento, ma in questo momento storico l'impreparazione e inettitudine della scienza sollevano il problema della legittimità stessa del principio di causalità. Occorre prendere atto del fatto che in settori altamente significativi di intervento penale la scienza moderna (medicina, tossicologia, farmacologia, economia e sociologia) ha chiaramente rinunciato ad operare attraverso leggi di validità generale, optando per leggi di natura statistica o epidemiologica, indicative della mera regolarità e plausibilità delle connessioni tra fenomeni. Il diritto penale diviene consapevole del fatto che non è più in gioco il "metodo", bensì la stessa "conoscenza", o meglio, "conoscibilità" della realtà<sup>(8)</sup>. In questo contesto epistemologico, invocare i principi fondamentali dell'ordinamento a garanzia dell'esigenza di adottare un concetto tradizionale di causalità fondato su leggi universali, appare fuorviante, posto che non si discute più di *quale* legge debba essere applicata dal giudice, bensì del fatto che al giudice non viene più (e in realtà mai fu) fornita alcuna valida *legge* applicabile.

Inevitabilmente, il successivo dibattito ha finito per concentrarsi sul complesso rapporto tra scienza e diritto. Molta confusione è sorta intorno a questo tema e questioni eterogenee si sovrappongono da un lato, il valore delle leggi causali nel processo e il vincolo del giudice al sapere scientifico; dall'altro, l'ammissibilità di leggi probabilistiche o statistiche ai fini del giudizio di causalità; a ciò si aggiunga il "classico" tema del metodo di accertamento del nesso causale. In questa sede non possiamo che dare per scontati alcuni punti: il necessario riferimento alle conoscenze scientifiche nel processo, il vincolo del giudice alla miglior scienza ed esperienza del momento storico<sup>(9)</sup> e l'utilizzabilità di leggi

---

*en las sociedades postindustriales*, 2. ed., Madrid, 2001; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit.; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004; DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, Milano 2004, 97 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 74 ss. e 331 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. PUPPE, *Naturgesetze vor Gericht. Die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlicher Produkthaftung*, in *JZ*, 1994, 1147.

<sup>(9)</sup> La dottrina non ha mancato di affrontare l'interrogativo se il sistema processuale esiga per la affermazione della causalità generale un accordo in ambito scientifico riguardo alla certezza e validità della legge causale o se sia sufficiente il convincimento soggettivo del giudice riguardo alla sussistenza del nesso causale. In Germania il dibattito risale ai tempi del noto processo del *Contergan-talidomide* (LG Aachen 18.12.1970, in *JZ*, 1971, 507 ss.) ed è stato progressivamente approfondito in occasione delle successive pronunce del BGH relative al *Lederspray* (BGH 6.07.1990, in *NStZ*, 1990, 588 ss.) e al *Holzschutzmittel* (BGH 2.08.1995, in *NStZ*, 1995, 590 ss.). Sul punto, v. tra i tanti, KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, in *JZ*, 1971, 572 ss.; BRUNS, *Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses*, in *Heinitz FS*, Berlin, 1972, 318 ss.; PUP-

meramente statistiche<sup>(10)</sup>. È indubbio che la causalità negli ultimi anni sia stata sovraccaricata di significato; tuttavia, nella misura in cui essa diviene il fulcro della responsabilizzazione di un individuo, si tende naturalmente a costringerla entro parametri di strettissimo rigore. Non va però trascurato il dato che l'utilizzabilità di criteri meno stringenti (come le leggi probabilistiche e persino le massime di esperienza) non è in realtà mai stata contestata dagli stessi fondatori delle moderne teorie causali (*Engisch, Stella*) e soprattutto è pacificamente ammessa ai fini dell'accertamento di altri elementi del reato non meno decisivi per l'attribuzione della responsabilità penale (si pensi all'accertamento della causalità omissiva, o della causalità psichica, del dolo e della colpa o della tipicità nel concorso di persone)<sup>(11)</sup>. Chi contesta la possibilità

---

PE, *Naturgesetze vor Gericht*, cit., 1147 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 119 ss. In Italia si vedano, per l'analogia problematica, i processi del *Vajont* e delle *macchie bleu*, ampiamente commentati da STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 22 ss.; v. altresì la sentenza del Tribunale Supremo spagnolo sul caso della colza (23.04.1992), sulla quale ampiamente PAREDES CASTAÑON-RODRIGUEZ MONTAÑES, *El caso della colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995. Più recentemente, sul rapporto tra diritto penale e scienza, v. DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1997; DE MAGLIE-SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006; riguardo alla rilevanza degli studi epidemiologici nel processo penale, approfonditamente, MASERA, *Accertamento alternativo e evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007.

<sup>(10)</sup> Tradizionalmente sia la dottrina che la giurisprudenza richiedono per la validità della legge di copertura un coefficiente probabilistico vicino alla certezza, ma recentemente si registrano notevoli aperture nei confronti dell'utilizzo di leggi statistiche ed epidemiologiche. In Germania v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 366 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; PUPPE, *Zurechnung, und Wahrscheinlichkeit*, in *ZStW*, 1983, 287 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 702 ss.; HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik*, cit., 166 ss.; ROLINSKI, *Statistische Kausalität*, cit., 483 ss.; ZIETHEN, *Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2004; FRISCH, *Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in *Maiwald FS*, Berlin, 2010, 239 ss.. Su posizioni più conservatrici, invece, MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, 109 ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 46 ss.; VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, in *NSZ*, 1996, 105. In Italia l'applicabilità di leggi statistiche è considerata pacifica a partire dalla nota sentenza sul disastro di Stava, Cass., 6.12.1990 (Bonetti), in *FI*, 1992, II, 36 ss. In dottrina, v. per tutti, ROMANO, *Commentario*, cit., 371; STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 304 ss. ("La verità è che il concetto di spiegazione causale penalmente rilevante non coincide con la nozione di spiegazione causale in uso nella scienza, e che perciò, quando si affronta il problema dell'imputazione oggettiva dell'evento, la contrapposizione fra spiegazioni causali e spiegazioni statistiche deve essere abbandonata: *per il diritto penale è causale anche la spiegazione basata su leggi statistiche*", *ivi*, p. 314). L'Autore, come noto, abbandonò questa impostazione nei lavori più recenti, ritenendo applicabili solamente le leggi statistiche che esprimano un coefficiente vicino a 100 ("leggi statistiche quasi universali"), con la conseguenza di negare alle leggi statistiche un ruolo ed una funzione autonoma nella spiegazione causale (v. *Giustizia e modernità*, cit., 182 e 303 ss.; *Verità, scienza e giustizia*, cit., 1231 ss.; *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 788 ss.).

<sup>(11)</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 678 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 38; PA-

di imputare un evento sulla base di leggi statistiche e probabilistiche, preclude ogni forma di imputazione negli ambiti caratterizzati da processi eziologici non determinati, o meglio, non determinabili (in modo assoluto o contingente)<sup>(12)</sup>. *Tertium non datur*.

Non è comunque compito del giurista quello di trasferire le incertezze di natura epistemologica e gnoseologica all'interno del dibattito sul principio di causalità nel diritto, bensì quello di ridefinire e legittimare piuttosto la particolare fisionomia della causalità "giuridica", nel tentativo di individuare validi criteri oggettivi che siano in grado di garantirne la funzionale applicazione. È indubbio, infatti, che il principio causale continua a mantenere una innegabile forza esplicativa all'interno del sistema penale. Come è stato osservato, "il giurista deve fruire del sapere epistemologico del suo tempo, ma *impiegare un proprio concetto di spiegazione causale*, quello che è *rilevante ai fini di un giudizio d'imputazione individuale*. Più che la causalità ad essere pregiuridica, lo sono dunque le leggi scientifiche che il criterio di imputazione causale utilizza"<sup>(13)</sup>.

Data questa premessa, il vero nodo problematico risiede nella determinazione del criterio (metodo) di accertamento causale, che nulla ha a che vedere con la "scienza" in senso empirico. Come vedremo, non è un caso che nelle sue più recenti pronunce la stessa Corte di Cassazione intraprenda, seppur cautamente, la via di un accertamento *logico* del nesso causale ed affermi la centralità della prova per esclusione. Tali prese di posizione vanno senz'altro lette come timide aperture nei confronti di una concezione più normativa della causalità.

## 2. Tendenze.

### a) *La ricerca di nuovi modelli causali e la diffusione di un approccio normativo.*

Soprattutto in seno alla dottrina tedesca sono numerose le voci favorevoli alla flessibilizzazione e deformalizzazione del diritto penale e si rafforza la tendenza a ricercare nuove forme di imputazione causale e ad elaborare un nuovo concetto di causalità di natura strettamente normativa. L'invito ad abbandonare il modello di imputazione causale basato su leggi scientifiche in favore del criterio dell'aumento del rischio e ad adottare un

---

GLIARO, *Causalità*, cit., 1038 ss.; PUPPE, *Naturgesetze vor Gericht*, cit., 1148; HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik*, cit., 167; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 83 ss.

<sup>(12)</sup> Questa, di fatto, la conclusione di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 346 ss. e 387 ss., il quale esplicitamente nega all'intervento del diritto penale ogni legittimazione in questo settore. Dello stesso avviso, D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale*, cit., 752 ss.; CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta"*, cit., 1239 ss.

<sup>(13)</sup> DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 63.

più flessibile concetto di causalità generale assistito da leggi di valore statistico-epidemiologico sono espressione di un approccio teso a valorizzare l'aspetto politico-criminale dell'intervento penale nell'ottica di una sua completa funzionalizzazione<sup>(14)</sup>.

Se nell'ambito dei reati *commissivi* la "flessibilizzazione" opera sul piano della relazione causale tra la condotta e l'evento, ricostruita anche in termini di mera correlazione statistica, nell'ambito dei reati *omissivi* l'intervento correttivo si incentra sul secondo polo della relazione, ovvero sulla ricostruzione dell'evento imputabile. In particolare, la condotta penalmente rilevante, individuata attraverso il criterio della *condicio sine qua non*, non è più solo la condizione necessaria dell'evento, ma anche la condizione necessaria dell'aumento del rischio di verificazione dell'evento.

Le difficoltà di accertamento del nesso causale (soprattutto in relazione ai reati colposi commessi nell'ambito della responsabilità medica e della responsabilità da prodotto) e la ricerca di un equilibrio tra esigenze di garanzia nel processo penale e domanda di giustizia hanno però condotto la dottrina italiana e quella tedesca ad esiti radicalmente differenti. In Germania la "crisi del dogma causale" non ha indotto la dottrina ad abbandonare la categoria della causalità, ma piuttosto ad approfondire la valutazione normativa sul piano della imputazione oggettiva (in particolare, sotto il profilo del *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* e della *Risikoerhöhung*). Diversamente, in Italia, soprattutto in tema di responsabilità medica e di malattie professionali, si

---

<sup>(14)</sup> Su queste tendenze, v. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fabrlässigkeiten- und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, 798 ss.; HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 25 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 160 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 32 ss.; PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv.med.leg.*, 1992, 829 ss.; DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, Milano, 2004, 97 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., *passim*.

Su un piano più generale, riguardo all'esigenza di una "Renormativierung" della dogmatica penale, v. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., VII, ove sostiene che "die Begriffe Kausalität, Können, Fähigkeit, Schuld u.a.m. verlieren ihren vorrechtlichen Inhalt und werden zu Begriffen für Stufen von Zuständigkeiten. Diese Begriffe geben dem Strafrecht keine Regelungsmodelle vor, sondern entstehen erst im Zusammenhang strafrechtlicher Regelungen". Per un concetto esclusivamente normativo di causalità, da prospettive diverse, v. OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung, im Strafrecht*, in *Maurach FS*, Karlsruhe, 1972, 91 ss.; LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, in *Kaufmann GS*, Köln, 1989, 197 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, cit., 226; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, Berlin, 2002, 185 ss.; PUPPE, NK, cit., 447 e 506; KORIATH, *Kausalität*, cit., 147 ss.; PEREZ BARBERA, *Kausalität und Determiniertheit*, in *ZStW*, 2002, 600 ss.; FRISCH, *Defizite empirischen Wissens*, cit., 239 ss. Nella dottrina italiana, v. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8. ed., Milano, 2003, 350 ss.; LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, 417 ss.; ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, 2. ed., Milano, 2009, 85 ss.; con particolare riferimento alla causalità omissiva, v. VIGANÒ, *Riflessioni sulla causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1681; BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 48.

sono ricercate (più o meno apertamente) soluzioni alternative all'imputazione strettamente causale dell'evento, optando talora per la imputazione della semplice diminuzione delle *chances* di salvezza del bene tutelato<sup>(15)</sup>. Curiosamente, il criterio dell'aumento del rischio, concepito nell'ambito della teoria della imputazione oggettiva dell'evento come limitazione dell'imputazione causale dell'evento, operante sul piano normativo della selezione delle condotte penalmente rilevanti, viene qui utilizzato in funzione sostitutiva dell'accertamento del nesso eziologico<sup>(16)</sup>. La dislocazione del criterio dal piano della imputazione oggettiva dell'evento a quello della causalità materiale è agevolata dalla peculiare struttura del reato omissivo, nel quale l'imputazione causale dell'evento postula il ricorso a ipotetiche condizioni controfattuali al fine di verificare l'efficacia condizionante della condotta omessa. La conclusione è nota: poiché nel reato omissivo la causalità si atteggia a relazione di tipo ipotetico-normativo, l'imputazione dell'evento non può che fondarsi su un giudizio di natura probabilistica<sup>(17)</sup>

<sup>(15)</sup> Seguono questa impostazione, in tema di malattie professionali, Cass., 11.05.1990 (Papini), in *Cass. pen.*, 1991, 1826, che precisa che l'indagine può consistere "nell'accertare e porre a confronto i tassi di incidenza di patologie sulla parte di popolazione esposta e quella non esposta al presunto fattore di rischio ambientale specifico, in modo da poter trarre significativi elementi di giudizio dalla eventuale apprezzabile superiorità del primo tasso rispetto al secondo, in quanto dimostrativa appunto della efficienza almeno concausale di detto fattore"; Pretura di Torino, 9.02.1995, in *Foro it.*, 1996, II, 107 ss., ove afferma che "posto che ogni evento ha sempre una probabilità o possibilità scientifica di verificarsi (ancorché minima), la probabilità che integra una *condicio sine qua non* in effetti consiste nell'aumento delle probabilità o possibilità che si verifichi l'evento"; App. Torino, 15.10.1996, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1448; Pretura di Padova, 3.06.1998, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 720 ss.; Cass., 2.07.1999 (Giannitrapani), in *FI*, 2000, II, 260 ss.; Cass., 11.07.2002 (Macola), in *FI*, 2003, II, 324 ss.; in tema di responsabilità medica, Cass., 7.03.1989 (Prinzivalli), in *GP*, 1990, II, 103; Cass., 7.01.1983 (Melis), in *FI*, 1986, II, 351.

Per una panoramica, v. DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 675 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 49 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 848 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., passim; BLAIOTTA, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, 803 ss.

<sup>(16)</sup> L'orientamento radicale che propone esplicitamente di adottare un parametro di imputazione fondato sull'aumento del rischio in sostituzione della causalità, rimane del tutto minoritario; v. STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, in *Gallas FS*, Berlin-New York, 1973, 237 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, in *NJW*, 1980, 417 ss.; più recentemente, HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik*, cit., 168 ss.; ID., *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in *Rudolph FS*, München, 2004, 95 ss. Nella dottrina italiana mostrano aperture in questo senso, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 168 ss.; FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 954 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 296 ss. e 310 ss.; BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 109 ss.

<sup>(17)</sup> Si veda, GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, 1983, 385 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 821 ss.

b) *Il successo della causalità scientifica.*

La discussione nell'ambito della dottrina italiana si sviluppa prevalentemente intorno al tema della rilevanza delle leggi scientifiche nel processo penale e dello statuto epistemologico delle leggi scientifiche di copertura. L'attuale contesto storico e culturale imprime così un'accelerazione alla tendenza opposta a quella rilevabile in Germania: benché l'affidamento della scienza penale nella validità e affidabilità delle acquisizioni empiriche sia sempre più esile, minando le fondamenta stesse del principio di causalità, si assiste ad una straordinaria rinascita "causalista" e "scientista"<sup>(18)</sup>. Dopo l'iniziale interessamento mostrato dalla dottrina per le impostazioni di stampo "normativista" sulla causalità, la teoria dell'imputazione oggettiva, fortemente avversata e criticata, pare aver esaurito la sua debole spinta iniziale e ora – sulla scia dei numerosi processi in materia di responsabilità da prodotto e responsabilità medica – viene bilanciata dal ritorno ad una sorta di "naturalismo".

Non interessa evidentemente in questa sede ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in tema di causalità, oggetto di numerosi approfondimenti dottrinali e ormai nota, ma piuttosto ripercorrerne i passaggi decisivi.

L'attenzione della dottrina italiana, per decenni focalizzata sull'art. 41, cpv. e sulle questioni relative alla interruzione del nesso causale e alla eccezionalità e imprevedibilità dei fattori sopravvenuti, questioni tutte lette alla luce della dominante impostazione di *Antolisei*<sup>(19)</sup>, si è rivolta negli ultimi anni al problema dell'accertamento della causalità (soprattutto omissiva) in ambito medico, adottando come punto di riferimento la fondamentale opera di *Stella* del 1975<sup>(20)</sup>. La più che ventennale giurisprudenza in materia di responsabilità medica ha preso progressivamente le distanze dai paradigmi della causalità adeguata e della causalità umana e si è avvicinata ad un modello condizionalistico "puro", seppur interpretato con una certa flessibilità, soprattutto sotto il profilo della validità e utilizzabilità delle leggi statistiche e probabilistiche. In particolare, l'accentuazione della natura probabilistica dell'accertamento causale ha allarmato la dottrina, che ha denunciato la tendenza della giurisprudenza a fondare la relazione condizionalistica non più sul giudizio controfattuale, volto a dimostrare il carattere necessario della condizione dell'evento, ma sull'aumento del rischio (o sulla mancata diminuzione del rischio)<sup>(21)</sup>. Sulla scorta delle radicali cri-

---

<sup>(18)</sup> Si veda la significativa riedizione del fondamentale studio del 1975 di Stella (*Leggi scientifiche*, cit.).

<sup>(19)</sup> ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.

<sup>(20)</sup> STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975 (2. ed., 2000).

<sup>(21)</sup> V. gli orientamenti giurisprudenziali citati *supra*.



tiche pervenute dalla dottrina si è successivamente imposto in giurisprudenza un orientamento più rigoroso in tema di accertamento del nesso causale, improntato ad un modello causale strettamente nomologico-deduttivo, che ammette il ricorso alle leggi probabilistiche soltanto qualora attestino un valore percentualistico vicino a cento<sup>(22)</sup>.

La dottrina italiana è molto affezionata al paradigma unitario di accertamento della causalità faticosamente raggiunto ed espresso dal criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche. L'importantissima conquista di una coincidenza dei saperi, giuridico e scientifico ha finora impedito, di fatto, l'affermarsi di un concetto normativo di causalità e la giurisprudenza ha dimostrato di rimanere attaccata ad un modello di causalità di tipo meccanicistico-naturalistico, senza mai tentare di approfondire l'esame del nesso tra condotta ed evento sul piano normativo. Del tutto assente si rivela l'analisi del momento normativo della imputazione – fatte salve alcune prese di posizioni in tema di c.d. causalità della colpa, che talvolta trovano il loro epilogo nella pericolosa commistione tra il piano della colpa e quello della causalità (omissiva)<sup>(23)</sup>. Paradossalmente, proprio la diffidenza nei

---

<sup>(22)</sup> In questo senso, v. Cass., 28.09.2000 (Baltrocchi), in *Foro it.*, 2001, II, 420 (“In tanto il giudice può affermare che un'azione o un'omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o di una proposizione scientifica che enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento”); Cass., 28.11.2000 (Musto) e Cass., 29.11.2000 (Di Cintio), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277; Cass., 25.09.2001 (Sgarbi) e Cass., 25.09.2001 (Covili), in *Foro it.*, 2002, II, 289 (“Neanche una probabilità del 90% può bastare per affermare la sussistenza del rapporto di causalità: trasferito nei grandi numeri, infatti, il restante 10% fa constatare grandezze tali da far legittimamente dubitare dell'esistenza del rapporto di causalità fondato sul corrispondente 90%. Solo dimostrando che la legge di copertura assicura un coefficiente percentualistico vicino alla certezza, il giudice può dire di avere accertato il rapporto di causalità con alto grado di probabilità o elevato grado di credibilità razionale o, se si vuole, oltre ogni ragionevole dubbio”). Aderiscono a questo orientamento, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 197 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia*, cit., 1215 ss.; ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 379 ss.; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 2133; D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di cassazione sull’“oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 737; *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4812.

<sup>(23)</sup> Cass., 12.07.1991 (Silvestri), in *Foro it.*, 1992, II, 363; Cass., 5.10.2000 (Brignoli), in *Dir. pen. proc.*, 2001, 338; Cass., 1.12.2004 (11.03.2005), n. 9739 (Di Lonardo); Cass., 18.03.2004 (Fatuzzo), in *Cass. pen.*, 2005, 1533. Cfr. al riguardo le osservazioni critiche di DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 49 ss.; PALIERO, *La causalità*, cit., 829 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose casualmente orientate*, Padova, 2003, 38 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 232 ss.; BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, 78 ss. Difusamente, anche HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 128 ss. Identificano esplicitamente causalità omissiva e colpa, ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1290 e

confronti della teoria della imputazione oggettiva e la conseguente impermeabilità della giurisprudenza italiana ai criteri proposti in funzione integrativa ha fatto sì che si diffondessero prassi alquanto distorte.

È diffusa in Italia l'opinione che, da un lato, la causalità in diritto penale indichi il mero nesso di condizionamento e non occorra alcun correttivo normativo e che, dall'altro, essa debba esprimere al contempo lo speciale punto di vista del giudice e considerare le particolari finalità dell'ordinamento. Questa visione non consente di distinguere con chiarezza tra concetto naturalistico e concetto normativo di causalità e alimenta ambigue sovrapposizioni. Inoltre, nonostante una formale adesione al modello nomologico-deduttivo, in Italia rimane scarsamente studiato e approfondito il tema del rapporto tra giudice e scienza. Ciò insinua un fondato timore: che il rispetto del modello scientifico sia soltanto apparente e che celi altri criteri (variabili e meno certi) di risoluzione del problema causale (una sorta di *intuizionismo* dei giudici, che fanno ricorso a considerazioni di prevenzione generale, di giustizia o equità). L'atteggiamento di rigore della giurisprudenza e della dottrina nasconde indubbiamente "una preoccupazione di valore (in senso garantista) che poco ha a che fare con i postulati epistemologici cui asserisce di attingere"<sup>(24)</sup>. La c.s.q.n. rischia di trasformarsi in un varco per introdurre nel dato normativo, "sotto la veste di invocate leggi causali", elementi esterni rimessi al solo "arbitrio giudiziale"<sup>(25)</sup>.

### 3. *La probabilità logica e il procedimento per esclusione alla luce della struttura bifasica dell'accertamento causale (generalizzazione versus concretizzazione)*

La disinvolta applicazione del criterio dell'aumento del rischio si è storicamente accompagnata alla infausta confusione tra il piano della causalità materiale e quello della imputazione normativa, con l'effetto di svilire il momento della ricostruzione del nesso causale e di dare adito a rilievi critici altrimenti infondati.

Come è stato puntualmente sottolineato, l'accertamento della generica idoneità *ex ante* di una condotta a provocare un certo tipo di evento è del tutto insufficiente a fondare un giudizio *ex post* di imputazione individuale<sup>(26)</sup>. Non sono poche, però, le sentenze che al fine di giustificare la ricostruzione del nesso causale su basi probabilistiche hanno trasformato

1308; VIGANÒ, *Riflessioni sulla causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1681.

<sup>(24)</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 654.

<sup>(25)</sup> LICCI, *Teorie causali* cit., 505.

<sup>(26)</sup> Fra i tanti, v. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 40 ss.; VOLK, *Kausalität*, cit.,

reati commissivi in reati omissivi, accentuando il momento omissivo della colpa; senza contare che l'applicazione, per così dire, anticipata al piano della causalità materiale del criterio dell'aumento del rischio si risolve, il più delle volte, nell'accertamento dell'aumento del rischio *in re ipsa* nella violazione della regola cautelare da parte dell'agente<sup>(27)</sup>.

Questo *modus procedendi* si espone a numerosi rilievi critici: da un lato, esso accentua la differenziazione tra causalità di matrice naturalistica ed empirica e causalità normativa e, dall'altro, produce una sovrapposizione tra imputazione oggettiva e imputazione soggettiva; esso, inoltre, presuppone una ingiustificata differenziazione tra causalità attiva e causalità omissiva (sull'assunto che nella causalità omissiva ci si possa accontentare di un grado di probabilità di verificazione dell'evento più basso rispetto a quello richiesto nella causalità attiva) e suscita l'impressione che l'accertamento del nesso causale sia stato condotto secondo un paradigma "individualizzante", svincolato dalla esistenza o meno di leggi di copertura e rimesso alla soggettiva valutazione del giudice.

In questo quadro la celebre sentenza delle Sezioni unite del 10 luglio 2002<sup>(28)</sup> ha impresso un forte segnale di cambiamento, definendo un nuovo approccio all'accertamento giudiziale della causalità e avviando una nuova fase del dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Le Sezioni unite, dopo aver escluso che le peculiarità della causalità omissiva rispetto a quella commissiva possano giustificare il ricorso a criteri di imputazione alternativi alla *c.s.q.n.*, orientati al paradigma dell'aumento del rischio, mettono in luce l'inadeguatezza del modello di accertamento rigidamente nomologico-deduttivo, valorizzando il momento di concretizzazione della spiegazione causale. È indubbio, infatti, che il ricorso a schemi probabilistici di spiegazione causale, sebbene si ponga con maggiore urgenza e problematicità rispetto alle ipotesi di causalità omissiva, costituisce in realtà un nodo centrale della generale categoria della causalità e, in particolare, del modello di spiegazione mediante leggi. Le riflessioni sul punto riguardano, pertanto, in eguale misura la causalità commissiva e omissiva. L'avvertita esigenza di richiedere per l'accertamento della causalità nell'omissione un grado di probabilità inferiore e diverso rispetto quello richiesto per il reato commissivo implica un ingiustificato svilimento della causalità omissiva e una erronea valutazione dei presupposti di validità delle leggi di copertura<sup>(29)</sup>.

105 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 172 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 60 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 658 ss.

<sup>(27)</sup> Così, in giurisprudenza, ad esempio, Cass., 30.03.2000 (Camposano), in *Foro it.*, 2001, II, 278; Cass., 2.07.1999 (Giannitrapani), in *Foro it.*, 2000, II, 260 ss. Al riguardo, v. le chiare osservazioni PALIERO, *La causalità nell'omissione*, cit., 829 ss.

<sup>(28)</sup> Cass., Sez. Un., 10.07.2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, 602.

<sup>(29)</sup> La differenziazione, come è stato efficacemente rilevato (LICCI, *Teorie causali*, cit., 298), "non può certo riposare su una sorta di realismo ingenuo che considera eterogenee due

La Corte ha messo a fuoco i due aspetti centrali della questione causale, nella misura in cui ha ritenuto inevitabile la ridefinizione non solo del modello di spiegazione fondato sulla sussunzione sotto leggi scientifiche, in particolare in relazione alla estensione della qualifica di legge scientifica anche a leggi non dotate di valore assoluto, ma anche dei criteri di accertamento della causalità nel processo, soprattutto per quanto riguarda la garanzia della credibilità logica e razionale dell'argomentazione.

Non può essere taciuto, infatti, che in giurisprudenza vi fosse una certa confusione intorno al concetto stesso di *probabilità*. Per lungo tempo le sentenze hanno trascurato di evidenziare la distinzione tra un concetto di probabilità *in senso empirico*, esprimente una relazione tra classi di eventi, e un concetto di probabilità *in senso logico-induttivo*, quale relazione tra proposizioni. Se nel primo caso il giudizio di probabilità è riferito alla percentuale (statistica) di casi in cui sussiste una connessione tra fenomeni, nel secondo la probabilità rinvia ad uno stato psicologico, inteso quale grado di convincimento del giudice riguardo alla sussistenza del nesso tra fenomeni<sup>(30)</sup>. La differenza tra probabilità empirica (matematica) e probabilità

---

figurazioni giuridiche perché le prime, a differenza delle seconde, apparrebbero al *see-touch-world*". La struttura della spiegazione causale va pertanto considerata identica nel reato commissivo e nel reato omissivo; v. SPASARI, *L'omissione*, Milano, 1957, 31 ss.; STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 330 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 375 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; PULITANÒ, *Diritto penale*, 3. ed., 241; DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 615; M. GALLO, *Causalità e imputazione oggettiva: forse sono la stessa cosa*, in *Critica del diritto*, 2003, 208; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 253; ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 30; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 618; ROXIN, *Strafrecht*, AT, vol. II, 31/42; PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, 899; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, 94; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, 45. Per la diversa impostazione, v. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 396; FIANDACA, *Causalità*, cit., 126; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5. ed., Padova, 2007, 151 s.; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1681; KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 57 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 791; 3; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 83.

<sup>(30)</sup> La distinzione rinvia alla differenza fondamentale tra oggetto e accertamento della causalità, fra *concetto di causa* e *verificabilità processuale* del concetto; in questi termini, DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 49. Evidenziano la necessità di una chiara distinzione tra i due concetti di probabilità, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 309; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 658 ss.; CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 1193 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 372; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1042; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 64 ss. Per alcune puntualizzazioni critiche, nella prospettiva della teoria logica e statistica, v. GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile. La valutazione del nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2004, 298 ss. Nella letteratura tedesca la questione è esplicitamente affrontata da HOYER, *Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"*, in *ZStW*, 1993, 532 ss.; MEURER, *Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, in *Tröndle FS*, Berlin-New York, 1989, 533 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 712; FRI-

logica è data dal fatto che la prima si basa su generalizzazioni tratte dall'osservazione di regolarità tra due fenomeni considerati come *tipi di eventi* (evento generico), la seconda riguarda l'*evento specifico*<sup>(31)</sup>.

A partire dalla sentenza della Cassazione sul disastro di Stava, che consacra definitivamente il metodo di spiegazione mediante leggi scientifiche (universali e statistiche)<sup>(32)</sup>, si sono sviluppati, in tema di responsabilità del medico e di malattie professionali, diversi orientamenti in seno alla giurisprudenza di legittimità, indicativi di un persistente disorientamento circa il significato della spiegazione causale mediante leggi statistiche. Da un lato, si collocano le pronunce che, affermando genericamente il nesso di causalità sulla base di criteri di mera possibilità o probabilità riguardo al grado di evitabilità dell'evento mediante la condotta doverosa, fissano parametri strettamente percentualistici (30%, 50% etc.)<sup>(33)</sup> oppure elaborano formule diverse, ma sostanzialmente analoghe nella loro indeterminatezza ("poche probabilità di successo", "seria ed apprezzabile possibilità di successo" etc.)<sup>(34)</sup>; dall'altro, le pronunce che esigono la dimostrazione del nesso causale in termini di "certezza"<sup>(35)</sup>. Sono in particolare le sentenze riconducibili a questo secondo filone interpretativo a mostrare la pericolosità dell'equivoco derivante dalla commistione tra il concetto di probabilità statistica e quello di probabilità logica. Esse, infatti, travisando il significato del requisito della elevata credibilità razionale, condizionano l'accertamento del nesso causale a leggi statistiche dal coefficiente percentualistico vicino a 100. Com'è stato osservato, si ha "l'impressione che, in realtà, il problema della causalità, impostato in termini di probabilità percentualistica (sia o meno confinante con la certezza), si risolva in definitiva in un problema di tipo processuale concernente i criteri di valutazione della prova, con la conseguenza di un'anomala commistione tra i problemi dell'esistenza degli elementi costitutivi del reato e quelli relativi alla prova della loro esistenza"<sup>(36)</sup>.

---

STER, *Strafrecht*, 101 ss.; ZIETHEN, *Grundlagen*, cit., 14; PERÈZ BARBERÀ, *Kausalität*, cit., 619, GÜNTHER, *Kausalität im Strafprozeß*, in *KritV*, 1997, 219. La giurisprudenza tedesca ha implicitamente accolto il principio già dai tempi della sentenza sul *Lederspray*, differenziando, sul piano della causalità generale, l'aspetto probabilistico collegato al valore esplicativo riconosciuto alla legge di copertura e, sul piano della causalità concreta, il momento del libero convincimento del giudice in ordine all'accertamento del nesso causale nel caso concreto attraverso la ragionevole esclusione di cause alternative.

<sup>(31)</sup> Sul punto, ampiamente, DI GIOVINE, *Lo statuto*, 2002, 643; EAD., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss.

<sup>(32)</sup> Cass., 6.12.1990 (Bonetti), in *Foro it.*, 1992, II, 36 ss.

<sup>(33)</sup> Cass., 12.07.1991 (Silvestri), in *Foro it.*, 1992, II, 363; Cass., 23.03.1993, rv. 195169 (De Donato).

<sup>(34)</sup> Cass., 7.01.1983 (Melis), in *Foro it.*, 1986, II, 351; Cass., 7.03.1989 (Prinzivalli), in *Riv. pen.*, 1990, 119; Cass., 7.07.1993 (De Giovanni), in *GP*, 1994, II, 269.

<sup>(35)</sup> V. *supra*, dottrina e giurisprudenza citate in nota 22.

<sup>(36)</sup> In questi termini, Cass., 23.01.2002, in *Foro it.*, 2002, II, 420 (Orlando).

L'indeterminatezza ed equivocità di talune formulazioni della prassi non hanno mancato di confondere parte della dottrina, che persevera tuttora nello stesso grave errore. Nelle sue manifestazioni più radicali ed estreme tale orientamento dottrinale finisce con il negare validità alle leggi statistiche, con l'effetto di cancellare, di fatto, la stessa distinzione tra leggi universali e statistiche<sup>(37)</sup>.

Le Sezioni unite hanno chiarito il significato del principio della necessaria credibilità razionale della spiegazione causale mediante leggi, confermando che "non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta (...) è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con *alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*"<sup>(38)</sup>.

Il percorso argomentativo è chiaro. Affinché la spiegazione causale offerta dal giudice possa essere considerata attendibile, essa deve essere provvista di un elevato grado di credibilità razionale. L'elevato grado di credibilità razionale della spiegazione causale è garantito, a sua volta, dal fatto che si possa ritenere improbabile che l'evento si sia realizzato per l'intervento di altri fattori, estranei al comportamento dell'agente. Di conseguenza, non rileva tanto il grado di verificabilità dell'evento espresso in ter-

<sup>(37)</sup> V. la dottrina citata in nota 22.

<sup>(38)</sup> Cass., Sez.un., 10.07.2002, cit., 601. La distinzione era peraltro già stata abbozzata da Cass., 23.01.2002 (Orlando), cit.; Cass., 11.05.1990 (Papini), cit.; Cass., 11.07.2002 (Mancini), in *Foro it.*, 2003, II, 324. Il concetto di "probabilità logica" è stato introdotto nel dibattito penalistico da STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 222 ss., sulla scorta delle tesi di CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971, 52 ss.; prima della sentenza delle Sezioni unite, v. anche DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 650. Il criterio è ormai costantemente applicato in giurisprudenza; v., tra le tante, Cass., 23.09.2009, n. 39959; Cass., 10.12.2008, n. 10789; Cass., 24.05.2007, n. 35115; Cass., 14.12.2006, n. 4177, in *Cass. pen.*, 2008, 1866; Cass., 17.05.2006, n. 4675, *ivi*, 2009, 2837; Cass., 25.05.2005, n. 25233, *ivi*, 2006, 3219; per una applicazione del criterio alla causalità nel concorso di persone, v. Cass., Sez.un., 12.07.2005 (Mannino), in *Foro it.*, 2006, II, 80.

In dottrina, aderiscono alla impostazione della Cassazione, CANZIO, *Prova scientifica*, cit., 1193 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir.pen.proc.*, 2003, 61 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass. pen.*, 2006, 3219 ss.; ROMANO, *Commentario*, 372; DI GIOVINE, *Probabilità statistica*, cit., 2151 ss.; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 236 ss. Critici, oltre a Stella, Centonze, D'Alessandro, anche VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, 1994; MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 498 ss.

mini percentuali dalla legge statistica, quanto la sua validità nel caso concreto, che si traduce nella concreta possibilità di scartare processi causali diversi e dunque nel tasso di fiducia e credibilità dell'enunciato<sup>(39)</sup>. Si può pertanto raggiungere un convincimento vicino alla certezza in ordine al nesso causale tra una condotta ed un evento anche sulla base di una legge meramente statistica, poiché il giudice ben può essere in grado di dimostrare, nel caso concreto, l'assenza di cause alternative<sup>(40)</sup>. La spiegazione causale operata dal giudice presenta allora il requisito della probabilità logica o credibilità razionale.

Precisati in questi termini i concetti di probabilità statistica e probabilità logica e sancito il carattere logico del giudizio causale, è ora possibile apprezzare la struttura bifasica dell'accertamento. La distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica si riflette infatti sulla struttura dell'accertamento del nesso causale, che – come noto – si articola su due distinti livelli: sul piano della c.d. *causalità generale* è necessario verificare l'esistenza di una legge causale che indichi una connessione regolare e ripetibile tra fenomeni; sul piano della *causalità concreta (individuale)*, invece, si tratta di applicare al caso specifico la legge causale generale individuata<sup>(41)</sup>.

Anche la disputa sulla controversa figura della causalità generale, sorta

<sup>(39)</sup> In questo senso, già la sentenza sul disastro di Stava (Cass., 6.12.1990, in *Foro it.*, 1992, II, 45) e Cass., 2.07.1999, in *Foro it.*, 2000, II, 268 (Giannitrapani). Affermano l'importanza del procedimento basato sull'esclusione di fattori causali alternativi, ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 904, che sottolinea la fondamentale funzione conoscitiva teorica del procedimento fondato sulla esclusione di decorsi alternativi (ivi, 910); DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 650; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 268 ss.; BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 28. Nella dottrina tedesca, v. JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; KUHLEN, *Produkthaftung*, cit., 63 ss.; ERB, *Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht*, in *JUS*, 1994, 453; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 121; FRISCH, *Defizite empirischen Wissens*, cit., 256.

<sup>(40)</sup> Il procedimento è analogo alla "diagnosi differenziale" utilizzata in medicina legale (v. FIORI, *Medicina legale e responsabilità medica*, Milano, 1999, 658 ss.). Basti un esempio tratto dalla giurisprudenza recente in tema di contagio sessuale da virus HIV: sebbene la percentuale di contagio in un singolo rapporto sessuale non protetto sia molto bassa (tra 0,1 e 1%), nessuno dubita dell'esistenza del nesso causale, qualora sia possibile escludere con un elevato grado di probabilità cause di trasmissione alternative (rapporti sessuali con altri soggetti infetti, emotrasfusioni, scambio di siringhe ecc.). In questo caso la causalità tra la condotta e l'evento è certa, sebbene la legge di copertura esprima una regolarità statistica minima.

<sup>(41)</sup> La distinzione tra *causalità generale* (o *probabilistica*) e *causalità individuale* (o *logica*) costituisce un aspetto cruciale del problema causale nel diritto civile e penale. Come sopra evidenziato, la dottrina e giurisprudenza tedesche pervengono all'accertamento della causalità attraverso due distinte fasi: la prova della causalità generale mediante il rinvio ad una legge di copertura (c.d. *gesetzmäßige Bedingung*), seguita dalla verifica della causalità concreta mediante la sussunzione del caso concreto sotto la legge di copertura. L'impostazione elaborata da KAUFMANN (*Tatbestandsmäßigkeit*, cit., 572) è ormai costantemente ap-

in occasione dei primi grandi processi in tema di danno da prodotto in Germania, Spagna e Italia, è dominata da un equivoco di fondo, nella misura in cui si discute se la mera idoneità della condotta a cagionare l'evento sia sufficiente o meno a fondare il giudizio di causalità<sup>(42)</sup>. L'equivoco è riconducibile all'ambiguo e variabile significato attribuito al concetto di "idoneità" nell'ambito del rapporto di causalità. Il giudizio di idoneità, da cui si vorrebbe far dipendere la causalità generale, in realtà nulla dice del rapporto di causalità in concreto e certo non sostituisce il modello di accertamento *ex post* con uno *ex ante* in contrasto con il diritto penale d'evento. Piuttosto, il giudizio di idoneità – su un piano del tutto differente – risulta connaturato alle leggi di copertura ed esprime l'esistenza di relazioni causali regolari tra fenomeni. In altri termini: le leggi di copertura si limitano a indicare quali antecedenti sono in grado di produrre determinati eventi (e quindi idonei) e consentono pertanto di fare previsioni circa il succedersi degli avvenimenti. Questione ben diversa è applicare tali leggi all'accertamento della causalità concreta (la c.d. causalità individuale): l'uso di leggi scientifiche che esprimono un giudizio di idoneità non rende meno certo l'accertamento del nesso di causalità nel caso concreto, che avviene necessariamente in una prospettiva *ex post* e si basa sul criterio della *c.s.q.n.* (non certo su quello dell'aumento del rischio). Posto che l'idoneità costituisce senz'altro un'*ipotesi di causalità* (come del resto si ammette pacificamente nel tentativo), questa non è comunque mai sufficiente per la imputazione dell'evento, che necessita di un *quid pluris*, consistente nel procedimento di concretizzazione volto a verificare e, nel caso, falsificare tale ipotesi.

Insufficiente si rivela l'impostazione tradizionale, secondo cui la concre-

---

plicata in dottrina e giurisprudenza; v., per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 355 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; LENCKNER-EISELE, *StGB*, cit., 183; HILGENDORF, *Der "gesetzmäßige Zusammenhang" im Sinne der modernen Kausallehre*, in *Jura*, 1995, 515. Nello stesso senso opera sostanzialmente anche il metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche; per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 227 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 367; di recente; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 9 ss.; BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 17.

<sup>(42)</sup> Risale a HASSEMER (*Produktverantwortung*, cit., 38 ss.) la prima formulazione del concetto di "causalità generale" (*generelle Kausalität*), indicativo della nuova definizione di causalità elaborata dalla giurisprudenza in occasione delle sentenze ora esaminate. In questo contesto argomentativo fortemente critico, l'espressione assume indubbiamente una valenza negativa: la causalità generale così intesa prescinde dalla sussistenza e conoscenza di leggi scientifiche applicabili al caso concreto, per identificarsi con la generica certezza emersa nel corso del processo che l'evento non sia riconducibile ad altri fattori. L'espressione "causalità generale" identifica quindi, impropriamente, una modalità di ricostruzione del nesso causale fondata su criteri di tipo probabilistico e sulla generica idoneità della condotta a cagionare l'evento. Critici nei confronti della causalità generale intesa come semplice *ipotesi causale*, anche VOLK, *Kausalität*, cit., 105 ss.; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, cit., 143 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 168 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 140 ss.



tizzazione della legge di copertura consiste “nella dimostrazione che gli antecedenti astratti, elencati dalla generalizzazione causale, si sono concretamente verificati, e cioè nella sussunzione degli antecedenti concreti sotto gli antecedenti astratti cui fa riferimento la legge scientifica utilizzata per la spiegazione”<sup>(43)</sup>. La causalità nel diritto richiede un accertamento particolaristico, che sia in grado di spiegare perché si è verificato un dato evento, che in condizioni normali dovrebbe mancare. Le generalizzazioni proprie della spiegazione scientifica a questo scopo servono ben poco, poiché “le probabilità *ex ante*, se sono rilevanti per la predizione di cosa accadrà, sono irrilevanti per la spiegazione causale di cosa è realmente accaduto”<sup>(44)</sup>. Le statistiche, dalle quali sono desunte le probabilità, descrivono semplicemente la distribuzione globale di avvenimenti in una categoria, e non danno informazioni su nessun caso in particolare. La questione relativa alla “possibilità” di un evento ha senso solo su un piano *astratto*, cioè quando non ci si riferisce a condizioni concrete e conoscibili; se un evento è determinato dalle *concrete* condizioni esattamente esistenti e conosciute, la domanda relativa alla possibilità non ha alcun senso<sup>(45)</sup>. Invero, quando si tratta di formulare delle *previsioni*, sono necessarie *certezze* fornite dalle generalizzazioni, le quali tuttavia sono prive di *forza esplicativa* rispetto alla spiegazione di eventi passati. In altri termini: nella prospettiva *ex ante* della previsione è necessaria una generalizzazione causale (causalità generale), mentre nella prospettiva *ex post* della spiegazione causale (causalità individuale) le generalizzazioni sono prive di forza esplicativa e risulta decisiva la credibilità razionale della spiegazione, che – come ribadito dalla Cassazione – passa attraverso l’esclusione di cause alternative (causalità individuale)<sup>(46)</sup>.

In questa prospettiva perde rilevanza anche l’antica contrapposizione tra teoria condizionalistica e teoria della causalità adeguata (e successive varianti), posto che “la necessità e l’adeguatezza sono l’espressione della stessa causalità; una conseguenza non necessaria non è una conseguenza e una causa non adeguata non è una causa”<sup>(47)</sup>. La differenza tra le due

<sup>(43)</sup> STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 292.

<sup>(44)</sup> HART-HONORÉ, *Causation*, cit., 33 ss., che sottolineano che “the demands of the situation in which we ask for the cause of what has happened, and that in which we are concerned to predict, are very different” (ivi, 46). In questa direzione anche STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 119, citando Carnap (“Il significato conoscitivo di una legge è costituito dal suo potere di previsione”); DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 659 ss.; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1041; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102.

<sup>(45)</sup> KORIATH, *Kausalität*, cit., 42.

<sup>(46)</sup> Riguardo alla struttura in questo senso “bifasica” dell’accertamento causale, chiaramente già prima della sentenza, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 667. Cfr. anche la distinzione operata da MACKIE (*The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford, 1980, 260 ss.) tra causa come spiegazione di un evento (*explanatory cause*) e causa come relazione tra due accadimenti (*producing cause*); sul punto, anche TOEPEL, *Kausalität*, cit., 98 ss.

<sup>(47)</sup> In questi termini già CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933, 237-239, Cfr.

teorie sarebbe piuttosto “differenza di punto di vista che di contenuto: la prima tien conto del *come la causa è*, la seconda del *come la causa può essere valutata* e così la prima del giudizio di causalità nel suo valore logico, la seconda nel suo valore pratico”<sup>(48)</sup>. Si sostiene tradizionalmente che le prime teorie causali alternative alla teoria condizionalistica (causalità adeguata, causalità umana) ricercassero dei “correttivi” al meccanismo della *c.s.q.n.* In verità, tali dottrine cercavano di approfondire e precisare il “primo livello” della causalità, quello della causalità generale (attraverso l’analisi della regolarità della successione tra fenomeni, la definizione dei concetti di idoneità e adeguatezza della causa e di normalità o eccezionalità del decorso causale), senza voler con ciò fornire un criterio di spiegazione della causalità individuale. La teoria della causalità adeguata rappresenta il tentativo (storicamente contestualizzato) di combinare la *c.s.q.n.* con una spiegazione causale basata su generalizzazioni e leggi di copertura. L’assunto che la condotta debba rappresentare in base a criteri *oggettivi* di probabilità un antecedente adeguato di un evento del tipo di quello verificatosi in concreto non esprime un’esigenza diversa rispetto a quella della teoria della *gesetzmäßige Bedingung*<sup>(49)</sup>.

---

anche PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1994, 349; GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1935, 39.

<sup>(48)</sup> CARNELUTTI, *ibidem*.

<sup>(49)</sup> Il giudizio di adeguatezza è dunque di natura *oggettiva*: si misura *ex post*, tenedo conto di tutte le circostanze esistenti in una data situazione e in base alla miglior scienza ed esperienza, e non secondo un criterio di prevedibilità soggettiva. Chiaramente in questo senso già v. KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit*, cit., 531; SCARANO, *Il tentativo*, 2 ed., Napoli, 1960, 230 ss.; SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 646-647; PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, 125 ss. L’importante nucleo della teoria di von Kries (l’esigenza di una *Verallgemeinerung* della connessione causale) non è stato sviluppato dalla dottrina immediatamente successiva, ma semplicemente identificato con il criterio della prevedibilità (*Vorhersehbarkeit*) del decorso causale.

Perde così valore la critica principale rivolta alla teoria della causalità adeguata, cioè quella di confondere causalità e colpevolezza, posto che la causalità adeguata rappresenterebbe una sorta di causalità scientifica “*ante litteram*” basata sulla prospettiva della idoneità, causabilità e prevedibilità. Del resto, anche la colpa si apprezza in un’ottica *ex ante* (v. i criteri della prevedibilità ed evitabilità) e le regole cautelari sono sotto questo profilo assimilabili alle leggi causali.

Per una rivalutazione della causalità adeguata, v. HILGENDORF, *Der “gesetzmäßige Zusammenhang”*, cit., 521; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, vol. I, 4. ed., Köln, 2000, 107; BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht, AT*, 11. ed., Bielefeld, 2003, § 14, n. 45; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, AT*, vol. I, 8. ed., 1992, 243; BOCKELMANN-VOLK, *Strafrecht, AT*, 4. ed., 1987, 64 ss.; WOLTER, *Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fabrlässigkeitdelikt*, in *GA*, 1977, 257 ss.; DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in *Cass. pen.*, 2003, 3815.

V. altresì la rilevanza del criterio della causalità adeguata nella giurisprudenza civile, sancita da ultimo delle Sezioni unite civili nelle sentenze 576-585 dell’11.01.2008. Le Sezioni

La stessa “moderna” teoria della causalità scientifica (intesa come successione regolare tra fenomeni in forza di una legge di copertura) non rappresenta pertanto nulla più di un “perfezionamento” delle antiche teorie della causalità adeguata, nella misura in cui precisa il parametro al quale orientare la valutazione probabilistica.

Resta il fatto che la scienza da sola non ci aiuta in alcun modo a cogliere la rilevanza penale di un determinato antecedente e il modello della sussunzione sotto leggi rappresenta un mero sillogismo se viene inteso “come un modello ‘nudo’, cioè slegato dall’uso di un criterio di rilevanza che rifletta lo specifico punto di vista del diritto penale”<sup>(50)</sup>.

Inutile a questo punto ribadire i limiti attuali di una spiegazione causale di tipo deterministico e strettamente nomologico-deduttivo; essa non è in grado di chiarire il nesso causale rispetto al singolo evento e lascia irrisolto il problema fondamentale della causalità alternativa<sup>(51)</sup>. Poiché nella impostazione tradizionale la prova particolaristica non include il procedimento di esclusione di cause alternative, riducendosi ad un mero sillogismo, l’utilizzo di leggi scientifiche (che esprimono certezza o – più realisticamente – un’elevata probabilità) finisce per mascherare l’impossibilità pratica di dimostrare il mancato intervento di fattori causali alternativi e quindi l’esistenza di un vero e proprio nesso di derivazione causale<sup>(52)</sup>.

Il modello di spiegazione causale di tipo *logico-induttivo*, basato sulla probabilità logica o credibilità razionale, presenta invece un indubbio vantaggio rispetto allo schema *logico-deduttivo*, in cui la probabilità logica

---

Unite hanno chiarito (sentenza n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 453) che per determinare la causalità giuridicamente rilevante è necessario dare rilievo esclusivamente alle serie causali “che non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della causalità adeguata o quella similare della regolarità causale”. Pertanto, “ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili” (...) “La valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata posta in essere, operandosi una “prognosi postuma”, nel senso che si deve accertare se, al momento in cui è avvenuta l’azione, era del tutto imprevedibile che ne sarebbe potuta discendere una data conseguenza” (...) “In altri termini, ciò che rileva è che l’evento sia prevedibile non da parte dell’agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell’evento. Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale)”.

<sup>(50)</sup> Così, chiaramente, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 212.

<sup>(51)</sup> Diffusamente già il “primo Stella” (*Leggi scientifiche*, cit., 275 ss.). Cfr. anche PUPPE, *Naturgesetze vor Gericht*, cit., 1147 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, cit., 115 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 46 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 640 ss.; ROMANO, *Commentario*, cit., 367 ss.; FIANDACA, *Causalità*, cit., 123.

<sup>(52)</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 659; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 73.

della conclusione si lega alla natura probabilistica della legge di copertura: esso, infatti, contiene un *plus* di informazioni rispetto alla legge di copertura dato proprio dalla prova per esclusione<sup>(53)</sup>. Compito del giudice è quello di individuare la causa concreta (necessaria) partendo da un giudizio di adeguatezza causale (causalità scientifica) attraverso il procedimento di eliminazione mentale, cioè verificando se l'evento si sarebbe o meno concretamente realizzato mediante la prova che l'evento non avrebbe potuto essere determinato da altra condizione.

La differenziazione tra probabilità statistica e logica non è cosa nuova; ben prima della Cassazione italiana, la dottrina e la giurisprudenza tedesche si sono occupate approfonditamente del c.d. *Ausschlussverfahren* (detto anche *Alternativverfahren*). Nel processo sul *talidomide* (come del resto in quello italiano sulle *macchie bleu*<sup>(54)</sup>) i giudici hanno ritenuto di poter verificare l'esistenza di un nesso causale anche in presenza di contrastanti pareri scientifici, valorizzando, da un lato, la peculiare prospettiva umana dell'accertamento processuale e, dall'altro, l'evidenza dei fatti nella loro ripetibilità concreta; i successivi processi sul *Lederspray* e sul *Holzschutzmittel* hanno approfondito il metodo di accertamento della causalità concreta, perfezionando il procedimento di esclusione di cause alternative al fine di attribuire alla spiegazione causale la necessaria attendibilità. In particolare, si è sostenuto che in mancanza di una espressa legge causale, il giudice può affermare la causalità rispetto all'evento verificatosi *hic et nunc* sulla base della ragionevole esclusione di cause alternative<sup>(55)</sup>. Le decisioni del *Bundesgerichtshof* hanno sollevato tuttavia aspre critiche e dato luogo ad un dibattito non ancora sopito<sup>(56)</sup>. Nella seconda e più controversa pronuncia (*Holzschutz-*

<sup>(53)</sup> DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 645.

<sup>(54)</sup> Tribunale di Rovereto, 17.01.1969, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 1971, 1021.

<sup>(55)</sup> Per questa impostazione nella letteratura tedesca, v. HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 712 ss.; KUHLEN, *Fragen strafrechtlicher Produkthaftung*, cit., 66 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 69 ss.; WOHLERS, *Generelle Kausalität*, cit., 1021 ss.; BRAMMSEN, *Kausalitäts- und Täterschaftsfragen*, cit., 533; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., 283; LENCKNER-EISELE, *StGB*, cit., 184. Analoga impostazione è stata seguita dal Tribunale Supremo spagnolo nel noto caso dell'olio di colza (sentenza del 23.04.1992). Ritiene che la questione riguardi piuttosto il piano della praticabilità della esclusione effettiva di altre cause eventualmente configurabili in sede di processo e che si tratti, quindi, di un problema strettamente probatorio, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 357 ss. Nella dottrina italiana, con diversi accenti, anche ROMANO, *Nesso causale*, cit., 895 ss., DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 46 ss.; DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 612 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 189 ss.; sul punto cfr. anche STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 277 ss., laddove sosteneva che "l'individuazione di tutti gli anelli causali intermedi – la scoperta dell'intero meccanismo di produzione dell'evento – non costituisce un requisito indispensabile della spiegazione" (anche 290).

<sup>(56)</sup> Relativamente alla prima decisione (caso *Lederspray*, BGH 6.07.1990, in *JR*, 1992, 28 ss., commentata da PUPPE), i rilievi critici si sono appuntati soprattutto sulla ritenuta possibilità di accertare la causalità concreta tra la condotta e l'evento anche senza individuare specificamente la singola sostanza tossica idonea a produrre la lesione; non sarebbe possibile

*mittel*), la Corte tedesca ha ammesso la configurabilità del nesso causale a prescindere dall'esistenza della stessa causalità generale sulla base della semplice esclusione di eventuali fattori causali alternativi<sup>(57)</sup>. I giudici hanno aggiunto che, qualora non sia possibile identificare ed escludere tutte le condizioni eventualmente concorrenti e idonee a determinare da sole l'evento, è necessario procedere ad una valutazione globale (*Gesamtbewertung*) di tutti gli indizi a disposizione per verificare *quantomeno* la concausalità (*Mitverursachung*) della condotta dell'agente<sup>(58)</sup>.

In realtà l'*Ausschlußverfahren* di per sé costituisce un criterio sostenibile di accertamento del nesso causale, ma limitatamente alle ipotesi in cui sia possibile conoscere le *possibili condizioni rilevanti* dell'evento, tra cui selezionare quelle incidenti sull'evento concreto. Con una necessaria precisazione: la selezione delle ipotesi causali alternative non presuppone la conoscenza e considerazione di *tutte* le condizioni realmente esistenti. Una tale completezza di informazioni non è realizzabile né per il giurista né per lo scienziato. La clausola *coeteris paribus* esprime da questo punto di vista la necessità di assumere tacitamente per date una serie di condizioni non conosciute<sup>(59)</sup>. Non sarà dunque mai possibile escludere con assoluta certezza l'operatività di un altro fattore causale sconosciuto e l'impossibilità di conoscere tutte le possibili condizioni dell'evento lascia residuare un oggettivo margine di incertezza, potendosi necessariamente tenere conto solo dei fattori noti (ritenuti) rilevanti<sup>(60)</sup>. Una diversa conclusione finisce con il rendere pressoché impossibile l'affermazione della causalità nei casi carat-

---

escludere i fattori causali alternativi se restano sconosciuti e incerti gli stessi fattori causali rilevanti. Così SAMSON, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, in *StV*, 1991, 182; PUPPE, *Anmerkung*, cit., 30; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 66 ss.; VOLK, *Kausalität*, cit., 105; HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 42 ss., che sottolinea il carattere *indiziario* di tale accertamento. In Italia, per tutti, v. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 157 ss.

<sup>(57)</sup> Era in realtà noto il generico effetto tossico dei componenti del prodotto per il legno, ma rimaneva sconosciuta l'incidenza rispetto alle singole manifestazioni morbide.

<sup>(58)</sup> Caso *Holzschutzmittel*, BGH 2.08.1995, in *NSiZ*, 1995, 590, commentata da PUPPE, *JZ*, 1996, 318 ss.

<sup>(59)</sup> Da ciò discende, peraltro, l'impossibilità per il giudice di ricostruire esattamente l'intero processo causale che ha condotto all'evento, anche nelle sue singole fasi intermedie. Come ben spiegato da STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 286 ss., "si suppone tacitamente che gli eventi considerati siano collegati da una serie di altri eventi temporalmente adiacenti ed in relazione causale, oppure che essi non siano altro che termini di una catena di causa ed effetti formata da eventi, dove gli eventi che costituiscono gli anelli intermedi sono spazialmente contigui". Riconoscono l'inevitabilità del ricorso ad assunzioni tacite nel processo di spiegazione dell'evento singolo, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 281 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 47 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 650 ss.; PUPPE, *Die Zurechnung*, cit., 42 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 712 ss.; ROLINSKI, *Statistische Kausalität*, cit., 490 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 69 ss.; DENCKER, *Kausalität*, cit. 25.

<sup>(60)</sup> Si dovrà tenere conto, come sottolinea ROMANO, *Nesso causale*, cit., 909, dei soli fattori alternativi seri e plausibili.

terizzati dall'interagire di molteplici fattori e dalla complessità delle loro correlazioni.

È evidente che la prova dell'assenza di cause alternative non sarà sempre agevole. Laddove, come nel settore della medicina e biologia, la spiegazione causale non possa prescindere da un elevato numero di assunzioni tacite, la prova per esclusione potrebbe risultare addirittura impossibile, obbligando il giudice ad assolvere l'imputato in forza del principio *in dubio pro reo*. Occorre dunque procedere con cautela, per evitare il rischio di "allentare" l'accertamento causale e di ridurre la causalità ad un concetto vuoto, basato esclusivamente sulla razionalità argomentativa e sulla coerenza del ragionamento probatorio<sup>(61)</sup>. Nondimeno, pare condivisibile l'opinione di chi in questi casi ritiene comunque possibile la ricostruzione del nesso causale, ma a condizione che siano disponibili leggi di copertura dotate di un grado elevato di probabilità statistica, tale da compensare le inevitabili lacune conoscitive circa le condizioni iniziali dell'evento<sup>(62)</sup>.

Il modello di accertamento causale delineato dalle Sezioni Unite è stato messo a dura prova anche nell'ambito della *causalità omissiva*. Parte della dottrina ha revocato in dubbio la possibilità di concretizzare il giudizio causale (causalità individuale) e di escludere le cause alternative nei reati omissivi impropri, sul presupposto della loro peculiare struttura causale. In particolare, si è affermato che il criterio della probabilità logica non è applicabile alla causalità omissiva, dove l'esclusione di cause alternative consente tutt'al più di precisare il decorso causale, ma non di formulare un giudizio definitivo sul nesso di condizionamento tra omissione ed evento, cioè sulla efficacia impeditiva dell'azione omessa (il giudice potrebbe fornire soltanto un giudizio di natura probabilistica)<sup>(63)</sup>. Tali rilievi

---

<sup>(61)</sup> Per questo opportuno rilievo, DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2004, 1137; ROMANO, *Nesso causale*, cit., 903. Proprio sotto questo aspetto si sono rivelate decisive le critiche rivolte alle sentenze sul *Contergan-talidomide*, sulle *macchie bleu* e sul *Lederspray*.

<sup>(62)</sup> Così, le stesse Sezioni Unite; v. altresì, DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 615; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 74 ss.; HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 713 ss.; SCHULZ, *Kausalität*, cit., 62 ss.; FRISCH, *Defizite*, cit., 255.

<sup>(63)</sup> MASERA, *Il modello causale*, cit., 501; VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1680; analogamente, ROMANO, *Nesso causale*, cit., 911, ove sostiene che nella causalità omissiva il momento della concretizzazione è soltanto virtuale e che il procedimento per esclusione può servire ad escludere che l'evento sia riconducibile all'omissione dell'agente, ma non consente di andare oltre una molto elevata, razionalmente credibile probabilità che l'azione doverosa avrebbe impedito il singolo evento. Si è inoltre sostenuto che il criterio della probabilità logica finisce per riproporre, con una diversa terminologia, l'orientamento che si accontenta di probabilità medio-basse per affermare la causalità omissiva. Secondo tale orientamento critico, formule come quella della "probabilità logica" nascondono in realtà un metodo sostanzialmente individualizzante di spiegazione causale, basato sull'intuizione e la sensibilità del singolo giudice. Molto critici, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1994, ove

critici non paiono decisivi nella misura in cui l'analisi risulta circoscritta ai casi di responsabilità medica, vale a dire ad un settore in cui la prova per esclusione – come poc'anzi osservato – è quasi sempre impossibile non tanto per la peculiare struttura della causalità omissiva, quanto per le insufficienti conoscenze scientifiche riguardo alla eziologia dei fenomeni (concorso di diversi fattori, latenza, etc.). Inoltre, siccome la condotta umana si inserisce su un procedimento causale già in atto, difficilmente si potrà parlare di vera e propria causa alternativa, ma piuttosto di una mera con-causa, che ai sensi dell'art. 41, co. 2 non esclude il nesso causale. Nella maggioranza dei casi esaminati dalla giurisprudenza la condotta omessa non avrebbe comunque mai impedito l'evento lesivo (di fatto, inevitabile), ma soltanto ritardato il momento della sua verifica. Posto che l'orientamento dominante impone di prendere in considerazione l'evento concreto *hic et nunc*, dovrebbe rilevare anche un minimo spostamento cronologico o una minima modificazione delle modalità di verifica dell'evento<sup>(64)</sup>. Le difficoltà si spostano pertanto sul piano della *descrizione dell'evento*, senza pregiudicare il funzionamento del *Ausschlussverfahren* né la razionalità della ricostruzione causale.

#### 4. *Un modello unitario di imputazione causale.*

Come accennato, uno degli effetti più immediati e visibili della richiamata “crisi della causalità” è stata l'accentuazione della differenza tra causalità naturale e causalità giuridica: dalla legittima valorizzazione delle specifiche peculiarità e funzioni delle due categorie si è passati alla loro chiara contrapposizione, che vede prevalere ora l'una ora l'altra. Lo sbilanciamento in favore di una concezione autonoma della causalità giuridica, completamente svincolata dai presupposti empirici, riconducibile all'avvento delle teorie della imputazione oggettiva dell'evento, ha subito una recente inversione di tendenza, riscontrabile nel diffuso orientamento che esalta il valore garantista e la certezza di un concetto scientifico di causalità. Rimane dunque ancora aperto il problema della natura del rapporto tra causalità e imputazione, che rispecchia il tema più generale del rapporto tra *naturalismo* e *normativismo* nel diritto penale. In particolare, l'interrogativo riguarda ancora oggi la stessa legittimità della separazione di causalità e imputazione: qual

---

conclude che il criterio della probabilità logica finisce per “avallare (salvo un *restyling* terminologico) l'orientamento già consolidato in passato, che si accontentava di (generiche) buone probabilità di successo, o financo di probabilità medio-basse etc. per ritenere la sussistenza della causalità omissiva”; CENTONZE, *La cultura delle prove*, cit., 2133 ss.; D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse*, cit., 4183 ss.

<sup>(64)</sup> Per tali opportune precisazioni, v. DI GIOVINE, *La causalità omissiva*, cit., 616.

è dunque il problema risolvibile soltanto per mezzo della imputazione e non della sola causalità? <sup>(65)</sup> È davvero necessaria la separazione tra causalità e imputazione oppure essa costituisce una inutile superfetazione?

È noto che la dottrina della imputazione oggettiva dell'evento ha costituito la prima radicale manifestazione del tentativo non tanto di prescindere dalla causalità, quanto di integrare il giudizio di imputazione attraverso il ricorso a criteri ulteriori, estranei alla dimensione causale in senso stretto. Non stupisce allora che la dottrina più conservatrice – fedele al paradigma causale tradizionale di tipo nomologico-deduttivo – si limiti ad ammettere l'esistenza e l'esigenza di un ulteriore giudizio di imputazione normativa successivo a quello strettamente causale, avallando in questo modo l'idea che esistano due questioni. I teorici della imputazione oggettiva tendono invece, sempre più apertamente rispetto agli esordi, a concepire la imputazione normativa come unico ed esclusivo criterio di attribuzione di un fatto al suo autore incorporando al suo interno la causalità e negando con ciò la stessa dicotomia.

L'aspetto più interessante della evoluzione del pensiero penalistico intorno alla causalità è costituito da quelle correnti di minoranza, sorte dalla teoria della imputazione oggettiva, che pretendono di sostituire alla causalità il parametro della imputazione quale unico criterio di attribuzione di un fatto al suo autore <sup>(66)</sup>. Come è stato sottolineato, “anche il problema causale è interno al capitolo della imputazione causale, e non si contrappone a quest'ultima come categoria naturalistica affiancata da un “autonomo” momento normativo di valutazione ad essa estraneo, perché la stessa causalità è ricostruita teleologicamente per gli scopi del diritto” <sup>(67)</sup>. La distinzione tra imputazione *causale* e imputazione *normativa*, dunque, non è affatto vincolante, benché abbia una indubbia *funzione metodologica*: essa consente, infatti, di dividere e esplicitare con maggiore chiarezza i due passaggi nei quali si articola il meccanismo di attribuzione di un evento ad un soggetto. Nulla di più,

---

<sup>(65)</sup> Così testualmente già HONIG, *Kausalität*, cit., 182; più recentemente, KORIATH, *Kausalität*, cit., 7.

<sup>(66)</sup> Da prospettive differenti, v. HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, 90 ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968, 33 ss.; STRATENWERTH, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, cit., 237 ss.; OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip*, cit., 423 ss.; PUPPE, *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; EAD., *NK*, cit., 447 ss. e 506; JAKOBS, *Strafrecht*, cit., 226; KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, Baden-Baden, 3. ed., 2008, 77; HOYER, *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 95 ss.; EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1060 ss. PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1037 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 350 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 309 ss.

<sup>(67)</sup> Così, DONINI, *Lettura sistematica*, cit., 609 ss.; in origine, già ENGISCH, *Die Kausalität*, cit., 20 ss. e 48 ss. e soprattutto in *Vom Weltbild*, 132; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., 18.



perché il binomio causalità-imputazione non implica una dualità di problematiche, ma soltanto un doppio livello di indagine.

A differenza dello *Zeitgeist* segnato da un approccio marcatamente scientifico e naturalistico che impedì l'affermazione delle antiche dottrine causali di stampo normativo, le condizioni attuali appaiono più favorevoli: insieme alle critiche alla modernità riemergono antiche riflessioni e di fronte alla verifica di un evento lesivo perde progressivamente di importanza la questione *analitico-deduttiva* di "come" questo sia accaduto e pare riacquistare centralità la questione *logico-induttiva* di "chi" debba risponderne. L'avvicinarsi di "causalismo" e "normativismo" nel corso della storia penalistica dimostra che il prevalere di una visione sull'altra non è dettato soltanto da scelte di ordine teorico-dogmatico, bensì in primo luogo da opzioni politico-criminali.

Occorre dunque tornare a valorizzare la specifica funzione teleologica della categoria della causalità (giuridica), rintracciabile non solo nella necessità di verificare la sussistenza di un nesso di condizionamento tra fatti, ma piuttosto nell'esigenza di selezionare specifiche modalità di produzione dell'evento, nonché eventi lesivi particolarmente significativi. In questo quadro, uno sguardo alle formule causali utilizzate nel linguaggio comune e al concetto comune di causalità può contribuire a ristabilire una corretta prospettiva e ad individuare il nucleo problematico della questione. I concetti giuridici devono infatti rispecchiare la razionalità della ricostruzione dogmatica e sistematica, ma allo stesso tempo garantire la rispondenza delle scelte normative a modelli e schemi *socialmente comprensibili*. È, insomma, di centrale importanza che il diritto penale attribuisca un evento lesivo al soggetto che lo ha causato non solo in forza di una astratta formula causale, ma anche in conformità al senso comune<sup>(68)</sup>.

Il senso e il linguaggio comune identificano normalmente la causa di un evento in un fattore che *interferisce* con il corso degli eventi o interviene su un decorso causale modificandone l'esito. La "causa" insomma, intervenendo su un dato contesto, determina una *differenza*, una *deviazione* rispetto al corso normale degli eventi<sup>(69)</sup>. In questa prospettiva si spiega

<sup>(68)</sup> HART-HONORÉ, *Causation*, cit., Ixxvii. In questo senso, anche ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 110 ss.

<sup>(69)</sup> Cfr. HART-HONORÉ, *op. ult. cit.*, 29, ove richiamano il c.d. *Differenzprinzip*, affermando che "The notion, that a cause is essentially something which interferes with or intervenes in the course of events which would normally take place, is central to the common-sense concept of cause". "The cause, though not a literal intervention, is a *difference* from the normal course which accounts for the difference in the outcome". Cfr. altresì KORIATH, *Kausalität*, cit., 20; SANCINETTI, *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, in *ZStW*, 2008, 661 ss.

In una prospettiva sostanzialmente affine può collocarsi l'orientamento dottrinale che considera l'evento come una "*nachteilige Veränderung*" rispetto allo *status quo*; così, v.

anche il successo della formula della *interruzione del nesso causale*, che con alterne fortune (e più o meno manifestamente), accompagna la letteratura dell'intero secolo scorso e ricompare talora nella dottrina contemporanea, e il fascino della teoria della *dominabilità*, anch'essa ricorrente in dottrina, soprattutto in quella meno recente<sup>(70)</sup>. L'idea di fondo, condivisa pure dalla "moderna" teoria della imputazione oggettiva, è che la causazione di un evento abbia un significato e un valore diverso da quello attribuito dalla concezione naturalistica di causalità (*Naturkausalismus*). Il *quid pluris* necessario oltre alla causazione materiale è sempre stato individuato con riferimento ai concetti di libertà (*Freiheit*) e volontarietà (*Willentlichkeit*). Le categorie della causazione e della imputazione devono necessariamente confrontarsi con le peculiarità dell'agire umano e con l'immagine stessa dell'uomo<sup>(71)</sup>.

Ebbene, non sono più le condizioni poste all'accertamento della causalità a costituire il baluardo della garanzia della responsabilità personale, bensì l'affinamento dei criteri normativi di imputazione. È sul piano della imputazione oggettiva (e poi naturalmente della colpevolezza) che diventa possibile rimediare agli eccessi di una imputazione causale, che, sempre più, è affidata a criteri necessariamente approssimativi e contingenti. L'utilizzo di un criterio di imputazione oggettivo presuppone un solido aggancio ai principi generali dell'ordinamento e anzi si pone come piena espressione dell'esigenza di una imputazione penale *personale*. In questa prospettiva, la dottrina più attenta non manca di rilevare la innegabile *funzione garantista* della categoria della imputazione oggettiva<sup>(72)</sup>. Va infatti

---

WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, 21 ss.; PUPPE, NK, cit., 447 ss.; EAD., *Der Erfolg*, cit., 863 ss.; KINDHÄUSER, *Risikoerhöhung und Risikoverringerung*, in *ZStW*, 2008, 483 ss.; KAHLÖ, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990, 142; ID., *Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnung*, cit., 267; DENCKER, *Kausalität*, cit., 109.

<sup>(70)</sup> V. però ancora OTTO, *Kausalität und Zurechnung*, in *Wolff FS*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, 395; KORIATH, *Kausalität*, cit., 25 s.

<sup>(71)</sup> Già SCHMIDT, *Die mittelbare Täterschaft*, in *Frank Festgabe*, vol. II, Tübingen, 1930, 115, ribadiva con convinzione che "la prospettiva causale non ha altro significato se non quello di individuare e rendere disponibile il materiale di fatto, rispetto al quale entra in gioco la valutazione penale. Ma con la valutazione penale, cioè con la questione relativa alla responsabilità penale (...) la prospettiva causale non ha nulla a che vedere". Cfr. altresì, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 30, quando afferma che "la dipendenza scientifica non impedisce infatti in una fase *sucedanea* l'autonomia valutativa del diritto penale. È stata anzi la tardiva consapevolezza di tale realtà, del rapporto tra *ontologia* e *teleologia* nella costruzione sistematica del reato, ad offuscare l'area dell'imputazione oggettiva a tutto vantaggio della *straripante* teoria della causalità".

<sup>(72)</sup> FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnung*, in *GA*, 2003, 719 ss.; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 292 ss.; ID., *Imputazione oggettiva*, cit., 19 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 34 ss.

ribadito che, in linea con quanto perseguito dai fondatori della teoria della imputazione oggettiva (nonché, si badi, dagli stessi primi teorici della causalità), la rinnovata proposta di un criterio oggettivo di imputazione ha una chiara funzione limitativa e non certo estensiva della responsabilità penale. Il giudizio assiologico sulla rilevanza della causalità per l'ordinamento non può che trovare la propria ragione nei criteri forniti dall'ordinamento stesso: poiché nella prospettiva normativa l'evento costituisce lesione di un bene giuridico, il giudizio di imputazione deve abbandonare l'ottica della mera *consequenzialità* in favore della *responsabilità*.

È in questa prospettiva che trova legittimazione la concezione normativa della causalità, la quale ha la concreta funzione di garantire che le sanzioni ricollegate alla verificazione di un determinato evento lesivo trovino applicazione soltanto nei confronti del soggetto che può esserne ritenuto l'autore; quindi di garantire la personalità della responsabilità penale. La causalità ha rilevanza per il diritto proprio nella misura in cui deve coincidere con la "*gerechte Haftung*"<sup>(73)</sup>. L'equiparazione tra *verursachen* e *zurechnen* è una specie di "deduzione naturalistica", che ignora completamente quanto dimostrato già da *Kelsen*<sup>(74)</sup> e *Honig*<sup>(75)</sup>, ovvero la natura *normativa* della relazione di imputazione<sup>(76)</sup> e l'esigenza di distinguere *Naturgesetz* e *Rechtsatz* nella prospettiva *laica* propria dell'indagine scientifica moderna<sup>(77)</sup>. La distinzione tra *verursachen* e *zurechnen*, tra *causalità* e *imputazione* poggia sulla più intuitiva differenza tra le molteplici cause di un evento, che non possono essere considerate equivalenti. La peculiare natura della condotta umana legittima una diversa valutazione: la selezione e l'isolamento del fattore umano dall'insieme delle altre cause di un evento costituisce la finalità propria della *Zurechnungslehre*. Soltanto la separazione tra causalità e imputazione ha consentito di apprezzare il "peso specifico" della condotta nella causazione dell'evento<sup>(78)</sup>. Allora come oggi la riflessione sulla categoria dogmatica della causalità e della imputazione e, in

<sup>(73)</sup> MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges*, cit., 33.

<sup>(74)</sup> KELSEN, *Kausalität und Zurechnung*, in *ARSP*, 1960, 330, ove la imputazione indica una "normative Beziehung".

<sup>(75)</sup> HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Frank Festgabe*, vol. I, Tübingen, 1930, 174 ss.

<sup>(76)</sup> KORIATH, *Kausalität*, cit., 147; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 12.

<sup>(77)</sup> KELSEN, *op. ult. cit.*, 323 ("*wissenschaftliche Weltanschauung*"). Oggi, una dogmatica laica della causalità penale è realmente "autonoma" nella misura in cui sia in grado di emanciparsi da una spiegazione tecnocratica e positivista dell'agire umano.

<sup>(78)</sup> HONIG, *op. ult. cit.*, 176 ss. ("Con il solo accertamento del nesso causale non si rende giustizia all'essenza della condotta umana nel senso di manifestazione di volontà. In quanto manifestazione di volontà la condotta, a differenza degli altri innumerevoli fattori, è qualcosa di originario; una "consapevole posizione di cause", un "atto quasi creativo"; *ivi*, 177). Sono evidenti le affinità con il successivo pensiero finalista, che per primo ha criticato in modo sistematico la dottrina causale dell'azione, mettendone in luce la dimensione

particolare, sugli scopi perseguiti attraverso di esse si lega strettamente alla necessità di recuperare una dimensione *valutativa*, completamente trascurata da una riduttiva visione naturalistica della causalità<sup>(79)</sup>. In questo senso, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento può essere considerata ben più di una mera teoria dogmatica sulla causalità, ma una vera e propria teoria della giustizia penale<sup>(80)</sup>.

Va precisato, tuttavia, che non si intende qui negare l'esistenza e la validità per il diritto della causalità come fenomeno empirico e naturale, ma soltanto affermare che nel contesto attuale pare necessario recuperare la consapevolezza degli aspetti normativi e assiologici della imputazione causale. La causalità, in questo senso, rimane una categoria del reale (e le aspre polemiche intorno alla necessità di un nesso nomologico tra eventi e alla tipologia di leggi scientifiche – universali, statistiche, probabilistiche, epidemiologiche – utilizzabili in diritto penale ne sono la conferma). Alla luce della impostazione teleologica che deve presiedere alla formulazione del principio causale occorre però distinguere nettamente tra il *modello conoscitivo* proprio delle scienze empiriche, basato sulla descrizione e spiegazione della realtà in termini di certezza e probabilità statistica, e il *modello esplicativo* del diritto penale, fondato, invece, sulla selezione di fatti penalmente rilevanti attraverso un accertamento razionale secondo criteri di probabilità logica.

La questione centrale riguarda, dunque, l'opportunità di conservare anche all'interno di una teoria normativa un "primo momento" causale, deputato a sancire *in positivo* l'esistenza di un collegamento tra accadimenti secondo parametri extra-normativi, a fronte del rischio di ridurre la funzione del successivo momento della imputazione normativa alla mera limitazione

---

*avalutativa*. In origine, v. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, 718 ss. Per analoghe riflessioni, v. LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, in *Armin Kaufmann GS*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, 192 ss., ove considera la causalità un *Teilmoment* di ogni condotta, la cui funzione va ricercata alla luce di un *personaler Unrechtsbegriff*, e dunque una *sinnhaft wirkende Kraft*; più recentemente, KAHLO, *Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnung*, cit., 263, il quale muove dal concetto di *rechtspersonale Handlungskausalität aus Freiheit*. Cfr. anche KORIATH, *op. ult. cit.*, 24.

<sup>(79)</sup> Cfr. FIANDACA, *Riflessioni*, cit., 946, ove chiarisce che la teoria della imputazione oggettiva "finisce con l'esplicitare quel che la più tradizionale dottrina della causalità fa invece in forma occulta (se non proprio mistificante), nel presupposto – invero più presunto che dimostrato – che ricostruire il rapporto di causalità penalmente rilevante sia un'operazione meramente cognitiva e non influenzata da pregiudiziali scelte di valore".

<sup>(80)</sup> Tale aspirazione emerge, *in nuce*, già nelle prime formulazioni della teoria dell'imputazione oggettiva, soprattutto con riferimento alle riflessioni intorno alla funzione della imputazione penale e della ascrizione della responsabilità di un fatto al suo autore. Cfr. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927; HONIG, *Kausalität*, cit., 174 ss.; ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Honig FS*, Göttingen, 1970, 79 ss.

*in negativo* di tale collegamento. Il vero dilemma delle *Zurechnungstheorien* contemporanee pare essere proprio l'incapacità di liberarsi dal dogma causale: limitandosi ad aggiungervi un ulteriore momento di imputazione normativa esse negano la loro stessa ragione d'esistere, cioè l'esigenza di determinare i criteri di accertamento della causalità *im Rechtssinne*<sup>(81)</sup>.

##### 5. La rilevanza della formula c.s.q.n. nell'ambito della imputazione oggettiva.

Nonostante la sentenza delle Sezioni unite abbia illuminato il nodo cruciale della causalità omissiva e testimoniato una nuova e più consapevole visione del problema causale, il successivo dibattito dottrinale pare essersi limitato all'analisi degli aspetti meramente *processuali* e probatori del *nesso eziologico*, lasciando completamente in ombra il sottostante criterio causale<sup>(82)</sup>. La causalità rischia di essere identificata con la certezza processuale sulla causalità e la prova per esclusione di tradursi in una formula vuota, se non viene precisato il criterio in base al quale operare la eliminazione dei fattori causali irrilevanti e la selezione di quelli rilevanti<sup>(83)</sup>. Ciascuna condizione necessaria è infatti parte di una serie causale composta da un insieme di concause. La maggior parte sono concause che non appaiono in grado di modificare l'incidenza causale della condotta umana considerata (v. la disciplina dell'art. 41, cpv. e la clausola *coeteris paribus*); tuttavia, si pone l'esigenza di chiarire se ai fini penalistici rilevi "qualsiasi condotta che risulti (*ex post*) causale, o se debba individuarsi, in proposito, un criterio di selezione"<sup>(84)</sup>. Rimane dunque uno scarto tra la legge di copertura (causalità generale) e la sua applicazione nel caso specifico (causalità individuale), lo stesso scarto che separa la probabilità statistica e la probabilità logica e che può spiegarsi unicamente attraverso un criterio logico di selezione delle cause (tra cause reali e cause ipotetiche-alternative).

La *c.s.q.n.* e con essa il fondamentale meccanismo controfattuale ven-

<sup>(81)</sup> Coglie bene la contraddizione LICCI, *Teorie causali*, cit., 194 ss.

<sup>(82)</sup> Le stesse Sezioni Unite (sent. Franzese, cit.) hanno del resto affermato che "la definizione del concetto di causa penalmente rilevante si rivela significativamente debitrice nei confronti del momento di accertamento processuale, il quale resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di "causazione multipla".

<sup>(83)</sup> Mette bene in luce questo nodo problematico, DI MARTINO, *Il nesso causale*, cit., 63, osservando che "ciò che deve essere ricercato, dunque, non è il criterio di corrispondenza tra una ipotesi causale e risultanze probatorie idonee a corroborarla, ma un criterio di *ponderazione* tra leggi causali interagenti rispetto all'evento concreto".

<sup>(84)</sup> Così, EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1057. Cfr. anche BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., 39, quando conclude che "la clausola *coeteris paribus* è nulla più che un'allusione ad un concreto problema da risolvere, quello della pluralità delle cause" (40).

gono dati per scontati. Ciò appare sorprendente se si considera che da decenni ormai la dottrina non procede ad un rinnovato confronto con il tema della validità e delle funzioni della *c.s.q.n.*, alla luce delle più recenti elaborazioni (anche di stampo normativo) in tema di causalità. Si è diffuso l'equivoco che causalità sia scienza, che solo mediante il ricorso a leggi scientifiche sia possibile affermare la responsabilità di qualcuno. Questo atteggiamento "positivista" ha completamente screditato la formula della *c.s.q.n.*, che viene ritenuta addirittura "muta", "vuota"; essa, riassorbita nel modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, viene così privata del suo autonomo significato e della sua specifica funzione. Nei manuali si tramanda e si consolida la convinzione che la formula della *c.s.q.n.* non consenta di affermare la causalità, poiché presuppone la relazione causale che vorrebbe dimostrare. Questa conclusione, riduttiva e semplificatoria, lascia completamente in ombra il carattere *logico* del giudizio causale espresso mediante la *c.s.q.n.* e attribuisce un ruolo primario al rinvio alle leggi di copertura. Le leggi scientifiche da mero *strumento* della *c.s.q.n.* (come intendeva *Engisch*) sono diventate unico *fondamento* della causalità<sup>(85)</sup>. La consapevolezza che la causalità può essere accertata solamente mediante leggi di copertura non fa venir meno la necessità di definire esattamente il concetto di causalità; per accertare se una condotta abbia cagionato l'evento non basta disporre di leggi scientifiche, ma occorre anche sapere cosa si intende per causa<sup>(86)</sup>. In questo senso, la teoria della *gesetzmäßige Bedingung* non comporta automaticamente la inutilità della formula condizionalistica, ma semmai lascia ancora irrisolta la questione centrale: la rilevanza del criterio della *c.s.q.n.* in un'ottica normativa.

Preme ribadire che interpretare causalità e imputazione come due facce di una stessa medaglia consente di risolvere la contrapposizione tra prospettiva *ex ante* e prospettiva *ex post* all'interno del modello di accertamento causale. Occorre sottolineare l'importanza di una visione che ritenga la causalità empirica (naturalistica o scientifica) segnata da una prospettiva *ex ante*, incentrata sull'evento quale effetto (*Wirkung*) della condotta e pertanto espressiva del concetto di "causazione" (*Verursachung*), e, all'opposto, la causalità normativa caratterizzata da una prospettiva *ex post* che, muovendo dall'e-

<sup>(85)</sup> Invero, lo stesso *Engisch*, che viene tradizionalmente considerato il teorizzatore del modello nomologico-deduttivo di accertamento della causalità applicato al diritto penale, ha in realtà ammesso la rilevanza e l'utilità del concetto "comune" e "naturale" di causa basato su comuni massime di esperienza. *Engisch* riteneva che il giurista dovesse fornire una spiegazione di accadimenti quotidiani secondo schemi propri del senso e del linguaggio comune e non spiegare la realtà da un punto di vista fisico e scientifico (*Vom Weltbild*, 127).

<sup>(86)</sup> Così, chiaramente FRISTER, *Strafrecht*, cit., 92; DENCKER, *Kausalität*, cit., 25; PUPPE, *Lob der Conditio – sine-qua-non – Formel*, in *GA*, 2010, 552.

vento quale opera (*Werk*)<sup>(87)</sup> dell'agente alla ricerca della condotta rilevante, assume il significato di "imputazione" (*Zurechnung*).

Ne consegue che la causalità necessita di leggi scientifiche che siano in grado di fornire previsioni attendibili su eventi futuri, mentre l'imputazione presuppone una valutazione che, attraverso un procedimento di selezione ed esclusione, garantisca la spiegazione credibile e razionale di eventi passati. In breve: la causalità come *prospettiva*, l'imputazione come *retrospettiva*, implicando la causalità *generalizzazione* e l'imputazione *concretizzazione*<sup>(88)</sup>. In questa luce si rivela in verità corretta l'intuizione dei giudici del *Lederspray* e del *talidomide* che, dimostrata la causalità generale, hanno affermato l'imputazione dell'evento lesivo attraverso un processo di concretizzazione basato sul ragionamento logico e sul criterio della credibilità razionale.

La discussione intorno al fondamento scientifico della spiegazione causale non inficia dunque il sottostante modello di spiegazione causale della *c.s.q.n.*, basato sul meccanismo di eliminazione mentale e sul giudizio controfattuale. L'annoso problema relativo ai requisiti di validità e attendibilità delle leggi causali poste a fondamento della ricostruzione processuale del nesso di causalità va correttamente inquadrato non tanto come problema normativo legato al momento di imputazione oggettiva dell'evento, quanto come problema *metodologico* relativo alla concreta definizione dei requisiti minimi per la configurabilità di un giudizio causale<sup>(89)</sup>. La discussione sulla necessità di ridefinire le caratteristiche delle leggi di copertura ammissibili nel processo resta necessaria nella misura in cui riguarda un presupposto imprescindibile della valutazione normativa circa la imputazione di un evento ad un soggetto. Nondimeno il momento decisivo della conferma della ipotesi causale fornita dalla legge scientifica (causalità indi-

<sup>(87)</sup> HONIG, *Kausalität*, cit., 184 ss.; WELZEL, *Kausalität und Handlung*, cit., 718.

<sup>(88)</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 138; STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa – il nesso causale*, Milano, 1970, 169 s.; FRISTER, *Strafrecht*, cit., 102. Per la distinzione tra scienze empiriche (volte alla formulazione di concetti e principi generali) e scienze storiche (dirette alla ricostruzione secondo un metodo individualizzante), v. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, 1974, 93 ss. ("La questione causale, allorché si tratta dell'individualità di un fenomeno, non è una questione di leggi, bensì una questione di concrete connessioni causali; non è una questione relativa alla formula sotto la quale può venire collocato il fenomeno come esempio specifico, ma una questione relativa alla connessione individuale a cui esso può venir collegato come suo risultato; è cioè una questione di imputazione." "La conoscenza delle leggi di causalità può essere non già scopo, ma soltanto mezzo dell'indagine. Essa ci spiana la via rendendo possibile l'imputazione causale degli elementi dei fenomeni, culturalmente significativi nella loro individualità, alle proprie cause concrete. In quanto, e solo in quanto essa serve a questo, ha valore per la conoscenza di connessioni individuali").

<sup>(89)</sup> Sul punto chiaramente, HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme*, cit., 701 ss. Cfr. anche PUPPE, *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000, 44 ss.; DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 39. Anche STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 255 s., sottolinea il valore soltanto *strumentale* della spiegazione causale mediante leggi scientifiche.

viduale e concreta), ovvero il passaggio dalla condizione sufficiente a quella necessaria, è garantito ancora soltanto dalla formula logica della *c.s.q.n.*<sup>(90)</sup>. Se dunque la *causalità generale* indica la causalità fondata su leggi scientifiche, la *causalità concreta* o *individuale* (la sola che legittimi l'imputazione di un evento) si identifica con la *c.s.q.n.* basata sull'eliminazione mentale e sul giudizio controfattuale, che consentono di pervenire ad un giudizio dotato di probabilità logica mediante l'esclusione di cause alternative. In questo senso, la causalità individuale è concretizzazione e quindi, come si è detto, imputazione.

La formula della *c.s.q.n.* (intesa come condizione *contingentemente necessaria*)<sup>(91)</sup> e il giudizio controfattuale rispecchiano in primo luogo il procedimento elementare e comune di spiegazione, che consente di formulare dei giudizi di responsabilità rispetto ad eventi dannosi<sup>(92)</sup>. Nella *c.s.q.n.*, però, come mise in luce già Engisch, si cela un punto di vista specificamente giuridico<sup>(93)</sup>. La formula condizionalistica pertanto non sarebbe

<sup>(90)</sup> DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 665 ss.

<sup>(91)</sup> V. il concetto di condizione INUS (*insufficient, nonredundant, unnecessary, sufficient*) elaborato da J.L. MACKIE (*The Cement of the Universe: a Study of Causation*, Oxford, 1974, 62 ss.) e la formula NESS (*necessary elemento of a sufficient set*) proposta da R.W. WRIGHT (*Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, in *Iowa LR*, 1988, 1002 ss.). Al riguardo, v. per tutti, DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 665 ss.; EAD., *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss.; STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e Mackie*, in Stella (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 1 ss.

Formule analoghe sono utilizzate da HART-HONORÉ, *Causation*, cit., xxxvii ss.; PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, 863 ss.; EAD., *Vor §§ 13*, in *NK*, cit., 464; KINDHÄUSER, *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, in *GA*, 1982, 477 ss.; WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, cit., 13; BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 40; KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, 419 ss.; ID., *Kausalität*, 149 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, 58 ss. Critico, SAMSON, *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, in *Rudolphi FS*, München, 2004, 259 ss.

<sup>(92)</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 132, concepiva la *c.s.q.n.* non tanto come *Hilfsmittel* né come formula o criterio per accertare la causalità, ma come “*begriffliche Erfassung dessen, was die Kausalität im Recht bedeutet*”, ovvero come “*Definition des juristischen Kausalbegriffs*”. In quanto espressione di *Reaktionsbedürfnis* la formula della *c.s.q.n.* serve ad imputare un evento ad un soggetto, a renderlo responsabile per questo (“*Überall, wo es Verantwortung, Vorwurf, Reue und dergleichen gibt, taucht auch die Formel der c.s.q.n. mit dem Ziel der Aufdeckung einzelner Verhaltensweisen auf, denen man dann die “Schuld” gibt*” (p. 134, nota 294). In questo senso, TOEPEL, *Kausalität*, cit., 95; FRISCH, *Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?*, in *Gössel FS*, Heidelberg, 2002, 65 ss.; ID., *Defizite*, cit., 254.

<sup>(93)</sup> ENGISCH, *Vom Weltbild*, cit., 132-133, sostiene chiaramente che la *c.s.q.n.* implica “*einen spezifisch juristischen Gesichtspunkt*”. Nello stesso senso, STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., 100, ribadisce che “*nel concetto di c.s.q.n. si cela “un punto di vista” specificamente giuridico: l’opportunità che, nel diritto penale, la parola causa venga usata per designare la con-*



una formula causale (*Kausalformel*), ma piuttosto “*eine Formel für das menschliche Bewirken*”<sup>(94)</sup>, una vera e propria formula di imputazione (*Zurechnungsformel*)<sup>(95)</sup>.

Va da sé che considerare la *c.s.q.n.* una “*normative Aussage*”<sup>(96)</sup> presuppone l'adozione di un concetto normativo di causalità (la “*Kausalität im Rechtssinne*”) e di conseguenza il rifiuto della tradizionale bipartizione tra causalità e imputazione; è altrettanto indubbio, però, che il nesso causale, quale nesso di condizionamento, rimane un dato della realtà che può essere spiegato soltanto attraverso il ricorso a leggi scientifiche. Si tratta ora di raccogliere l'eredità della antica formula della *c.s.q.n.* e svilupparne le potenzialità nel contesto della moderna teoria della imputazione oggettiva dell'evento, in particolare sul piano della concretizzazione del giudizio causale *ex post*. Merito della dottrina più recente è quello di aver individuato il nodo cruciale rappresentato dal rapporto tra *Kausalzusammenhang* e *Risikozusammenhang*<sup>(97)</sup>. Allo stesso tempo, le perduranti dispute intorno alla ambigua figura della *c.d.* “causalità della colpa” sono indicative delle evidenti interferenze tra la formula della *c.s.q.n.* e il criterio della “concretizzazione del rischio rilevante”. Forse il vecchio binomio causalità generale – causalità individuale può trovare una feconda rivisitazione in chiave normativa nei criteri elaborati dalla teoria della imputazione oggettiva.

KOLIS SUMMERER

---

dizione necessaria (*rectius*: il comportamento umano come condizione necessaria) resta assolutamente fuori discussione”.

<sup>(94)</sup> WOLFF, *Kausalität*, cit., 31.

<sup>(95)</sup> Sulla *c.s.q.n.* come formula di imputazione, v. SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Herborn, 1948, 12; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitssprinzip und die Condicio-sine-qua-non Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968, 41 ss.; RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin-Heidelberg, 1969, 110 ss.; MAIWALD, *Kausalität*, cit., 5 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, 52 ss.; da ultimo, FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 51 ss.; YÄGER, *Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor in Matwald FS*, Berlin, 2010, 348; v. anche, DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 65; PAGLIARO, *Causalità*, cit., 1047; SCHULZ, *Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung*, in Lackner FS, 1987, 42; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996; Valorizzano la *c.s.q.n.* come indicatore di un rapporto logico di condizionamento, PAGLIARO, *Principi*, cit., 354 ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto*, cit., 669; BLAIOTTA, *La causalità*, 23. L'importanza della formula della *c.s.q.n.* e del giudizio controfattuale è evidenziata peraltro anche dalla filosofia della scienza; v. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und analytischen Philosophie*, vol. I, parte D, *Erklärung, Begründung, Kausalität*, 2. ed., Heidelberg, 1983, 502 ss.

<sup>(96)</sup> FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 51 ss.

<sup>(97)</sup> V., in particolare, le riflessioni riguardo al rapporto tra *Kausalzusammenhang* e *Risikozusammenhang* (o *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*) svolte da FRISCH, *Die Conditio-Formel*, cit., 68 ss.; HOYER, *Kausalität*, cit., 95 ss.; EUSEBI, *Appunti*, cit., 1059 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 43 ss.; da ultimo, VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1679 ss.

SUI PRESUNTI LIMITI SISTEMATICI  
ALLA REVISIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO:  
L'IPOTESI DI NUOVE PROVE

SOMMARIO: 1. L'indirizzo restrittivo dominante in giurisprudenza. – 2. L'“adattamento” del dato normativo alle peculiarità del rito negoziale: l'esclusione delle prove *noviter producta e cognita*. – 3. (*segue*) L'attitudine dimostrativa del *novum* probatorio: l'evidenza del proscioglimento. – 4. I profili abdicativi dell'accordo pattizio e pretesa efficacia post-giudicata. – 5. Il modello negoziale di processo: aspirazioni ideali e prassi applicativa.

1. *L'indirizzo restrittivo dominante in giurisprudenza.*

1. In risposta all'esplicita presa di posizione del legislatore, che ha esteso il gravame straordinario alle sentenze applicative della pena concordata (art. 629 c.p.p.), la giurisprudenza si discosta dal dato positivo per avventurarsi sulla strada di un'interpretazione definita conforme alla struttura del rito negoziale. Si consolida così un indirizzo che ambisce ad individuare nel sistema una serie di cause di inammissibilità specifiche ed ulteriori rispetto a quelle ordinarie testualmente previste dagli artt. 630 e ss c.p.p. In particolare, le “nuove prove” capaci di fondare il giudizio rescindente della Corte di appello (art. 630 lett. c c.p.p.), sarebbero circoscritte alle sole conoscenze sopravvenute o, al più, scoperte dopo il passaggio in giudicato della sentenza di patteggiamento, con esclusione di quelle conosciute ma non acquisite *illo tempore*, nonché di quelle, sì acquisite, ma non valutate dal giudice. Si afferma, inoltre, che la capacità del *novum* di scalfire la decisione di condanna deve essere particolarmente qualificata: non basta che le prove addotte dimostrino, da sole o insieme a quelle già acquisite, che l'imputato deve essere prosciolto alla luce dei parametri dettati dagli artt. 529 e ss c.p.p. Il filtro imposto dall'art. 631 c.p.p., di fronte ad un'istanza di revisione della sentenza a pena concordata, muterebbe di contenuto e, discostandosi dalla lettera del codice, richiederebbe che il risultato probatorio dimostri in modo evidente – ossia al di là di ogni ragionevole dubbio – l'innocenza dell'imputato, secondo i più severi parametri imposti dall'art. 129 c.p.p. per il proscioglimento immediato.

L'accesso alla revisione si fa, così, piuttosto angusto per il condannato

a seguito di patteggiamento. La secca perdita di garanzie che ne deriva, per non apparire irragionevole, dovrebbe essere sorretta da un rigoroso apparato argomentativo. Di un simile rigore non vi è però traccia nell'indirizzo in questione, dove l'impegno si concentra e si esaurisce in un unico precedente<sup>(1)</sup>, cui i successivi paiono adeguarsi per forza di inerzia, senza fornire autonomi spunti di approfondimento<sup>(2)</sup>.

2. L'“adattamento” del dato normativo alle peculiarità del rito negoziale: l'esclusione delle prove *noviter producta* e *cognita*.

Sorprende che la Cassazione<sup>(3)</sup> inauguri il nuovo orientamento in materia, con un ampio richiamo alla pronuncia – divenuta ormai anacronistica alla luce della riforma del 2003 – con cui le Sezioni unite Giangrasso esclusero la compatibilità tra revisione e sentenza applicativa della pena concordata<sup>(4)</sup>. In particolare, la Corte fa leva sull'argomento che funse da premessa alla conclusione oggi disattesa dal legislatore: il rito disciplinato agli artt. 444 e ss. c.p.p. non accoglie la verifica giudiziale sul fatto e sulla responsabilità dell'imputato, neppure nella forma sommaria conosciuta dagli altri riti speciali.

Il richiamo, peraltro, non funge, come ci si sarebbe potuto aspettare, da preludio ad una rivisitazione critica del sillogismo accolto dalla sentenza Giangrasso<sup>(5)</sup>. La Corte, viceversa, intende ribadire la validità del postu-

<sup>(1)</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2979.

<sup>(2)</sup> Si collocano tutte nel medesimo solco: Cass., sez. I, 22 aprile 2009, N.G.A., in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 9 dicembre 2008, M.G., *ivi*; Cass., sez. I, 16 ottobre 2008, D.M.F., *ivi*; Cass., sez. II, 2 ottobre 2007, M.C., *ivi*; Cass., sez. VI, 25 settembre 2007, T.F.; *ivi*; Cass., sez. II, 4 maggio 2007, Bettero, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, p. 462; *contra*, isolatamente, Cass., sez. VI, 28 maggio 2007, Cortese, in *Cass. pen.*, 2009, p. 661.

<sup>(3)</sup> Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, *cit.*, p. 2979, cui si allineano, mutuandone *iter* argomentativo e lessico, le decisioni citate nella nota precedente.

<sup>(4)</sup> Si allude a Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Giangrasso, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2897.

<sup>(5)</sup> Disattese *ex lege* le conclusioni – *id est* l'inammissibilità della revisione avverso le sentenze *ex art. 444 c.p.p.* – entra a rigore in crisi la premessa del sillogismo giurisprudenziale: ossia l'asserita mancanza di un accertamento *in facto* nell'ambito del rito negoziale (cfr., tra quanti evidenziano l'incongruenza, E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 704 e G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 671). In alternativa, per sanare il contrasto logico, si sarebbe potuto sostenere che il diritto alla revisione, prescinde dal contenuto di accertamento, per dipendere dal mero dispositivo della sentenza. Sotto questo profilo, non vi è dubbio che la pronuncia *ex art. 444 c.p.p.* comporta per l'imputato un pregiudizio analogo a quello di un'ordinaria condanna: cfr., per tale impostazione, M. Busetto, *Davvero incompatibili “patteggiamento” e revisione?*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 4, p. 7 e M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003, p. 522.

lato che nega al giudice la verifica sulle premesse storiche dell'accordo *quoad poenam*, per porlo a sostegno di una chiave di lettura volta a ridimensionare l'ampliamento imposto *ex lege* all'area della revisione. Così l'assenza di una pur minima forma di verifica *in facto* renderebbe sul piano logico inconciliabile la struttura del patteggiamento con l'accezione di "nuove prove" *ex art. 629 lett. c c.p.p.*, comunemente estesa alle "prove non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite ma non valutate neanche implicitamente"<sup>(6)</sup>. Nell'ambito di tale rito, infatti, una volta esclusi i presupposti per il proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, l'esame del giudice è circoscritto alla cornice giuridica dell'accordo e alla congruità della pena, sicché "non vi è spazio per l'acquisizione di prove in senso tecnico"<sup>(7)</sup>. Senza una fase istruttoria, in altre parole, mancherebbe un quadro conoscitivo pregresso su cui la nuova prova possa incidere, evidenziando lacune ed incongruenze.

Lo schema logico esposto conduce a conclusioni errate: il codice conosce altri riti alternativi al dibattimento che, pur privi di una c.d. acquisizione in senso tecnico – si pensi al decreto penale di condanna o al giudizio abbreviato non condizionato – non sono affatto inconciliabili con il mezzo della revisione. Non si deve dimenticare che il metodo del contraddittorio risulta surrogabile dalla volontà delle parti, capace di accreditare come prova le conoscenze raccolte nelle fasi anteriori al dibattimento<sup>(8)</sup>. Ne deriva che l'assenza di un'acquisizione in senso tecnico non significa assenza di una piattaforma probatoria fondante la decisione giudiziale. Detto altrimenti, la rinuncia al metodo del contraddittorio non sfocia in decisioni senza accertamento *in facto*: il giudice chiamato ad applicare la pena concordata decide sulla base del fascicolo delle indagini preliminari e niente si frappone ad una valutazione probatoria degli atti ivi racchiusi<sup>(9)</sup>.

Da quest'angolo visuale, non si avverte alcuna inconciliabilità logica tra la struttura del patteggiamento e l'adesione a quel concetto ampio di nuova prova *ex art. 630 lett. c c.p.p.*, altrove accolto dalla giurisprudenza ed esteso, dalle tradizionali categorie della prova *noviter reperta* (sopravvenuta o scoperta in seguito alla sentenza definitiva) e *noviter producta* (nota

<sup>(6)</sup> Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 194 (con nota di A. SCALFATI) ha così definito i confini della categoria, adeguandosi alle convincenti indicazioni espresse da una dottrina quasi unanime: v., fra gli altri, M. BARGIS, *Prove nuove ai fini della revisione*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 773.

<sup>(7)</sup> Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit., p. 2979.

<sup>(8)</sup> In tal modo, l'atto di indagine diviene "idoneo succedaneo della formazione dialettica della prova": così G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 2002, p. 9.

<sup>(9)</sup> Che anche nel patteggiamento la valutazione del giudice si eserciti sugli atti del fascicolo e non già sulle asserzioni delle parti, è ben chiarito da Corte cost., sent. 2 luglio 1990 n. 313, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1596.

alle parti ma non acquisita nel corso del precedente giudizio) alla classe di conoscenze a suo tempo acquisite “ma non valutate neanche implicitamente” (prova *noviter cognita*)<sup>(10)</sup>. Si rifletta come per le prime due categorie il carattere di novità richiesto dall'art. 630 lett. c c.p.p. s' individui grazie al raffronto tra il fascicolo sottoposto al giudice chiamato ad applicare la pena concordata e il risultato desumibile dall'elemento probatorio addotto a sostegno dell'istanza di revisione: se non compare tra gli atti inclusi nel fascicolo, la conoscenza può dirsi senz'altro nuova<sup>(11)</sup>. In questi casi, la motivazione serve a misurare l'influenza del *novum* nell'economia del discorso giustificativo del giudice, ma non è utile per apprezzare la novità della conoscenza. Sicché, nelle ipotesi descritte, non sorgono ostacoli – né logici né operativi – ad una verifica sull'esistenza dei presupposti ex art. 630 lett. c c.p.p. qualora la domanda di revisione investa una sentenza applicativa di una pena concordata.

Un diverso parametro vale per la prova *noviter cognita*, ossia per la conoscenza acquisita *illo tempore* ma non valutata dal giudice. Qui il carattere della novità si desume dalla motivazione, indice dello sfasamento tra le prove acquisite e quelle esibite a sostegno della sentenza<sup>(12)</sup>. Nel rito ex artt. 444 e ss c.p.p. le difficoltà nascono dal modello di motivazione adottato che, nella sua estrema sinteticità, non serve affatto ad individuare le prove poste a base della decisione né, tantomeno, i motivi per cui il giudice ha creduto di disattendere le prove contrarie<sup>(13)</sup>. Quest'ultima omissione, in particolare, sembra aprire una falla nel sistema: l'imputato potrebbe sempre presentare una richiesta di revisione della sentenza di patteggiamento, fondandola sul mancato esame delle prove a carico presenti nel fascicolo processuale, ma ignorate nella parte motiva della pronuncia ex art. 445 c.p.p. Ne deriverebbe un'esagerata estensione della fattispecie disciplinata all'art. 630 lett. c c.p.p., perché il criterio di ammissibilità ivi previsto diventerebbe incapace di fungere da filtro alla richieste aventi ad oggetto la sentenza di patteggiamento.

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, cit., p. 194.

<sup>(11)</sup> Chiarisce il profilo: M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 462.

<sup>(12)</sup> Cfr., sul punto, A. SCALFATI, *Patteggiamento e revisione: tra recupero del giudizio e attriti di sistema*, in *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale*, a cura di F. PERONI, Torino, 2004, p. 60.

<sup>(13)</sup> Nell'ambito del patteggiamento l'obbligo di motivare si risolve nella mera enunciazione dell'inesistenza *ex actis* dei presupposti per la declaratoria ex art. 129 c.p.p. Peraltro, la motivazione sul punto può essere pure implicita, salvo risultino “elementi concreti” che dimostrino l'esistenza dei presupposti in discorso: cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, Di Benedetto, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2060. Si tratta di un indirizzo indiscusso anche alla luce della disciplina sul c.d. patteggiamento allargato: cfr., Cass., sez. VI, 24 maggio 2004, Ansa, in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 89.

Il rischio – pur paventato da molti<sup>(14)</sup> – e di cui verosimilmente si fa carico anche l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario nel restringere l'area della revisione – non è però reale. Per prove *noviter cognitae*, rilevanti ai fini dell'art. 630 lett. c c.p.p., la giurisprudenza intende quelle che, pur “preesistenti alla sentenza di condanna”, non hanno formato oggetto di “valutazione espressa o implicita”. L'obbligo di motivare, infatti, in specie di dar conto dei motivi per cui si sono ritenute inattendibili le prove contrarie (art. 546 comma 1 lett. e c.p.p.), non implica che il giudice debba prendere in esame tutti gli elementi addotti a discarico e confutare in modo analitico ciascuno degli argomenti avanzati dalla difesa, nessuno escluso<sup>(15)</sup>. Importa, invece, che dal contesto giustificativo le controprove difensive appaiano implicitamente disattese perché incompatibili con la decisione<sup>(16)</sup>. Il discorso testuale, in altri termini, può esimersi dal menzionare singoli passaggi argomentativi purché questi risultino, comunque, affrontati nello sviluppo del ragionamento che conduce alla decisione<sup>(17)</sup>.

Quanto alla sentenza applicativa della pena concordata, il modello di motivazione in fatto, come invalso nella prassi giudiziaria, si discosta in modo significativo dal modello imposto dall'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p. L'obbligo di dar conto delle ragioni per le quali il giudice ha ritenuto inattendibili le prove contrarie, sussiste solo qualora risultino *ex actis* elementi concreti a sostegno del proscioglimento, mentre si riduce, altrimenti, alla sintetica asserzione dell'inesistenza delle condizioni applicative dell'art. 129 c.p.p. In tal caso tutte le prove a difesa si ritengono implicitamente disattese dalla dichiarazione con cui il giudice attesta l'esistenza dei presupposti per accogliere l'accordo *quoad poenam*<sup>(18)</sup>.

Se così è, salva l'ipotesi residuale della prova positiva circa la sussi-

<sup>(14)</sup> Cfr. E. MARZADURI, *Una riforma dagli effetti incerti che mette a dura prova l'interprete*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, p. 21; F. PERONI, *Le nuove norme in materia di patteggiamento “allargato” e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1074; S. LORUSSO, *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, *ivi*, 2004, p. 670.

<sup>(15)</sup> Una motivazione implicita, purché sia tale e non già elusiva, soddisfa l'obbligo imposto dall'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p.: “la legge non richiede al giudice l'analiticità pedante del glossatore medioevale” (F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 288). Sul tema cfr., tra gli altri, E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, p. 209 ss. e A. NAPPI, *Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1269.

<sup>(16)</sup> Cfr., fra le tante, Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, Spina, in *Cass. pen.*, 2000, p. 862.

<sup>(17)</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Scelta decisionale “giusta” e motivazione insufficiente: gli incerti poteri del giudice di legittimità*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 146.

<sup>(18)</sup> Cfr. *supra*, nota 13.

stenza delle cause di non punibilità, per l'imputato che voglia far valere un *novum* probatorio ai sensi dell'art. 630 comma 1 lett. c c.p.p., sarà arduo dimostrare l'omessa valutazione di una prova a discarico, capace di aprire la via del proscioglimento. La motivazione implicita sul punto ben potrebbe riguardare conoscenze incluse nel fascicolo ma non valutate, eppure il vizio non sarà censurabile di fronte al giudice della revisione<sup>(19)</sup>. Ciò significa che il discorso giustificativo contratto che accompagna la sentenza di patteggiamento, lungi dal fornire un varco di accesso indiscriminato, si traduce in un concreto ostacolo sulla via del ricorso straordinario<sup>(20)</sup>.

Da questo punto di vista, si può anche configurare una parziale inconciliabilità tra la disciplina del patteggiamento e l'ipotesi *ex art. 630 lett. c c.p.p., sub specie* di prova *noviter cognita*, a patto di precisare che una simile caratteristica riduce la capacità applicativa della fattispecie, ma non vale, come pretende la giurisprudenza, ad introdurre cause di inammissibilità della revisione ulteriori e diverse da quelle previste dal codice. L'istanza fondata sull'asserita esistenza in atti di una prova non valutata dal giudice chiamato ad applicare la pena concordata resta ammissibile benché ardua da dimostrare in concreto.

Più in generale, dalla pretesa assenza di una verifica *in facto* nell'ambito del patteggiamento non discende alcun limite al diritto alla revisione, nell'ampiezza riconosciuta dall'art. 629 c.p.p. Se la novità delle prova sopravvenuta o scoperta successivamente emerge dal raffronto con il contenuto del fascicolo a disposizione del giudice, l'omessa valutazione di una prova *ex actis* potrà essere apprezzata entro i limiti consentiti da un apparato argomentativo embrionale<sup>(21)</sup>.

A ben vedere, il profilo critico nei rapporti tra rito a pena concordata e impugnativa straordinaria non sta nel metodo probatorio adottato – che valorizza elementi raccolti nelle fasi anteriori al dibattimento – ma, piuttosto, nei limiti conoscitivi insiti in un giudizio espresso allo stato degli atti. Se i rischi di errore giudiziario qui si amplificano, ci si chiede se un simile

<sup>(19)</sup> Beninteso, qui ci si astiene da ogni giudizio circa la bontà dell'indirizzo invalso in giurisprudenza. Ci si limita a constatare che, inoperante la struttura c.d. dialogica della motivazione prescritta dall'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p. (cfr. F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 215), vige nell'ambito de quo l'assetto disegnato dal codice del 1930: in assenza di indicazioni normative esplicite, il giudice ben poteva "selezionare i fatti probatori su cui fondare l'accertamento del fatto nel discorso giustificativo" (E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 210).

<sup>(20)</sup> Cfr., per una simile ricostruzione, M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 462.

<sup>(21)</sup> All'uso distorto del rimedio straordinario si oppone anche la verifica condotta all'esito del giudizio di merito dinanzi alla Corte di appello, dove l'art. 637 comma 3 c.p.p. impedisce il proscioglimento sulla sola base di una diversa valutazione delle prove poste a fondamento della condanna: v., A. SCALFATI, *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 499.

rischio non debba pesare sulla parte che abbia volontariamente scelto di bloccare l'attività istruttoria in cambio di "cospicui benefici premiali" o, invece, si debba concedere alla medesima parte di modificare la scelta originaria, per richiedere un'estensione del quadro probatorio alla conoscenza nuova. La giurisprudenza non esita ad imboccare la prima strada. Le istanze di giustizia cedono di fronte al pericolo che la revisione diventi lo strumento per sottrarsi ad una pronuncia richiesta dal medesimo imputato e "riaprire integralmente la fase dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità"<sup>(22)</sup>. Risuona qui l'eco di un più compiuto pensiero dottrinale: la struttura sinallagmatica su cui poggia il rito, rende irrevocabile l'adesione all'accordo accolto dal giudice, sicché risultano inibite pratiche dirette ad introdurre un' "impropria revoca postuma del consenso", in specie, "ogni tentativo inteso a far valere elementi di conoscenza noti all'interessato al momento della scelta del rito" e *illo tempore* acquisibili "solo che si fosse optato per il contraddittorio dibattimentale"<sup>(23)</sup>. Il patto originario, fondato sullo scambio pena-benefici premiali, non può essere rimesso in discussione qualora si pretenda di far valere cause di non punibilità già conosciute alle parti. Salvo accadimenti sopravvenuti, i *pacta* a suo tempo siglati dall'imputato, devono essere adempiuti in nome delle istanze deflative che attraversano l'intera disciplina degli artt. 444 e ss c.p.p.

Nella medesima direzione spingerebbe anche il dovere di autoresponsabilità gravante sull'imputato: al riconoscimento di poteri inediti, spinti fino a forme di cooperazione nella stesura della sentenza, devono accompagnarsi condotte lineari e non contraddittorie<sup>(24)</sup>.

### 3. (*segue*) L'attitudine dimostrativa del *novum* probatorio: l'evidenza del proscioglimento.

Analoghi argomenti – di natura, per così dire, contrattualistica – sorreggono anche un ulteriore vincolo alla revisione della sentenza di patteggiamento. Si allude al presupposto di ammissibilità, detto di "direzione della domanda"<sup>(25)</sup>, che la giurisprudenza pretende debba essere più severo rispetto allo *standard* richiesto dall'art. 631 c.p.p. Non sarebbe, infatti,

<sup>(22)</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit., p. 2979.

<sup>(23)</sup> Così F. PERONI, *Patteggiamento e revisione: logica negoziale ed esigenze di giustizia sostanziale a confronto*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 458.

<sup>(24)</sup> Cfr. M. GIALUZ, *Prova nuova e limiti della revisione della sentenza di patteggiamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1213. Alcuni giungono alle medesime conclusioni sulla base di giudizi etici: "non merita nessuna tutela" l'individuo che abbia espressamente rinunciato al diritto alla prova: L. CREMONESI, *Prime riflessioni sul "nuovo" patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 2004, III, p. 57.

<sup>(25)</sup> La revisione "si presenta come domanda unidirezionale, nel senso che può rivol-



sufficiente che gli elementi addotti a sostegno dell'istanza appaiano *ex ante* capaci di determinare un esito favorevole all'imputato in virtù degli artt. 529, 530 o 531 c.p.p. Se il giudice chiamato ad applicare la pena concordata provvede "esclusivamente a valutare se sussistono cause di non punibilità che potrebbero condurre ad un proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.", anche l'*iter* per la revisione della sentenza di patteggiamento dovrà percorrere i medesimi binari, "facendo riferimento alla stessa regola di giudizio e agli stessi parametri" operanti nell'ambito del rito speciale. Sicché gli elementi allegati dalla parte "dovranno essere tali da dimostrare che il soggetto cui è stata applicata la pena concordata deve essere prosciolto per la presenza di una delle cause elencate nell'art. 129" <sup>(26)</sup>.

Così espressa, la conclusione è vuota di significato: ovvio che il giudice possa prosciogliere solo dopo avere accertato i presupposti richiesti dal codice. Sul punto – salva la fattispecie della non imputabilità – le cause elencate all'art. 129 c.p.p. non si discostano affatto da quelle che, agli artt. 529 e ss., presiedono al proscioglimento dibattimentale.

Per comprendere a cosa alluda la Corte, nell'invocare parametri peculiari e sostitutivi di quelli elencati agli artt. 529 e ss., bisogna muovere dai limiti che la verifica giudiziale *in facto* sopporta all'interno del patteggiamento. Secondo la prevalente giurisprudenza, dall'art. 129 c.p.p. sarebbero desumibili regole di giudizio a maglie più strette di quelle ordinarie, le quali opererebbero nel senso di escludere l'incertezza del quadro probatorio tra i presupposti legittimanti il proscioglimento <sup>(27)</sup>. Si nega così spazio al canone *ex art.* 530 comma 2 c.p.p., con la conseguenza di ammettere l'applicazione della pena concordata anche nel caso di dubbio sull'esistenza del fatto e la colpevolezza dell'imputato <sup>(28)</sup>. Secondo l'indirizzo inaugurato dalla sentenza Tambaro, è un simile parametro, in luogo di quelli *expressis verbis* indicati dall'art. 631 c.p.p., a vincolare il giudice chiamato a valutare l'istanza di revisione avverso la sentenza emessa *ex art.* 444 c.p.p.

---

gersi esclusivamente ad alcuni esiti" (M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 276).

<sup>(26)</sup> Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit., p. 2979, ma le medesime parole si rintracciano nelle decisioni citate alla nota 2.

<sup>(27)</sup> Così Cass., Sez. un., 26 febbraio 1997, Bahrouni, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1484 (con nota di T. TREVISSON LUPACCHINI); Cass., Sez. un., 9 giugno 1995, Cardoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 473 (con nota di M. VESSICHELLI).

<sup>(28)</sup> Cfr., in tal senso, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 137; nonché G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in *Il patteggiamento*, Milano, 1990, p. 48. Si tratta, peraltro, di un corollario non necessario perché nell'ipotesi di insufficienza o contraddittorietà della prova sembra esservi spazio per una decisione di rigetto dell'accordo: per questa prospettiva cfr., volendo, A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 144 ss.

Lungi dal perseguire un' "astratta esigenza di simmetria", l'indirizzo in parola salvaguarda la coerenza del sistema processuale, minacciata dall'eventuale metamorfosi della revisione nello "strumento per ottenere tutto ciò cui si è volontariamente e liberamente rinunciato con la scelta del patteggiamento". *Pacta sunt servanda*, quindi: in nome della coerenza sistematica si forza il dato testuale facendo leva sul sinallagma sotteso all'accordo pattizio accolto nella sentenza. In cambio di benefici premiali l'imputato ha cristallizzato una *factual basis* non più modificabile, neppure alle condizioni dettate dall'art. 631 c.p.p. La Corte in tal modo pretende di sostituirsi ad un legislatore distratto, dimentico di prevedere specifici limiti qualora la revisione investa una sentenza "dalle peculiari caratteristiche".

La conclusione ha effetti di rilievo perché, con specifico riguardo alla pronuncia ex art. 444 c.p.p., neutralizza una delle modifiche più qualificanti apportate alla disciplina della revisione dal codice di rito del 1988, nel quadro di un generale disegno volto ad attenuare la *vis resistendi* del giudicato di fronte ad istanze di giustizia sostanziale<sup>(29)</sup>. Superata la regola che ancorava l'attitudine dimostrativa della nuova prova all'evidente innocenza dell'imputato (art. 554 n. 3 c.p.p. abrog.), oggi basta che l'elemento di novità – solo o unito alle conoscenze già valutate – appaia *ex ante* idoneo ad incrinare la ricostruzione dei fatti a suo tempo accolta, ponendo in luce le contraddizioni e le insufficienze del quadro probatorio (art. 630 lett. c c.p.p.)<sup>(30)</sup>. Ciò significa che alla nuova prova non è più richiesto un grado privilegiato di attitudine dimostrativa capace di superare la statuizione di colpevolezza racchiusa nella sentenza. Nel valutare l'ammissibilità del rimedio straordinario, ossia nel pronosticare la capacità del *novum* di condurre al proscioglimento, il giudice dovrà attenersi alle medesime regole operanti in esito al giudizio di cognizione<sup>(31)</sup>.

<sup>(29)</sup> G. DEAN (*La revisione*, Padova, 1999, pp. 11 e 12) osserva come vi sia oggi un vero e proprio sistema di rimedi revocatori del giudicato penale, in risposta alla necessità di saggare "i contenuti della sentenza irrevocabile, almeno in tutti i casi in cui si manifestino con evidenza i sintomi di una sua patologia sostanziale". Sullo sfondo la rilevanza del procedimento di revisione nel quadro dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali, unita "al sintomatico silenzio del costituente sul valore della esigenza di certezza del giudicato" (E. JANNELLI, *sub* art. 629, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, Torino, 1991, vol. VI, pp. 336 e 337).

<sup>(30)</sup> Risulta così notevolmente allargata la probabilità di un esito favorevole per il condannato: cfr., sul punto, G. SPANGHER, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, vol. XII, p. 134.

<sup>(31)</sup> Dall'art. 631 c.p.p. si può trarre la regola per cui "le nuove prove operano in questo modo: se fossero state conosciute al momento della sentenza, avrebbero portato ad un proscioglimento" (M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 435). Sul tema, v. anche A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, p. 216.

La pretesa di mantenere in vita, con specifico riguardo alla sentenza di patteggiamento, la regola dell'evidenza probatoria, ormai espunta dal sistema, significa, quindi, attribuire al giudicato una rigidità oramai anacronistica, in palese in contrasto con le linee evolutive dell'assetto processuale.

Si dirà che una simile particolarità risponde alle caratteristiche di un rito nel cui ambito è carente o, secondo la giurisprudenza, addirittura, assente la verifica *in facto*. Ma è proprio questo passaggio a rappresentare l'anello debole nell'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione: è paradossale che la *vis resistendi* del giudicato si rafforzi proprio dove l'accertamento sommario accentua il rischio di una condanna ingiusta. Viceversa, la maggiore flessibilità che il sistema oggi riconosce in via di principio alla sentenza irrevocabile, deve, a maggior ragione, valere per le pronunce emesse all'epilogo dei riti ad accertamento contratto<sup>(32)</sup>. Secondo questa prospettiva, il legislatore, non sembra avere dimenticato, ma consapevolmente omesso di dettare specifici limiti, mirando a garantire alla sentenza di patteggiamento il medesimo ambito di revisione previsto per le sentenze emesse a seguito di *iter* ordinario.

Per quale motivo inibire il rimedio straordinario proprio dove maggiore ne sarebbe l'utilità? La risposta si trova mutando l'angolo visuale: dall'interesse alla tutela dell'innocente all'esigenza di non veder disatteso l'accordo su cui ruota il patteggiamento. Si teme "possano essere radicalmente alterate la struttura e la fisionomia" del rito, nonché "vanificati gli obiettivi di accelerazione e di deflazione" ad esso sottesi<sup>(33)</sup>.

È probabile che anche su questo fronte pesino le preoccupazioni di quella parte della dottrina che, constatata l'estraneità della regola di giudizio *in dubio pro reo* al vaglio giudiziale sull'accordo *quoad poenam*, paventa fraudolenti tentativi "di recuperare attraverso la revisione un riesame i cui esiti favorevoli erano persino esclusi dal precedente giudizio"<sup>(34)</sup>. Così, un imputato che non potesse contare sulla prova indiscussa dell'innocenza, potrebbe, dapprima, accedere al patteggiamento per lucrare una

<sup>(32)</sup> L'eventualità di una condanna ingiusta "è ancor più frequente dove la sentenza non consegue ad un compiuto accertamento della responsabilità": cfr. M. Busetto, *Davvero incompatibili "patteggiamento" e revisione?*, cit., p. 7. Da questo punto di vista la prevista ammissibilità della revisione parrebbe essere "una spia per comprendere come, in un sistema che fa largo uso della giustizia negoziata, il rischio di errori giudiziari aumenta notevolmente e rende necessario introdurre correttivi *pro reo*": così E. Amodio, *I due volti della giustizia negoziata*, cit., p. 704 e 705.

<sup>(33)</sup> Cfr., ancora, Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit., p. 2979.

<sup>(34)</sup> A. Scalfati, *Inammissibile la revisione per la sentenza di pena concordata: un corollario dalle premesse discutibili*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 89. Si badi però che l'autore circoscrive l'obiezione all'ipotesi di elementi non valutati, dove il rimedio si presterebbe a riesumare "una sorta di controllo *ex actis* sulle omissioni valutative che la sentenza applicativa di pena non potrebbe subire mediante l'appello".

condanna a pena più lieve e, poi, divenuta definitiva la sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, invocare il rimedio della revisione, per beneficiare in quella sede di un proscioglimento in virtù del canone *ex art. 530 comma 2 c.p.p.*

Il rischio prospettato è, per la verità, piuttosto remoto: ci si chiede perché mai l'imputato che, di fronte ad un quadro accusatorio lacunoso o contraddittorio, può legittimamente ambire ad un esito favorevole dinanzi al giudice del dibattimento o del rito abbreviato, debba, invece, scegliere di assoggettarsi sin da subito ad una pena certa, sia pure scontata<sup>(35)</sup>.

Si consideri, inoltre, come il pericolo di scelte strumentali dell'imputato sorga solo rispetto ad istanze di revisione fondate su elementi già prodotti dalle parti ma non valutati dal giudice. Solo in tal caso l'imputato potrà scientemente sfruttare a proprio vantaggio la divaricazione delle regole di giudizio esistente tra il rito speciale e quello ordinario, mentre il fenomeno non può riguardare le situazioni di prova scoperta o sopravvenuta, sfuggenti in quanto tali al dominio della parte. Come si è visto, però, la Cassazione esclude che la prova non valutata integri i requisiti richiesti dall'art. 630 lett. *c* c.p.p. allorché la revisione investa la sentenza di patteggiamento. Si dissolve così il presupposto stesso dei comportamenti fraudolenti prospettati dalla dottrina ed, insieme, un argomento a sostegno del prevalente indirizzo giurisprudenziale.

Sul tappeto restano le istanze riconducibili al generale canone del *pacta sunt servanda*. Secondo la giurisprudenza, non si deve fornire all'imputato uno strumento "per revocare in dubbio una decisione da lui stesso richiesta" e così riaprire una fase di accertamento sul tema storico, neppure – è importante sottolinearlo – quando, scoperta o sopravvenuta una nuova prova, mutino le condizioni dell'originaria decisione. Si badi, infatti, come, rispetto alla regola di giudizio desumibile dall'art. 129 comma 1 c.p.p., l'intangibilità dell'accordo sia intesa in senso assoluto. Non importa che elementi nuovi sovvertano lo stato degli atti cristallizzato al momento del patto: il giudice della revisione, quale che sia il presupposto dell'istanza, sarà vincolato ai medesimi parametri cui si attenne il suo omologo richiesto di applicare la pena concordata. In tal modo, la scelta a favore del rito assume il significato di una rinuncia irreversibile alla presunzione di innocenza.

Si è evidentemente convinti che la scelta per un modello di processo acognitivo comporti una traslazione definitiva del rischio dell'errore giudiziario dall'ordinamento all'imputato. Così si attribuisce all'accordo a suo tempo intercorso un'efficacia immutabile nel tempo, destinata a proiettarsi, perfino, oltre il definitivo epilogo del processo.

---

<sup>(35)</sup> Il rischio processuale non giustifica la scelta di una pena da parte dell'innocente: cfr., in tal senso, M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 532.

#### 4. I profili abdicativi dell'accordo pattizio e pretesa efficacia post-giudicato.

Si può, innanzi tutto, obiettare come non esista alcun dato positivo che imponga o induca a trarre simili conclusioni. Sul versante della difesa, il contenuto essenziale dell'atto abdicativo, implicito nella scelta di adire il rito *ex artt.* 444 e ss c.p.p., si risolve nella non contestazione dell'accusa i cui effetti, ripercuotendosi sulle modalità di verifica del fatto storico, sono destinati a prodursi nell'ambito del giudizio di merito di primo grado. Se medesimi effetti si estendono, poi, al grado di appello, lo si deve ad una disposizione *ad hoc* (art. 448 comma 2 c.p.p.). Di qui un ostacolo ad individuare altre fattispecie abdicative non espressamente disciplinate, ma desumibili solo in virtù di argomenti logico-sistematici.

Si è visto come alcuni fra questi, in sintesi riconducibili ad esigenze di "tenuta" del sistema, non abbiano ragione d'essere. In particolare, si è dimostrato come siano infondati i timori che, attraverso la prova non valutata o il divario tra le regole di giudizio ordinarie e quelle peculiari del rito *de quo*, si trasformi il rimedio straordinario in una sorta di secondo grado di giudizio avverso le sentenze *ex art.* 444 c.p.p.. Anche nelle ipotesi descritte il filtro posto dalle regole di ammissibilità dell'istanza di revisione mostra di funzionare, ostacolando un impiego distorto dell'istituto.

L'intera costruzione giurisprudenziale sembra, a tal punto, poggiare sopra un unico argomento di coerenza sistematica: si riconosce al *pactum* siglato tra le parti un'efficacia inalterabile, connaturata alla disciplina stessa del rito, e si pretende di estendere un simile, intangibile, vincolo oltre il passaggio in giudicato della decisione.

Qui, a ben vedere, ci si scontra con un dato normativo inequivoco: l'art. 629 c.p.p., nell'includere la sentenza di patteggiamento tra quelle suscettibili di revisione, spinge nella direzione opposta, circoscrivendo l'area delle garanzie negoziabili entro il confine segnato dal giudicato. L'invocato valore della coerenza sistematica, che orienterebbe verso l'intangibilità degli accordi negoziali a suo tempo siglati, cede, dunque, il passo, per espressa volontà legislativa, ad istanze di giustizia sostanziale.

Ma neppure il dato positivo frena la spinta della giurisprudenza verso un "adattamento sistematico" ritenuto essenziale. Il silenzio serbato dal codice circa i limiti alla revisione non sarebbe affatto una consapevole espressione di un bilanciamento tra interessi contrapposti, bensì il frutto di una trascuratezza del legislatore, cui occorrerebbe porre rimedio in via interpretativa.

Si è visto in quale modo: gli effetti post-giudicato dell'accordo pattizio incidono, *in primis*, sull'area di ammissibilità dell'istanza, circoscrivendo la categoria della nuova prova *ex art.* 630 lett. c c.p.p. rispetto ai confini fissati dalla stessa giurisprudenza. Presupposto implicito è che la rinuncia al diritto alla prova, espressa dall'imputato con l'adesione al rito, conservi validità anche nell'ambito del giudizio di revisione, impedendo una verifica *in*

*facto* fondata su dati gnoseologici già acquisiti, ma anche ipoteticamente acquisibili, se solo si fosse optato per il contraddittorio dibattimentale.

Non basta: gli effetti abdicativi del *pactum* si spingono fino ad incidere sui limiti alla revisione *ex art. 631 c.p.p.* Resterebbe altrimenti irrisolto il profilo della “corrispondenza” (*sic!*) tra le peculiari caratteristiche dell’*iter* negoziale e “il tipo di accertamento da effettuare in sede di giudizio di revisione”. La strada indicata consiste nel modellare i poteri del giudice dell’impugnazione a quelli del suo omologo chiamato ad applicare la pena concordata. L’ammissibilità dell’istanza *ex art. 630 c.p.p.* non potrebbe essere decisa sulla base degli ordinari parametri dettati dal codice, bensì in virtù di quelli – desumibili dall’*art. 129 c.p.p.* – operanti in sede di verifica dell’accordo negoziale.

Quei medesimi parametri finiscono, altresì, per condizionare il giudizio sul merito destinato a svolgersi dinanzi alla Corte di appello. Si consideri, infatti, che la capacità del *novum* di determinare il proscioglimento, come richiesto dall’*art. 631 c.p.p.*, rappresenti, oltre ad un requisito di ammissibilità, anche un vincolo per il giudice del merito. Basti pensare all’ipotesi in cui l’*iter* innescato da una domanda di revisione ammissibile – *ex ante* appariva non improbabile il proscioglimento – si indirizzi verso un esito diverso: qui la conclusione sarà una pronuncia di rigetto<sup>(36)</sup>.

Allo stesso modo, a seguire l’indirizzo giurisprudenziale in discorso, qualora l’istanza investa una sentenza applicativa della pena concordata, l’ipotesi di proscioglimento per insufficienza o contraddittorietà della prova, bandita dai requisiti di ammissibilità, non è neppure in grado di determinare una decisione positiva sul merito.

In un simile quadro, la revisione si configura come un segmento *post iudicatum* del processo di cognizione, dove le parti s’intendono decadute dai poteri non esercitati a tempo debito. Ma si tratta di un modello avulso dal sistema: il dato normativo e la stessa giurisprudenza intendono la revisione alla stregua di un fenomeno esoprocessuale<sup>(37)</sup> in quanto diretto, non già a proseguire, in un’ideale continuità, bensì a risolvere il precedente accertamento giudiziario. L’istituto risponde, infatti, ad un’autonoma *ratio* di giustizia sostanziale che lo affranca dall’*iter* pregresso al giudicato. In questa prospettiva, il giudizio che origina dall’istanza *ex art. 630 c.p.p.* non può e non deve essere condizionato dal modo in cui le parti abbiano esercitato le prerogative loro riconosciute nell’ambito del processo di cognizione. Così, non è ostativa al rimedio straordinario la scelta, a suo tempo

<sup>(36)</sup> Lo chiarisce M. D’ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 344.

<sup>(37)</sup> Se l’appello e il ricorso in cassazione, “sono fenomeni endoprocessuali da cui dipende l’irrevocabilità; la revisione implica un giudicato e mira a risolverlo” (F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1235).

compiuta, di non impugnare, in sede di appello e/o di legittimità, la condanna divenuta poi irrevocabile<sup>(38)</sup>; né la circostanza che la mancata acquisizione di una nuova prova si debba a comportamenti omissivi o neglienti della parte<sup>(39)</sup>.

Sul punto, la sentenza Tambaro e l'indirizzo cui fa capo ignorano in modo plateale i *dicta* delle Sezioni unite che, nell'aderire ad un concetto ampio di nuova prova *ex art.* 630 lett. c c.p.p., escludono un "rapporto di continuità" tra l'*iter* sfociato nella sentenza definitiva e il rimedio straordinario, nella convinzione per cui si finirebbe, altrimenti, per tradire lo scopo stesso dell'impugnativa, volta ad emendare la condanna ingiusta. Di qui l'assoluta irrilevanza, in sede di ammissibilità della domanda di revisione, del mancato rispetto di oneri formali ad opera delle parti<sup>(40)</sup>. E ben si comprende: le scelte processuali, riguardanti modi e forme di esercizio di poteri riconosciuti alle parti, hanno contribuito ad una decisione presumibilmente erronea e, quindi, ingiusta. Sfuggirebbe alla logica un sistema che consentisse di rimediare all'errore giudiziario attraverso un nuovo accertamento *in facto*<sup>(41)</sup> e costringesse, allo stesso tempo, le parti a ricalcare, nell'*iter* post-giudicato, il medesimo percorso produttivo dell'errore.

Il giudizio di revisione nasce per sua natura libero da vincoli riconducibili alle norme regolatrici dell'*iter* pregresso<sup>(42)</sup>. Ne deriva che gli effetti

<sup>(38)</sup> Si rifletta come la revisione serva "proprio perché i mezzi di impugnazione ordinari non hanno impedito la sentenza ingiusta": così M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 465.

<sup>(39)</sup> La finalità cui risponde la revisione – di giustizia sostanziale e, quindi, trascendente l'interesse del singolo – "non può essere frustrata da eventuali negligenze della parte" (cfr. Cass., sez. I, 20 gennaio 1992, Castaldo, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 644). In particolare, con riguardo alla nuova prova addotta a sostegno dell'istanza, è irrilevante che "l'omessa conoscenza da parte del giudice sia imputabile a comportamento processuale del condannato" (Cass., sez. VI, 30 ottobre 2006, Praticò, in *Guida dir.*, 2007, n. 6, p. 64). Si consideri, inoltre, il disposto dell'art. 643 comma 1 c.p.p.: se il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario si nega al prosciolto in sede di revisione, il quale abbia "dato causa per dolo o colpa grave" all'errore, in assenza di un analogo limite, l'istanza di revisione sarà ammissibile anche nell'ipotesi in cui la parte non abbia esercitato il diritto alla prova per dolo o colpa grave: cfr., in tal senso, M. BARGIS, *Prove nuove ai fini della revisione*, cit., p. 773; nonché E. JANNELLI, *sub art.* 631, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 335.

<sup>(40)</sup> Così, in termini inequivoci: Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, cit., p. 194. Sottolinea sul punto la dissonanza con la ricostruzione delle Sezioni unite: G. SANTALUCIA, *I limiti alla revisione per nuove prove della sentenza di patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2740.

<sup>(41)</sup> Rescisi i tradizionali legami con la coerenza dell'ordinamento, la revisione si configura oggi come un mezzo diretto a rinnovare la fase di merito nell'interesse del condannato: v. A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 29.

<sup>(42)</sup> Nei limiti, beninteso, entro i quali è contenuta la cognizione del giudice: sull'effetto devolutivo della revisione cfr., A. PRESUTTI, voce *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXVII, p. 1.

dell'accordo *quoad poenam*, siglato a suo tempo, non possono espandersi oltre il giudicato, fino a condizionare i poteri decisori del giudice dell'impugnazione straordinaria. Con l'istanza *ex art. 630 c.p.p.* l'imputato chiede di superare l'opzione per l'accertamento contratto rivelatasi foriera di una condanna ingiusta. Se gli effetti dell'originaria scelta si espandessero fino a travalicare il limite del giudicato, verrebbe meno la stessa ragion d'essere del rimedio straordinario e, in definitiva, dell'inclusione della sentenza di patteggiamento nell'area dell'*art. 629 c.p.p.*

È chiaro, a tal punto, che l'indirizzo avvallato dalla giurisprudenza, di per sé sfornito di sostegno normativo, risulta pure sconfessato da una corretta lettura in chiave sistematica, incentrata sulle prevalenti funzioni di giustizia cui la revisione risponde all'interno del codice<sup>(43)</sup>. Chiamato a valutare la domanda di impugnativa straordinaria avverso la pronuncia *ex art. 444 c.p.p.*, il giudice non può avere altri parametri che quelli espressamente dettati dagli *artt. 630 e ss c.p.p.*

##### 5. *Il modello negoziale di processo: aspirazioni ideali e prassi applicativa.*

Resta da analizzare un ultimo argomento messo in campo dai fautori dell'indirizzo maggioritario in materia di rapporti tra revisione e sentenza a pena concordata. Si tratta del richiamo al c.d. principio di autoresponsabilità, eletto a canone di condotta processuale<sup>(44)</sup>, che risulterebbe lesivo qualora l'imputato, avendo a suo tempo concordato la pena, chieda poi di accedere alla revisione della sentenza, adducendo come nuova prova il dato non acquisito a causa dell'originaria rinuncia al dibattimento. Sarebbe contraddittorio – si ragiona – consentire all'imputato di disporre di una serie di garanzie poste a tutela delle istanze di giustizia sostanziale e, al contempo, prevedere che, in nome di quella stesse istanze, egli possa revocare la scelta abdicativa già compiuta. A maggiori poteri devono corrispondere maggiori oneri, *id est* la traslazione del rischio di errore giudiziario dall'ordinamento all'imputato<sup>(45)</sup>.

Affiora qui una concezione negoziale del processo che trova un consenso diffuso: chi liberamente sceglie di non esercitare un diritto ricono-

---

<sup>(43)</sup> Nel codice la salvaguardia dei diritti inviolabili prevale sulla logica di un rito “a parti contrapposte” che, inteso in senso rigoroso, avrebbe autorizzato scelte legislative differenti: cfr. A. SCALFATI, *L'ammissibilità della revisione e la “prova nuova” dopo l'intervento delle Sezioni unite*, cit., p. 499.

<sup>(44)</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>(45)</sup> Cfr., in particolare, M. GIALUZ, *Prova nuova e limiti della revisione della sentenza di patteggiamento*, cit., p. 1213.



sciutogli dalla legge deve accettare le conseguenze, positive e negative, derivanti della scelta compiuta.

Lo schema argomentativo utilizzato potrebbe dirsi espressione del moderno pensiero liberale: l'attuale codice di rito sembra riflettere l'assetto degli Stati democratici contemporanei, dove il cittadino, non più suddito, coopera autonomamente nei procedimenti decisionali che lo riguardano<sup>(46)</sup>. Sul piano della amministrazione della giustizia la tendenza si traduce nel lasciare alle parti la libera disponibilità delle garanzie loro riconosciute. Coerentemente, il processo penale consente all'imputato e al pubblico ministero di indirizzare il percorso dell'accertamento giudiziario in vista di determinati effetti, cui non sarà poi lecito sottrarsi.

Da una simile angolatura, qualunque critica alla concezione in auge rischia di apparire anacronistica od ispirata ad istanze quantomeno paternalistiche perché lesiva del diritto dell'imputato a gestire i propri interessi in piena autonomia. Più consono ad un ordinamento liberale sembrerebbe un archetipo di processo improntato alla risoluzione dei conflitti tra le parti, sovrane nell'esercitare i propri diritti, persino a discapito del corretto funzionamento della giustizia<sup>(47)</sup>.

Sulla valenza politica del modello descritto si può certo discutere<sup>(48)</sup>. L'obiezione assorbente è, però, di natura giuridica: nell'attuale assetto costituzionale i poteri dispositivi delle parti non sono illimitati ma s'arrestano dinanzi al principio di legalità<sup>(49)</sup>. Così l'area del negoziabile non può in-

---

<sup>(46)</sup> Si osserva come nel modello di Stato contemporaneo, la relazione autorità-cittadino, improntata ad un ordine tendenzialmente orizzontale, tende a coinvolgere il secondo "nei procedimenti decisionali che toccano i suoi interessi": v. R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, pp. 268 e 270.

<sup>(47)</sup> Traccia le coordinate di un simile modello: M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, p.184.

<sup>(48)</sup> Vale la pena ricordare, ad esempio, come l'indisponibilità, lungi dal connotarsi in senso autoritario, rappresenti un tratto distintivo dei diritti fondamentali affermatosi in seno alla tradizione liberale, "non consentendosi che neanche per contratto un uomo possa essere obbligato a privarsi della libertà personale o della vita, riconosciute a ciascuno come diritti personalissimi" (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, p. 901). È la "visione oggettiva dei diritti" che sarà poi accolta, accanto alla "visione soggettiva" dalle Costituzioni moderne: si fornisce in tal modo ai diritti fondamentali un ancoraggio, diverso dal diritto naturale predicato dal giusnaturalismo, ma comunque "più forte delle ragioni e volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo": così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 89.

<sup>(49)</sup> Si consideri che le garanzie penali, nel subordinare la pena ai presupposti sostanziali del reato – l'offesa, l'azione e la colpevolezza – "in tanto sono effettive in quanto questi siano oggetto di un giudizio di cui siano assicurate al massimo grado l'imparzialità, la veridicità e il controllo" (L. FERRAJOLI *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 546)

vestire qualsiasi spazio di tutela, fino al sacrificio della verifica del giudice sul tema storico.

Ne è consapevole il legislatore ordinario che fornisce un bilanciamento degli interessi in gioco: si badi, infatti, come del modello di processo “pan-negoziale”, dominato da un’incontenibile autonomia delle parti, non vi sia traccia nel codice. In particolare, l’imputato non è affatto libero di eludere la verifica giurisdizionale *in facto* per auto-assoggettarsi a pena. Il giudice respinge la richiesta *ex art.* 444 c.p.p. in presenza delle condizioni per il proscioglimento immediato, mentre, qualora le valuti inesistenti per accogliere l’accordo, condivide con le parti la responsabilità della scelta negoziale. Così, se un errore giudiziario si annida nella sentenza che ha siglato il concordato sulla pena, a risponderne non potrà essere il solo imputato.

L’imperativo di responsabilizzare la parte che opti per schemi di processuali acognitivi non considera che la decisione ingiusta è frutto di una valutazione fallace non riconducibile ad un unico soggetto, ma al sistema processuale nel suo complesso<sup>(50)</sup>. Di qui il diritto alla revisione della sentenza *ex art.* 444 c.p.p., la cui disciplina, affrancata da vincoli *ad hoc*, conosce solo quelli previsti in via generale agli artt. 629 e ss c.p.p.

Il diverso orientamento affermatosi in giurisprudenza, forza il dato testuale sull’onda di un archetipo di processo, ad alto tasso di negozialità, che non trova riscontro nel sistema delle fonti costituzionali ed ordinarie.

Si avverte qui lo sgretolamento subito dalle garanzie ad opera dei poteri dispositivi attribuiti alle parti, secondo una progressione costante e, in buona misura, non prevedibile. In virtù di un consenso politico diffuso<sup>(51)</sup>, la giurisprudenza tende a far slittare i poteri negoziali delle parti dal nucleo originario della prova, entro il quale gli aveva concepiti il legislatore del 1988, all’area indistinta delle garanzie processuali, perfino di quelle tradizionalmente concepite come oggettive<sup>(52)</sup>. Il fenomeno, che parrebbe incarnare quella “gigantesca negoziazione” a suo tempo paventata<sup>(53)</sup>, è

<sup>(50)</sup> La riflessione è di M. D’ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, cit., p. 532 e ss.

<sup>(51)</sup> Fondato come tale su ragioni di opportunità, là dove la giustificazione giuridica poggia su categorie dogmatiche. Sul terreno dei riti speciali accade che le due *ratio* entrino in collisione tra loro, come ben spiega R. ORLANDI, *Relazione tenuta al Convegno “Giustizia penale e controllo sociale: le età della disuguaglianza”*, Ravenna 13 novembre 2009.

<sup>(52)</sup> Il concetto di garanzia oggettiva, nel significato di canone volto ad assicurare un certo modello di amministrazione della giustizia, nasce sull’onda della giurisprudenza costituzionale degli anni ‘70 e risponde all’esigenza di rafforzare un nucleo di garanzie procedurali contro attacchi condotti in nome di superiori esigenze di difesa sociale: cfr. al riguardo, P. FERRUA, *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 403 e, per un opposto punto di vista, E. AMODIO, *Processo penale diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 138.

<sup>(53)</sup> R. E. KOSTORIS, *Con il nuovo “patteggiamento allargato” il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, p. 9.

certo favorito dalla pervasività della logica negoziale in un sistema afflitto da croniche inefficienze.

La giustificazione politica tende, dunque, a sostituirsi al fondamento giuridico. Deve essere però chiaro che il modello negoziale di accertamento, se soddisfa scopi di efficienza processuale, mal risponde alle aspirazioni liberali in esso riposte, rivelandosi nella prassi inadeguato a contemperare gli interessi della parte con quelli propri dell'ordinamento.

Si guardi ai rapporti tra revisione e sentenza applicativa della pena concordata: in ciascuno dei provvedimenti considerati, espressione dell'indirizzo maggioritario<sup>(54)</sup>, l'inammissibilità dell'istanza presentata dall'imputato discende dal filtro predisposto in via generale dagli artt. 629 e ss c.p.p. e non già dai presunti e speciali limiti riconducibili al sinallagma sotteso al patteggiamento.

Nella sentenza Tambaro, ad esempio, i giudici di legittimità, dopo aver ristretto, nei limiti sopra precisati, il diritto alla revisione per l'imputato che abbia concordato la pena, rigettano il ricorso avverso la decisione della Corte di appello, sulla base di un argomento avulso dalle premesse. La prova, asseritamente nuova, consisteva, in realtà, in una semplice rivalutazione in chiave difensiva del quadro di conoscenze posto a fondamento della pronuncia *ex art. 444 c.p.p.* La pretesa del condannato, dunque, non meritava di essere accolta, non già perché avanzata in violazione degli speciali limiti posti alla revisione della sentenza a pena concordata, ma in quanto irrispettosa della più classica tra le condizioni di ammissibilità dell'istanza *ex art. 630 c.p.p.*, rappresentata dal carattere di novità degli elementi addotti.

Talora, inoltre, è la prassi applicativa a smentire l'idea che a monte del patteggiamento vi siano sempre scelte individuali consapevoli e, perciò, libere. In queste ipotesi accade che sia la stessa giurisprudenza a fare un passo indietro, disconoscendo l'indirizzo maggioritario in nome di esigenze di giustizia sostanziale. Così, di fronte ad una pena applicata su richiesta ad un imputato che altra pronuncia, di poco successiva, aveva assolto, tenendo conto del grave stato di infermità psichica risalente nel tempo ed accertato con apposita perizia, i giudici di legittimità non esitano ad ammettere la revisione della sentenza *ex art. 444 c.p.p.* benché l'istanza si fondasse su dati probatori conosciuti – la manifesta patologia da cui era afflitta la parte – ma non valutati neppure implicitamente<sup>(55)</sup>.

Come si vede, alla resa dei conti, il modello di processo negoziale non riesce a fornire un equilibrio accettabile dei valori in gioco. Se applicato integralmente condurrebbe a risultati opposti a quelli d'ispirazione *liberal*

---

<sup>(54)</sup> Cfr. *supra*, note 1 e 2.

<sup>(55)</sup> V. Cass., sez. VI, 28 maggio 2007, Cortese, cit., p. 661.

avuti di mira, giungendo, con una eterogenesi dei fini, a sacrificare i diritti dell'imputato al superiore interesse dell'efficienza processuale. Accade così che nella prassi giudiziaria quel modello sia accantonato: davanti ad una sentenza ingiusta non valgono ragioni di coerenza a presunte volontà dispositive a suo tempo espresse, troppo impari il peso delle contrapposte esigenze.

In sintesi, sul terreno dei rapporti tra revisione e sentenza di patteggiamento, la giurisprudenza si orienta verso un indirizzo "creativo" che, avulso dal dato testuale e sistematico, si rivela, in definitiva, pure inutile. Sullo sfondo, una malintesa affermazione dei diritti individuali all'interno del processo, portata avanti dietro il falso vessillo della modernità. Ne fa le spese il nucleo di garanzie oggettive dell'ordinamento – tra cui figura il rimedio all'errore giudiziario<sup>(56)</sup> – travolto da una strisciante logica negoziale.

Eppure, ancora oggi è il modello di processo accolto dal codice – ma ancor prima dalla Costituzione – fermo nella salvaguardia di quel nucleo di garanzie, a meglio coniugare la correttezza dell'accertamento con l'integrità dei diritti della persona.

ALESSANDRA SANNA

---

<sup>(56)</sup> “..è l'ordinamento nel suo complesso a farsi carico di una esigenza di giustizia che poi finisce per identificarsi con la giustificazione stessa della giurisdizione penale” (E. JANNELLI, *sub art. 631*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 358).



## LA RILEVANZA PENALE DELLA SPERIMENTAZIONE SUGLI EMBRIONI TRA LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA E LA LIBERTÀ DELLA RICERCA SCIENTIFICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili di incompatibilità del delitto di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, con il principio di tassatività. – 2.1. L'indeterminatezza del concetto di "embrione". – 2.2. L'indeterminatezza del concetto di "sperimentazione". – 3. L'irragionevole predisposizione della struttura criminosa del pericolo presunto: una soluzione ermeneutica fondata sul principio di offensività. – 4. (*Segue*): I vantaggi scaturenti dall'introduzione, in via ermeneutica, del pericolo come elemento di fattispecie: la legittimazione di una sperimentazione "soft" sugli embrioni umani. – 5. Prospettive di riforma: la ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali di embrioni in condizioni di "morte organismica". – 6. (*Segue*): La ricorribilità al modello delle scriminanti procedurali: l'esempio offerto dalla normativa spagnola. – 7. Conclusioni.

### 1. *Premessa.*

La questione dei rapporti tra scienza, etica e diritto ha trovato massima espressione, soprattutto nell'ultimo decennio, nell'ambito della tematica della sperimentazione sulle cellule staminali embrionali.

Si tratta di cellule che, nei primi giorni a partire dalla fecondazione, mantengono un livello di "totipotenza", ossia di indifferenziazione, tale da consentire loro di svilupparsi, se opportunamente stimolate in laboratorio, in qualunque tipo di cellula "matura" dei tessuti e degli organi umani: potrebbero, quindi, essere utilizzate, a scopo terapeutico, per "riparare" i tessuti danneggiati, in presenza di gravi malattie degenerative come lo scompenso cardiaco, il morbo di Alzheimer, il morbo di Parkinson<sup>(1)</sup>. Secondo il rapporto stilato nel 2000 dalla Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, presieduta dal Premio Nobel Renato Dulbecco, «è possibile stimare, sebbene in via del tutto preliminare che, su un numero totale di soggetti affetti da patologie croniche di circa 30 milioni nel nostro Paese, l'utilizzo delle cellule staminali di varia

---

<sup>(1)</sup> Cfr. A. CARDONE, *Cellule staminali: un limite ingiusto sui blastomeri*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 40, p. 36.

origine possa portare a sviluppare metodiche cliniche per il trattamento di un numero di pazienti che, comprendendo le patologie di origine cardiovascolare, si avvicina ai 10 milioni di individui»<sup>(2)</sup>.

Il complesso delle conseguenze applicative che gli interventi di sperimentazione sugli embrioni umani hanno apportato su tutti i soggetti direttamente e indirettamente coinvolti da essi, hanno, tuttavia, sollevato interrogativi rilevanti circa il necessario bilanciamento che andrebbe condotto tra la libertà della ricerca scientifica e la tutela della vita dell'embrione.

Sebbene analizzando il testo della nostra Costituzione, non sia dato ravvisare alcuna disposizione che prenda espressamente in considerazione la necessità di apprestare una qualche forma di garanzia all'embrione umano, da ciò non è possibile desumere un'implicita negazione del suo valore giuridico – anche in base alla considerazione che la nostra Carta Costituzionale non costituisce un catalogo chiuso di valori<sup>(3)</sup> –, bensì un esempio di «avanzamento da progresso»<sup>(4)</sup> dei confini di tutela dei beni giuridici, «di un oggetto di protezione, cioè, non nuovo, bensì reso giuridicamente visibile da nuove forme di aggressione»<sup>(5)</sup>. Del resto, la nascita in tempi recenti di una serie di modelli giuridici di tutela penale dell'embrione, all'interno dei diversi ordinamenti statali, fa comprendere come soltanto negli ultimi decenni siano state prese in considerazione forme di offesa a un bene che prima di allora era visto come concretamente inattaccabile, in assenza di biotecnologie d'avanguardia<sup>(6)</sup>.

<sup>(2)</sup> Relazione della Commissione di studio sull'utilizzo di cellule staminali per finalità terapeutiche, Roma, 28 dicembre 2000, in *www.europarl.europa.eu*

<sup>(3)</sup> Si veda Corte Cost., 5 giugno 1978, n. 71, in *Giur. Cost.* 1978, p. 602, secondo cui la Costituzione non vincola «il legislatore al perseguimento di specifici interessi». In tal senso, si veda altresì M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 70 ss., ove l'A. afferma che «Dalla Costituzione è possibile che si individuino i profili, il "volto" di un modello di illecito, ma la concretizzazione di quella figura dipende dall'intero ordinamento e da scelte che restano pluralistiche e storicamente condizionate». Cfr. inoltre N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, Giappichelli, Torino 2006, p. 92 ss. A sostegno, invece, di un modello costituzionale di illecito penale, si veda F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, UTET, Torino 1973, *passim*.

<sup>(4)</sup> W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, 1980, p. 132.

<sup>(5)</sup> *Ibidem*.

<sup>(6)</sup> Si veda E. PALIERO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1992, p. 921, secondo cui non è mai stato in discussione il bisogno di tutela dell'embrione, quanto piuttosto il bisogno di pena dei comportamenti che lo offendono, comportamenti solamente teorizzabili fino a qualche decennio fa. Sul punto, si veda anche S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995, p. 357, in cui l'A., seppure con riferimento alla tutela di beni superindividuali, quali l'economia o l'ambiente, approva che il legislatore venga a regolamentare «fenomeni

Se si intendesse trovare dei fondamenti, seppure indiretti, della rilevanza costituzionale della vita dell'embrione, ci si potrebbe ricollegare alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), al principio di uguaglianza (art. 3) e alla salvaguardia del diritto alla salute degli individui (art. 32), salvo poi comprendere fino a che punto sia legittimo tutelare l'embrione alla stregua di una "persona"<sup>(7)</sup>.

---

connotati da dannosità sociale che non erano stati presi in considerazione – o lo erano stati in maniera inadeguata –, perché non avevano ancora, oggettivamente, assunto una caratteristica di gravità che rendesse consigliabile l'attivazione dello strumento penale, o perché, infine, non si erano ancora verificati in precedenza».

<sup>(7)</sup> Tra i bioeticisti esiste, infatti, un dibattito sull'ampiezza del concetto di "persona". Si veda L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 238 ss., che identifica ontologicamente la nozione di "persona" con quella di "essere umano": «ciò che è rilevante per il riconoscimento dell'essere persona è l'appartenenza, per natura, alla specie umana razionale, indipendentemente dalla manifestazione esteriore in atto di certi caratteri, operazioni o comportamenti» (p. 239). In tal senso, l'A. – riprendendo il concetto aristotelico di "potenza" – afferma che la "persona" viene in essere «sin dal momento in cui si forma la sostanza», e cioè dal momento della fecondazione dell'ovocita, in quanto «La presenza di un principio sostanziale consente di riconoscere lo statuto attuale della persona nell'essere umano anche in condizioni di "potenzialità"» (p. 240-241). Sull'inscindibile legame tra l'embrione e la persona umana, si sofferma anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.), che in un documento del 1996 (*Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in [www.portaledibioetica.com](http://www.portaledibioetica.com)) ha affermato che «l'embrione umano deve essere considerato e trattato sempre, fin dalla fecondazione, in base al valore etico di persona umana e il semplice dubbio di poter sopprimere la persona umana – anche in un embrione nelle prime fasi di sviluppo – impone di astenersi dal farlo». In base a tale dichiarazione, emerge che il C.N.B. afferma implicitamente – in conseguenza del legame tra quelle due entità – l'esistenza di un principio di precauzione finalizzato alla salvaguardia dell'embrione. Nell'ambito della dottrina penalistica, considera, invece, l'embrione come persona già in atto, F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il "diritto alla prole" e il "diritto ai due genitori"*, in *Ind. Pen.* 1990, p. 421, secondo cui «l'embrione è organismo attuale della vita umana e non potenziale»; nonché R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione. Tutela della persona e della vita*, in *Ind. Pen.* 2000, p. 475. Una critica dettagliata all'argomento della potenzialità – nonché, e a maggior ragione, all'equiparazione tra embrione e persona "in atto" – è elaborata da M. MORI, *Il feto ha diritto alla vita? Un'analisi filosofica dei vari argomenti in materia con particolare riguardo a quello della potenzialità*, in AA.VV., *Il meritevole di tutela*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI, Giuffrè, Milano 1990, p. 735 ss. Tra le teorie che posticipano la persona rispetto all'inizio della vita umana, si veda N. FORD, *When did I begin? Conception of the human individual in history, philosophy and sciences*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, p. 72 ss. Secondo l'A. – che parifica le espressioni "essere umano", "individuo umano" e "persona", – può parlarsi di persona nel momento in cui si definisce l'individualità umana, cioè a partire da quando si forma l'asse caudale e cessa la possibilità della gemellazione (quattordicesimo giorno dalla fecondazione). Secondo P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1989, p. 86 ss., per "persona" si intende l'essere umano nel momento in cui sia dotato di autocoscienza e di razionalità. Si veda, inoltre, H.T. ENGELHARDT, *The foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York 1996, p. 138, secondo cui la "persona" deve essere dotata di autonomia e deve presentare quelle caratteristiche mentali che le consentirebbero di comportarsi come "agente morale". La conseguenza aberrante di tale ragionamento è l'esclusione dallo status di persona di esseri umani quali i feti, gli infanti, i ri-



Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, la nozione di “persona” si ricollega a quella di “capacità giuridica”, che, ai sensi dell’articolo 1 c.c., «si acquisisce al momento della nascita». All’embrione, dunque, non potrebbe essere riconosciuto lo stesso *status* «di un bambino vivente o di un adulto»<sup>(8)</sup>: i diritti di cui esso potrebbe godere in quanto essere umano sarebbero attenuati rispetto a quelli di cui sia titolare la “persona”. Come, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato con la sentenza n. 27/1975, «Non esiste equivalenza fra il diritto alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare»<sup>(9)</sup>.

Alla necessità di tutelare la vita dell’embrione si contrappone l’obiettivo del progresso della ricerca scientifica, che, perseguendo lo scopo di apportare miglioramenti alla salute dei consociati – i quali, grazie all’evoluzione della scienza medica, potrebbero trarre benefici di tipo terapeutico –, risulta garantita costituzionalmente, oltre che direttamente *ex artt.* 9 e 33, anche indirettamente, mediante rinvio all’art. 32.

Nell’ambito della ricerca sperimentale, pertanto, la salute umana potrebbe rilevare sotto un duplice profilo: come diritto dell’individuo singolo – cioè dell’embrione – e come interesse della collettività.

Nonostante la possibilità di effettuare un bilanciamento tra gli interessi confliggenti in questo contesto, il nostro legislatore ha preso una posizione rigorosa con la legge n. 40/2004<sup>(10)</sup>, predisponendo all’art. 13, comma 1, il divieto assoluto di sperimentare sugli embrioni umani.

La disposizione rientra nel Capo VI della legge, intitolato «Misure di tutela dell’embrione», che, contenendo una serie di disposizioni incriminatrici di comportamenti che ledono o mettono in pericolo l’embrione, ha dato netta prevalenza alla tutela di quest’ultimo, negando implicitamente il valore degli altri interessi, costituzionalmente garantiti, coinvolti nelle pratiche di biotecnologia embrionale.

Tuttavia, nell’incriminare la sperimentazione sugli embrioni umani, il legislatore ha adottato una tecnica normativa che presenta vari profili di illegittimità, utilizzando concetti poco precisi e anticipando la tutela dell’embrione a un livello irragionevole, soprattutto considerando che l’interesse

---

tardati mentali e i soggetti in condizioni di coma irreversibile. Critica l’opinione di Engelhardt, in quanto fortemente discriminatoria per i “soggetti deboli”, R. ANDORNO, *The paradoxical notion of human dignity*, in *Riv. it. fil. del dir.* 2001, p. 162.

<sup>(8)</sup> Report of the Committee of Inquiree into Human Fertilization and Embriology (Warnock Report), London, 18 luglio 1984, in *Journ. of advanced nursing* 1984, p. 375 ss.

<sup>(9)</sup> Corte Cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 120.

<sup>(10)</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in *www.camera.it*

contrapposto, la libertà della ricerca scientifica, verrebbe a essere totalmente compresso.

Mediante un'analisi critica della norma, supportata da suggerimenti correttivi prospettabili sia sul piano ermeneutico che sul piano di un'auspicabile riforma legislativa, si intende, dunque, aprire uno spiraglio alla ricerca sulle cellule staminali degli embrioni soprannumerari: si tratta della riaffermazione di una concezione solidaristica della scienza e del diritto – peraltro già apprezzata nell'ambito della normativa sul trapianto di organi da soggetti in condizione di “morte cerebrale” –, tale, comunque, da non sfociare in criticabili esiti utilitaristici contrari al primato che, secondo il nostro ordinamento giuridico, spetta alla dignità dell'essere umano.

2. *Profili di incompatibilità del delitto di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, con il principio di tassatività.*

Già a una prima analisi della fattispecie di cui all'art. 13, comma 1, legge n. 40/2004, appare lampante come essa sia stata delineata dal legislatore in modo approssimativo, sia per l'indeterminatezza dell'oggetto materiale, l'embrione<sup>(11)</sup>, sia per l'assoluta genericità dell'espressione linguistica utilizzata per indicare la condotta incriminata, la “sperimentazione”: si dubita, pertanto, della conformità della norma al principio di tassatività. Il principio *de quo*, infatti, trova immediata attuazione per mezzo della tipizzazione dell'illecito penale<sup>(12)</sup>: funzione del “fatto tipico” è quella di circoscrivere, in ossequio al principio di frammentarietà, determinate forme di aggressione a beni ben specificati<sup>(13)</sup>.

<sup>(11)</sup> Dato che il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice è la vita dell'embrione – come si vedrà in seguito –, l'indeterminatezza dell'oggetto materiale si proietta anche sul bene giuridico tutelato.

<sup>(12)</sup> Nella manualistica si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VI ed., Zanichelli, Bologna 2010, p. 182. Sul punto, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 957.

<sup>(13)</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Giuffrè, Milano 1985, p. 204: «Non solo la “forma” dell'offesa ma anche la fisionomia dell'oggetto dell'offesa» – secondo l'A. – «concorre, quale suo sostrato, a condizionare e plasmare la configurazione del fatto». Si veda anche L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano 2004, p. 190, secondo cui «L'intervento penale ha natura di *extrema ratio* e non può pertanto essere onnicomprensivo, dovendo anzi selezionare (i beni e) le modalità di condotta meritevoli di pena: la tassatività della fattispecie riflette allora, forse più di ogni altra articolazione del principio di legalità, il carattere frammentario e sussidiario del diritto penale».

Gli effetti perversi della predisposizione di un divieto penale talmente impreciso, quale è quello di sperimentazione sugli embrioni, consistono sia nell'intaccare il principio della separazione dei poteri dello Stato – in base al quale il giudice deve essere messo nelle condizioni di applicare la legge, senza effettuare interventi creatori<sup>(14)</sup> – sia nell'aprire «enormi squarci di indeterminatezza nel reticolo delle incriminazioni, intaccando, nella sostanza, lo statuto democratico di un qualsiasi destinatario di norme penali»<sup>(15)</sup>. L'obbligo per il legislatore di determinare puntualmente i fatti penalmente rilevanti, infatti, è volto a evitare che si venga a creare uno stato di diffusa incertezza nel cittadino, col rischio di inibirne *in toto* la sfera di libertà concernente i comportamenti aventi ad oggetto quel bene<sup>(16)</sup>.

L'esatta e puntuale determinazione degli elementi costitutivi della fattispecie ha, altresì, la funzione di garantire il rispetto del principio di colpevolezza<sup>(17)</sup>, così da consentire l'incriminazione dell'agente soltanto per la violazione di quelle fattispecie di reato i cui elementi essenziali – in

<sup>(14)</sup> Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano 1983, p. 202, secondo cui «una formulazione indeterminata delle fattispecie penali, infatti, affida nella sostanza al giudice la configurazione dei fatti punibili, alterando il rapporto tra legislazione e giurisprudenza quale voluto dal principio *nullum crimen sine lege*». Sul rischio che la mancanza di determinatezza della fattispecie possa violare il principio di separazione dei poteri si veda anche G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli 2003, p. 73; secondo l'A. il giudice, di fronte alle incertezze della disposizione incriminatrice, potrebbe contribuire a ridisegnarne il volto, mediante un intervento ermeneutico di sostanziale ampliamento dello spazio di punibilità, così contravvenendo al divieto di analogia in materia penale, posto dall'art. 14 Prel.

<sup>(15)</sup> E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006, p. 532, secondo cui, nell'ambito della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, «la tecnica di tipizzazione dei nuovi fatti di reato è stata acriticamente accettata dai *media*, nonostante la grossolanità della formulazione legislativa».

<sup>(16)</sup> La puntuale descrizione degli elementi essenziali dell'illecito consente, in una prospettiva di prevenzione generale della pena, l'intelligibilità delle norme penali da parte dei consociati: cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983, p. 194, nonché F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1992, p. 468.

<sup>(17)</sup> Si veda Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 686 ss., in cui la Consulta afferma che il principio di colpevolezza è «indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per le azioni da lui controllate e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precepto». Cfr., in dottrina, G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996, p. 423; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 956; F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2002, p. 123; M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino 2006, p. 227.

cui si incentra il disvalore del fatto, inteso come contenuto offensivo – siano tassativamente precisati<sup>(18)</sup> così da poter divenire oggetto di una chiara e non equivoca rappresentazione mentale<sup>(19)</sup>. Come rilevato nella celeberrima sentenza costituzionale n. 364 del 1988, infatti, «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»<sup>(20)</sup>.

### 2.1. *L'indeterminatezza del concetto di "embrione"*.

Tutte le norme che incriminano i delitti contro la vita dell'embrione sono chiaramente in contrasto con il principio di tassatività: sebbene esse richiamino la nozione di "embrione" in qualità di elemento normativo<sup>(21)</sup>, non è dato rinvenire, né nella legge n. 40/2004 né in nessun'altra norma, alcuna disposizione che contenga una specificazione del concetto; a differenza, invece, delle normative *ad hoc* emanate dalla maggior parte degli ordinamenti stranieri e comunitari<sup>(22)</sup>.

<sup>(18)</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1989, p. 1199; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 960, secondo cui, ai fini del rispetto del principio di determinatezza, occorre che «siano indicati in maniera tassativa gli elementi da cui emerge il disvalore del fatto incriminato».

<sup>(19)</sup> Si veda Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1990, p. 289 ss., in cui si precisa che «perché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa». In dottrina cfr. E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2000, p. 864.

<sup>(20)</sup> Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.

<sup>(21)</sup> Cfr. A. MANNA, *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Leg. pen.* 2005, p. 354.

<sup>(22)</sup> Per fare degli esempi, si pensi alla legge spagnola (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, in <http://noticias.juridicas.com/>), che all'art. 1, comma 2, stabilisce che per "preembrione" si intende «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fecondato dal momento della sua fecondazione e fino ai quattordici giorni successivi». È implicito che di "embrione" si potrà parlare a partire dal quindicesimo giorno dalla fecondazione. La legge tedesca (*Embryonenschutzgesetz*, 13 dicembre 1990, in G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, UTET, Torino 1999, p. 300 ss.), all'art. 8, definisce "embrione" «l'ovulo umano fecondato e vitale fin dal momento della cariogamia, ed inoltre ogni cellula totipotente che, in presenza delle condizioni necessarie, sia in grado di dividersi e di svilupparsi per dare origine a un individuo». La legge svizzera (Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica, 18 di-

Bisogna, a tal proposito, rilevare che né nel settore scientifico né nell'ambito giuridico esistono univoche prese di posizione circa l'esatto significato da attribuire alla nozione di "embrione": si sono, infatti, riscontrati orientamenti eterogenei che hanno fatto riferimento a momenti temporali differenti al fine di individuare l'inizio della vita embrionale.

Così alcuni studiosi hanno affermato che si potrebbe parlare di "embrione" sin dal momento della fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo (teoria dell'ovocita attivato)<sup>(23)</sup>. Altri, invece, hanno adottato le cd. «tesi posticipative»<sup>(24)</sup> rispetto alla fecondazione *stricto sensu*: secondo un autorevole e recente punto di vista scientifico, la linea di *discrimen* tra il mero prodotto biologico del concepimento e l'embrione potrebbe essere rinvenuto nella fase della "singamia", in cui il corredo cromosomico di cia-

---

cembre 1998, in *www.admin.ch*) delinea, all'art. 2, lett. h) e i), la differenza concettuale tra ovocita impregnato ed embrione, definendo il primo come «ovocita fecondato prima della fusione dei nuclei»; il secondo come il «frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e fino alla conclusione dell'organogenesi». La legge inglese (*Human Fertilization and Embryology Act* 1990, così come riformata dall'H.F.E.A. 2008, in <http://www.opsi.gov.uk>) riferisce, all'art. 1, comma 1, il concetto di "embrione" all'embrione umano vivo, sin dal momento della fecondazione dell'ovocita, con esclusione dei gameti, degli ibridi e delle chimere. Uscendo dall'ambito europeo, si può fare riferimento alla legge australiana (*Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the Regulation of Human Embryo Research Amendment Act* 2006, No. 172, in *www.comlaw.gov.au*), che all'art. 3 definisce l'embrione come quell'entità che si origina dalla «prima divisione mitotica, nel momento in cui si completa la fecondazione dell'ovocita umano da parte dello spermatozoo umano».

<sup>(23)</sup> Nella dottrina penalistica, si veda M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (Contributo alla revisione del Titolo XII del Codice penale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1989, p. 70, secondo cui «mai la vita umana neppure nei suoi più precoci stadi embrionali, è un "quid" irrilevante di cui lo Stato si disinteressa»; R. RIZ, *Bioetica – Fivet – Clonazione*, op. cit., p. 463, secondo cui esiste «il dovere etico e giuridico di trattare l'embrione umano, sin dalla fecondazione, secondo i criteri di rispetto e di tutela che si devono adottare a protezione della personalità umana»; in tal senso, si veda anche F. MANTOVANI, *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.* 2005, p. 330, secondo cui «da tesi dell'inizio dell'essere umano al momento della fecondazione, in vitro o in utero, dell'ovulo con la penetrazione del gamete maschile si fonda sulla meraviglia della "razionalità biologica", in quanto segna il vero e unico "salto qualitativo", irripetibile, che dà luogo ad un'entità umana che andrà sviluppandosi secondo un processo di sviluppo autonomo, finalisticamente orientato, coordinato, continuo e graduale»; nonché L. EUSEBI, *La tavola rotonda – Fecondazione assistita e tecniche riproduttive: quali i valori in campo – e quali le prospettive – dietro la scelta di regolare "per legge" il processo procreativo? – La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico?*, in *Leg. pen.* 2005, p. 359, secondo cui «un individuo sussiste quando risulti in atto una sequenza di sviluppo tale che il suo procedere come sistema, una volta instauratosi, non ha bisogno di impulsi esterni, fino alla morte; e ciò si realizza – non lo si discute – dalla fecondazione».

<sup>(24)</sup> Sulle diverse teorie posticipative si sofferma, in una prospettiva critica, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, Seconda Edizione, CEDAM, Padova 2005, p. 11 ss.

scuno dei due gameti si assembla in un unico e autonomo patrimonio genetico<sup>(25)</sup>; secondo teorie più estreme, il punto di inizio dell'embrione come individuo umano potrebbe essere spostato ulteriormente in avanti, e individuato nella comparsa della cd. "stria primitiva"<sup>(26)</sup>, nella formazione del sistema nervoso centrale<sup>(27)</sup>, o nell'organogenesi<sup>(28)</sup>.

Nel 1988, poi, la Commissione per la scienza e la tecnologia del Con-

<sup>(25)</sup> Cfr. A. BOMPIANI, *Fecondazione assistita e statuto ontologico dell'embrione. I primi sette giorni*, in AA.VV., *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere*, a cura di F.D. BUSNELLI – A.R. GENAZZANI – E. RIPEPE, CIC ed. int., Roma 1997, p. 19. In tal senso, si veda C. FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, a cura di A. CELOTTO – N. ZANON, FrancoAngeli, Milano 2004, p. 11 ss.: l'A., rilevando che prima dell'assemblaggio del patrimonio cromosomico dei due gameti si possa parlare di "ootide" e non di "embrione", fa una valutazione critica sull'uso distorto del concetto di "singamia" che molti studiosi, tra i quali lo stesso Bompiani, fanno. La nozione, infatti, indica il momento della fusione dei due gameti, non la fusione dei due pronuclei: quest'ultima, infatti, non può realizzarsi nell'essere umano. ID., *Fecondazioni, Svizzera e Germani fanno così. Un progetto legittimo per correggere la legge sulla fecondazione assistita*, in *www.carloflamigni.com*. Nella dottrina penalistica, è favorevole alla teoria dell'"ootide" E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, p. 470; ID., *Fecondazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2008, p. 111; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, p. 679; ID., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Giappichelli, Torino 2008, p. 69.

<sup>(26)</sup> Così N. FORD, *When did I begin?*, op. cit., p. 172; ID., *Quando ho cominciato ad esistere*, in AA. VV., *Quale statuto per l'embrione umano – Problemi e prospettive. Convegno Internazionale, Milano gennaio 1991*, a cura di M. MORI, Politeia, Milano 1992, p. 27-28, secondo cui «Con la comparsa della stria primitiva al termine dell'impianto, circa quattordici giorni dopo la fecondazione, viene a stabilirsi per ogni individuo umano, e anche per il caso dei gemelli monozigoti, un piano di simmetria corporale lungo l'asse cranio caudale. Solo quando si forma l'asse cranio caudale si forma un individuo spazialmente distinto. [...] Prima di questa fase, sembra infondato parlare della presenza di un individuo umano se accettiamo il concetto di persona umana quale l'individuo umano realmente distinto, determinato e concreto dotato di una natura umana». In tal senso anche F. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, in *Dir. pen. e proc.* 2000, p. 320; così anche M. MORI, *La tutela del pre-embrione formato "in vitro"*, in *Dir. pen. e proc.* 1995, p. 1435, secondo cui l'embrione propriamente detto si forma intorno al quattordicesimo giorno dalla fecondazione, quando, completandosi la formazione dell'asse caudale, da cui poi si originerà la spina dorsale, cessa la totipotenzialità del processo vitale: «"individuo" (termine derivante dal latino che corrisponde al greco *átomos*) significa "indivisibile", mentre finché c'è totipotenza il preembrione può dividersi e quindi non è individuo»; ID., *Come, quanto e perché tutelare il pre-embrione formato in vitro*, in *Dir. pen. e proc.* 1997, p. 395.

<sup>(27)</sup> Così J.M. GOLDENING, *The brein-life theory: towards a consistent biological definition of humanness*, in *Journal of medical ethics* 1985, p. 198; così anche M.C. SHEA, *Embryonic life and Human Life*, in *Journal of medical ethics* 1985, p. 205.

<sup>(28)</sup> Propugna la teoria dell'"ilomorfismo" J.F. DONCEEL, *A liberal catholic's view*, in AA. VV., *Abortion in a changing world*, a cura di R.E. HALL, Columbia Univ. Press, New York 1970, vol. I, p. 40.

siglio d'Europa ha formulato una teoria secondo la quale si sarebbe potuto parlare di embrione soltanto in seguito all'annidamento di esso nell'utero – circa quattordici giorni dopo la fecondazione dell'ovulo –, mentre nel periodo di tempo compreso tra il concepimento e l'impianto si sarebbe potuto, semmai, parlare di “pre-embrione”, quale entità estranea al processo di vita umana e, pertanto, non tutelabile alla stregua dell'embrione<sup>(29)</sup>.

Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.), in un suo Parere del 1994, ha preso, per la prima volta, in considerazione il concetto di “pre-embrione”, evidenziando, tuttavia, come la validità di tale nozione sia stata molto discussa all'interno del Comitato, «non essendovi consenso tra chi adotta il solo termine “embrione” e chi ricorre alla dizione “pre-embrione” per indicare il prodotto del concepimento nello stadio precedente il completamento dell'impianto nell'utero»<sup>(30)</sup>.

Qualche anno dopo, il C.N.B. si è, poi, decisamente schierato a favore dell'interpretazione restrittiva della nozione di “embrione”: esso, infatti, con riferimento ad un Progetto di Protocollo sulla protezione dell'embrione e del feto umani del Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, secondo cui «il termine “embrione” si applica allo zigote e a tutti gli stadi successivi al suo sviluppo, fino al completamento dell'impianto», ha emesso un Parere in cui ha definito «accettabile»<sup>(31)</sup> la definizione di embrione ivi formulata.

Tuttavia, in seno al Comitato Nazionale di Bioetica e nel tessuto politico italiano, la componente eticamente orientata si è opposta strenuamente alla nozione di “preembrione”, sostenendo che il termine costituirebbe un espediente semantico per aggirare i divieti posti dalla legge n. 40/2004: accogliendo un'interpretazione restrittiva del concetto di “embrione”, infatti, si avrebbe un consequenziale restringimento dell'ambito di applicazione della normativa, le cui disposizioni non verrebbero applicate al prodotto del concepimento nella fase preembrionale.

Qualora i contrasti interpretativi in ambito politico fossero stati meno aspri, sarebbe stata possibile l'emanazione di una norma che avesse proceduto a fissare il momento iniziale a partire dal quale si sarebbe potuto individuare l'inizio dell'esistenza embrionale. Tale tecnica – peraltro già utilizzata con riferimento alla determinazione del concetto di “morte”, da intendersi come “cessazione irreversibile delle funzioni cerebrali” ai sensi

<sup>(29)</sup> Cfr. C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Mondadori, Milano 2003, p. 485.

<sup>(30)</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sulle tecniche di procreazione assistita*, punto 2, 17 giugno 1994, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>(31)</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell'embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d'Europa*, 31 marzo 2000, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

della legge n. 578/1993<sup>(32)</sup> – risulta essere particolarmente necessaria nell’ambito di una terminologia di tipo medico, laddove un elemento di fattispecie, seppure apparentemente riconducibile ad un’area di significanza di tipo descrittivo-naturalistico, necessita di una definizione normativa specifica, a causa del tecnicismo biologico che lo caratterizza<sup>(33)</sup>. A ciò si aggiunge che un intervento legislativo volto a delineare il perimetro concettuale dell’embrione, indipendente dai contrasti scientifici esistenti sul punto, sarebbe stato imposto dall’ingente complesso delle garanzie che la legge n. 40/2004 ha attribuito a esso, tali da soffocare irragionevolmente gli altri interessi giuridici in gioco<sup>(34)</sup>.

L’embrione, quindi, non è un elemento normativo della fattispecie, non essendo qualificato da alcuna definizione legislativa contenuta nella stessa legge n. 40/2004, né da nessun’altra disposizione dell’ordinamento; non è, d’altronde, elemento descrittivo, non essendo esso suscettibile di concettualizzazione tramite un rinvio alla realtà fisicamente percepibile.

Sorge quasi il dubbio che dietro questo apparente silenzio legislativo si celi l’intento di considerare il concetto di “embrione” come elemento normativo di tipo extragiuridico, che rimanderebbe, per la determinazione del suo significato, ai valori etico sociali dominanti nel momento storico di riferimento. Così facendo, il legislatore avrebbe presumibilmente perseguito l’obiettivo di evitare pericolose prese di posizione “politiche” sul punto, così da far scivolare il problema nelle mani del giudice, e da consentire una “artificiale” evoluzione del concetto in base al momento storico di applicazione delle norme e alle concezioni ideologiche prevalenti<sup>(35)</sup>. Tut-

<sup>(32)</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578, *Norme per l’accertamento e la certificazione di morte*, in [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>(33)</sup> Cfr. L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69.

<sup>(34)</sup> Sul punto, si veda E. BONCINELLI, *Dallo zigote all’embrione*, in AA. VV., *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D’ORAZIO – M. MORI, in *Notizie di Politeia* 2005, p. 33, secondo cui «dal punto di vista biologico non c’è in sostanza nessuna discontinuità dal concepimento alla nascita e oltre. Questo non significa che non si possano convenzionalmente porre degli spartiacque, come quando si è deciso che a 18 anni una persona è maggiorenne». Cfr., inoltre, M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell’ordinamento spagnolo*, in AA. VV., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, a cura di C. CASONATO – T.E. FROSINI, Giappichelli, Torino 2006, p. 64, secondo cui la definizione legislativa del momento iniziale della vita embrionale «è una scelta assai impegnativa e fondata su motivazioni etiche che il diritto deve realizzare operando una valutazione che non può basarsi sulle sole scienze biologiche. Queste possono certamente illustrare lo straordinario percorso cellulare prima e dopo la fecondazione, ma non individuare quale sia il livello di protezione da assicurare all’organismo nei vari stadi della sua ininterrotta evoluzione».

<sup>(35)</sup> La funzione “dinamica” degli elementi normativi extragiuridici è esaltata da G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Giuffrè, Milano 1961, p. 512, che li definisce come «organi respiratori» del diritto penale rispetto all’evoluzione della



tavia, sebbene con riguardo alle norme integrative di tipo sociale non si possa pretendere la certezza tipica delle disposizioni giuridiche integrative degli elementi normativi di fattispecie, occorre comunque non superare il livello “fisiologico” di imprecisione: quando il criterio valutativo extragiuridico richiamato dalla norma penale non trova univoco riferimento nel contesto sociale di riferimento<sup>(36)</sup>, la sua elasticità diventa, infatti, sinonimo di indeterminazione<sup>(37)</sup>.

Nel caso dell’embrione, i feroci contrasti tra laicisti ed eticisti, riscontrabile sia sul piano generale dell’opinione pubblica, sia sul piano qualificato della scienza e del diritto, mostra che allo stato attuale non esiste un’univoca riconoscibilità sociale del concetto di “embrione”: se il suo concetto fosse davvero considerato alla stregua di un elemento normativo extragiuridico, si ricadrebbe, quindi, in una violazione del principio di tassatività.

L’unica strada al momento praticabile per fronteggiare le rilevate carenze del legislatore potrebbe riguardare il piano dell’intervento ermeneutico. Si potrebbe pensare, infatti, di interpretare in senso restrittivo la nozione di “embrione”<sup>(38)</sup>, in modo da preservare la validità teleologica dell’intero impianto normativo e da tenere conto dei diritti di tutti i soggetti

---

realtà sociale. In questo senso, si veda anche F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova 1979, p. 353, secondo cui le ragioni per le quali il legislatore fa ricorso ai suddetti elementi attengono alla semplificazione delle norme e al loro «costante adeguamento alla realtà». In senso critico si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 207, secondo cui gli elementi normativi extragiuridici, ricevendo il loro significato da fonti estranee all’area del diritto, «si pongono di regola in tensione con le esigenze insite nel principio di determinatezza». Si veda, altresì, L. RISCATO, *Gli elementi normativi della fattispecie*, op. cit., p. 198, in cui l’A. dimostra un certo scetticismo nei confronti degli elementi normativi extragiuridici, in quanto la loro determinazione risulterebbe essere affidata a «principi mutevoli o quanto mai polivalenti».

<sup>(36)</sup> Per un esempio di corrispondenza tra normazione sintetica di tipo extragiuridico e uniformità di consenso sociale, si veda Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 191, in <http://de-jure.giuffre.it>, che, per la definizione del concetto di “onore”, ha ritenuto legittimo il rinvio, per la definizione di esso, a parametri sociali, quali la morale e il buon costume, «trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione».

<sup>(37)</sup> Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 177; nonché G. FIANDACA – E. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 80. Si veda, inoltre, L. RISCATO, *Gli elementi normativi della fattispecie*, op. cit., p. 213, 215, in cui afferma che «Vi è indeterminazione degli elementi valutativi solo allorché il parametro etico-sociale al quale facciamo rinvio non sia, in sé, espressivo di alcun significato oggettivamente ricostruibile: non sia, cioè, davvero suscettibile di “distendersi”, sul piano del *Tatbestand*, in una descrizione compiuta perché privo di confini semanticamente o culturalmente apprezzabili e, pertanto, di tassatività». Nella manualistica, si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 83.

<sup>(38)</sup> Secondo G. CASABURI, *Ancora sulla legge 40/2004: divieto di crioconservazione degli ovociti fecondati* (Tribunale di Roma, Sez. I, 23 febbraio 2005, *Il commento*), in *Il Corr.*

coinvolti nelle pratiche fecondative<sup>(39)</sup>, che la stessa legge n. 40/2004, all'art. 1, dichiara espressamente di volere garantire, in ossequio al principio di ragionevolezza<sup>(40)</sup>.

Interpretare restrittivamente il concetto di “embrione”, secondo la dottrina penalistica dominante, significherebbe accogliere la teoria della singamia e individuare l'inizio dell'esistenza dell'embrione nel momento in cui il nascituro acquisisca un corredo cromosomico indipendente da quello dei due genitori<sup>(41)</sup>.

Una tale operazione ermeneutica potrebbe consentire una lettura costituzionalmente orientata della normativa *de qua*<sup>(42)</sup>, in base alla quale circoscrivere il campo di applicazione del divieto penale di sperimentazione ed affermare «la legittimità di trattamenti medici relativi a cellule che si trovino in stadi evolutivi ancora proteiformi»<sup>(43)</sup>, così da garantire la libertà di ricerca scientifica sulle cellule staminali senza, per questo, pregiudicare la salvaguardia dell'“embrione” *stricto sensu*.

Questa, però, è solo una possibile soluzione: nulla impedirà al giudice di scegliere una diversa interpretazione. Demandare alla sua opera la ricostruzione della nozione di “embrione”, infatti, gli attribuisce il potere discrezionale di ampliare o restringere il perimetro concettuale a seconda del contesto ideologico a cui si senta appartenere. L'esigenza di certezza del diritto, però, richiederebbe un intervento del legislatore, così come avvenuto nella maggior parte delle legislazioni straniere.

---

*del Merito* 2005, p. 536, «Una interpretazione non restrittiva, ma letterale, è anzi imposta dalla considerazione che la legge non definisce l'embrione, pur richiamandolo più volte: l'interprete, allora, per poter assegnare un significato giuridico all'espressione non può che fare riferimento alla letteratura tecnico-scientifica che (come riconosciuto dallo stesso giudice romano) è ferma nel distinguere nettamente l'embrione dall'ovocita fecondato. Il riconoscimento della possibilità di crioconservazione di quest'ultimo, quindi, non avrebbe in alcun modo leso il principio di tutela dell'embrione».

<sup>(39)</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, op. cit., p. 464; nonché L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 679.

<sup>(40)</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 113.

<sup>(41)</sup> Così E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 42; nonché L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69. In tal senso si veda anche Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell'embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa*, cit., secondo cui «per considerare la singola cellula un embrione, è necessario che i due assetti cromosomici, materno e paterno, già “sorteggiati”, siano riuniti in un unico nucleo (fase singamica), non essendo sufficiente che essi si trovino nello stesso citoplasma confinati nei due nuclei (fase presingamica)».

<sup>(42)</sup> Così E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide*, op. cit., p. 471.

<sup>(43)</sup> L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 69.

## 2.2. *L'indeterminatezza del concetto di "sperimentazione"*.

Sotto il profilo del principio di tassatività, occorre adesso fare delle precisazioni sul significato da attribuire alla nozione di "sperimentazione": l'estensione applicativa del divieto di cui all'art. 13 della legge n. 40/2004 dipenderà, infatti, non soltanto dal perimetro concettuale della nozione di "embrione", ma anche dal significato da attribuire al termine "sperimentazione".

Sebbene il concetto, come quello di "embrione", appaia *prima facie* come elemento descrittivo della fattispecie, è, tuttavia, anch'esso privo di significato determinato corrispondente al suo normale uso linguistico<sup>(44)</sup>, a causa dell'eccessivo tecnicismo della nozione, che ne impedisce la ricognizione del significato sul piano naturalistico.

Né si tratta di elemento normativo di fattispecie, poiché non è data alcuna disposizione extrapenale integratrice del suo significato, secondo la tecnica di normazione di tipo sintetico.

L'indeterminatezza del concetto *de quo* avrebbe, quindi, dovuto disincantare il legislatore dal formulare il divieto nei termini di cui all'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004 o, quantomeno, lo avrebbe dovuto spingere a rendere meno equivoca la nozione di "sperimentazione", inserendo, in seno alla legge, una disposizione che ne desse una puntuale definizione<sup>(45)</sup>. Né si può sostenere, come taluno ha fatto, che il contegno omissivo del legislatore sia giustificato dall'assenza di un'uniforme e pacifica presa di posizione del mondo scientifico sul significato da attribuire al termine<sup>(46)</sup>, giacché nulla impedirebbe al legislatore di utilizzare un concetto in un'accezione indipendente rispetto a quella tipica del settore di riferimento<sup>(47)</sup>.

<sup>(44)</sup> Sull'incompatibilità del divieto di sperimentazione con il principio di determinatezza della fattispecie penale, cfr. T.E. FROSINI, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al Dir.* 2004, p. 48; D. BARTOLETTI – F. MARENGHI – A. VALLINI, *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Legisl. Pen.* 2005, p. 9; G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in F. PALAZZO – G. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova 2007, p. 2065.

<sup>(45)</sup> Sulla rilevante funzione delle definizioni legislative, si veda G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, III ed. Giuffrè, Milano 2001, p. 128 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. F. MEZZETTI, *Le manipolazioni genetiche dalla deregulation legislativa all'intervento normativo invasivo*, op. cit., p. 622, secondo cui «una nozione convenzionale di sperimentazione ancora non sussiste allo stato attuale della ricerca biogenetica». Si veda quindi G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, ult. loc. cit., secondo cui tale nozione convenzionale costituirebbe «un'essenziale condizione di efficacia di una eventuale clausola definitoria».

<sup>(47)</sup> Esemplificativamente, con riguardo al possibile intervento legislativo di definizione del concetto di "malattia" nel delitto di lesioni personali, in un'accezione differente da quella scientifica, si veda M. PANNAIN, voce *Lesioni e percosse (diritto penale comune)*, in *Novissimo Digesto*, vol. IX, UTET, Torino 1957, p. 747; nonché G. FANELLI, *Brevi considera-*

A maggior ragione si deve censurare la scelta del legislatore di esimersi dall'obbligo di precisare il concetto di "sperimentazione", se solo si pensa che in esso si esprime l'offesa all'interesse protetto dalla fattispecie<sup>(48)</sup>.

L'unica soluzione per evitare di tacciare la fattispecie di essere costituzionalmente illegittima, consiste nell'operare un'interpretazione del termine indeterminato veicolata al canone della necessaria lesività<sup>(49)</sup>, così

---

*zioni in merito al concetto di malattia nel reato di lesioni personali. Derelizione di un ago: quid juris?*, in *Riv. pen.* 2006, p. 965, secondo cui «il legislatore avrebbe potuto usare il termine malattia anche in un'accezione diversa da quella determinata dalla scienza medica; ma a condizione che avesse specificato chiaramente il significato che intendeva attribuirgli».

<sup>(48)</sup> Si veda G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1983, p. 1226 ss.; S. MOCCIA, *Bioetica o biodiritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1990, p. 864. Si veda anche Cfr. G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, UTET, Torino 1991, p. 160, secondo cui il fatto tipico deve essere costruito in modo tale che la condotta offensiva sia riconducibile a «tipologie empirico-criminologiche il più possibile afferrabili e definite»; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1994, p. 336. Si veda, inoltre, A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 960. Nella manualistica, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 184. In giurisprudenza, si veda Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Giust. pen.* 1989, I, p. 301.

<sup>(49)</sup> Sul nesso tra tipicità, offensività e determinatezza si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 959; secondo l'A., «Se il fatto tipico deve essere un fatto, concretamente verificabile, offensivo di un bene meritevole di tutela, si comprende, allora, perché si considera l'offensività non come una caratteristica del fatto separata dalla tipicità, oggetto di un autonomo accertamento da parte del giudice, ma intrinseca alla tipicità». Cfr. inoltre G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 153 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, p. 238. In senso contrario si veda G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano 1973, p. 130-131, secondo cui non ricondurre – in via interpretativa – il fatto inoffensivo alla fattispecie, significherebbe attribuire «un valore elastico a termini che invece devono essere interpretati, così come sono stati posti dalla legge, secondo il loro significato normale e corrente», violando così il principio di legalità e di certezza del diritto. L'A. risolve la questione dell'inoffensività in concreto mediante il ricorso all'art. 49 c.p. In giurisprudenza, si veda Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in <http://dejure.giuffre.it>. La Consulta, di fronte alla questione di illegittimità costituzionale sollevata dai giudici rimettenti per violazione dell'art. 25, comma II, della Costituzione da parte dell'art. 120 del codice penale militare di pace – derivante dal fatto che il contenuto semantico della "consegna", la cui violazione è sanzionata dalla norma predetta, non sarebbe stato determinato dal legislatore –, rigetta la questione invocando il principio di offensività per integrare il significato del concetto tacciato di indeterminatezza: «Una volta accertato che il bene giuridico protetto dall'art. 120 del codice penale militare di pace è la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati», spetterà al giudice verificare se l'inadempimento del militare alle prescrizioni oggetto della consegna «sia idoneo a pregiudicare l'integrità del bene protetto». Si veda, inoltre Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui la Corte, dinanzi alla censura di incostituzionalità degli artt. 182 ("Attività sediziosa") e 183 ("Manifestazioni e grida sediziose") del codice penale militare di pace, per violazione del principio di determinatezza – essendo generico e impreciso il concetto di "sedizioso" – rigetta la questione affermando, sulla base del principio di offensività in concreto, che va quali-

da attribuire agli elementi essenziali della fattispecie un significato preciso, che esprima la loro carica offensiva verso l'interesse protetto.

Riccolgando le esigenze di tassatività al principio di offensività, si conseguirà, inoltre, l'indubbio vantaggio di «promuovere un miglior bilanciamento in termini di ragionevolezza-proporzione»<sup>(50)</sup>: difatti, attribuendo al concetto indeterminato un circoscritto contenuto offensivo, in base al quale sia possibile ricondurre entro la fattispecie tutti quei comportamenti che risultino omogenei in termini di disvalore<sup>(51)</sup>, si potrà applicare a essi un trattamento sanzionatorio proporzionato a quel determinato nucleo di carica lesiva<sup>(52)</sup>.

Non va taciuto, inoltre, che la determinatezza della fattispecie, come qui intesa, consente che le eventuali discriminazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee sotto il profilo del disvalore, nonché l'eguaglianza di trattamento tra fattispecie connotate da lineamenti offensivi differenti, possano essere sindacate mediante il criterio della ragionevolezza-eguaglianza<sup>(53)</sup>, «posto che una tipizzazione carente sarebbe sempre potenzialmente foriera di disparità applicative, rilevabili alla luce del confronto con disposizioni analoghe, ovvero all'interno dei margini di tipicità del medesimo modello legale (dove inaccettabilmente rientrerebbero, in concreto, ipotesi fattuali variegata e disomogenee)»<sup>(54)</sup>.

---

ficata come sediziosa «solo l'attività in concreto idonea a ledere le esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità del servizio militare e dei compiti istituzionali delle Forze armate».

<sup>(50)</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 240.

<sup>(51)</sup> Cfr. Corte cost. 14 giugno 1990, sent. n. 282, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 297. In dottrina, si veda G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 214-215, secondo cui si potrebbe profilare la violazione del principio costituzionale di determinatezza «in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore configuri delle fattispecie di tale ampiezza da non essere capaci di abbracciare un tipo di fatti che appaiano omogenei nel contenuto di disvalore, non circoscrivendo sufficientemente il campo di applicazione della fattispecie»; F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza – tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991, p. 354, secondo cui il rispetto del principio di determinatezza impone che gli elementi essenziali della fattispecie siano talmente precisi e inequivoci da configurare un «tipo criminoso, elastico quanto si vuole, ma pur sempre espressivo di un omogeneo contenuto di disvalore, corrispondente fra l'altro alla previsione sanzionatoria determinata». Si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 961, secondo cui dal collegamento tra il principio di tassatività e quello di offensività emerge «l'esigenza che la fattispecie sia descritta in maniera da ricomprendere una serie di sottofattispecie che siano omogenee in termini di disvalore, e cioè di lesione o messa in pericolo del bene tutelato»; Id., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte Penale internazionale*, Giuffrè, Milano 2007, p. 702.

<sup>(52)</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, op. cit., p. 75 ss.

<sup>(53)</sup> Sul punto, si veda G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano 1989, p. 10 ss; nonché V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1997, p. 756 ss. Sul principio di ragionevolezza-eguaglianza, incentrato sul cd. modello «triangolare», si veda *infra*, nota 126.

<sup>(54)</sup> V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, ult. loc. cit.

Per effettuare un'interpretazione del concetto indeterminato veicolata al principio di offensività, occorre preventivamente individuare il bene giuridico tutelato dalla norma<sup>(55)</sup>.

È chiaro che la disposizione sia diretta a salvaguardare la vita dell'embrione<sup>(56)</sup> dal possibile pregiudizio derivante da quegli interventi di sperimentazione che lo hanno ad oggetto: essa, infatti, rientra nel Capo VI della legge n. 40/2004, intitolato "Misure di tutela dell'embrione", nell'ambito del quale, al successivo articolo 14, è possibile ravvisare fattispecie, quali il divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni, che sono indubbiamente finalizzate a garantirne l'esistenza.

Una conferma di tale interpretazione può riscontrarsi nel disposto del secondo comma dell'art. 13, che prevede che «La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative». La norma, interpretata di concerto con quella di cui al primo comma, lascia intuire come la formulazione del divieto di sperimentazione sia stata dettata dalla necessità di apprestare un presidio nei confronti di quelle attività di laboratorio aventi ad oggetto l'embrione, consistenti nella manipolazione e nell'alterazione della sua struttura, e per questo foriere di esiti pregiudizievole per la sua sopravvivenza. Tanto che una deroga al divieto sarebbe possibile soltanto qualora la sperimentazione fosse finalizzata a salvaguardare la salute dello stesso embrione, e non, invece, a salvare la vita di terzi, che dagli esperimenti predetti potrebbero trarre beneficio<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano 1990, p. 35. Di un modello interpretativo di tipo "teleologico", volto, cioè, a ricondurre entro il fatto tipico soltanto quelle condotte realmente lesive del bene giuridico tutelato, parla M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. delle disc. Pen.*, UTET, Torino 1998, p. 46; in tal senso anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 565, secondo cui il bene giuridico sarebbe da utilizzare come «criterio per estromettere dal tipo legale i fatti concretamente inoffensivi»; nonché V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 256 ss.

<sup>(56)</sup> Cfr. D. BARTOLETTI – F. MARENGHI – A. VALLINI, *Testi sotto obiettivo – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 9, secondo cui «la ratio della norma appare chiaramente rivolta a tutelare sempre e comunque l'integrità embrionale (anche quella degli embrioni cd. "soprannumerari" già esistenti e comunque destinati alla soppressione perché non più "impiantabili"), nei confronti di un qualsiasi esperimento, ricerca, "prova" scientifica (compresi quelli finalizzati alla individuazione di possibili terapie per gravi malattie)».

<sup>(57)</sup> Si veda F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, op. cit., p. 330, secondo cui per sperimentazione terapeutica si intende «la sperimentazione a verosimile beneficio della vita e della salute dell'embrione soggetto ad essa e non anche la sperimentazione per un eventuale futuro beneficio di altri soggetti».

Va, inoltre, precisato che non sarebbe possibile ritenere che il delitto di cui all'art. 13, comma 1, sia volto a tutelare l'identità genetica dell'embrione. Laddove il legislatore abbia inteso perseguire questo particolare obiettivo di tutela, infatti, è intervenuto formulando apposite norme da cui si evince chiaramente l'intento di garantire questo specifico bene giuridico: basti guardare, alle fattispecie previste all'art. 13, comma 3 della stessa legge n. 40/2004<sup>(58)</sup>.

Specificato quale sia il bene protetto, possiamo affermare che il delitto di sperimentazione, *ex art.* 13, comma 1, mira a incriminare quelle attività di ricerca scientifica sugli embrioni che, consistendo nell'effettuazione di interventi invasivi sugli stessi, ne mettono in pericolo la vita. A volere interpretare la nozione di "sperimentazione" in senso più ampio, si finirebbe per vietare tutti gli esperimenti scientifici aventi ad oggetto un embrione, anche quelli puramente osservazionali, e quindi innocui per la vita dello stesso, con conseguente violazione del principio di offensività.

Per quanto riguarda l'estrapolazione di cellule staminali dall'embrione, non si può non ricondurre questa attività al pur indeterminato concetto di "sperimentazione". Sebbene sia possibile praticarla mediante metodi che la renderebbero concretamente non pericolosa per la vita dell'embrione – come avremo modo di vedere in seguito –, è infatti innegabile che essa presenti una generale attitudine offensiva del bene protetto<sup>(59)</sup>, che impone di qualificare il prelievo cellulare, comunque realizzato, come "sperimentazione" sugli embrioni.

---

<sup>(58)</sup> La disposizione prevede una serie di fattispecie circostanziate aggravanti del delitto di sperimentazione – la clonazione embrionale, la selezione eugenetica, l'ibridazione e il chimeraggio – che sono formulate con dei connotati descrittivi talmente pregnanti da manifestare palesemente la loro carica offensiva nei confronti del genoma umano. In particolare, il delitto di cui alla lett. b), punendo quegli «interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione», è caratterizzato da un'anticipazione di tutela – espressa pienamente dalla formula «interventi [...] diretti a...» – tale da delinearlo come una norma di chiusura che sarebbe, di per sé sufficiente per punire ogni forma di attentato all'identità genetica umana. In tal senso cfr. A. MANNA, voce *Sperimentazione medica*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano 2000, p. 1135; l'A., facendo riferimento al Progetto Pagliaro di riforma del Codice Penale, in cui già erano previste alcune di quelle figure delittuose poi introdotte con legge n. 40/2004, sosteneva che «la costruzione dei delitti di clonazione e ibridazione a livello del pericolo, incentrati come sono sull'idoneità degli atti ai relativi fini, anziché sull'evento, rischia di lasciare ben poco spazio applicativo alle finitime figure di sperimentazione illecita». Si veda, inoltre, la legge 1° aprile 1999, n. 91, "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti", che stabilendo, all'art. 3, comma 4, che «La manipolazione genetica degli embrioni è vietata anche ai fini del trapianto di organo», utilizza un'espressione inequivoca – "manipolazione genetica" – che esprime chiaramente lo scopo di tutelare l'integrità del patrimonio cromosomico dell'embrione e del genere umano.

<sup>(59)</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 405.

La questione relativa alla legittimità dell'incriminazione di quell'attività andrà, allora, affrontata sotto il profilo critico della costruzione della fattispecie ex art. 13, comma 1, come delitto di pericolo presunto.

3. *L'irragionevole predisposizione della struttura criminosa del pericolo presunto: una soluzione ermeneutica fondata sul principio di offensività.*

Il delitto di sperimentazione presenta la struttura del reato a pericolo presunto, modello di tipizzazione del fatto criminoso con cui il legislatore, sulla base di una regola di esperienza<sup>(60)</sup>, sanziona una certa condotta in quanto generalmente pericolosa per il bene giuridico tutelato.

Si rinvencono sovente in dottrina prese di posizione a favore della struttura del delitto di pericolo presunto, che sarebbe preferibile al pericolo concreto poiché maggiormente compatibile con il principio di determinatezza<sup>(61)</sup>, inteso come esigenza che «le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo»<sup>(62)</sup>: il giudice, infatti, esaurirà il suo compito nell'accertare che la condotta posta in essere dall'agente possa essere riconducibile al fatto tipicamente configurato dal legislatore<sup>(63)</sup>.

I delitti di pericolo concreto, invece, attribuiscono all'interprete il gravoso compito di dover provare la concreta messa in pericolo del bene protetto, in base a parametri di incerta applicazione: in tal senso, essi sarebbero caratterizzati da un alto grado di indeterminatezza in sede di applica-

---

<sup>(60)</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 278, secondo cui le regole di esperienza su cui è fondato il giudizio, compiuto dal legislatore, di presunta pericolosità del fatto si basano su un criterio statistico, in base al quale al verificarsi di quella determinata situazione tipica si presenterà «una rilevante probabilità di danno alla vita o all'integrità fisica delle persone, o ad altri beni giuridici». Si veda, inoltre, G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 141.

<sup>(61)</sup> Così G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 148, secondo cui «uno dei maggiori inconvenienti del reato di pericolo "concreto" è costituito dalla difficoltà, per il giudice, di provare sulla base di parametri certi la presenza o l'assenza di una situazione di effettivo pericolo: non sempre il giudice può disporre, per compiere questo accertamento, di regole di esperienza rigorose e ben collaudate». Si veda, inoltre, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, p. 445.

<sup>(62)</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, op. cit., p. 164.

<sup>(63)</sup> Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 279, il quale, sottolineando che la struttura del pericolo astratto sia maggiormente garantista sotto il profilo probatorio, afferma che «sono i fatti più pericolosi quelli per i quali il legislatore sente di potersi affidare a criteri standardizzati, mentre nelle ipotesi di minor pericolosità esige una verifica caso per caso». In senso favorevole al pericolo presunto, si veda anche G. FIANDACA – E. CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 148; A. MANNA, *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 276; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività* in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 290.



zione giudiziale, poiché sarebbe incerta la base e il metro del giudizio «e in definitiva lo stesso grado di possibilità (o probabilità) richiesto perché il pericolo possa considerarsi sussistente»<sup>(64)</sup>.

D'altra parte, le fattispecie di pericolo presunto possono contrastare con il principio di offensività<sup>(65)</sup>, qualora la scelta del legislatore di incriminare un certo comportamento, sulla base della sua presunta idoneità a mettere in pericolo il bene giuridico, appaia «irragionevole, oppure espressiva solo di una disobbedienza, di una pericolosità soggettiva, a causa della possibilità che un pericolo *ex ante* e in concreto non sussista, e sussista esclusivamente la formale inosservanza del precetto»<sup>(66)</sup>.

Nel caso di specie, la sperimentazione è vietata in base all'assunto che essa potrebbe sortire effetti distruttivi sull'embrione, mettendo, quindi, in pericolo la sua stessa vita.

Tale regola di esperienza, tuttavia, risulta essere viziata alla radice per

<sup>(64)</sup> G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1986, p. 700 ss., che, in proposito, rileva anche che se si dovesse tenere conto di tutte le circostanze verificatesi fino al momento del giudizio, non si giungerebbe a rilevare l'esistenza di un pericolo concreto, ma a constatare la verificazione o meno dell'evento-danno. In tal senso è critico anche M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub pre-art. 39*, Giuffrè, Milano 2004, p. 339-340. Contro queste obiezioni si è espresso F. ANGIANI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano 1984, p. 83, secondo cui «l'accertamento della lesione (o meglio del risultato sfavorevole) e l'accertamento del pericolo sono agli antipodi uno dall'altro. Il giudizio di risultato è sempre *ex post*, e il giudizio di pericolo sempre *ex ante*».

<sup>(65)</sup> La dottrina incline a seguire un'interpretazione "forte" del principio di offensività, in base alla quale esso sarebbe rispettato solo in presenza di fattispecie di danno o di pericolo concreto, fa essenzialmente leva sull'art. 49 c.p. norma che fonderebbe la "concezione realistica" del diritto penale per escludere la punibilità di fatti tipici ma inoffensivi, così M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. del dir.*, XIII; Giuffrè, Milano 1964, p. 781; Id., *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale* 1969, p. 8. Su tale funzione dell'art. 49 c.p. si veda ampiamente G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, op. cit., *passim*. *Contra* si veda F. STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i cd. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, p. 28 ss; 33, nonché F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 81, secondo cui «Il principio di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen., in quanto fissato a livello di legislazione ordinaria, non può imporsi rispetto a quei reati che sono stati configurati in chiave di aperta eccezione ad esso», quali sono i reati di pericolo presunto.

<sup>(66)</sup> M. DONINI, voce *Teoria del reato*, op. cit., p. 47; Id., "Danno" e "offesa" nella c.d. *tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense"* di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, p. 1553, secondo cui, poiché funzione essenziale del diritto penale è la tutela dei beni giuridici, ne consegue che compito del legislatore è perseguire «il fine di una costruzione razionale del diritto penale attorno a fatti lesivi, non come risposta a meri "comportamenti" inosservanti, o a violazioni di doveri». Cfr. sul punto M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale* 1969, p. 6 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano 1971, p. 165 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, op. cit., p. 82. Di diritto penale «del comportamento», con riguardo a talune forme di reati colposi o di pericolo, parla criticamente F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano 2003, p. 523 ss.

via della carenza di precisione che caratterizza le espressioni linguistiche adoperate dal legislatore. Ai due concetti indeterminati di “sperimentazione” e di “embrione”, infatti, potranno corrispondere, nella realtà fattuale, vari tipi di attività sperimentative e vari stadi di sviluppo embrionale all'interno dei quali esse potrebbero essere attuate, con conseguenze diverse, non necessariamente offensive del bene giuridico tutelato.

Di fronte a un ventaglio talmente ampio di possibilità, non è possibile ricorrere a una regola di esperienza generale, volta a vietare ogni tipo di attività di ricerca scientifica sul prodotto del concepimento, in qualunque stadio di sviluppo esso si trovi. La valutazione sull'offensività della condotta, infatti, richiede «una fondazione empirica plausibile e scientificamente fondata a supporto della relazione di pericolosità dedotta nella fattispecie incriminatrice»<sup>(67)</sup>: di conseguenza, non si può costruire un giudizio nomologico scientificamente fondato quando i termini del giudizio siano indefiniti e, quindi, riempibili con i significati più vari. Esistono, in questa direzione, numerose pronunce con cui la Corte Costituzionale ha sindacato se la scelta legislativa di costruire una fattispecie secondo il modello del pericolo presunto non risultasse “irrazionale o arbitraria”, ma si fondasse su regole di esperienza collegabili all'*id quod plerumque accidit*<sup>(68)</sup>.

Emerge, allora, la possibilità che l'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, possa essere oggetto del giudizio di costituzionalità del Giudice delle leggi, per violazione del principio di ragionevolezza: non soltanto in quanto la regola di esperienza adottata non è atta a garantire l'offensività del comportamento incriminato; ma anche perché la sperimentazione consiste in un'attività che costituisce estrinsecazione di un diritto costituzionalmente garantito, la libertà della ricerca scientifica, che risulterebbe totalmente compresso dal divieto penale<sup>(69)</sup>. Va, in quest'ultimo senso, rilevato che, se in linea di principio non vi sono limiti alla discrezionalità del legislatore

<sup>(67)</sup> V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, op. cit., p. 784.

<sup>(68)</sup> Cfr. Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 20 gennaio 1971, n. 1, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 139, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 27 marzo 1992, n. 133, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 1° luglio 1992, n. 308 in <http://dejure.giuffre.it>. In tal senso, si veda in dottrina G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, op. cit., p. 463, secondo cui «la ammissibilità, costituzionale e politico-criminale, delle presunzioni legislative di pericolosità relative ai fatti di comune pericolo finisce in buona sostanza col dipendere dal livello di fondatezza degli apprezzamenti empirico-prognostici che fanno da presupposto alla scelta della tecnica di penalizzazione». Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, op. cit., p. 710 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 567 ss. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub pre-art. 39*, op. cit., p. 343. Si veda anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 293.

<sup>(69)</sup> È un fatto noto che la Corte, accantonata l'originaria veste “triadica” del criterio

nel determinare il grado di anticipazione della tutela dei beni giuridici<sup>(70)</sup>, è pur vero che «nessuna compressione di libertà fondamentali può essere costruita secondo schemi “presuntivi”, nemmeno in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale»<sup>(71)</sup>.

predetto – con cui il Giudice delle Leggi è stato solito censurare la violazione dell'art. 3 della Costituzione da parte di una disposizione incriminatrice che, confrontata con un'altra norma, risultasse connotata da un trattamento punitivo discriminatorio –, ha fatto ricorso ad esso come *pass-partout* per sindacare le opzioni contenutistiche compiute dal legislatore penale. A evidenziare l'evoluzione della funzione svolta dal principio di ragionevolezza, si veda L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano 1994, p. 164, secondo cui «il sindacato di ragionevolezza non è più strettamente collegato al solo principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione. Vengono in rilievo, per esempio, le più varie necessità di bilanciamento e di valutazione della legittimità costituzionale dei limiti legislativamente imposti ai più vari diritti fondamentali», nonché G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 180 ss., il quale mette in luce l'aspetto della ragionevolezza/eguaglianza – collegata, sebbene solo formalmente, allo schema trilaterale – e gli aspetti della ragionevolezza/razionalità e della ragionevolezza/giustizia, legati a valutazioni sul contenuto o sulla forma della norma. Tra gli Autori che esaltano l'emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal modello ternario, si veda C. ROSSANO, *«Ragionevolezza e fattispecie di eguaglianza»*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*, op. cit., p. 171; nonché A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 118, secondo cui le «forme atipiche» del giudizio fondato sull'art. 3, primo comma, della Costituzione, frequentemente rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, «confermano come il sindacato di ragionevolezza, lungi dall'identificarsi con il giudizio ternario di eguaglianza, ha una propria autonomia concettuale e pratica». Nella dottrina penalistica, si veda A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 460 ss., nonché O. DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1995, p. 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 115 ss; 118; nonché V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., p. 218 ss.; 223, secondo cui «il giudizio di ragionevolezza sulle opzioni incriminatrici ha progressivamente ampliato il diaframma valutativo fino a focalizzarsi sulle stesse scelte di valore della norma esaminata, liberandosi in sostanza dal modello triadico originario – paradigmatico della ragionevolezza-eguaglianza (art. 3 Cost.) – per attingere a diversi e ulteriori parametri di confronto desumibili dal tracciato costituzionale». In senso velatamente critico sul criterio dell'intrinseca meritevolezza dell'interesse tutelato, sulla base del quale fondare il giudizio di ragionevolezza in senso “assoluto”, si veda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, p. 379 ss; l'A. rileva che detto criterio «si presenta sostanzialmente vuoto di contenuto se non vengono identificati i parametri alla cui stregua decidere della meritevolezza, appunto, dell'interesse. Con la conseguenza che quest'ultimo ora in esame si pone come il canone a più alto tasso di politicità».

<sup>(70)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, sub pre-art. 39*, op. cit., p. 343, il quale, comunque, poi ammette che «questioni di legittimità possono essere sollevate con successo solo di fronte ad anticipazioni del tutto prive di significato rispetto ad una ragionevole tutela del bene».

<sup>(71)</sup> D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, III ed., Giappichelli, Torino 2009, p. 229.

Sebbene sia auspicabile che la Corte proceda a una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13<sup>(72)</sup>, l'eccessivo rigorismo della norma potrebbe essere ridimensionato anche mediante una sentenza "manipolativa"<sup>(73)</sup>, sulla scia di quelle emesse nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico<sup>(74)</sup>: potrebbe, cioè, ritenere costituzionalmente legittima l'incriminazione della condotta di sperimentazione soltanto nella misura in cui essa venga attuata in modo pericoloso per la vita dell'embrione.

Un intervento ermeneutico di tale tipo, d'altronde, sarebbe legittimo in quanto costituirebbe estrinsecazione del principio di offensività "in concreto"<sup>(75)</sup>, inteso come «criterio giudiziario-interpretativo»<sup>(76)</sup>, ispirato alla politica della punibilità del reato nella misura in cui integri un'offesa ai beni giuridici.

L'inserimento del pericolo tra gli elementi costitutivi di fattispecie va ritenuto necessario soprattutto «in quelle ipotesi in cui la condotta costituente reato appaia l'estrinsecazione di una libertà costituzionale»<sup>(77)</sup>. Di-

<sup>(72)</sup> È critica in tal senso O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009, p. 42. L'A., con riguardo alla pronuncia n. 151/2009 della Corte Costituzionale sull'art. 14, comma 3, ha rilevato che se la Consulta avesse dichiarato costituzionalmente illegittima l'intera disposizione, anziché emettere una pronuncia "manipolativa" di accoglimento parziale, si sarebbe avuto «l'effetto di ricadere nella precedente situazione di anomalia legislativa».

<sup>(73)</sup> Tuttavia, sui pericoli connessi a un «diritto penale dei giudici costituzionali», in cui la Corte, entrando nel merito delle scelte legislative, esautorerebbe sostanzialmente il Parlamento del potere legislativo, in violazione del principio di separazione dei poteri, si veda A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. Pen.* 2003, p. 898.

<sup>(74)</sup> Corte Cost., 4 maggio 1970, n. 65, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui il Giudice delle Leggi, nel dichiarare non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 414, terzo comma, c.p., che incrimina l'apologia di delitti, in relazione all'art. 21 Cost., afferma che «L'apologia punibile non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; Corte Cost., 23 aprile 1974, n. 108, in <http://dejure.giuffre.it>, in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p., in cui viene punita l'istigazione all'odio contro le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

<sup>(75)</sup> In conformità all'offensività in concreto, cfr. anche Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 27 marzo 1992, n. 133, in <http://dejure.giuffre.it>. Sui due differenti piani del principio di offensività, che opera in astratto – nei confronti del legislatore, che ha l'onere di formulare fattispecie che esprimano astrattamente un contenuto lesivo – e in concreto – vincolando l'interprete ad accertare che la condotta contestata all'agente sia idonea a mettere a repentaglio il bene protetto, si vedano Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 519, in <http://dejure.giuffre.it>; Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 263, in <http://dejure.giuffre.it>; nonché, di recente, Corte Cost., 7 luglio 2005, n. 265 in <http://dejure.giuffre.it>. Si veda in tal senso anche SS. UU., Cass. Pen., 24 aprile 2008, n. 28605 e n. 28606, in <http://dejure.giuffre.it>.

<sup>(76)</sup> G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, op. cit., p. 137.

<sup>(77)</sup> G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, op. cit., p. 723.

fatti, anche laddove si possa affermare che il diritto alla vita dell'embrione debba costituire un limite al diritto, costituzionalmente garantito, alla ricerca scientifica, la sua tutela non potrebbe comunque comprimere l'esercizio di quella libertà fondamentale «se non nei limiti del pericolo concreto»<sup>(78)</sup>.

Va rammentato che i delitti di pericolo concreto garantiscono – nonostante le già riferite difficoltà di accertamento in sede giudiziale che li contraddistinguono – un'anticipazione della tutela del bene giuridico rispetto a quella offerta dai delitti di danno, in cui la responsabilità penale dell'agente viene fatta dipendere «dal casuale verificarsi dell'evento di lesione»<sup>(79)</sup>. Questa arretramento della soglia del penalmente rilevante, moderato rispetto a quello insito nei delitti di pericolo presunto, presenta l'indubbio vantaggio di essere perfettamente compatibile con il principio di offensività<sup>(80)</sup> e, pertanto, garantirebbe un ragionevole spazio di tutela alla vita dell'embrione senza per questo impedire la libertà di ricerca. Le potenzialità evolutive della scienza, infatti, richiederebbero un modello di incriminazione meno rigido di quello fondato sul pericolo presunto, in modo tale che il campo applicativo della norma penale non vada a ricomprendere persino eventuali nuove tecniche sperimentative non pericolose per la vita dell'embrione<sup>(81)</sup>.

Un bilanciamento tra quest'ultimo bene e quegli interessi a esso contrapposti, affioranti nell'ambito della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, è stato del resto già operato dalla Corte Costituzionale nel 2009 con riguardo all'art. 14, comma 2, della legge n. 40/2004, che

<sup>(78)</sup> D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, ult. loc. cit.; l'A. – citando le sentenze interpretative di rigetto con cui la Corte Costituzionale aveva stabilito che fosse necessario l'accertamento della concreta pericolosità di alcuni delitti di opinione, la struttura della cui fattispecie era, invece, di pericolo presunto – rileva che: «Soltanto là dove non siano in gioco l'esercizio di libertà fondamentali, si apre alla discrezionalità del legislatore uno spazio in cui è consentita l'adozione di tecniche di tipizzazione che portino oltre la soglia del pericolo concreto»; Id., *Diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 795.

<sup>(79)</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 372.

<sup>(80)</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, op. cit., p. 374 ss.

<sup>(81)</sup> Cfr. R. BROWNSFORD, *Ri-connesione interpretativa, rivoluzione produttiva e Stato di diritto*, in *Ars interpretandi* 2005, p. 148, secondo cui «Appare ovvio che dovrebbero venire adottate e sviluppate strategie in grado di migliorare le possibilità, per la regolazione, di rimanere connessa con lo sviluppo tecnologico. Ma il problema è come garantire tale connessione. La mossa che sembra più chiara consiste nell'affidarsi a strategie regolative flessibili e versatili». Cfr. anche G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 561. Sulla necessità di un *feedback* tra diritto e scienza nell'ambito del settore delle biotecnologie sull'embrione, si veda S. CANESTRARI – F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia* 2008, p. 83.

prevedeva il divieto penale di «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre».

La Corte, ha, anzitutto rilevato il contrasto tra la disposizione e l'art. 3 della Costituzione a causa dell'irragionevolezza di una disciplina «che, da un lato, si dichiara ispirata allo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità, e, dall'altro, impone il predetto limite numerico alla produzione di embrioni, prescindendo da ogni concreta valutazione del medico sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita»<sup>(82)</sup>.

In secondo luogo, ha ritenuto leso l'art. 32 della Costituzione in quanto il limite numerico massimo degli embrioni da creare e impiantare pregiudicherebbe la salute della donna, costringendola, in caso di insuccesso del primo trattamento di fecondazione assistita, a sottoporsi a ulteriori rischiosi cicli di stimolazioni ovariche per procedere all'aspirazione degli ovociti da fecondare.

Il Giudice delle Leggi ha, dunque, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole «ad unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», così legittimando il medico a produrre e a impiantare tutti gli embrioni che egli ritenga necessari per consentire il successo del trattamento.

La prevalenza assegnata al diritto alla salute della madre, rispetto a quello degli embrioni, d'altronde, risulta anche dalla declaratoria di incostituzionalità del comma 3 dell'art. 14, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna». Questo intervento in senso "additivo" della Consulta comporterà la fondamentale conseguenza che le «ragioni relative alla salute della donna potranno escludere, anche definitivamente, a giudizio del medico, il trasferimento degli embrioni»<sup>(83)</sup>.

Il consequenziale obbligo di crioconservare gli embrioni prodotti ma non trasferiti per scelta medica, inoltre, introdurrà una deroga implicita al divieto di cui al comma 1 dell'art. 14<sup>(84)</sup>, indebolendo ulteriormente la tutela dell'esistenza dell'embrione a vantaggio della vita della donna.

---

<sup>(82)</sup> Corte Cost., 1° aprile 2009 – 8 maggio 2009, n. 151, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 946.

<sup>(83)</sup> E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte Costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 959.

<sup>(84)</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario"*, op. cit., p. 958. Sulla questione dell'attuale liceità della crioconservazione degli embrioni, si veda anche M. MANETTI, *Le sentenze sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, 28.05.2009, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), secondo cui, in seguito alla caducazione del limite massimo dei

Di fronte a un bilanciamento di questa consistenza, è auspicabile un intervento simile della Corte Costituzionale anche per quel che riguarda il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, così da evitare che una tutela penale in senso assoluto dell'embrione possa compromettere del tutto la libertà della ricerca scientifica, riconosciuta agli articoli 9 e 33 della Costituzione.

4. (*Segue*): *I vantaggi scaturenti dall'introduzione, in via ermeneutica, del pericolo come elemento di fattispecie: la legittimazione di una sperimentazione "soft" sugli embrioni umani.*

Va evidenziato che le predette esigenze di operare un bilanciamento dei beni in gioco – funzionale a legittimare, seppure entro certi limiti, il diritto alla ricerca scientifica – andrebbero tuttavia temperate con l'affermazione che gli unici embrioni su cui sarebbe possibile intervenire sono quelli abbandonati, rifiutati, o affetti da patologie che ne impossibiliterebbero la sopravvivenza intrauterina: non essendo destinati all'impianto, soltanto su questi sarebbe, infatti, possibile effettuare la sperimentazione senza che venga pregiudicata la gestazione e, quindi, il diritto alla salute della madre biologica.

A ciò si aggiunga che per gli embrioni che si trovino in accertato stato di abbandono non esiste, allo stato attuale dei fatti, altra alternativa che la crioconservazione a tempo indeterminato, non essendo presente nel nostro ordinamento una disposizione che faccia riferimento alla possibilità di procedere all'adozione degli stessi da parte di terzi<sup>(85)</sup>, né una norma, di taglio decisamente più drastico, che ne decreti la soppressione, trascorso un certo periodo di tempo, così come avviene in altri ordinamenti<sup>(86)</sup>.

Di fronte a un alto numero di embrioni destinati a perire, è a maggior ragione doveroso interrogarsi circa l'opportunità che la Consulta intervenga per rimodellare in senso concretamente offensivo una norma, quale è l'art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, passibile di essere considerata come un esempio di irragionevole *hard law*, in quanto eccessivamente ri-

---

tre embrioni da impiantare, «la liceità della crioconservazione è indiscutibile, perché gli embrioni se non vengono impiantati, non possono che essere congelati».

<sup>(85)</sup> Sulla questione della necessità dell'emanazione di una legge che disciplini l'adozione degli embrioni abbandonati, si veda G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli – Roma 2006, p. 88 ss.

<sup>(86)</sup> Cfr. C. BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 (e correlato D.M. 21 luglio 2004)*, in *Riv. it. med. leg.* 2006, p. 33, che esamina la disciplina di numerosi paesi europei sul punto.

gida nei confronti della ricerca scientifica e indifferente alle diverse situazioni concrete in cui possono trovarsi gli embrioni.

In linea di principio, taluno potrebbe dubitare che l'introduzione del pericolo tra gli elementi costitutivi della fattispecie riuscirebbe a sortire l'effetto di aprire varchi di liceità al prelievo di cellule staminali embrionali, a causa delle sue elevate potenzialità distruttive: per ottenere le linee cellulari, infatti, gli scienziati hanno bisogno di rimuovere la massa cellulare interna dell'embrione giunto allo stadio della cd. blastocisti (5 giorni dopo la fecondazione). Il complesso cellulare prelevato, collocato su una piastra di coltura, svilupperà nuove cellule in modo da formare delle vere e proprie "colonie", le quali manterranno la loro totipotenza per svariati mesi<sup>(87)</sup>. Anche costruendo il delitto come fattispecie di pericolo concreto, dunque, sembrerebbe che l'estrazione di cellule staminali embrionali andrebbe ricompresa tra quelle tipologie sperimentative censurabili *tout court*, trattandosi di una tecnica sempre e comunque rischiosa per la vita dell'embrione.

A questa obiezione si potrebbe ribattere che, sebbene i procedimenti finora adottati per generare linee cellulari siano stati caratterizzati da modalità tali da cagionare la morte embrionale, andrebbe valutata la possibilità di procedere all'estrazione mediante metodiche tali da non creare una situazione di pericolo per l'embrione.

A tal proposito, va segnalata la recente scoperta di un gruppo di ricercatori del *Reproductive Genetics Institute* (RGI) di Chicago, che ha messo in atto una tecnica volta a ricavare cellule staminali embrionali senza dover procedere alla distruzione dell'embrione. Si tratta di un procedimento identico a quello utilizzato nell'ambito della diagnosi genetica preimpianto (D.P.G.)<sup>(88)</sup>, che, mediante l'estrazione e la successiva analisi di una cellula embrionale, assolve la funzione di diagnosticare eventuali malattie genetiche da cui sia eventualmente affetto il concepito. Essendo questo metodo diagnostico finalizzato a consentire la serenità della gravidanza, garantendo l'integrità dell'embrione che verrà impiantato nell'utero materno – alla stregua di quanto avviene in fase fetale con l'amniocentesi –, esso presenta rischi minimi per la vita del concepito<sup>(89)</sup>.

<sup>(87)</sup> Si veda R. LANZA – N. ROSENTHAL, *La sfida delle staminali. Che cosa sono le staminali embrionali?*, in [www.lesionispinali.org](http://www.lesionispinali.org)

<sup>(88)</sup> Si veda E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 127, secondo cui la diagnosi genetica preimpianto, consistendo nell'estrazione di cellule dall'embrione per finalità diagnostiche, rientrerebbe nel generale concetto di "sperimentazione" sugli embrioni.

<sup>(89)</sup> Si veda K. HARDY – K.L. MARTIN – H.J. LEESE – R.M.L. WINSTON – A.H. HAN-DYSIDE, *Human preimplantation development in vitro is not adversely affected by biopsy at the 8-cell stage*, in *Human Reproduction* 1990, vol. 5, n. 6, p. 714; Y. VERLINSKY – A. KULIEV, *Current status of preimplantation diagnosis for single gene disorders*, in *Reproductive Biome-*



La novità messa in evidenza dal gruppo di studio guidato dal direttore del RGI, Yury Verlinsky, consiste nell'applicare la stessa procedura inoffensiva della D.P.G. nell'ambito della sperimentazione sulle cellule staminali embrionali. Si tratterebbe, insomma di ricavare linee cellulari embrionali senza bisogno di dover procedere allo svuotamento della massa cellulare interna all'embrione, che ne causerebbe la distruzione: la singola cellula staminale estratta nell'ambito della diagnosi preimpianto, infatti potrebbe generare a sua volta una linea cellulare<sup>(90)</sup>.

Sebbene una tale tecnica non metta in pericolo la vita dell'embrione, allo stato dei fatti essa non sarebbe comunque attuabile in Italia, a causa del tenore del divieto posto dall'art. 13, che vieta *tout court* la sperimentazione. Soltanto mediante l'introduzione – in via interpretativa – del pericolo concreto tra gli elementi di fattispecie, sarebbe possibile procedere

---

*dicine Online* 2003, vol. 7, issue 2, p. 145 ss., secondo cui «PDG is performed through polar body or blastomere biopsy, which has no deleterious effect on pre- and post- implantation development». Cfr. F. FIORENTINO – A. KULIEV, *Diagnosi preimpianto + Tipizzazione HLA: il caso del piccolo Luca*, in *Darwin* 2005, n. 4, p. 88, secondo cui «i rischi corsi dagli embrioni durante la biopsia effettuata per eseguire la diagnosi genetica preimpianto sono minimi». Nel nostro ordinamento, dopo alcune pronunce giurisprudenziali ostili a legittimare la liceità della D.P.G. – pratica peraltro non espressamente vietata dalla legge n. 40/2004, ma implicitamente negata dalle Linee Guida a essa afferenti – è finalmente intervenuta una sentenza del Tar del Lazio che, in data 21 gennaio 2008, ha annullato la disposizione delle linee Guida del 2004, che prevedeva che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*, ai sensi dell'art. 14, comma 5» dovesse essere di «tipo osservazionale». Questa pronuncia, unitamente alla previsione delle successive Linee Guida del 2008, che ha definitivamente soppresso la disposizione oggetto del provvedimento dei giudici del Lazio, ha sostanzialmente legittimato la diagnosi genetica preimpianto. Cfr., nella dottrina penalistica, O. DI GROVINE, *Un diritto penale empatico?* op. cit., p. 52, secondo cui la diagnosi preimpianto consiste in una «operazione che tendenzialmente non pregiudica lo sviluppo successivo dell'embrione». A riprova che la diagnosi genetica preimpianto sarebbe osteggiata non in quanto pericolosa per la vita dell'embrione, ma in quanto potenzialmente «eugenetica», si veda quanto affermato in un'intervista resa ad «Avvenire» (I. NAVA, *Fecondazione assistita, c'è una legge da ripristinare. L'intervista*, 15 maggio 2008, in [www.avvenireonline.it/vita](http://www.avvenireonline.it/vita)) da Cesare Mirabelli, Presidente emerito della Corte Costituzionale, secondo cui, anche laddove si possa accertare che la diagnosi genetica preimpianto non sia rischiosa per la vita dell'embrione, essa sarebbe comunque censurabile poiché «manifesta la tendenza a selezionare l'embrione sulla base delle caratteristiche genetiche». Si mostra contrario a etichettare la diagnosi preimplantatoria come eugenetica E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 154.

<sup>(90)</sup> Si veda N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2004, vol. 9, issue 6, p. 623 ss.; sul punto si veda inoltre Y. VERLINSKY – N. STRELCHENKO – V. KUKHARENKO – S. RECHITSKY – O. VERLINSKY – V. GALAT – A. KULIEV, *Human embryonic stem cell lines with genetic disorders*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2005, vol. 10, issue 1, p. 105 ss; Y. VERLINSKY – N. STRELCHENKO – V. KUKHARENKO – A. SCHKUMATOV – S. RECHITSKY – O. VERLINSKY – A. KULIEV, *Preimplantation genetic disorders as a source of human embryonic stem cell lines*, in *Reproductive Biomedicine Online* 2008, vol. 16, suppl. 3, p. S-15.

a una sperimentazione “*soft*” sugli embrioni, tale da consentire la salvaguardia della libertà della ricerca scientifica, senza per questo mettere in pericolo la vita dell’embrione.

Ovviamente, sarebbe compito del giudice verificare che l’utilizzo di una determinata tecnica di estrazione delle cellule staminali non metta a repentaglio la sopravvivenza dell’embrione. A tale scopo, le risultanze delle recenti scoperte scientifiche fungerebbero da criteri guida per l’accertamento della concreta messa in pericolo dell’embrione: il giudice, infatti, sarebbe tenuto a valutare lo stadio evolutivo embrionale in cui il ricercatore sia intervenuto nonché il grado di invasività delle modalità di estrapolazione delle cellule, con particolare riguardo alla quantità di cellule estratte da ciascun embrione.

Per quanto riguarda lo stadio evolutivo, gli studi del RGI di Chicago hanno evidenziato come intervenire sull’embrione quando esso si trova allo stadio di “morula”, tra il terzo e il quarto giorno dal momento del concepimento, sia più sicuro per la sua sopravvivenza rispetto agli interventi estrattivi eseguiti nella fase della “blastocisti”, tra il quinto e il sesto giorno<sup>(91)</sup>. In quest’ultimo stadio, infatti, le cellule embrionali perdono la loro totipotenza e cominciano a differenziarsi, cosicché risulterà più difficile la naturale ricostituzione delle cellule espianate, con conseguente pregiudizio dell’integrità dell’embrione.

Con riferimento, invece, al numero di cellule estratte, esso risulta direttamente proporzionale al grado di probabilità di sopprimere l’embrione<sup>(92)</sup>: estrapolare, per esempio, sei cellule da un embrione a otto cellule ne causerebbe la morte, dato che lo si priverebbe della gran parte della sua struttura. Tuttavia, come dimostrato dagli studi del *Reproductive Genetics Institute*, si può procedere a creare una linea cellulare anche espian-

---

<sup>(91)</sup> Cfr. N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, ult. loc. cit. Sul punto, si veda l’intervista rilasciata da Angelo Vescovi, professore di biologia applicata dell’università di Milano-Bicocca, Condirettore dell’Istituto di Ricerca sulle Cellule Staminali dell’Istituto scientifico San Raffaele di Milano, Direttore della Banca della Cellule Staminali Cerebrali di Terni, ad Arnaldo Consoli in occasione del primo incontro di “Scienza e vita” a Terni, il 3 giugno 2005, in *www.diocesi.terni.it*, in cui egli, sebbene tendenzialmente contrario alla ricerca sulle cellule staminali embrionali, ammette che è possibile che l’embrione non venga automaticamente distrutto a seguito del prelievo delle cellule staminali, «perché in quella fase della vita le cellule sono tutte uguali, quindi, teoricamente, prelevandone qualcuna dovrebbero riformarsi».

<sup>(92)</sup> Sulla correlazione, basata su un rapporto di proporzionalità diretta, tra il numero di cellule prelevate nel corso della diagnosi preimpianto e i rischi incombenti sull’embrione, si veda, nella letteratura scientifica, V. GOOSSENS – M.D. RYCKE – A. DE VOS – C. STAESSEN – A. MICHIELS – W. VERPOEST – A. VAN STEIRTEGHEM – C. BERTRAND – I. LIEBAERS – P. DEVROEY – K. SERMON, *Diagnostic efficiency, embryonic development and clinical outcome after the biopsy of one or two blastomeres for preimplantation genetic diagnosis*, in *Human Reproduction* 2007, vol. 23, issue 3, p. 481 ss.

tando una sola cellula staminale dalla “morula”<sup>(93)</sup>, evitando così di mettere in pericolo la vita dell’embrione.

Al di là delle recenti scoperte biotecnologiche, che hanno rilevato la possibilità di condurre una ricerca sperimentale sulle cellule staminali embrionali senza esiti necessariamente distruttivi per la vita del concepito, già il Parere del Comitato Nazionale di Bioetica sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del Consiglio d’Europa, del 31 marzo 2000, aveva ipotizzato questa possibilità: in esso si affermava che, con riguardo alle cellule embrionali “isolate”, va fatta salva «l’esigenza di non arrecare danno all’embrione da cui esse vengono prelevate»<sup>(94)</sup>.

Un ulteriore dato formale, in tal senso, è dato dall’approvazione, da parte del Senato, il 19 luglio 2006, di una mozione con cui si è impegnato il Governo, da una parte, «a votare in sede di Consiglio Europeo competitività contro il sostegno al finanziamento delle ricerche che implicino la distruzione di embrioni anche soprannumerari e crioconservati»<sup>(95)</sup>; dall’altra, «a verificare la possibilità di ricerca sugli embrioni crioconservati non impiantabili». Il Parlamento, quindi, ha implicitamente ammesso che l’eventuale attuazione di una ricerca sugli embrioni umani soprannumerari, che non ne causi la distruzione, non costituisce una forma di sperimentazione penalmente rilevante e potrebbe, pertanto, beneficiare dei finanziamenti europei alla ricerca sulle cellule staminali.

Di fronte a questa pluralità di voci, scientifiche e politiche, che riaffermano la legittimità di quelle forme di ricerca scientifica sull’embrione che non ne mettano a repentaglio la sopravvivenza, non resta, dunque, che opporre una seria critica alla costruzione legislativa del divieto di cui all’art. 13 come delitto di pericolo presunto.

##### 5. *Prospettive di riforma: la ricerca scientifica sulle cellule staminali di embrioni in condizioni di “morte organismica”.*

Una pronuncia del Giudice delle leggi che dichiari incostituzionale l’art. 13 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non specifica che la sperimentazione debba essere vietata solo se attuata in modo pericoloso per la vita dell’embrione, tuttavia, potrebbe essere oggetto di riserve, a causa

<sup>(93)</sup> Cfr. N. STRELCHENKO – O. VERLINSKY – V. KUKHARENKO – Y. VERLINSKY, *Morula-derived human embryonic stem cells*, ult. loc. cit.

<sup>(94)</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Protezione dell’embrione e del feto umani: parere del C.N.B. sul progetto di protocollo del Comitato di bioetica del consiglio d’Europa*, 31 marzo 2000, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

<sup>(95)</sup> Senato, 19 luglio 2006, in <http://www.senato.it>

della peculiare natura della materia *de qua*. Sarebbe dubbia, infatti, l'opportunità di demandare ai singoli giudici l'accertamento della concreta pericolosità della condotta nell'ambito di un settore eticamente orientato: si rischierebbe, insomma, che la libertà scientifica venga compressa, o dilata, a seconda degli orientamenti ideologici del magistrato di turno.

L'unica soluzione alternativa all'intervento interpretativo della Corte Costituzionale, al fine di legittimare, seppure entro certi limiti, i processi di sperimentazione su embrioni umani, sarebbe un intervento legislativo sul punto.

Una prima ipotesi da prendere in considerazione potrebbe essere quella di regolamentare la donazione e l'utilizzazione di cellule di embrioni morti, e, a tale scopo, di apprestare una definizione normativa del concetto di morte embrionale tale da ricomprendere – oltre che quegli embrioni la cui totalità dei blastomeri sia perita – gli embrioni per i quali si sia arrestato il processo di suddivisione cellulare, pur in presenza di singoli blastomeri ancora vitali<sup>(96)</sup>. Si tratta di un'ipotesi vagliata recentemente in seno al Comitato Nazionale di Bioetica, nell'ambito di una discussione intorno alla sorte di quegli embrioni prodotti con fecondazione *in vitro*, i quali, a causa di gravi anomalie irreversibili dello sviluppo, non possano essere impiantati e debbano essere lasciati in coltura fino alla loro naturale estinzione. Secondo alcuni componenti del C.N.B., «l'embrione sarebbe morto come individualità biologica, qualora avesse definitivamente perso la capacità di proseguire in maniera integrata, autoregolata e attraverso una progressiva differenziazione cellulare, il suo sviluppo»<sup>(97)</sup>. Poiché, tuttavia, in esso sarebbe ravvisabile una percentuale di blastomeri ancora in vita, sarebbe fruttuoso legittimare l'utilizzo di tali cellule nell'ambito della ricerca scientifica, in parallelo con quanto stabilito normativamente per la donazione di organi *ex mortuo*.

Va ricordata, a tal proposito, la legge 91/1999, che «disciplina il prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e regola le attività di prelievo e di trapianto di tessuti e di espianto e di trapianto di organi» (art. 1)<sup>(98)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> Cfr. nella dottrina medica D.W. LANDRY – H.A. ZUCKER, *Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells*, in *Journal of Clinical Investigation* 2004, vol. 114, p. 1184 ss.; C. HOLDEN, *Stem cells. Scientists create human stem cell line from "dead" embryos*, in *Science* 2006; vol. 313, no. 5795, p. 1869; S. GAVRILOV – R. W. PROSSER – I. KHALID – J. MACDONALD – M.V. SAUER – D.W. LANDRY – V.E. PAPAIOANNOU, *Non-viable human embryos as a source of viable cells for embryonic stem cell derivation*, in *Reproductive BioMedicine Online* 2009, vol. 18, issue 2, p. 301 ss.

<sup>(97)</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica)

<sup>(98)</sup> Legge 1° aprile 1999, n. 91, "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti", in [www.camera.it](http://www.camera.it)

La norma recepisce il concetto di “morte cerebrale” di cui alla legge n. 578/1993, secondo cui «La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1)<sup>(99)</sup>. La conseguenza è che va riconosciuta la liceità del trapianto di organi “a cuore battente”, purché sia stata accertata la morte encefalica.

Se, allo stesso modo, si giungesse a stabilire che l'embrione cessa di esistere con la cd. “morte organismica” – identificata con la cessazione irreversibile del suo sviluppo cellulare – e se si pervenisse a una disciplina legale dell'utilizzazione delle cellule degli embrioni che si trovino in tale *status*, risulterebbero salvaguardati sia il diritto alla vita degli embrioni sia la libertà della ricerca scientifica.

Tuttavia, una definizione legislativa del concetto di “morte organismica” risulta difficilmente ipotizzabile in un contesto normativo che rinuncia a determinare non soltanto il momento della morte, ma persino la soglia cronologica iniziale della vita dell'embrione, a causa dei contrasti ideologici riscontrabili sul terreno politico e scientifico.

In tal senso, basti constatare come già all'interno del C.N.B. si sia potuto registrare un consistente contrasto di opinioni tra coloro che hanno propugnato la già esaminata analogia tra l'utilizzo di cellule di embrioni “non vitali” e la donazione di organi da cadavere, e coloro che, invece, l'hanno rifiutata: questi ultimi, infatti, sostengono che l'accertamento della “morte organismica” «farebbe uso, in ogni caso, di segni “probabilistici” e non di certezze, che finiscono per pesare nella decisione di voler utilizzare l'embrione per scopi diversi da quelli del trasferimento a fini procreativi»<sup>(100)</sup>.

Già con riferimento alla definizione di “morte encefalica”, il filosofo Hans Jonas – muovendo la sua invettiva contro il testo della Commissione scientifica di Harvard, a cui poi si è ispirata la legge italiana del 1993 – aveva evidenziato gli intenti utilitaristi che stavano alla base di un tale intervento normativo, rilevando che «una delle principali molle dello sforzo di definire la morte»<sup>(101)</sup> fosse stato l'interesse a legittimare i trapianti degli organi e dei tessuti che si trovavano nelle condizioni fisiologiche ottimali date dall'ancora presente irrorazione sanguigna prodotta dal cuore pulsante<sup>(102)</sup>.

<sup>(99)</sup> Legge 29 dicembre 1993, n. 578, “Norme per l'accertamento e la certificazione di morte”, in [www.scienzemedicolegali.it](http://www.scienzemedicolegali.it)

<sup>(100)</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere sul destino degli embrioni derivanti da pma e non più impiantabili*, cit., p. 8. Sui contrasti sorti all'interno del C.N.B. sulla questione, si veda L. D'AVACK, *Comitato di bioetica al lavoro tra scienza, diritto e morale*, in *Il Messaggero*, 30 ottobre 2007, p. 24.

<sup>(101)</sup> H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethic. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Frankfurt 1985, trad. it. a cura di P. BECCHI, *Tecnica, medicina ed etica: Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino 1997, p. 172.

<sup>(102)</sup> Cfr. H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, op. cit., p. 169, che definisce di «vivi-  
sezione» le condizioni ideali degli organi in presenza delle quali attingere ad essi.

La questione della cd. “fine vita”, insomma, è sempre stata oggetto di consistenti contrasti scientifici, giuridici ed etici, tali da costringere il legislatore ad apprestare una definizione normativa di morte dell’essere umano adulto, così come dovrebbe avvenire per quel che concerne la morte dell’embrione<sup>(103)</sup>.

6. (*Segue*): *La ricorribilità al modello delle scriminanti procedurali: l'esempio offerto dalla normativa spagnola.*

Un discorso a parte andrebbe tuttavia, condotto per gli embrioni soprannumerari in condizioni di abbandono.

Va, a tal proposito, rilevato che nel rigido ambito di applicazione del delitto di cui all’art. 13 rientra, oltre alla sperimentazione compiuta su quegli embrioni che si trovino nella predetta situazione di arresto irreversibile dello sviluppo cellulare, anche la sperimentazione sugli embrioni rifiutati dalla coppia ricorrente alla P.M.A.<sup>(104)</sup>, la sperimentazione sugli embrioni non impiantabili per condizioni di salute della donna e conseguentemente crioconservati a tempo indeterminato, nonché quella conducibile sugli embrioni “orfani” prodotti in soprannumero prima dell’entrata in vigore della legge n. 40/2004<sup>(105)</sup>. Per essi è prevista una tutela puramente formalistica della vita, dato che le Linee Guida alla legge n. 40/2004, *sub* art. 13, dispongono che qualora «il trasferimento dell’embrione, non coercibile, non risulti attuato, la coltura *in vitro* del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi»<sup>(106)</sup>.

Sui limiti del divieto assoluto di cui all’art. 13, comma 1, della legge n. 40/2004, con riguardo agli embrioni soprannumerari, si era già espressa un’autorevole parte della dottrina penale, secondo cui la liceizzazione della sperimentazione sugli embrioni soprannumerari per i quali fosse venuta meno la possibilità di impianto avrebbe potuto essere una soluzione «coe-

<sup>(103)</sup> Contraria, invece, a un intervento legislativo sul punto, in quanto strumentale a un bilanciamento degli interessi in gioco, è O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., p. 30, secondo cui «la definizione di “morte” deve essere unica e non può variare a seconda che sull’altro piatto della bilancia si ponga la vita oppure la salute ovvero ancora un miglioramento delle condizioni esistenziali del donatario degli organi».

<sup>(104)</sup> L’obbligo di impiantare gli embrioni prodotti *in vitro*, infatti, risulta incoercibile: in tal senso S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni (Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 417; nonché O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., p. 40.

<sup>(105)</sup> Cfr. G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, op. cit., p. 86, secondo cui, in base ai dati dell’Istituto Superiore della Sanità, si stima che gli embrioni crioconservati in stato di abbandono siano in Italia 30.000.

<sup>(106)</sup> Il testo delle Linee Guida è in E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 170.

rente nella direzione di un contemperamento di interessi, in quanto la valorizzazione del principio di protezione della salute come interesse della collettività (art. 32 Cost.) determinerebbe soltanto il sacrificio di embrioni privi di una realistica prospettiva di sviluppo»<sup>(107)</sup>.

Per dimostrare quanto possa essere ragionevole la scelta di legittimare, a livello normativo, la sperimentazione attuata su questa particolare tipologia di embrioni, sarebbe utile prospettare un'analisi comparatistica con quanto disposto a tal proposito in seno all'ordinamento spagnolo, dove è possibile riscontrare una serie di leggi in materia, succedutesi sulla base di interventi di riforma volti a rendere sempre più flessibile la disciplina della procreazione medicalmente assistita e della sperimentazione sugli embrioni umani.

Anzitutto va premesso che, a differenza del nostro ordinamento, dove manca una definizione dell'embrione, la legge spagnola si è prodigata a distinguere tra embrione e preembrione, stabilendo che si intende per preembrione «il gruppo di cellule risultanti dalla divisione progressiva dell'ovocita fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione» (art. 1, comma 2 della Ley 14/2006)<sup>(108)</sup>.

Sebbene già con la prima legislazione, la Ley 35/88<sup>(109)</sup>, fosse stata legittimata la sperimentazione per fini non diagnostici sui preembrioni non vitali (art. 15, comma 3)<sup>(110)</sup> – che di fatto consentiva la ricerca sulle

---

<sup>(107)</sup> S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, op. cit., p. 422. Cfr., nell'ambito della dottrina giuridica extrapenale, anche G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale*, op. cit., p. 81 ss.; 84. Secondo l'A., «La completa indifferenza e insensibilità alle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che a torto o a ragione la comunità medico scientifica ritiene fra i più promettenti per la cura di numerose e gravi patologie, costituisce un ulteriore e importante limite della disposizione in esame».

<sup>(108)</sup> In termini simili si era già espressa la legislazione precedente alla riforma.

<sup>(109)</sup> Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, in <http://noticias.juridicas.com>

<sup>(110)</sup> Secondo parte della dottrina, il concetto di "vitalità" presenta un significato ambiguo: in tal senso Y. GOMEZ SANCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas, Madrid 1994, p. 148; nonché M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, op. cit., p. 69; J. GARCÍA GONZALES, *Limites penales a los ultimo avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid 2001, p. 70 ss., che critica la nozione, in quanto suscettibile di dar luogo a una violazione del principio della dignità umana. Sulla nozione di "vitalità" si è pronunciato il Tribunale Costituzionale spagnolo con due sentenze, 212/96 e 116/99, nelle quali ha affermato che tale concetto allude alla capacità del preembrione di svilupparsi in un essere umano adulto. Secondo alcuni, con le sue pronunce il Tribunale avrebbe accolto una concezione biologica di "vitalità", intesa come capacità fisiologica di attuare un procedimento di suddivisione cellulare: così P.L. COPELLO, *Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo*, in *Rev. Pen.* 2004, p. 130. Per una concezione funzionale, volta a considerare come "non vitali" persino quei preembrioni soprannumerari i

cellule staminali degli embrioni non più in grado di svilupparsi – è soltanto con la *Ley* 45/2003<sup>(111)</sup> che viene specificamente affrontato il problema dell'utilizzo dei preembrioni soprannumerari abbandonati, a prescindere dalla loro condizione di vitalità<sup>(112)</sup>.

Questa normativa – che modificava in alcuni punti la precedente legge, senza sostituirsi formalmente ad essa – stabiliva che i genitori biologici potessero scegliere la destinazione dei preembrioni crioconservati prima della sua stessa entrata in vigore: o disponendone la crioconservazione fino al trasferimento in utero; o donandoli gratuitamente ad altre coppie per fini procreativi; o destinandoli alla ricerca scientifica; o autorizzando lo scongelamento senza altri fini e, quindi, la soppressione (*Disposición final primera*).

Sebbene questa disposizione garantisse la ricerca scientifica – bene rilevante ai sensi dell'articolo 44.2 della Costituzione spagnola –, permettendo persino la sperimentazione sui preembrioni vitali crioconservati, essa fu criticata in dottrina perché apprestava un trattamento discriminatorio nei confronti dei preembrioni soprannumerari, escludendo l'uso per scopi scientifici soltanto di quelli crioconservati dopo la sua stessa emanazione<sup>(113)</sup>.

Una vera svolta per il progresso della ricerca sulle cellule staminali embrionali si è avuto con la *Ley* 14/2006<sup>(114)</sup>: l'art. 15, infatti, autorizza la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari derivanti da processi di procreazione medicalmente assistita, eliminando sia il requisito della vitalità introdotto con la *Ley* 35/88, sia il limite temporale relativo alla data di crioconservazione posto dalla *Ley* 45/2003.

L'autorizzazione risulta subordinata al rispetto di una serie di scrimi-

---

quali, una volta rifiutati dalla coppia biologica, non avrebbero prospettive di essere trasferiti nell'utero materno, si veda C. ROMEO CASABONA, *La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo*, in *La Ley* 2002, n. 5467, p. 3.

<sup>(111)</sup> *Ley* 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la *Ley* 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, in <http://civil.udg.es>

<sup>(112)</sup> Sulla necessità di legittimare la sperimentazione sui preembrioni soprannumerari mediante una precisa disposizione legislativa e non mediante un'interpretazione flessibile del concetto di "vitalità, si era espressa la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?*, II Informe, aprile 2000, p. 21, in [www.cnb.uam.es](http://www.cnb.uam.es)

<sup>(113)</sup> In senso critico si veda S. PENASA, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, a cura di E. CAMASSA – C. CASONATO, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, 2005, p. 128; nonché P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La investigación y experimentación con embriones humanos: aspectos éticos y jurídicos*, in *Cuad. De Bioética* 2006, p. 163 ss.

<sup>(114)</sup> *Ley* 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, in <http://www.pcb.ub.es>



nanti procedurali, le quali, pur mantenendo ferma la flessibilità della legislazione, garantiscono un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco<sup>(115)</sup>. La sperimentazione, in tal senso, richiederà l'autorizzazione dei genitori biologici; potrà essere effettuata in centri sanitari autorizzati e soltanto su preembrioni che non abbiano superato i quattordici giorni di sviluppo; andrà realizzata sulla base di un progetto autorizzato dalle autorità sanitarie competenti.

Il compimento di una sperimentazione in violazione delle predette condizioni di legittimità è qualificata come infrazione amministrativa molto grave (art. 15, c., n. 4) e, in quanto tale, è punita con la multa da 10.001 a un milione di euro.

Prendendo come modello la *Ley 14/2006*, quindi, si potrebbe costruire anche in Italia, *de lege ferenda*, un modello di legittimazione flessibile, fondato sulla costituzione di un organo *ad hoc* – composto da scienziati, giuristi e bioeticisti –, che abbia la funzione di prendere in esame e autorizzare i progetti di sperimentazione sugli embrioni soprannumerari, per la cui effettuazione sarebbe comunque necessario il consenso parentale. A tal fine, occorrerebbe stabilire un termine di tempo massimo per la crioconservazione degli embrioni, scaduto il quale i genitori biologici andrebbero consultati per decidere se procedere all'impianto in utero o se destinare alla ricerca gli embrioni congelati, comunque destinati a perire in assenza del predetto impianto.

Le scriminanti procedurali consistono in procedimenti amministrativi volti ad accertare i presupposti di sicurezza di un certo fatto, così da qualificarlo, in assenza di quei requisiti di legittimità, tipico (se di per sé lecito, ma soggetto a limiti amministrativi da rispettare) o antiggiuridico (se di per sé illecito ma autorizzabile in via amministrativa)<sup>(116)</sup>. Il ricorso a esse potrebbe, dunque, costituire un mezzo essenziale per legittimare anche nel nostro ordinamento la sperimentazione sugli embrioni soprannumerari che si trovino in accertate condizioni di abbandono<sup>(117)</sup> e che, in assenza

<sup>(115)</sup> In tal senso, S. PENASA, *La fragil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rigida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento*, in *Rev. de Bioética e Der.* 2010, n. 19, p. 6, secondo cui «La evolución del procedimiento normativo español parece optar por una elaboración procesal de los instrumentos de garantías y regulación del ámbito biojurídico mediante un sistema basado en la complementariedad entre poder representativo y competencia técnica»

<sup>(116)</sup> Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 28; ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 1671-1672. Secondo l'A., in ambito bioetico, le scriminanti procedurali dovrebbero considerarsi come elementi esterni al fatto tipico, e quindi come vere e proprie cause di giustificazione.

<sup>(117)</sup> In questi termini si è espresso M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. Pen.* 2007, p. 908: « Che sia un aborto, una sperimentazione su embrioni o l'effettuazione di una terapia sperimentale o la pratica di forme

di disposizioni che ne regolino le sorti, sarebbero da considerarsi come «esistenze *in nuce* destinate all'ibernazione perpetua»<sup>(118)</sup>.

Del resto, è proprio nel settore bioetico che questa speciale tipologia di cause di giustificazione trova terreno fertile: di fronte a interessi contrapposti costituzionalmente equivalenti, il cui livello di tutela da garantire rischierebbe di dipendere dalle personali opzioni ideologiche del legislatore, sarebbe opportuno che le norme non vietino, né liberalizzino, ma operino dei bilanciamenti che lascino al singolo la possibilità di decidere autonomamente<sup>(119)</sup>.

L'art. 13 della legge n. 40/2004, invece, incriminando la sperimentazione sugli embrioni umani *tout court* – senza specificare cosa si intenda per “embrione” e senza diversificare la regolamentazione a seconda del concreto stato in cui esso si trovi, eventualmente mediante la predisposizione di una serie di scriminanti procedurali – rimanda a un diritto punitivo di matrice etica, rigido e intransigente nella sua incapacità di bilanciare gli interessi contrapposti in gioco.

In tal senso, va apprezzata la normativa spagnola che ha predisposto una regolamentazione della sperimentazione flessibile e ragionevole, in quanto attuabile mediante un sistema “procedimentale” che consente una valutazione caso per caso della validità dei singoli progetti scientifici e delle possibilità di sopravvivenza dei *preembriones sobrantes*. Essa – attribuendo alla vita dell'embrione una tutela effettiva e funzionalmente orientata a garantire il suo potenziale sviluppo in un essere umano adulto, senza precludere alla ricerca scientifica la possibilità di utilizzare quei preembrioni soprannumerari per i quali, invece, non vi sia alcuna prospettiva di esistenza futura – ha, quindi, realizzato un equo bilanciamento degli interessi giuridici che vengono in rilievo in questo ambito.

---

di eutanasia consensuale, in ogni caso la liceità del fatto può richiedere l'intervento regolatore preventivo di un soggetto o di un comitato competenti a bilanciare i profili tecnici e morali della scelta da compiere, a risolvere alcune situazioni di conflitti di doveri, o a verificare i requisiti di sussistenza del consenso attualmente prestato da un soggetto».

<sup>(118)</sup> L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, op. cit., p. 70.

<sup>(119)</sup> In questi termini M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 29-30. Secondo l'A. «La “giustificazione”, in definitiva, non esprimerebbe un giudizio positivo dell'ordinamento in termini di valutazione sostanziale». *Contra* M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1277; 1283, secondo cui il giudizio di preminenza di un interesse rispetto a quello a esso contrapposto sarebbe implicito nella predisposizione della stessa causa di giustificazione procedurale, che attribuirebbe un diritto «ancorché limitato nelle modalità di esercizio».

## 7. Conclusioni.

Volendo trarre delle conclusioni su questa breve analisi circa la compatibilità del delitto di sperimentazione sugli embrioni umani con i principi fondamentali del diritto penale, è lecito ipotizzare che l'indeterminatezza degli elementi costitutivi di fattispecie e l'irragionevole anticipazione di tutela, siano riconducibili agli scopi etici che il legislatore ha perseguito introducendo la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita.

Egli, cioè, più che assegnare alla vita dell'embrione uno spazio di tutela realmente forte, avrebbe inteso predisporre delle norme a valenza puramente simbolica, finalizzate in realtà a inibire pratiche biotecnologiche che sono ancora biasimate dalle correnti politiche, giuridiche e scientifiche a stampo prevalentemente etico<sup>(120)</sup>, in quanto "manipolerebbero" la natura.

Se il legislatore avesse realmente inteso la vita dell'embrione come bene giuridico in senso stretto, anziché come strumento di rafforzamento dell'etica sociale, avrebbe formulato norme sufficientemente determinate: «dire "i diritti sono certi" significa, dal punto di vista interno, che le norme che li proteggono sono sufficientemente chiare»<sup>(121)</sup>.

L'esigenza di tutelare il prodotto del concepimento avrebbe richiesto non una regolamentazione rigida, bensì una disciplina flessibile, che, distinguendo lo *status* degli embrioni in attesa di trasferimento da quello degli embrioni soprannumerari in condizioni di abbandono, stabilisse in modo preciso quale sorte destinare a questi ultimi. L'assenza di soluzioni alternative all'utilizzo degli embrioni per finalità riproduttive intraparentali – non essendo prevista nel nostro ordinamento l'adozione degli embrioni in condizioni di abbandono – sembra mostrare, invece, che il legislatore ha preferito disporre la crioconservazione a tempo indeterminato degli embrioni, fino alla loro naturale estinzione *in vitro*, piuttosto che prospettare loro un progetto di vita al di fuori dell'ambiente familiare biologico.

Il bene giuridico della vita dell'embrione, insomma, sembra passare in secondo piano rispetto alla tutela dell'ambiente familiare "naturale", sulla base di punti di vista etici alquanto discutibili. Ce lo conferma l'art. 5 della legge 40, secondo cui «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Sulla base di questa norma – la cui violazione è punita, in base all'art.

<sup>(120)</sup> Cfr. L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 677 ss.

<sup>(121)</sup> A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA. VV., *La bilancia e la misura: giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASI – M. PALMA, FrancoAngeli, Milano 2001, p. 20.

12, comma 2, con la sanzione amministrativo-pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro – non si potrà procedere a trasferire l’embrione prodotto *in vitro* mentre entrambi i genitori erano in vita, qualora, tra il momento della fecondazione e quello del trasferimento, il padre sia venuto a mancare. Non si potrà, d’altronde, impiantare l’embrione nel ventre di una madre surrogata, qualora il genitore deceduto dopo la fecondazione *in vitro* sia la madre naturale, poiché si configurerebbe il delitto di cui all’art. 12, comma 6, punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Né, infine, si potrà procedere all’adozione dell’embrione da parte di una coppia esterna, come poc’anzi accennato. Questo significherebbe che l’embrione “orfano” sarà destinato anch’egli a morire: quasi a dire che è meglio non venire in essere piuttosto che nascere in una famiglia in cui manchi un genitore o in una famiglia biologicamente estranea.

La stessa aberrante situazione si presenterebbe qualora, dopo la fecondazione *in vitro*, la coppia genitoriale si separasse e uno dei due decidesse di revocare il proprio consenso al trasferimento uterino<sup>(122)</sup>. Basti ricordare un’ordinanza del Tribunale di Bologna del 2000<sup>(123)</sup> con cui il giudice, di fronte alla richiesta della ex moglie di procedere comunque all’impianto dell’embrione, ha negato il diritto alla procreazione della donna, e implicitamente il diritto alla vita del concepito, affermando che dovessero essere, invece, salvaguardati il diritto di non procreare del padre e il diritto del nascituro (*rectius*, del mai nato!) ad avere due genitori<sup>(124)</sup>.

Non sembra, quindi, che il legislatore abbia mirato a tutelare la vita embrionale, contrariamente a quanto affermato nell’art. 1 della legge 40/2004. Il vero scopo sembra, invece, essere stato quello di colpire la libertà della ricerca: lo prova il fatto che la sperimentazione, delitto in cui sarebbe insita una finalità scientifica, è punita più gravemente della fattispecie di soppressione, nonostante quest’ultima sia connotata da un maggiore disvalore sul piano oggettivo, consistendo nella causazione della morte dell’embrione<sup>(125)</sup>.

---

<sup>(122)</sup> Sebbene ai sensi dell’art. 6, comma 3, la volontà dei genitori ricorrenti alla P.M.A. possa essere revocata «fino al momento della fecondazione dell’ovulo», tale revoca non risulta sanzionata in alcun modo. In ogni caso, la norma che dispone l’irrevocabilità del consenso contrasterebbe, nell’ipotesi di separazione dei coniugi, con gli artt. 5 e 12, comma 2, con cui il legislatore, come sopra visto, punisce l’applicazione delle tecniche di procreazione assistita su coppie i cui componenti non siano coniugati o conviventi: come dire che la stessa legge, in caso di separazione, annulla il consenso all’impianto dell’embrione nel grembo materno.

<sup>(123)</sup> Tribunale di Bologna, ord. 9 maggio 2000, in *Fam. e dir.* 2000, n. 5, p. 487 ss.

<sup>(124)</sup> Sul punto, si veda S. AMATO, *Biogurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 83-84, secondo cui «Suona alquanto bizzarra questa negazione di ogni speranza di vita dell’embrione in nome del suo diritto a un equilibrato rapporto familiare».

<sup>(125)</sup> La soppressione di embrioni umani è punita – in base al comminato disposto dei commi 1 e 6 dell’art. 14, l. 40/2004 – con la reclusione fino a tre anni e con la multa da

Risulta, dunque, manifestamente irragionevole<sup>(126)</sup> punire una fattispecie a pericolo presunto – la sperimentazione – più gravemente di una fattispecie di danno – la soppressione – posta a tutela del medesimo bene giuridico<sup>(127)</sup>: a parità di rango del bene tutelato, infatti, la sanzione predisposta a livello edittale dovrà essere più grave per il delitto che punisca la lesione effettiva del bene, rispetto a quello che preveda un'anticipazione di tutela.

In base alle valutazioni effettuate, bisogna concludere che il legislatore ha fatto ricorso alla sanzione penale in questo campo per infliggere un castigo a quegli scienziati indifferenti ai valori dell'etica e della religione<sup>(128)</sup>: si tratterebbe, cioè, di un diritto penale dell'autore più che del fatto<sup>(129)</sup>. In tal senso, la pena assumerebbe la forma di uno strumento di carattere "culturale", volto, cioè, ad affermare la rilevanza di quei valori propugnati

---

50.000 a 150.000 euro. La sperimentazione su un embrione, invece, è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

<sup>(126)</sup> Si fa qui riferimento al giudizio di ragionevolezza in senso relativo, basato sul confronto tra la norma impugnata e un'altra disposizione, che fungerebbe da *tertium comparationis*, alla luce del principio costituzionale di eguaglianza. Sul punto, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale. Esame analitico e ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano 1976, p. 51; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, p. 291 ss.; L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, op. cit., p. 163 ss.; ID., *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.* 1984, p. 230 ss. Di «circuito trilatero», parla A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto*, op. cit., p. 456 ss.

<sup>(127)</sup> Sulla necessaria omogeneità che deve sussistere tra le fattispecie messe a confronto, si veda A. CERRI, *L'eguaglianza della giurisprudenza nella Corte Costituzionale*, op. cit., p. 107; L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, op. cit., p. 248; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*; Giuffrè, Milano 1989, p. 329; D. MICHELETTI, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, in *Giur. cost.* 1996, p. 3383. In giurisprudenza, si veda, Corte Cost. n. 287 del 2001, in <http://dejure.giuffre.it>, nonché, di recente, Corte Cost. n. 22 del 2007, in <http://dejure.giuffre.it>.

<sup>(128)</sup> Si veda E. DOLCINI, *Fecundazione assistita e diritto penale*, op. cit., p. 129, secondo cui anche nel campo delle biotecnologie sull'embrione si potrebbe parlare, in riferimento all'inusitato rigore delle sanzioni comminate, di "diritto penale del nemico": «a scorrere la legge n. 40/2004 parrebbe che in Italia il "nemico" abbia assunto i connotati del medico che vada oltre questo o quel limite imposto dalla legge ai trattamenti di pma». Per la categoria in questione, che trova il suo terreno di elezione nell'ambito della lotta al terrorismo, si vedano M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino-G. Forti, I, Jovene, Napoli 2007, p. 79 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 53 ss; nonché F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.

<sup>(129)</sup> Cfr. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, op. cit., p. 537-538; l'A., addebitando ai *mass media* la costruzione di "classi pericolose" di soggetti, sostiene che «L'ombra del rischio viene proiettata all'esterno e si addensa – con effetti di rassicurazione simbolica – attorno al capro espiatorio, ben individuato e individuabile, proprio grazie allo stigma inflitto dal diritto penale del nemico».

da quei gruppi politici eticamente orientati, qualificabili come «imprenditori di moralità»<sup>(130)</sup>, i quali non fanno altro che operare una strumentalizzazione dell'embrione ben più deprecabile, in quanto fine a se stessa, di quella operata in senso solidaristico da quei ricercatori, che a tutt'oggi si prodigano per trovare terapie geniche finalizzate a salvare migliaia di vite umane.

Non sarà, comunque, più possibile procrastinare un riequilibrio legislativo degli interessi in gioco nell'ambito della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali, quando la sperimentazione porterà a risultati scientifici tali da poter affermare con certezza che l'estrazione di cellule staminali di un embrione X possa favorire un determinato soggetto Y su cui esse andrebbero impiantate. In tal caso, infatti, il diritto alla vita degli embrioni soprannumerari andrà controbilanciato non soltanto con la libertà della ricerca scientifica, ma anche con il diritto alla salute e alla vita del soggetto donatario delle cellule staminali embrionali<sup>(131)</sup>.

VINCENZO TIGANO

<sup>(130)</sup> Il termine è stato coniato da E. PALIERO, *Consenso e legislazione penale*, op. cit., p. 879-880, secondo cui «Per “imprenditori di moralità” si intendono quei gruppi organizzati, all'interno della società, che per affermare un loro credo religioso o morale, o una loro specifica identità sociale o culturale [...] mobilitano e trasportano consenso verso scelte criminalizzatrici che li “rilancino”, socialmente o politicamente»; il termine è stato ripreso da Id., *La maschera e il volto*, op. cit., p. 534-535; l'A., rilevando le connessioni tra sistema penale e sistema mass-mediatico, afferma che entrambi sono complici nella distorsione della realtà, «facendo apparire comuni interessi solo di (una) parte; inscenando conflitti del tutto immaginari, ovvero reali, ma fra parti diverse da quelle effettive; rappresentando, infine, come effettiva una tutela soltanto, e consapevolmente, simbolica. In una parola, facendo della pura ideologia». Sulla questione del paradigma “idealistico” del diritto penale, volto cioè a garantire l'affermazione di principi ideologici a prescindere dall'effettività della norma, si veda Id., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 459. Sul punto, si veda, inoltre, E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1993, p. 82. Della funzione «simbolico-espressiva» dello strumento penale nell'ambito della bioetica, parla M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, op. cit., p. 21. Si veda, inoltre L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, op. cit., p. 680.

<sup>(131)</sup> Cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, Brescia 2010, p. 62-63, secondo cui, in base all'art. 2 par. 2 del *Grundgesetz* (“Ognuno ha diritto alla vita e all'incolumità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Questi diritti possono essere limitati soltanto in base ad una legge”), un intervento del legislatore tedesco volto a legittimare l'uccisione di embrioni per il conseguimento di cellule staminali non potrebbe essere giustificato allo stato attuale delle conoscenze scientifiche sull'uso terapeutico delle cellule staminali embrionali. L'A., infatti, rileva che «In realtà si tratta, nel caso dell'interesse di ricerca, non della vita presente o della salute attuale di singoli o di alcuni uomini, ma di aspettative del tutto incerte, di aspettative di poter ottenere dalla ricerca sulle staminali forse un giorno un rimedio per malattie finora non curabili».



## EVASIONE FISCALE E POLITICA CRIMINALE: CONSIDERAZIONI SULL'INOPPORTUNITÀ SISTEMICA DELLA MANCATA CORRESPONSABILIZZAZIONE DEGLI ENTI NEI REATI TRIBUTARI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Evoluzione del sistema punitivo in materia tributaria (*cenni*). – 3. La responsabilità degli enti *ex d. lgs. 231/2001*: soggetti e criteri d'imputazione, apparato sanzionatorio e categoria (in continuo divenire) dei reati presupposto (*cenni*). – 4. Evasione fiscale e politica criminale: ragioni (quali?) di un'esclusione.

### 1. *Introduzione.*

L'introduzione nell'ordinamento italiano della responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, in conseguenza dei reati commessi da esponenti o dipendenti nell'interesse o a vantaggio degli enti medesimi, segna una svolta radicale rispetto alla tradizionale impostazione che considerava la persona fisica unica destinataria della sanzione punitiva<sup>(1)</sup>.

A fronte della prescelta soluzione minimalista rispetto all'orizzonte fissato dall'art. 11 della legge delega 29.09.2000, n. 300, dopo un decennio dall'entrata in vigore del d. lgs. 08.06.2001, n. 231, la progressiva espansione dei reati che presuppongono la responsabilità dell'ente ha manifestato la differente capacità di sviluppo della "parte speciale" di questa disciplina le cui logiche di politica criminale<sup>(2)</sup> intersecano necessità e simbolismo. Se da una parte, infatti, il Governo ha attuato la delega solo in relazione ai delitti lesivi degli interessi patrimoniali e finanziari della pubblica amministrazione (art. 24), nonché alla concussione e corruzione (art. 25)

---

<sup>(1)</sup> ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, pag. 25, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002.

<sup>(2)</sup> Intesa quale l'insieme delle valutazioni e misure della società, aventi lo scopo di abbassare il numero delle offese all'ordinamento giuridico-penale, che si sviluppa verso un piano di razionalità strumentale ed i cui principi attengono alla scelta ed alla strutturazione di mezzi appropriati per fini pre-determinati. PULITANÒ, *Politica criminale*, pag. 3 ss., in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, 1985.



per i quali sussisteva un obbligo sovranazionale di corresponsabilizzazione degli enti<sup>(3)</sup>, dall'altra ci si chiede se ed a quale logica corrisponda l'inserimento di alcuni reati che non esprimono il disvalore dell'illegalità d'impresa e, in particolare, l'esclusione di altri (come i reati tributari) che si collocano tra "quelli naturalmente destinati a fungere da presupposto per la responsabilità dell'ente" perché "espressione di una vera e propria politica d'impresa, volta ad ottenere un risparmio fiscale" illecito<sup>(4)</sup>. Nonostante la realistica scelta di contenere, almeno nella fase iniziale, l'applicazione del nuovo istituto "allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento"<sup>(5)</sup>, deve osservarsi come l'ampliamento della categoria dei reati presupposto tradisca l'approccio di un "legislatore privo di autentico progetto, sottoposto alla tirannia dell'urgenza e a un processo di contingenza, oscillante tra spinte po-

<sup>(3)</sup> Il riferimento è alla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26.07.1995 ed al primo Protocollo del 1996, nonché alla Convenzione sulla lotta contro la corruzione in cui sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 26.05.1997, ed alla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17.12.1997.

<sup>(4)</sup> ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, pagg. 229 ss. Secondo ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 28, "il reato d'impresa si differenzia profondamente da quello ordinario perché esso è inserito in una struttura organizzativa, senza la quale non sarebbe stato pensabile e non avrebbe potuto essere materialmente commesso [...] la commissione del reato non è – quasi mai – frutto della scelta autonoma ed individuale del singolo [...], ma per gran parte ha la sua origine nell'impresa, che si manifesta nella strumentalità al raggiungimento di un obiettivo il quale non è (direttamente) dell'autore ma prevalentemente della *societas*". Sulla cultura di impresa come presupposto dell'illecito, si rinvia alle interessanti riflessioni di GRILLO, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del d. lgs. 231/2001*, in *Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?* (a cura di ABRIANI-MEO-PRESTI), *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2009, pagg. 209 ss.

<sup>(5)</sup> Relazione allo schema di decreto legislativo, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, pag. 518. In dottrina non si è registrata una posizione univoca. Se l'approccio minimalista è stato infatti censurato da PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pagg. 135 ss.; DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pagg. 57 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pagg. 415 ss., un apprezzamento per l'adeguamento progressivo si registra in CARMONA, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Riv. It.*, 2003, pagg. 1001 ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pagg. 1126 ss.; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.* 2002, pag. 398.

litico-criminali contraddittorie, privo della capacità di bilanciare e mediare esigenze contrapposte all'interno di una prospettiva di lunga durata"<sup>(6)</sup>. Ed è proprio in questa prospettiva che occorre chiedersi se la perdurante mancata previsione dei reati tributari nella corresponsabilizzazione dell'ente non riveli un legislatore poco coraggioso o, comunque, non realmente intenzionato a "ricercare strumenti di tutela tecnicamente più sofisticati o più onerosi sul piano socio-economico"<sup>(7)</sup>.

Se la sanzione rappresenta lo strumento predisposto dall'ordinamento per assicurare l'osservanza del precetto, sul piano tributario essa riveste importanza ulteriore perché alla funzione di assicurare l'osservanza del precetto si affianca quella di garantire il gettito erariale<sup>(8)</sup>. La sanzione costituisce una, necessariamente non l'unica, leva nel rapporto tra politica criminale e reati tributari (o meglio, in un'ottica più ampia, tra politica sanzionatoria<sup>(9)</sup> ed illecito tributario) valorizzando l'idea che ove l'illecito sia espressione di una vera e propria politica d'impresa è (anche) l'impresa che deve sopportare le conseguenze della violazione del precetto connesso al rapporto fiscale. Nonostante l'attuale disciplina penale tributaria segni un'inversione di rotta verso i criteri di offensività e sussidiarietà di un diritto penale razionale<sup>(10)</sup>, avuto riguardo alle finalità della sanzione in am-

<sup>(6)</sup> Così FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, pagg. 105 ss.

<sup>(7)</sup> IBIDEM, *cit.*, pag. 93. Sul contributo che le scienze empiriche possono dare alla conoscenza della criminalità e alla predisposizione di strategie di contrasto efficaci si veda anche PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pagg. 430 ss.

<sup>(8)</sup> FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, pag. 617. Le prestazioni pecuniarie richieste ai cittadini rappresentano la principale fonte di reddito nello Stato moderno ed il concorso alla spesa pubblica, in ragione della propria capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione, costituisce un dovere di solidarietà economica il cui adempimento è posto dall'art. 2 Cost..

<sup>(9)</sup> Secondo PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigma-tica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 4, pag. 1011, la nozione di diritto sanzionatorio trova i suoi "precedenti terminologici più specifici nei sintagmi "diritto penale amministrativo" e "diritto sanzionatorio amministrativo". Essa si erge a categoria nuova, che travalica gli stessi limiti del diritto sanzionatorio amministrativo per assumere contorni più ampi, con la tendenza, almeno sul piano concettuale, a salire di livello per inglobare anche la legislazione speciale di marca criminale". Nella relazione allo schema di d. lgs. 231/2001 vi è cenno ad una "tendenza più generale, forse irreversibile, verso la progressiva assimilazione dei due modelli", di responsabilità amministrativa e penale, "che tendono a confluire in una sorta di diritto sanzionatorio unitario, soprattutto in materia economica".

<sup>(10)</sup> Tale cambiamento ha avuto diverse matrici: "da un lato il consolidarsi del diritto penale dell'*extrema ratio* di radice costituzionale, con i suoi corollari miranti ad una criminalizzazione minima, ma razionale ed effettiva" e "dall'altro la lotta all'evasione fiscale che si riproponeva con crescente attualità non solo come categoria politica ma come necessità etico-economica. Da qui la spinta verso una riforma che potesse finalmente rappresentare un ribaltamento delle precedenti opzioni politico-criminali lungo un crinale che riconduce il diritto penale tributario alla casa madre comune del diritto penale valorizzando fino in fon-

bito tributario, ci si chiede se a dieci anni dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/2001 sia ancora opportuno, in termini di prevenzione generale, escludere i reati tributari dalla disciplina della responsabilità degli enti e se, *de iure condendo*, tale inclusione non incida positivamente sull'individuato "collegamento funzionale fra strategie di prevenzione dei reati e criteri di analisi economica esperibili da parte del potenziale autore circa l'opportunità o meno di commettere il reato" <sup>(11)</sup>. Un interrogativo che appare lecito porsi avuto riguardo alle conseguenze negative nei campi dello sviluppo economico, del risanamento e dell'equità fiscale provocate dal fenomeno dell'evasione stimata in "oltre 76 miliardi di euro di mancati introiti per l'erario per il 2006, che corrispondono a circa il 6% del PIL e a circa il 19,1% delle entrate di competenza del bilancio dello Stato al netto dei ruoli". Un fenomeno che "causa distorsioni ed inefficienze al normale funzionamento della concorrenza e del mercato, determina una sottrazione di risorse a danno del bilancio pubblico e comporta un livello della pressione fiscale più elevata per i contribuenti che adempiono correttamente ai propri doveri fiscali. Inoltre la presenza dell'evasione fiscale tende a confondere i confini tra attività legali ed illegali". A fronte di questa realtà, "la strategia del Governo nella lotta all'evasione mira a mantenere un impegno costante e credibile nell'attività di contrasto con l'obiettivo di ricondurre il fenomeno entro limiti ritenuti fisiologici o adeguati al livello riscontrato nelle principali economie avanzate", da perseguire mediante "la razionalizzazione del sistema tributario, il miglioramento della legislazione fiscale e dell'efficienza dell'attività di accertamento e controllo condotta dall'amministrazione finanziaria, la semplificazione degli adempimenti fiscali per ridurre i costi dell'adempimento e favorire così un corretto rapporto tra fisco e contribuente, in modo da indurre questi ultimi ad incrementare la quota di adempimento spontaneo" <sup>(12)</sup>. Tuttavia, "l'adempimento, da

---

do la funzione di difesa dei valori consolidati, limitandosi a sanzionare solo i comportamenti lesivi degli interessi patrimoniali dell'erario e attuando, in ultima analisi, i postulati del diritto penale dell'*extrema ratio* anche in materia fiscale", così MUSCO, *Reati Tributari* (voce), in *En. dir., Annali*, I, Milano, 2007, pag. 1042. Si veda anche MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, pagg. 19 ss.

<sup>(11)</sup> PALIERO, *L'economia della pena, Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, pag. 1386.

<sup>(12)</sup> Relazione al Parlamento concernente i risultati derivanti dalla lotta all'evasione del 17.07.2009, pagg. 4 ss.: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer?tipo=BGT&id=427919>. Sul punto si veda anche l'audizione del Comandante Generale della Guardia di Finanza, Gen. C.A. Nino DI PAOLO, presso la VI Commissione (Finanze) della Camera dei deputati, in data 26.01.2011: <http://www.camera.it/>; CANNARI-D'ALESSIO, *Le opinioni degli italiani sull'evasione fiscale*, in *Temidi di discussione del servizio studi della BANCA D'ITALIA*: [http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/econo/temidi/td07/td618\\_07/td618/tema\\_618.pdf](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/econo/temidi/td07/td618_07/td618/tema_618.pdf). Significativo, infine, il riferimento alla c.d. lista FALCIANI, "database della vergogna documenti drammaticamente la normalità dell'evasione fiscale, la sua sistematicità in intere aree produttive del Paese", *Lista FALCIANI, indagano 120 procure*: "È la fotografia dell'Italia che eva-

parte del contribuente, del dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva non è una certezza né una presunzione, ma una mera ipotesi che oscilla tra il possibile e il probabile [...]. Poiché la sanzione viene ad essere statisticamente infrequente, dato il numero circoscritto di controlli, essa deve essere temibile per poter avere un effetto deterrente nei confronti di tutti (*ex ante*) più che un effetto repressivo (*ex post*) nei confronti dei pochi individuati come evasori. È interesse dello Stato che la prevenzione generale sia massima”<sup>(15)</sup>.

Non è certo l'occasione per trattare i diversi profili d'intervento che ne concretizzano le scelte, ma ciò non impedisce un cenno alla strategia di politica criminale che si ritiene convergere maggiormente con l'auspicato adempimento spontaneo dell'obbligazione tributaria da parte del contribuente. E questo ricorrendo alla metafora “lotta di sumo e di judo”<sup>(14)</sup> che, cogliendo le differenti filosofie di queste arti marziali, esprime come una maggiore efficacia generalpreventiva derivi dalla combinazione di strategie di politica criminale diverse: ricorrere allo strumento repressivo per contrastare la criminalità d'impresa, indicativo della forza imposta dal lottatore di sumo, affiancando una strategia di prevenzione del rischio penale d'impresa, così come il judoka che sfrutta a proprio vantaggio la forza dell'avversario. L'idea sottesa alle successive considerazioni è quindi quella di sfruttare, come leva di politica criminale, il sistema della responsabilità degli enti anticipando la soglia di prevenzione del rischio penale d'impresa rispetto alla consumazione del reato tributario<sup>(15)</sup>,<sup>(16)</sup>.

---

de”. Così BONINI, in *Repubblica*, 13.01.2011: [http://www.repubblica.it/cronaca/2011/01/13/news/indagini\\_lista\\_falciani-11162535/?ref=HREC1-10](http://www.repubblica.it/cronaca/2011/01/13/news/indagini_lista_falciani-11162535/?ref=HREC1-10)

<sup>(13)</sup> CORSO, *Politica tributaria e arma penale*, in *Corr. trib.*, 37/2006, pagg. 2940 ss. Più in generale si veda STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati* (a cura di ROMANO-STELLA), Bologna, 1980, pagg. 13 ss.; PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di MARINUCI-DOLCINI), Milano, 1985, pagg. 3 ss.

<sup>(14)</sup> STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pagg. 459 ss.

<sup>(15)</sup> ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, pag. 72. Si segnala la necessità di spostare definitivamente il baricentro degli obiettivi del diritto penale dalla repressione alla prevenzione dei reati: “non ci si può più accontentare di reprimere il reato punendo i suoi autori perché la realizzazione del *corporate crime* comporta costi sociali ed economici così incommensurabili che non possono essere ricompensati neppure da un'adeguata repressione; la parola d'ordine è ora: “prevenzione ad ogni costo e a tutto campo”. Così DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pagg. 281. Si veda anche MUSCO, *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Studium Iuris*, 1997, pag. 114; GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?*, cit., pagg. 243 ss.

<sup>(16)</sup> Il riferimento all'illecito penale tributario evoca immediatamente i reati in materia di imposte dirette e sul valore aggiunto di cui al d. lgs. 74/2000. Questi ultimi, tuttavia, non esauriscono le fattispecie di questo settore di legislazione penale speciale al quale – a titolo

## 2. *L'evoluzione del sistema sanzionatorio in materia tributaria (cenni).*

L'attuale sistema sanzionatorio tributario costituisce il punto d'arrivo di un'evoluzione normativa<sup>(17)</sup> connotata, fin dalle origini, da principi e logiche di settore che lo hanno differenziato dalle altre tipologie di illecito rendendo difficoltosa l'elaborazione di una teoria generale omogenea alle categorie elaborate negli altri rami dell'ordinamento. Tale evoluzione è caratterizzata da tre fasi individuabili, la prima, nella disciplina generale di cui alla legge 7 gennaio 1929, n. 4<sup>(18)</sup>; la successiva, nel periodo compreso tra gli anni cinquanta fino al 1997, che ha progressivamente alterato la disciplina generale con interventi episodici tali da realizzare un panorama legislativo caotico e frammentario<sup>(19)</sup>; l'ultima costituita dalla riforma del si-

---

non esaustivo – si ascrivono anche le meno note previsioni del d. lgs. 504/1995, recante il testo unico sulle disposizioni in materia di accise, recentemente rispolverate per un'evasione di 1,7 miliardi di euro, contestata dalla Procura della Repubblica di Milano alla ENI, dovuta alla mancata dichiarazione dell'esatto quantitativo di gas importato tra il 2003 ed il 2008: [http://www.fiscooggi.it/files/u27/rassegnastampa/20.12.2010\\_7\\_0.pdf](http://www.fiscooggi.it/files/u27/rassegnastampa/20.12.2010_7_0.pdf)

<sup>(17)</sup> Per l'approfondimento MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2010, pagg. 4 ss., in cui l'Autore ripercorre “gli itinerari di quello che oggi è studiato come diritto penale tributario, caratterizzato, sia pure con oscillazioni di rilievo, da un progressivo inasprimento della risposta penale, dalla minaccia di modeste sanzioni pecuniarie sino ad un sistema che conosce esclusivamente la più grave delle pene detentive temporanee”. Si veda anche ALDROVANDI, *op. cit.*, pagg. 75 ss; FANTOZZI, *Il diritto tributario, cit.*, pag. 619; MUSCO-ARDITO, *op. cit.*, pagg. 1 ss..

<sup>(18)</sup> Il merito della legge 4/1929 è quello di aver distinto tra “delitto o contravvenzione la violazione di una norma contenuta nelle leggi finanziarie per la quale è stabilita una delle pene previste dal codice penale per i delitti o, rispettivamente, per le contravvenzioni” (art. 2), adottando un criterio residuale per l'illecito amministrativo: “le leggi finanziarie stabiliscono quando dalla violazione delle norme in esse contenute e che non costituisca reato, sorga per il trasgressore l'obbligazione al pagamento di una somma, a titolo di pena pecuniaria, a favore dello Stato. L'obbligazione ha carattere civile” (art. 3). In aggiunta alle sanzioni penali ed alla pena pecuniaria era previsto che le leggi finanziarie potessero stabilire l'obbligo per il trasgressore di pagare una soprattassa a favore dello Stato, anch'essa avente carattere civile (art. 5). Le sanzioni penali e le pene pecuniarie erano poste in rapporto di alternatività, mentre la soprattassa si cumulava assumendo la natura di norma riparatoria o risarcitoria piuttosto che afflittiva, venendo così a coesistere nella disciplina delle sanzioni non penali il profilo civilistico dell'obbligazione con quello penalistico dell'afflittività.

<sup>(19)</sup> L'originaria impostazione è stata travolta dall'entrata in vigore di singole leggi d'imposta che hanno “sistematicamente ignorato il principio di fissità ed introdotto ipotesi di cumulo tra sanzioni penali e pene pecuniarie, tra sanzioni penali e soprattasse e persino tra pena pecuniaria e soprattassa”. La riforma fiscale degli anni settanta ha poi rappresentato il passaggio ad un sistema di massa caratterizzato dall'adempimento spontaneo del contribuente e quindi particolarmente esposto all'evasione per ragioni storiche, culturali ed economiche. Nella questione fiscale assume quindi centralità l'esigenza di una efficace politica deterrente perché la mancanza o insufficienza delle risorse avrebbe impedito il perseguimento degli obiettivi socio-economici, provocando inoltre una non equa distribuzione del reddito e l'acuirsi delle ingiustizie fra le diverse classi sociali: a questa esigenza è corrisposto un mutato

stema sanzionatorio, prima amministrativo e poi penale, attuata a partire dal 1997<sup>(20)</sup>.

Fino al 1997 vigeva una miriade di leggi di imposta e disposizioni speciali recanti regimi particolari la cui combinazione ha prodotto una normativa disordinata che obbligava ad una continua verifica di quali disposizioni fossero ancora applicabili in quanto non derogate. Il sistema sanzionatorio tributario venutosi così a formare si presentava inadeguato, privo di una visione unitaria della lotta all'evasione fiscale, un apparato repressivo la cui concreta applicazione risultava in contrasto con le funzioni di prevenzione generale e speciale affidategli e che si presentava ormai come un *corpus* estraneo all'ordinamento giuridico<sup>(21)</sup>. Un riassetto totale della normativa sanzionatoria appariva quindi improcrastinabile sul versante amministrativo e su quello penale disancorato dai principi di offensività e sussidiarietà presupposto di "una criminalizzazione minima, ma razionale ed effettiva"<sup>(22)</sup>. Sul primo versante vi era l'opzione tra un modello di riferimento risarcitorio o patrimonialistico adottato nella legge 4/1929 e quello afflittivo o personalistico caratterizzante la legge 689/1981 improntata ai principi del diritto penale per i quali la sanzione non è trasmissibile agli

---

atteggiamento del legislatore verso il fenomeno evasivo. Se il sempre più ampio ricorso alla pena doveva assolvere anche ad una funzione di orientamento culturale, non ha mancato di assumere una valenza fortemente simbolica soprattutto con la legge 516/1982, c.d. "manette agli evasori". Musco, *Reati Tributari* (voce), *cit.*, pag. 1040, riporta l'allarme delle stime dell'epoca per le quali l'evasione si attestava attorno al 25% del P.I.L. del paese, individuando le cause nella "flebile coscienza dei doveri cosiddetti fiscali del cittadino a dispetto delle indicazioni costituzionali di cui all'art. 53 cost., ma anche nella gravissima crisi di efficienza degli apparati amministrativo-finanziari di controllo e di repressione dell'epoca". Con la legge 516/1982 vede luce un articolato complesso repressivo in cui la tutela si è spostata dall'interesse sostanziale alla riscossione del tributo agli interessi strumentali connessi all'accertamento. Essa ha inoltre inciso su alcuni principi della legge 4/1929 abrogandone espressamente, tra gli altri, l'art. 1, secondo comma, e l'art. 21, ultimo comma, che avevano introdotto, rispettivamente, il principio di fissità e la regola della pregiudiziale tributaria. Cfr. LANZI, *Lezioni di diritto penale tributario*, Parma, 1985, pag. 16 in cui, preso atto della ristrutturazione delle fattispecie penali svincolate dalla necessità di accertamento del *quantum* evaso, l'Autore sottolinea la stranezza di una disciplina repressiva degli illeciti tributari in cui non si criminalizzi per se stessa proprio l'evasione fiscale. Accanto all'eccesso di criminalizzazione, avvertito come moralmente ingiusto, Musco, *La riforma del diritto penale tributario*, *cit.*, pag. 2464, i problemi si ebbero "là dove non era pensabile che iniziassero: e cioè nel luogo lasciato libero dalla pregiudiziale tributaria, il luogo dell'accertamento dell'evasione". Da una parte, i giudici penali si sono trovati impreparati a gestire i processi per reati tributari e costretti a ricorrere al sapere specializzato del perito in funzione di surroga dell'accertamento del giudice tributario, con gli inevitabili allungamenti dei tempi e dell'esito processuale, e, dall'altra, la criminalizzazione a tappeto ha provocato un ingolfamento delle procure, *Id.*, *Reati Tributari*, *cit.*, pag. 1041.

<sup>(20)</sup> FANTOZZI, *Il diritto tributario*, *cit.*, pag. 618.

<sup>(21)</sup> Cfr. ALDROVANDI, *op. cit.*, pagg. 113 ss.

<sup>(22)</sup> Così MUSCO, *Reati Tributari*, *cit.*, pag. 1041.

eredi e può essere irrogata solo alle persone fisiche. La questione è stata superata con la legge delega 23 dicembre 1996, n. 662<sup>(23)</sup> in forza della quale sono stati emanati i decreti legislativi 471, 472 e 473 del 18 dicembre 1997<sup>(24)</sup>. Attraverso una riforma caratterizzata dalla codificazione dei principi generali della materia, con il D. lgs. 472/1997 si assiste ad un recupero di razionalità del sistema sanzionatorio tributario basato su “un’omogenea disciplina generale dell’illecito tributario di carattere amministrativo e [...] si costruisce tale disciplina sulla base del paradigma penalistico, recependo, innanzitutto, il principio di personalità della responsabilità” in quanto “la sanzione è riferibile alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione”: mentre il contribuente risponde del tributo, il tra-

<sup>(23)</sup> L’art. 3, comma 133°, della legge 662/1996 ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi per la revisione organica e il completamento della disciplina delle sanzioni tributarie non penali, con l’osservanza, tra gli altri, dei seguenti principi e criteri direttivi: adozione di un’unica specie di sanzione pecuniaria amministrativa, assoggettata ai principi di legalità, imputabilità e colpevolezza; riferibilità della sanzione alla persona fisica autrice o coautrice della violazione secondo il regime del concorso adottato dall’articolo 5 della legge 689/1981 e previsione della intrasmissibilità dell’obbligazione per causa di morte; previsione di obbligazione solidale a carico della persona fisica, società o ente, con o senza personalità giuridica, che si giova o sul cui patrimonio si riflettono gli effetti economici della violazione; previsione dell’applicazione della sola disposizione speciale se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una che prevede una sanzione amministrativa. Applicando anche in questo ambito la regola dell’art. 9 della legge 689/1981 viene così superato il cumulo determinato dall’art. 10 della legge 516/1982 che la dottrina non ha mancato di stigmatizzare quale violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Sul punto si è tuttavia espressa la Corte costituzionale nell’ordinanza 409/1991: “la non operatività, per le violazioni I.V.A., del principio di specialità fra sanzioni penali ed amministrative in via generale stabilito dall’art. 9, legge n. 689/1981 [...] è in ogni caso giustificata dalla peculiarità del tributo, considerato fondamentale nel quadro della politica finanziaria ed in quanto tale richiedente maggior rigore”. TRAVERSI, commento all’art. 19, in *Diritto e procedura penale tributaria (commentario al Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, a cura di CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *cit.*, pagg. 478 ss. Il necessario superamento del principio del cumulo sanzionatorio altro non è che la conseguenza dell’aver modellato l’illecito tributario non penale sullo stampo dell’illecito penale con la conseguenza che “applicare cumulativamente allo stesso fatto le due sanzioni significa, in certo qual modo, duplicare assurdamente la stessa sanzione”. Così FALSITTA, *L’aberrante cumulo materiale fra sanzioni penali e sanzioni amministrative tributarie nel decreto delegato n. 74/2000*, in *La riforma dei reati fiscali: abuso di delega ed eccessi repressivi, Atti del Convegno di studi di Milano 8 novembre 2000* (in allegato a *Il fisco* n. 12/2001). Il legislatore delegato ritenne di non dover dare immediata attuazione al principio di specialità nelle sanzioni tributarie decidendo di procrastinarne l’attuazione in sede di riforma del sistema penale tributaria. Si veda anche CARACCIOLI-FALSITTA, *Il principio di non cumulabilità fra sanzioni penali e sanzioni tributarie e la sua aberrante mutilazione col decreto delegato n. 74/2000*, in *Il fisco*, 31/2000, pag. 9746.

<sup>(24)</sup> Recanti, rispettivamente, la riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi; disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie; la revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti.

sgressore della norma tributaria incorre nella sanzione in quanto autore della violazione<sup>(25)</sup>. Seppur avvertito come necessario scindere la responsabilità per l'illecito tributario dalla mera posizione di contribuente, l'integrale trasposizione nel settore dell'illecito amministrativo dei classici canoni d'imputazione del diritto penale ha tuttavia ostacolato l'introduzione di forme di responsabilità amministrativa in capo all'ente collettivo, nonostante non vi fossero preclusioni<sup>(26)</sup>.

L'evoluzione del sistema sanzionatorio tributario registra un ulteriore passaggio con la riforma del diritto penale tributario di cui al d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74<sup>(27)</sup>: dopo la prima svolta in materia penale tributaria, rappresentata dalla fallimentare esperienza della citata legge "manette agli evasori", la seconda è stata impressa dai principi e criteri direttivi dell'art. 9 della legge delega 205/1999<sup>(28)</sup> che hanno determinato una netta inver-

---

<sup>(25)</sup> Se la responsabilità del trasgressore e quella del contribuente si collocano su piani diversi, la sanzione tributaria inciderà sul patrimonio della persona fisica che ha violato la norma tributaria e non sul soggetto passivo del tributo, persona fisica o ente che sia, in quanto la previsione dell'art. 11, primo comma, del d. lgs. 472/1997 introduce in capo al contribuente solo una responsabilità solidale per il pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata: "nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazione od ente, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati solidalmente al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti". Si veda ARDITO, *Il principio della responsabilità personale nelle nuove sanzioni tributarie*, in *Boll. trib.*, 1998, pag. 408; CRUCIANI, *La responsabilità per violazioni di norme tributarie e l'imputazione delle sanzioni amministrative*, in *TributiImpresa*, 5/2004: [http://www.tributiimpresa.it/html/documenti/dottrina/A\\_Cruciani\\_La\\_resp.htm](http://www.tributiimpresa.it/html/documenti/dottrina/A_Cruciani_La_resp.htm); FALSITTA, *Confusione concettuale e incoerenza sistematica nella recente riforma delle sanzioni tributarie non penali*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, pag. 475; GALLO F., *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, pag. 11.

<sup>(26)</sup> Con la recezione del principio di "personalità della responsabilità" nella sua accezione più pregnante il legislatore del 1997 si è spinto oltre le esigenze poste dalla stessa Costituzione: "ciò che il principio di ragionevolezza imponeva era lo sganciamento della responsabilità dalla mera posizione di contribuente: [...] un fatto che l'ordinamento qualifica, appunto, come illecito, non può essere fondato sulla semplice posizione sociale rivestita dal destinatario della sanzione". Così ALDROVANDI, *op. cit.*, pagg. 114 ss. Sulla non attinenza del principio della personalità della pena *ex art. 27 Cost.* alle sanzioni amministrative, Corte costituzionale: "il principio di personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali" (ord. 159/1994).

<sup>(27)</sup> Si veda anche la Relazione al D. Lgs. 74/2000: <http://www.finanzaefisco.it/Articoli/2000/depend/dlg74.pdf>.

<sup>(28)</sup> Ai sensi dell'art. 9, secondo comma, il decreto legislativo sarà informato ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere un ristretto numero di fattispecie, di natura esclusivamente delittuosa, pu-



sione di rotta e lo spostamento dell'“asse della repressione penale il più possibile in avanti sul momento della dichiarazione annuale prevista ai fini delle imposte sul valore aggiunto, allorchando si realizza, dal lato del contribuente, il presupposto obiettivo e definitivo dell'evasione d'imposta sì che le violazioni tributarie a monte della dichiarazione medesima [...] restano prive, *ex se*, di rilievo penale”<sup>(29)</sup>.

---

nite con pena detentiva compresa tra sei mesi e sei anni con esclusione del ricorso a circostanze aggravanti ad effetto speciale, caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario e dal fine di evasione o di conseguimento di indebiti rimborsi di imposta, aventi ad oggetto: 1) le dichiarazioni annuali fraudolente fondate su documentazione falsa ovvero su altri artifici idonei a fornire una falsa rappresentazione contabile; 2) l'emissione di documenti falsi diretti a consentire a terzi la realizzazione dei fatti indicati nel numero 1); 3) l'omessa presentazione delle dichiarazioni annuali e le dichiarazioni annuali infedeli; 4) la sottrazione al pagamento o alla riscossione coattiva delle imposte mediante compimento di atti fraudolenti sui propri beni o altre condotte fraudolente; 5) l'occultamento o la distruzione di documenti contabili;

b) prevedere, salvo che per le fattispecie concernenti l'emissione o l'utilizzazione di documentazione falsa e l'occultamento o la distruzione di documenti contabili, soglie di punibilità idonee a limitare l'intervento penale ai soli illeciti economicamente significativi;

c) prevedere che le soglie di cui alla lettera b) siano articolate in modo da: 1) escludere l'intervento penale al di sotto di una determinata entità di evasione, indipendentemente dai valori dichiarati; 2) comportare l'intervento penale soltanto quando il rapporto tra l'entità dei componenti reddituali o del volume di affari evasi e l'entità dei componenti reddituali o del volume di affari dichiarati sia superiore ad un determinato valore; 3) comportare, in ogni caso, l'intervento penale quando l'entità dei componenti reddituali o del volume di affari evasi raggiunga, indipendentemente dal superamento della soglia proporzionale, un determinato ammontare in termini assoluti; 4) prevedere nelle ipotesi di omessa dichiarazione una soglia minima di punibilità inferiore a quella prevista per i casi di infedeltà;

d) prevedere sanzioni accessorie adeguate e proporzionate alla gravità delle diverse fattispecie, desunta in particolare dalle caratteristiche della condotta e della sua offensività per gli interessi dell'erario;

e) prevedere meccanismi premiali idonei a favorire il risarcimento del danno;

f) prevedere la non punibilità di chi si sia uniformato al parere del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, istituito ai sensi dell'articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413;

g) uniformare la disciplina della prescrizione dei reati a quella generale, salvo le deroghe rese opportune dalla particolarità della materia penale tributaria;

h) individuare la competenza territoriale sulla base del luogo in cui il reato è stato commesso, ovvero, ove ciò non fosse possibile, del luogo in cui il reato è stato accertato;

i) prevedere l'applicazione della sola disposizione speciale quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa;

l) coordinare le nuove disposizioni con il sistema sanzionatorio amministrativo, in modo da assicurare risposte punitive coerenti e concretamente dissuasive.

<sup>(29)</sup> Musco, *Reati Tributarî* (voce), *cit.*, pag. 1040. Tale netta inversione è stata registrata anche dalla Corte costituzionale che ha evidenziato, quale politica criminale caratterizzante la riforma, l'abbandono del modello del c.d. “reato prodromico” a favore del momento dell'offesa degli interessi dell'erario (sentenza 49/2002). Per gli approfondimenti: AA.VV., *Diritto penale tributario* (a cura di Musco), Milano, 2000; AA.VV., *La riforma del diritto*

Tra i principi e criteri direttivi dell'art. 9 della legge delega il criterio della specialità in caso di concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative avrebbe dovuto trovare attuazione nell'art. 19, primo comma, del d.lgs. 74/2000 se il successivo comma non avesse previsto che “permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, comma 1, del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato”: a causa di tale rinvio all'art. 11, primo comma, non solo l'ambito di operatività del cumulo sanzionatorio risulta notevolmente esteso (essendo chiamati a rispondere della sanzione amministrativa i soggetti collettivi di qualunque tipo), ma si realizza anche “un doppio binario di disciplina a seconda del soggetto coinvolto: mentre per le persone fisiche vale il principio di specialità, per le persone giuridiche vige l'opposto canone del cumulo giuridico”<sup>(30)</sup>. Nella relazione governativa tale limite è giustificato nel bilanciamento tra l'applicazione del principio di specialità nel caso di convergenza di norme sanzionatorie eterogenee, da una parte, e l'esigenza di coordinare i sistemi amministrativo e penale “in modo da assicurare risposte coerenti e concretamente dissuasive” perché “all'affermazione del principio di specialità non

---

*penale tributario. Questioni applicative*, (a cura di SANTORIELLO), Torino, 2001; AA.VV., *Diritto penale tributario*, (a cura di FALSITTA), Milano, 2001; ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari* (a cura di GROSSO), Milano, II, 2008; BELLAGAMBA-CARITI, *Il sistema sanzionatorio tributario*, Milano, 2007; CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria, Commentario al D. lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, Padova, 2001; CERQUA-PRICOLO, *La riforma della disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 574; DI AMATO-PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Padova, 2002; DI SIENA, *La nuova disciplina dei reati tributari*, Milano, 2000; LANZI, *Le novità nella riforma del sistema penale tributario*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2000, pag. 401; ID, *Non è più reato utilizzare le fatture per operazioni inesistenti: si pronunciano le Sezioni unite* (nota a SS.UU., sent. 07.11.2000), in *Dir. pen. e proc.*, 6/2001, pag. 732; MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, pag. 119; MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010; SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2009; TERRACINA, *I reati tributari*, in *Giur. merito*, 07-08/2010, pag. 1761.

<sup>(30)</sup> Così MUSCO, *Profili costituzionali del nuovo diritto penale tributario*, in *La riforma dei reati fiscali: abuso di delega ed eccessi repressivi*, *Atti del Convegno di studi di Milano 8 novembre 2000*, in allegato a *Il fisco* n. 12/ 2001), con riferimento ai profili di legittimità del D. lgs. 74/2000 sul versante dell'eccesso di delega per violazione dell'art. 76 Cost. Stigmatizzando i motivi della relazione che sottolinea l'esigenza di introdurre un opportuno correttivo, secondo l'illustre Autore appare difficile non condividere l'irragionevolezza di una deroga ad un principio postulato come fondamentale nell'assetto della nuova disciplina argomentando esclusivamente sulla natura del soggetto autore del fatto. Si veda anche RIONDATO, *Riforma del diritto penale tributario tra abuso parlamentare della delegazione legislativa e abuso governativo della legislazione delegata*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, pag. 47; ID, *Punizioni in materia tributaria e normazione tramite legge delega e decreti legislativi*, in *La produzione di norme tributarie tra elusione dei principi costituzionali e tentativi di codificazione*, in allegato a *Il fisco* 12/2003.

deve peraltro seguire una perdita di deterrenza del sistema nel suo complesso”<sup>(31)</sup>: se la logica sottostante è quella di “evitare che il medesimo fatto venga punito due volte in capo al medesimo soggetto (una volta come illecito amministrativo e l'altra come illecito penale), mantenendo, tuttavia, la possibilità di una punizione divaricata rispetto a soggetti diversi” deve concludersi che la capacità dissuasiva del sistema sanzionatorio tributario sia in questo caso dipendente dal dato formale della veste giuridica del contribuente<sup>(32)</sup>.

Appena cinque anni dopo la riforma del sistema sanzionatorio amministrativo di cui alla legge delega 662/1996 e ad un anno dalla riforma penale tributaria di cui al d. lgs. 74/2000, il 20 dicembre 2001 il Consiglio dei ministri ha approvato il disegno di legge delega finalizzato alla predisposizione di un codice destinato a racchiudere unitariamente le disposizioni generali che informeranno il nuovo sistema fiscale. Con la successiva legge 7 aprile 2003, n. 80<sup>(33)</sup> il Governo è stato delegato ad adottare uno o più

<sup>(31)</sup> “Preoccupazioni su questo versante si connettono, per vero, all'eventualità che, in determinati frangenti, il potenziale autore d'una violazione tributaria possa considerare maggiormente temibile una sanzione amministrativa pecuniaria di elevato ammontare (quale normalmente sono quelle tributarie, ragguagliate a percentuali o multipli dell'evasione) e che verrà d'altro canto indefettibilmente applicata, piuttosto che una sanzione penale, fortemente afflittiva bensì in astratto, ma la cui esecuzione è suscettiva di venir evitata”. Dalla relazione governativa, *cit.*

<sup>(32)</sup> CARACCIOLI-FALSITTA, *Il principio di non cumulabilità fra sanzioni penali e sanzioni tributarie e la sua aberrante mutilazione col decreto delegato n. 74/2000*, in *Il fisco*, 31/2000, pag. 9747.

<sup>(33)</sup> Art. 2: 1. Il codice è articolato in una parte generale ed in una parte speciale. La parte generale ordina il sistema fiscale sulla base dei seguenti principi: a) la legge disciplina gli elementi essenziali dell'imposizione, nel rispetto dei principi di legalità, di capacità contributiva, di uguaglianza; b) le norme fiscali si adeguano ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario e non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia; c) le norme fiscali, in coerenza con le disposizioni contenute nella legge 27.07.2000, n. 212, recante disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente, sono informate ai principi di chiarezza, semplicità, conoscibilità effettiva, irretroattività; d) è vietata la doppia imposizione giuridica; e) è vietata l'applicazione analogica delle norme fiscali che stabiliscono il presupposto ed il soggetto passivo dell'imposta, le esenzioni e le agevolazioni; f) è garantita la tutela dell'affidamento e della buona fede nei rapporti tra contribuente e fisco; g) è introdotta una disciplina, unitaria per tutte le imposte, del soggetto passivo, dell'obbligazione fiscale, delle sanzioni e del processo, prevedendo, per quest'ultimo, l'inclusione dei consulenti del lavoro e dei revisori contabili tra i soggetti abilitati all'assistenza tecnica generale. La disciplina dell'obbligazione fiscale prevede principi e regole, comuni a tutte le imposte, su dichiarazione, accertamento e riscossione; h) è previsto il progressivo innalzamento del limite per la compensazione dei crediti di imposta; i) la disciplina dell'obbligazione fiscale minimizza il sacrificio del contribuente nell'adempimento degli obblighi fiscali; l) la sanzione fiscale amministrativa si concentra sul soggetto che ha tratto effettivo beneficio dalla violazione; m) la sanzione fiscale penale è applicata solo nei casi di frode e di effettivo e rilevante danno per l'erario; n) è prevista l'introduzione di norme che ordinano e disciplinano istituti giuridici tributari destinati a finalità etiche e di solidarietà sociale. Si

decreti legislativi recanti la riforma del sistema fiscale statale, basato “su cinque imposte ordinate in un unico codice: imposta sul reddito, imposta sul reddito delle società, imposta sul valore aggiunto, imposta sui servizi, accisa”<sup>(34)</sup>. Tra le disposizioni di cui all’art. 2, primo comma, della legge delega che hanno direttamente interessato il sistema sanzionatorio tributario rilevano i principi che “la sanzione fiscale amministrativa si concentra sul soggetto che ha tratto effettivo beneficio dalla violazione” (lett. l) e che “la sanzione fiscale penale è applicata solo nei casi di frode e di effettivo e rilevante danno per l’erario” (lett. m)<sup>(35)</sup>. Nonostante la riforma del 1997 abbia avuto l’indubbio merito di produrre un sistema sanzionatorio organico ed unitario, quanto al primo aspetto sono stati evidenziati alcuni profili di criticità per l’aver integralmente accolto il modello penalistico dell’esclusiva riferibilità della sanzione alla persona fisica che ha commesso o concorso a commettere la violazione, con la conseguente preclusione di ipotesi di responsabilità diretta degli enti collettivi<sup>(36)</sup>. Un’inversione di rotta si registra con la legge delega 80/2003 che incentra il momento sanzionatorio sull’effettivo beneficiario che si è sottratto all’obbligo di pagare le imposte in relazione alla sua capacità contributiva<sup>(37)</sup>. Senza attendere l’attuazione della delega, con l’entrata in vigore dell’art. 7 del D.l. 30 set-

---

rinvia a CARACCIOLI, *La necessità di una riforma coordinata delle sanzioni amministrative e penali in campo fiscale*, in *Il fisco*, 33/2003, pag. 5217.

<sup>(34)</sup> Per l’approfondimento, BOMMARCO, *La codificazione nella riforma del sistema fiscale della legge 7 aprile 2003, n. 80*, in *La riforma del sistema fiscale statale* [...], all. 2 a *Il fisco*, 3/2004.

<sup>(35)</sup> Per assicurare stabilità al nuovo sistema tributario, il terzo comma aggiunge che “il codice può essere derogato o modificato solo espressamente”. Secondo CARACCIOLI, *La delega per la riforma del sistema fiscale ed il diritto penale tributario*, in *Il fisco*, 5/2002, trattasi di una sorta di reviviscenza del vecchio istituto della fissità della legge penale finanziaria (artt. 1 e 23 della legge 4/1929), in forza del quale non potranno essere introdotte, ad esempio, norme speciali contenenti sanzioni penali per fatti non fraudolenti o non produttivi di danno per l’Erario. ID, *I reati tributari e la riforma del codice penale*, in *Il fisco*, 36/2004, rilevando come sia stata licenziata in questo periodo la bozza relativa alla parte generale del codice penale elaborata dalla commissione NORDIO, evidenzia l’intendimento di inserire, tra i reati contro l’ordine economico”, oltre ai reati societari e fallimentari, anche quelli tributari, con l’ovvia necessità di coordinamento con le altre iniziative riformatrici.

<sup>(36)</sup> Si veda ALDROVANDI, *I profili evolutivi*, cit., pag. 118 ss.; DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: in principi sostanziali del D. lgs. 472/1997*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, pag. 115; FALSITTA, *Confusione concettuale e incoerenza sistematica nella recente riforma delle sanzioni tributarie non penali*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, pag. 475; LANZI-ALDROVANDI, *L’illecito tributario*, Padova, 2005, pagg. 14 ss., 20 ss., 38 ss..

<sup>(37)</sup> Nella relazione governativa l’impostazione sanzionatoria nella prospettiva della persona fisica che ha commesso la violazione è assunta come causa non marginale di spiazzamento competitivo negativo del nostro Paese, a vantaggio degli altri Paesi competitori che non conoscono norme simili. Si veda CARPENTIERI-SEPIO, *Inversione di rotta sulle sanzioni amministrative per società ed enti con personalità giuridica*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, pag. 187.

tembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici<sup>(38)</sup>, il criterio della personalizzazione che informava la riforma del 1997 è stato superato limitatamente alle sanzioni amministrative concernenti i rapporti tributari delle società e degli enti con personalità giuridica: una parziale abolizione che ha tuttavia comportato una disparità di trattamento poiché il principio di personalità continua ad applicarsi nei confronti delle persone fisiche che instaurano rapporti tributari con soggetti diversi dalle società o enti aventi personalità giuridica<sup>(39)</sup>.

Per il secondo aspetto, la comminazione della pena solo nei casi di frode e di effettivo e rilevante danno per l'erario ripropone una direttiva già presente nella legge delega 205/1999 dimostrando, e non è questione di poco conto, come la spinta al recupero del principio di offensività in ambito penaltributario non si sia esaurita con l'emanazione del d. lgs. 74/2000<sup>(40)</sup><sup>(41)</sup>, esprimendo così una continuità che costituisce un canone

<sup>(38)</sup> Art. 7, *Riferibilità esclusiva alla persona giuridica delle sanzioni amministrative tributarie*: 1. Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica. 2. Le disposizioni del comma 1 si applicano alle violazioni non ancora contestate o per le quali la sanzione non sia stata irrogata alla data di entrata in vigore del presente decreto. 3. Nei casi di cui al presente articolo le disposizioni del D. lgs. 472/1997, si applicano in quanto compatibili.

<sup>(39)</sup> Con l'art. 7 del D.l. 269/2003 risulta tacitamente abrogato il disposto dell'art. 11, primo comma, del d.lgs. n. 472, nella parte in cui afferma la responsabilità solidale delle società, associazioni od enti con personalità giuridica. La nuova disposizione riguarda, dunque, solo gli amministratori, i dipendenti ed i rappresentanti di società, associazioni od enti con personalità giuridica. Ne consegue che per i soggetti diversi da quelli appena richiamati, la responsabilità continua ad essere riferita alla persona che ha commesso la violazione, ferma restando la responsabilità solidale del soggetto nel cui interesse è stata commessa, se diverso dall'autore della violazione stessa, ex art. 11 del d.lgs. n. 472/1997. Così Circ. Agenzia entrate n. 28/E del 21.06.2004, par. 4.1: <http://dt.finanze.it/doctrib/SilverStream/Pages/DOCTRIBFrameset.html>

Si veda MURCIANO, *La "nuova" responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del D.l. n. 269/2003*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, pag. 657.

<sup>(40)</sup> Così ALDROVANDI, *I profili evolutivi*, cit., pagg. 188 ss.. Nonostante l'adesione verso una legislazione penale realmente minima ed orientata al criterio dell'*extrema ratio*, l'ennesimo intervento in materia penale tributaria a pochi anni dall'entrata in vigore del d. lgs. 74/2000 rende l'idea di una legislazione penale in materia economica sensibile alle contingenze, condizionata dal momento storico-politico, a volte così in contraddizione con la vocazione metastorica del sistema penale da essere definita come mera legislazione simbolica. Si veda MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, Problemi, prospettive*, 1993, pag. 153; PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggio*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, IV, Milano, 2003, pag. 9; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pag. 11 ss..

<sup>(41)</sup> In tal senso, i successivi aggiornamenti del d. lgs. 74/2000 con l'inserimento degli artt. 10 bis *Omesso versamento di ritenute certificate*, aggiunto con l'art. 1, comma 414, della legge 30 dicembre 2004, n. 311; 10 ter *Omesso versamento di IVA e 10 quater Indebita com-*

nell'interpretare la nozione di danno per l'erario, penalmente rilevante se (e solo se) la condotta incida sull'interesse erariale alla percezione dei tributi<sup>(42)</sup>. L'estremizzazione della scelta di valorizzare l'offensività rispetto all'interesse fiscale, a fronte di una riduzione dell'area del penalmente rilevante, potrebbe però generare una disciplina instabile perché verosimilmente destinata a mutare per venire incontro, all'occorrenza, alla contingente necessità di irrigidire il trattamento sanzionatorio nei confronti del fenomeno evasivo. La conseguenza di una aprioristica limitazione dell'intervento penale ai soli fatti produttivi di "effettivo e rilevante danno per l'erario" costituirebbe uno degli estremi nell'oscillazione di un pendolo ove, in entrambi i casi, si assisterebbe ad una perdita di deterrenza del sistema tanto per vuoto di tutela quanto per eccessiva penalizzazione<sup>(43)</sup>.

L'ulteriore intervento sull'efficacia generalpreventiva del sistema sanzionatorio è stato l'estensione alla materia penale tributaria della confisca per equivalente introdotta dall'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) a norma del quale "nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater* e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322 *ter* del codice penale" <sup>(44)</sup>. Nonostante consenta di supe-

---

*pensazione*, entrambi aggiunti dall'art. 35, comma settimo, del D.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 04 agosto 2006, n. 248. Si veda LUPI-TERRACINA, *La criminalizzazione maldestra degli omessi versamenti*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 9/2006, pagg. 1071 ss.; MUSCO, *Reati tributari*, cit., pagg. 1062 ss.; CORSO, *Politica tributaria e arma penale*, in *Corr. trib.*, 37/2006, pagg. 2942 ss.

<sup>(42)</sup> Sulla contestuale presenza dei requisiti caratterizzanti le nuove fattispecie penali tributarie DI SIENA, *Riforma del sistema fiscale. Prime riflessioni sul futuro della disciplina penale tributaria*, in *Il fisco*, 2003, pag. 7590; ALDROVANDI, *I profili evolutivi*, cit., pagg. 188 ss.. Sulla base del dato letterale, l'Autore evidenzia come "l'intenzione del legislatore delegante di subordinare la rilevanza penale alla contemporanea presenza di entrambi i requisiti di "effettivo e rilevante danno per l'erario nonché di frode" denoti la prospettiva di una "novella tesa a potenziare il carattere offensivo delle condotte penalmente sanzionate", essendo incoerente la comminatoria di pena a fatti che" siano semplicemente fraudolenti, e che, quindi, si limitino ad offendere la c.d. "trasparenza fiscale" (od altri analoghi "beni funzionali")".

<sup>(43)</sup> *IBIDEM*, pag. 190, "se pare opportuno che la tutela penale venga limitata a fatti dotati di effettiva e rilevante dannosità quanto all'ipotesi – oggi di pericolo concreto di "dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti", ben diversa sembra dovere essere la conclusione rispetto al reato di "occultamento o distruzione di documenti contabili" [...] e quello di "emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" [...], si tratta di fattispecie criminologicamente significative [in cui] si verifica un arretramento della tutela rispetto al momento dell'effettiva lesione all'interesse patrimoniale alla percezione dei tributi". Una situazione che "da un canto, non espone ad alcuna censura sotto il profilo del principio di offensività (in quanto vengono punite condotte concretamente pericolose), mentre, dall'altro, integra una forma di tutela che appare del tutto opportuna nei confronti dell'interesse alla percezione dei tributi".

<sup>(44)</sup> Già nella vigenza della legge 516/1982 è stata evidenziata la difficoltà di sottoporre

rare le difficoltà probatorie in ordine al rapporto di pertinenzialità fra i beni appresi ed il reato, presentandosi quindi come insostituibile leva di politica criminale<sup>(45)</sup>, la misura sanzionatoria della confisca per equivalente non ha (ancora assunto) carattere generale<sup>(46)</sup> in quanto è prevista per determinate fattispecie per le quali il legislatore è intervenuto principalmente in ottemperanza di impegni assunti sul piano internazionale<sup>(47)</sup>. L'estensione dell'istituto all'ambito penale tributario ha finalmente consentito di superare la ristretta applicazione dell'art. 240 c.p., ancorata al nesso di re-

---

a sequestro preventivo il profitto dell'evasione di imposta perché, nella gran parte dei casi, nei reati tributari il profitto si realizza attraverso il mancato pagamento dell'imposta dovuta, non già con il conseguimento di un provento in denaro, ma a mezzo di un risparmio economico che, in quanto tale, non può essere assoggettato a confisca ex art. 240 c.p. Così SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente anche nel diritto penale tributario*: [http://www.giustizia-tributaria.it/banca\\_dati/soana.html](http://www.giustizia-tributaria.it/banca_dati/soana.html).

Secondo la Suprema corte, infatti il sequestro preventivo di depositi bancari nel corso di un procedimento per frode fiscale non è ammissibile in caso di carenza della confiscabilità dei depositi stessi per mancanza di pertinenza tra il bene e l'illecito penale per cui si procede, Cass. pen., Sez. III, sent. 07.12.1992, in *Riv. dir. trib.*, 1993, II, pag. 512; *Il fisco*, 1993, pag. 4261; conforme Sez. III, sent. 20.03.1996, in *Giust. pen.*, 1997, III, pag. 443. Sul tema sono intervenute le Sezioni unite per le quali, in relazione agli illeciti fiscali, devono escludersi collegamenti esclusivamente congetturali che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari dovendo essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita, sent. 24.05.2004, n. 29951, in *Il fisco*, 2004, pag. 7355; *Dir. e prat. trib.*, 2005, 2, pag. 308; *Cass. pen.*, 2004, pag. 3087.

<sup>(45)</sup> Le valutazioni di politica criminale sul collegamento funzionale fra strategie di prevenzione dei reati e criteri di analisi economica esperibili da parte del potenziale autore circa l'opportunità o meno di commettere il reato consentono di valorizzare i termini del rapporto costi-benefici connesso alla violazione delle regole. Sul punto PALIERO, *L'economia della pena*, in *cit.*, pag. 4. Per la capacità di attingere, direttamente o indirettamente, alla sfera del profitto, la confisca anche per equivalente presenta quindi una spiccata omogeneità con l'interesse preso di mira nella fattispecie penale tributaria. La valorizzazione dell'omogeneità funzionale tra misura ablativa ed illecito rappresenta, in termini di contropinta, un forte elemento di prevenzione generale e speciale. Id, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, pag. 1027.

<sup>(46)</sup> Già nella relazione su *La riforma del sistema sanzionatorio* della sottocommissione PISA-CORBI-PULITANÒ-RANDAZZO-SEMINARA-ZAGREBELSKY-ZANCAN, Commissione GROSSO per la riforma del codice penale, si propone "un'estensione a tutti i reati produttivi di profitto della disciplina attualmente delineata dall'art. 644, ultimo comma, c.p. in materia di usura. La confisca, in caso di irreperibilità del profitto vero e proprio del reato oggetto del giudizio investe somme di denaro, beni od utilità di cui il reo abbia (anche per interposta persona) la disponibilità per un importo pari al valore del profitto realizzato, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno": [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_14\\_7&contentId=SPS31484](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=SPS31484)

<sup>(47)</sup> Per una ricognizione degli interventi che, nel tempo, hanno esteso l'ambito di applicazione dell'istituto si rinvia a GUGLIELMO, *La confisca per equivalente nei casi di reato plurisoggettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2007, pag. 453.

lazione diretta, attuale e strumentale tra il reato ed il bene che ne costituisce l'illecito prodotto o profitto rendendo possibile sottrarre al soggetto attivo del reato tributario il vantaggio economico conseguito già nel corso delle indagini preliminari mediante lo strumento del sequestro preventivo delle cose che possono formare oggetto di confisca<sup>(48)</sup>.

Dalla ricognizione fin qui sinteticamente esposta emerge un sistema sanzionatorio in continuo divenire in cui la logica del contingente giustifica il susseguirsi di interventi spesso di segno opposto e che appaiono dettati senza una chiara e lungimirante visione unitaria, ma secondo logiche di cassa nel breve periodo. Tenuto poi conto che l'effettività del precetto tributario passa anche per la regolarità dell'osservanza delle norme e la conseguente (certa) sanzione per la loro inosservanza, il ciclico verificarsi di variabili (i c.d. condoni) che intaccano questa regolarità crea un corto circuito dell'efficacia generalpreventiva del sistema provocato dall'affidamento del contribuente su una prossima sanatoria<sup>(49)</sup>. In un sistema fiscale basato sull'adempimento spontaneo dell'obbligazione tributaria, infatti, la capa-

---

<sup>(48)</sup> Già prima dell'entrata in vigore della legge 244/2007, mediante il ricorso all'art. 640 *quater* c.p. alcuni giudici di merito hanno applicato l'istituto della confisca per equivalente anche ai reati tributari sull'assunto che unitamente alla frode fiscale potesse concorrere anche la truffa ai danni dello Stato *ex art.* 640, comma secondo, n. 1 c.p.. Un simile orientamento è stato tuttavia respinto in più occasioni dalla Suprema Corte per la quale non è configurabile il concorso fra il delitto di frode fiscale e quello di truffa aggravata ai danni dello Stato, dovendosi ritenere il secondo consumato nel (ovvero in rapporto di specialità con il) primo: verificandosi l'assorbimento nel delitto di frode fiscale di quello di truffa aggravata, è impedita l'applicazione della confisca per equivalente, non prevista dalla legge anche per i reati tributari, se non per i fatti successivi all'entrata in vigore della legge n. 244/2007. Tali conclusioni valgono sia per la responsabilità penale delle persone fisiche che per quella c.d. amministrativa degli enti. Così Cass. pen., Sez. II, sent. 29.09.2009, n. 41488, in *Corr. trib.*, 2009, 47, pag. 3826, con nota di CORSO; PAVESI, *Nota in tema di frode fiscale e truffa aggravata*, in *Giur. it.*, 2010, 8-9, pag. 1908. Sull'esclusione di tale concorso, da ultimo, SS.UU. sent. 19.01.2011, n. 1235. Si veda CORSO, *Frode fiscale e truffa aggravata: la specialità esclude la responsabilità degli enti da reato*, in *Corr. trib.*, 2011, 8, pag. 588; TRAVERSI, *Le Sezioni Unite escludono il concorso tra i reati di frode fiscale e truffe aggravate*, in *Corr. trib.*, 2011, 8, pag. 577. Si veda anche ARDITO, *Reati tributari: irretroattività della confisca per equivalente* (nota a Corte cost., ord. 02.04.2009, n. 97), in *Rass. trib.*, 3/2009, pag. 866. Per l'approfondimento, ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pag. 49; CHICONE, *La confisca di valore e i reati tributari* (nota a Cass. sez. III pen. 20.10.2008 n. 39172), in *Riv. pen.*, 2009, 4, pagg. 486 ss.; GRASSO, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di MAUGERI Anna Maria, Milano, 2008, pagg. 138 ss.; PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite* (nota a Cass. pen. SS.UU., sent. 02.07.2008, n. 26654, in Cass. pen., 12/2008, pag. 4562; ROMANELLI, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato* (nota a Cass. pen., Sez. VI, sent. 20.09.2007, n. 35120), in *Dir. pen. e proc.*, 7/2008, pag. 866; ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2011.

<sup>(49)</sup> FALSITTA, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie*



cità della norma di orientare il comportamento secondo le attese è subordinata al messaggio che l'illecito risparmio d'imposta non solo non è mai conveniente, ma risulta anzi costoso: "un'efficace politica antievasione si basa sulla capacità di deterrenza dell'amministrazione piuttosto che su un inattuabile e costoso controllo della massa dei contribuenti. In questa prospettiva, una strategia efficace di lotta all'evasione deve partire da un'accurata analisi degli incentivi ad evadere dei contribuenti"<sup>(50)</sup>.

Senza qui considerare la disciplina sulla determinazione della base imponibile dei singoli tributi, esigenze di coerenza con tale messaggio pongono il quesito se il sistema sanzionatorio tributario possa continuare a fare a meno dello strumento della responsabilità degli enti per come introdotta dal d. lgs. 231/2001 o se, in una prospettiva *de iure condendo*<sup>(51)</sup>, l'attesa

---

*rie*, in *Il fisco*, 6/2003. Sull'effettività delle varie fattispecie penali che assistono l'interesse erariale alla percezione dei tributi, le considerazioni critiche sulla capacità criminogenetica e la non giustificabilità etica e politica dei condoni vedasi MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, pagg. 152 ss.. Vedasi anche MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., pagg. 69 ss.: "nessun sistema repressivo penale ha dovuto sopportare tanto quanto il c.d. diritto penale tributario, che la propria efficacia repressiva fosse condizionata dal succedersi nel corso degli anni, di provvedimenti di clemenza [...] Il contribuente ha finito così per acquisire una sorta di consolidata consapevolezza della scarsa effettività della minaccia formulata dal legislatore con la prospettazione della fattispecie incriminatrice, sapendo di poter contare su una sorta di impunità, garantita dall'impossibilità per l'amministrazione finanziaria di accertare l'enorme mole degli inadempimenti o, comunque, dal sopravvivere di qualche comoda soluzione indulgenziale".

<sup>(50)</sup> "Da un punto di vista teorico, si evade perché esiste una convenienza economica. I modelli teorici sull'evasione [...] suggeriscono che nel decidere se evadere, i contribuenti considerano i benefici derivanti dall'evasione ed i costi attesi. In particolare, il contribuente che evade paga meno imposte, ma affronta, in termini probabilistici, il rischio di un accertamento e il pagamento di una sanzione aggiuntiva alle imposte che avrebbe dovuto pagare. In questo contesto, se il beneficio derivante dall'evasione supera il costo atteso associato alla possibilità di un accertamento, allora si può ritenere probabile che il contribuente decida di evadere i propri gli obblighi fiscali. La scelta di evadere dipende dunque in maniera critica dalla probabilità percepita di essere accertati": *Relazione al Parlamento del Ministro dell'economia e delle finanze. I risultati della lotta all'evasione*, 22.10.2007, par. 16: [www.tesoro.it/web/apri.asp?idDoc=18293](http://www.tesoro.it/web/apri.asp?idDoc=18293). In uno studio sull'economia della pena sono state magistralmente sintetizzate le seguenti tre condizioni di effettività della norma comportamentale: *prevalenza della sanzione* la cui forza d'impatto deve essere ottimizzata considerando le variabili della sensibilità della pena in capo ai destinatari e del livello di certezza della pena perché la prevenzione generale risulterà tanto più raggiungibile quanto minori saranno le *chances* di impunità dell'autore del comportamento illecito; *effetto fuoco di paglia*, fenomeno per cui l'osservanza delle regole è massima immediatamente dopo la loro entrata in vigore salvo poi attenuarsi a causa della sensazione di un allentamento dei controlli in relazione al ritenuto "superamento dell'emergenza"; *priorità dell'efficienza* per cui l'attività – qualificata, rapida e capillare – delle strutture di controllo è legata, in proporzione diretta, alla forza d'impatto della sanzione e, indirettamente, all'attenuazione dell'osservanza del precetto. PALIERO, *La sanzione amministrativa*, cit. pag. 1026.

<sup>(51)</sup> FIANDACA, *Il diritto penale*, cit. pag. 80 secondo il quale il controllo di razionalità deve superare il tradizionale piano della coerenza logico-formale fino a spingersi sia sul "ter-

riforma fiscale possa apportare un coordinamento delle sanzioni amministrative e penali<sup>(52)</sup> che consenta, finalmente in questa materia, di “pensare e ordinare il molteplice”<sup>(53)</sup>.

3. *La responsabilità degli enti ex D. lgs. 231/2001: soggetti e criteri di imputazione, apparato sanzionatorio e categoria (in continuo divenire) dei reati presupposto* (cenni).

Con l'introduzione nell'ordinamento italiano della corresponsabilizzazione dell'ente per determinati reati è stata superata l'impronta antropomorfa del modello di responsabilità penale a carico della sola persona fisica autrice del reato, tradizionalmente legata all'art. 27 della Costituzione ed al principio *societas delinquere non potest*<sup>(54)</sup>. Da tempo era avvertita l'esi-

---

reno meta-positivo delle scelte di valore che si collocano a monte della legislazione, sia sul terreno delle verifiche empiriche dirette a vagliare l'idoneità delle soluzioni normative adottate in sede legislativa a conseguire gli obiettivi politico-criminali presi di mira”.

<sup>(52)</sup> Si veda PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 4, pag. 1011. Secondo l'Autore il diritto sanzionatorio *lato sensu*, che trova i suoi “precedenti terminologici più specifici nei sintagmi “diritto penale amministrativo” e “diritto sanzionatorio amministrativo”, si erge a categoria nuova, che travalica gli stessi limiti del diritto sanzionatorio amministrativo per assumere contorni più ampi, con la tendenza, almeno sul piano concettuale, a salire di livello per inglobare anche la legislazione speciale di marca criminale”. Nella Relazione allo schema di d. lgs. 231/2001, *cit.*, vi è cenno ad una “tendenza più generale, forse irreversibile, verso la progressiva assimilazione dei due modelli”, di responsabilità amministrativa e penale, “che tendono a confluire in una sorta di diritto sanzionatorio unitario, soprattutto in materia economica”.

<sup>(53)</sup> FIANDACA, *Il diritto penale*, *cit.* pagg. 105 ss. riproponendo il tentativo di riscrivere la legislazione penale per campi di materia, “un insieme di codici settoriali o microcodici, concepiti in modo da rispecchiare le peculiarità strutturali di materie che occupano oggi una posizione di primo piano nello scenario criminale complessivo, che presentano esigenze di tutela e problemi di disciplina in non piccola parte inediti e che sono altresì soggetti a un bisogno di continuo aggiornamento in un'ottica (per così dire) di sperimentazione flessibile”.

<sup>(54)</sup> Per l'approfondimento: ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, fasc. 1-2, 2002; ID, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010; AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2003, fasc. 4; BARTOLOMUCCI, *Responsabilità delle persone giuridiche ex D. lgs. 231/2001: notazioni critiche*, in *Soc.*, 5/2005; CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004; D'AVIRRO-DI AMATO, *La responsabilità da reato degli Enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Padova, X, 2009; DE FRANCESCO, *La responsabilità delle società: un crocevia di problematiche per un nuovo “modello” repressivo*, in *Leg. pen.*, 2003, pag. 373; ID, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, pag. 757; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in

genza di prevedere una forma di responsabilità delle società per l'insufficienza dei tradizionali strumenti di intervento del diritto penale modellato sulle singole persone fisiche e, quindi, inefficace deterrente verso quella criminalità espressione di politiche d'impresa in cui "le dinamiche interne, non riportabili necessariamente ad un singolo soggetto, finiscono per avere una portata concausale nella commissione del fatto" <sup>(25)</sup>.

---

AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI, Padova, 2002; ID, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, pag. 665; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, 2008; ID, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.* 10/2010, pag. 1137; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2003, pagg. 1398; GASTALDO-ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004; GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2001; GROSSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, pag. 955; LATTANZI, *Introduzione*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 6/2003, pag. 1; LANZI-PUTINATI, *Istituzioni di diritto penale dell'economia*, Milano, 2007; MARINUCCI, "Societas puniri potest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pag. 1193; MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in questa *Rivista*, 1/2006, pag. 27; MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, 23, pag. 8; *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto proc.*, 2002, pag. 117; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.* 2002, pag. 393; PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pag. 439; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996; Il D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: *da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 7/2001, pag. 845; *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva* (a cura di DE FRANCESCO) Torino, 2004, pag. 29; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, (a cura di GROSSO), Milano, 2007, I, pag. 845; PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio, in Reati e responsabilità degli enti* (a cura di LATTANZI), Milano, 2005; PULITANÒ, *Struttura e natura dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pag. 1146; *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche* (voce), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009; ROSSI, *Responsabilità penale-amministrativa delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in *Reati societari* (a cura di ROSSI), Torino, 2005; SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società* (a cura di ALESSANDRI), Milano, 2002; STORTONI-TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?*, in questa *Rivista*, 1/2006, pag. 7; VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2004, pag. 908.

<sup>(25)</sup> PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, cit., pag. 848 ss. Secondo l'Autore continuare ad ignorare la necessità di una forma di corresponsabilizzazione dell'ente per fatti di reato avrebbe sortito un duplice esito fallimentare perché, da una parte, "la risposta

a) *Soggetti e criteri di imputazione.*

A sensi dell'art. 1, secondo comma, del d. lgs. 231/2001, destinatari della normativa sulla responsabilità amministrativa sono gli enti forniti di personalità giuridica, le società nonché le associazioni anche prive di personalità giuridica al fine di garantire la massima applicazione alla nuova disciplina<sup>(56)</sup>,<sup>(57)</sup>. Il criterio di collegamento tra fatto-reato ed ente assume una duplice valenza sul piano tanto oggettivo quanto soggettivo. Sotto il primo profilo, affinché scatti la responsabilità dell'ente è necessario un rapporto con il soggetto attivo del reato, qualificato secondo la posizione occupata e le funzioni concretamente svolte<sup>(58)</sup>. Per garantire il requisito mi-

---

del sistema al *corporate crime* sarebbe compromessa nella sua efficacia dalla impossibilità di imputare all'ente i fatti, nella cui genesi l'ente ha svolto un ruolo determinante” e, dall'altro, “non meno grave sarebbe la violazione del principio di proporzionalità: se si continuasse, infatti, ad individuare nella persona fisica l'unico destinatario della risposta sanzionatoria dell'ordinamento, la sanzione dovrebbe essere proporzionata alla responsabilità del singolo soggetto, ed allora si presenterebbe del tutto inefficace nei confronti dell'ente, ovvero, se fosse rapportata all'effettivo disvalore del reato, diverrebbe del tutto sproporzionata rispetto alla responsabilità della persona fisica”. Analogamente DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., pag. 288 ss. Da una diversa prospettiva, grazie alla corresponsabilizzazione dell'ente, “la sanzione applicata alla persona giuridica colpisce il medesimo centro d'interessi che ha dato causa alla realizzazione dell'illecito. Alla personalità dell'illecito corrisponde la personalità della sanzione”. Commissione GROSSO per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998), *Relazione preliminare* (12 settembre 2000): [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS31488](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS31488)

<sup>(56)</sup> In merito all'inclusione degli “enti a soggettività privata non dotati di personalità giuridica [...] la scelta ben si comprende da un punto di vista di politica legislativa, dal momento che si tratta dei soggetti che, potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a maggior rischio di attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità”, Relazione governativa. Ove manchi l'autonomia patrimoniale perfetta per l'assenza di personalità giuridica resta ferma l'autonomia dell'ente a fronte della responsabilità amministrativa in quanto, a norma dell'art. 27, primo comma, “dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune”. Risultano ovviamente estranei a tale disciplina gli imprenditori individuali per “carezza del carattere della collettività che costituisce la ragione d'essere di tale nuova forma di responsabilità”. Così ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pag. 61. Si veda Cass. pen, Sez. VI, sent. 03.03.2004, n. 18941, in *Riv. pen.*, 2005, pag. 780.

<sup>(57)</sup> Ai sensi dell'art. 1, terzo comma, restano esclusi da tale ambito lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

<sup>(58)</sup> Secondo l'art. 5, primo comma, l'ente è infatti responsabile per i reati commessi “a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”. Per esigenze di politica criminale è stato evidenziato come in quest'ultima categoria debbano essere ricompresi anche tutti i soggetti esterni all'ente, che eseguono un incarico sotto la di-

nimo d'imputazione è tuttavia richiesto che il fatto reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente: tale requisito, rilevante ai fini delle presenti considerazioni, costituisce il secondo criterio per la corresponsabilizzazione dell'ente operante sul piano oggettivo. Nonostante l'apparente semplicità, la formula dell'interesse e del vantaggio ha originato alcuni contrasti interpretativi che ruotano intorno, da una parte, al carattere realmente alternativo dei due criteri e, dall'altra, sulla valorizzazione del criterio dell'interesse sul piano soggettivo o su quello oggettivo quale connotazione funzionale della direzione della condotta<sup>(59)</sup>.

La previsione di un'autonoma colpevolezza dell'ente costituisce il fulcro della disciplina introdotta dal d. lgs. 231/2001: se la responsabilità dell'ente non costituisce il semplice riflesso di quella del soggetto attivo nel reato presupposto, per muovere un rimprovero si è preteso un compor-

---

reazione e il controllo dei soggetti apicali: "ciò che conta, infatti, non è l'essere inquadrati in uno stabile rapporto subordinato, bensì che l'ente risulti impegnato dal compimento di un'attività destinata ad esplicare i suoi effetti nella sua sfera giuridica". Così MEREU, *op. cit.*, pag. 53; PULITANO, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, pag. 16. *Contra* VIGNOLI, *op. cit.*, pag. 907, per il quale l'intento di non mandare l'ente esente da responsabilità per un illecito commesso da un dipendente di fatto deriva dall'esigenza di non escludere la punibilità di episodi in cui la persona giuridica si sia avvantaggiata dell'attività criminosa del soggetto non strutturato". Di specifico interesse è il riferimento all'attività di consulenza in materia tributaria. Sotto la previgente disciplina si segnala CARACCIO- LI, *La responsabilità penale dei professionisti e revisori contabili*, in *Il fisco*, 1983, pagg. 2427 ss; PADOVANI, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, pagg. 367 ss.. È stato in seguito rilevato che "la scelta di limitare la rilevanza penale a condotte sostenute dal dolo ha indubbiamente comportato una sensibile riduzione dei rischi connessi allo svolgimento dell'attività di consulenza dei professionisti, e ciò pur se tale effetto è stato in parte controbilanciato dall'introduzione nell'ambito dell'illecito amministrativo (ad opera del d. lgs. 472/1997) del principio di personalità della responsabilità, e dalla conseguente possibilità per i professionisti di essere assoggettati (solitamente a titolo di concorso) a sanzioni amministrative", ALDROVANDI, *I profili evolutivi*, *cit.*, pagg. 170 ss.. Secondo l'Autore, tuttavia, in ambito penale sembra emergere con evidenza ancora maggiore la problematica dell'attività del consulente che si esaurisca nel c.d. "consiglio tecnico": entro quali limiti è consentito al professionista fornire al proprio cliente, senza incorrere in responsabilità penale, nozioni e/o suggerimenti di carattere tecnico, che poi si traducano nella consumazione di reati ad opera dello stesso cliente? Una problematica che trova la sua origine "nell'enorme forza espansiva della (tipicità) che caratterizza il concorso di persone, soprattutto rispetto ai contributi di carattere morale" in quanto la responsabilità a titolo di concorso può fondarsi, oltre che su un contributo causale-condizionale, anche su contributo meramente agevolatore, che abbia cioè soltanto facilitata la realizzazione del reato, nel senso di averla resa più probabile, più facile o più grave. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, pag. 497.

<sup>(59)</sup> Per l'approfondimento si rinvia a DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *cit.*, pag. 158, per il quale – valorizzando il criterio dell'interesse non sul piano soggettivo-psicologico bensì su quello, oggettivo, della direzione della condotta – la disciplina degli artt. 5 ss. ha carattere generale e deve dunque valere anche in rapporto ai reati colposi, alcuni dei quali hanno fatto ingresso nella categoria dei reati presupposto.

tamento doveroso che, secondo la concezione normativa, consente di individuare la colpevolezza dell'ente in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso<sup>(60)</sup>. Negli articoli successivi sono previsti i criteri soggettivi d'imputazione, formulati sul modello di responsabilità colposa perché all'ente viene rimproverata la mancata prevenzione del reato presupposto per aver omesso di adottare ed attuare efficacemente "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi"<sup>(61)</sup>. Sul piano della colpevolezza, sarà integrata una

---

<sup>(60)</sup> FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, pag. 315. "Il cuore della disciplina sta dunque nel rilievo attribuito (alla luce dell'esperienza americana dei *compliance programs*) alla adozione ed efficace attuazione, da parte della persona giuridica, di modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire reati. L'effetto di esonero da responsabilità (art. 126) significa che l'adozione e attuazione di un modello organizzativo idoneo è per la persona giuridica l'adempimento di un dovere, e il mancato adempimento fonda il rimprovero di colpevolezza per il reato che ne sia derivato (non impedito)". Così Commissione GROSSO, *Relazione preliminare, cit.*. È stato evidenziato come l'introduzione di un così invasivo sistema di controllo sulle forme di organizzazione degli enti abbia sollevato perplessità per una ritenuta funzione propulsiva esercitata dal sistema dei meccanismi coattivi a contenuto prescrittivo. PELISSERO, *La responsabilità degli enti, cit.*, pag. 905. Secondo l'Autore, tuttavia, le obiezioni alla funzione propulsiva del diritto penale sono mosse con riferimento alla responsabilità penale delle persone fisiche ed il sistema di controllo dell'attività dell'ente, volto a ridurre il rischio penale d'impresa, può trovare copertura nell'art. 41 Cost. che "rimette alla legge la determinazione di programmi e controlli opportuni affinché la l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". Si veda anche GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo, in Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?, cit.*, pag. 243.

<sup>(61)</sup> Sulla posizione dell'ente a fronte dell'adozione dei modelli si è ritenuto che "l'adozione e l'implementazione dei *compliance programs* risulta necessaria e quindi giuridicamente doverosa per le persone giuridiche non in assoluto, ma solo in quanto le stesse intendano giovare ai benefici che a tali comportamenti la legge riconnette in ordine all'esclusione di responsabilità per i reati commessi dagli organi e dai sottoposti. L'adozione dei modelli resta dunque facoltativa e non obbligatoria". DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, cit.*, pag. 177. A questa impostazione si riconduce la norma del Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana S.p.A. che, tra le condizioni di ammissione al mercato, tra gli ulteriori requisiti per ottenere la qualifica Star prevede l'avvenuta adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto all'art. 5 del d. lgs. 231/2001 (art. 2.2.3., lett. j): [http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/regolamenti/reg03052010senza\\_pdf.htm](http://www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/regolamenti/reg03052010senza_pdf.htm) Secondo un diverso orientamento, si è in presenza di vero e proprio obbligo che trova la sua fonte nel diritto pubblico e che deriva dalla natura afflittiva delle sanzioni previste per le persone giuridiche. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti, in Cass. pen.*, 2005, pag. 329. Senza entrare nel merito, un'ipotesi obbligatoria di adozione del modello di organizzazione e di gestione è contenuta all'art. 30 del d. lgs. 81/2008 sulla sicurezza nei luoghi di lavoro: il modello "idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa [...] di cui al d. lgs. 231/2001, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici [...]". Si segnala Tribunale di Milano, sez. VIII, sent. 13.02.2008, n. 1774 che ha riconosciuto la responsabilità civile dell'amministratore delegato di una società per i danni subiti dalla società per la mancata adozione del

autonoma responsabilità se il reato presupposto commesso da un organo dell'ente o da un sottoposto costituisca "espressione della politica aziendale" ovvero una mera conseguenza della mancata adozione di un modello di organizzazione o di un insufficiente controllo sulla sua osservanza<sup>(62)</sup>. I criteri di imputazione soggettiva sono diversificati a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale (art. 6) ovvero da persone sottoposte all'altrui direzione (art. 7). Quanto ai primi, essendo il reato commesso da un soggetto di vertice, il legislatore ha individuato la colpevolezza dell'ente nelle scelte di politica dell'impresa con la conseguenza che, in questo caso, sul presupposto dell'immedesimazione organica, "l'ente non risponde del reato se prova<sup>(63)</sup> che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)".

L'indicazione immediatamente ricavabile è che la responsabilità dell'ente non è automatica, ma deriva, nel caso di reato commesso dai soggetti apicali, dalla mancata dimostrazione di aver predisposto un modello organizzativo idoneo ed efficace nella prevenzione dei reati della stessa specie, plasmato sull'azienda alla quale si riferisce e che ne segua l'evoluzione<sup>(64)</sup>. La previsione dell'ultimo comma dell'art. 6 "è comunque disposta la con-

---

modello di organizzazione, gestione e controllo, in *Società*, 12/2008, pag. 1507 con nota di BARTOLOMUCCI.

<sup>(62)</sup> Sul punto Cass. pen., sez. VI, sent., 09.07.2009, n. 36083, secondo la quale l'ente che abbia omesso di adottare ed attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde del reato presupposto commesso da un suo esponente in posizione apicale soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

<sup>(63)</sup> "Si parte dalla presunzione (empiricamente fondata), nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità, e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti". Così la Relazione governativa, *cit.* Sull'inversione dell'onere della prova come causa di esclusione della colpevolezza, si veda PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa*, *cit.*, pag. 76. Per una qualificazione in termini di causa di non punibilità si rinvia a PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, *cit.*, pag. 430; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato*, *cit.*, pagg. 103 ss.; MEREU, *La responsabilità "da reato"*, pag. 64; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, *cit.*, pagg. 874 ss..

<sup>(64)</sup> L'adozione di un sistema di regole che l'ente si autoimpone al fine di prevenire il

fisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente" assume indubbia valenza in termini di prevenzione generale perché – pur considerando raggiunta la (difficile<sup>(65)</sup>) prova liberatoria – neutralizza quel profitto ingiusto acquisito dall'ente<sup>(66)</sup>.

Qualora il reato sia stato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione di cui all'art. 5, primo comma, lett. b), la corresponsabilizzazione dell'ente non poggia sul criterio dell'immedesimazione organica bensì sulla colpa di organizzazione<sup>(67)</sup>. In mancanza di un'esplicita de-

---

rischio di commissione di reati riproduce la cadenza dell'attività di valutazione dei rischi originariamente prevista dal d. lgs. 626/1994: all'individuazione delle aree in cui l'impresa è esposta al rischio penale, deve seguire la posizione di regole e protocolli sia per le decisioni da adottare, sia per la gestione dei flussi finanziari. Si veda PALIERO *Il D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 7, pagg. 845 ss.; ROSSI A., *Modelli di organizzazione, gestione e controllo: regole generali e individuazioni normative specifiche*, in *Giur. It.*, 2009, 7.

<sup>(65)</sup> Nella sentenza 17.11.2009 il Tribunale di Milano ha escluso la responsabilità della persona giuridica in quanto il reato presupposto commesso dai soggetti in posizione apicale è stato frutto non di un errato modello organizzativo, ma di un comportamento di quei soggetti in contrasto con le regole del modello organizzativo regolarmente adottato (fattispecie in tema di assoluzione di una società per azioni dall'illecito amministrativo conseguente al reato di agiotaggio, commesso dagli amministratori nel suo interesse o vantaggio), in *Corr. merito*, 3/2010, pag. 291.

<sup>(66)</sup> Nel caso di reato commesso da un vertice, "il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente è soddisfatto, dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità, e ciò potrà fare soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti (è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta)", così nella Relazione governativa, *cit.* Fermo restando l'estraneità degli imprenditori individuali alla disciplina del d. lgs. 231/2001, una simile considerazione appare non solo rilevante in termini di prevenzione generale, ma, se riferita specificamente al tessuto economico nazionale basato sulle piccole e medie imprese, anche funzionale al presente studio tenuto conto che, secondo le elaborazioni dell'amministrazione finanziaria, "sebbene in termini assoluti l'evasione sia maggiore fra le grandi imprese a causa della loro dimensione, le piccole e medie imprese occultano al fisco quasi il 55 per cento in più della base imponibile di quanto facciano le imprese di maggiori dimensioni". Tratto da *I risultati della lotta all'evasione, cit.*, par. 12.

<sup>(67)</sup> Sul punto MEREU, *op. cit.*, pag. 69, rileva come parte della dottrina riconduca la responsabilità dell'ente sempre nello schema dell'immedesimazione organica e non in quello della colpa di organizzazione "sulla base del rilievo che ai fini della responsabilità dell'ente è necessario che la realizzazione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza da parte dei vertici, richiedendosi dunque la possibilità di muovere loro un rimprovero per negligenza, di cui è causa di esclusione l'attuazione dei modelli di prevenzione dei reati". Cfr. COCCO, *op. cit.*, pag. 108. Il medesimo sostiene che, "se è vero che il riferimento all'inosservanza dei doveri di direzione o vigilanza da parte dei soggetti apicali può risultare fuorviante, rischiando di appiattare la responsabilità dell'ente per il fatto dei sottoposti sulla colpevolezza (*sub specie* di condotta colposa) dei vertici, quello che l'accusa in ultima analisi deve provare è pur sempre la mancata adozione ed attuazione dei modelli organizzativi da parte dell'ente nel suo complesso, elemento quest'ultimo che inequivoco-



roga come nel caso dei soggetti apicali, l'onere della prova spetta all'accusa e la responsabilità dell'ente deriva dall'avvenuta dimostrazione che la commissione del reato è stata colposamente agevolata dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza accertabile qualora il modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati non sia stato adottato o, se invece adottato, non sia stato efficacemente attuato<sup>(68)</sup>. Anche in questo caso, la caratteristica del modello organizzativo adottato è quella di esprimere un sistema operativo non solo adeguato alla natura, alla dimensione dell'azienda ed al tipo di attività svolta, ma anche dinamico perché operi come sensore dei rischi reato così svolgendo contemporaneamente, oltre a quella preventiva, anche un'efficace attività di monitoraggio e di segnalazione come richiesto dall'ultimo comma dell'art. 7<sup>(69)</sup>.

b) *Apparato sanzionatorio.*

L'introduzione di un apparato sanzionatorio per l'ente costituisce uno degli aspetti peculiari della nuova disciplina che "coniuga il passato e il presente delle sanzioni amministrative accostando alla tradizionale sanzione pecuniaria (derivata dal paradigma fiscale e incentrata sulla monetizzazione dell'illecito, specie nel contesto del diritto economico-sociale) numerose sanzioni interdittive, dal contenuto incapacitante, che, oltre a tradire un vistoso pendolarismo con il sistema punitivo penale, hanno conosciuto una consistente e significativa diffusione nell'ultimo decennio"<sup>(70)</sup>.

---

cabilmente configura una forma di colpa di organizzazione oggettiva e normativa in quanto riferita impersonalmente alla struttura".

<sup>(68)</sup> I modelli idonei a prevenire i reati dei soggetti sottoposti all'altrui direzione avranno natura e rilevanza diversa, rispetto a quelli riferiti ai soggetti in posizione apicale. Infatti in essi è accentuata la funzione di controllo (art. 7, secondo comma), non è previsto un organo di vigilanza, né la possibilità di un collegamento con codici predisposti in via generale da associazioni di categoria.

<sup>(69)</sup> ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia, cit.*, pag. 76. A causa dell'obbligo di adottare ed attuare efficacemente un modello organizzativo idoneo a prevenire il rischio penale d'impresa "la persona giuridica è indotta giocoforza ad individuare i punti deboli delle gestione da cui sono scaturiti gli illeciti ed a modificarli, adottando precauzioni che impediscono la commissione di nuovi reati: il risultato è un'opera di ristrutturazione, che assicura per il futuro l'adozione da parte dell'ente di una linea di politica organizzativa rispettosa dei precetti della legge penale. Non solo: la manipolazione dell'organizzazione interna trasforma la persona giuridica autrice di reati in un "cittadino modello", cambiandone completamente lo stile di vita: l'obiettivo della rieducazione viene così conseguito nella sua espressione più intensa e totale, improponibile quando il condannato è un individuo". Così DE MAGLIE, *L'etica e il mercato, cit.*, pag. 379.

<sup>(70)</sup> Relazione governativa, *cit.* È stato evidenziato come tale sistema di sanzioni sia ispirato alla filosofia del *carrot and stick* in quanto se, da una parte, sono minacciate pene

Ai sensi dell'art. 9, le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, anche se nella forma del tentativo<sup>(71)</sup>, sono: a) la sanzione pecuniaria; b) le sanzioni interdittive; c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza. Secondo l'art. 10, quella pecuniaria costituisce la sanzione principale del sistema applicabile, attraverso il meccanismo delle quote, in un numero non inferiore a cento né superiore a mille, ciascuna delle quali dell'importo compreso da un minimo di lire cinquecentomila ad un massimo di lire tre milioni<sup>(72)</sup>. All'interno delle cornici edittali fissate in relazione allo specifico reato presupposto, l'applicazione della sanzione assume una struttura bifasica: nel commisurare la sanzione "tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti" il giudice, nella prima fase, determina il numero delle quote e, nella seconda, fissa il valore di ciascuna quota "sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione"<sup>(73)</sup>.

Per le gravi conseguenze derivanti dalla loro applicazione, contrariamente a quella pecuniaria, le sanzioni interdittive non sono applicabili alla

---

che, in caso di recidiva, possono comportare per l'ente l'interdizione perpetua dall'esercizio dell'attività, dall'altra, vi è la previsione di istituti premiali che riconoscono sconti di pena in caso di attività riparatorie per attenuare o elidere le conseguenze del reato. Si veda DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pagg. 106 ss.; STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, pagg. 153 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pag. 78.

<sup>(71)</sup> A norma dell'art. 26 "Le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel presente capo del decreto. 2. L'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento".

<sup>(72)</sup> Nella Relazione governativa, cit., risultano gli obiettivi del sistema di sanzioni pecuniarie: "da un lato, disegnare un sistema commisurativo effettivamente calibrato sulla capacità economica e patrimoniale degli enti; dall'altro lato, ritagliare cause di riduzione della sanzione che permettano di degradare in modo significativo il carico sanzionatorio in presenza di illeciti di particolare tenuità o di condotte che esternino un apprezzabile controvalore rispetto all'offesa".

<sup>(73)</sup> All'art. 12 sono inoltre previste circostanze attenuanti basate, secondo il primo comma, sulla minore gravità della responsabilità dell'ente in quanto "a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; b) il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità"; oppure, per il secondo comma, sul comportamento dell'ente successivo alla consumazione del reato presupposto se "prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

generalità dei reati presupposti<sup>(74)</sup><sup>(75)</sup>: se l'idea che il crimine costa più del profitto illecito atteso costituisce una importante leva di politica criminale, la previsione di sanzioni interdittive rafforza ulteriormente l'efficacia del sistema sul piano della prevenzione tanto generale quanto, soprattutto, speciale per la loro applicazione in via definitiva nel caso di recidiva<sup>(76)</sup>. Il se-

---

<sup>(74)</sup> Ai sensi dell'art. 13 esse si applicano solo nei casi previsti e (sempre che non ricorrono le "circostanze attenuanti" di cui all'art. 12 o le condotte riparatorie ex art. 17) al verificarsi, alternativamente, di due condizioni: la prima, che "l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative"; la seconda nel caso di reiterazione degli illeciti.

<sup>(75)</sup> Nella proposta di legge di modifica al d. lgs. 231/2001, presentata il 19.07.2010 dall'On. DELLA VEDOVA (C3640), si propone di escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive in via cautelare perché "hanno potenzialmente un impatto così devastante da portare alla chiusura dell'ente destinatario delle stesse o, in ogni caso, di comprometterne seriamente la sopravvivenza futura in un mercato, come quello attuale, altamente concorrenziale. La loro applicazione in sede cautelare accresce notevolmente questa situazione di rischio [...] di perdita di posti di lavoro e di danneggiare l'economia locale che, in qualche modo, dipende da quella società". In sintesi, "estendere il regime di esenzione delle misure cautelari di natura interdittiva attualmente vigente per banche, assicurazioni, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio e società di investimento a capitale variabile - previsto rispettivamente dall'art. 97 *bis* del d. lgs. 385/1993 e dall'art. 60 *bis* del d. lgs. 58/1998 [...] l'unico caso in cui vi sarebbe la necessità di inibire l'attività in via cautelare o, quantomeno, di procedere alla comminazione di sanzioni interdittive a una società sarebbe quello in cui l'unica finalità della società fosse di realizzare il crimine per il quale si sta dibattendo", <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35689.htm>: prevedere come eccezione il caso della società che abbia esclusivamente una finalità criminale significherebbe, tuttavia, confondere le distinte nozioni di associazioni illecite ed illeciti di associazione, applicandosi la misura solo all'impresa illecita contrariamente alle finalità del d. lgs. 231/2001. (al mese di gennaio 2011 non risulta ancora iniziato l'esame della citata proposta). Si veda infine PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti di associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pagg. 418 ss..

<sup>(76)</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale, cit.*, pag. 686. Si veda anche FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Cass. pen.*, 6/2003, pag. 73; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2003, pag. 1398. In merito alle sanzioni interdittive, "l'opportunità politico-criminale della loro previsione non può essere messa in discussione: la sanzione pecuniaria non deve infatti rappresentare l'unica arma da utilizzare contro la criminalità d'impresa, atteso che per quanto possa essere adeguata al patrimonio dell'ente, finirà comunque per essere annoverata tra i rischi patrimoniali inerenti alla gestione. È un bene, dunque, che essa sia affiancata da sanzioni interdittive, che possiedono in misura superiore la forza di distogliere le società dal compimento di operazioni illecite e da preoccupanti atteggiamenti di disorganizzazione operativa [...] Sul piano sistematico e politico-criminale, la disciplina predisposta per le sanzioni interdittive si connota in termini spiccatamente specialpreventivi. Nella piena consapevolezza delle conseguenze (pesantemente) negative che queste sanzioni proiettano sulla vita e l'attività dell'ente, si propone un modello sanzionatorio che ancora la minaccia a presupposti applicativi particolarmente rigorosi funzionali al conseguimento di utili risultati per la tutela dei beni tutelati, visto

condo comma dell'art. 9 prevede che le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione<sup>(77)</sup>, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi<sup>(78)</sup>. Le sanzioni interdittive, la cui durata è stabilita non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni, hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Spetta al giudice determinarne il tipo e la durata sulla base degli stessi criteri indicati nell'articolo 11, tenuto inoltre conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso disponendone, se necessario, anche un'applicazione congiunta<sup>(79)</sup>. In un'ottica di efficacia della sanzione, l'interdizione dall'esercizio dell'attività è applicabile soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata. In questi casi, tuttavia, in luogo dell'applicazione della sanzione dell'interruzione dell'attività, e sempre che questa non consegua all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva, ai sensi dell'art. 15 il giudice dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della

---

che si consente all'ente di attivarsi, attraverso condotte riparatorie, per evitare l'applicazione di queste sanzioni. Da un lato, dunque, la minaccia presuppone il compimento di reati di particolare gravità ovvero la reiterazione degli illeciti; dall'altro lato, si stagliano sanzioni positive che permettono di scongiurare l'applicazione delle sanzioni interdittive in presenza di comportamenti diretti a reintegrare l'offesa. Si profila, dunque, una linea di politica sanzionatoria che non mira ad una punizione indiscriminata e indefettibile, ma che, per contro, punta dichiaratamente a privilegiare una dimensione che salvaguardi la prevenzione del rischio di commissione di reati in uno con la necessaria, previa eliminazione delle conseguenze prodotte dall'illecito". Così la Relazione governativa, *cit.*.

<sup>(77)</sup> *Ex* art. 14, secondo comma, "il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni. L'interdizione dall'esercizio di un'attività comporta la sospensione ovvero la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività".

<sup>(78)</sup> Rispetto alla legge delega, sul punto delle sanzioni interdittive, "l'unica, significativa eccezione riguarda la mancata inclusione della sanzione della chiusura dello stabilimento o della sede commerciale che, stante la scelta del Governo di attuare la delega solo con riguardo ai reati che formano oggetto delle Convenzioni PIF e OCSE, si rivela sostanzialmente incompatibile con le finalità del sistema punitivo. La chiusura dello stabilimento o della sede commerciale, infatti, è una sanzione tipicamente orientata a fronteggiare forme diverse di rischio-reato, segnatamente quegli illeciti che si situano nel cono d'ombra del rischio di impresa: si pensi ai reati in materia ambientale, all'omicidio o alle lesioni derivanti dalla violazione di norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro ovvero ai reati connessi allo svolgimento di attività pericolose". Relazione governativa, *cit.*.

<sup>(79)</sup> Come sanzione accessoria l'art. 18 prevede la pubblicazione della sentenza di condanna che può essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva.

pena interdittiva che sarebbe stata applicata. Questo a condizione che l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; [oppure se] l'interruzione può provocare rilevanti ripercussioni sull'occupazione tenuto conto delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui l'ente è in attività. È in ogni caso prevista la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività ad opera del commissario.

All'efficacia deterrente dell'apparato sanzionatorio contribuisce in maniera significativa l'istituto della confisca sul quale, alla stessa stregua delle sanzioni interdittive<sup>(80)</sup>, fanno leva le valutazioni di politica criminale sul collegamento funzionale fra strategie di prevenzione dei reati e criteri di analisi economica esperibili da parte del potenziale autore circa l'opportunità o meno di delinquere<sup>(81)</sup>. Il d. lgs. 231/2001 contempla due ipotesi di confisca aventi il tratto comune dell'obbligatorietà, ma distinte quanto all'oggetto ed ai presupposti applicativi. La prima ipotesi è quella del reato commesso dai soggetti in posizione apicale, prevista dall'ultimo comma dell'art. 6 e disposta avuto riguardo al profitto, anche nel caso in cui l'ente, superando l'onere probatorio, riesca ad evitare la condanna. La seconda ipotesi è disciplinata all'art. 19 per il quale con la sentenza di condanna deve disporsi nei confronti dell'ente "la confisca del prezzo o del profitto del reato salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede". L'ultimo comma dell'art. 19 imprime una finalità preventiva all'istituto con la possibilità di procedere per equivalente aggredendo somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

---

<sup>(80)</sup> La loro osservanza è assistita dalla sanzione penale. A norma dell'art. 23, infatti, "chiunque, nello svolgimento dell'attività dell'ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. 2. Nel caso di cui al comma 1, nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento e seicento quote e la confisca del profitto, a norma dell'articolo 19. 3. Se dal reato di cui al comma 1, l'ente ha tratto un profitto rilevante, si applicano le sanzioni interdittive, anche diverse da quelle in precedenza irrogate".

<sup>(81)</sup> Sul punto PALIERO, *L'economia della pena*, in *cit.*, pag. 4. Si veda anche FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997; MANGIONE, "Law & economics" e diritto penale: paradigmi a confronto nell'analisi delle politiche di contrasto alla criminalità mafiosa, pagg. 147 ss, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Atti del Convegno. Catania, 19-20 gennaio 2007 (a cura di MAUGERI), Giuffrè, 2008.

c) *Categoria (in continuo divenire) dei reati presupposto.*

A fronte di una delega che “ricostruisce, in modo più completo, la cornice criminologica della criminalità d’impresa”, come accennato, il Governo ha optato per la soluzione minimalista ritenendo opportuno, per il carattere fortemente innovativo dell’istituto, contenerne nella fase iniziale “la sfera di operatività, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento”<sup>(82)</sup>. A prescindere dai motivi, questa selezione ha indubbiamente limitato le potenzialità del sistema come strumento di politica criminale rivolto alle organizzazioni complesse che perseguono finalità lecite, ma al cui interno possono consumarsi reati che in generale non inficiano la liceità dell’esercizio d’impresa<sup>(83)</sup>.

Nelle brevi riflessioni che seguono verrà posto l’accento sul continuo divenire della categoria dei reati che presuppongono la responsabilità dell’ente, nel tentativo di verificare se questo progressivo ampliamento risponda ad un intervento razionale o se, invece, sia stato caratterizzato da una razionalità ad intermittenza, alternata al simbolismo, avuto riguardo agli scopi politico-criminali da perseguire sia sul piano dell’ordinamento positivo, con riferimento ai reati già presupposto, sia *de iure condendo* in relazione al perdurante mancato inserimento dei reati tributari<sup>(84)</sup>. Pur esulando dalle finalità del presente studio, nella stessa pro-

<sup>(82)</sup> Così Relazione governativa, *cit.*

<sup>(83)</sup> Si rinvia a PELISSERO, *La progressiva espansione dei reati-presupposto*, in *Giur. It.*, 2009, 7, pagg. 1832 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *cit.*, pagg. 263 ss. Si veda anche LUPU-TERRACINA, *Indebita scudatura e truffa ai danni dello Stato: fin dove arriva il principio di specialità rispetto ai reati comuni?*, nota a Cass. pen., sez. II, sentenza 26.02.2007, n. 279/12910, in *Dialoghi di diritto tributario*, 11/2007, pagg. 1395 ss.

<sup>(84)</sup> Pregevole è il contributo fornito dalla Commissione GRECO per lo “studio e la proposta di riforme e di interventi per la razionalizzazione, armonizzazione e semplificazione delle procedure processuali ed amministrative relative alle sanzioni pecuniarie da reato applicate a norma del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231” [...] (23 maggio 2007). Nei lavori della Commissione è stato sottolineato come “l’ampliamento della platea dei reati presupposto tende a privilegiare lo strumento della responsabilità degli enti nel quadro del diritto penale dell’economia. Un istituto, dunque, utilizzato non per conferire pregnanza ai profili sanzionatori di reati ritenuti particolarmente gravi, ma, secondo la sua originaria vocazione, come strumento d’intervento nel settore della criminalità del profitto, quando implichi vantaggi per enti”. Quanto al catalogo dei reati presupposto, la Commissione propone: l’art. 25 *novies* che introduce l’ipotesi di turbativa d’asta, di inadempimento nelle pubbliche forniture, di frode nelle pubbliche forniture in quanto “i fatti sanzionati dall’art. 353 c.p. incidono in misura rilevante sulla *par condicio* degli attori economici nel rapporto con la pubblica amministrazione ovvero realizzano forme di cartello idonee ad incidere sulla effettività della concorrenza nel settore delle gare pubbliche e, di regola, sono lo strumento attraverso cui si realizzano fatti gravi di corruzione, garantendo ai loro autori elevati margini di profitto illecito, non solo in termini di flussi economici, ma anche in termini di posizionamento sul mercato”;

spettiva futura dovrebbe reconsiderarsi se, trascorsi dieci anni dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, non siano ormai maturi i tempi per ampliare l'orizzonte applicativo dell'istituto<sup>(85)</sup>, così come proposto nei vari progetti di riforma del codice penale<sup>(86)</sup> e, in un'ottica comparata, come

---

l'art. 25 *decies* per le ipotesi di usura ed estorsione “le cui potenzialità lesive sono sinergicamente potenziate quando vengono commessi attraverso l'utilizzazione della struttura di un ente e che, per converso, sono idonei a produrre significativi profitti per l'ente medesimo, ove vengano commessi nel suo interesse”. Di particolare interesse è la previsione di un art. 25 *undecies* dedicato ad alcuni tra i più gravi reati tributari in cui “la logica del profitto nell'interesse dell'ente è strutturale alle condotte sanzionate, sì che, nel settore in esame, sussistono nella loro più ampia estensione le ragioni per e quali è stato introdotto il sistema della responsabilità previsto dal d.lgs 231/01”. Si tratta poi di “fatti tradizionalmente riconducibili al novero della cd. frode fiscale [e che] presentano tratti di notevole similitudine con quelli riconducibili all'archetipo della truffa ai danni dello Stato, reato per il quale l'art. 24 prevede un'autonoma ipotesi di responsabilità per gli enti nel cui interesse sono stati commessi”; l'art. 25 *duodecies* introduce poi “i delitti contro l'inviolabilità del domicilio e dei segreti, peraltro diversificando la risposta sanzionatoria in relazione alla gravità dei reati. Si è ritenuto che, quando commessi all'interno della struttura di un ente, siano amplificate sia la potenzialità di danno, sia la dimensione del profitto illecito”; l'art. 25 *terdecies* prevede talune fattispecie in materia di abusivismo bancario e finanziario perché, “anche in questo caso, l'applicazione delle sanzioni pecuniarie e, soprattutto, di quelle interdittive si presti a colpire condotte naturalmente orientate a produrre profitti illeciti realizzati nella struttura e nell'interesse di un ente”; l'art. 25 *quartodecies* introduce tra i reati presupposto l'ipotesi di cui all'art. 22, comma dodicesimo, d.lgs 286/98, concernente “i fatti commessi dal datore di lavoro che occupi soggetti privi del permesso di soggiorno ovvero con permesso di soggiorno scaduto del quale non sia stato richiesto il rinnovo. L'estensione della responsabilità degli enti a tali reati si spiega in ragione della loro potenzialità di produzione di profitto illecito, anche attraverso condotte idonee ad alterare la *par condicio* tra operatori economici nel mercato, poiché l'occupazione di un soggetto che risiede illegalmente nel territorio dello Stato è normalmente associata a condizioni di minori oneri economici per i datori di lavoro, connessi alla minore tutela dei soggetti occupati”. Tratto dai lavori della Commissione GRECO, inedito. Si veda IELO, *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida diritto*, 1/2010, pag. 22.

<sup>(85)</sup> Auspica infatti “l'estensione del novero delle tipologie di reato in relazione alle quali consegue anche la responsabilità dell'ente”, LANZI, *L'obbligatorietà della legge italiana non si ferma davanti alle multinazionali*, nota a Trib. Milano, G.i.p., ord. 27.04.2004 che ha applicato la sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, per il periodo di un anno, nei confronti di una società tedesca per atti di corruzione aggravata commessi da suoi dirigenti in Italia, in *Guida al dir.*, 19/2004, pag. 79. Si veda anche PELISSERO, *La progressiva espansione*, cit., pag. 1836, il quale si chiede “se non sia opportuno passare ad una più ampia responsabilità dell'ente per qualsiasi reato commesso da soggetti in posizione apicale o subordinata nell'interesse dell'ente”.

<sup>(86)</sup> “L'introduzione di un sistema sanzionatorio (penale o non penale) per le persone giuridiche in un ambito più ampio di quello imposto dalla ratifica della convenzione sulla corruzione internazionale appare condizione necessaria per la razionalizzazione di diversi istituti del diritto penale d'impresa”. Commissione GROSSO per la riforma del codice penale (01.10.1998) – Relazione 15.07.1999. A tal proposito, l'articolo approvato dalla citata Commissione, all'art. 121 del titolo VII sulla responsabilità delle persone giuridiche, prevede che “La persona giuridica può essere chiamata a rispondere: 1. per delitti dolosi commessi

verificatosi nell'ordinamento francese in cui è stata superata l'originaria base selettiva<sup>(87)</sup>.

---

per conto o comunque nell'interesse specifico della persona giuridica, da persona che aveva il potere di agire per la persona giuridica stessa; 2. per i reati realizzati nello svolgimento dell'attività della persona giuridica, con inosservanza di disposizioni pertinenti a tale attività, da persone che ricoprono una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 22, comma 2. Sono esclusi i reati commessi in danno della persona giuridica": [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS31493#x](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS31493#x). Si veda anche la proposta di articolato della Commissione PISAPIA (27.07.2006) che all'art. 56, primo comma, richiede di "prevedere la responsabilità dell'ente per fatti di reato, recependo la disciplina attualmente prevista dal d. lgs. 231/2001, con gli adeguamenti che seguono: e) estendere il novero dei reati per i quali la persona giuridica debba rispondere se commessi nel suo interesse, in particolare includendovi i reati in materia di sicurezza del lavoro e ambientale": [http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47483](http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47483). Si rinvia a ZANOTTI, *L'architettura futuristica delle sanzioni penali getta ottime basi per la riforma del Codice*, in *Guida al dir.*, 31/2007, pagg. 10 ss.

<sup>(87)</sup> Fino al 1994 il sistema penale francese ammetteva solo la responsabilità delle persone fisiche. Con l'entrata in vigore della legge 94-653 del 29 luglio 1994 anche le *personnes morales* possono incorrere in responsabilità penali per le "infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants" solo "dans les cas prévus par la loi ou le règlement", così come previsto dall'art. 121-2 del codice penale. A differenza dell'autonomia che caratterizza l'istituto della responsabilità dell'ente nell'ordinamento italiano, la responsabilità delle *personnes morales* segue il modello della responsabilità riflessa per cui l'ente sarà responsabile a condizione che lo sia anche la persona fisica. Con la legge 2004-204 del 9 marzo 2004 è stato abbandonato il principio di specialità a favore del principio della generalità: a far data dal 31 dicembre 2005 le persone morali sono quindi responsabili di tutte le infrazioni in quanto l'inciso "dans les cas prévus par la loi ou le règlement" è stato espunto dall'art. 121-2 la cui formulazione prevede attualmente "Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants". La responsabilità delle persone morali per i reati tributari deriva dal combinato disposto del citato art. 121-2 con l'art. 1741 del codice generale delle imposte per cui "Sans préjudice des dispositions particulières relatives dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37.500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'Etat des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 75.000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans": <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do> Per l'approfondimento: AA.VV., *La responsabilité pénale des personnes morales*, Atti del convegno di Limoges, 11 maggio 1993, in *Les Petites Affiches*, 1993; AA.VV., *Le nouveau code pénal, enjeux et perspectives*, Paris, 1994, pagg. 35 ss.; DELMAS-MARTY-LAZERGES, *A propos du nouveau code pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1997, pagg. 151 ss.; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit. pagg. 187 ss.; DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, pagg. 189 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., pagg. 90 ss.; CENTON-



Con l'introduzione della moneta unica europea, il primo banco di prova è costituito dall'inserimento tra i reati presupposto dell'art. 25 *bis* sui delitti in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo<sup>(88)</sup> in adempimento dell'obbligo per gli Stati membri partecipanti alla moneta unica di apprestare "sanzioni adeguate contro l'altezzazione e la contraffazione delle banconote e delle monete metalliche" contenuto all'art. 12 del Regolamento (CE) n. 974/98 relativo all'introduzione dell'euro. In realtà, tralasciando ogni considerazione sull'effettivo obbligo di approntare in questo caso la sanzione della responsabilità degli enti<sup>(89)</sup>, un rilievo trasversale ai diversi innesti avutisi nel tempo si fonda sull'importante distinzione tra le nozioni di associazioni illecite ed illeciti di associazione<sup>(90)</sup>, quest'ultima ambito naturale di riferimento della normativa sulla responsabilità degli enti. In questa prospettiva, evidenziato il rischio di uno strabismo legislativo, si è ritenuto "difficile immaginare l'esercizio di un'attività lecita al cui interno soggetti apicali o in posizione subordinata commettano reati di falso nummario nell'interesse o a vantaggio dell'ente".<sup>(91)</sup>

---

ZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d. lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *Società e modello* 231: *ma che colpa abbiamo noi?*, cit., pagg. 231 ss.

<sup>(88)</sup> Art. 6, primo comma, D.L. 25 settembre 2001, n. 350, conv. con legge 23 novembre 2001, n. 409 recante disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro, in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie. L'ambito di applicazione di tale ricolto è stato successivamente ampliato per l'intervento dell'art. 15, settimo comma, della legge 99/2009 recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, vedasi *infra*.

<sup>(89)</sup> È stato osservato che "le condotte di falsificazione e di uso di monete e simili sembrano criminologicamente più proprie di persone fisiche agenti isolatamente od in concorso tra di loro, al di fuori cioè dell'appartenenza ad una società". CARACCIOLI, *Responsabilità amministrativa degli enti: ampliato l'elenco dei reati*, in *Il fisco*, 38/2001, pag. 12557. Con lungimiranza, l'Autore ha segnalato il rischio che "il futuro legislatore, ogni volta che preveda determinati nuovi tipi di reato, ritenga, per così dire, "quasi indispensabile" introdurre altresì la sanzione amministrativa per la persona giuridica. Si avrebbe, infatti, in tal modo una duplicazione, non sempre opportuna, del trattamento sanzionatorio: è in questa direzione che si vuole avviare il diritto penale degli anni 2000?". Si veda anche GRANDI, *La disciplina del falso nummario nell'era della valuta unica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1, pagg. 367 ss.

<sup>(90)</sup> Per questa distinzione PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti di associazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pagg. 418 ss.. Secondo tale distinzione, si definisce illecita l'impresa in cui l'illiceità caratterizza l'attività come tale e quindi il suo oggetto o il suo fine come contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Cfr. DI AMATO, *Profili penalistici dell'impresa illecita*, in *Riv. pen. econ.*, 1990, pagg. 83 ss.. Si veda anche PANUCCIO, *Impresa illecita*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVI; SACCÀ, *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, 1988.

<sup>(91)</sup> PELISSERO, *La progressiva espansione*, cit.. Sul punto MEREU, *op. cit.*, 100, ritiene come sia evidente "l'assenza, nel nostro paese, di ogni esigenza politico-criminale che giustifichi una simile scelta estensiva, stante l'assoluta implausibilità pratica che reati di questo tipo

Neanche il successivo ampliamento dell'art. 25 *ter* si ritiene superi quel controllo di razionalità dell'intervento in relazione allo scopo perseguito che, non si è mancato di osservare, appare "un lucido disegno di sterilizzazione all'interno di un quadro complessivo di smantellamento del controllo di legalità nel settore dell'economia"<sup>(92)</sup>. Nonostante l'art. 3 del d. lgs. 61/2002 abbia opportunamente esteso la disciplina della responsabilità degli enti anche ai reati societari (se commessi nell'interesse dell'ente) che criminologicamente caratterizzano la criminalità da profitto delle imprese, la scelta di escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive ha espunto dal sistema l'arma più efficace tenuto conto che la sensibilità alla sanzione pecuniaria potrà in alcuni casi essere ben inferiore e che, quindi, potrà assumere reale efficacia deterrente solo un sistema che impieghi sanzioni di natura diversa.

L'art. 3 della legge 14 gennaio 2003, n. 7<sup>(93)</sup> ha successivamente aggiunto l'art. 25 *quater* che estende la responsabilità degli enti anche "in relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali" nonché di quelli "che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999"<sup>(94)</sup>. Anche in questo caso si è di fronte ad un intervento

---

possano essere commessi in contesti aziendali leciti, a meno che non si vogliano ipotizzare realtà del tutto folkloristiche".

<sup>(92)</sup> IBIDEM, pag. 100. L'Autore individua le ragioni che aggravano l'ineffettività dell'art. 25 *ter* "nell'infimo livello dei limiti edittali – in quanto calibrati sulla gravità in sé delle singole fattispecie penali presupposto – che caratterizza le sanzioni pecuniarie previste per l'ente in relazione ai reati societari" nonché nella "depenalizzazione di fatto dei reati societari realizzata con il d. lgs. n. 61/2002 – impedendo a monte la configurabilità della responsabilità penale in capo alle persone fisiche – renderà quasi sempre impossibile far scattare la responsabilità amministrativa dell'ente". Cfr. CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, pagg. 1366 ss.; PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, III, Milano, 2003, pag. 843. Si veda anche AA.VV., *I reati societari, commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio*, cit. (a cura di LANZI-CADOPPI), Padova, 2007; LANZI, *La riforma del reato di falso in bilancio: la nuova frontiera del diritto penale societario*, in *Le Società*, 3/2002, pagg. 269 ss.; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007; ZANNOTTI, *Il futuro del diritto penale societario nella bozza del decreto legislativo*, in *Dir. e giust.*, 1/2002, pagg. 16 ss.

<sup>(93)</sup> Recante ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York il 9 dicembre 1999, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno.

<sup>(94)</sup> Anziché indicare le singole fattispecie incriminatrici, violando il principio della sufficiente determinatezza, il legislatore ha qui ancorato la responsabilità degli enti ad "una clausola generale potenzialmente in grado di ricomprendere qualunque reato purché aggravato dalla finalità di terrorismo o di eversione, con inevitabili ripercussioni sulla capacità dell'ente collettivo di rispettare il dettato normativo, in particolare per quanto riguarda la predisposizione di un adeguato modello organizzativo". Così MEREU, *op. cit.*, pag. 103. Si

simbolico, lontano dai canoni di razionalità, perché “opportuniticamente utilizzato per scopo di convenienza politica contingente, in modo da tranquillizzare la pubblica opinione”<sup>(95)</sup>, e che confonde i distinti piani concettuali sottesi alle diverse nozioni di associazioni illecite ed illeciti di associazione: gli obiettivi della criminalità terroristica ed eversiva appaiono infatti difficilmente conciliabili con l'elemento dell'interesse o vantaggio quale criterio di imputazione oggettiva del fatto reato all'ente.

L'art. 5 della legge 11 agosto 2003, n. 228, recante misure contro la tratta di persone, ha poi introdotto l'art. 25 *quinquies* e con esso i delitti contro la personalità individuale, in particolare le fattispecie in materia di riduzione in schiavitù, tratta e sfruttamento sessuale dei minori<sup>(96)</sup>. Nonostante la condivisibile esigenza di assicurare una tutela forte alle vittime di questi reati, non si può che condividere il dubbio sul reale impatto nella prassi di tale estensione<sup>(97)</sup>. Analoghe considerazioni valgono per la successiva aggiunta dell'art. 25 *quater*.1 introdotta dall'art. 8 della legge 9 gennaio 2006, n. 7 recante disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile: se la previsione consente di colpire le strutture sanitarie che attuano tali pratiche, deve tuttavia riconoscersi come le finalità preventive di tale intervento siano rivolte a situazioni di illiceità assolutamente marginale o, comunque, marginale rispetto alla delinquenza in materia tributaria.

L'art. 9 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), ha aggiunto l'art. 25 *sexies* che ha corresponsabilizzato l'ente anche per i reati di *market abuse* di cui al Testo unico sugli intermediari finanziari: dopo l'inclusione dei reati societari ad opera del citato d. lgs. 61/2002, l'art. 25 *sexies* costituisce la seconda occasione in cui il catalogo dei reati presupposto è stato aggiornato con fattispecie realmente espressive della criminalità da profitto delle imprese<sup>(98)</sup>. Come per i reati societari, tuttavia, l'effi-

---

veda LECCESE, *Responsabilità delle persone giuridiche e delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico* (art. 25 *quater* d. lgs. 231 del 2001), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, pagg. 1191 ss.; PELISSERO, *La progressiva espansione*, cit.

<sup>(95)</sup> FIANDACA, *Il diritto penale*, cit., pag. 95.

<sup>(96)</sup> Sull'argomento si veda FIADINO, *La vittima della “tratta di persone” e la (ricorrente) politica dei “fondi di sostegno”*, in *Dir. pen. e proc.*, 9/2004, pagg. 1153 ss..

<sup>(97)</sup> PELISSERO, *La progressiva espansione*, cit.; ID, *La responsabilità degli enti*, cit., pag. 911.

<sup>(98)</sup> L'art. 9 della legge 62/2005 ha introdotto un'ulteriore, quanto anomala, forma di responsabilità per l'ente derivante dagli illeciti amministrativi di *market abuse* e la relativa sanzione è fissata mediante rinvio all'importo di quella irrogata per l'illecito presupposto, con la possibilità di un aumento fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'ente se di rilevante entità. Si tratta di una previsione strutturata sulla falsariga del d. lgs. 231/2001, al quale il quarto comma dell'art. 9 rinvia, ma diversa per la natura formale del presupposto, per l'organo che irroga la sanzione e per l'inversione dell'onere probatorio qui gravante sull'ente che deve fornire la prova che le persone fisiche hanno agito esclusivamente nell'inten-

accia dell'istituto è stata depotenziata per l'impossibilità di ricorrere alle sanzioni interdittive le quali, a norma dell'art. 13 del d. lgs. 231/2001, "si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste": anche in questo caso, si è quindi in presenza di una scelta irrazionale perché non corrispondente agli obiettivi di (quella che dovrebbe essere la) politica criminale<sup>(99)</sup>.

Un'importante tappa è costituita dall'art. 9 della legge 03 agosto 2007, n. 123 in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro<sup>(100)</sup> che ha esteso la responsabilità degli enti ai delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sui luoghi di lavoro (art. 25 *septies*), prevedendo l'applicabilità di sanzioni tanto pecuniarie quanto interdittive. Si tratta di un intervento quanto mai opportuno, che fornisce una più ampia ed innovativa tutela della vita e dell'integrità fisica del lavoratore perseguendo chiari e razionali scopi di politica criminale perché attinge quelle politiche di impresa volte a massimizzare il profitto, anche

---

resse proprio e di terzi, elementi che inducono a qualificare la responsabilità amministrativa discendente da illecito amministrativo come una responsabilità amministrativa pura e non come responsabilità sostanzialmente penale ma formalmente amministrativa. Si rinvia a: DI AMATO, *Trattato di diritto penale dell'impresa, I reati del mercato finanziario*, Padova, 2007, pag. 153; MONTICELLI, *I reati societari, commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio, cit.*, 2007, pag. 445; MUCCIARELLI, *Abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, pag. 1466; ID, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, pag. 140; ROSSI A., *Market abuse e insider trading: l'apparato sanzionatorio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006; SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, *Dir. pen. e proc.*, 2006, pag. 14. Sia consentito rinviare anche a SORBELLO, *Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di market abuse*, in questa *Rivista* 2/2008, pagg. 594 ss.

<sup>(99)</sup> Si tratta di una scelta definita "disonica rispetto ai principi che presiedono al sistema sanzionatorio a carico degli enti, nel quale la previsione di sanzioni interdittive, applicabili ove espressamente previste ed in una prospettiva di proporzionalità e sussidiarietà della gravità della sanzione, garantisce una efficace risposta dell'ordinamento, che sarebbe compromessa ove il sistema si fondasse esclusivamente sulla sanzione pecuniaria, "contabilizzata" dall'ente nei costi di gestione nel bilanciamento rischi-benefici". PELISSERO, *La progressiva espansione, cit.*.

<sup>(100)</sup> Con la stessa legge il Governo è stato delegato a procedere al riassetto ed alla riforma della normativa di settore. La delega è stata attuata con il d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 che contiene un'espressa previsione del contenuto del modello organizzativo. L'art. 30, primo comma, ha infatti puntualmente previsto gli obblighi da osservare affinché il modello di organizzazione e di gestione sia idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa degli enti. Si rinvia a ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti, cit.*, pagg. 506 ss.; PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2010, pagg. 102 ss. Per l'approfondimento, ID, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 2, pagg. 547 ss.

mediante la riduzione dei costi connessi all'osservanza della normativa antinfortunistica<sup>(101)</sup>.

Un ulteriore ampliamento si è poi avuto con l'art. 10 della legge 16 marzo 2006, n. 146<sup>(102)</sup> che ha previsto la corresponsabilizzazione dell'ente per alcuni reati associativi, per i delitti di riciclaggio e di reimpiego di capitali illeciti, per le fattispecie in materia di traffico di immigrati e per alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, comminando sanzioni pecuniarie e (fatta eccezione per questi ultimi) interdittive a condi-

<sup>(101)</sup> L'ampliamento dei reati presupposto realizzato dalla legge 123/2007 ha sollevato interrogativi riguardo alla compatibilità del criterio dell'interesse o del vantaggio con i reati colposi che risultano, per definizione, non voluti. Secondo un'interpretazione storica, grazie ad una lettura di compatibilità, è prevalsa tra i primi commentatori l'idea che tale criterio debba essere oggetto di "una nuova prospettiva di valutazione, che ricollegli il concetto d'interesse e quello di vantaggio, anziché al reato *tout court*, alla semplice condotta di violazione delle norme cautelari": l'ente potrà quindi essere ritenuto responsabile dei reati che conseguono ad "inosservanze di normative antinfortunistiche o a tutela dei lavoratori tenute allo scopo e al fine di far risparmiare alla società delle spese, o per renderla più competitiva sul mercato in assenza di rilevanti costi". Si veda LANZI, *Commento all'art. 9. Criteri d'imputazione oggettiva alla persona giuridica per la responsabilità in tema di infortuni sul lavoro* (a cura di BACCHINI), *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Milano, 2008, pag. 227. A fronte di tali difficoltà, poteva costituire una soluzione ancorare la responsabilità dell'ente in un momento anteriore all'evento morte o lesioni, verificatosi per la violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, qualificando come reati presupposti le fattispecie di cui agli artt. 437 e 451 c.p. Un ulteriore profilo di criticità, connesso alla pretesa incompatibilità del reato colposo con la disciplina generale del d. lgs. 231/2001, è stato individuato in relazione all'operatività della scusante prevista dall'art. 6 per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale: considerato che le condotte di cui ai reati *sub art. 25 septies* sono, in linea generale, tenute da soggetti in posizione apicale "la prova liberatoria diviene qui particolarmente difficile in quanto appare sostanzialmente impossibile che venga integrato il requisito rappresentato dall'elusione fraudolenta del modello. Il concetto di fraudolenza implica un comportamento sostenuto da artifici, idonei ad aggirare il meccanismo prevenzionale dell'ente". Si veda ALDROVANDI, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro*, in questa *Rivista*, fasc. 2/2009, pagg. 493 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. pagg. 277 ss.; ALESSANDRI A., *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione, in Società e modello 231: ma che colpa ne abbiamo noi?*, cit., pagg. 337 ss.; PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011.

<sup>(102)</sup> Recante ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. In tema di responsabilità degli enti, la Convenzione prevede all'art. 10, commi primo e secondo, che "chaque État Partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention. 2. Sous réserve des principes juridiques de l'État Partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative".

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtds-g\\_no=XVIII-12&chapter=18&lang=fr](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mtds-g_no=XVIII-12&chapter=18&lang=fr)

zione che tali reati assumano carattere transazionale ai sensi dell'art. 3 della stessa legge<sup>(103)</sup>. Salve le incriminazioni di riciclaggio e reimpiego che manifestano anche forme di criminalità d'impresa<sup>(104)</sup>, ma la cui applicazione è stata qui limitata dalla transnazionalità del reato, si ritiene che il legislatore sia ricorso ancora una volta all'istituto della responsabilità degli enti come panacea per tutti i mali, considerando concettualmente fungibili le citate nozioni "associazioni illecite" ed "illeciti di associazioni".

Con l'art. 63 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231<sup>(105)</sup> è stato aggiunto l'art. 25 *octies* che prevede sanzioni pecuniarie ed interdittive in relazione ai reati di ricettazione, riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. In forza di quest'ultima previsione, le condotte di riciclaggio e di reimpiego consentono la corresponsabilizzazione dell'ente a prescindere dal carattere transazionale del reato<sup>(106)</sup>.

Nell'osservanza degli obblighi derivanti dall'art. 12 della Convenzione sulla criminalità informatica siglata a Budapest il 23 novembre 2001, con l'entrata in vigore della legge di ratifica 18 marzo 2008, n. 48 è stato aggiunto l'art. 24 *bis* che ha esteso la responsabilità degli enti anche ai delitti informatici, comminando sanzioni tanto pecuniarie quanto interdittive.

---

<sup>(103)</sup> Art. 3 legge 146/2006, Definizione di reato transazionale. 1. Ai fini della presente legge si considera reato transazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

<sup>(104)</sup> Per l'approfondimento si veda MASCIANDARO, *Il riciclaggio dei capitali illeciti*, in DONATO- MASCIANDARO, *Moneta, banca, finanza. Gli abusi del mercato*, Milano, 2001; PEDRAZZI, *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di MOCCIA, Napoli, 1999. Si veda anche CONDEMI-DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, 60, 2008: [http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quarigi/qrg60/qrg\\_60/quarigi\\_60.pdf](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quarigi/qrg60/qrg_60/quarigi_60.pdf)

<sup>(105)</sup> Attuazione della direttiva 2005/60/CE sulla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:IT:PDF>

<sup>(106)</sup> Per la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, accanto alla previsione di obblighi di identificazione, tenuta delle registrazioni e segnalazione delle operazioni sospette, la corresponsabilizzazione dell'ente costituisce un ulteriore strumento di prevenzione con il quale il legislatore dimostra di tenere in considerazione il ruolo nevralgico assunto dal sistema finanziario che può essere usato per mantenere o trasferire, consapevolmente, fondi che abbiano un'origine illecita. Cfr. ZANNOTTI, *La tutela dell'accesso al mercato nella prospettiva della lotta contro il riciclaggio: il caso dell'abusivismo*, in questa *Rivista*, 2003, pag. 926; CONDEMI-DE PASQUALE, *op. cit.*, pagg. 20 ss.; PESCI D., *Antiriciclaggio: segnalazione di operazioni irregolari o sospette*, *Dir. e prat. soc.*, 1/2009, pagg. 44 ss.

tive<sup>(107)</sup>,<sup>(108)</sup>: rispetto ad alcuni interventi pregressi – scanditi da ragioni più contingenti che espressive di un meditato ricorso alla responsabilità degli enti come strumento di politica criminale – si è qui in presenza di illeciti che possono consumarsi nell'attività d'impresa dell'ente e nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo.

Continuando con gli interventi normativi, la legge 23 luglio 2009, n. 99, recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, ha ridisegnato in maniera particolarmente incisiva il perimetro della tutela penale dei diritti di proprietà intellettuale, modificando le fattispecie penali in materia, prevedendo un'ulteriore ipotesi di confisca per equivalente ed intervenendo infine anche sul sistema della responsabilità degli enti. A norma dell'art. 15, settimo comma, della citata legge si è proceduto infatti alla modifica dell'art. 25 *bis*, la cui nuova rubrica è adesso “falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento”, nonché all'inserimento di due nuovi articoli contenenti una pletora di fattispecie: si tratta dell'art. 25 *bis*.1 in materia di delitti contro l'industria e il commercio e 25 *novies* sui delitti in materia di violazione del diritto d'autore che prevedono entrambi sanzioni pecuniarie ed interdittive<sup>(109)</sup>. La legge 99/2009 non costituisce che l'ulteriore esempio di un modo di legiferare farraginoso, l'ennesima scelta di conferire una tutela ampia ricorrendo alla disci-

---

<sup>(107)</sup> PICOTTI, *Ratifica della Convenzione Cybercrime e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, pag. 447. In realtà, la Convenzione di Budapest ha previsto l'obbligo di corresponsabilizzazione delle persone morali, lasciando liberi gli Stati firmatari di qualificare la natura di tale responsabilità, conformemente ai principi giuridici del proprio ordinamento: “la responsabilité visée par cet article peut être pénale, civile ou administrative. Il est loisible à chaque Partie de décider de prévoir l'une quelconque ou l'ensemble de ces formes de responsabilité, conformément à ses principes juridiques, dès l'instant que la forme de responsabilité retenue satisfait aux critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 13, selon lesquels les sanctions ou mesures doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » et incluent les sanctions pécuniaires », *Convention sur la cybercriminalité, rapport explicatif*, par. 126: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/185.htm>

<sup>(108)</sup> Tale estensione ha comportato la necessità di rivedere i modelli organizzativi individuando, in particolare, le attività esposte a rischio per poi adottare idonee strategie di prevenzione secondo parametri non dissimili da quanto indicato nell'allegato b) al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il disciplinare in materia di misure minime di sicurezza per la protezione dei dati personali.

<sup>(109)</sup> Cfr. GIARDA, *Ridisegnato il perimetro della tutela penale dei diritti di proprietà industriale*, in *Corr. merito*, 2009, 11, pagg. 1057 ss.. Si veda AA.VV., *Brevetti, marchio, ditta, insegna* (a cura di FRANCESCHELLI V.), Torino, 2003; MADEO, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2010, pagg. 10 ss; MUSSO A., *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile* SCIALOIA-BRANCA (a cura di GALGANO), Bologna, 2008; MONTAGNA, *La tutela penale del “Made in Italy” fra origine e qualità del prodotto*, in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 3449 ss.

plina della responsabilità degli enti il cui catalogo in continuo divenire pone dei dubbi sul rispetto del basilare principio della certezza del diritto per la confusione che ne deriva non solo ai destinatari della normativa, ma paradossalmente allo stesso legislatore. Con la successiva legge 3 agosto 2009, n. 116<sup>(110)</sup> è stata colta l'occasione della ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione per introdurre nella categoria dei reati presupposto anche l'art. 377 *bis*<sup>(111)</sup>. Tralasciando ogni considerazione sulla coerenza di tale ulteriore inserimento nel sistema del d. lgs. 231/2001, che rende ormai chiara la tendenza a riprodurre per gli enti una penalizzazione come *prima ratio* per accreditare un sistema penale all'apparenza deterrente<sup>(112)</sup>, la conferma di tale confusione si ricava dal fatto che l'estensione all'art. 377 *bis* è stata inserita con un art. 25 *novies* che riproduce la stessa numerazione prevista per i delitti in materia di violazione del diritto d'autore<sup>(113)</sup>.

<sup>(110)</sup> Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale.

<sup>(111)</sup> L'art. 377 *bis* c.p. incrimina l'induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria, inserito dall'art. 20 della legge 1 marzo 2001, n. 63 sul giusto processo. È di tutta evidenza che solo occasionalmente una simile fattispecie potrà consumarsi nell'interesse o a vantaggio dell'ente. In ogni caso, appare qui difficile ipotizzare l'adozione e l'efficacia attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di tale reato. Sulla possibilità di un modello di organizzazione idoneo si veda GRILLO, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica*, cit., pagg. 211 ss; SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Società e modello 231: ma che colpa abbiamo noi?*, cit., pagg. 265 ss.

<sup>(112)</sup> Cfr. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., pag. 67. Secondo l'Autore negli ultimi interventi sulla categoria dei reati presupposto si registra l'assenza di un'autentica strategia preventiva, "con la conseguenza che oggi sembra quasi una clausola di stile per il legislatore prevedere, per ogni categoria di reati che desta particolare allarme sociale, anche una responsabilità per enti collettivi: quasi che una nuova legge che non inserisse nelle disposizioni finali l'estensione della responsabilità anche per gli enti non possa essere considerata a passo con i tempi".

<sup>(113)</sup> Il disegno di legge presentato in data 30.12.2008 dal Ministro della giustizia ALFANO "Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali [...]. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche", nel testo approvato dalla Camera dei deputati in data 11.06.2009 (C1415) prevedeva una terza ipotesi di art. 25 *novies* riferita alla contravvenzione di cui all'art. 684 c.p., in materia di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale. Nel testo modificato dal Senato in data 10.06.2010 si ha la rinumerazione dell'articolo che ha esteso la responsabilità degli enti per la commissione del delitto *sub* art. 377 *bis* c.p. che diventa così il 25 *decies*, nonché la previsione di un art. 25 *undecies*, "Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale", i cui commi primo e secondo estendono, rispettivamente, la responsabilità dell'ente in relazione ai reati previsti dagli artt. 617, quarto comma [*sic*], e 684 c.p. Trasmesso alla Camera, in data 30.07.2010 è iniziata la seconda lettura: <http://nuovo.camera.it/126?action=submit&leg=16&pdl=1415&stralcio=&navette=&cerca=cerca>



L'ulteriore (ma non ultimo<sup>(114)</sup>,<sup>(115)</sup>) intervento legislativo di estensione della responsabilità degli enti è determinato dalla necessità di adempiere obblighi sovranazionali. Con l'art. 19 della legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009) il Governo è stato infatti delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per l'attuazione di alcune direttive in materia ambientale<sup>(116)</sup>. Con il successivo art. 52, terzo comma, al Governo è stato inoltre delegata l'attuazione delle decisioni quadro in materia di frodi e fal-

<sup>(114)</sup> Risulta ancora inattuata la legge delega 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007) per l'attuazione, tra le altre, della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22.07.2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato: all'art. 29, lett. c), la delega richiede la "previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato". Sulla corruzione fra privati cfr. FORTI, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pag. 1115; ZANOTTI, *La corruzione privata: una previsione utile nel nostro ordinamento? Riflessione su un dibattito in corso*, in questa *Rivista*, 2/2005, pag. 531.

<sup>(115)</sup> In data 04.05.2010 il Ministro della giustizia ALFANO ha presentato un disegno di legge recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", il cui art. 12 prevede delle modifiche al codice penale, tra le quali la limitata modifica e la ridenominazione in "traffico di influenze illecite" dell'attuale art. 346 c.p. (S2156). Nel corso dell'esame in Commissione tra gli emendamenti è stata proposta l'aggiunta di un art. 12 *bis* che modifica il d. lgs. 231/2001 con l'inserimento tra i reati presupposto, all'art. 25, comma secondo, del citato art. 346 c.p. ed all'art. 25 *bis* 1, dell'art. 513 *ter* c.p.: <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35351.htm>. (l'esame in aula è iniziato in data 18.01.2011).

<sup>(116)</sup> Si tratta delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/99/CE del 19.11.2008 sulla tutela penale dell'ambiente <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:IT:PDF> e 2009/123/CE del 21.10.2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:280:0052:0055:IT:PDF>. Sul l'argomento: MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2007, pagg. 1075 ss.; MARCOLINI, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, pagg. 244 ss.; MUSCATIELLO, *Aspettando Godot*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2007, pagg. 1521 ss.; RIONATO, *Diritto penale dell'ambiente, diritto comunitario, diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *La tutela penale dell'ambiente* (a cura di AMELIO-FORTUNA), Torino, 2000, pagg. 36 ss.; RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009; SIRACUSA L., *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2006, pag. 769; SIRACUSA L., *L'attuazione delle Direttive europee sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*. Atti del Convegno "La riforma del diritto penale dell'ambiente in prospettiva europea", A.I.D.P., Roma, 04.02.2011: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Su iniziativa dell'On. COSENZA, in data 06.05.2009, e dell'On. LIBE', quale primo firmatario, in data 24.06.2009, sono state presentate alla Camera dei deputati le proposte di legge, rispettivamente, n. 2420 "Introduzione del titolo VI-bis del libro II del codice penale e dell'articolo 25-*quinquies*.1 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di delitti contro l'ambiente" e n. 2533 "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al d. lgs. 231/2001, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente" (per quest'ultima, assegnata alla II Commissione Giustizia in data 22.07.2009, al mese di gennaio 2011 non risulta ancora iniziato l'esame). Per la ricerca: <http://www.camera.it/141>

sificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti, del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali e di traffico di stupefacenti<sup>(117)</sup>.

Una volta posto il quesito sulla razionalità di scopo del divenire della categoria dei reati presupposto rispetto agli interessi tutelati, a quelli non tutelati o che lo sono apparentemente, le ragioni volta per volta determinanti l'ampliamento dell'ambito applicativo del d. lgs. 231/2001 esprimono un approccio improvvisato o comunque ben lontano dai canoni di un modello integrato che valorizzi sistematicamente diritto penale, politica criminale e scienze empirico-sociali<sup>(118)</sup>. Fatta eccezione per gli interventi imposti da obblighi sovranazionali, in poche occasioni sono state previste fattispecie per le quali l'opportuno ricorso all'istituto della responsabilità degli enti assume una chiara valenza generalpreventiva, con particolare riferimento ai reati societari, in materia di market abuse, sulla tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro e dell'ambiente. Le perplessità derivano dalla selezione di alcune fattispecie irriducibili alla categoria concettuale dell'impresa lecita o di altre la cui rispondenza nella prassi si ritiene limitata, se non minima, a fronte della persistente esclusione dei reati tributari in presenza di un'evasione stimata in "oltre 76 miliardi di euro di mancati introiti per l'erario per il 2006, che corrispondono a circa il 6% del PIL e a circa il 19,1% delle entrate di competenza del bilancio dello Stato al netto dei ruoli"<sup>(119)</sup>. Non solo. La progressiva espansione dei reati presupposto sta producendo, in primo luogo, "un novero numericamente assai più ampio e morfologicamente assai più variegato di reati presupposto" senza che – per contro e fatta salva la materia della sicurezza sul lavoro – il legislatore abbia esplicitato i contenuti

---

<sup>(117)</sup> Si tratta delle decisioni quadro del Consiglio 2001/220/GAI 15.03.2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:IT:PDF>; 2001/413/GAI del 28.05.2001 per la lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0001:0004:IT:PDF>; 2002/946/GAI del 28.11.2002, per il rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0001:0003:IT:PDF>; 2004/757/GAI del 25.10.2004, sulla fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:335:0008:0011:IT:PDF>.

<sup>(118)</sup> Cfr. FIANDACA, *Il diritto penale, cit.*, pag. 81. Efficace la considerazione del d. lgs. 231/2001 come contenitore "da riempirsi da parte del futuro legislatore ogniqualvolta si ritenga opportuno coinvolgere, oltre le persone fisiche che hanno commesso il reato, la persona giuridica nel cui interesse il medesimo è stato compiuto". CARACCIOLI, *Reati societari e responsabilità amministrativa degli enti*, in *Il fisco*, 43/2001, pag. 13829.

<sup>(119)</sup> Relazione al Parlamento concernente i risultati derivanti dalla lotta all'evasione, *cit.*, pag. 7.

minimi dei modelli organizzativi con la conseguente “malcerta valutazione (cruciale) in ordine alla idoneità del modello”; in secondo luogo, “disarmonie e incongruenze” del sistema sanzionatorio “sicché a fronte di reati presupposto sanzionati con pene edittali più gravi, fanno riscontro sanzioni per l'ente meno gravi rispetto a quelle dettate per reati-presupposto sanzionati con pene più lievi, e viceversa”<sup>(120)</sup>; un terzo aspetto è la confusione che ne deriva: a causa di una corresponsabilizzazione degli enti apparentemente inarrestabile<sup>(121)</sup>, sembra essere stato superato l'ideale di diritto certo, conoscibile e prevedibile che consenta l'orientamento delle scelte, avuto particolare riguardo alla predisposizione di idonei modelli organizzativi.

#### 4. *Evasione fiscale e politica criminale: ragioni (quali?) di un'esclusione.*

È opinione comune che la legislazione penale in materia economica sia stata quella che ha maggiormente risentito di condizionamenti storico-politici che ne hanno evidenziato profili di incoerenza rispetto alla politica criminale perseguita, con particolare riferimento alla materia penale societaria e tributaria. Nel primo caso, infatti, la riforma del d. lgs. 61/2002, riducendo drasticamente l'area del penalmente rilevante, ha indotto minori possibilità di corresponsabilizzare l'ente e comunque, qualora possibile, la mancata espressa previsione nell'art. 25 *ter* del d.lgs. 231/2001 delle sanzioni interdittive rende probabile il rischio che l'ente monetizzi la sanzione pecuniaria. Nel secondo caso, invece, nonostante la riforma del d. lgs. 74/2000 abbia incontrato un generale favore per il riallineamento della disciplina ai dettami di un diritto penale (razionale perché) minimo, trascorsi ormai dieci anni, il sistema sanzionatorio tributario non ha comunque raggiunto l'obiettivo di ridurre a limiti “fisiologici” il fenomeno evasivo e si ritiene a causa, da una parte, del susseguirsi di provvedimenti premiali comunque denominati e, dall'altra, della perdurante esclusione dei reati tributari dalla categoria dei reati che presuppongono la responsabilità degli enti *ex* d. lgs. 231/2001. Questo perché si crede che la responsabilità degli enti di cui al combinato disposto del d. lgs. 471/1997 e dell'art. 19, secondo comma, del d.lgs. 74/2000 non abbia la stessa efficacia generalpreventiva e non solo per l'irrisorietà delle sanzioni qui previste, quanto per la logica del sistema caratterizzato da un approccio meramente repressivo<sup>(122)</sup>. Si è quindi in presenza di un sistema sanzionatorio mantenuto

<sup>(120)</sup> Dalla Relazione della Commissione GRECO, *cit.*

<sup>(121)</sup> Significativo il riferimento nella citata proposta di legge dell'On. DELLA VEDOVA: “i reati presupposto della responsabilità delle imprese sono oggi oltre cento”.

<sup>(122)</sup> Se è vero che l'ente non è “sottratto alla responsabilità amministrativa per gli ille-

strategicamente depotenziato, una situazione che stimola allora preoccupanti riflessioni su quella “aura di innocenza e prestigio che circonda il mondo imprenditoriale” che “non è solo il contrassegno di una forza culturale, ma può sprigionare una forza normativa”<sup>(123)</sup>.

Ci si chiede se la necessità di rispettare gli obblighi internazionali, ed in particolare dell’Unione europea, possa nuovamente orientare le scelte di politica criminale rappresentando l’occasione per annoverare anche l’illecito penale tributario tra i reati che presuppongono la responsabilità degli enti<sup>(124)</sup> o se, invece, trascorsi dieci anni dall’entrata in vigore del d. lgs.

---

citi penali tributari commessi da rappresentanti e amministratori”, in una prospettiva di prevenzione generale, non si può concordare sul fatto che “la mancata previsione dei reati tributari tra quelli che fungono da presupposto del d. lgs. 231/2001 si rifletta soltanto sul procedimento di applicazione, che non sarà quello penale”. Così CORSO, *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti responsabili di illeciti amministrativi*, in *Corr. trib.*, 1/2007, pag. 47.

<sup>(123)</sup> Così MARINUCCI, *Diritto penale dell’impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 4/2008, pagg. 1473 ss.; Si veda anche FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, pagg. 173 ss.

<sup>(124)</sup> Con la legge 300/2000 l’Italia ha ratificato la Convenzione del 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee per cui “la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee esige che ogni condotta fraudolenta che leda tali interessi debba dar luogo ad azioni penali e richieda che sia a tal fine adottata una definizione comune”. In base all’art. 1, ciascuno Stato membro è stato quindi chiamato ad adottare “misure necessarie e adeguate per recepire nel diritto penale interno” le condotte ivi qualificate come frodi, in materia di spese e di entrate, lesive degli interessi finanziari: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127%2803%29:IT:HTML>. Nella relazione esplicativa risulta che “per tener conto dei vari tipi di frode, il paragrafo 1 dell’art. 1 prevede due definizioni distinte ma simili di frode, una in materia di spese e l’altra in materia di entrate” intendendo per entrate quelle “provenienti dalle prime due categorie di risorse proprie di cui all’art. 2, par. 1 della decisione 94/728/CE del Consiglio, del 31.10.1994, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, ossia i prelievi sugli scambi con i paesi terzi nell’ambito della politica agricola comune e i contributi previsti nell’ambito dell’organizzazione comune dei mercati dello zucchero, da un lato, e i dazi doganali sugli scambi con i paesi terzi, dall’altro. Sono escluse le entrate provenienti dall’applicazione di un’aliquota uniforme alla base imponibile IVA negli Stati membri, non essendo l’IVA una risorsa propria riscossa direttamente per conto della Comunità. Sono altresì escluse le entrate provenienti dall’applicazione di un tasso uniforme alla totalità dei PNL degli Stati membri”: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51997XG0623%2802%29:IT:HTML>. Dopo un primo Protocollo del 29.11.1996 sull’interpretazione della citata Convenzione da parte della Corte di giustizia, in data 19.06.1997 è stato adottato un secondo Protocollo, alla data odierna non è ancora entrato in vigore, il cui art. 3 ha richiesto a ciascun Stato membro di adottare le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode [...] commessa a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica, basati sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica; sull’autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica; sull’esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica, nonché

231/2001 si sia finalmente radicata quella cultura aziendale della legalità

della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode [...] del tentativo di commettere tale frode”.

Appare interessante un cenno all'ipotesi che in forza del citato secondo protocollo, una volta entrato in vigore, sarebbe stato possibile individuare un obbligo comunitario di corresponsabilizzazione degli enti anche per i reati tributari, con riferimento all'IVA, se la nozione “entrate” avesse ricompreso anche quelle derivanti dall'applicazione di un'aliquota uniforme alla base imponibile IVA negli Stati membri. Se è pur vero che “l'IVA una risorsa propria riscossa direttamente per conto della Comunità” esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari, tale esclusione dovrebbe forse essere riconsiderata e non solo per spronare gli Stati membri (una politica criminale finalizzata alla garanzia del gettito risulta funzionale al controllo del deficit pubblico e, quindi, dei parametri di cui al patto di stabilità e crescita inerente il controllo delle politiche di bilancio), ma, soprattutto, perché le entrate provenienti dall'IVA sono superiori a quelle che derivano dalle due tipologie di entrate “coperte” dalla Convenzione TIF, così come risulta dai seguenti dati del bilancio: <http://eur-lex.europa.eu/budget/www/index-it.htm>

Risorse proprie (17.03.2010)	2010	2009	2008	2007	2006	2005
Diritti agricoli			1.277.600.607	1.404.037.522	1.291.800.424	1.350.779.664
Contributi ambito o.c.m. settore zucchero	123.400.000	139.400.000	707.867.888	-30.702.665	151.609.698	695.117.153
Dazi doganali	14.079.700.000	14.441.100.000	15.297.420.058	15.199.667.595	13.584.853.612	12.017.241.801
<b>Risorse provenienti dall'I.V.A.</b>	<b>13.950.917.375</b>	<b>13.668.391.900</b>	<b>17.966.225.814</b>	<b>18.467.676.754</b>	<b>17.219.801.793</b>	<b>15.618.908.473</b>
Risorse basate sui P.I.L. nazionali	93.352.686.353	81.989.065.204	73.015.005.365	71.057.243.113	68.602.092.852	68.811.599.689
Correzione degli squilibri di bilancio	0	0	385.365.503	61.069.996	-6.000.366	-120.333.640
<b>Totale</b>	<b>121.506.703.728</b>	<b>110.237.957.104</b>	<b>108.649.485.235</b>	<b>106.158.992.315</b>	<b>100.844.158.013</b>	<b>98.373.313.141</b>

Ad adiuvandum, proprio sul tema della “duplicità della lesione degli interessi finanziari dei singoli Stati e della U.E.”, si sono recentemente espresse le Sezioni unite chiamate a pronunciarsi sul concorso tra i reati in materia fiscale ed il delitto di truffa aggravata a danno dello Stato: “poiché tra le fonti di approvvigionamento delle risorse finanziarie dell'U.E. rientra una certa percentuale dell'imposta sul valore aggiunto IVA riscossa dagli Stati membri, appare evidente come ogni condotta diretta ad eludere il pagamento dell'IVA, oltre a generare un danno economico per gli introiti dello Stato, si ripercuote negativamente sulle finanze U.E., seppure in misura proporzionalmente inferiore. Pertanto, la lesione degli interessi finanziari dell'U.E. in casi di frode in materia di IVA si manifesta come lesiva, sia in via diretta che indiretta, degli stessi interessi e le norme penali nazionali in materia di IVA riguardano l'imposta nel suo complesso e, quindi, sono idonee a tutelare anche la componente comunitaria”. Così Cass. pen. SS.UU., sent. 19.01.2011, n. 1235, cit.

Sul rapporto tra diritto comunitario e diritto penale interno si veda DE AMICIS, *Sul rap-*

che non poteva originariamente essere imposta *ex abrupto* per non trascurabili difficoltà di adattamento. Ci si chiede, ancora, quali siano le ragioni della persistente esclusione dei reati tributari tenuto conto che la logica preventiva del sistema della responsabilità degli enti appare omogenea a quella sottostante l'adempimento spontaneo e che un'ulteriore analogia si coglie tra il fine di evadere l'imposte ed il criterio, unitariamente considerato, dell'interesse *ex art. 5* <sup>(125)</sup>, <sup>(126)</sup>.

---

porto tra diritto penale e diritto comunitario, in *Giur. merito*, 1995, II, pag. 773; FOFFANI-CANESTRARI, *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005; FRAGOLA, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; Id., *Diritto penale ed integrazione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO- SICURELLA, Milano, 2007, pagg. 14 ss.; LANZI, *I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione Europea: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 5/2006, pag. 873; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 58; PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano* (a cura di CAPPELLETTI-PIZZORUSSO), Milano, 1982, pag. 612; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; ROCCHI, *L'influenza del diritto europeo nell'applicabilità del reato di evasione d'Iva all'importazione*, in *Rass. trib.*, 1/2005, pag. 256, (nota a Cass. pen., sez. III, sent. 05.03.2004, n. 10677); SGUBBI, *Diritto penale comunitario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, pag. 89. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, 11.12.2001 COM(2001) 715 def.: [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/green\\_paper/document/green\\_paper\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/document/green_paper_it.pdf); EADEM, *Seconda relazione della Commissione. Applicazione della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli*, 14.02.2008 COM (2008) 77 def.: "l'armonizzazione effettiva degli strumenti TIF non è stata ancora raggiunta per tutti i 27 Stati membri, né da un punto di vista formale né pratico. La Commissione si rammarica del fatto che, a causa della mancata ratifica da parte dell'Italia, il secondo protocollo non sia ancora entrato in vigore e che la ratifica degli Stati membri che hanno aderito all'UE il 1° maggio 2004 non sia stata ancora completata. In pratica, il sistema attuale di tutela, basato sulle convenzioni, crea una situazione a più velocità che si traduce in un mosaico di situazioni giuridiche differenti in termini di obbligo di applicazione degli strumenti TIF nei sistemi giuridici nazionali dei singoli Stati membri. Da un punto di vista formale, tale situazione non produce l'auspicata tutela penale effettiva e dissuasiva": [http://ec.europa.eu/dgs/olaf/legal/doc/2008\\_77\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/olaf/legal/doc/2008_77_it.pdf).

<sup>(125)</sup> Art. 1, lett. f) d. lgs. 74/2000: "per imposta evasa d'intende la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi a titolo di acconto, di ritenuta o comunque in pagamento di detta imposta prima della presentazione della dichiarazione o della scadenza del relativo termine". L'approfondimento della definizione d'imposta evasa consente di circoscrivere una nozione autonoma rispetto a quella tributaristica sulla base di molteplici fattori rilevanti tanto sul piano sostanziale che processuale. "Sotto il versante processuale, radicalmente diversi sono i criteri probatori che presidono all'accertamento del fatto evasivo: nel processo penale non valgono le limitazioni in punto di prova di cui al processo tributario, né tantomeno le presunzioni tributarie. Sotto il versante sostanziale, oltre ai costi indeducibili, non rilevano le condotte falsificatorie incidenti sulle detrazioni d'imposta; non rilevano le condotte evasive che, ancorate su valutazioni di voce determinanti ai fini del reddito imponibile, siano tuttavia dettate dalla (erronea) convinzione circa la correttezza dell'interpretazione prescelta". Così MANGIONE,

Quanto alle ragioni del mancato inserimento, “mera dimenticanza, magari rimediabile in futuro con ulteriore intervento normativo, oppure scelta consapevole del legislatore”<sup>(127)</sup>, se può convenirsi sulla consapevolezza, la scelta non appare tuttavia essere stata determinata dall’esigenza di evitare una vessatoria “triplicazione delle sanzioni” perché il nostro ordinamento conosce persino la quadruplicazione in materia di *market abuse*<sup>(128)</sup>. Tale mancato inserimento non appare giustificabile dalla prevenzione di eccessi sanzionatori perché significherebbe rinunciare così ad un efficace strumento di politica criminale, senza poi considerare che un simile problema potrebbe superarsi con la previsione di una clausola di sussidiarietà (che escluda l’applicabilità per l’ente delle sanzioni amministrative “pure” in presenza di responsabilità dipendente da reati tributari) oppure, in maniera più radicale, eliminando l’art. 19, secondo comma, del d. lgs. 74/2000. Nemmeno la ritenuta inconciliabilità della disciplina dell’art. 6 del d.lgs. 231/2001, “incentrata appunto sull’esistenza di direttive di comportamento ai dipendenti in posizione apicale e sulla violazione fraudolenta dei relativi obblighi”, con le peculiarità dell’obbligazioni di carattere tributario che sono “proprie, personali e quindi come tali in delegabili”, sembra

---

*La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in *Diritto penale tributario* (a cura di Musco), cit., pagg. 113 ss.. Si veda anche CARACCIOLI, *Reati fiscali: ritorna la forte tentazione di resuscitare la pregiudiziale tributaria*, in *Guida al dir.*, 5/2000 pag. 13; IMPERATO, commento all’art. 1, in *Diritto e procedura penale tributaria (commentario al Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, a cura di CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, cit., pagg. 56 ss.; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., pagg. 195 ss.. Si veda anche la circolare del Dipartimento delle Entrate n. 154/E del 04.05.2000: <http://dt.finanze.it/doctrib/SilverStream/Pages/DOC-TRIBFrameset.html>.

<sup>(126)</sup> Se l’astensione dall’evasione dipende da un mero calcolo economico, la sanzione pecuniaria “connessa alla mancata dichiarazione o al mancato pagamento dell’imposta non può che essere proporzionata all’imposta stessa [...]. La proporzionalità della sanzione avviene per un preciso calcolo economico da parte del legislatore, che utilizza le sanzioni per indurre i contribuenti all’adempimento volontario; quando il contribuente decide se adempiere o evadere, la posta in gioco è il tributo dovuto, e solo una sanzione proporzionale ad esso può influenzare la decisione del contribuente nel senso voluto dal legislatore”. LUPU, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.* 1998, fasc. 2, pagg. 328 ss..

<sup>(127)</sup> Si veda anche CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2007, pag. 155. Secondo parte della dottrina tali ragioni poggiano sull’eccesso punitivo che risulterebbe dall’aggiungere “alla sanzione penale prevista per la persona fisica e alla sanzione tributaria prevista per la persona giuridica, un *tertium genus* vale a dire una sanzione amministrativa ex 231 del 2001 per l’ente”, D’AVIRRO-DI AMATO, *La responsabilità da reato degli Enti*, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, Padova, X, 2009, pagg. 497.

<sup>(128)</sup> Sul punto ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell’economia*, cit., pag. 422; ROSSI A., *Market abuse e insider trading: l’apparato sanzionatorio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1/2006. Sia consentito rinviare anche a SORBELLO, *Economia e sanzione: il (possibile) disimpegno della pena in materia di market abuse*, cit.

poter fornire giustificazioni perché il meccanismo di cui al citato art. 6 non presuppone direttive circa il comportamento dei soggetti apicali, riposando, invece, sul rapporto di immedesimazione organica tra soggetti apicali ed ente, che consente, sostanzialmente, di ascrivere al secondo la colpevolezza del primo, fatta salva la prova liberatoria.

Secondo un opposto orientamento, al quale s'intende aderire, non esistono valide ragioni per escludere la corresponsabilizzazione dell'ente nel caso di reati tributari<sup>(129)</sup> e non soltanto perché, in linea generale, i due modelli di responsabilità sono così diversi da non sollevare i profili di "incompatibilità paventata tra la natura dell'obbligo tributario ed il sistema della responsabilità degli enti" *ex* 231/2001<sup>(130)</sup>, quanto per ragioni di politica criminale. Nonostante l'ampio orizzonte applicativo che apparentemente deriva dall'aver qualificato comuni i reati di cui al d. lgs. 74/2000, l'accento sulla personalizzazione degli obblighi tributari<sup>(131)</sup> consente invece di restringere la base soggettiva e la sovrapposibilità tra le figure funzionali alla realizzazione del presupposto di esigibilità dell'imposta ed i soggetti in posizione apicale – diversamente che nel sistema sanzionatorio *ex* d. lgs. 472/1997 – permette poi di sfruttare l'inversione dell'onere della prova<sup>(132)</sup> nel dimostrare in capo all'ente la responsabilità da reato tributario. In ogni caso, quand'anche l'ente riuscisse a dimostrare di essere senza colpa, se ai sensi dell'art. 5, primo comma, del d. lgs. 472/1997 non consegue una sanzione, a norma dell'art. 6, quinto comma, del d. lgs. 231/2001 "è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente". Assume parimenti rilevanza la previsione dell'autonomia della responsabilità di cui al successivo art. 8 che rende indifferenti le vicende del reato presupposto, salva la limitata ipotesi dell'amnistia e sempre che l'ente non vi rinunci.

Un ultimo, ma non meno importante accenno al profilo dell'efficacia preventiva, generale e speciale, dell'apparato sanzionatorio offerto dai due sistemi di responsabilità degli enti. Tralasciata la sanzione pecuniaria basti

<sup>(129)</sup> Cfr. ALDROVANDI, *Profili evolutivi dell'illecito tributario*, *cit.*, pag. 230; IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2007, pag. 7.

<sup>(130)</sup> Così D'AVIRRO-DI AMATO, *La responsabilità da reato degli enti*, *cit.*, pag. 498.

<sup>(131)</sup> Si veda MANGIONE, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture*, in *Diritto penale tributario* (a cura di MUSCO), *cit.*, pag. 20. Quanto ai soggetti obbligati a presentare la dichiarazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto si veda l'art. 1 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Per le imposte dirette il riferimento è agli artt. 1 e 13 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nonché all'art. 2 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

<sup>(132)</sup> Sul punto si veda la proposta di legge d'iniziativa dell'On. DELLA VEDOVA, *cit.*, che tra le principali linee guida delle modifiche al d. lgs. 231/2001 prevede "lo spostamento dell'onere della prova di dimostrare l'inefficacia del modello a carico della pubblica accusa anche quando il reato è commesso da un soggetto apicale".



solo confrontare le sanzioni accessorie *ex art.* 21 del d. lgs. 472/1997<sup>(133)</sup> e quelle interdittive di cui al combinato disposto degli artt. 9, secondo comma<sup>(134)</sup>, e 13<sup>(135)</sup> del d. lgs. 231/2001, senza poi considerare l'applicabilità delle sanzioni interdittive in via definitiva ai sensi del successivo art. 16. Di fronte alla cronica gravità del fenomeno dell'evasione fiscale in Italia non si rinvergono motivi, validi e ragionevoli in termini di politica criminale, che giustifichino la perdurante esclusione dei reati tributari dalla categoria degli illeciti penali che presuppongono la responsabilità degli enti. Tale auspicabile estensione consentirebbe non solo di funzionalizzare alle esigenze di politica criminale tanto la logica preventiva sottesa al sistema quanto la convenienza economica in termini di benefici attesi e costi complessivamente derivanti dall'illecito penale tributario, ma di superare anche la problematica deroga al principio di specialità contenuta all'art. 19, secondo comma, del d. lgs. 74/2000<sup>(136)</sup>.

L'ipotesi di estendere l'ambito di applicazione della responsabilità degli enti, superando quindi il limite dei reati in rapporto di presupposi-

---

<sup>(133)</sup> Art. 21. Sanzioni accessorie. 1. Costituiscono sanzioni amministrative accessorie: a) l'interdizione, per una durata massima di sei mesi, dalle cariche di amministratore, sindaco o revisore di società di capitali e di enti con personalità giuridica, pubblici o privati; b) l'interdizione dalla partecipazione a gare per l'affidamento di pubblici appalti e forniture, per la durata massima di sei mesi; c) l'interdizione dal conseguimento di licenze, concessioni o autorizzazioni amministrative per l'esercizio di imprese o di attività di lavoro autonomo e la loro sospensione, per la durata massima di sei mesi; d) la sospensione, per la durata massima di sei mesi, dall'esercizio di attività di lavoro autonomo o di impresa diverse da quelle indicate nella lettera c).

<sup>(134)</sup> Art. 9. Sanzioni amministrative. 2. Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

<sup>(135)</sup> Art. 13. Sanzioni interdittive. 1. Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti. 2. Le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.

<sup>(136)</sup> Deroga introdotta per il timore di "una perdita di deterrenza del sistema nel suo complesso. Preoccupazioni su questo versante si connettono, per vero, all'eventualità che, in determinati frangenti, il potenziale autore d'una violazione tributaria possa considerare maggiormente temibile una sanzione amministrativa pecuniaria di elevato ammontare (quale normalmente sono quelle tributarie, ragguagliate a percentuali o multipli dell'evasione) e che verrà d'altro canto indefettibilmente applicata, piuttosto che una sanzione penale, fortemente afflittiva bensì in astratto, ma la cui esecuzione è suscettiva di venir evitata, in concreto, con l'ottenimento della sospensione condizionale della pena", *Relazione governativa, cit.*. Cfr. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario, cit.*, pag. 231.

zione, se da una parte può assicurare maggior coerenza rispetto all'attuale sistema riconoscendosi nell'istituto il fulcro della politica contro la criminalità d'impresa, dall'altra genera non pochi dubbi sulla reale idoneità dei modelli organizzativi a prevenire qualsiasi manifestazione criminale. Si tratterebbe comunque di un ulteriore vincolo ed il relativo costo, che spetta alle imprese sostenere, appare doversi imputare all'assenza di una politica criminale stabile e lungimirante segnata dall'abuso dell'istituto laddove non necessario e dalla perdurante esclusione di quei reati che, per loro natura, meritano invece la corresponsabilizzazione dell'ente.

PIETRO SORBELLO



**Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333**

*È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.*

*La dichiarazione di illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, comporta la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, dell'art. 516 del medesimo codice, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale<sup>(1)</sup>.*

**(1) Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato.**

**SOMMARIO:** 1) Effetti e limiti di una decisione quasi scontata. 2) L'itinerario della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e possibilità di accesso a forme alternative di definizione del giudizio. 3) Rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e procedimenti speciali: una questione non del tutto risolta. 4) Problematiche applicative dell'innesto del giudizio abbreviato sulle nuove contestazioni dibattimentali: 4. a) termine di presentazione della richiesta e vaglio giudiziale di ammissibilità; 4. b) Riflessi in tema di "simultaneus processus"; 4. c) Rigetto della richiesta ed eventuali rimedi. 5) Conclusioni.

*1. Effetti e limiti di una decisione quasi scontata.*

Meglio tardi che mai. Con questo sintetico ed immediato commento può essere accolta la decisione della Consulta di intervenire additivamente sugli artt. 516 e 517

c.p.p., estendendo, nei termini di cui meglio si dirà più avanti, anche al giudizio abbreviato il portato della sentenza costituzionale n. 265 del 1994<sup>(1)</sup>. Ne deriva che, nelle ipotesi di contestazione dibattimentale “patologica” del fatto diverso o del reato concorrente (ma non anche di eventuali circostanze aggravanti o di fatti nuovi<sup>(2)</sup>) che già risultassero dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale, accanto alla già ammessa possibilità di accedere al patteggiamento<sup>(3)</sup> o all’oblazione<sup>(4)</sup>, è ora riconosciuta all’imputato anche la facoltà di chiedere di essere giudicato con il rito abbreviato. Viene così ridimensionata, anche se non del tutto eliminata<sup>(5)</sup>, quell’evidente ed irrazionale disparità di regime in tema di fruibilità dei riti premiali, in relazione alle contestazioni dibattimentali “tardive”<sup>(6)</sup>, giustamente definita dalla sentenza in commento «essa stessa fonte d’una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell’art. 3 Cost.».

L’*iter* argomentativo seguito dalla motivazione appare lineare e poggiato su fondamenta, a torto o a ragione, ormai consolidate.

Certamente, in linea di principio, la tendenziale fluidità dell’imputazione<sup>(7)</sup> è coerente con un sistema processuale di matrice accusatoria<sup>(8)</sup>, nel quale il materiale probatorio si acquisisce e si cristallizza, di norma, in dibattimento, alle cui risultanze deve poter corrispondere, sia pure entro imprescindibili limiti di garanzia, un certo margine di adeguabilità dell’addebito<sup>(9)</sup>. Di qui la possibilità di modificare “in corso d’opera” l’imputazione sulla quale è stato instaurato il giudizio, aggiornandola in relazione ai profili di diversità del fatto, agli eventuali reati concorrenti e alle circostanze aggravanti emersi «nel corso dell’istruzione dibattimentale»<sup>(10)</sup>.

<sup>(1)</sup> Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 2153.

<sup>(2)</sup> Sul punto, con riferimento all’omologa regola dettata da Corte cost. n. 265/94, cfr. REYNAUD, *I mutamenti dell’imputazione*, in *Giudizio ordinario*, coordinato da Nosengo, Torino, 2002, pag. 385.

<sup>(3)</sup> Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit.

<sup>(4)</sup> Cfr. Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, in *Giur. cost.*, 1995, pag. 4415.

<sup>(5)</sup> Per le ragioni che si avrà modo di illustrare nel prosieguo della trattazione e tra le quali si segnala sin d’ora il più esteso ambito di applicabilità attribuito all’istituto dell’oblazione dalla citata sentenza costituzionale n. 530 del 1995.

<sup>(6)</sup> Si intendono tali le nuove contestazioni che, secondo una corretta valutazione delle risultanze delle fase investigativa, avrebbero dovuto già *ab initio* integrare l’atto di esercizio dell’azione penale. (Cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, pag. 203, nota 178).

<sup>(7)</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare del nuovo c.p.p.*, pag. 118.

<sup>(8)</sup> Per il raffronto tra l’impostazione del vigente codice di rito e quella del c.p.p. abrogato, circa i margini di evoluzione dibattimentale dell’addebito, si rinvia a CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, pagg. 455 ss. Cfr. altresì CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell’imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pag. 644.

<sup>(9)</sup> A tale riguardo, il regime delle nuove contestazioni dibattimentali delineato dal nostro codice di rito penale, anche grazie agli interventi correttivi della Corte costituzionale (il riferimento, oltre che alle pronunce sinora menzionate, deve intendersi, ovviamente, anche alle note sentenze n. 241 del 1992 e n. 98 del 1996, in tema di diritti spettanti alle parti in caso di nuove contestazioni dibattimentali) pare aver raggiunto un punto di equilibrio tra esigenze di economia e di non regressione del procedimento e garanzie difensive.

<sup>(10)</sup> Al riguardo, si osserva che il tenore letterale degli artt. 516 e 517 c.p.p. appare

«Malgrado tale dato letterale»<sup>(11)</sup>, la Corte sembra quasi costretta<sup>(12)</sup> a prendere atto dell'orientamento giurisprudenziale<sup>(13)</sup>, affermatosi con la nota sentenza delle Sezioni unite n. 4 del 1999<sup>(14)</sup>, che ammette la possibilità di nuove contestazioni ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p. pure prima dell'inizio dell'istruzione dibattimentale e, quindi, anche soltanto sulla base degli elementi già acquisiti nel corso della fase preliminare. A maggior ragione, ovviamente, sugli stessi presupposti sono consentite varianti al *thema decidendum* dopo l'apertura del dibattimento. D'altro canto, deve convenirsi che, in tale più esteso ambito applicativo, l'istituto delle nuove contestazioni non può più essere considerato soltanto uno strumento, speciale e derogatorio, volto a consentire l'*aggiustamento*<sup>(15)</sup> dell'addebito in relazione ad un'eventualità "fisiologica" del processo accusatorio, quale la sopravvenienza di nuove emergenze in corso di dibatti-

---

inequivocabile nell'esigere che gli elementi modificativi della regiudicanda debbano derivare esclusivamente dall'approfondimento dibattimentale dell'originaria ipotesi accusatoria. Diversamente opinando, il mutamento dell'addebito fondato sulla mera rivalutazione del materiale investigativo, peraltro passato al vaglio dell'udienza preliminare, rappresenta un evidente *vulnus* «della "par condicio" delle parti e della stessa funzione di "discovery" assegnata al meccanismo contestativo» (Cfr. SURACI, *Nuove contestazioni*, in Spangher, a cura di, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, vol. IV, tomo II, pag. 446. Sul tema, v. altresì GIULIANI, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1993, pag. 1131).

<sup>(11)</sup> L'espressione è mutuata dalla sentenza che si annota.

<sup>(12)</sup> Come pare potersi desumere dalle condivisibili considerazioni, svolte nel paragrafo 3.1 della motivazione, in merito alla lettura estensiva dell'istituto delle nuove contestazioni, propugnata dalla giurisprudenza dominante, «anche a prescindere da ogni giudizio sugli argomenti che la sorreggono».

<sup>(13)</sup> Nella giurisprudenza di legittimità gode di ampio, anche se non unanime, consenso l'opinione secondo cui, durante la fase dibattimentale, la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante è consentita pure sulla base dei soli elementi già acquisiti in fase di indagini preliminari, non soltanto perché non vi è alcun limite temporale all'esercizio del potere di modificare l'imputazione in dibattimento, ma anche perché altrimenti, da un lato, nel caso di reato concorrente, il procedimento dovrebbe regredire alla fase delle indagini preliminari e, dall'altro, nel caso di circostanza aggravante, essendo la medesima insuscettibile di formare oggetto di un autonomo giudizio penale, la sua mancata contestazione nell'imputazione originaria risulterebbe irreparabile. (Cfr., tra le più recenti, Cass. pen., Sez. II, 8 gennaio 2009, n. 3192, in *CED Cass. pen.*, 2009, 242672; Cass. pen., Sez. I, 14 maggio 2009, n. 24050, in *CED Cass. pen.*, 2009, 243802).

Deve, peraltro, darsi atto della persistenza – anche dopo l'arresto delle Sezioni unite del '99 – della diversa esegesi, più aderente al dato normativo, secondo cui la contestazione suppletiva di un reato concorrente o di una circostanza aggravante, di cui non vi sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, è ammessa solo quando si fondi su elementi emersi per la prima volta nel corso dell'istruttoria dibattimentale; da cui consegue, ai sensi dell'art. 522 comma 2 c.p.p., la nullità *in parte qua* della sentenza, relativamente al reato concorrente od alla circostanza aggravante contestati sulla base di elementi già noti nella fase delle indagini preliminari. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 22 febbraio 2005, n. 10125, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 1507; Cass. pen., Sez. II, 16 dicembre 2003, n. 6584, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 1979; Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1431, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 3870.

<sup>(14)</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, in *Cass. pen.* 1999, pag. 2074.

<sup>(15)</sup> Così, MARINI, *Art. 516*, in CHIAVARIO, a cura di, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, V, pag. 452.

mento, ma diviene anche un possibile mezzo correttivo rispetto ad una "patologia" originaria nella formulazione dell'imputazione, che richieda di essere sanata tramite la mera rivisitazione del corredo cognitivo sulla base del quale l'accusa era stata inizialmente elevata.

Che la Corte dovesse oggi (probabilmente senza neppure dividerlo pienamente) misurarsi con il predetto orientamento era, del resto, inevitabile, ove si consideri che essa stessa, in passato, aveva contribuito in modo determinante a fondarne le basi, con l'opinabile delimitazione dei presupposti per la restituzione in termini ai fini della proposizione richiesta di applicazione della pena in relazione alle nuove contestazioni dibattimentali ex artt. 516 e 517 c.p.p.

2. *L'itinerario della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e possibilità di accesso a forme alternative di definizione del giudizio.*

Ripercorrendo l'itinerario della giurisprudenza costituzionale<sup>(16)</sup> in *subiecta materia*, si può notare come, in un primo tempo, la stessa fosse stata ferma nel ritenere non censurabile, alla luce dei parametri costituzionali, la preclusione alla fruizione dei benefici connessi ai riti premiali, in caso di sopravvenuta variazione degli addebiti a norma degli artt. 516 e 517 c.p.p., e ciò in considerazione del fatto che il rischio di una modifica dibattimentale dell'imputazione è immanente, quindi prevedibile, nel nostro sistema processuale e, come tale, deve essere tenuto presente dall'imputato nella scelta del rito col quale intende essere giudicato<sup>(17)</sup>. Tale impostazione finiva, tuttavia, per accollare interamente all'imputato il pregiudizio derivante dal mutamento della reg giudicanda, impedendogli l'accesso ai riti alternativi in considerazione del mero fatto che si fosse, comunque, ormai pervenuti al dibattimento.

Nel tentativo, per certi versi anche apprezzabile, di ridimensionarne gli effetti indiscriminatamente punitivi, la nota sentenza n. 265 del 1994<sup>(18)</sup> si attestava su una posizione di «difficile (e discutibile) equilibrio»<sup>(19)</sup>, ammettendo la possibilità di richiedere l'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. in relazione al fatto diverso o al reato concorrente contestati in dibattimento, a condizione che gli stessi fossero già desumibili dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, oppure nel caso in cui l'imputato avesse tempestivamente proposto istanza di patteggiamento, rispetto all'imputazione originaria, ma la stessa non fosse stata accolta.

<sup>(16)</sup> Con riferimento al giudizio abbreviato, cfr. Corte cost., sent. 28 dicembre 1990, n. 593, in *Giur. cost.*, 1990, pag. 3309; Corte cost., sent. 8 luglio 1992 n. 316, in *Giur. cost.*, 1990, pag. 2623, con nota di CONTI, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*; Corte cost., ord. 19 marzo 1993 n. 107, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 870.

Con specifico riguardo al patteggiamento, cfr. Corte cost., ord. 11 maggio 1992 n. 213, in *A.n.p.p.*, 1993, pag. 226, con nota di CREMONESI, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*.

<sup>(17)</sup> Tra le più recenti, cfr. Corte cost., sent. 21 novembre 2006, n. 384, in *Giur. cost.*, 2006, pag. 4006.

<sup>(18)</sup> Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit.

<sup>(19)</sup> Cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., pag. 201.

Lo sbarramento temporale previsto dall'art. 446 c.p.p., per la formulazione della richiesta di patteggiamento, potrà, dunque, venir meno, nella misura in cui le nuove contestazioni siano il portato di una "patologica" sottovalutazione, imputabile al p. m., delle risultanze investigative, mentre rimarrà insuperabile qualora gli estremi dei nuovi addebiti siano "fisiologicamente" emersi per la prima volta in dibattimento. Se è vero, infatti, che è proprio il peculiare connotato della fluidità dell'imputazione a rendere astrattamente prevedibile la possibilità di una variazione dell'addebito nel corso del dibattimento, che come tale deve essere valutata ai fini della scelta del rito, risulterebbe difficile giustificare la compressione delle prerogative difensive, sulla base di una presunta accettazione dei rischi connessi alla mancata attivazione dei riti differenziati, quando questa non dipenda dall'inerzia dell'imputato o non gli sia comunque addebitabile<sup>(20)</sup>.

Ciononostante, se è certamente corretto affermare che i sopravvenuti adattamenti dell'accusa, resisi necessari a causa di un'incompleta valutazione, da parte del p.m., dell'originario compendio investigativo a sua disposizione, non devono tradursi in una menomazione del diritto di difesa, non è automaticamente scontato che l'eventuale adeguamento dibattimentale dell'imputazione alle emergenze successive all'esercizio dell'azione penale non intacchi le prerogative difensive. Infatti, anche in questa seconda ipotesi, apparentemente "fisiologica", il mero dato cronologico della sopravvenienza di elementi ulteriori rispetto a quelli che avevano condotto alla formulazione dell'imputazione iniziale non può valere ad escludere aprioristicamente che l'emenda della contestazione sia comunque imputabile ad un esercizio non sufficientemente ponderato dell'azione penale, come, ad esempio, nel caso in cui l'adeguamento dell'addebito sia imposto dalla compiuta emersione dibattimentale di eventuali profili già desumibili, ma non adeguatamente coltivati, nel corso della fase investigativa. In una tale evenienza, tuttavia, stando al dispositivo della sentenza n. 265/94, pur essendo indubitabile che l'intempestiva ricostruzione dell'addebito discenda dall'inerzia del titolare dell'accusa, l'imputato si vedrebbe comunque privato del diritto al patteggiamento<sup>(21)</sup>.

In chiave ulteriormente critica, deve altresì osservarsi che, a ben vedere, l'evenienza di una modifica dell'imputazione non può dirsi imprevedibile «quando il mutamento si basi non su nuovi dati emersi nel corso dell'udienza, ma su elementi già desumibili dagli atti di indagine», che l'imputato, grazie alla *discovery*<sup>(22)</sup> che precede l'e-

---

<sup>(20)</sup> In tal caso, infatti, secondo la stessa giurisprudenza costituzionale, sarebbe arduo negare che l'impossibilità di ottenere benefici determini un'ingiustificata menomazione del diritto di difesa. (Cfr. Corte cost., sent. 19 marzo 1993, n. 101, in *Giur. cost.*, 1991, pag. 821).

<sup>(21)</sup> Nell'ipotesi considerata l'accesso al rito negoziato potrebbe, invero, essere comunque riconosciuto facendo ricorso ad un'interpretazione sostanzialistica che, superando il tenore letterale dell'intervento additivo sul testo degli artt. 516 e 517 c.p.p., consideri come già risultanti dagli atti di indagine anche i fatti meramente conoscibili mediante un adeguato e tempestivo approfondimento delle originarie emergenze investigative. Non sfugge, tuttavia, come anche tale impostazione, evidentemente ispirata ad esigenze di garanzia dell'imputato, possa risultare non appagante, in considerazione della mancanza di criteri oggettivi e predefiniti in funzione dei quali misurare il grado di diligenza dell'organo inquirente.

<sup>(22)</sup> Al riguardo, si sottolinea il rapporto di "intima strumentalità" tra previa conoscenza del processo e diritto di difesa (cfr. RICCIO, Presentazione, in BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, pagg. 9 e ss.). In tale logica, l'anticipazione della *discovery* mediante l'avviso di conclusione delle indagini costituisce "un rafforzamento delle opportu-



esercizio dell'azione penale, ha già avuto modo di conoscere e valutare, «anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare “incrementi” dell'imputazione»<sup>(23)</sup>, sicché, in tal caso, un profilo di inerzia censurabile potrebbe ipotizzarsi anche a carico dell'imputato.

Al tempo stesso, da altra prospettiva, appare un «discutibile espediente»<sup>(24)</sup> la restituzione in termini dell'imputato, per il solo fatto che abbia tempestivamente presentato, in relazione all'imputazione originaria, una richiesta di patteggiamento che sia stata rigettata.

I rilievi che precedono, in merito alla parzialità delle condizioni delineate dalla sentenza n. 265/94 per la reviviscenza del diritto al patteggiamento, trovano ulteriore conferma nella successiva sentenza costituzionale n. 530/95<sup>(25)</sup>, la quale ha riconosciuto, senza limitazioni di sorta, il recupero della facoltà dell'imputato di richiedere l'oblazione, in relazione al fatto diverso e al reato concorrente contestati in dibattimento, a prescindere dall'eventuale carattere “fisiologico” o “patologico” della nuova contestazione<sup>(26)</sup>.

Nonostante i predetti arresti in tema di patteggiamento e di oblazione, analoghe questioni di legittimità, finalizzate al riconoscimento, nelle stesse ipotesi *de quibus*, del diritto al giudizio abbreviato, si erano sinora scontrate con un orientamento negativo che, sia pure con varietà di accenti, era rimasto costante per il *self restraint* mantenuto dalla Corte, in mancanza di soluzioni costituzionalmente obbligate<sup>(27)</sup>. Emblematico, a tal proposito, è il caso della predetta sentenza n. 265/1994, la quale – mentre

---

nità difensive per l'indagato”, che gli consente, tra l'altro, “di ponderare per tempo le sue scelte in relazione alla definizione anticipata del procedimento”, realizzando un momento di efficace coniugazione tra maggiori garanzie difensive ed esigenze di efficienza del sistema. (Cfr. BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., pag. 151).

<sup>(23)</sup> Cfr. Corte cost., sent. 21 novembre 2006, n. 384, in *Ind. pen.*, 2008, pag. 597, con nota di chi scrive, *Nuove contestazioni in absentia dell'imputato all'udienza preliminare e prospettive future del processo contumaciale*, alla quale ci si permette di fare rinvio.

<sup>(24)</sup> Cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., pag. 206.

<sup>(25)</sup> Cfr. Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530 (cit.), la quale, sull'abbrivio della citata sentenza n. 265/94, dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162 *bis* c.p., nell'ipotesi di contestazione dibattimentale del fatto diverso, nonché in relazione al reato concorrente contestato in dibattimento. Nella sintetica motivazione di quella decisione si osservava come la preclusione della possibilità di estinguere il reato mediante oblazione risultasse “indubbiamente lesiva del diritto di difesa, nonché priva di razionale giustificazione”, non potendosi addebitare all'inerzia dell'imputato la consumazione del termine previsto per richiedere l'oblazione.

<sup>(26)</sup> Deve precisarsi che l'art. 162 *bis* c.p. prevede che la domanda di oblazione, eventualmente rigettata, possa essere riproposta fino all'inizio della discussione del dibattimento di primo grado e che l'art. 141, comma 4 *bis*, dispp. att. c.p.p. (come modificato dall'art. 53, l. 16 dicembre 1999, n. 479, in considerazione del disposto di Corte cost. n. 539/1995) prevede che, in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato sia rimesso in termini per richiederla. Per ulteriori approfondimenti, cfr. SPANGHER, *Il processo penale dopo la «legge Carotti»*, art. 53, l. 479/99, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pag. 427.

<sup>(27)</sup> Al contrario, la dottrina aveva più volte auspicato l'estensione della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p., al fine di consentire il giudizio abbreviato sulle nuove contestazioni dibattimentali. Sul punto, cfr. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 1996, pag. 35; BRICCHETTI, *La nuova contestazione su fatti già emersi non pregiudica l'accesso*

riconosceva, nei termini suddetti, il recupero del patteggiamento – dichiarava inammissibile l'omologa questione sollevata con riferimento al giudizio abbreviato<sup>(28)</sup>. Né migliore esito avevano avuto ulteriori istanze di censura più recentemente riproposte<sup>(29)</sup>, anche se deve precisarsi che, nei casi cui ci si riferisce, la Corte, per ragioni differenti da caso a caso, si era sempre limitata a dichiararle inammissibili, senza tuttavia entrare nel merito delle questioni.

Sennonché, la profonda revisione della disciplina del giudizio abbreviato (ad opera della legge n. 479/1999 e successive modificazioni), da un lato, ha ulteriormente evidenziato l'irrazionalità di un sistema che, mentre consente talune forme di definizione alternativa del procedimento (patteggiamento e oblazione) in relazione alle contestazioni suppletive, negli stessi casi, nega l'accesso al rito abbreviato; dall'altro, ha dissipato ogni possibile ragione ostativa all'innesto di tale di rito nella fase dibattimentale.

Sul punto la Consulta aveva già avuto modo di pronunciarsi con la nota sentenza n. 169/2003<sup>(30)</sup>, la quale – nell'ammettere la rinnovazione della richiesta di giudizio abbreviato condizionata *in limine* al dibattimento – affermava che, alla luce del nuovo quadro normativo, non vi è alcun ostacolo a che sia lo stesso giudice del dibattimento, ove ritenga ingiustificato il rigetto della precedente richiesta, a disporre e celebrare il giudizio abbreviato. Anzi, aggiungeva la Corte, tale soluzione è conforme alle finalità di economia processuale, non essendovi dubbio che la definizione del processo con il rito abbreviato consente comunque un sensibile risparmio di tempo e di risorse (sentenza n. 115 del 2001<sup>(31)</sup>), in coerenza con il principio enunciato dall'art. 111, secondo comma, ultimo periodo, Cost. Le predette considerazioni vengono fatte proprie anche dalla sentenza in commento, la quale le ritiene giustamente estensibili, *mutatis mutandis*, anche al caso che occupa, posto che il rito abbreviato, anche se introdotto rispetto alla fattispecie oggetto di contestazione suppletiva tardiva, rappresenta innegabilmente, quanto meno in termini di economia processuale, una soluzione più efficiente rispetto al dibattimento.

Al contrario, è stata respinta la diversa soluzione, ipoteticamente prospettabile in alternativa alla trasformazione del rito, della restituzione degli atti al p.m., già giudicata dalla stessa Corte<sup>(32)</sup> «eccentrica e incongrua» rispetto all'attuale sistema, improntato all'opposto principio di non regressione del procedimento.

---

*al rito*, in *Guida dir.*, 2005, fasc. 29, pag. 82; RETICO, *Contestazioni suppletive e limiti cronologici per il patteggiamento*, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 2169.

<sup>(28)</sup> Già in precedenza, Corte cost., sent. 1 aprile 1993 n. 129 (in *Giur. cost.*, 1993, pag. 1043), nel dichiarare l'infondatezza delle questioni di legittimità dell'art. 446 e dell'art. 516 c.p.p., rispettivamente sottoposte al suo esame, sollecitava un intervento del legislatore, che, in conformità alle indicazioni già espresse dalla stessa Corte (cfr. Corte cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 23, in *Giur. cost.*, 1992, pag. 109), realizzasse un appropriato congegno normativo, idoneo a comporre le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale.

<sup>(29)</sup> Corte cost., ord. 14 marzo 2008, n. 69, in *Giur. cost.*, 2008, pag. 910; Id., ord. 14 marzo 2008, n. 67, in *Giur. cost.*, 2008, pag. 903; Id., ord. 3 novembre 2005, n. 413, in *Giur. cost.*, 2005, pag. 4510; Id., ord. 16 giugno 2005, n. 236, in *Giur. cost.*, 2005, pag. 2045.

<sup>(30)</sup> Corte cost., sent. 23 maggio 2003, n. 169, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 2950, con nota di DI BITONTO, *La Corte costituzionale ritocca il nuovo giudizio abbreviato*.

<sup>(31)</sup> In *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pag. 1073, con nota di LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*.

<sup>(32)</sup> Corte cost., ord. 26 novembre 2002, n. 486, in *Giur. cost.*, 2002, pag. 4032.

Non sussistendo più ostacoli tecnici alla trasformazione del dibattimento in giudizio abbreviato, dunque, non poteva più trovare razionale giustificazione la compressione del diritto di difesa derivante dalla preclusione di rito speciale rispetto alle mutazioni dell'addebito originario. È pacifico, infatti, che la facoltà di scelta dei riti alternativi, e di fruire, se del caso, dei relativi benefici, costituisce «una delle più incisive forme di "intervento" dell'imputato»<sup>(33)</sup> alle vicende processuali, la cui indebita menoazione si traduce, ovviamente, in «un'ingiustificata compressione del diritto di difesa»<sup>(34)</sup>.

Le medesime considerazioni costituiscono, del resto, il nucleo portante comune dei precedenti interventi additivi sugli artt. 516 e 517 c.p.p., operati dalle note sentenze n. 265/94 e n. 530/95, in conseguenza dei quali, tuttavia, è derivata una differenza di regime, in tema di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi, che, come giustamente rilevato dalla Corte, «si rivela essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.», e ciò – è importante evidenziarlo, anche se la motivazione lo dice incidentalmente – «a prescindere dalla disciplina valevole per l'oblazione», a mente della sentenza n. 530/1995, «in rapporto alla quale il tema presenta aspetti peculiari».

La precisazione appare necessaria, ove si consideri che, una volta riconosciuta l'irragionevole lesione del diritto di difesa derivante dalla preclusione della facoltà di obolare i reati contestati in via suppletiva, non sussistevano impedimenti di ordine tecnico – sistematico ad ammettere l'esercizio di tale facoltà nel corso del dibattimento, considerato, tra l'altro, che lo stesso art. 162 bis c.p., in caso di rigetto della domanda tempestivamente avanzata, già ne consentiva la riproposizione sino all'inizio della discussione finale del dibattimento di primo grado.

### 3. *Rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e procedimenti speciali: una questione non del tutto risolta.*

La sostanziale condivisibilità delle motivazioni che le sorreggono conduce ad affermare che le conclusioni cui perviene la sentenza in commento appaiono inevitabili, anche se scontano il ritardo di una lunga gestazione. Ciò nonostante, la pronuncia non è priva di risvolti problematici.

In primo luogo, può osservarsi che la questione della differente regolamentazione della facoltà di accesso ai riti speciali in relazione alle nuove contestazioni dibattimentali, giustamente definita dalla pronuncia che si annota «essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.», non pare, ad avviso di chi scrive, completamente risolta.

Da un lato, infatti, ovvie esigenze di uniformità di trattamento hanno "imposto" l'estensione anche al giudizio abbreviato della disciplina già coniata dalla Corte con riferimento al patteggiamento, mantenendo la discutibile<sup>(35)</sup> delimitazione dei presupposti per il recupero del rito speciale, cioè ancorandolo alla sopravvenienza di una "pa-

<sup>(33)</sup> Corte cost., sent. 9 luglio 2004, n. 219, in *Giur. cost.*, 2004, pag. 2304.

<sup>(34)</sup> Corte cost., 19 marzo 1993, n. 101, cit.

<sup>(35)</sup> Rispetto alla quale possono riproporsi i medesimi rilievi critici già svolti con riferimento al *decisum* di Corte cost. n. 265/94.

tologica” contestazione di fatti già risultanti dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale. Dall’altro, non è stata riprodotta l’altra ed indipendente ipotesi di restituzione in termini, enucleata per il patteggiamento, nel caso di rigetto dell’istanza tempestivamente proposta in relazione all’imputazione originaria. Ne deriva che l’eventuale richiesta “condizionata” di giudizio abbreviato, puntualmente formulata nei termini ordinariamente previsti dal codice di rito, non è di per sé idonea a propiziare l’accesso al medesimo rito speciale, in relazione alle eventuali contestazioni “suppletive” che non siano “tardive”.

A tale riguardo, vale la pena di rammentare che Corte cost. n. 265/94 aveva evidenziato «sia per il “patteggiamento” che per il giudizio abbreviato» come il limite imposto dalla disciplina codicistica alla facoltà dell’imputato di scegliere uno dei suddetti riti speciali rispetto alle nuove contestazioni dibattimentali fosse lesivo dei principi costituzionali, «non dipendendo la preclusione del rito da una consapevole scelta dell’imputato». Se è vero, inoltre, che il giudizio abbreviato “allo stato degli atti” è ormai un vero e proprio «diritto potestativo»<sup>(36)</sup> dell’imputato, il cui esercizio è insindacabile, a prescindere dalla completezza dell’addebito e dalla sua corretta qualificazione giuridica, sicché non potrebbe neppure astrattamente ipotizzarsi (come, invece, avvenuto nel caso sottoposto all’esame di Corte n. 265/94) il rigetto di una richiesta «inevitabilmente incongrua, in quanto formulata con riferimento ad un’imputazione poi modificata nel corso dell’istruzione dibattimentale», tale problema potrebbe, invece, ben porsi rispetto alle richieste di giudizio abbreviato subordinate ad integrazioni probatorie, la cui stessa formulazione ed il cui vaglio di ammissibilità non possono non essere, ovviamente, condizionati dalla concreta impostazione dell’accusa alla quale si riferiscono.

Dal raffronto con il dettato di Corte cost. n. 265/94, emerge, dunque, un nuovo profilo di discrasia, costituito dai più ristretti limiti previsti dalla sentenza in commento per il recupero del rito abbreviato, consentito solo in relazione alle contestazioni “tardive” e non anche nel caso in cui – a prescindere dalla patologica tardività della contestazione – la richiesta tempestivamente formulata rispetto all’imputazione originaria sia stata rigettata. Si registra, pertanto, un triplice e progressivamente più ampio ordine di requisiti a seconda che, in caso di variazione dibattimentale dell’addebito, si intenda attivare il giudizio abbreviato, il patteggiamento o l’oblazione.

Si segnala, inoltre, che la contestazione, anche se “anomala”, delle circostanze aggravanti non consente il ripensamento né per il patteggiamento né per l’abbreviato. Tale preclusione non appare, tuttavia, giustificabile, ove si considerino i notevoli rischi processuali a cui rimane esposto l’imputato, in una situazione sostanzialmente analoga a quella che si verifica nel caso di contestazione, secondo le stesse modalità, di un fatto diverso o di un reato concorrente<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Così, molto efficacemente, si esprime CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Milano, 2001, pag. 1018. Cfr. anche SPANGHER, *C’era una volta il processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, pag. 1555.

<sup>(37)</sup> Per analoghe considerazioni critiche, cfr. REYNAUD, *I mutamenti dell’imputazione*, cit., pag. 385.

4. *Problematiche applicative dell'innesto del giudizio abbreviato sulle nuove contestazioni dibattimentali: 4. a) termine di presentazione della richiesta e vaglio giudiziale di ammissibilità.*

Passando dall'esame della sentenza in commento all'analisi delle questioni procedurali che ne derivano, una volta ammessa la possibilità di richiedere il giudizio abbreviato rispetto alle nuove contestazioni dibattimentali "tardive", ci si deve chiedere se esista un termine per la proposizione di tale richiesta.

In mancanza di riferimenti nella sentenza in commento, la ricostruzione esegetica non può che partire dalla disciplina dettata dall'art. 519 c.p.p., che, com'è noto, prevede la facoltà per l'imputato di richiedere un termine a difesa e l'eventuale sospensione del dibattimento per un periodo non inferiore a quello indicato dall'art. 429 c.p.p.<sup>(38)</sup>. Quale che sia l'opzione dell'imputato, le istanze finalizzate alla reintegrazione dei diritti delle parti in relazione alle nuove contestazioni devono essere avanzate nel primo momento utile successivo alla modifica dell'addebito, quindi, nella stessa udienza o, qualora il dibattimento venga sospeso, in quella immediatamente seguente. Negli stessi termini, pertanto, si ritiene che debba essere proposta la richiesta di patteggiamento e, analogamente, oggi, la richiesta di giudizio abbreviato rispetto alle nuove contestazioni "tardive".

Se tale ricostruzione appare, da un punto di vista sistematico, l'unica percorribile, non essendo ragionevolmente individuabili momenti diversi per l'innesto dei riti speciali ammessi da Corte cost. n. 265/94 e n. 333/09, deve tuttavia darsi atto che, secondo un'attenta argomentazione (sebbene consapevolmente definita dal suo stesso autore «indubbiamente di carattere esegetico formalistico») si potrebbe obiettare che il termine stabilito dall'art. 446 c.p.p. per la richiesta di patteggiamento da parte dell'imputato (come del resto quello previsto per l'istanza di giudizio abbreviato) «non essendo assistito da un'espressa comminatoria di decadenza, si deve ritenere meramente ordinatorio»<sup>(39)</sup>.

Ciò nonostante, è corretto ritenere desumibile dal sistema la sanzione dell'inammissibilità della richiesta tardiva di patteggiamento<sup>(40)</sup> o di giudizio abbreviato<sup>(41)</sup>.

Un altro profilo sul quale è necessario soffermarsi è quello relativo al sindacato giudiziale sull'ammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato subordinata all'assunzione di prove.

---

<sup>(38)</sup> Secondo un'opinione dottrinale, nella fattispecie, la sospensione del dibattimento determinerebbe la reviviscenza della fase predibattimentale (cfr. GIARDA, *Nuove contestazioni e diritto alla prova: l'oralità in pericolo*, in *Corr. Giur.*, 1992, pag. 1111). Di diverso avviso è TAORMINA (*Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, pag. 481), il quale, peraltro, distingue la sospensione del dibattimento, a norma del secondo comma dell'art. 519 c.p.p., la quale dovrà essere disposta rispettando il termine dilatorio minimo di venti giorni indicato dall'art. 429 c.p.p., dalla concessione del termine a difesa di cui al primo comma dello stesso art. 519, che potrebbe essere indicato dalla parte o stabilito dal giudice, anche in misura differente.

<sup>(39)</sup> MOSCARINI, *Sulla richiesta di patteggiamento dell'imputato tardivamente comparso al dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 829.

<sup>(40)</sup> Per tutte, cfr. Cass. pen., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 47289, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 795.

<sup>(41)</sup> Cfr. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, cit., pag. 161.

Senza riprendere in questa sede la copiosa letteratura formatasi, sul punto, con riferimento al normale svolgimento del rito, la nuova problematica, posta dall'intervento additivo in esame, riguarda l'attualizzazione dei connotati di "necessità" e "compatibilità con le finalità di economia processuale", che devono caratterizzare la richiesta complessa, considerato che, nella fattispecie *de qua*, essa viene ad essere formulata nella fase dibattimentale.

Qui, inoltre, il relativo presupposto della variazione dell'addebito potrebbe maturare anche prima della dichiarazione di apertura dell'istruzione, ponendo il giudice in una situazione sostanzialmente analoga a quella in cui lo stesso sia chiamato a vagliare l'istanza tempestivamente proposta per la prima volta in dibattimento, in mancanza dell'udienza preliminare, oppure a sindacare il rigetto della richiesta precedentemente formulata innanzi al g.u.p.

Se, invece, le nuove contestazioni "tardive", e quindi anche la connessa istanza di trasformazione del rito, intervengano a dibattimento inoltrato, i margini per ritenere la "necessità" e la "economicità" della richiesta complessa di giudizio abbreviato paiono progressivamente ridursi man mano che ci si avvicina alla conclusione della fase stessa, in considerazione dell'evidente nesso di correlazione inversa che si delinea tra grado di completezza dell'istruzione dibattimentale e presupposti del giudizio abbreviato.

Deve, peraltro, rilevarsi che il secondo comma dell'art. 519 c.p.p., come modificato da Corte cost. n. 241/92<sup>(42)</sup> e n. 50/95<sup>(43)</sup>, prevede la piena riespansione del diritto alla prova a favore di tutte le parti (e anche oltre i limiti previsti dall'art. 507 c.p.p.), sicché l'eventuale richiesta "condizionata" di giudizio abbreviato appare pur sempre potenzialmente idonea a produrre apprezzabili effetti deflattivi.

Il previo esperimento di attività istruttoria dibattimentale potrebbe, invece, dal punto di vista pratico, condizionare maggiormente le possibilità di ammissione di una richiesta "complessa", sotto il profilo della (non) necessità di ulteriori contributi probatori ai fini della decisione.

Il fatto che i margini di fruibilità del giudizio abbreviato "condizionato" possano concretamente ridursi in relazione allo stadio, più o meno avanzato, dell'istruzione dibattimentale, non deve, peraltro, ad avviso di chi scrive, indurre ad una maggiore elasticità nel relativo vaglio di ammissibilità, considerato che, diversamente opinando, non sarebbero giustificabili parametri deteriori di valutazione nelle ipotesi ordinarie e considerato altresì che le ragioni sostanziali dell'intervento additivo in esame si individuano precipuamente nell'intento di consentire all'imputato (la cui originaria scelta del rito fosse stata sviata dalla concreta impostazione dell'accusa erroneamente formulata) il recupero del più favorevole trattamento sanzionatorio, il che è comunque sempre possibile grazie al giudizio abbreviato c.d. "secco".

Del resto, analogamente a quanto avviene rispetto alla disciplina ordinaria, deve ritenersi che, in caso di rigetto della richiesta "condizionata", l'imputato possa immediatamente (prima della prosecuzione del dibattimento) convertirla in richiesta non condizionata o, in alternativa, optare per una richiesta di patteggiamento.

---

<sup>(42)</sup> Corte cost., sent. 3 giugno 1992, n. 241, in *Foro it.*, 1993, I, pag. 1777, con nota di RAFARACI, *Nuove contestazioni e diritto alla prova dinanzi alla Corte costituzionale*.

<sup>(43)</sup> Corte cost., sent. 20 febbraio 1995, n. 50, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, pag. 724, con nota di UBERTIS, *Confini del diritto alla prova nel procedimento penale*.

4. b) *Riflessi in tema di "simultaneus processus"*.

Non possono essere trascurate, inoltre, le interferenze tra il portato della decisione in commento e le ipotesi di *simultaneus processus* per più imputazioni oggettivamente o soggettivamente cumulative.

Nel primo caso, è prevalente l'orientamento giurisprudenziale che ritiene inammissibili le richieste di procedimenti speciali avanzate dall'imputato rispetto ad alcune soltanto delle imputazioni elevate a suo carico, e ciò in quanto la parcellizzazione dell'unico procedimento in più giudizi definiti con modalità differenti vanificherebbe gli effetti di deflazione processuale che giustificerebbero gli effetti premiali dei riti alternativi<sup>(44)</sup>.

Nell'ipotesi di processi soggettivamente cumulativi, invece, «la personalizzazione della responsabilità penale e la individualità di ogni singola posizione processuale»<sup>(45)</sup>, specialmente in presenza di differenti situazioni probatorie, fanno ritenere ammissibile la richiesta di giudizio abbreviato proposta da uno o da alcuni soltanto dei coimputati<sup>(46)</sup>.

La problematica sopra accennata potrebbe essere risolta, secondo la pronuncia in esame, tenendo presente che il predetto indirizzo giurisprudenziale, elaborato con riferimento alle richieste di giudizio abbreviato "tempestive", «ben potrebbe non valere per la peculiare fattispecie che dà adito al problema di costituzionalità»<sup>(47)</sup>. Se ne deve, quindi, inferire che, rispetto alle nuove contestazioni "tardive", la richiesta di giudizio abbreviato dovrebbe essere comunque ammessa, a prescindere dal carattere oggettivo o soggettivo della connessione, anche se proposta soltanto in relazione ad un parte degli addebiti. Infatti, anche qualora la modifica "patologica" riguardi solamente una (o al-

<sup>(44)</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2006, n. 30096, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 2948; Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 1999, n. 380, in *Cass. Pen.*, 2001, pag. 1275; Cass. pen., Sez. II, 20 novembre 1997, n. 12031, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 1517; Cass. pen., Sez. VI, 7 luglio 1995, *ivi*, 202995; Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 1990, Zuffrano, in *Cass. pen.*, 1991, pag. 249, con nota di MACCHIA, *Giudizio abbreviato e processo cumulativo: una criticabile pronuncia della Cassazione*.

Per l'ammissibilità della richiesta parziale di rito abbreviato, qualora l'imputato richieda, per gli altri reati, l'applicazione della pena concordata, atteso che, in tal modo, non viene eluso il fine di deflazione processuale del giudizio speciale, cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 ottobre 2000, n. 4511, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 3092.

<sup>(45)</sup> In questi termini, tra le tante, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 7 luglio 1995, n. 9344, in *Giust. pen.*, 1996, III, col. 529, v. anche DI DEDDA, *Il consenso delle parti nel processo penale*, Padova, 2002, pag. 19.

<sup>(46)</sup> In dottrina, cfr. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, cit., pag. 50; GIAMBRUNO, *Il giudizio abbreviato*, Padova, 1997, pag. 169; MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, pag. 236.

<sup>(47)</sup> A tale specifico riguardo, deve segnalarsi che una questione analoga a quella affrontata dalla sentenza in commento era stata dichiarata manifestamente inammissibile, sul rilievo che il giudice rimettente non aveva tenuto conto, eventualmente anche soltanto per contestare la fondatezza, dell'orientamento giurisprudenziale che esclude l'ammissibilità delle richieste di giudizio abbreviato che non si riferiscano alla totalità degli addebiti elevati a carico del medesimo imputato. Cfr. Corte cost., ord. 14 marzo 2008, n. 67, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 2410.

cune) tra più eventuali imputazioni connesse, la *ratio* della sentenza in commento (dalla quale pare potersi evincere un generalizzato favore per la piena riespansione delle originarie prerogative in ordine alla scelta del rito) impone che la riconsiderazione dell'originaria opzione procedimentale debba essere sempre garantita rispetto ai nuovi temi d'accusa, escludendo che possano aver alcun rilievo ostativo le ragioni che hanno determinato la connessione e l'eventuale diverso iter procedimentale seguito per le altre imputazioni.

L'occasione, peraltro, si rivela propizia per una complessiva revisione critica dell'opinione che esclude l'ammissibilità delle richieste "parziali" di procedimenti speciali, la quale non tiene conto del *favor separationis* cui è ispirato il nostro codice di rito, come del resto normativamente testimoniato dall'art. 18, comma 1, lett. a) c.p.p.<sup>(48)</sup> e, con specifico riferimento al giudizio abbreviato, anche dall'art. 247, comma 5, att. c.p.p., il quale prevede espressamente la separazione dei procedimenti cumulativamente instaurati a carico di più imputati o per più imputazioni, quando sussistano i presupposti per una sia pur parziale definizione allo stato degli atti<sup>(49)</sup>. Ove così non fosse, inoltre, il diritto dell'imputato di accedere al rito premiale verrebbe ad essere irrazionalmente compresso a causa della discrezionale determinazione del p.m. di esercitare cumulativamente l'azione penale, mentre il codice riconosce tale diritto indipendentemente dal numero dei reati giudicati contestualmente<sup>(50)</sup>.

Indipendentemente dalla soluzione che si intenda dare al problema sopra evidenziato, la necessità, imposta dalla sentenza in esame, di ammettere ogni tipo di richiesta "parziale" di giudizio abbreviato, almeno rispetto alle imputazioni tardive, pone l'ulteriore questione della salvaguardia dell'imparzialità del giudice. Infatti, qualora il giudizio non venga integralmente definito nella forma contratta, non dovrebbe esservi identità tra giudice del dibattimento e giudice dell'abbreviato, sia che il procedimento di scomponga in relazione alle diverse imputazioni a carico del medesimo imputato, sia che le differenti modalità di definizione del giudizio dipendano dalle differenti posizioni soggettive dei vari imputati.

In effetti, qualora si proceda nei confronti di più persone, ma la richiesta di giudizio abbreviato provenga soltanto da alcune di esse, per effetto dell'intervento additivo di Corte cost. n. 371/96<sup>(51)</sup> sul secondo comma dell'art. 34 c.p.p., il giudice chiamato a

---

<sup>(48)</sup> Cfr. MARAFIOTI (*La separazione dei giudizi penali*, Milano, 1990, pagg. 351 ss.), il quale ritiene che, secondo la relazione al progetto preliminare del c.p.p., l'art. 18, lett. a), c.p.p. consentirebbe di «ricorrere alla separazione nei casi di riti differenziati» e che il consenso alla separazione dei procedimenti, richiesto dall'art. 18, comma 2, potrebbe ritenersi implicito in quello prestato in ordine all'adozione del rito differenziato.

<sup>(49)</sup> Cfr. BRICCHETTI, *Il divieto cade se la nuova contestazione riguarda un episodio inserito negli atti di indagine*, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 5, pag. 87.

<sup>(50)</sup> Si osserva, infatti, che «la conversione parziale del rito nei procedimenti cumulativi deve essere consentita senza limiti» (MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., pag. 236). Per la stessa opinione, v. anche POTETTI, *Mutazione del giudizio abbreviato. In particolare il giudizio abbreviato condizionato*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 333; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, pag. 587; PISTORELLI – BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. IV, tomo I, Torino, 2008, pag. 146.

<sup>(51)</sup> Corte cost., sent. 2 novembre 1996, n. 371, in *Cass. pen.*, 1997, pag.943, con nota di POTETTI, *Principi fondamentali elaborati dalla Corte costituzionale in tema di art. 34 c.p.p. In particolare: incompatibilità del giudice e concorso di persone nel reato*.



pronunciare sentenza nei confronti di costoro non potrebbe pronunciarsi nei confronti degli altri, se nel precedente giudizio abbia comunque compiuto valutazioni in ordine alla loro responsabilità.

A prescindere da questo, ed avuto riguardo altresì alle richieste “parziali” di giudizio abbreviato nei processi monosoggettivi, si pone l'ulteriore problema determinato dalla conoscenza degli atti di indagine, che il giudice deve necessariamente visionare, sia pure al solo di fine di valutare l'ammissibilità dell'eventuale richiesta “condizionata”.

Nei processi con un solo imputato, i riverberi della conoscenza di tali atti, benché tecnicamente inutilizzabili, sull'intimo convincimento del giudice potrebbero anche ritenersi controbilanciati dal contrapposto interesse dello stesso imputato ad essere giudicato col rito abbreviato, la cui richiesta “complessa” potrebbe anche essere considerata come autorizzazione implicita all'esame del fascicolo del p.m. Nei processi a carico di più soggetti, tuttavia, l'analoga iniziativa da parte di alcuni degli imputati produrrebbe inevitabilmente il medesimo effetto nei confronti di tutti, con buona pace dei principi di oralità e immediatezza nella formazione della prova e dei divieti di lettura degli atti della fase preliminare.

I predetti rilievi inducono, allora, ad aderire all'orientamento che configura come atto dovuto<sup>(52)</sup> la separazione dei procedimenti da definire secondo modalità differenti, il che consentirebbe, tra l'altro, di dissipare le ombre di prevenzione del giudice, derivanti dalla conoscenza di elementi di prova non utilizzabili<sup>(53)</sup>. Deve, peraltro, segnalarsi che tale preferibile interpretazione stenta ad affermarsi nella prassi, dove, malgrado qualche decisione abbia definito abnorme la sentenza emessa all'esito di un giudizio contemporaneamente svoltosi, con riti diversi, nei confronti di più imputati<sup>(54)</sup>, l'indirizzo dominante ammette la coesistenza tra rito ordinario e rito abbreviato<sup>(55)</sup>.

#### 4. c) *Rigetto della richiesta ed eventuali rimedi.*

Un ulteriore quesito da risolvere concerne l'individuazione di eventuali rimedi al rigetto della richiesta di abbreviato “condizionato” proposta rispetto alle nuove contestazioni.

Come è noto, l'attuale configurazione dell'istituto ha attribuito all'imputato un vero e proprio diritto all'ammissione della richiesta di giudizio abbreviato non sotto-

<sup>(52)</sup> Cfr. MAFFEO, voce, *Giudizio abbreviato*, pag. 16, *contra*, ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, pag. 55.

<sup>(53)</sup> Cfr. LEO, *Art. 438 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, vol. IV, Milano, 2008, pag. 46; FIORIO, *il giudizio abbreviato transitorio*, in *Giur. it.*, 2004, pag. 1045.

<sup>(54)</sup> Cass. pen., Sez. VI 25 ottobre 2001, n. 45586, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 1596.

<sup>(55)</sup> La riunione e la decisione cumulativa con un'unica sentenza del giudizio ordinario e del giudizio abbreviato richiesto soltanto da alcuni imputati, a seguito della disciplina transitoria dettata per il giudizio abbreviato dall'art. 4 ter d.lg. 7 aprile 2000 n. 82, conv. in l. 5 giugno 2000 n. 144, non è causa di abnormità né di nullità. Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2004, n. 21376, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3020; Cass. pen., Sez. I, 9 marzo 2004, n. 21376, in *Giur. it.*, 2005, pag. 1713 con nota di VELE, *Sulla commistione di riti processuali diversi nella fase dibattimentale*.

posta a condizioni, sicché l'eventuale rigetto integra una patologia che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, è riconducibile alla categoria dell'abnormità<sup>(56)</sup>, mentre da altri è ritenuta causa di nullità a regime intermedio<sup>(57)</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la richiesta condizionata, Corte cost. 168/03<sup>(58)</sup>, ha riconosciuto all'imputato la facoltà di proporla *in limine* al dibattimento, conferendo al giudice di questa fase il potere di sindacare la decisione negativa del g.u.p. e, se del caso, ammettere il rito speciale.

In tutti i casi, gli effetti sostanziali della scelta del rito abbreviato impongono la necessità di un sindacato sulle decisioni che, nel rigettare la relativa richiesta, precludono anche la possibilità di beneficiare del connesso sconto di pena.

Le stesse ragioni che avevano provocato i precedenti intereventi della Consulta, al fine di rendere compatibili i meccanismi introduttivi del giudizio abbreviato con i parametri costituzionali, impongono, ancora una volta, di individuare un sistema che consenta di scongiurare irragionevoli limitazioni del diritto di difesa, in relazione alle richieste di giudizio abbreviato ammesse dalla sentenza in esame.

Qualora si tratti di richieste "non condizionate", sembra scontato ritenere che gli effetti dell'eventuale illegittimo rigetto e i possibili rimedi siano identici a quelli che si producono in relazione alle analoghe richieste tempestivamente formulate rispetto all'imputazione originaria.

Più complessa risulta, invece, l'individuazione di un meccanismo riparatorio con riferimento al rigetto delle richieste "condizionate" di giudizio abbreviato formulate riguardo alle nuove contestazioni "tardive". L'estensione a tali ipotesi della soluzione individuata, in via generale, da Corte Cost. n. 169/03 non appare, infatti, ragionevolmente sostenibile, considerato che essa si fonda sulla riproposizione della richiesta in una fase successiva e, soprattutto, sulla nuova valutazione da parte di un giudice diverso da quello che l'aveva rigettata.

Potrebbe, allora, ipotizzarsi di rievocare il sindacato giudiziale sui dinieghi opposti dal pm o dal g.u.p., ammesso, all'esito del dibattimento, dalle menzionate sentenze costituzionali, con riferimento alla previgente disciplina del rito abbreviato. Anche tale soluzione non appare praticabile, visto che, oltre ad essere stata pensata con riferimento alla pregressa disciplina dell'abbreviato, si presta alle stesse obiezioni sollevabili rispetto alla sopra menzionata alternativa.

Entrambe le predette ricostruzioni presentano dei limiti. Il primo, di ordine tecnico, riguarda la possibilità di estendere analogicamente, oltre i casi tassativamente previsti, le regole dettate dalle sentenze costituzionali "additive" di accoglimento<sup>(59)</sup>. Il se-

---

<sup>(56)</sup> Per tutte, cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 novembre 2008, n. 399, in *CED Cass. pen.*, 2009, 242871; Cass. pen., Sez. I, 7 ottobre 2004, n. 43451, in *A.n.p.p.*, 2005, pag. 200. L'orientamento pare avallato anche da Cass. pen., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711 (in *Cass. pen.*, 2005, pag. 358), che lo richiama incidentalmente.

<sup>(57)</sup> Per tale opinione, cfr. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., pag. 99.

<sup>(58)</sup> Corte cost., sent. 23 maggio 2003, n. 169, in *Giur. cost.*, 2003, pag. 1336, con nota di LOZZI, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*.

<sup>(59)</sup> In senso negativo si esprimono ORLANDI, L. 16/12/1999 n. 479 (*Rito monocratico e modifiche al c.p.p.*), Art. 27, in *Leg. pen.*, 2000, pag. 442; NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*; in PERONI, a cura di, *Il Processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000,

condo, di carattere sistematico, risiede nella naturale tendenza alla conferma delle precedenti decisioni, che (pur non avendo, in questa sede, lo stesso rilievo assunto in tema di incompatibilità a giudicare) rischierebbe di vanificarne l'efficacia.

Si consideri, inoltre, che il corrispondente rimedio previsto dall'art. 448 c.p.p. consente al giudice, all'esito del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione, di applicare la pena richiesta dall'imputato quando ritiene ingiustificato il dissenso del p.m. o il rigetto della richiesta.

Orbene con riferimento a tale ultima ipotesi – sebbene la possibilità di una nuova e diversa valutazione dei motivi del “rigetto” della richiesta appaia naturalmente destinata e riferita al giudice del grado successivo – la lettera della norma, a ben vedere, non vieta allo stesso giudice dibattimentale di riconsiderare il proprio precedente diniego.

*De iure condito*, in mancanza di una espressa soluzione al problema e sussistendo, ad avviso di chi scrive, valide ragioni ostative all'estensione in via analogica dei meccanismi riparatori innanzi esaminati, rimane sempre la possibilità di impugnare, unitamente alla sentenza che definisce il relativo grado di giudizio, l'ordinanza reiettiva della richiesta “condizionata” di abbreviato, proposta in virtù del disposto della sentenza in esame.

Nulla esclude, peraltro, che lo stesso giudice dibattimentale, *re melius perpensa*, possa riconsiderare la propria precedente decisione ed applicare ugualmente la riduzione di pena<sup>(60)</sup>.

## 5. Conclusioni.

La decisione in commento può complessivamente essere accolta con favore, anche se, come si è visto, non mancano risvolti problematici e profili di perplessità, riconducibili, a ben vedere, ad un vincolo esterno col quale la stessa decisione si è dovuta misurare. Ci si riferisce alla possibilità di procedere a contestazioni “tardive”, già ammessa da Corte cost. n. 265/94 e confermata dalla Corte di cassazione a sezioni unite<sup>(61)</sup>.

Se, infatti, secondo il disegno codicistico, l'adeguamento dell'addebito alle emergenze dibattimentali rappresenta certamente un'eventualità fisiologica e, come tale, astrattamente prevedibile, parimenti, ineccepibile avrebbe dovuto essere la preclusione dei riti speciali non richiesti tempestivamente. Il punto di rottura di tale equilibrio si individua agevolmente nell'ammissione della possibilità di contestare tardivamente fatti non già fisiologicamente emersi nel corso del dibattimento, ma patologicamente trascurati nell'atto di esercizio dell'azione penale. L'introduzione, per via giurisprudenziale, di tale elemento di imprevedibilità ha compromesso la stabilità “allo stato degli atti” dell'addebito, imponendo a sua volta i menzionati interventi correttivi della Corte costituzionale, sulla cui linearità ed efficacia possono esprimersi, ad avviso di chi scrive, fondate riserve.

Senza ripetere quanto già detto, a fronte dell'attivazione dei meccanismi di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p., lascia alquanto perplessi dover constatare una regolamentazione a

pag. 477. Per la tesi favorevole, cfr. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, in NORMANDO, a cura di, *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, Milano, 2003, III, pag. 45.

<sup>(60)</sup> Cass. pen., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit.

<sup>(61)</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, cit.

geometria variabile delle condizioni per il ripristino delle alternative al dibattimento. Tale stato di fatto appare, francamente, privo di razionale giustificazione, non riuscendosi a comprendere quali possano essere le valide ragioni ostative ad un'uniforme regolamentazione della materia. L'attuale contesto rappresenta, nondimeno, il frutto dell'iniziale scelta interpretativa esercitata da Corte cost. n. 265/94 a favore della praticabilità delle contestazioni dibattimentali "tardive". Ciò ha comportato la necessità di elaborare additivamente gli opinabili rimedi di cui si è detto rispetto ad una patologia (qual è, appunto, la mera riconsiderazione dell'addebito dopo l'esercizio dell'azione penale) che avrebbe dovuto, invece, essere radicalmente stroncata, come del resto già suggerito dalla dottrina maggioritaria<sup>(62)</sup> e da una parte della giurisprudenza di legittimità<sup>(63)</sup>, dichiarando la nullità della modifica dell'imputazione non giustificata da nuovi elementi emersi «nel corso dell'istruzione dibattimentale», come testualmente previsto dagli artt. 516 e 517 c.p.p.

Il fatto che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 265/94 prima e con la sentenza n. 530/95 poi, non abbia preso in considerazione tale opzione, la quale avrebbe consentito di evitare le correlative censure di incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p., ha a sua volta inevitabilmente condizionato il successivo approccio esegetico, inducendo le Sezioni unite<sup>(64)</sup> a pronunciarsi in senso affermativo sul contrasto interpretativo circa la possibilità di modificare l'imputazione sulla base degli stessi elementi già raccolti nel corso della fase delle indagini preliminari e, quindi, anche prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Il menzionato arresto del supremo Consesso non ha, tuttavia, impedito il perdurare dell'opposto orientamento, come testimoniano anche successive decisioni della stessa Corte di cassazione<sup>(65)</sup>, le quali ripropongono la tesi dell'invalidità dell'aggiornamento dell'addebito slegato dalla sopravvenienza, nel corso dell'istruzione dibattimentale, di elementi di novità rispetto al quadro investigativo. L'accoglimento di tale opzione – come si è detto, ampiamente condivisa in dottrina<sup>(66)</sup> – precluderebbe in radice la possibilità di contestazioni "tardive", facendo così venire meno il presupposto per l'attivazione dei meccanismi di recupero del patteggiamento e del giudizio abbreviato ricostruiti dalla Consulta.

Appare, dunque, necessario interrogarsi sulla portata «normativa» delle sentenze

---

<sup>(62)</sup> Ad analoghe conclusioni, pur se con diversità di sfumature, pervengono LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pag. 339; CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, pag. 656; ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 334; BAZZANI, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 3086; DI BITONTO, *la modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, pag. 2343; FASSONE, in Aa. Vv., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007, pag. 1001; VERGINE, *Nuove contestazioni e discussione finale*, in *Il dibattimento*, a cura di Catullo, Torino, 2006, pag. 223.

<sup>(63)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 22 febbraio 2005, n. 10125, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 1507; Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 2003, cit.; Cass. pen., Sez. II, 25 settembre 2001, n. 39361, in *A.n.p.p.*, 2002, pag. 205.

<sup>(64)</sup> Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, cit.

<sup>(65)</sup> Cfr. *supra*, nota 68.

<sup>(66)</sup> Cfr. *supra*, nota 67.

additive della Corte costituzionale, al fine di verificare se, nelle fattispecie in esame, l'efficacia precettiva dello *ius novum* sia limitata ai soli meccanismi riparatori delle prerogative dell'imputato, nell'eventualità di nuove contestazioni "patologiche", oppure se il riconoscimento della facoltà di accesso ai riti alternativi al dibattimento abbia anche comportato la normativizzazione dei relativi presupposti, con la definitiva legittimazione delle contestazioni "tardive"<sup>(67)</sup>.

A favore di quest'ultima conclusione militano sia il tenore dei dispositivi delle sentenze in esame sia l'inscindibilità logica del nesso che lega la norma additiva alle relative condizioni di applicabilità. Se ne dovrebbe inferire il definitivo superamento, in senso affermativo, della questione insorta circa l'ammissibilità o meno delle nuove contestazioni "tardive".

Ciò nonostante, non manca, ad avviso di chi scrive, un sia pur ristretto margine interpretativo per conciliare l'originaria impostazione codicistica con lo *ius superveniens* di matrice costituzionale. La via di mezzo tra l'invalidità e la legittimità delle contestazioni "patologiche" può, infatti, individuarsi proprio nella disciplina delle nullità. Se è vero, infatti, che la "patologia" di cui trattasi è stata spesso ricondotta alla categoria delle nullità a regime intermedio ex artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p., si potrebbe anche sostenere che – a fronte di un'irrituale modifica dell'addebito sulla base di dati non emersi «nel corso dell'istruzione dibattimentale» – l'imputato possa scegliere di coltivare la causa di nullità oppure di sanarla mediante la scelta di una delle modalità di definizione alternativa consentite a seguito delle predette declaratorie di incostituzionalità, le quali, del resto, non avevano ad oggetto questioni relative all'invalidità o meno delle contestazioni "tardive", ma alla possibilità di dare corso all'istanza dell'imputato di fruire di un rito speciale in relazione a tali contestazioni.

Intesa in questi termini, la disciplina risultante dai menzionati interventi additivi in tema di reintegrazione dell'imputato nelle facoltà di accesso alle alternative dibattimentali avrebbe il pregio di non snaturare l'originaria impostazione codicistica e, al tempo stesso, di evitare, su basi consensuali, la regressione del procedimento, salvaguardando, sia pure nei termini parziali di cui si è detto, le prerogative difensive.

Non sarebbe superfluo, comunque, un intervento legislativo mirato a regolamentare in maniera uniforme e compiuta il rapporto tra nuove contestazioni dibattimentali e procedimenti speciali.

ALESSANDRO LIPRINO

---

<sup>(67)</sup> Sul tema si rinvia a DI GERONIMO, *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 4203.

## Cassazione, sez. I penale, n. 2489, 9 gennaio 2009

*La S.C. ha definito la portata applicativa della misura di sicurezza patrimoniale atipica della confisca ex art 12 sexies d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992, introdotto dall'art. 2 d.l. n. 399/94 conv. in l. n. 501/94, chiarendo che anche il secondo alinea del secondo comma della citata disposizione, laddove fa riferimento al "condannato" per un delitto di contrabbando aggravato, ricomprende tanto la persona a carico della quale sia stata pronunciata sentenza di condanna, quanto quella nei cui confronti sia intervenuta sentenza di applicazione della pena su richiesta<sup>(1)</sup>.*

### (1) Analogia in *malam partem* o continuità di *ratio*?

SOMMARIO: 1. Premessa : l'ordine del problema. – 2. La sentenza di patteggiamento: è una pronuncia di condanna? – 3. Struttura e natura dell'art. 12 *sexies*, a raffronto con l'art. 12 *quinquies*. – 4. L'art. 12 *sexies* all'impietosa ombra delle fattispecie c.d. "di sospetto". – 5. Il raffronto con la confisca di prevenzione. – 6. *Onus probandi vs* onere di allegazione. – 7. Qual il ruolo del nesso di pertinenzialità tra beni e reato? – 8. Conclusioni.

#### 1. Premessa: l'ordine del problema.

Con la sentenza in rassegna, viene riproposto il problema dell'applicabilità dell'art. 12 *sexies*, aggiunto alla l. n. 356/92, a mezzo del d.l. n. 399 del 20 giugno 1994 (convertito con modifiche dalla l. n. 501 dell'agosto 1994, "Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati"), al caso di specie, cioè di applicazione della pena su richiesta delle parti, per il delitto di contrabbando aggravato, laddove, nell'articolo in oggetto, mentre è testualmente disposta l'applicazione della confisca nei confronti del soggetto condannato o verso il quale sia intervenuta sentenza di patteggiamento, per tutte una serie di fattispecie espressamente previste dalla norma, diversamente, in merito al reato di contrabbando, vi è il riferimento al solo soggetto condannato e non parimenti a colui che abbia patteggiato la pena.

Va in tal senso esaminato e cercato, un punto di tangenza e di equilibrio tra le norme, la *ratio* dell'art. 12 *sexies* e gli effetti dell'art. 444 c.p.p.

Per cui, per meglio analizzare la portata di questa pronuncia alla luce del dato testuale, corre l'obbligo di procedere ad una più precisa disamina del provvedimento ablativo, e della valenza della sentenza a seguito di patteggiamento.

## 2. La sentenza di patteggiamento: è una pronuncia di condanna?

La pronunzia, ripropone quella che, per così dire, risulta essere una *vexata quaestio* mai del tutto chiarita del nostro sistema processual-penalistico, ovvero, la natura della sentenza di patteggiamento ed in quali termini, la stessa, si rapporti alla sentenza di condanna emessa nei procedimenti penali ordinari, o meglio, e più precisamente, se la prima, abbia o meno, la natura giuridica di sentenza di condanna<sup>(1)</sup>.

Con le novelle legislative, in particolare con le modifiche apportate con l'introduzione del "patteggiamento allargato"<sup>(2)</sup>, le perplessità ed i dubbi sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento, mai del tutto sopiti, sono tornati più di prima a focalizzare l'attenzione di dottrina e giurisprudenza<sup>(3)</sup>.

In riferimento agli effetti di tal pronuncia, è normativamente disciplinato, che è equiparata alla condanna, rispettivamente, nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità, in merito alla revoca della sospensione condizionale, ed alla possibilità di revisione.

Prima di prendere le mosse dall'*excursus* di rilievo giurisprudenziale, inerente all'interrogativo summenzionato, va evidenziato, in merito all'elemento della responsabilità dell'imputato, come questo, fonda le proprie radici nel dato per cui nel nostro ordinamento, il patteggiamento, quale pur indubbia e classica forma del "diritto penale premiale", non equivale all'ammissione di responsabilità per i "fatti addebitati", laddove, non è imposto all'imputato di ammettere la propria responsabilità nel momento in cui avanza la richiesta di patteggiamento, giacché, la scelta potrebbe essere dettata anche da mere ragioni di opportunità e/o convenienza, ed in termini di applicazione della pena, la formale riduzione nell'irrogazione concreta di questa, ed in termini di abbreviazione dei tempi processuali<sup>(4)</sup>.

Sul punto, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, se in un primo momento non ha mancato di sottolineare espressamente come la sentenza di patteggiamento, non avesse natura di sentenza di condanna, "nella parte in cui prescinde dall'accertamento giudiziale del reato e dall'affermazione di responsabilità dell'imputato"<sup>(5)</sup>, ha di recente so-

<sup>(1)</sup> F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992.

<sup>(2)</sup> A. MANNA, *Giustizia contrattata, diritto penale del fatto e funzione della pena: un'antinomia risolvibile?*, in *Annali Univ. Foggia*, Milano, 2005, p. 1111 e ss.

<sup>(3)</sup> Appare opportuno evidenziare come tanto l'art. 445, ma soprattutto il 444 del c.p.p. sono stati oggetto di diversi interventi legislativi, a mezzo dei quali si provvede alla loro modifica/sostituzione, dapprima del comma 2 di quest'ultimo, attraverso l'art. 32 della l. n. 479/99, e con la l. n. 134/2003 del comma 1, con i commi 1 ed 1 *bis*, quest'ultimo, successivamente e definitivamente rivisto nel 2006, attraverso la l. n. 38, alla quale si deve proprio quella che è l'attuale fisionomia ed il tenore letterale di "applicazione della pena su richiesta", mentre, l'art. 445, "effetti dell'applicazione della pena su richiesta", è andato soggetto all'opera di modifica, delle leggi n. 27/2001 e n. 134/2003.

<sup>(4)</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2006.

<sup>(5)</sup> SS. UU. n. 3600 del 26/02/1997, (dep. 18/04/1997), G. FRIGO, "Il mancato accertamento della colpevolezza esclude l'equiparazione a sentenza di condanna", in *Guida al Diritto*, 1997, 18, p. 64, ; Cass. Pen. Sez. III n. 20517/05, la sentenza di applicazione della pena sulla richiesta, "non implica un giudizio di colpevolezza", in *Riv. Pen.* 2006, 7/8, 855; Cass. Pen., Sez. I, n. 50176 del 12 novembre 2004 (dep. 31 dicembre 2004), la pronuncia in og-

stenuto, nello specifico relativamente al patteggiamento allargato, che “comportando una serie di effetti tipici della condanna, implica un “accertamento del fatto-reato e della penale responsabilità dell'imputato”<sup>(6)</sup>).

Prescindendo in questa sede dall'analizzare nel dettaglio gli elementi dell'accertamento giudiziale del reato e della responsabilità dell'imputato, tornando alla ricerca di una risposta al quesito posto *ab initio*, per quanto *prima facie* il disposto normativo appaia lineare, in realtà non è così chiaro e scontato, visto che, proprio il dato testuale dell'art. 445, comma 1 *bis* c.p.p., in virtù del quale “salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna”, ha acuitizzato ed amplificato l'interrogativo ed i dubbi iniziali sottostanti. Il *dictat*, com'è ovvio che sia, ha creato non pochi problemi di ordine interpretativo, non solo rispetto al concetto di “equiparazione”<sup>(7)</sup>, ma congiuntamente all'inciso “diverse disposizioni di legge”.

Infatti, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di fornire un'adeguata risposta alla domanda in questione, al centro di diatribe, aventi ad oggetto non solo l'aspetto più squisitamente processuale, ma anche, e soprattutto, quello di ordine sostanziale<sup>(8)</sup>. Tra le numerose pronunce, anche antitetiche, in alcune è dato di leggere come alla sentenza da patteggiamento venga riconosciuta natura di sentenza di condanna<sup>(9)</sup>, salvo che per determinati effetti espressamente previsti, ed altre in cui, al contrario, viene rimarcato il principio per cui la sentenza in oggetto non abbia natura di sentenza di condanna.

A tal contrasto giurisprudenziale, ha fatto seguito l'intervento della stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale s'esprime sostenendo che “la sentenza emessa all'esito della procedura di applicazione della pena su richiesta delle parti prevista dagli artt. 444 e seguenti cod. proc. pen. non ha natura di sentenza di condanna”, vieppiù, sancendo che “in essa non può essere identificato il presupposto al quale l'art. 168, comma primo, n. 1, cod. pen. riconnette la revoca della sospensione condizionale della pena. Ne consegue che all'applicazione della pena “patteggiata” non può conseguire l'effetto della revoca della sospensione condizionale precedentemente concessa, che ha come presupposto imprescindibile una sentenza di condanna, e cioè una decisione pronunciata in esito a un giudizio, con piena cognizione del reato e della pena”<sup>(10)</sup>.

---

getto, non può propriamente e specificamente qualificarsi come una sentenza di condanna vera e propria, essendo a questa equiparata per “ogni aspetto che riguardi l'irrogazione ed esecuzione della pena, ma non quando viene in rilievo sotto il profilo dell'accertamento della responsabilità, che è estraneo alla sua struttura, non essendo tale pronuncia qualificabile come sentenza di condanna”, in *Riv. Pen.*, 2006, 1, 120.

<sup>(6)</sup> Cass. Pen. Sez. III n. 12296 del 09/02/2005, *Foro Italiano*, 2006, 1, 2, 17.

<sup>(7)</sup> Cass. Pen. Sez. IV n. 12207 del 01/12/2004, in *Riv. Pen.*, 2006, 7/8, 839; Cass. Pen. Sez. II n. 528 del 15/11/2005 (dep. 10/01/06) in *Riv. Pen.*, 2006, 12, 1338; Cass. Pen. Sez. IV n. 2863 del 23/11/2005 in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 1, 95; Cass. Pen. Sez. II n. 2288 del 21/12/2005 in *Riv. Pen.*, 2006, 12, 1366; Cass. Pen. Sez. II n. 40813 del 18/10/2005 in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 1, 96.

<sup>(8)</sup> Per tutti, R. LI VECCHI, *Il patteggiamento e la natura giuridica della sentenza: è di condanna? È proprio questo l'amletico dilemma!*, in *Riv. Pen.* 12/2006, 1285 e ss.

<sup>(9)</sup> Cass. Pen., Sez. V n. 16499 del 02/03/2006, in *Riv. Pen.*, 2007, 5, 557.

<sup>(10)</sup> SS.UU. n. 11 del 08/05/1996 (dep. 04/06/1996), O. CEDRANGOLO, *Effetti della sentenza di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale della pena*, in *Cass. Pen.*, 1996, 3579 e ss.



Fino a pochi anni addietro<sup>(11)</sup>, si è assistito ad una certa univocità d'orientamento.

Proprio il rapporto tra la revoca della sospensione condizionale della pena e la sentenza emessa a seguito della procedura dell'applicazione della pena su richiesta, è stato però oggetto di una nuova, più recente pronuncia delle Sezioni Unite<sup>(12)</sup>, che ribaltando completamente, con una netta torsione, quanto stabilito precedentemente, ha sancito che la sentenza di patteggiamento, " poiché è ai sensi dell'art. 445, comma 1 *bis*, equiparata, salve diverse disposizioni di legge, ad una pronuncia di condanna, costituisce titolo idoneo per la revoca, a norma dell'art. 168, comma 1, n. 1, c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa", per cui, rispetto all'equiparazione della sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna, l'inciso "salve diverse disposizioni di legge", dev'essere interpretato nel senso che " il regime di equiparazione, non consente di rifuggire dall'applicazione di tutte le conseguenze penali della sentenza di condanna che non siano categoricamente escluse".

Il problema dell'"equiparazione" della sentenza emessa a termine della procedura di patteggiamento alla sentenza di condanna, intorno alla quale ruotano da anni interrogativi e perplessità, resta inconfutabilmente lo stesso, giacché, nonostante gli ultimi spunti giurisprudenziali, la *quaestio* non sembra essere stata posta, in modo definitivo al riparo da dubbi, e soprattutto non appare vi sia risposta esaustiva e del tutto convincente, laddove persiste ancora il punto di primaria incertezza, fermo restando il dato per il quale, la sentenza di patteggiamento, è "equiparata" alla sentenza di condanna, ma sentenza di condanna non è.

### 3. *Struttura e natura dell'art. 12 sexies, a raffronto con l'art. 12 quinquies.*

Non v'è dubbio alcuno circa la finalità preventiva alla base dell'articolo stesso, volta a colpire la criminalità organizzata<sup>(13)</sup> ed i reati ad essa collegati, soprattutto a sottrarre a questa la disponibilità economica, illecitamente acquisita, e bloccarne i flussi di denaro, con il preciso scopo di evitare ulteriori investimenti in altre attività delittuose ed il finanziamento di ulteriori azioni criminali<sup>(14)</sup>.

<sup>(11)</sup> SS.UU. n. 3600 del 26/02/1997; SS.UU. n. 31 del 22/11/2000 (dep. 03/05/2001), "il beneficio della sospensione condizionale della pena non può essere revocato per effetto di una successiva sentenza di patteggiamento, non contenendo quest'ultima quell'accertamento di responsabilità che costituisce imprescindibile presupposto per la revoca disciplinata dall'art. 168, comma 1, n. 1, c.p.", cit.

<sup>(12)</sup> SS.UU. n. 17781 del 29/11/2005 (dep 23/05/2006), L. CREMONESI, *La successiva condanna può revocare la precedente sospensione condizionale contenuta nella sentenza di patteggiamento*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, 12, 1492 e ss., Cass. Pen. Sez. IV n. 2987 del 22/11/2007; già precedentemente Cass. Pen. Sez. III n. 12296 del 09/02/2005, "tra gli effetti penali della decisione che irroga una pena detentiva patteggiata superiore a due anni deve comprendersi, ricorrendone i presupposti, anche la revoca del beneficio della sospensione condizionale della pena precedentemente concesso".

<sup>(13)</sup> Infatti, a partire dagli anni settanta, e particolarmente negli ultimi decenni, si è purtroppo assistito, ad un'evoluzione/trasformazione della stessa, si è passati da una primaria, atavica criminalità organizzata di tipo rurale-feudale, ad un'odierna che potremmo con contezza ben definire di carattere economico-imprenditoriale.

<sup>(14)</sup> *Le indagini sulla criminalità organizzata, Corso di aggiornamento sulle tecniche di*

Il punto nodale, ai nostri fini, non rileva invero sotto tal profilo, sul quale vi è ovviamente il più che generale consenso, bensì su quello strutturale, ovvero, il criterio d'essenza dello stesso art. 12 *sexies*, tanto che l'appartenenza all'ambito delle misure di sicurezza, se pur con tratti di atipicità, non è stata legittimata da tutti, laddove diverse ed autorevoli voci, ne hanno prospettato una differente definizione<sup>(15)</sup>.

Tale "Ipotesi particolare di confisca", risulta adottabile, soltanto a seguito di sentenza di condanna, o applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei delitti tassativamente indicati nella norma stessa,<sup>(16)</sup> e ove sussista una sproporzione tra il reddito dichiarato ai fini delle imposte o l'attività economica svolta ed il tenore di vita (il patrimonio effettivo), e di tale sproporzione, il soggetto stesso, non sia in grado di giustificarne la provenienza, e di cui risulti essere titolare, od averne la disponibilità a qualsiasi titolo, anche per interposta persona, fisica o giuridica.

Rispetto all'impianto originario, il novero delle fattispecie cui l'articolo è riferito, è stato soggetto di ampliamento.

A seguito della l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) la misura è stata estesa anche ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione<sup>(17)</sup>, e con il DDL S1448 (legge comunitaria 2007, in particolare l'art. 31), convertito in l. n. 34 del 25 febbraio 2008<sup>(18)</sup>, in attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, vi è stato un "aggiornamento del catalogo" *a quo*.

Da ultimo, in virtù della legge 125/2008, e più precisamente a mezzo dell'art. 10 *bis*, sono stati introdotti i commi 2 *ter* e 2 *quater* ed al riguardo, è risultato interessante, quanto sottolineato dalla Corte di Cassazione, anche in riferimento alla struttura cardine dell'art. 12 *sexies*, nella propria Relazione alla suddetta legge<sup>(19)</sup>.

---

*indagine "Giovanni Falcone"*, vol. II, *Quad. C.S.M.*, n. 70; A. GALASSO, *L'impresa illecita mafiosa, in Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, pp. 35 e ss.

<sup>(15)</sup> "Una norma .... di non facile sistemazione sul piano dei rapporti fra diritto sostanziale e processo; fra misure *praeter delictum* e *propter delictum*", M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Critica del Diritto*, 1995, cit., p. 267; "una confisca punitiva allargata", A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, cit., p. 57; "una sorta di ibrido tra misure privative del patrimonio proprie del processo penale e misure patrimoniali di tipo preventivo", G. LOCATELLI, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12 sexies della l. 7 agosto 1992, n. 356*, in *Il Fisco*, 1996, cit., p. 8306; "una pena, nel senso della c.d. pena patrimoniale", A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Parte generale II, Padova, 2008, cit., p. 242.

<sup>(16)</sup> Nello specifico del reato d'usura, A. MANNA, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, p. 105 *ess.*

<sup>(17)</sup> Agli artt. 314, 316 e 316 *bis* e *ter*, 317, 318, 319 e 319 *ter*, 320, 322 e 322 *bis* e 325.

<sup>(18)</sup> G.U. n. 56 del 6 marzo 2008.

<sup>(19)</sup> "La prima delle due nuove disposizioni, configura (con esclusivo e specifico riferimento alla fattispecie di confisca che presuppone la condanna per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p.), la confisca per equivalente, ricalcando il tradizionale schema" ... "In proposito suscita qualche perplessità il fatto che la confisca riguardi beni di valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato, giacché non è questo l'oggetto diretto della misura ablativa configurata dall'art. 12 *sexies*, che, come noto, è stato introdotto proprio al fine di aggirare le difficoltà nell'apprensione dei proventi illeciti nella loro individualità storica ... la confisca speciale è l'antesignana di quella di valore. La

Il periodo storico-normativo, che ha indotto *ab initio* il legislatore ad introdurre l'art. 12 *sexies* nel nostro ordinamento, ci porta all'anno stesso, o meglio, a pochi giorni di distanza, che venisse pubblicata la sentenza con la quale la Suprema Corte sanciva l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 12 *quinqüies*, d. l. n. 306/92, "possesto ingiustificato di valori"<sup>(20)</sup>, per violazione dell'art. 27, comma 2 della Costituzione, e quindi per contrasto con il principio di presunzione d'innocenza<sup>(21)</sup>.

Invero, volendo darne una lettura, in chiave per così dire di "ascendenza genealogica", l'art. 12 *sexies* si differenzia profondamente dal punto di vista strutturale rispetto a quest'ultimo, proprio per il requisito di base cristallizzato espressamente nella sentenza di condanna, od applicazione della pena su richiesta, (ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), e per il fatto stesso di non prevedere, a differenza dell'art. 12 *quinqüies*, una specifica fattispecie di reato, risolvendosi, appunto, in una confisca, che, peraltro, non possiede alcun punto di tangenza con il reato per cui il soggetto è stato condannato, essendo, appunto, applicata al patrimonio "sproporzionato" ed "ingiustificato", e non a quello "derivato" dal reato d'imputazione<sup>(22)</sup>.

Dal punto di vista puramente formalistico e letterale, vi è il venir meno dell'aggettivo "legittima", in riferimento alla giustificazione della provenienza dei beni costituenti il patrimonio, possibile oggetto della confisca *a quo*.

Sul punto, appare più che palese, indipendentemente dalla locuzione utilizzata dal legislatore, o meglio ancora, dall'omessa aggettivazione, che debba farsi riferimento, a

---

prima però, testimonia l'originaria impostazione seguita dal legislatore nell'aggressione dei patrimoni illeciti, sviluppando in realtà la filosofia della confisca di prevenzione, e cioè, quella di privare l'interessato dei beni di cui non è in grado di giustificare il possesso (che dunque vengono presuntivamente ritenuti di provenienza illecita). La *ratio* che assiste la confisca per equivalente, è invece diversa, poiché prescinde dalla pertinenzialità, anche solo presunta dei beni espropriati con qualsiasi reato, mirando a vanificare gli eventuali tentativi posti in essere dal reo, per occultare gli effettivi proventi illeciti (la cui esistenza storica, deve però essere accertata)". Congiuntamente, (così come già rilevato nel corso della disquisizione) aggiunge la Corte, "l'art. 12 *sexies*, non è lo strumento con cui vengono confiscati gli accertati proventi dei reati presupposto della speciale misura ablativa, giacché questi ultimi sono espropriati già in forza dell'art. 240 c.p., o delle altre norme speciali che tale espropriazione impongono, ovvero attraverso la confisca di valore, laddove prevista". Dalla *Relazione della Corte di Cassazione* alla l. n. 125/2008.

<sup>(20)</sup> Per un'analisi della portata e dell'ambito di applicazione dell'art. 12 *quinqüies*, elaborata partendo dall'art. 708 c.p., N. POLLARI-G. GRAZIANO, *Il possesso ingiustificato di valori tra presunzione d'innocenza ed onere della prova*, in *Il Fisco*, 1993, pp. 809 e ss.; O. DI GIOVINE, *Antichi schemi e nuove prospettive nella lotta alla criminalità organizzata. Dall'art. 708 c.p. all'art. 12 quinqüies d. l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *RIDPP*, 1994, 1, p. 117 e ss.

<sup>(21)</sup> Sentenza n. 48 del 17 febbraio 1994 (G.U. n. 9 del 23 febbraio 1994), in *Foro Amm.*, 1996, 2193. Altresì, in merito all'art. 12 *quinqüies* ed alla sentenza della Corte Costituzionale n. 48/1994, G. IZZO, *Possesso ingiustificato di valori. La Corte boccia e il Governo aggiusta il tiro*, in *Il Fisco*, 1994, p. 2438 e ss.

A tal pro, non è mancata la voce di chi scorgesse nell'emanazione del nuovo decreto legge, lo scopo di "turare la falla aperta dal venir meno del secondo comma dell'art. 12 *quinqüies*", G. FORNASARI, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in *Riv. Trim. di Dir. Pen. dell'Econ.*, 1994, cit., p. 762.

<sup>(22)</sup> Per una più ampia e precisa disamina relativa all'art. 12 *quinqüies*, D. FONDARO-LI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 453 e ss.

rigor di logica, alla provenienza “legittima”, dato confortato, dal fatto stesso che “legittima”, rispetto al contesto di cui si va disquisendo, è per vero, equivalente e sinonimo di “lecita”<sup>(23)</sup>, anche perché, a ritenere diversamente, il soggetto dovrebbe ammettere una provenienza frutto di reati, il che non solo non costituisce l’impianto dell’art. 12 *sexies*, ma è già la sentenza di condanna, requisito imprescindibile per l’applicazione della confisca in oggetto, a valutare la reità dell’imputato<sup>(24)</sup>. Per altri aspetti, anche di valore processuale, concernenti il diritto di difesa ed in special modo l’onere della prova, rispetto alla giustificazione del patrimonio sproporzionato, viene fatto rinvio nel prosieguo della trattazione, giacché elementi fondanti e caratterizzanti la misura in oggetto, per i quali appare opportuno, non un inciso, ma una valutazione più dettagliata.

#### 4. L’art. 12 *sexies all’impietosa ombra delle fattispecie c.d. “di sospetto”*.

Parrebbe, che l’articolo in oggetto di disquisizione, così come accennato innanzi, appartenga *prima facie*, ad un preciso filone di norme, caratterizzate per il chiaro, e talvolta espresso riferimento più alle condizioni di vita del soggetto, che all’offesa del bene giuridico protetto, i reati c.d. “di sospetto”, “sganciati”, almeno in parte, dal principio di offensività.

Rilevata la specularità con l’art. 12 *quinquies*, non di meno, indefettibilmente necessaria, è la valutazione dell’art. 12 *sexies*, alla luce del rapporto con la primigenia di questa “famiglia” di disposizioni normative, ed in particolar modo gli artt. 707 e 708 c.p., rispettivamente “possesso ingiustificato di chiavi alterate e di grimaldelli” e “possesso ingiustificato di valori”, entrambi collocati nel paragrafo dedicato alle “contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio”.

Nello stesso paragrafo, mentre l’art. 705 c.p. è stato oggetto di depenalizzazione in forza del d. lgs. n. 507 del 30 dicembre 1999<sup>(25)</sup>, l’art. 706 c.p. è stato abrogato nel 1994 ad opera del d. lgs. n. 480, e gli artt. 710 e 711 in virtù dell’art. 18 della l. n. 25 del 1999.

Anche gli artt. 707 e 708 c.p., così come gli articoli summenzionati, sono stati posti al vaglio di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale s’è espressa in tal modo.

<sup>(23)</sup> Come peraltro riscontrabile e rinvenibile proprio da preciso rilievo giurisprudenziale, laddove vi è l’espressa menzione alla “positiva liceità della provenienza”, Cass. Pen., Sez. I n. 21357 del 13/05/2008 (dep. 28/05/2008); in altra sentenza, è dato invece di leggere come non sia richiesta una “giustificazione qualificata («legittimità») della provenienza”, Cass. Sez. IV, n. 47077 del 04/10/2004, in *Guida al Diritto*, 2005, 2, 93.

<sup>(24)</sup> Nella legislazione irlandese, sono disciplinate due tipologie di confisca, rispettivamente di carattere penale e civile, laddove, la prima è applicabile a seguito di sentenza di condanna, in base però ad un accertamento probatorio civilistico. Parimenti alla normativa inglese, nei reati relativi alle sostanze stupefacenti ed al riciclaggio, vi è la presunzione che tutti i beni dell’imputato, o le spese sostenute nei sei anni precedenti all’inizio del procedimento, siano il frutto del traffico di droga, salvo il caso in cui la presunzione appaia scorretta o rappresenti un rischio d’ingiustizia, in A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 235.

<sup>(25)</sup> “Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell’articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205”.

Due prime sentenze, datate 1968, la n. 110<sup>(26)</sup>, e 1971, la n. 14<sup>(27)</sup>, hanno sancito l'incostituzionalità degli artt. 707 e 708 c.p., per violazione dell'art. 3 Cost, quindi per contrasto con il principio di uguaglianza, limitatamente alla parte in cui facevano riferimento, tra le condizioni personali del condannato, allo stato di mendicizia, ammonito, sottoposto a misura di sicurezza, o a cauzione di buona condotta.

Con la sentenza n. 370 del 1/11/1996, l'art. 708 c.p., è stato definitivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 e 25 Cost.<sup>(28)</sup>.

Ed ancor più recente, la sentenza n. 265/2005, che però, ha respinto l'eccezione di legittimità dell'art. 707 c.p., sollevata dal Tribunale di Viterbo, relativamente agli artt. 3, 13, 24, II comma, 25, II comma, e commi 1, 2 e 3 dell'art. 25 della Costituzione.

Anche rispetto ai succitati articoli, vale il precedente rilievo per cui l'art. 12 *sexies* non introduce una norma incriminatrice autonoma, ed è applicabile solo a seguito di sentenza di condanna.

##### 5. Il raffronto con la confisca di prevenzione.

Inevitabile è l'equiparazione con altre e diverse forme di confisca disciplinate nel nostro ordinamento, quali l'art. 240 c.p., ed in particolare la confisca disciplinata dalla l. n. 575/1965, e ciò induce ad uno *screening* della norma, onde cercar di discernere compiutamente, se ci si trovi, o meno, dinanzi ad una sorta di "spuria duplicazione".

Innanzitutto, l'art. 12 *sexies* rappresenta una norma speciale che deroga al *dictat* dell'art. 240 c.p., di generale applicazione nei confronti dei soggetti condannati per qualunque fattispecie di reato, per cui l'oggetto stesso della confisca, così come previsto dall'articolo in commento è più ampio rispetto al "corpo del reato" di cui all'art. 240 c.p.<sup>(29)</sup>, e se così non fosse, se l'art. 12 *sexies* fosse mirato alla confiscabilità delle cose che hanno un rapporto immediato e diretto con il reato, perché servono a commetterlo, o perché ne costituiscono il prezzo o il profitto, non avrebbe ragion d'essere all'interno dell'ordinamento, giacché ci troveremmo dinanzi ad un doppione, giacché avrebbe esattamente lo stesso spazio d'azione del succitato art. 240 c.p.

Se è pur vero che vi è assonanza tra detto provvedimento ablativo e la misura *ante delictum* della confisca, tanto che parrebbe ritrovarci, in chiave anacronistica, dinanzi ad una sorta di "doppione mascherato", per quanto concerne l'elemento della sproporzione del patrimonio, è però, oltremodo veritiero, che nell'art. 12 *sexies*, vi è quel preciso requisito, cristallizzato nella sentenza di condanna o di patteggiamento<sup>(30)</sup>, per cui

<sup>(26)</sup> F. COPPI, *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giu. Cost.*, 1968, 1705.

<sup>(27)</sup> *Giu. Cost.*, 1971, 109.

<sup>(28)</sup> F. LO IUDICE-M. ROSSI, *Ciò che rileva dei reati di sospetto*, in *Giust. Pen.*, 1998, I, 25.

<sup>(29)</sup> SS.UU. n. 920 del 17/12/2003 (dep. 19/01/2004), O. FORLENZA, *La sproporzione tra beni e reddito dichiarato sottrae rilievo penale al momento di acquisizione*, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 63; l'art. 12 *sexies*, derogando ai principi fissati dall'art. 240 c.p., "si pone con questo in rapporto di specialità", Cass. Sez. VI, n. 1660 del 15/04/1996, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3652.

<sup>(30)</sup> G. TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle as-*

tale dato diviene subitaneamente eluso, ponendo peraltro al riparo anche da dubbi inerenti una possibile violazione del principio di presunzione d'innocenza, rispetto al reato oggetto d'imputazione.

Nell'ambito delle misure di prevenzione, vi è quale presupposto previsto per la confisca di cui all'art. 2 *ter* l. n. 575/1965, l'esistenza dei "sufficienti indizi"<sup>(31)</sup> dell'illecita provenienza, diretta od indiretta dei beni per cui l'asse d'interesse e d'incidenza si sposta da un soggetto "indiziato", od indagato, ad un soggetto "condannato", fermo restando ad ogni modo, la comune finalità preventiva della disposizione citata, indubbiamente mutuata dalle misure *ante delictum*.<sup>(32)</sup>

Ulteriore differenza, particolarmente incisiva sul fronte della oramai internazionalizzazione della criminalità organizzata, è che la confisca ai sensi dell'art. 12 *sexies*, può essere applicata anche in riferimento ai beni che si trovino al di fuori dei confini italiani, come stabilito dalla Convenzione di Strasburgo, al contrario della confisca di prevenzione, che incontra il limite della territorialità statale, anche se, non può omettersi il significativo dato per cui, di recente nello Stato della Francia, la Corte di Cassazione<sup>(33)</sup>, ha riconosciuto la possibilità di esecuzione del provvedimento di confisca adottato dal giudice italiano, così come previsto dall'art. 2 *ter*, l. n. 575/1965 e successive modifiche<sup>(34)</sup>.

---

*sociazioni mafiose*, in *Quad. CSM*, n. 99, vol. I, secondo il quale, l'art. 12 *sexies*, "prevede un'ipotesi ulteriore di confisca penale obbligatoria che, nel rispetto delle necessarie garanzie, fissa taluni parametri precisi in base ai quali un determinato cespite di ricchezza va considerato come una porzione di economia criminale consolidata (e quindi come un cespite confiscabile), condizionando rigorosamente l'incidenza di tali parametri ad un'avvenuta pronunzia di penale responsabilità del soggetto interessato per determinati reati particolarmente congeniali alla imprenditorialità criminale. Di qui la maggior affidabilità "sul piano della razionalità e delle garanzie, rispetto al meccanismo apparentemente molto simile che viene offerto dal sistema delle misure di prevenzione", di cui agli artt. 2 *bis* e 2 *ter*".

<sup>(31)</sup> Indizi non tali da iniziare un procedimento penale, quindi di minor valore, meno "gravi", però tali, da consentire l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale.

<sup>(32)</sup> In merito al rapporto tra la confisca oggetto della disquisizione e la confisca quale misura *ante delictum*, si veda A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale, fra dogmatica e politica criminale*; R. GUERRINI-L. MAZZA-S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; F. GIANFROTTA, *Luci ed ombre della normativa in materia di misure di prevenzione patrimoniali*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, p. 223 e ss; Cass., SS.UU., 17/07/2001, De-ro-uach, S. DI LENA, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto "non innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1205; non è mancato peraltro, chi ritenga vi sia una sorta di "concorrenza sleale" tra le due confische, risoltasi in questi ultimi anni a vantaggio della confisca penale obbligatoria dei valori ingiustificati", C. DI CASOLA, *Dalla marginalità sociale alla macro-criminalità. Una panoramica introduttiva delle principali questioni*, in *Quad. CSM*, n. 104, cit., p. 89; A. GIALANELLA, *Rapporti tra il processo penale ed il procedimento di prevenzione. L'onere probatorio e l'attività difensiva nel procedimento di prevenzione*. in *Quad. C.S.M.*, n. 104, 1998, p. 189 e ss.

<sup>(33)</sup> Sentenza del 13 novembre 2003.

<sup>(34)</sup> G. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (una interessante pronuncia della Corte di Cassazione francese)*, in *Quest. Giust.*, 2004, n. 4, p. 771 e ss.

6. Onus probandi vs *onere di allegazione*.

Per valutare a pieno il senso dell' "estensione", oggetto della sentenza in commento, non si può prescindere dalla trattazione di quelli, che sino a tutt'oggi rappresentano il "tallone d'Achille" dell'art. 12 *sexies*, la *vexata quaestio* dell'inversione dell'*onus probandi*<sup>(35)</sup>, ed il "nesso di pertinenzialità", laddove, la disposizione in rassegna, pare abbia comportato, almeno "apparentemente", un' inversione dell'onere della prova, anch'essa mutuata dal sistema delle misure di prevenzione. Di qui la connotazione, secondo parte della dottrina di "potenziale foriera di una cosiddetta truffa delle etichette"<sup>(36)</sup>.

Addurre la prova della "legittima" provenienza dei propri beni, laddove in sproporzione con il reddito dichiarato o l'attività economica svolta, sembrerebbe, soprattutto tenendo conto della giurisprudenza di legittimità, nel caso di specie, in linea con il principio costituzionalmente garantito, di cui si va disquisendo, tenendo anche in debito conto, che il principio di presunzione d'innocenza ed il diritto di difesa (in particolare il diritto al silenzio), risultano altresì garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo?<sup>(37)</sup>

Proprio in merito ad una possibile "apparente inversione dell'*onus probandi*"<sup>(38)</sup>, e se effettivamente l'articolo in oggetto vi darebbe luogo, o diversamente, se debba trattarsi in tal senso di un mero "onere di allegazione", appare senz'altro opportuno prendere le mosse dalle varie sentenze dell'orientamento giurisprudenziale, per il quale, l'applicazione della confisca disciplinata dall'art. 12 *sexies*, non realizza alcuna inversione, "perché la legge ricollega a fatti sintomatici la presunzione di illecita provenienza dei beni e non alla mancata allegazione della loro lecita provenienza, la cui dimostrazione è idonea a superare quella presunzione"<sup>(39)</sup>.

Già qualche anno addietro altra sentenza rilevava non riscontrabile una violazione del diritto difesa, ritenendo trattarsi di "una presunzione *iusuris tantum*", applicabile "quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto dovrà, con riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere

<sup>(35)</sup> D. FONDAROLI, *ibidem*, in particolare, p. 218.

<sup>(36)</sup> A. MANNA, *Misure di prevenzione: aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, in *Quest. Giust.*, 1995, n. 2, cit., p. 320.

<sup>(37)</sup> Sul punto, V. NICOSIA, *Convenzione Europea e diritto penale*, Torino, 2006; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, ed A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*; inoltre, in ordine al rapporto tra diritto penale e diritto comunitario, si veda RICCARDI, *Diritto comunitario e diritto penale: l'influenza interpretativa in materia di confisca*, in SGUBBI-MANES, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

<sup>(38)</sup> Problema, questo, già rilevato in merito al comma 2 dell'art. 12 *quinquies*, d.l. n. 306/92 (conv. in l.n. 356/92), dichiarato incostituzionale dalla Suprema Corte, con sentenza n. 48 del 1994, per contrasto con l'art. 27, comma 2 della Costituzione. Invero, rispetto a detto articolo, il 12 *sexies* differisce profondamente, come già sottolineato, poiché presupposto del provvedimento ablativo, è la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta.

<sup>(39)</sup> Cass. Pen. Sez. V, n. 228 del 12 dicembre 2007.

specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L'onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento" (40).

Ed ancor più dettagliatamente, è stato sottolineato che "la prova circa la sproporzione, rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto, del valore economico dei beni da confiscare grava sull'accusa..., ma una volta fornita tale prova sussiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni dell'interessato" (41).

Appare oltremodo palese, che in virtù del dato testuale delle sentenze citate, ed il termine stesso "allegazioni", per la voce giurisprudenziale, s'è dinanzi ad un più generico e "costituzionalizzato" onere di allegazione, e non diversamente ad una vera e propria inversione dell'onere della prova (42).

Quindi sull'accusa graverebbe l'onere, attraverso precise e dettagliate indagini, di "provare" l'esistenza e/o sussistenza di una sproporzione, (nei termini stabiliti dalla norma), ed al soggetto condannato, toccherebbe dimostrare che la provenienza del patrimonio non è di natura illecita, la "prova della non effettività della prova".

Ovviamente, tanto detto è inerente esclusivamente alla sperequazione tra il patrimonio e l'attività svolta dal soggetto condannato, con specifico riferimento alla misura della confisca, nulla a che vedere con i capi d'imputazione, per i reati contestati, per i quali si segue l'ordinario *iter* processuale.

Non è mancato peraltro chi abbia ravvisato che lo scopo di tal procedimento, non è quello di "ottenere dal soggetto passivo una dichiarazione auto incriminante o pregiudizievole per il medesimo, pur di evitare la confisca (con conseguente porsi del dubbio di legittimità costituzionale) ma anzi mira oggettivamente, semmai, alla dimostrazione di una provenienza legittima" (43).

Ciò non pare abbia convinto tutti, perché comunque permangono in merito al punto sul quale si discorre, ancora talune, sostanziali riserve.

(40) Cass. Pen., SS.UU., n. 920 del 17 dicembre 2003, cit.

(41) Cass. Pen., Sez. II, n. 44940 del 30 ottobre 2008, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 4, 406; Per cui, cade sul soggetto "che ha la titolarità o la disponibilità dei beni, l'onere di giustificare la provenienza, con l'allegazione di elementi che, pur senza avere la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari, siano idonei a vincere tale presunzione", Cass., 15 aprile 1996, Berti. "Il consolidamento di questo ultimo orientamento giurisprudenziale varrà a modificare l'attuale connotato antigarantistico delle scelte interpretative prevalenti nella giurisprudenza. Ma un contributo significativo in tal senso può essere dato anche da un maggior rigore nella valutazione del soddisfacimento all'onere di prova gravante sul pubblico ministero in punto di disimmersione tra patrimonio e reddito dichiarato o attività economica", di tal avviso, G. IZZO, *Sulla confisca di ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato*, in *Il Fisco*, 1997, 16, cit., p. 4355.

(42) Problematica affine alla "prova" nei reati di pericolo astratto, ex art. 49, II comma, c.p.

(43) D. POTETTI, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994* in *Cass. Pen.* 1995, cit., p. 1065.



### 7. Qual il ruolo del "nesso di pertinenzialità" tra beni e reato?

Come per l'onere della prova, anche quello del ruolo del nesso eziologico, o più grossolanamente "nesso di pertinenzialità" tra beni e reato, risulta essere un ulteriore problema che contorna l'alea dell'art. 12 *sexies*<sup>(44)</sup>, di sottile finitura, ma di fondamentale importanza, soprattutto in riferimento alla sentenza che s'annota, ed in merito al quale, ancora una volta, numerosissime e di differente contenuto sono risultate le pronunce della Suprema Corte.

Di grande rilevanza, ai fini del tema che si va affrontando, è l'ordinanza della Corte Costituzionale, n. 18 del 22-29 gennaio 1996, la quale, nel giudizio di legittimità dell'art. 12 *sexies*, ha sancito che il legislatore ha ritenuto "di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o alla attività economica del condannato stesso".

Ad un bimestre di distanza, ha fatto seguito, un'altra pronuncia della Cassazione, che ha stabilito, che non è richiesta alcuna derivazione tra i beni oggetto della sproporzione ed il reato per il quale il soggetto è stato condannato, presumendo un'illecita provenienza, in assenza di idonee giustificazioni<sup>(45)</sup>.

Però la *quaestio* assurge a maggior complessità, rispetto all'operatività della norma agli acquisti compiuti precedentemente, o successivamente ai fatti per i quali è stata pronunciata condanna ed in caso di valore superiore al provento del reato.<sup>(46)</sup> Ren-

<sup>(44)</sup> D. FONDAROLI, *ibidem*, p. 209 e ss.

<sup>(45)</sup> Il legislatore "ha inteso colpire i beni di valore sproporzionato al reddito od all'attività economica esercitata, senza distinguere se essi siano o meno derivanti dal reato per cui si è riportata condanna, presumendo un'illecita provenienza, limitatamente ai soggetti condannati per gli indicati specifici reati che non siano in grado di fornire idonee giustificazioni", Cass., Sez. VI, 15 aprile 1996, (Berti), in *Cass. Pen.*, 1996, pp. 3649 e ss., nella qual pronuncia, è dato ancora di leggere, che l'applicabilità della misura ablativa non è subordinata all'accertamento di una derivazione causale dei beni, suscettibili di confisca, dal reato per cui sia stata pronunciata sentenza di condanna"; ancora "in tema di misure cautelari reali, il sequestro e la successiva confisca dei beni patrimoniali prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, ... non sono subordinati all'accertamento di un nesso eziologico tra i reati tassativamente enunciati nella norma di riferimento ed i beni oggetto della cautela reale e del successivo provvedimento ablatorio, dal momento che il legislatore ha operato una presunzione di accumulazione, senza distinguere se tali beni siano o meno derivati dal reato per il quale si procede od è stata inflitta la condanna", Cass. Pen., Sez. II, n. 44940 del 30 ottobre 2008, (dep. 2 dicembre 2008), cit.; in tal senso, già Cass. Pen., Sez. III, n. 2743 dell'11 luglio 2000; Cass. Pen., Sez. V, n. 5111 del 24 novembre 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, 3552; Cass. Pen., Sez. VI, n. 1087 dell'8 maggio 1998, in *Indice Penale*, 1999, 1205; Cass. Pen., Sez. II, n. 11720 del 5 febbraio 2008 (dep. 14 marzo 2008); Cass. Pen. SS. UU. n. 920 del 17 dicembre 2003, "il giudice, attenendosi al tenore letterale della disposizione, non deve ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili e il reato per cui ha pronunciato condanna e nemmeno tra questi stessi beni e l'attività criminosa del condannato. Cosa che, sotto un profilo positivo, significa che, una volta intervenuta la condanna, la confisca va sempre ordinata quando sia provata l'esistenza di una sproporzione tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità e il reddito da lui dichiarato o i proventi della sua attività economica e non risulti una giustificazione credibile circa la provenienza delle cose", cit.

<sup>(46)</sup> "Non ha rilevanza il rapporto di pertinenza tra i beni sottoposti a confisca e il rea-

dendo in tal modo, sicuramente “abbondante” l’arco temporale di acquisto/acquisizione dei beni.

Differenti le riflessioni dottrinarie.

Innanzitutto quella di chi ritiene che non dovrebbe esigersi la prova della legittimità della provenienza, ma una spiegazione da valutare in concreto secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento, così richiamando le sentenze n. 14/71 e 464/92 della Corte Costituzionale<sup>(47)</sup>.

Alla quale s’aggiunge la valutazione per cui, non richiedendo una derivazione della sproporzionalità dal reato commesso, il reato, in tal senso, giocherebbe il ruolo di una sorta di condizione obiettiva di punibilità (in riferimento, ovviamente, alla confisca, e non alla pena)<sup>(48)</sup>.

A mitigare in un certo qual modo i contorni dell’alea intorno alla “presunzione di pertinenzialità”, è sopravvenuta un’ulteriore e fondamentale sentenza, che ha contribuito e provveduto a fornire un importante ridimensionamento, attraverso il concetto della “temporalità”, precisando come “la presunzione di pertinenzialità tra alcune categorie di reati ed i beni di cui l’imputato non possa giustificare la provenienza non possa applicarsi in modo illimitato ed indiscriminato, ma debba necessariamente essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale”, in modo tale che detti beni non siano “<ictu oculi> estranei al reato perché acquisiti in un periodo di tempo talmente antecedente alla commissione di quest’ultimo, che possa far escludere ogni possibilità di riferimento”<sup>(49)</sup>.

Con detta pronuncia s’è in qualche ridefinito in modo puntuale, quello che è il

---

to per il quale è stata pronunciata condanna, né tantomeno l’epoca dell’acquisto, sicché essa opera anche nel caso in cui i beni risultino acquisiti al patrimonio del condannato in epoca precedente o successiva ai fatti contestati per i quali sia intervenuta condanna o che il loro valore superi il provento del medesimo reato”, Cass. Pen., Sez. I, n. 21357 del 13 maggio 2008 (dep. 28 maggio 2008), cit., già in tal senso Cass. SS.UU. N. 920/2003, cit.

<sup>(47)</sup> G. NANULA, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco*, n. 42/95, l’autore sostiene che “l’estensione della confisca dal profitto illecito costituente la produttività economica del singolo delitto episodico, per il quale il soggetto sia stato condannato, ai più ampi valori costituenti il patrimonio ingiustificato, non possa essere automatica, ma debba basarsi su ulteriori e più estesi elementi di prova – ancorché indiretta – concernenti il complesso dell’attività delinquenziale del soggetto e la sua persistenza nel reato, in maniera da spiegare l’esistenza di un ragionevole rapporto di causalità con l’accumulo ingiustificato...”, cit., p. 10136.

<sup>(48)</sup> G. FORNASARI, *L’ultima forma di manifestazione della “cultura del sospetto”: il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Critica del Diritto*, 1994, cit., p. 17, ed allora, “o la sanzione viene applicata in base al sospetto, che l’autore del fatto non è stato in grado di sviare con un’adeguata dimostrazione in senso contrario, che la constatata disponibilità patrimoniale sia conseguenza del reato per il quale è intervenuta la condanna oppure il patteggiamento, ed allora non sembra potersi porre in dubbio la violazione del diritto costituzionale alla difesa; o invece viene applicata in base al sospetto non sviato della provenienza da altre attività criminose, ed allora entra in questione anche il principio di determinazione”, cit., p. 17.

<sup>(49)</sup> Cass. Pen., Sez. V, n. 2469 del 30 luglio 1998, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1998, 544. Tal “ragionevolezza temporale”, “consente di operare – ancorché in via presuntiva – un collegamento tra i beni ed il fatto criminoso che, da un lato, non contrasti con la logica ed il buon senso, dall’altro, non comporti una lesione ingiustificata dei diritti individuali di

ruolo ed il senso del nesso eziologico, rendendolo indubbiamente meno sfuggente sotto il profilo della sostanzialità.

## 8. Conclusioni

Come nella scacchiera le parti scure delimitano quelle chiare e, viceversa, così nel diritto penale, l'esigenza di tutela della collettività ed il prevenire la commissione di reati, in particolar modo quelli legati alla criminalità organizzata, delimita ed è delimitata dalla imprescindibile necessità di rispettare i diritti e le libertà fondamentali, e costituzionalmente garantiti dei soggetti, non travalicandone, analogicamente, i limiti<sup>(50)</sup>.

Per cui, tocca al legislatore ed agli uomini di diritto individuare il giusto punto d'equilibrio tra questi interessi, il che, spesso, diviene compito non facile, poiché proprio alla luce del temperamento di questo necessario e pur necessitato, quanto doveroso equilibrio e bilanciamento d'interessi, è possibile rilevare l'esatta *ratio* e la piena portata di leggi e pronunce giurisprudenziali.

Tanto detto, nel muoverci verso la conclusione della trattazione, fermo restando quanto espressamente previsto dalla disciplina stessa, se i lidi verso cui approda la sentenza in oggetto, parrebbero *prima facie* condurre ad un'estensione analogica in *malam partem*, tale dato è ben presto contraddetto per una serie differente d'ordine di ragioni:

innanzitutto, in virtù del regime di equiparazione tra la sentenza di patteggiamento e di condanna, vanno applicate tutte le conseguenze penali della sentenza di condanna, non specificamente escluse, ed ovviamente al riguardo non vi è esclusione alcuna, non solo, ma è proprio l'espressa equiparazione, che ponendo quel punto fermo, fornisce l'elemento che consente di non travalicare i limiti del giuridicamente consentito (in termini di applicazione non espressa).

Inoltre, con il comma 19 dell'art. 11 della l. 413/91<sup>(51)</sup>, è sancito che la confisca obbligatoria, prevista dall'art. 301 del t. u. dog. (D.P.R. 43/73), per i reati di contrabbando, va applicata anche nelle ipotesi di patteggiamento, per cui, tutte quelle ipotesi di confisca obbligatoria previste anche da leggi speciali, oltre che dal codice penale, devono essere applicate anche nelle ipotesi di patteggiamento<sup>(52)</sup>.

Non da ultimo, un raffronto con la fattispecie di cui all'art. 186 cod. strada, comma 2, lett. c, d. lgs. n. 285/92, mostra come questo tipo di confisca venga considerata sanzione penale, tanto che non può essere retroattiva. Infatti, proprio nel 2010, la

---

proprietà e di libera iniziativa economica, né impedisca all'imputato l'esercizio del proprio diritto di difesa in ordine alla dimostrazione della legittima acquisizione dei beni".

<sup>(50)</sup> In tema di interpretazione analogica, A. MANNA, *Diritto penale*, in *Jus* 17, 2009, p. 7 e ss.; O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *RIDPP*, 2009, p. 93 e ss.; G. SALCUNI, *Quando l'autore incute paura. Riflessioni sull'aggravante dell'uso dell'arma nel delitto di rapina propria: «basta il pensiero»?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, p. 2399 e ss.

<sup>(51)</sup> "È prevista la confisca, anche in caso di patteggiamento delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto".

<sup>(52)</sup> Vedasi, G. IZZO, *Confisca per contrabbando e patteggiamento della pena*, in *Il Fisco*, 10/93, pp. 3136 e ss..

Corte Costituzionale<sup>(53)</sup> ha dichiarato illegittimo l'art. 186, comma 2, lett. c, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b, d.l. 92/2008<sup>(54)</sup>, per violazione degli artt. 3 e 117 Cost., nell'inciso "ai sensi dell'art. 240, comma 2, codice penale", laddove avrebbe comportato l'applicazione in via retroattiva della confisca del veicolo, pur non essendo prevista all'epoca della commissione del reato.

Parimenti, rispetto all'applicazione della confisca per equivalente ai reati tributari di cui al d. lgs. n. 74/2000, ad eccezione dell'occultamento o distruzione di documenti contabili, la Corte Costituzionale<sup>(55)</sup> ha rimarcato come la stessa non operi retroattivamente.

L'art. 12 *sexies*, invece, essendo diversamente considerato una misura di sicurezza atipica, risulta applicabile retroattivamente, per cui non attingerebbe a tutte le garanzie previste per la norma penale incriminatrice.

In riferimento alla sentenza in rassegna, sulla base dell'interposta equiparazione, in relazione, ovviamente, al caso di specie, il termine "condannato" deve ricomprendere anche la persona alla quale viene applicata la pena su richiesta, il che, peraltro, è perfettamente simmetrico con quanto previsto dalla disciplina stessa e con il tenore letterale della norma<sup>(56)</sup>.

Può, pertanto, tranquillamente affermarsi, come sull'oggetto della pronuncia, vi sia una sostanziale uniformità giurisprudenziale, giurisprudenza che appare del tutto concorde, anche in virtù dell'innegabile sostegno apportato dalla normativa di riferimento.

Al di là delle molte ed argomentate e di certo non facili perplessità (soprattutto di ordine costituzionale), che l'art. 12 *sexies* suscita, e delle più che enucleate posizioni giurisprudenziali e dottrinarie, che ne contornano l'alea, ma anche la stessa natura giuridica della sentenza di patteggiamento e l'equiparazione di questa alla sentenza di condanna, non v'è ragione alcuna per non ritenere ammissibile, l'applicazione della confisca *a quo* al caso di specie. Applicazione, questa, che, come dai rilievi innanzi esposti, non solo non pare collida con i principi costituzionalmente garantiti, vieppiù, nel comma 2 della citata disposizione, la più generica indicazione del "condannato" e la mancata menzione, relativamente al delitto di contrabbando, del soggetto a cui è applicata la pena su richiesta, non travalica i limiti della normativa in materia, giacché tale riferimento è espressamente riportato nella *littera legis*, al comma 1 dell'articolo in oggetto.

---

<sup>(53)</sup> Ord. n. 196 del 4 giugno 2010, G. DI CHIARA, in *Dir. Pen. e Proc.*, 8/2010, 927 e ss..

<sup>(54)</sup> "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica", conv. con modif, dall'art. 1, comma 1, l. n. 125 del 24 luglio 2008.

<sup>(55)</sup> Ord. n. 97 del 1 aprile 2009, F. ARDITO, *Reati tributari: irretroattività della confisca per equivalente*, in *Rassegna Tributaria*, 3/2009, p. 8 e ss.

<sup>(56)</sup> La sentenza in oggetto, invero, va ad allinearsi in piena sintonia, con quanto già disposto da altra giurisprudenza, infatti, precedentemente, la Corte sanciva che "accertata la legittimità dell'applicazione di pena su richiesta concorde delle parti ... si ha come conseguenza l'obbligatoria confisca prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/92 ... di tutti i beni dei quali lo stesso ... abbia comunque disponibilità e non ne possa giustificare la provenienza" Cass. Pen., n. 44940 del 30 ottobre 2008 (dep. 2 dicembre 2008), cit. Congiuntamente, altre sentenze precedenti, richiamate dalla stessa, pongono il medesimo punto fermo, Cass. SS.UU., n. 920 del 17/12/2003, cit.; Sez. VI, n. 27710, del 14/04/2008.

Avendo esaminato ciò che rappresenta nel panorama normativo “l'applicazione della pena su richiesta” ed analizzati i profili ed i caratteri dell'art. 12 *sexies*, non ci si può esimere dal rilevare che proprio in virtù di quella che fu la *ratio* ispiratrice della disposizione, non appare pensabile che si possa aver escluso scientemente la fattispecie di contrabbando aggravato dal novero degli altri reati per i quali vale, invece, l'applicazione della confisca, in ambo i casi, a seguito di sentenza di condanna e patteggiamento.

CONCETTA GUERRA

### LA RESPONSABILITÀ DEI LEADER NEL DIRITTO E NELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE PENALE.

SOMMARIO: Premessa. – 1. L'affermazione del principio della responsabilità personale dopo i conflitti mondiali. – 2. Il principio di colpevolezza nello Statuto del Tribunale di Norimberga. – 2.1. La responsabilità personale nell'ambito del concorso di persone nella giurisprudenza del Tribunale di Norimberga. – 3. La responsabilità penale dei leader dopo Norimberga. – 4. La giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*. – 4.1. La responsabilità dei leader per complicità in forma omissiva. – 5. La responsabilità dei leader per partecipazione in una *joint criminal enterprise* nella giurisprudenza del TPY. – 5.1. Le forme di partecipazione in una JCE. – 5.2. Il contributo alla JCE in forma omissiva: responsabilità di posizione. – 5.3. La compatibilità della JCE con i principi penalistici. – 5.4. La partecipazione in una JCE come forma di coautoria nella sentenza *Stakic* (il controllo del crimine). – 6. La responsabilità personale nello Statuto della Corte Penale Internazionale. – 6.1. L'art. 30 dello Statuto di Roma; il dolo eventuale (la *Décision sur la confirmation des charges* del caso Lubanga). – 6.2. Segue. Il dolo eventuale nella giurisprudenza successiva. – 7. La nozione di autore nell'ambito del concorso di persone disciplinato dal StCPI. – 7.1. La coautoria. – 7.2. L'interpretazione della autoria e della coautoria della Corte penale internazionale e la *joint criminal enterprise*. – 8. L'autoria mediata. – 8.1. L'autoria mediata attraverso il controllo di un apparato di potere: *Decision on the confirmation of charges – Katanga et Ngudjolo Chui*. – 8.2. Critiche (il ruolo dell'esecutore); i rapporti tra coautoria e autoria mediata. – 8.3. L'autoria mediata come forma di coautoria (caso *Katanga* e *Al Bashir*): indiretta coautoria. – 9. I confini tra la coautoria, l'autoria mediata e la responsabilità da comando (art. 28 StCPI). – 10. La *joint criminal enterprise* nel StCPI. – 11. Conclusioni.

#### *Premessa.*

Nell'ambito del sistema della giustizia internazionale penale emerge, da una parte, l'esigenza di garantire la criminalizzazione degli atti commessi in un contesto collettivo e in maniera sistematica, in una situazione, cioè, in cui non è sempre prontamente evidente il contributo del singolo individuo alla realizzazione del risultato finale<sup>(1)</sup>, dall'altra parte, la difficoltà di pu-

---

<sup>(1)</sup> K. AMBOS, *Art. 25. Individual Criminal Responsibility*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 477.

nire dei crimini che sono espressione di una politica di Stato o comunque organizzata, nell'ambito della quale un individuo ritiene di contribuire alla realizzazione dei legittimi scopi del proprio Stato o di legittimi interessi (affiora una sorta di responsabilità collettiva, nel senso che ogni individuo contribuisce come parte di un tutto)<sup>(2)</sup>. Si tratta di quelle tragiche forme di violazione dei diritti umani rappresentate dai crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, i genocidi, come quelli che hanno insanguinato la storia degli ultimi anni del secolo scorso nell'ex Jugoslavia e in Ruanda, e che continuano a mietere vittime in paesi come la Repubblica Democratica del Congo, l'Uganda o il Dafur: le più gravi aggressioni contro i diritti umani, che provengono da autorità riconosciute e in situazioni di conflitto sia internazionale, sia interno<sup>(3)</sup>.

In tale contesto in relazione ai leader, a coloro che assumono una posizione di comando o, comunque, di potere nell'ambito delle organizzazioni militari o statali, si è assistito, a partire dal secolo scorso, all'emergere di due fenomeni antagonisti: da una parte ad una graduale affermazione del principio della responsabilità penale personale, quale reazione contro l'impunità deresponsabilizzante garantita dalla teoria dell'atto di Stato; dall'altra, all'emergere di meccanismi di imputazione soggettiva elastici ed evanescenti, connotati in senso simbolico-espressivo e lontani da un rimprovero individualizzato nei confronti dell'agente, nell'ambito di un sistema penale internazionale orientato in senso general-preventivo, nella componente intimidatorio-dissuasiva<sup>(4)</sup>, se non addirittura volto a soddisfare le esigenze di catarsi collettiva dinanzi allo spettacolo delle atrocità commesse. Nel presente lavoro si cercherà di tracciare – seppur in maniera parziale e senza alcuna pretesa di esaustività – questa duplice e contraddittoria evoluzione del principio della responsabilità personale nel diritto internazionale penale<sup>(5)</sup>, alla luce della giurisprudenza internazionale in materia. Non sarà oggetto di specifica analisi l'istituto della responsabilità dei comandanti o dei superiori per non aver impedito la consumazione di crimini

<sup>(2)</sup> O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court*, M. POLITI-G. NESI (a cura di), in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Aldershot, 2001, p. 153.

<sup>(3)</sup> G.R. VETTER, *Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court*, in *Yale Journ. of Intern. Law*, vol. 25, 2000, p. 89.

<sup>(4)</sup> S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto internazionale*, Torino, 2008, p. 133.

<sup>(5)</sup> In materia tra gli altri A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2007 (nel prosieguo: A.M. MAUGERI, *op. cit.*); S. MANACORDA, *op. cit.*; A. VIVIANI, *Crimini internazionali e responsabilità dei leader politici e militari*, Milano, 2005. Cfr. su un'interessante sentenza della Suprema Corte Italiana - Cass., 26 febbraio 2009, n. 11811, A.A.I., - E. MACULAN, *Crimini di massa e modelli di attribuzione della responsabilità: riflessioni a margine della sentenza sul caso "Astiz"*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1441.

da parte dei subordinati (responsabilità da comando), per il cui esame sia consentito il rinvio all'analisi compiuta in altra sede<sup>(6)</sup>.

1. *L'affermazione del principio della responsabilità personale dopo i conflitti mondiali.*

Dopo la I guerra mondiale si modifica quell'atteggiamento per cui i belligeranti potevano procedere alla repressione delle condotte sanzionate limitatamente alla durata del conflitto; una volta cessate le ostilità, al fine di consentire un effettivo e rapido ritorno alla pace si riteneva necessaria l'amnistia di coloro che si fossero macchiati di eventuali crimini, amnistia generalmente prevista nei trattati che ponevano fine ad un conflitto. Per la prima volta, invece, in seguito alla prima guerra mondiale i trattati di pace si preoccupano di perseguire i colpevoli di determinate violazioni del diritto dei conflitti armati o del diritto umanitario<sup>(7)</sup>.

Il carattere brutale nella conduzione delle ostilità durante la Prima guerra mondiale, con l'uso di gas velenosi e armi chimiche, fa sorgere l'esigenza di reagire a tali crimini contro l'intero genere umano attraverso la diretta responsabilizzazione degli individui-organi statali, autori di tali crimini, e, in tal modo, dello Stato nella sua organizzazione, così sancendo l'inizio dell'elaborazione di una forma di responsabilità individuale che non si sostituisce ma si aggiunge a quella collettiva<sup>(8)</sup>. La Conferenza Preliminare per la Pace di Versailles costituì una Commissione (la c.d. *Versailles Commission*)<sup>(9)</sup> nel 1919 per stabilire la responsabilità degli autori della guerra e sanzionarli (*International Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*). In una delle prime raccomandazioni della Commissione si stabilì che «tutti gli individui che appartengono a paesi nemici, sono soggetti a responsabilità penale qualora siano stati colpevoli di offese contro le leggi e le consuetudini di guerra o le leggi di umanità, indipendentemente da quanto alta sia la posizione che possano avere rivestito, senza distinzione di rango, inclusi i Capi degli Staff»<sup>(10)</sup>.

L'articolo 227 del Trattato di Versailles del 1919 conteneva un atto di

---

<sup>(6)</sup> A.M. MAUGERI, *op. cit.*

<sup>(7)</sup> Cfr. M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in G. ILLUMINATI - L. STORTONI - M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, p. 4.

<sup>(8)</sup> Cfr. M.C. CICIRIELLO, *L'aggressione in diritto internazionale - Da "crimine" di Stato a crimine di individuo*, Napoli, 2002, p. 4.

<sup>(9)</sup> *Report of the Commission on the Responsibilities of the Authors of War and Enforcement of Penalties* (1919), *Presented to the Preliminary Peace Conference, Versailles*, 29 March 1919, in 14 *Am. J. Int'l Law*, 1920, p. 95.

<sup>(10)</sup> *Ibidem*; L.C. GREEN, *War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility*, in <http://www.mvc.navy.mil/press/Review/1997/spring/art2sp97.htm>, p. 3; cfr.



accusa formale nei confronti dell'Imperatore Tedesco Guglielmo II di Hohenzollern, per avere commesso un «supremo reato contro la moralità internazionale e la santità dei trattati», consistente nel fatto di avere scatenato una guerra di aggressione<sup>(11)</sup>. La norma prevedeva l'instaurazione di un tribunale speciale per garantire i diritti della difesa<sup>(12)</sup>. Tuttavia il processo contro l'Imperatore non ebbe mai luogo a causa del rifiuto delle autorità olandesi di provvedere all'estradizione dell'ex Imperatore, richiesta dagli Alleati, appellandosi al principio *nullum crimen sine lege*<sup>(13)</sup>. In ogni caso, è importante sottolineare che per la prima volta una norma di un Trattato Internazionale prevedeva la possibilità che un capo di Stato o un comandante militare potesse essere condotto innanzi ad un tribunale.

L'art. 228 del Trattato prevedeva il diritto delle potenze alleate di processare le persone accusate di violazioni delle leggi e degli usi di guerra; venne preparata una lista di 385 criminali di guerra, ma per ragioni politiche e il rifiuto tedesco di estradare i criminali, gli Alleati raggiunsero un accordo con il governo tedesco, che consentiva di giudicare tutti gli ufficiali tedeschi dinanzi al *Reichsgericht*, piuttosto che iniziare dei singoli procedimenti dinanzi ai tribunali degli Alleati<sup>(14)</sup>. La lista dei criminali da processare fu ridotta a 45, dei quali solo dodici furono giudicati dinanzi alla Corte Suprema di Lipsia e sei furono assolti<sup>(15)</sup>. Il Processo svoltosi

---

S.R. RATNER - J.S. ABRAMS, *Accountability for human rights atrocities in international law - Beyond the Nuremberg Legacy*, II ed., Oxford, 2001, p. 6.

<sup>(11)</sup> Cfr. L.S. SUNGA, *The Emerging System of International Criminal Law - Developments in Codification and Implementation*, Dordrecht, 1997, in particolare p. 31 ss..

<sup>(12)</sup> Cfr. H. ASCENSIO, *Crime de masse et responsabilité individuelle*, in *Le Tribunal Pénal International de la Haye: le droit à l'épreuve de la «purification ethnique»*, Paris, 2000, p. 125.

<sup>(13)</sup> I. LIROLA DELGADO - M.M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional - Justicia versus Impunidad*, Barcelona 2001, pp. 15-16; B. FERENCZ, *From Nuremberg to Rome: A Personal Account*, in M. LATTIMER - P. SANDS (a cura di), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford and Portland, 2003, p. 33; P. GAETA, *The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 144-145.

<sup>(14)</sup> S.E. HENDIN, *Command Responsibility and Superior Orders in the Twentieth Century - A century of Evolution*, in <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n1/bendin101nf.html>, p. 6; P. MORI, *L'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2001, pp. 2-3.

<sup>(15)</sup> L'accordo tra gli Alleati e i Tedeschi prevedeva la possibilità da parte di ciascuna nazione alleata di chiedere l'inizio di un processo fornendo le prove al Procuratore Generale Tedesco, il quale, anche se non riteneva sufficienti gli elementi forniti, era obbligato a convocare un'udienza preliminare per valutare i fatti e stabilire se continuare l'azione penale; in particolare la Gran Bretagna, la Francia e il Belgio si sono attivate. La prima ha fatto iniziare sei processi, e ottenuto la condanna per avere brutalizzato i prigionieri di guerra del sergente *Heynen*, del capitano *Muller* e del privato cittadino *Neumann*, cfr. M.C. BASSIUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, II ed., The Hague-London-Boston, 1999, p. 64; T.L.H. MCCORMACK, *From Sun Tzu to the Sixth Com-*

contro i criminali di guerra tedeschi dinanzi al *Reichsgericht* a Lipsia, durato quattro anni, è stato considerato una «farsa» dalla stessa dottrina tedesca<sup>(16)</sup> (i giudici subirono, da una parte, la pressione dell'opinione pubblica tedesca, che considerava indegno che dei giudici tedeschi condannassero dei connazionali come criminali di guerra, e, dall'altra parte, l'influenza della *realpolitik* degli Alleati)<sup>(17)</sup>.

Nonostante ciò, si deve evidenziare l'importanza storica del processo di Lipsia non tanto in termini di risultati ottenuti, ma di principi affermati; «i grandi principi sono spesso affermati da eventi minori....[Questi processi] hanno stabilito indubbiamente il principio che le atrocità individuali consumate durante una guerra possono essere punite quando la guerra è finita»<sup>(18)</sup>.

Con la II guerra mondiale l'affermazione del principio della responsabilità penale personale riceve uno stimolo particolare a causa delle atrocità commesse durante questo conflitto internazionale e dei conseguenti processi contro i criminali di guerra<sup>(19)</sup>. L'8 Agosto del 1945 gli Alleati (Stati Uniti, U.R.S.S., Regno Unito e Francia) firmarono l'Accordo di Londra, con il quale venne creato un Tribunale Militare Internazionale per i criminali di guerra, indipendentemente dal luogo in cui i reati furono commessi: il Tribunale di Norimberga<sup>(20)</sup>.

---

*müttee: the evolution of an International criminal law regime*, in T.L.H. McCORMACK - G.J. SIMPSON (a cura di), *The Law of War Crimes - National and International Approaches*, the Hague - Cambridge, 1997, p. 48.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, *International Criminal Justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law*, in *Crim. Law Forum*, 13, 2002, p. 196; C. KREß, *Versailles - Nuremberg - The Hague Germany and International Criminal Law*, in *Inter. Lawyer*, 2006, pp. 18-19, evidenzia come si tratti del primo caso in cui emerge chiaramente la mancanza di reale volontà di investigare i crimini di guerra.

<sup>(17)</sup> Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 522, il quale evidenzia come gli Alleati, considerati gli scarsi risultati ottenuti a Leipzig, decisero di condurre direttamente i processi ai sensi dell'art. 229 del Trattato di Versailles, ma non richiesero l'estradizione degli accusati; solo il Belgio e la Francia svolsero dei processi in contumacia.

<sup>(18)</sup> C. MULLINS, *The Leipzig Trials* 35, London, 1921, p. 224 cit. in M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 522; cfr. J.F. WILLIS, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport and London, 1982; J.W. GARNER, *Punishment of Offenders Against the Laws and Customs of War*, in 14 *AJIL* 70, p. 1926; H.R. REGINBOGIN, *Confronting "Crimes Against Humanity", from Leipzig to the Nuremberg Trials*, in H.R. REGINBOGIN - C.J.M. SAFFERLING (a cura di), in collaborazione con W.R. HIPPEL, *The Nuremberg Trials International Criminal Law Since 1945 - International Conference zum 60. Jahrestag*, München, 2006, p. 115.

<sup>(19)</sup> L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *L'Ind. pen.*, 2003, p. 274.

<sup>(20)</sup> Cfr. H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 140 ss. e p. 283 ss.; Q. WRIGHT, *The London Agreement and the Charter of the International Military Tribunal*, in J.W. BAIRD, *From Nuremberg to My Lai*, Lexington-Massachusetts-Toronto-London, 1972, p. 8 ss.; M. BIEGI, *Die humanitäre Herausforderung - Das international Criminal Court und die Usa*, Baden - Baden, 2004, p. 73; DREXEL A. SPRECHER, *Inside the Nu-*

Nell'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga e nell'art. 5 dello Statuto del Tribunale di Tokyo si è affermato solennemente il principio della responsabilità penale individuale, sancendo la giurisdizione sui comandanti militari così come sui leader nazionali<sup>(21)</sup>; si prevede che il crimine di guerra può essere il risultato della decisione di un sovrano o dei suoi ministri, mentre i comandanti possono essere responsabili di «crimini contro la pace».

Con il processo di Norimberga si afferma il rifiuto dell'assunto positivista che il diritto internazionale si applica solo agli Stati e si dimostra che gli individui possono essere responsabili per i crimini di diritto internazionale e possono essere personalmente condannati per questi crimini, aprendo la strada all'affermazione e al consolidamento della norma sulla responsabilità penale internazionale dell'individuo<sup>(22)</sup>.

Alla base del principio della responsabilità personale si afferma l'idea che, come sancito nella storica sentenza del Tribunale di Norimberga, «i crimini sono commessi da uomini, non da entità astratte, e soltanto punendo gli individui che commettono tali crimini si può dare effettivamente attuazione alle previsioni del diritto internazionale. La vera essenza della Carta [di Norimberga] è rappresentata dall'affermazione del principio che gli individui hanno doveri internazionali che trascendono gli obblighi nazionali di obbedienza imposti dal proprio Stato. Colui che viola la legge di guerra non può ottenere l'immunità perché agisce in conformità alle disposizioni del proprio Stato, se lo Stato nell'autorizzare delle azioni agisce al di fuori della sua competenza in base alla legge internazionale<sup>(23)</sup>». Il principio di legalità viene così superato<sup>(24)</sup>.

---

*Nuremberg Trial Account - A Prosecutor's Comprehensive*, Vol. I, Boston, 1999; C. MANGOLD, *Die völkerstrafrechtliche Verfolgung von Individuen durch internationale Strafgerichtshöfe*, Frankfurt am Main, 2007, p. 9 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. W.N. PARKS, *Command responsibility for War Crimes*, in 62 *Military Law Review*, 1973, p. 16; P. MORI, *op. cit.*, p. 8, la quale sottolinea che furono giudicati ventiquattro fra i maggiori criminali nazisti; sulla circostanza che spesso furono processate figure minori cfr. A.J. KOCHAVI, *Prelude to Nuremberg - Allied War Crimes policy and the question of punishment*, London, 1998, p. 242.

<sup>(22)</sup> Così I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale*, cit., p. 197; cfr. J. CRAWFORD - S. OLLESON, *The nature and forms of international responsibility*, in M.D. EVANS, *International Law*, Oxford, 2003, p. 446.

<sup>(23)</sup> *International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, The Nuremberg Judgement* (1945 - 1946), Germany, 30 settembre 1946, (London, HMSO 1950), Nuremberg 1947, vol. I, p. 223 (disponibile su <http://www.vale.edu/law-web/avalon/imt/proc/judcont.htm>); prima del brano citato si afferma: «*It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign States and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion, both these submission must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as upon States has long been recognized...*».

<sup>(24)</sup> C.G. TORNARITIS, *The Individual as a Subject of International Law and Internatio-*

## 2. Il principio di colpevolezza nello Statuto del Tribunale di Norimberga.

La Carta del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga riconosce, quindi, la responsabilità individuale per i crimini di guerra (art. 6)<sup>(25)</sup>, superando il principio che la carica pubblica rivestita, in base alla quale si agisce come organo di uno Stato in guerra, possa escludere l'imputazione della responsabilità individuale (art. 7) e affermando il principio della supremazia della legge internazionale rispetto agli obblighi che incombono sull'individuo in base alla legge nazionale<sup>(26)</sup>. Il superamento della teoria dell'atto di Stato<sup>(27)</sup> e l'irrilevanza, quindi, della posizione rivestita ai fini dell'imputazione dei crimini internazionali rappresenta la pietra angolare della responsabilità individuale per i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, se si considera che tali crimini per loro natura comportano generalmente il coinvolgimento delle autorità governative di più alto rango<sup>(28)</sup>.

Nella Carta di Norimberga si disciplina più ampiamente la responsabilità individuale negando l'efficacia scusante dell'ordine del superiore, che può essere invocato solo come attenuante (art. 8)<sup>(29)</sup> e precisando il rapporto sussistente tra la responsabilità del gruppo e la responsabilità

---

*nal Criminal Responsibility*, in M.C. BASSIOUNI - V. NANDA, *A Treatise on International Law - Crimes and Punishment*, vol. I, Springfield-Illinois U.S.A., 1973, p. 113.

<sup>(25)</sup> C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, II ed., Paris, 1979, p. 110 ss.; cfr. sull'evoluzione della categoria della responsabilità penale internazionale del singolo gli autori citati in A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 289, nota 1; da ultimo cfr. R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2008, p. 1 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vol. I, New York, 1998, p. 232; I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale - Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli, 2000, p. 229 ss.; B. BROOMBALL, *From National to International Responsibility*, in *International Justice and the International Criminal Court: between sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, 2003, p. 28, il quale sottolinea che si pronuncia in tale direzione l'art. 15, c. 2, del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici. Cfr. A. TARANTINO - R. ROCCO - R. SCORRANO (a cura di), *Il Processo di Norimberga - Scritti inediti e rari*, Milano, 1999, p. 69.

<sup>(27)</sup> Sulla dottrina dell'atto di Stato, cfr. P. ARNOLD, *Der UNO-Sicherheitsrat und die strafrechtliche Verfolgung von Individuen*, Basel-Genf-München, 1999, p. 49.

<sup>(28)</sup> Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal*, cit., p. 249.

<sup>(29)</sup> Cfr. I. BANTEKAS - S. NASH - M. MACKAREL, *International Criminal Law*, London, 2001, pp. 20, 4; L.S. SUNGA, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht-Boston-London, 1992, p. 57; W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, II ed., Cambridge, 2004, p. 168; E. GREPPI, *Ordine superiore e responsabilità dell'individuo nei crimini internazionali*, in *Studi di Diritto internazionale in onore di G.Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, vol. II, p. 1949 ss. e p. 1951; sull'evoluzione di tale defence nel diritto internazionale consuetudinario cfr. J.W. GRAYSON, *The Defence od Superior Orders in the International Criminal Court*, in *Nordic Journ. of Inter. Law*, 1995, p. 243.

Cfr. H. MCCOUBREY, *From Nuremberg to Rome: restoring the defence of superior or-*

del superiore (art. 10). Con il processo di Norimberga, insomma, si afferma il principio della responsabilità penale internazionale dell'individuo per i crimini di guerra come *consuetudine internazionale*, attraverso l'*opinio juris atque necessitatis* degli Stati<sup>(30)</sup>.

Alla base del riconoscimento del principio della responsabilità penale personale nel diritto internazionale, si pone, inoltre, il riconoscimento che la funzione della pena non sia la retribuzione, ma piuttosto la prevenzione generale, il cui perseguimento impone che la pretesa di adeguamento del dettato normativo internazionale sia rivolta non solo allo Stato, ma piuttosto agli individui che agiscono in nome dello Stato, considerati come soggetti responsabili<sup>(31)</sup>.

La responsabilità individuale, poi, viene fondata dal Tribunale di Norimberga sul *principio di colpevolezza*, come emerge dai Lavori preparatori dello Statuto<sup>(32)</sup> (nell'affermare tale principio si compongono elementi della tradizione continentale e anglosassone<sup>(33)</sup>). Il Tribunale, nel giudicare la responsabilità dei membri di organizzazioni naziste, ha sancito

---

*ders*, in *Int. and Comp. Law Quart.*, 2001, p. 389 il quale evidenzia la sussistenza del *Führerprinzip* in virtù del quale ogni livello degli apparati di Stato è sottoposto ad un livello superiore al quale risponde, sistema che culmina nella direzione del *Führer*, con la conseguenza che la teoria dell'ordine del superiore avrebbe potuto comportare la deresponsabilizzazione di tutti, in una sorta di regresso all'infinito; invece molti imputati erano ufficiali che parteciparono alla formulazione degli ordini e delle direttive, essendo ben consapevoli della loro contrarietà alla legge di guerra; ad esempio nell'Ordine alla Commissione di Hitler in relazione al fronte russo, si afferma che bisogna combattere con particolare durezza e che «Ogni soldato tedesco che viola la legge internazionale sarà perdonato» (citato da M. GILBERT, *Second World War*, Weidenfeld and Nicholson, 1989, Phoenix, 1995, p. 160). Sul *Führerprinzip*, cfr. *United States v. Ohlendorf et al.* ("The Einsatzgruppen Case"), 15 September 1947 - 10 April 1948, Case IX, in TWC, vol. IV, 1949, p. 507 ss.; *International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, The Nuremberg Judgement* (1945 - 1946), Germany, 30 settembre 1946, (London, HMSO 1950), 415 (disponibile su <http://www.vale.edu/law-web/avalon/imt/proc/judcont.htm>): «The procedure within the Party was governed in the most absolute way by the "leadership principle" (Führerprinzip)»; cfr. le sentenze esaminate in *Modes of Participation in Crimes against humanity, the Hechingen and Haigerloch Case*, in *Journ. of Intern. Crim. Just.*, 7, 2009, p. 131 ss.

<sup>(30)</sup> Così I. CARACCILOLO, *Dal diritto penale internazionale*, cit., p. 203.

<sup>(31)</sup> Cfr. S. PLAWSKI, *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris, 1972, p. 66; A. SERENI, *Responsabilità personale e contesto del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *L'Ind. pen.*, 2006, pp. 799-808. Cfr. G. CONETTI, *State's Crime and Individual's Crimes. What Relationship?*, in M. POLITI - G. NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Ashgate, 2001, p. 131.

<sup>(32)</sup> S. GLASER, *Culpabilité en droit international pénal*, in *Recueil des Cours - Académie de Droit International de la Haye* 1960, I, pp. 522-523; H. VON WEBER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1948, p. 39 ss.; cfr. G. GORNIG, *Die Verantwortlichkeit politischer Funktionssträger nach völkerrechtlichem Strafrecht*, in *Neue Justiz*, 1992, p. 11.

<sup>(33)</sup> H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 374.

che «uno dei più importanti [principi legali] è che la *responsabilità penale* è *personale*, e che le punizioni di massa devono essere impedito»; «i Tribunali», precisa la Corte, «devono dichiarare la responsabilità penale [di un'organizzazione o di un gruppo] sino a quando è possibile farlo in maniera da assicurare che le persone innocenti non vengano punite»<sup>(34)</sup>.

Anche laddove la Corte, applicando l'art. 9 dello Statuto di Norimberga, riconosce il carattere criminale di un'organizzazione, come si esaminerà, precisa che la sola appartenenza formale all'organizzazione non è sufficiente in sé per ritenere che l'attività del soggetto sia criminale<sup>(35)</sup> (anche se non sono mancati tentativi giurisprudenziali di applicare una simile presunzione<sup>(36)</sup>); «si devono escludere le persone che non sono a conoscenza degli scopi criminali o degli atti dell'organizzazione. Si dovranno escludere parimenti le persone preposte dallo Stato a partecipare all'organizzazione, a meno che esse abbiano personalmente contribuito alla perpetrazione di fatti qualificati come crimini dall'art. 6 della Carta in qualità di membri dell'organizzazione»<sup>(37)</sup>.

Emerge da queste parole come in seguito ai gravi episodi di esecuzione di sanzioni collettive avvenuti durante la II guerra mondiale fosse sorta l'esigenza di affermare, innanzitutto, il principio della responsabilità personale come divieto di responsabilità per fatto altrui, e, quindi, come responsabilità personale colpevole. In primo luogo, infatti, si afferma il principio che nel diritto penale moderno il gruppo, nazionale, etnico, religioso, razziale, non risponde degli atti commessi dal membro del gruppo, responsabile delle proprie azioni, e quindi la sanzione collettiva non è più accettabile<sup>(38)</sup>; specularmente il singolo non è responsabile per gli atti commessi dai leader o dagli altri membri del gruppo, atti ai quali sia rimasto estraneo. In secondo luogo, una persona può essere considerata penalmente responsabile solo se è in qualche modo colpevole per ciascuna violazione della legge internazionale imputatagli, rigettando il concetto di responsabilità oggettiva<sup>(39)</sup>; anche laddove si ammette la responsabilità per la partecipa-

<sup>(34)</sup> *The Trial of the Major War Criminals*, cit., vol. 22, p. 499; K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 8; cfr. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, cit., p. 111; S. GLASER, *op. cit.*, pp. 482-522; H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 374; G. GORNIG, *op. cit.*, p. 11; P.R. WILLIAMS - M.P. SCHARF, *Peace with Justice? - War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, Lanham-Boulder-New York-Oxford, 2002, p. 16 ss.

<sup>(35)</sup> *Trial of German Major War Criminals*, 30 settembre 1946, cit., p. 67; cfr. S. PLAWSKI, *op. cit.*, pp. 66-67; cfr. A. SERENI, *Responsabilità personale*, cit., pp. 805-806.

<sup>(36)</sup> Cfr. A. FICHTELBERG, *Conspiracy and international criminal justice*, in *Crim. Law Forum*, 2006, p. 163; M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 385.

<sup>(37)</sup> *Trial of German Major War Criminals*, 30 settembre 1946, cit., p. 499.

<sup>(38)</sup> Cfr. A. HUET - R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, 2005, p. 54.

<sup>(39)</sup> *Trial of German Major War Criminals*, cit., 1947, I, pp. 255-279; Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 136 ss.

zione all'organizzazione si richiede, infatti, che il membro abbia consapevolezza che egli collabora alla consumazione di crimini internazionali e sia «personalmente implicato» nella loro consumazione<sup>(40)</sup>.

In tale direzione il tribunale militare alleato nel caso *Krauch and others* ha sottolineato che non si può giungere ad un'affermazione di responsabilità collettiva, ma occorre accertare la colpevolezza per la responsabilità penale personale; si precisa che la responsabilità per un atto criminale non deriva automaticamente dalla partecipazione al gruppo dirigente dell'impresa, né, al contrario, si può utilizzare l'appartenenza alla persona giuridica come una sorta di immunità, ma piuttosto occorre accertare la responsabilità per gli atti che l'imputato ha diretto, consigliato, aiutato, ordinato, e la consapevolezza degli elementi essenziali del crimine<sup>(41)</sup>. I tribunali di Norimberga, insomma, non superano i problemi connessi alla difficoltà di accertare la colpevolezza dei singoli soggetti che hanno consumato i crimini in forma collettiva o organizzata, attraverso un apparato di potere, ammettendo, almeno espressamente, forme di responsabilità oggettiva<sup>(42)</sup>; anzi la giurisprudenza in esame ha ripetutamente affermato il valore del fondamentale principio della presunzione d'innocenza, in base al quale la prova al di là di ogni ragionevole dubbio deve essere fornita dall'accusa<sup>(43)</sup>.

Il presupposto di tale riconoscimento del principio di colpevolezza nella giurisprudenza dei Tribunali di Norimberga è rappresentato dal riconoscimento della libertà morale dell'uomo, come libertà di scelta e rifiuto del determinismo. Tale opzione fondamentale è espressa nell'art. 8 della Carta di Norimberga, laddove esclude la rilevanza come causa di esclusione della responsabilità dell'ordine del superiore, sul presupposto che il soldato che riceve l'ordine mantiene la sua libertà di scelta (si afferma il principio dell'*absolute liability*)<sup>(44)</sup>; il Tribunale ha ritenuto ammissibile il «*moral*

<sup>(40)</sup> E, si aggiunge, non abbia cessato di partecipare all'organizzazione prima del 1 settembre 1939, data dell'inizio della guerra di aggressione della Germania. Conforme *Trials of War Criminals, U.S. v. Obendorf et al.* ("The Einsatzgruppen Case"), in *TWC*, vol. IV, cit., p. 496.

<sup>(41)</sup> *United States v. Carl Krauch & Others (IG Farben)*, 14 August 1947 - 30 July 1948, Case VI, in *TWC*, vol. VIII, e in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, pp. 1108-1153; Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., pp. 138-139; M.C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, 2002, p. 48.

<sup>(42)</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Le principe nulla poena sine culpa dans le Statut de la Cour pénale internationale*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milano, 2003, pp. 265-266.

<sup>(43)</sup> Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Crime against Humanity*, cit., p. 386.

<sup>(44)</sup> S. PLAWSKI, *op. cit.*, pp. 157-158; per un esame della giurisprudenza dei Tribunali di Norimberga in materia cfr. H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 385 ss.; cfr. A. HUET - R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, III ed., Paris, 2005, p. 55. Tale principio è stato incorporato nella Carta del Tribunale di Tokyo ed è stato accolto nella legge n. 10 del Consiglio di controllo alleato in Germania. Da ultimo è stato recepito

*choice test*»<sup>(45)</sup>, ma non ha mai concretamente riconosciuto che di fronte ad un ordine non fosse possibile un «*moral choice*», non ha mai concesso la diminuzione di pena consentita dall'art. 8, non ha mai riconosciuto l'errore sul divieto in considerazione dell'illegittimità della guerra di aggressione<sup>(46)</sup>.

### 2.1. *La responsabilità personale nell'ambito del concorso di persone nella giurisprudenza del Tribunale di Norimberga.*

Lo Statuto del Tribunale di Norimberga non solo afferma il carattere individuale della responsabilità per i crimini di guerra, ma riconosce la rilevanza penale delle condotte di complicità<sup>(47)</sup>. L'art. 6 stabilisce, infatti, che «I dirigenti, organizzatori, istigatori e complici che partecipano alla elaborazione o alla esecuzione di un piano concertato o complotto per commettere uno dei predetti crimini sono responsabili di tutti gli atti da chiunque commessi in esecuzione di detto piano». In particolare, poi, l'art. 6(a) dello Statuto e l'art. 5(A) dello StIMTFE prevedono in relazione a crimini contro la pace la punibilità delle condotte di «pianificazione, preparazione, inizio o continuazione di una guerra di aggressione», mentre l'art. II, n. 2 della legge n. 10 del Consiglio di controllo alleato in Germania distingue in generale tra autori e complici<sup>(48)</sup>.

La giurisprudenza della Corte di Norimberga e dei tribunali militari alleati sembra accogliere un modello di concorso di persone unitario<sup>(49)</sup> nell'interpretazione dell'art. 6 della Carta e dell'art. II, n. 2 della CCL n. 10, in conformità all'insegnamento della dottrina americana; tale dottrina adotta il modello unitario senza distinguere il diverso ruolo rivestito da cia-

---

negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*; ci si limita a prevedere la possibilità nell'ipotesi in questione di una diminuzione facoltativa di pena (art. 7 ult. com. del StTPY e art. 6, ult. com. dello StTPR). Solo in pochi ordinamenti nazionali è stata adottato tale principio (Argentina, Austria, Iran, Romania, e Regno Unito). Cfr. J. KREUTER, *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrecht - Reaktionen auf Verbrechen aus Geborsam aus rechtsethischer Sicht*, Gütersloher, 1997, pp. 65-161 ss.; sull'eccessiva severità di tale scelta cfr. H. MCCOUBREY, *op. cit.*, p. 391.

<sup>(45)</sup> *Trial of German Major*, cit., I, 1947, p. 221.

<sup>(46)</sup> H.H. JESCHECK, *I principi del diritto penale internazionale nello Statuto di Norimberga*, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2004, p. 12.

<sup>(47)</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., pp. 774-775. Cfr. sulla necessità di punire il concorso di persone nelle teorizzazioni di un sistema di giustizia internazionale precedenti la prima guerra mondiale V.V. PELLA, *La Criminalité collective des États et le Droit Pénal de l'Avenir*, Bucarest, 1925, p. 236 ss.

<sup>(48)</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso di persone*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 192; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 115 ss.

<sup>(49)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 571 ss.; A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 116.



scun concorrente, e in particolare senza differenziare la figura dell'autore (art. II, n. 2 a) CCL n. 10) e quella del complice (art. II, n. 2 b) f)), ma piuttosto considerando qualunque forma di partecipazione in un crimine sufficiente per giudicare un soggetto responsabile<sup>(50)</sup>.

I Tribunali di Norimberga non avvertono l'esigenza di operare la distinzione tra il concorrente e l'autore, ma considerano sufficiente l'accertamento di una partecipazione effettiva<sup>(51)</sup>, accogliendo un concetto ampio di partecipazione, in quanto ogni forma di collegamento o cooperazione nei piani di guerra di Hitler è stata condannata come una forma di concorso in crimini contro la pace. Sono stati considerati responsabili tutti i collaboratori del *Führer*, – uomini di stato, militari, diplomatici e uomini d'affari –, in qualità di complici poiché, pur essendo a conoscenza dei suoi scopi, gli garantivano la loro collaborazione; «se sapevano, non potevano essere innocenti»<sup>(52)</sup>. Sotto un profilo oggettivo è stata considerata sufficiente la collaborazione in un piano preordinato e sotto il profilo soggettivo la consapevolezza del piano e degli scopi perseguiti (in particolare la guerra di aggressione)<sup>(53)</sup>. Qualunque forma di collaborazione che comporta una «connessione diretta» con il reato è stata giudicata penalmente rilevante: l'istigazione, l'ordine, comportamenti che esprimono tacitamente l'assenso; condotte di partecipazione attiva, diretta e personale, e condotte meramente omissive<sup>(54)</sup>. Si afferma, insomma, un concetto molto ampio di partecipazione<sup>(55)</sup>, ritenendo che ciascuno è indispensabile per ottenere il risultato finale e non è facile distinguere il grado di responsabilità penale<sup>(56)</sup>, nonché differenziare le diverse forme di partecipazione alla consumazione del crimine, finendo per accogliere una nozione ampia di autore, ispirata al modello unitario del concorso di persone<sup>(57)</sup>.

<sup>(50)</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York - Oxford, 1998, p. 190 ss.; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002, p. 90; A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 781; M.D. DUBBER, *Criminalizing Complicity - A Comparative Analysis*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2007, pp. 996-986.

<sup>(51)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 90.

<sup>(52)</sup> *Ibidem*, p. 92; *IMG Trial of German Major*, cit., I, 1947, p. 252. Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal*, cit., p. 271.

<sup>(53)</sup> Ad esempio cfr. *U.S. v. von Leeb*, in *Trials of War Criminal*, vol. XI (case XII), cit., 510; cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 92.

<sup>(54)</sup> Sulla rilevanza penale delle condotte omissive nei processi del dopoguerra cfr. K. WELTZ, *Die Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht*, Freiburg im Br., 2004, p. 202 ss. e p. 241.

<sup>(55)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 93; in particolare nel caso *Trials of War Criminals, Einsatzgruppen Case*, cit., 372; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 172.

<sup>(56)</sup> Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., pp. 182-183.

<sup>(57)</sup> G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Artiche 25 ICC Statute*, in *Journal of Inter. Crim. Just.*, 2007, p. 955.

Tale ampia nozione di complicità e di autore viene elaborata per rispondere all'esigenza di punire la collaborazione alle politiche criminali attuate dalle autorità statali, superando il rischio di «dispersione» della volontà criminosa, evidenziato dalla dottrina laddove si tratta di accertare la colpevolezza di chi collabora nella consumazione di crimini, «che non possono essere compiuti che in virtù dell'inserimento in un apparato statale, avendo cioè a disposizione mezzi e risorse di cui solo uno Stato può disporre»<sup>(58)</sup>. In tale ambito, cioè, diventa difficile individuare i colpevoli e accertarne la colpevolezza, in quanto la volontà criminosa viene a disperdersi nella consumazione di tali crimini, in cui ciascuno fornisce un contributo talmente limitato che il rapporto dell'attività individuale con il risultato finale diviene difficilmente identificabile. «L'infrazione si polverizza venendo a porsi tra l'atto e la volontà criminale una distanza insuperabile, per cui più ci si avvicina alla materialità dell'atto, minore risulta la colpevolezza dell'agente a causa della sua lontananza dall'elaborazione del disegno criminoso. La scelta di compiere l'atto incriminato risale ad un processo decisionale che non appartiene totalmente ad alcuno»<sup>(59)</sup>. La dispersione della volontà criminosa rappresenta il principale mezzo di difesa dei criminali di guerra nel Processo di Norimberga, e in particolare di coloro i quali avevano partecipato all'ideazione e alla realizzazione dei progetti criminali del *Führer*, rivestendo i ruoli più alti nella gerarchia politica, militare e civile<sup>(60)</sup>.

Per superare tale linea di difesa, a parte i limiti posti alle cause di esclusione della responsabilità (in particolare disconoscendo la dottrina dell'atto di Stato, art. 7 dello Statuto di Norimberga, come esaminato), si è adottato il concetto di *conspiracy* per imputare in blocco l'infrazione a tutti coloro che avevano contribuito a realizzarla (anche se in particolare solo in relazione ai crimini contro la pace in base alle disposizioni dello Statuto)<sup>(61)</sup> e si è elevata a reato la partecipazione ad organizzazioni dichiarate

---

<sup>(58)</sup> Cfr. L. CAVICCHIOLI, *Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità*, in *Riv. dir. int.*, 1993, pp. 1064-1065; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, cit., p. 101; Id., *La culpabilité en droit international*, in *La culpabilité. Travaux du colloque international du cinquantième de l'Institut de criminologie et des sciences pénales de Toulouse*, I, 22 - 27 Settembre 1975, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1976, p. 140 ss.; C.M. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., p. 359; E. MEZZETTI, *L'elemento soggettivo dei crimini internazionali*, in G. LATTANZI - V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale - Organi-Competenza-Reati-Processo*, Milano, 2006, p. 315 ss. Sulla criminalità collettiva dello Stato, cfr. V.V. PELLA, *op. cit.*, p. 20 ss., il quale indica tra i fattori di tale forma di criminalità il nazionalismo; G.P. FLETCHER, *Die kollektive Schuld*, Basel, 2003, p. 11 ss.

<sup>(59)</sup> L. CAVICCHIOLI, *op. cit.*, p. 1064-1065.

<sup>(60)</sup> *Ibidem*, p. 1065.

<sup>(61)</sup> Cfr. A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *Guilty Associations: Joint criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, in *California Law Review*, 2005, p. 115, i quali mettono in evidenza, però, che nonostante

criminali (ex art. 9 e 10 della Carta di Londra<sup>(62)</sup> e art. II n. 2 d della legge n. 10 del Consiglio di controllo alleato in Germania; furono dichiarate criminali le dirigenze del Partito Nazionalsocialista, la Gestapo e le SS)<sup>(63)</sup>.

La dichiarazione di un'organizzazione come criminale consentiva di perseguire «tutti i membri dell'organizzazione senza considerare la responsabilità personale degli individui per ogni particolare crimine»<sup>(64)</sup>. Il reato era colto globalmente come l'insieme di tutti gli atti individuali collegati dal disegno criminoso, attraverso un'anticipazione della soglia della punibilità: si incriminava l'adesione e la partecipazione attiva alla realizzazione di un programma politico nella *piena consapevolezza* del carattere criminale delle finalità perseguite, con la conseguente imputazione ai responsabili di *tutti* i crimini non direttamente commessi ma della cui realizzazione dovevano essere a conoscenza. Si accoglie così la dottrina inglese del *common design*, in base alla quale è sufficiente che l'imputato sia coinvolto nella consumazione del crimine perseguendo il comune proposito; la responsabilità è

---

l'ampio e aggressivo uso dell'imputazione a titolo di conspiracy per guerra d'aggressione, i giudici alla fine limitarono le condanne per *conspiracy* solo nei confronti di coloro che appartenevano al nucleo di comando attorno a Hitler e che effettivamente parteciparono alla pianificazione dell'aggressione; dei 22 imputati solo 8 furono condannati e la *conspiracy* non rappresenta il capo principale di imputazione. L'accusa per *conspiracy* ha svolto un ruolo più significativo per i crimini contro la pace (e non per i crimini di guerra o contro l'umanità). Cfr. A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 172 sul self restraint con cui sia l'IMT sia l'IMTFE utilizzarono tale nozione.

<sup>(62)</sup> Art. 9: «Il tribunale, nel giudizio di qualsiasi individuo membro di un gruppo o organizzazione, potrà dichiarare, in connessione con l'atto di cui l'individuo sia ritenuto colpevole, che il gruppo o l'organizzazione di cui l'individuo era membro costituiva un'organizzazione criminale». Art. 10: «In tutti i casi in cui il Tribunale avrà decretato il carattere criminale di un'organizzazione o di un gruppo, le competenti autorità di ciascuna potenza firmataria avranno diritto di processare davanti ai tribunali nazionali, militari o di occupazione qualsiasi persona per il fatto di essere stato membro di quel gruppo o di quella organizzazione. In questo caso il carattere criminale del gruppo o dell'organizzazione è da considerarsi accertato e non potrà essere rimesso in discussione». Cfr. S.R. RATNER - J.S. ABRAMS, *op. cit.*, p. 16.

<sup>(63)</sup> C.M. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., p. 383, il quale evidenzia che invece di accertare il carattere criminale dell'organizzazione e, quindi, dichiarare criminale la partecipazione in essa, un'organizzazione diventava criminale se si accertava la responsabilità criminale dei suoi membri, così ad esempio la Gestapo fu dichiarata criminale solo dopo aver riconosciuto la colpevolezza di uno dei suoi leader, Ernst Kaltenbrunner. Cfr. C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, cit., p. 111; R. TEITEL, *Nuremberg and Its legacy, Fifty Years Later*, in B.COOPER (a cura di), *War Crimes - The Legacy of Nuremberg*, New York, 1999, p. 47 ss.; A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 175; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 197 ss.

<sup>(64)</sup> A. FICHTELBERG, *op. cit.*, p.162. Cfr. *Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and the Establishing the Charter of the International Military Tribunal (IMT)*, (1951) 82 UNT.S 279; H. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden - Baden, 2002, p. 341 ss.

stata riconosciuta per la consumazione sia di atti preparatori, sia di atti esecutivi, e sia di atti successivi alla consumazione del crimine<sup>(65)</sup>.

Si riteneva sufficiente per configurare un'organizzazione criminale che l'attività dell'organizzazione includesse uno dei crimini previsti dall'art. 6, che la maggioranza dei membri dell'organizzazione partecipassero volontariamente e fossero consapevoli della natura criminale dell'attività dell'organizzazione; ma non si richiedeva espressamente la specifica consapevolezza che lo scopo dell'organizzazione consistesse nella consumazione di crimini internazionali<sup>(66)</sup>.

Proprio in virtù della dottrina del «*common design*», inoltre, anche imputati che non commisero direttamente i crimini furono considerati responsabili come complici in considerazione del loro coinvolgimento burocratico o funzionale nei crimini del sistema Nazista. Per la prima volta, venne riconosciuta un tipo di responsabilità basata su certe funzioni organizzative all'interno di un apparato burocratico: si imputa «la cosciente partecipazione ad un sistema nazionale ed ampio, organizzato a livello governativo, di crudeltà e ingiustizie, perpetrate, in violazione delle leggi di guerra e di umanità, nel nome della legge e dell'autorità del Ministro della Giustizia, e attraverso lo strumento delle Corti»<sup>(67)</sup>; nella politica di Stato criminale erano coinvolti più elementi dell'apparato pubblico, dalle forze armate alle forze di polizia, dalle unità paramilitari a certi elementi dell'amministrazione civile<sup>(68)</sup>. Emerge il concetto di responsabilità per l'organizzazione e di responsabilità da comando<sup>(69)</sup>.

<sup>(65)</sup> L. CAVICCHIOLI, *op. cit.*, pp. 1065-1066; M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 380; ID., *Introduction au droit pénal international*, cit., p. 372.

<sup>(66)</sup> M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 385; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Le Procès de Nuremberg devant les Principes Modernes du Droit Pénal International*, 70 *Recueil des Cours* 1947, pp. 480, 546; cfr. A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 113, che sottolineano che, in un secondo momento, i giudici pretesero anche la consapevolezza che l'organizzazione fosse coinvolta nella realizzazione di crimini che rientravano nella Carta di Londra.

<sup>(67)</sup> *United States v. Altstötter et al.*, ("Justice Case"), in *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. VIII, 985. Cfr. K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., pp. 9-17, il quale cita in particolare il caso *Eichmann* (Israël), District court, 12 Dicembre 1961, n° 40/61, 36 *I.L.R.*, 236-237; ID., *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 92.

<sup>(68)</sup> M.C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, cit., p. 51. Cfr. P.R. WILLIAMS - M.P. SCHARF, *op. cit.*, p. 17 ss.; E. VAN SLIEDREGT, *Criminal Responsibility in International Law- Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage*, in *Eur. Journ. of crime, crim. law and crim. just.* 2006, vol. 14, p. 81; cfr. Trib. Mil. La Spezia, 12 gennaio - 10 maggio 2004, in *Giust. pen.* 2005, II, p. 488-523, con nota di R. MAGGIO, p. 508, in cui il GUP evidenzia che gli imputati non possono essere considerati colpevoli per il semplice fatto che appartenevano al corpo delle SS., perché l'imputazione non riguarda l'appartenenza ad un gruppo ma la partecipazione al compimento dei crimini avvenuti il 12 agosto 1944 a Sant'Anna di Stazzema, in considerazione della realizzazione di un contributo concreto al verificarsi dell'evento.

<sup>(69)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 93.

Nel caso *U.S. v. Pohl & Others* il Tribunale fonda la responsabilità per la partecipazione nel reato sulla divisione funzionale dei compiti, che realizzati insieme hanno facilitato la consumazione del crimine. Nella sentenza si evidenzia come un'elaborata e complessa operazione, come la deportazione e lo sterminio degli Ebrei e l'appropriazione dei loro beni, è ovviamente un compito per più di una persona; si sottolinea come nonostante ciascun partecipante tenta di scaricare la sua responsabilità sugli altri, la Corte ritenga che «gli atti di ognuno dei quattro, realizzati con lo scopo di perseguire il complesso piano, diventano gli atti di tutti gli altri»<sup>(70)</sup>. Il Tribunale di Tokyo ha richiesto l'effettiva partecipazione al piano come condizione per la condanna, ma tale partecipazione veniva, talora, presunta se l'imputato apparteneva al «livello politico», presunzione in violazione del principio di colpevolezza<sup>(71)</sup>.

Nel caso *Eichmann* il Tribunale israeliano imputa lo sterminio degli Ebrei a tutti coloro che parteciparono al piano, in qualità di coautori<sup>(72)</sup>. La partecipazione diretta e quella indiretta sono state equiparate poiché la «persona che persuade un'altra a commettere un omicidio, la persona che fornisce l'arma letale per consentire di perseguire tale scopo, e la persona che preme il grilletto sono tutti autori o complici del crimine (*principals or accessories to the crime*)»<sup>(73)</sup>; non è importante distinguere tra autori e complici.

La giurisprudenza in materia di crimini di guerra del dopoguerra, come evidenziato in dottrina, ha affermato la responsabilità dei superiori (anche dei dirigenti politici per gli atti compiuti contro gli avversari) accogliendo il concetto di «*organizational responsibility or domination of the act*», in quanto si ritiene che, in virtù della struttura di un apparato militare, i superiori hanno il potere di dominare gli atti dei subordinati, che sono i diretti esecutori dei crimini concepiti e ordinati dai comandanti; si precisa che pur essendo responsabili i subalterni, i comandanti hanno il totale controllo su di essi sino a quando essi (i subordinati) sono facilmente sostituibili, i soldati diventano fungibili strumenti per la consumazione dei crimini<sup>(74)</sup>. La giurisprudenza del dopoguerra tenta così di imputare giuridi-

<sup>(70)</sup> *Trials of War Criminals, Oswald Pohl & Others*, V, cit., 1173; cfr. K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 10; ID., *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 548.

<sup>(71)</sup> Cfr. K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 13.

<sup>(72)</sup> District court (Israel), *Adolf Eichmann*, 12 Dicembre 1961, n° 40/61, 36 I.L.R., 236-237; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 549.

<sup>(73)</sup> *Trials of War Criminals, Justice Case*, cit., 1063; in tale direzione anche il caso *United States Military Commission Appointed By The Commanding General Western Military District, U.S.F.E.T., Wiesbaden, Germany, 8th-15th October, 1945, Alfons Klein and six others (The Hadamar Trial)*, (Case 4), in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947; cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 94 - 95.

<sup>(74)</sup> Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, VI ed., Berlin, 2006, 8 ed., p. 242 ss.;

camente i crimini di guerra non solo agli esecutori materiali, ma piuttosto ai superiori in virtù del loro «dominio sul fatto», assicurando a quest'ultimi, che appaiono come la «figura centrale» dell'avvenimento, un trattamento sanzionatorio adeguato in qualità di autori del crimine<sup>(75)</sup>; ci si ispira alla teoria dell'autoria mediata, utilizzata in materia per superare eventuali lacune repressive (legate alla teoria dell'accessorietà estrema) in presenza di apparati di potere organizzato e per imputare la responsabilità ai vertici dell'organizzazione<sup>(76)</sup>.

Sono considerati per responsabili anche gli imprenditori, le cui aziende venivano utilizzate per i lavori forzati; in relazione a tale categoria si tenta di delimitare il concetto di compartecipazione in quanto si tratta di soggetti estranei all'organizzazione statale e responsabili di un'attività indipendente. In tale direzione nel caso *Krupp* si considera responsabile l'imprenditore in quanto partecipa al piano criminale volontariamente e senza costrizioni, perseguendo un proprio interesse<sup>(77)</sup>. Nel caso *Flick*, invece, la Corte richiede un comportamento attivo e un effettivo controllo delle condizioni di lavoro dei detenuti in capo all'imputato, al fine di accertarne la compartecipazione nel sistema di lavori forzati gestito all'interno della sua impresa, ma in realtà finisce per non accertare tali condizioni e per considerare l'imprenditore responsabile penalmente solo perché consapevole delle caratteristiche del programma, di iniziativa e di organizzazione statale, al quale era stato costretto a partecipare (l'imprenditore era stato allontanato dall'attività di amministrazione giornaliera e non aveva controllo delle condizioni di lavoro nella sua azienda)<sup>(78)</sup>.

In conclusione, la giurisprudenza del Tribunale di Norimberga e dei suc-

---

Id., *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1963, 193 ss.; Id., § 25 - *Täterschaft*, in *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003 (1.2.1992), § 128 ss., 61 ss.; K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 17 (e giurisprudenza *ivi* citata). Cfr. C. RAPISARDA, *Nota a Corte d'Assise di Torino, 26 luglio 1983, Acella ed altri, Corte d'Assise di Genova, 26 febbraio 1983, Azzolini e altri, e Corte d'Assise di Roma, 24 gennaio 1983, Andriani e altri*, in *Foro it.*, 1984, II, p. 187, il quale evidenzia come la giurisprudenza italiana applichi la teoria dell'autoria mediata concepita da Roxin per i gerarchi nazisti, al fine di affermare la responsabilità dei componenti del "comitato esecutivo" delle B.R. a titolo di concorso morale per i delitti scopo realizzati.

<sup>(75)</sup> Cfr. G. GRASSO, *Art. 110*, in *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-49, a cura di M. ROMANO - G. GRASSO, III ed., Milano, 2005, p. 142 ss.

<sup>(76)</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 127.

<sup>(77)</sup> *U.S. v. Krupp et al.*, in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, p. 1439.

<sup>(78)</sup> *United States v. Friedrich Flick (The Flick Case)*, 3 Marz 1947 - 22 December 1947, Case V, in TWC, vol. VI; cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., pp. 96-97. Cfr. a proposito della responsabilità degli imprenditori nei crimini contro l'umanità in esame H. VEST, *Verantwortlichkeit für wirtschaftliche Betätigung im Völkerstrafrecht?*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2001, p. 244 ss..

cessivi Tribunali Militari Internazionali, come ha sottolineato la Commissione delle Nazioni Unite sui Crimini di Guerra ha distinto: la *conspiracy* (il mero accordo); il *common design* (il piano comune, che richiede la realizzazione di atti in conformità ad esso); e la *membership in a criminal organization*, che richiede la volontaria e consapevole adesione all'organizzazione con l'attiva partecipazione agli atti criminali della stessa o comunque un qualche contributo alla consumazione dei crimini<sup>(79)</sup>, anche se in qualche pronuncia si punisce la mera partecipazione, come nel caso *Einsatzgruppen*<sup>(80)</sup>.

Dall'esame di tale giurisprudenza del dopoguerra emerge la difficoltà di accertare la responsabilità personale laddove si tratta di crimini di massa, che coinvolgono delle organizzazioni di centinaia di persone e comportano i rischi di un'indiscriminata criminalizzazione collettiva; la macrocriminalità dei fenomeni criminosi in esame mette seriamente alla prova il principio della responsabilità penale personale<sup>(81)</sup>.

I giudici di Norimberga si rendono, comunque, conto dei rischi di realizzare delle ingiustizie connessi all'applicazione della teoria della *conspiracy* e dell'organizzazione criminale<sup>(82)</sup>. Dall'esame della loro giurisprudenza emerge lo sforzo di interpretare restrittivamente l'art. 6 della Carta in materia di *conspiracy*, accordo criminoso non seguito dalla consumazione del crimine, in seguito alle fiere critiche degli avvocati tedeschi contro tale disposizione; non viene considerato sufficiente un mero programma di Partito o uno scritto politico (*Mein Kampf*), ma si richiede la partecipazione a un piano di guerra d'aggressione concreto e generale<sup>(83)</sup>. Non si adottano, per lo meno espressamente, presunzioni di colpevolezza o forme di responsabilità collettiva, ma si pretende l'accertamento della colpevolezza personale degli imputati (la colpevolezza che, almeno teoricamente, non poteva essere presunta sulla base della posizione rivestita dal singolo nella gerarchia del regime o sulla base della sua appartenenza ad un'associazione dichiarata criminale)<sup>(84)</sup>. Il Tribunale ha stabilito,

<sup>(79)</sup> Cfr. *United States v. von Weizsäcker (Ministries Trial e Wilhelmstrasse Trial)*, 20 December 1947 - 14 April 1949, Case XI, in TWC, vol. XIV - *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XIV, p. 855; *The Trial of the Major War Criminals*, cit., p. 469; K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 13; cfr. F. MALEKIAN, *International Criminal Responsibility of Individuals*, in C.M. BASSIOUNI (a cura di), *International Criminal Law*, Second Edition, vol. I, Crimes, New York, 1999, p. 153 ss.; Y.SANDOZ, *Penal Aspects of International Humanitarian Law*, ivi, p. 393.

<sup>(80)</sup> *Trials of War Criminals, Einsatzgruppen case*, cit., IV, 496 (cfr. 89 ss.); K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 93.

<sup>(81)</sup> Così E. AMATI, *Concorso di persone nel diritto penale internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2004, p. 128.

<sup>(82)</sup> Cfr. A. FICHTELBERG, *op. cit.*, p. 163.

<sup>(83)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., pp. 101-102. Cfr. A. FICHTELBERG, *op. cit.*, p. 163; *Trial of German Major War Criminals*, cit., p. 67.

<sup>(84)</sup> L. CHIAVICCOLI, *op. cit.*, p. 1066; N.H.B. JØRGENSEN, *The responsibility of States*

come già ricordato, che la criminalità di un'organizzazione non implica l'immediata responsabilità di tutti i suoi membri, «*unless they are personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of the Charter as members of the organisation. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations*»<sup>(85)</sup> (la dottrina evidenzia, però, come sopra accennato, che la prova del carattere criminale dell'organizzazione rappresentava una prova «*prima facie*» della responsabilità dei suoi membri<sup>(86)</sup>).

Nel criminalizzare determinate organizzazioni criminali ex art. 9 della Carta di Londra e nel qualificare la partecipazione in tali organizzazioni come reato ex art. 6 e art. II n. 2 d) della legge n. 10 del Consiglio di controllo alleato in Germania, il Tribunale di Norimberga ha distinto tra le forme di partecipazione non penalmente rilevanti per lo scarso rilievo del ruolo svolto e le forme di partecipazione considerate criminali in virtù dell'importanza dello *status* rivestito o della funzione svolta all'interno dall'organizzazione, da parte di persone consapevoli degli scopi criminali e dell'attività della stessa organizzazione<sup>(87)</sup>. Nell'accogliere la dottrina del «*common design*» o «*joint enterprise*», la giurisprudenza del dopoguerra ha sottolineato che la partecipazione deve avere un reale effetto sulla consumazione del reato; il partecipe deve rappresentare una parte della macchina criminale, adempiendo taluni compiti che direttamente incidono sulla consumazione del reato<sup>(88)</sup>.

### 3. La responsabilità penale dei leader dopo Norimberga.

L'11 dicembre del 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la Risoluzione n. 95<sup>(89)</sup>, nella quale si esprimeva una conferma unanime dei principi di diritto internazionale riconosciuti nello Statuto del Tribunale di Norimberga e nella giurisprudenza di questo Tribunale; l'Assemblea incaricò il Comitato, che divenne l'*International Law Commission* (ILC), di codificare tali principi<sup>(90)</sup>. Nel 1950 l'ILC ha adottato i «Principi della Legge Internazionale Riconosciuti nella Carta del Tribu-

---

for international Crimes, Oxford, 2000, p. 371 ss.; cfr. H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, pp. 480, 546.

<sup>(85)</sup> *The Trial of German Major War Criminals*, cit., p. 67; A. FICHTELBERG, *op. cit.*, p. 163.

<sup>(86)</sup> Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 385.

<sup>(87)</sup> *The Trial of German Major War Criminals*, cit., p. 104.

<sup>(88)</sup> *The Trial of German Major War Criminals*, cit., p. 53; cfr. K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 10.

<sup>(89)</sup> G.A.Res. 95(I) (11 Dec. 1946).

<sup>(90)</sup> Cfr. sull'ILC W. SCHABAS, *An Introduction*, II ed., cit., p. 8 ss.



nale di Norimberga e nella giurisprudenza del Tribunale»<sup>(91)</sup>, considerati dall'Assemblea come espressione di un preesistente diritto consuetudinario; con il I principio si riconosce la responsabilità penale personale internazionale: «*Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment*»<sup>(92)</sup>.

In seguito l'Assemblea incaricò l'ILC di elaborare un codice dei reati contro la pace e la sicurezza dell'umanità. In esecuzione di tale incarico fu elaborato nel 1954 il Progetto di Codice dei Reati contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità<sup>(93)</sup>. Tale Progetto richiede l'«*intent to destroy*» nel genocidio o la consumazione «*deliberately*» delle «*inflictions on the group conditions of life*»; la Commissione ha chiaramente affermato l'operatività del principio di colpevolezza con riguardo ai crimini internazionali<sup>(94)</sup>, anche se non ha sancito tale principio in una disposizione *ad hoc*.

Dopo il Processo di Norimberga, intanto, il processo di codificazione del diritto bellico e in particolare delle regole a tutela della persona umana (civile o combattente, caduta nelle mani del nemico) si è sviluppato mediante l'adozione delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949<sup>(95)</sup>, integrate dai due Protocolli aggiuntivi del 1977. Le Convenzioni prevedono l'obbligo per gli Stati di punire le «gravi infrazioni» delle Convenzioni stesse, e cioè le più gravi infrazioni del diritto umanitario internazionale che possono essere punite da qualsiasi Stato in base al principio della punibilità universale<sup>(96)</sup>. Le Convenzioni di Ginevra prevedono espressa-

<sup>(91)</sup> 2 *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, p. 374 oppure in M.C. BASSIOUNI - VED P. NANDA, *A Treatise on International Law*, cit., p. 587. Cfr. su tali principi S.R. RATNER - J.S. ABRAMS, *op. cit.*, p. 6; N.H.B. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 23; C. TOMUSCHAT, *Von Nürnberg nach Den Haag, in Von Nürnberg nach Den Haag - Menschenrechtsverbrechen vor Gericht-Zur Aktualität des Nürnberger Prozesses*, Hamburg, 1996, p. 94.

<sup>(92)</sup> O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materielle völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg im Br., 1962, pp. 74-75; H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 321; M. McAULIFFE DEGUZMAN, *The Road from Rome: The Developing law of Crimes against Humanity*, in *Hum. Rights Quart.*, 2000, pp. 349-350.

<sup>(93)</sup> Cfr. O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., p. 76; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 442; N.H.B. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 29 ss.

<sup>(94)</sup> Cfr. H.H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2007, p. 41.

<sup>(95)</sup> Cfr. N.H.B. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 32 ss.

<sup>(96)</sup> O. TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen*, cit., p. 84 ss.; E. AMATI, *L'eccezionale (recente) sviluppo del diritto penale internazionale in tema di crimini di guerra ed il problema dell'adeguamento della legislazione interna*, in [www.studiperlapace.it/documentazione/amati.html](http://www.studiperlapace.it/documentazione/amati.html), p. 3; cfr. Y. SANDOZ, *op. cit.*, p. 402 ss.; P. BENVENUTI, *The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through national courts*, in *JUS*, 1999, p. 151. Sulla nozione di «gravi violazioni» cfr. G. DOUCET, *La qualification des infractions graves au droit international humanitaire*, in F. KALSHOVEN - Y. SANDOZ (a cura di), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 79 ss.

mente taluni obblighi in capo ai superiori che ne sanciscono la responsabilità personale. Alcuni articoli comuni alle quattro Convenzioni richiedono, poi, l'intervento della legislazione penale nazionale, per garantire l'applicazione di sanzioni effettive nei confronti delle «persone che commettono, o ordinano di commettere, una grave violazione...» prevista dalle Convenzioni (ad esempio, gli omicidi, le torture e i trattamenti inumani, la deportazione illegale)<sup>(97)</sup> (art. 49 della I Convenzione; art. 50 della II; art. 129 della III; 146 della IV)<sup>(98)</sup> (inoltre gli Stati sono obbligati ad assumere le misure necessarie per assicurare la repressione di atti contrari alle Convenzioni, anche qualora non costituiscano gravi violazioni<sup>(99)</sup>). Questi articoli, comuni alle quattro Convenzioni, comportano che il comandante militare sarà considerato responsabile per le gravi violazioni che ha ordinato di commettere.

Intanto i tragici eventi dei Balcani e del Ruanda hanno indotto l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite all'introduzione di due Tribunali Internazionali *ad hoc* rispettivamente nel 1993 e nel 1994<sup>(100)</sup>. Lo StTPY e lo StTPR sanciscono che il principio della responsabilità personale per le gravi violazioni del diritto internazionale (7(1) StTPY e art. 6(1) dello StTPR) è un principio del diritto internazionale consuetudinario<sup>(101)</sup>, richiedendo uno specifico elemento soggettivo nella descrizione dei com-

---

<sup>(97)</sup> W.D. BURNETT, *Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Sbatila and Sabra*, in *Military Law Rev.*, 1985, vol. 107, p. 137. L'art. 85 del Protocollo definisce gravi le violazioni commesse volontariamente, in violazione di rilevanti previsioni del Protocollo, e causando la morte o serie offese al corpo o alla mente; in particolare rappresenta una grave violazione: considerare oggetto dell'attacco la popolazione civile o dei civili individualmente; consentire un indiscriminato attacco che colpisce la popolazione civile o obiettivi civili nella consapevolezza che un tale attacco causerà perdite di vita eccessive, offese ai civili o danni ad obiettivi civili; permettere un attacco contro sedi di lavoro o installazioni contenenti sostanze pericolose nella consapevolezza che tale attacco causerà eccessive perdite di vite, offese ai civili o danni ad obiettivi civili; considerare obiettivo dell'attacco località non difese o obiettivi o zone demilitarizzate; l'uso perfido degli emblemi della croce rossa, la mezza luna rossa, il leone rosso e il sole o altri simboli protetti riconosciuti dalla Convenzioni o da questo Protocollo, cfr. W.G. ECKHARDT, *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*, in *97 Military Law Rev.*, 1982, p. 24.

<sup>(98)</sup> Ciò deve essere garantito sia nei confronti dei cittadini sia nei confronti dei nemici, cfr. Y. SANDOZ, *op. cit.*, p. 404.

<sup>(99)</sup> J. PAUST, *My Lai and Vietnam: norms, myths and leader responsibility*, in *57 Military Law Rev.*, 1972, Vol. 99, p. 99 ss.

<sup>(100)</sup> L.C. GREEN, *Command Responsibility in International Humanitarian Law*, in *Transactional Law & Contemporary Problems*, 1995, p. 351. Cfr. D.A. MUNDIS, *Crimes of the Commander: Superior Responsibility under Article 7(3) of the ICTY Statute*, in G. BOAS - W.A. SCHABAS, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden, 2003, p. 265.

<sup>(101)</sup> TPR, *Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, 12 settembre 2006, Trial Chamber II, Case N° ICTR-00-55°-T, par. 459.

portamenti incriminati; non introducono, però, una disposizione generale che sancisca che la colpevolezza è un elemento costitutivo del reato<sup>(102)</sup>.

#### 4. *La giurisprudenza dei Tribunali ad hoc.*

La giurisprudenza del TPY nell'applicare l'art. 7(1) dello Statuto si rifà alla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga e sottolinea come l'interpretazione dell'articolo 7 si fonda sui principi generali del diritto penale nonché sulla legge consuetudinaria internazionale<sup>(103)</sup>, affermando il principio penalistico che la responsabilità criminale non attiene solo a individui che fisicamente commettono un crimine, ma può anche estendersi a coloro che partecipano e contribuiscono in vario modo alla consumazione del crimine, quando tale partecipazione sia sufficientemente connessa al crimine in base ai principi del concorso di persone<sup>(104)</sup>.

Per imputare i crimini ai leader attraverso l'istituto del concorso di persone si utilizzano, innanzitutto, le forme di concorso morale rappresentate dalla pianificazione, l'istigazione o l'ordine, – considerate distinta-

<sup>(102)</sup> Cfr. A. ESER, *Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law*, in A. CASESE - P. GAETA - J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 894.

<sup>(103)</sup> Cfr. M. FERIA TINTA, *Commanders on trial: the Blaškić case and the doctrine of command responsibility under international law*, in *Netherlands International Law Review*, 2000, p. 297. In tale direzione TPY, *Naser Orić*, 30 giugno 2006, Trial Chamber II, Case N° IT-03-68-T, par. 268; TPR, *Tharcisse Muvunyi*, 12 settembre 2006, Trial Chamber II, Case N° ICTR-00-55-T, par. 459.

<sup>(104)</sup> TPY, *Dario Kordić & Mario Čerkez*, 26 Febbraio 2001, Trial Chamber, Case N° IT-95-14/2-T, par. 373; TPR, *Jean-Paul Akayesu*, 2 Settembre 1998, Trial chamber, Case N° ICTR-96-4-T, par. 473; TPR, *Laurent Semanza*, 15 maggio 2003, Trial Chamber III, Case N° ICTR-97-20-T, par. 377; TPR, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, 21 maggio 1999, Trial Chamber, Case N° ICTR-95-1-T, par. 196-197, e 1 giugno 2001, Appeals Chamber, Case N° ICTR-95-1-A, par. 195; TPR, *Musema Alfred*, 27 gennaio 2000, Trial Chamber I, Case N° ICTR-96-13-T, par. 114; TPR, *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, 6 dicembre 1999, Trial Chamber, Case N° ICTR-96-3, par. 33; TPR, *Tharcisse Muvunyi*, 12 settembre 2006, Trial Chamber II, Case N° ICTR-00-55-T, par. 460; TPR, *Kajelijeli Juvénal*, 1 dicembre 2003, Trial Chamber II, Case N° ICTR-98-44A-T, par. 757; TPR, *Joseph Nzabirinda*, 23 febbraio 2007, Trial Chamber II, Case N° ICTR-2001-77-T, par. 15; TPY, *Paul Bisengimana*, 13 aprile 2006, Trial chamber II, Case N° ICTR-00-60-T, par. 31. Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, I, New York, 1995, p. 93; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law*, The Hague, 2003, p. 61 il quale ritiene che gli statuti dei tribunali *ad hoc* si ispirano, come lo Statuto di Norimberga, al modello anglo-americano di concorso di persone, il «*dual participation models*». Per un esame del concorso di persone nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 439 ss.

mente dalla mera complicità morale o materiale –<sup>(105)</sup>. Assume un particolare rilievo l'attività di «*planning*», la condotta, come precisato nel caso *Akayesu*, con cui «una o più persone elaborano la consumazione di un crimine sia nella fase della preparazione sia nella fase dell'esecuzione»<sup>(106)</sup>. La responsabilità per la pianificazione può coinvolgere diversi livelli di comando e diversi livelli di pianificazione, dalle persone che rivestono le più alte posizioni, gli «architetti del tutto», ai comandanti in campo<sup>(107)</sup>. La dottrina tende a considerare i pianificatori e gli organizzatori autori del reato<sup>(108)</sup> e, in conformità alle previsioni di molti sistemi legali e alla giurisprudenza del TPY nel caso *Kordic & Cerkez*, interpreta tale condotta come un *inchoate offence*, per cui un soggetto può essere punito solo per aver pianificato un crimine ai sensi dell'art. 7(1) anche se il crimine non viene realizzato<sup>(109)</sup>. La giurisprudenza prevalente dei Tribunali *ad hoc* richiede, invece, la consumazione del crimine per punire tale condotta<sup>(110)</sup>.

In relazione al concorso morale tramite «*ordering*» parte della giurisprudenza non riconduce la responsabilità del superiore che ha ordinato il crimine ad una forma di complicità, ma piuttosto ad una forma di autorità: «la responsabilità criminale dei superiori per tali atti positivi può essere considerata come “espressione dei principi generali della responsabilità per concorso”, eccetto laddove il superiore ordina il crimine nel qual caso a lui sarà più appropriatamente riferibile una forma di responsabilità primaria per la sua consumazione»<sup>(111)</sup>. Questa giurisprudenza equipara la condotta di colui che impartisce l'ordine di consuma-

<sup>(105)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 441 ss.

<sup>(106)</sup> «*One or several persons contemplate designing the commission of a crime at both the preparatory and execution phases*», così TPY, *Akayesu*, Trial Chamber, cit., par. 40; TPY, *Tibomir Blaškić*, 3 marzo 2000, Trial Chamber, Case N°. IT-95-14, par. 279; TPY, *Fatmir Limaj - Haradin Bala - Isak Musliu*, 30 Novembre 2005, Trial Chamber II, Case N°. IT-03-66-T, par. 513.

<sup>(107)</sup> TPY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, cit., par. 377.

<sup>(108)</sup> H. VEST, *Verantwortlichkeit für wirtschaftliche Betätigung im Völkerstrafrecht?*, cit., p. 247.

<sup>(109)</sup> G. METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, p. 280; TPY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, cit., par. 386.

<sup>(110)</sup> TPY, *Akayesu*, Trial Chamber, cit., par. 473, in cui si precisa che solo nel caso di genocidio può essere punito il tentativo di commettere un crimine; TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 758; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 513; conforme TPR, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamubanda*, 22 gennaio 2004, Trial Chamber II, Case N°. ICTR-95-54A-T, par. 592; TPY, *Mile Mrkšić - Miroslav Radić - Veselin Šljivan Čanin*, 27 Settembre 2007, Trial Chamber II, Case No. IT-95-13/1-T, par. 548; TPY, *Radislav Krstić*, 2 agosto 2001, Trial Chamber, Case N°. IT-98-33-T, par. 601; TPY, *Vujadin Popović et al.*, 10 giugno 2010, IT-05-88-T, par. 1005; TPR, *Le Procureur contre Athanase Seromba*, 13 dicembre 2006, Chambre de premiere instance, ICTR-2001-66-I, par. 303. Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 28.

<sup>(111)</sup> TPY, *Kordić & Čerkez*, Trial Chamber, cit., par. 367 («*where the superior orders*

zione del crimine ad una forma di responsabilità primaria, in conformità ad una distinzione tra autori e complici, basata sul disvalore sostanziale del ruolo rivestito nella consumazione del reato. Sembra emergere, anche se in maniera non necessariamente consapevole, un concetto di autore e di coautore di carattere teleologico e non formale, nel senso che non si collega l'autoria alla mera esecuzione degli elementi costitutivi della fattispecie, ma piuttosto si rivela decisivo il ruolo svolto nella consumazione del reato e nell'offesa all'interesse tutelato; sembra accogliersi una concezione di autore fondata sul possesso del dominio del fatto, «guidandolo interamente o co-strutturandolo, determinandone il se e il come» (l'autore è la figura chiave o la figura centrale dell'accadimento), e di conseguenza il coautore si differenzia dal complice per il diverso valore sintomatico della sua condotta «a causa del collegamento finalistico intercorrente tra essa e l'attività degli altri concorrenti»<sup>(112)</sup>. In base a tale nozione teleologica di autore è possibile, allora, ad avviso del TPY nelle sentenze in esame, equiparare la condotta del comandante o del superiore, che impartisce l'ordine di commettere un reato, a quella di un autore in virtù della sua «signoria sul fatto»; sarebbe forse più opportuno, però, parlare nel caso in questione di un coautore, se non si vuole svalutare il ruolo dell'esecutore a quello di un mero complice in contrasto con il principio di colpevolezza e di autoresponsabilità (l'ordine del superiore, infatti, non esclude la responsabilità dell'esecutore nel StTPY)<sup>(113)</sup>.

La responsabilità dei superiori a titolo di concorso viene poi ampiamente affermata attraverso un'ampia interpretazione della nozione di complice, facendo rientrare nella condotta di «*Aiding and Abetting*», qualunque «contributo sostanziale alla consumazione del crimine»<sup>(114)</sup>, inteso

---

*the crime in which case he may be more appropriately referred to as primarily responsible for its commission»).*

<sup>(112)</sup> Cfr. S.SEMINARA, *op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>(113)</sup> Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal*, cit., p. 240. Da ultimo cfr. TPY, *Ljube Boskski - Joran Tarculovski* 19 MAGGIO 2010, APPEALS CHAMBER, CASE N. IT-04-82-A, PAG. 158.

<sup>(114)</sup> K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., pp. 23-24; TPY, *Dusko Tadić*, 7 maggio 1997, Trial Chamber, Case N°. IT-94-1-T, par. 687. Cfr. TPY, *Naletilić Mladen, aka "Tuta", - Martinović Vinko, a.k.a. "Stela"*, 31 marzo 2003, Trial Chamber, Case N°. IT-98-34-T, par. 63; TPY, *Limač - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 516-517; TPY, *Vidoje Blagojević and Dragan Jokic*, 9 maggio 2007, Appeals Chamber, Case N°. IT-02-60-A, par. 188-291; TPR, *Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, 21 febbraio 2003, Trial Chamber I, Case N°. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, par. 787; TPR, *Bisengimana*, Trial Chamber II, cit., par. 33; TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 766; TPR, *Sylvestre Gacumbitsi*, 17 giugno 2004, Trial Chamber III, Case N°. ICTR-2001-64-T, par. 140. Sulla nozione di complicità nel diritto internazionale penale cfr. A. REGGIO, *Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents And Businessmen For*

come fornire assistenza a un altro nella consumazione del crimine (*aiding*), facilitare, incoraggiare, fornire consiglio o incitare la consumazione del crimine (*abetting*)<sup>(115)</sup>. Non si richiede che il contributo sia «*condicio sine qua non* della consumazione del crimine»<sup>(116)</sup>, ma solo che l'atto di partecipazione abbia «significativamente facilitato la consumazione del crimine» (*must further, or at least facilitate, the commission of the crime*)<sup>(117)</sup>, nel senso che «deve essere in qualche modo diretto a favorire il piano o il proposito»<sup>(118)</sup>. In queste sentenze si rinuncia chiaramente al criterio condizionalistico, allargando le maglie della rilevanza penale della condotta di complicità, in quanto non si dà rilevanza agli effetti del contributo sul reato e ci si accontenta di una mera adesione morale<sup>(119)</sup>. Nella tradizione giuridica di *common law*, d'altronde, alla quale sembra ispirarsi, almeno in

---

“Trading With The Enemy” of Mankind, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2005, p. 623; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 88 ss.

<sup>(115)</sup> Cfr. TPY, *Anto Furundjija*, 10 dicembre 1998, Trial Chamber II, Case N°. IT-95-17/1-T, par. 325-329; TPY, *Dragoljub Kunarac - Radomir Kovac - Zoran Vuković*, 22 febbraio 2001, Trial Chamber, Case N°. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, par. 395; TPY, *Naletilic - Martinović*, Trial Chamber, cit., par. 63; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 517; TPY, *Radoslav Brđjanin*, 1 settembre 2004, Trial Chamber II, Case N°. IT - 99 - 36 - T, par. 271 (cfr. par. 530); TPY, *Vidoje Blagojević - Dragan Jokić*, 17 gennaio 2005, Trial Chamber I, Case N°. IT-02-60-T, par. 726, e Appeals Chamber, cit., par. 132 ss. (par. 127); TPY, *Pavle Strugar*, 31 gennaio 2005, Trial Chamber, Case N°. IT-01-42-T, par. 349; TPY, *Tibomir Blaškić*, 29 luglio 2004, Appeals Chamber, Case N°. IT-95-14-A, par. 45-46; TPY, *Vasiljević*, 25 Febbraio 2004, Appeals Chamber, Case N°. IT-98-32-A, par. 102; TPY, *Oric*, Trial Chamber II, cit., par. 284; TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 551; TPR, *Kamubanda*, Trial Chamber II, cit., par. 596; TPR, *Kayisbema and Ruzindana*, Appeals Chamber, cit., par. 186; TPR, *Bisengimana*, Trial Chamber II, cit., par. 33; TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 766; cfr. TPY, *Mile Mrkšić - Miroslav Radic - Veselin Šljivan Canin*, 27 Settembre 2007, Trial Chamber II, Case No. IT-95-13/1-T, par. 551. Cfr. K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 24; A. OBOTE-ODORA, *The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda: article 6 responsibilities*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: a practitioners' journal*, the Hague, 2002, p. 352.

<sup>(116)</sup> TPY, *Strugar*, Trial Chamber II, cit., par. 349; TPY, *Brđjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 658-677, e 3 aprile 2007, Appeals Chamber, Case N°. IT-99-36-A, par. 348; TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 284; TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1018.

<sup>(117)</sup> TPY, *Prosecutor v. Aleksovski Zlatko*, 25 giugno 1999, Trial Chamber, Case N°. IT-95-14/1-T, par. 61; TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 284; TPY, *Tadić*, Trial Chamber, cit., par. 687; TPY, *Zejnir Delalić & Others [Zdravko Mucić (aka "Pavo"), Hazim Delić and Esad Land o (aka "Zenga")]*, (“*Celebici case*”), 16 novembre 1998, Trial Chamber II, Case N°. IT-96-21-T, par. 325-329; TPY, *Vasiljević*, Appeals Chamber, cit., par. 102; TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, cit., par. 45. In questa direzione cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal*, cit., p. 240; A. CLAPHAM, *On Complicity*, M. HENZELIN - R. ROTH (a cura di), *Le Droit Penal A L'Epreuve De L'Internationalisation*, Bruylant, 2002, p. 253.

<sup>(118)</sup> TPY, *Miroslav Kvôcka et al.*, 2 November 2001, Trial Chamber, IT-98-30/1-T, par. 289.

<sup>(119)</sup> «*Facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto*», TPY, *Akayesu*, Trial Chamber, cit., par. 484.

parte, il legislatore internazionale nella disciplina del concorso di persone, si ritiene che la complicità (*secondary participation*) non debba consistere in un contributo causale alla consumazione del reato, tranne che in relazione alla condotta di «*procure*», non prevista nel StTPI, né, come si esaminerà, nel StCPI<sup>(120)</sup>.

Sotto un profilo soggettivo, poi, in diverse sentenze si identifica l'*intent* con la conoscenza/consapevolezza (*Knowledge/awareness*), si ritiene necessario solo che il complice sia «consapevole che sta collaborando nella consumazione di un crimine»<sup>(121)</sup> e non si sottolinea l'elemento volitivo del dolo (nel caso *Orić*, invece, la Camera di I istanza evidenzia che l'*intention* deve contenere anche un elemento volitivo<sup>(122)</sup>), ma soprattutto si ritiene sufficiente la consapevolezza degli *elementi essenziali* del crimine<sup>(123)</sup>; non

<sup>(120)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *Criminal Law*, 10<sup>th</sup> ed. London, 2002, p. 126 ss.; K.J.M. SMITH, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, 1991, p. 19; The Law Commission (Law Com No 305), *Participating in Crime, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty*, May 2007, in <http://www.lawcom.gov.uk>, (2.31) 31 - (4.2) 97.

<sup>(121)</sup> TPY, *Celebici*, Trial Chamber, cit., par. 328; TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 229; TPY, *Kunarac e a.*, Trial Chamber, cit., par. 392; TPY, *Kvocka*, Trial Chamber, cit., par. 253; TPY, *Krnjelac*, TPY, *Prosecutor v. Milorad Krnjelac*, 15 marzo 2002, Trial Chamber II, Case N°. IT-92-25-T, par. 90; TPY, *Prosecutor v. Naletilić Mladen, aka "Tuta" - Martinović Vinko, a.k.a. "Štela"*, 3 marzo 2006, Appeals Chamber, Case N°. IT-98-34-A, par. 102; TPY, *Naletilić - Martinović*, Trial Chamber, cit., par. 63; TPY, *Furundžija*, Trial Chamber, cit., par. 216-236, 246; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 518; TPY, *Strugar*, Trial Chamber II, cit., par. 349-350; TPY, *Brdjanin*, Trial chamber, cit., par. 272 ss.; TPR, *Kayishema e Ruzindana*, Appeal Chamber, cit., par. 198; TPR, *Kamubanda*, Trial Chamber II, cit., par. 599; TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 768; TPR, *Nzabirinda*, Trial Chamber II, cit., par. 19; TPR, *Prosecutor v. Jean Mpambara*, 11 settembre 2006, Trial Chamber, Case N°. ICTR-01-65-T, par. 16; TPR, *Seromba*, Chambre de premiere instance, cit., par. 309; TPR, *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, 7 giugno 2001, Trial Chamber I, Case N°. ICTR-95- 1 A-T TPR, par. 32; cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *The International Criminal Tribunal*, cit., p. 240; critico nei confronti di questo orientamento per cui è sufficiente la consapevolezza G.METTRAUX, *op. cit.*, p. 212, cfr. inoltre p. 286.

<sup>(122)</sup> TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 288; TPY, *Kordić*, Trial Chamber, cit., par. 399; TPY, *Prosecutor v. Milan Simić*, 17 ottobre 2002, Trial Chamber, Sentencing Judgement, Case N°. IT-95-9/2-S, par. 162.

<sup>(123)</sup> TPY, *Kvocka*, Trial Chamber, cit., par. 256; TPY, *Kunarac e a.*, Trial Chamber, cit., par. 392; TPY, *Strugar*, Trial Chamber II, cit., par. 350; TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1017; TPR, Trial Chamber II, *Bisengimana*, cit., par. 33; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 518; TPR, *Kamubanda*, Trial Chamber II, cit., par. 599. Sul concetto di elementi essenziali del crimine di cui il complice deve essere consapevole cfr. per l'ordinamento inglese *The Law Commission (Law Com No 305), Participating in Crime*, May 2007, cit., p. 37 (2.48 ss.), p. 71 (3.84 ss.), p. 82 ss. (3.127), la Commissione raccomanda (3.127) «*that where D and P are not parties to a joint criminal venture, D must intend P to engage in the conduct element of the principal offence. Only that intent should be capable of turning what might otherwise be innocent conduct, such as selling a bat or knife, into conduct that justifies D being convicted of the principal offence committed by P*».

è necessario che il complice sia consapevole dell'esatto crimine che deve essere commesso<sup>(124)</sup>, purché sia consapevole del fatto che si sta commettendo uno tra un certo numero di crimini, tra i quali è compreso quello effettivamente perpetrato<sup>(125)</sup>.

Tali affermazioni sono accettabili solo nella misura in cui si faccia salvo il principio che l'oggetto del dolo debba essere il «fatto tipico»<sup>(126)</sup>. Nell'ambito del concorso di persone, invece, si rischia in base a talune interpretazioni *allargate* dell'oggetto del dolo, per rispondere del reato cui si concorre in base ad una sorta di discutibile *dolus generalis*, espressione del principio del *versari in re illicita*: sarebbe sufficiente a fondare la responsabilità dolosa del compartecipe rispetto a qualunque fatto realizzato, la consapevolezza di contribuire ad un'offesa penalmente rilevante; contro un simile orientamento la dottrina sottolinea che «il soggetto si deve rappresentare fatti "concreti" e "attuali", passati, appunto, attraverso la mediazione di un atto di "decisione" (o almeno di "accettazione")», dalla fase della semplice ideazione (astratta) a quella dell'attuazione»<sup>(127)</sup>; «l'"evento" storico deve potersi dire previsto e voluto non come *silhouette* incolore, ma nella sua concretezza esistenziale, nei tratti che ne esprimono il disvalore attuale»<sup>(128)</sup>.

#### 4.1. *La responsabilità dei leader per complicità in forma omissiva.*

Si estende ancor più tale forma di responsabilità dei comandanti o dei superiori per complicità nella consumazione dei reati consumati dai subordinati ammettendo che essa possa realizzarsi anche attraverso un'omissione laddove l'inerzia, in violazione di un obbligo di agire, abbia un effetto in-

<sup>(124)</sup> *Contra* TPY, *Blagojević - Jokić*, Appeals Chamber, cit., par. 127, in cui si richiede la consapevolezza che si sta contribuendo ad uno «specifico crimine».

<sup>(125)</sup> Cfr. TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 769; TPY, *Naletilić - Martinović*, Trial Chamber, cit., par. 63; TPY, *Furund ija*, Trial Chamber, cit., par. 246; TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 287 e Appeals Chamber, cit., par. 50; TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 271; TPY, *Strugar*, Trial Chamber II, cit., par. 350; TPY, *Limaj - Bala - Mushi*, Trial Chamber II, cit., par. 518-340 ss.; TPY, *Prosecutor v. Ljube Bošković - Johan Tarculovski*, Trial Chamber II, 10 luglio 2008, IT-04-82-T, par. 403. Cfr. A.P. SIMESTER - G.R. SULLIVAN, *Criminal Law - Theory and Doctrine*, Oxford - Portland Oregon, 2000, p. 207; K. AMBOS, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 25; A. REGGIO, *op. cit.*, p. 640.

<sup>(126)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Art. 43 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 436; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 360 ss.; F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale - Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 306 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 333.

<sup>(127)</sup> Così G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per i delitti scopo commessi da altri associati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 48; cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, pp. 517- 518.

<sup>(128)</sup> Così C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1266.



cisivo sulla consumazione del crimine (*significant effect*) ed è accompagnata dalla necessaria *mens rea*<sup>(129)</sup>.

La giurisprudenza internazionale ritiene, in particolare, che «perché si abbia un supporto morale integrante la condotta di *aiding and abetting* è sufficiente la mera “inerzia” del soggetto attivo collegata, il più delle volte, ad una posizione di vertice del medesimo ricoperta nell’ambito della struttura organizzativa»; la differenza con l’omissione rilevante a titolo di responsabilità da comando (art. 7(3) StTPY e 6(3) StTPY) è data dal fatto che in questo caso non si presuppone uno specifico dovere di intervenire e non è sufficiente la colpa<sup>(130)</sup>.

In tale direzione nel caso *Blaškić* si specifica che la condotta omissiva può rappresentare anche una forma di istigazione oppure una forma di aiuto o agevolazione rilevante ex art. 7(1)<sup>(131)</sup>; la responsabilità deriva non dalla mera omissione dell’atto, ma piuttosto dall’incoraggiamento o sostegno che è fornito al consumatore del delitto attraverso tale omissione», nella consapevolezza dell’accusato del fatto che la sua omissione contribuisce sostanzialmente alla consumazione del crimine<sup>(132)</sup>. Nella sentenza *Mrkšić (e altri)* si precisa che se l’omissione intenzionale del superiore nel prevenire i crimini ha luogo in un momento in cui la possibilità che il

<sup>(129)</sup> TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 284; TPY, *Naletilić - Martinović*, Trial Chamber, cit., par. 63; TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 256; TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 271-537; TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, cit., par. 47; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 517; TPR, *Kajelijeli*, Trial Chamber II, cit., par. 766; TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 21 ss.; TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 283 in cui si precisa che questo può avvenire soprattutto quando il complice è consapevole che un crimine si sta consumando in sua presenza (*while being present*); TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber, cit., par. 726; TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 553; TPY, Appeals Chamber, 5 maggio 2009, *Mile Mrkšić - Veselin Šljivančanin*, Case N. IT-95-13/1-A, par. 132 ss.-134; TPY, *Boškoski - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 402; TPR, *Ferdinand Nabimana - Jean-Bosco Barayagwiza - Hassan Ngeze*, 28 novembre 2007, Appeal Chamber, Case N. ICTR-99-52-A, par. 482; TPR, *André Ntagerura - Emmanuel Bagambiki - Samuel Imanishimwe*, 7 luglio 2006, Appeals Chamber, Case N°. ICTR-99-46-A, par. 370; TPR, *Kamuhanda*, Trial Chamber II, cit., par. 597; TPR, *Prosecutor v. Vincent Rutaganira*, 14 marzo 2005, Trial Chamber III, Case N°. ICTR-95-1C-T T, par. 25 ss. Cfr. J. SMITH - B.HOGAN, *op. cit.*, pp. 131-132; A. OBOTE-ODORA, *op. cit.*, p. 353.

<sup>(130)</sup> Cfr. E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 144; sulla responsabilità da comando come responsabilità per i crimini dei subordinati non impediti A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 161 ss.

<sup>(131)</sup> Cfr. TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 280-284; conforme TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 305; *International Military Tribunal for the Far East*, The Tokyo War Crimes Trial (1946 - 1948), in L. FRIEDMAN, *The Law of War. A documentary History*, vol. II, New York, 1972, par. 457-458. M. FERIA TINTA, *op. cit.*, p. 298 ss.

<sup>(132)</sup> A. OBOTE-ODORA, *op. cit.*, pp. 353-354. Cfr. per simili posizioni nella giurisprudenza dei tribunali di Norimberga H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane*, cit., p. 338 ss.

crimine si consumi è già concreta o addirittura si sta consumando, il comandante dovrebbe essere considerato responsabile ex art. 7 (1)<sup>(133)</sup>.

Nel caso *Kaysbema and Ruzindana* si specifica che tale forma di responsabilità non è basata su un obbligo di agire<sup>(134)</sup>. Anche nel caso *Brdjanin*, dopo aver escluso la possibilità di configurare la responsabilità da comando per la mancanza in capo all'imputato, Presidente dell'ARK *Crisis Staff*, del potere di prevenire e punire i crimini della polizia e dell'esercito, si attribuisce alla sua consapevole tolleranza (*laissez-faire attitude*) e inattività, alla luce della posizione di autorità rivestita, il carattere di «incoaggiamento e sostegno morale ai membri dell'esercito e della polizia per continuare» a compiere atti di tortura nei campi di detenzione<sup>(135)</sup>; emerge in maniera evidente, come l'accoglimento della teoria dell'agevolazione finisce per attribuire, in base al giudizio del TPY, carattere agevolatore anche alla condotta omissiva di chi non era obbligato ad impedire i crimini in questione, in mancanza della relazione superiore-subordinato o di altra fonte dell'obbligo di agire. Si realizza così un'evidente violazione dei presupposti fondamentali della responsabilità omissiva e un pericoloso allargamento degli estremi della responsabilità concorsuale, che finisce per comportare una forma di responsabilità per fatto altrui; in mancanza di un obbligo giuridico di impedimento, la valorizzazione in chiave concorsuale dell'omesso impedimento «si risolve nel far rispondere un determinato soggetto semplicemente per il comportamento delittuoso di altra persona, pienamente capace di condursi e perciò autoresponsabile»<sup>(136)</sup>.

Tanto è vero che la stessa giurisprudenza del TPY, in particolare della Camera d'Appello, ha cercato di limitare tale tendenza richiedendo per imputare una condotta omissiva a titolo di responsabilità personale ex art. 7(1), e adottare la dottrina «*commission by omission*», la violazione di un obbligo di agire; anche l'imputazione della condotta omissiva come forma di complicità (*aiding or abetting*) presuppone un tale obbligo<sup>(137)</sup>.

<sup>(133)</sup> TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 556, che cita TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, par. 664; cfr. TPY, *Mrkšić - Šljivancanin*, Appeals Chamber, cit., par. 146-156 (nota 554).

<sup>(134)</sup> TPY, *Kayishema and Ruzindana*, Trial Chamber, cit., par. 200; TPY, *Boškoski - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 402.

<sup>(135)</sup> Cfr. TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 537.

<sup>(136)</sup> Così in relazione alla responsabilità penale per omesso impedimento dell'altrui reato, sulla base di un generico obbligo di vigilanza, cfr. N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, p. 61; conforme A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 205-206; G. INSOLERA, *Nozione individuale e collettiva della responsabilità penale*, in *L'Ind. pen.*, 1996, p. 261 ss., parla di responsabilità di posizione nell'ipotesi in esame.

<sup>(137)</sup> TPY, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, 30 novembre 2006, Appeals Chamber, Case N°. IT-98-29-A, par. 175; TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, cit., par. 663; TPR, *Ntagerura*, Appeals Chamber, cit., par. 659; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 274; TPY,

In numerose sentenze del TPY e del TPR, inoltre, si considera la mera presenza sulla scena del crimine del superiore come una forma di concorso morale. La presenza diventa partecipazione quando lo spettatore è consapevole del grande rispetto in cui è tenuto dall'imputato e sa o dovrebbe sapere che la sua presenza finisce per incoraggiarlo, anche in considerazione della posizione di autorità che riveste; si tratta di un tacito incoraggiamento (anche se non condivide la volontà dell'esecutore<sup>(138)</sup>), anche in mancanza di un obbligo di agire<sup>(139)</sup>. La mera presenza sulla scena del delitto, si precisa, può essere sufficiente solo se «legittima in maniera significativa o esercita un effetto incoraggiante sulla condotta dell'autore»<sup>(140)</sup>, «in considerazione dello *status*» (del ruolo di superiore o della posizione di autorità)<sup>(141)</sup>; l'effetto deve essere sostanziale<sup>(142)</sup>. Nel caso *Aleksovski* la Camera di I istanza ha stabilito che la presenza dell'imputato durante il sistematico maltrattamento di detenuti, senza intervenire o fare obiezioni, consente di dedurre che l'accusato era consapevole del fatto che tale tacita approvazione sarebbe stata interpretata come un segno del suo supporto e incoraggiamento; l'imputato ha «contribuito sostanzialmente» al maltrattamento dei detenuti, e

---

*Mrkšić - Šljivancanin*, Appeals Chamber, cit., par. 134-146 (sull'accertamento dell'obbligo di agire cfr. par. 147 ss.); TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1019.

<sup>(138)</sup> TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 22; TPY, *Akayesu*, Trial Chamber, cit., par. 704-705; A. OBOTE-ODORA, *op. cit.*, p. 352. Cfr. J.R.W.D. JONES, *The Practise of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, II ed., New York, 2000, p. 126. *Contra* nega la rilevanza penale della mera presenza sul luogo del crimine Trib. Mil. La Spezia, 12 gennaio - 10 maggio 2004, *Rauch e altri*, cit., par. 488-524; cfr. R. MAGGIO, *op. cit.*, p. 517.

<sup>(139)</sup> TPY, *Brdjanin*, Appeal Chamber, par. 273-277; TPY, *Boškoski - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 402.

<sup>(140)</sup> TPY, *Kunarac e a.*, Trial Chamber, cit., par. 393; TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 257; TPR, *Bisengimana*, Trial Chamber II, cit., par. 34; TPY, *Tadić*, Trial Chamber, cit., par. 689-692; cfr. TPY, *Kordić & Cerkez*, Trial Chamber, cit., par. 389, in cui si riporta l'opinione dell'accusa; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 519; TPR, *Seromba*, Chambre de premiere instance, cit., par. 307; TPR, *Nzabirinda*, Trial Chamber II, cit., par. 17. Cfr. G.-J.A. KNOOPS, *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals - A comparative Study*, New York, 2003, 51; T. PADOVANI, *Diritto penale*, VII ed., Milano, 2004, p. 272, il quale riconosce una forma di partecipazione psichica nella presenza sul luogo del reato quando rappresenta uno stimolo o una rassicurazione per l'esecutore (come la presenza del capocosa per gli assassini nell'ipotesi di un omicidio perpetrato in una faida); M. VIRGILIO, *Verso i principi generali del diritto criminale internazionale*, in G. ILLUMINATI - L. STORTONI - M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, pp. 56-57.

<sup>(141)</sup> TPY, *Furundžija*, Trial Chamber, cit., par. 232-273 ss., e Appeals Chamber, 21 luglio 2000, IT-95-17/1-A, par. 126.; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 277; TPR, *Nzabirinda*, Trial Chamber II, cit., par. 17.

<sup>(142)</sup> TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 22.

anche quando era *assente* ha agevolato gli atti ripetuti di brutalità sofferti dai due detenuti<sup>(143)</sup>.

Il TPR sottolinea che questa forma di responsabilità penale «è derivata non solo dall'omissione, ma dall'omissione combinata con la scelta di essere presente»<sup>(144)</sup>. Tale forma di responsabilità (*aiding and abetting*) come «*approving spectator*» presuppone l'effettiva presenza durante la consumazione del crimine, ma si accontenta anche della presenza «nelle immediate vicinanze della scena del crimine», percepita dall'esecutore come una forma di approvazione della sua condotta<sup>(145)</sup>. Anche il TPR ritiene che l'elemento soggettivo in capo a chi riveste una posizione di autorità, può essere «dedotto» dal fatto che egli sappia che la sua presenza potrebbe essere (*would be*) interpretata dall'autore principale come un segno di supporto o incoraggiamento<sup>(146)</sup>.

Emerge il rischio di considerare la mera presenza sul luogo del delitto penalmente rilevante a titolo di compartecipazione morale, non solo quando presenti un effettivo collegamento causale con la determinazione volitiva e il successivo comportamento dell'istigato, ma anche laddove si configuri una mera adesione morale alla condotta dell'esecutore. Si finisce, nella migliore delle ipotesi, per adottare il paradigma della causalità agevolatrice laddove si attribuisce rilevanza ad ogni forma di sostegno psicologico all'altrui attività<sup>(147)</sup>, nella peggiore delle ipotesi si adotta un giudizio di tipo prognostico in base al quale si richiede che la condotta dell'istigatore risulti idonea a fungere da fattore di determinazione dell'altrui comportamento in base ad un giudizio *ex ante*, indipendentemente dalla verifica della sua effettiva influenza sul comportamento dell'agente<sup>(148)</sup> (la dot-

<sup>(143)</sup> TPY, *Aleksovski*, Trial Chamber, cit., par. 87-88; TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 258; TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 283; TPR, *Kayishema and Ruzindana*, Appeals Chamber, cit., par. 201 e Trial Chamber, cit., par. 202. Cfr. sull'irrelevanza come forma di partecipazione della mera presenza sul luogo del delitto, J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 130.

<sup>(144)</sup> TPR, *Nzabirinda*, Trial Chamber II, cit., par. 17; TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 22.

<sup>(145)</sup> TPR, *Nzabirinda*, Trial Chamber II, cit., par. 18; TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 23; TPR, *Semanza*, Trial Chamber III, cit., par. 386; TPR, *Bagilishema*, Trial Chamber, cit., par. 34-36; TPR, *Seromba*, Chambre de premiere instance, cit., par. 308.

<sup>(146)</sup> TPR, *Bisengimana*, Trial Chamber II, cit., par. 36.

<sup>(147)</sup> Cfr. A. SERENI, *Responsabilità personale*, cit., p. 829, il quale sembra aderire alla teoria agevolatrice, anche se poi l'autore finisce per riconoscere che tale causalità non è granché diversa dal modello condizionale (p. 832, nota 94).

<sup>(148)</sup> Accoglie la teoria probabilistica F. SCHAFFSTEIN, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in *Festschrift für R. Honig*, Göttingen, 1970, p. 174 ss.; cfr. F. RAMACCI, *Corso di Diritto penale II, Reato e conseguenze giuridiche*, Torino, 1993, p. 255; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, p. 555. *Contra* G. GRASSO, *Art. 110 c.p.*, cit., p. 163; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 509; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità*

trina parla di semplificazioni probatorie per cui quanto più alta è la carica rivestita quanto meno penetrante la verifica circa l'effettiva influenza sull'esecutore del crimine<sup>(149)</sup>).

La stessa Camera d'Appello nel caso *Brdjanin* ha denunciato, però, la tendenza nella prassi ad imputare una simile forma di responsabilità per concorso nel reato, fondata sulla presenza passiva sul luogo del delitto, attraverso una serie di presunzioni o deduzioni presuntive<sup>(150)</sup>.

La giurisprudenza del TPY e del TPR, insomma, tende ad accogliere una nozione ampia di complicità, anche in forma omissiva, rinunciando all'adozione del criterio condizionalistico; e anche la nozione di istigazione accolta si presenta in termini particolarmente ampi ed elastici, scarsamente tassativi, laddove si attribuisce rilievo a condotte istigative, anche in forma omissiva, senza richiedere un effettivo legame tra la condotta dell'istigatore e il fatto tipico. La partecipazione al reato nella forma del concorso è riconosciuta in termini così ampi «da far sì che risulti del tutto marginale l'eventualità che si arrivi a negare l'influenza della singola condotta sull'accrescimento delle *chances* di realizzazione di un determinato fatto delittuoso»; e tale indeterminatezza dell'elemento obiettivo si riflette, poi, nell'elemento psicologico ritenendo sufficiente che «in esso si rifletta in forma speculare il significato "causale" del contributo di partecipazione nell'accezione amplissima così frequentemente postulata in materia di concorso "morale" nel delitto di volta in volta realizzato»<sup>(151)</sup>.

##### 5. *La responsabilità dei leader per partecipazione in una joint criminal enterprise nella giurisprudenza del TPY.*

La giurisprudenza del TPY affronta il problema di responsabilizzare tutti coloro che parteciparono ai crimini di massa consumati durante il conflitto nell'ex Jugoslavia e, in particolare, i leader attraverso una rielaborazione dell'istituto della *joint criminal enterprise*.

La realizzazione dei reati previsti nella forma organizzata della comune impresa criminosa non è espressamente prevista dal StTPY, né da norme

---

per fatto altrui, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 231; G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1278 ss.

<sup>(149)</sup> E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 143. Cfr. A. SERENI, *Istigazione al reato e autoreponsabilità*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Responsabilità personale*, cit., p. 831; ; L. RISCATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 48 ss.

<sup>(150)</sup> TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 278 ss.

<sup>(151)</sup> Così G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1281, il quale utilizza tali espressioni in relazione al concorso di persone e alla responsabilità degli associati per i delitti scopo nel sistema penale italiano.

del diritto internazionale umanitario<sup>(152)</sup>; essa, tuttavia, troverebbe, ad avviso del TPY, un fondamento normativo nelle «caratteristiche intrinseche» dei crimini di cui agli artt. 2-5 Stat., per cui sarebbe una forma di «*commission*» del crimine ex art. 7(1)<sup>(153)</sup> (o 6(1)<sup>(154)</sup>). Il TPY (e il TPR) elabora una ricca giurisprudenza in materia, cogliendo gli elementi di tale istituto dal diritto internazionale consuetudinario<sup>(155)</sup> e dalla giurisprudenza sui crimini di guerra delle corti militari e civili del secondo dopoguerra<sup>(156)</sup>, nonché dalla ricognizione dei principi relativi alla responsabilità per fatto altrui desumibili da alcuni sistemi penali nazionali<sup>(157)</sup>.

Al di là delle contestazioni della dottrina relative a tale ricostruzione dell'istituto<sup>(158)</sup>, in questa sede preme evidenziare i rischi di allargamento dell'ambito della responsabilità penale ad esso connessi, in violazione dei principi garantistici della materia penale.

Si richiede che un reato venga consumato (o tentato) in quanto non è

<sup>(152)</sup> Cfr. S. RAGAZZI, «Pulizia etnica» in Bosnia e crimine di genocidio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 25. Cfr. J.D. OHLIN, *Three conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 69 ss.

<sup>(153)</sup> Così TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 185-190, che cita il *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808/1993*, U.N. Doc. S/25704, 3 May 1993, par. 53. Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 288.

<sup>(154)</sup> TPR, *The Prosecutor v. Aloys Simba*, 13 dicembre 2005, Trial Chamber I, Case N°. ICTR-01-76-T, par. 1.

<sup>(155)</sup> In tale direzione J. RIKHOFF, *Complicity in International Criminal Law and Canadian Refugee Law*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2006, p. 708. Su tale concetto, tra gli altri, cfr. T. MERON, *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, in *Amer. Journ. Inter. Law*, 1994, vol. 88, p. 78.

<sup>(156)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 186 ss.; M. SASSOLI - L.M. OLSON, *The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić case*, in *Inter. Rev. of the Red Cross*, 2000, n. 839, p. 733 ss.

<sup>(157)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 224-226, in cui si afferma che l'analisi degli ordinamenti giuridici nazionali può servire alla ricognizione dello stesso diritto internazionale consuetudinario o, in subordine, di quei principi di diritto penale che assurgono, per uniforme riconoscimento, a «principi generali» comuni ai principali sistemi giuridici esistenti (negli stessi termini, TPY, *Kupreškić et al.*, Trial Chamber II, cit., par. 591); TPY, *Milan Milutinović et al.*, 21 maggio 2003, Appeals Chamber, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise*, Case N°. IT-99-37-AR72, par. 44 (*Ojdanić's Decision*), par. 40 ss. Cfr. S. RAGAZZI, *op. cit.*, p. 25; A. BOGDAN, *Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Intern. Crim. Law Rev.*, 2006, pp. 104-105. Sulle fonti della legge internazionale penale e umanitaria cfr. I. BANTEKAS, *Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2006, p. 121; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale I. Diritto sostanziale*, a cura di S. Cannata, Bologna, 2005, p. 28 ss.; A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 499 ss.; A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 174 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 252 ss.

<sup>(158)</sup> V. HAAN, *The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2005, p. 177.

possibile punire la mera partecipazione in una *joint criminal enterprise*, perché ciò significherebbe introdurre una nuova fattispecie (un reato associativo), non previsto nello Statuto in violazione del principio di legalità, *nullum crimen sine lege*, come precisato dal TPY nel caso *Stakić*<sup>(159)</sup> e nel caso *Ojdanić*<sup>(160)</sup>; la «*joint criminal enterprise è un mezzo per commettere un crimine, non un crimine in sé*»<sup>(161)</sup>. Nel caso *Ojdanić* si precisa che non si tratta né di una forma di partecipazione in un'organizzazione criminale (penalizzata separatamente nello Statuto di Norimberga e nella legge n. 10 del CCL), né di una forma di *conspiracy*<sup>(162)</sup>, in quanto l'accordo per compiere un crimine deve essere seguito dalla consumazione per aversi una *joint criminal enterprise*<sup>(163)</sup>. Nel caso *Brdjanin* la Corte d'Appello ha specificato che la dottrina della *joint criminal enterprise* «*provides sufficient safeguard against overreaching or lapsing into guilt by association*»<sup>(164)</sup>.

La necessità di utilizzare il concetto di *joint criminal enterprise* (JCE) nella materia in esame emerge, ad avviso della giurisprudenza del TPY, dal riconoscimento che in una situazione di conflitti armati o di violenza di massa è troppo facile per gli individui provare odio e compiere atti di violenza, ma nondimeno, la presenza di una situazione di violenza di massa non può essere utilizzata come scusa da parte delle persone che commettono, assistono o comunque partecipano nella consumazione di una comune impresa criminosa<sup>(165)</sup>; in una situazione di violenza di massa, infatti, emerge il fenomeno sopra esaminato della «dispersione» della volontà criminosa nella consumazione di crimini attraverso o nell'ambito di un apparato di potere statale, fenomeno che ha già indotto il Tribunale di Norimberga, come esaminato, ad utilizzare tale nozione (*joint criminal enterprise*) per garantire la punibilità dei responsabili<sup>(166)</sup>.

<sup>(159)</sup> *Ibidem*; TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 21.

<sup>(160)</sup> TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 44. Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 291.

<sup>(161)</sup> TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 91; TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 44; TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 14; TPR, *Prosecutor v. André Rwamakuba*, 22 ottobre 2004, *Decision on Interlocutory appeal regarding application of joint criminal enterprise to the crime of genocide*, Appeals Chamber, Case N°. ICTR-98-44-AR72.4, par. 29; TPR, *Kayisbema and Ruzindana*, Trial Chamber, cit., par. 29.

<sup>(162)</sup> G.P. FLETCHER, *The Hamdan Case and Conspiracy as a War Crime, A New Beginning for International Law in the US*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2006, p. 442, in cui si commenta la sentenza *Hamdan*, con cui la Corte Suprema ha affermato che la *conspiracy* non rappresenta un crimine di guerra; G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 291.

<sup>(163)</sup> TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 23-25. Cfr. A. BOGDAN, *op. cit.*, p. 112 ss., il quale evidenzia le similitudini tra la *joint criminal enterprise* elaborata dal TPY e la *U.S. Conspiracy Law*.

<sup>(164)</sup> TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 426.

<sup>(165)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 310.

<sup>(166)</sup> L. CAVICCHIOLI, *op. cit.*, pp. 1064-1065; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*,

Per configurare una comune impresa criminosa, ad avviso del TPY, è necessario che si realizzino le seguenti condizioni: una pluralità di persone, che devono essere organizzate in una struttura amministrativa, politica e militare; l'esistenza di un comune piano, disegno o proposito tra due o più persone che comporta la consumazione di un crimine previsto dallo Statuto<sup>(167)</sup>; la partecipazione dell'accusato al disegno comune che coinvolge la consumazione di uno o più crimini previsti nello Statuto<sup>(168)</sup>, attraverso un atto o un'omissione<sup>(169)</sup>. In alcune sentenze si nega la necessità che la pluralità di persone sia organizzata in una struttura militare, politica o amministrativa<sup>(170)</sup>.

«Se il crimine è commesso da uno dei partecipanti in una *joint criminal enterprise*, tutti i partecipanti sono egualmente responsabili del crimine senza riguardo al ruolo svolto nella sua consumazione»<sup>(171)</sup>; «gli atti di una persona possono comportare la responsabilità penale di un'altra laddove entrambe partecipano nella consumazione di un comune piano criminale»<sup>(172)</sup>.

---

cit., p. 101; ID., *La culpabilité en droit international*, cit., p. 140 ss.; C.M. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., p. 359.

<sup>(167)</sup> Cfr. l'accertamento di tale elemento in TPY, *Prosecutor v. Milan Martić*, 12 giugno 2007, Trial Chamber, Case N°. IT-95-11-T, par. 442 ss.; sulla richiesta dell'accordo come requisito della *joint criminal enterprise* cfr. TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 264; A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 505 ss.; K. GUSTAFSON, *The Requirement of a "Express Agreement" for Joint Criminal Enterprise Liability*, in *Journ. Of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 134 ss.

<sup>(168)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 228; TPY, *Kristić*, Trial Chamber, cit., par. 611; TPY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, 31 luglio 2003, Trial Chamber II, Case N°. IT-97-24-T, par. 435; TPR, *Kayishema and Ruzindana*, Trial Chamber, cit., par. 29; TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 260 e Appeals Chamber, cit., par. 364; TPY, *Prosecutor v. Milan Babić*, 29 giugno 2004, Trial Chamber, Case N°. IT-03-72-S, par. 32; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber I, cit., par. 698; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 511; TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1021 ss.; TPR, *Simba*, Trial Chamber I, cit., par. 387; TPY, *Martić*, Trial Chamber, cit., par. 435; TPY, *Bošković - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 395.

<sup>(169)</sup> Sull'omissione come forma di partecipazione in una *JCE* cfr. TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 24, in cui si precisa che la prova dell'elemento soggettivo come coautore in una *JCE* può essere dedotta anche dal suo comportamento precedente all'omissione; TPY, *Kvocka*, Appeals Chamber, cit., par. 187.

<sup>(170)</sup> TPY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, 22 marzo 2006, Appeals Chamber, Case N°. IT-97-24, par. 64; TPY, *Martić*, Trial Chamber, cit., par. 436 e par. 446 sull'accertamento in concreto di tale elemento; TPY, *Bošković - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 395; cfr. TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 13, in cui si precisa che le persone non devono essere associate in una formale organizzazione. Cfr. H. VAN DER WILT, *Joint criminal enterprise. Possibilities and Limitations*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 95 ss.

<sup>(171)</sup> TPY, *Tadić*, Appeal Chamber, cit., par. 191; TPY, *Kvocka*, Appeals Chamber, cit., par. 99; TPY, *Vasiljević*, Trial Chamber, cit., par. 67; TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 82; TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 435; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber I, cit., par. 702; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 510.

<sup>(172)</sup> TPY, *Tadić*, Appeal Chamber, cit., par. 185; TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 422.



La giurisprudenza del TPY distingue tre forme di partecipazione in un'impresa criminale: nella prima tutti i partecipanti perseguono un disegno comune e condividono il medesimo intento criminale<sup>(173)</sup> (che comporta la consumazione di uno o più crimini previsti nello Statuto<sup>(174)</sup>); la seconda categoria, simile alla prima<sup>(175)</sup>, è quella di coloro che agiscono a favore di un sistema di maltrattamenti o di un sistema nel quale sono commessi crimini, in ragione della loro posizione di autorità o della funzione svolta, con la consapevolezza della natura di quel sistema e l'intento di favorirlo<sup>(176)</sup>; nella terza il partecipe risponde di un crimine diverso rispetto a quello concordato nel piano comune, ma che rappresenta una «naturale e prevedibile conseguenza» di ciò che era stato effettivamente programmato dall'impresa criminale<sup>(177)</sup>.

Il TPR nel caso *Mpambara* definisce la prima forma basilare (*basic*), la seconda sistemica (*systemic*), la terza estesa (*extended*)<sup>(178)</sup>.

Si rinvia all'esame compiuto in altra sede per una disamina puntuale dei presupposti e delle forme di partecipazione in una JCE<sup>(179)</sup>; ai fini del presente lavoro interessa evidenziare i criteri di responsabilizzazione

---

<sup>(173)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 310 e Appeals Chamber, cit., par. 82; TPY, *Vasiljević*, Appeals Chamber, cit., par. 97; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber, cit., par. 703; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 511; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 365; cfr. TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 424. Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., 94 ss.

<sup>(174)</sup> TPY, *Martić*, Trial Chamber, cit., par. 437.

<sup>(175)</sup> G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 288.

<sup>(176)</sup> Cfr. TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 435; TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 202-229, che cita *Trials of Josef Kramer and Forty-Four Others (Belsen Concentration Camp case)*, *United Nations War Crimes Commission*, cit., par. 121. Cfr. TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 267-270; TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 425; TPY, *Krmeljelic* Trial Chamber II, cit., par. 78 ss. e par. 81 e Appeals Chamber, cit., par. 72; TPY, *Vasiljević*, Appeals chamber, cit., par. 98 e Trial Chamber, cit., par. 67; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber, cit., par. 702; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 511; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 365.

<sup>(177)</sup> Per tale distinzione TPY, *Tadić*, Appeal Chamber, cit., par. 202; conforme TPY, *Vasiljević*, Appeals chamber, cit., par. 99-101; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial Chamber, cit., par. 703; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 365; TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 546; TPY, *Boškoski - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 396; TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1021. Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *Criminal Responsibility*, cit., p. 90; ID., *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 97 ss.; V. HAAN, *op. cit.*, p. 167; A. O'ROURKE, *Joint Criminal Enterprise and Brdjanin: misguided overcorrection*, in *Harvard Inter. Law Journ.*, 2006, 1, p. 312 ss.; A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 74; K. WELTZ, *op. cit.*, p. 244 ss.; G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, cit., p. 958; A. CASSESE, *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 111 ss.

<sup>(178)</sup> TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 15.

<sup>(179)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 505 ss.

dei leader utilizzati attraverso l'adozione di tale istituto da parte dei *Tribunali ad hoc*.

Si deve ricordare, innanzitutto, che non solo la nozione di *common purpose* non implica quella di «causazione», nel senso che non occorre accertare che ciascun contributo sia *condicio sine qua non* del reato consumato<sup>(180)</sup> (la partecipazione non deve essere «necessaria o sostanziale»), ma solo che fornisca un contributo «*significant*» per i crimini per cui l'accusato è considerato responsabile<sup>(181)</sup> e in alcune sentenze, addirittura, non si richiede neanche soglia minima del carattere significativo del contributo, come nel caso *Kvôcka*<sup>(182)</sup>. Anche il TPR nel caso *Mpambara* chiarisce, infatti, che «ogni atto o omissione che assiste o contribuisce al proposito criminale può comportare la responsabilità: non si richiede una soglia minima di significato o importanza ...»<sup>(183)</sup>, anzi si distingue tale condotta da quella di complicità (*aiding and abetting*) proprio in base alla considerazione che quest'ultima «deve avere un effetto sostanziale sul crimine», mentre ai fini della partecipazione in una *JCE* non si richiede «una soglia minima» di rilevanza penale<sup>(184)</sup>. La Camera d'Appello nel caso *Tadić*, del resto, ha affermato chiaramente che lo scopo dell'adozione della teoria in esame è quello di non limitare l'applicazione dello Statuto alle condotte espressamente previste («*persons who plan, instigate,...*»), ma di estenderlo, laddove si realizzino i presupposti della comune impresa criminosa, nei confronti di «qualunque contributo alla consumazione del crimine» («*whoever contributes to the commission of crimes...*»)<sup>(185)</sup>.

In relazione alla prima forma, in cui si richiede che l'intenzione di commettere un certo crimine sia condivisa da tutti i partecipanti, sebbene ciascuno rivesta un ruolo diverso nel comune disegno, si evidenzia che nella prassi tale accertamento della condivisione dell'intento talora manca, anche in considerazione dell'alto numero di partecipanti e del più alto livello gerarchico normalmente rivestito dal partecipe rispetto all'esecutore<sup>(186)</sup>, e finisce per essere presunto. La dottrina ritiene che si

<sup>(180)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 199; TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 98-193, che considera, perciò, superabile l'argomentazione della difesa, la quale rileva che la condotta dell'accusato era facilmente sostituibile.

<sup>(181)</sup> TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 90-97-98; TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 545; TPY, *Martić*, Trial Chamber, cit., par. 440; TPY, *Mrkšić - Radić - Canin*, Trial Chamber II, cit., par. 545.

<sup>(182)</sup> TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 187,

<sup>(183)</sup> TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 13; TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 187,

<sup>(184)</sup> TPR, *Mpambara*, Trial Chamber, cit., par. 17.

<sup>(185)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 190. Cfr. *The Law Commission* (Law Com No 305) *Participating in Crime*, May 2007, cit., (1.23) 9; cfr. 59 (3.42 ss.).

<sup>(186)</sup> V. HAAN, *op. cit.*, p. 185; cfr. TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 230; solo

finisca per adottare anche in questa prima (e più rigorosa) forma di *JCE* una nozione di partecipazione troppo ampia e vaga; si compenserebbe la mancanza di una diretta connessione con il crimine con la richiesta di una specifica posizione di autorità o di uno specifico ruolo di potere nella pianificazione o organizzazione del contesto in cui si realizzano i crimini<sup>(187)</sup>. Si evidenzia, inoltre, l'assoluta discrezionalità dell'accusa nella determinazione dello scopo entro cui far rientrare i crimini commessi, che possono essere imputati in base a questa prima forma di *JCE*<sup>(188)</sup>.

La seconda forma di partecipazione in una comune impresa criminosa, quella «conosciuta come sistemica», sebbene comunemente riferita alla categoria dei campi di concentramento, copre tutti i casi relativi a un sistema organizzato con un comune proposito criminale perpetrato contro i detenuti o, comunque, le persone che vivono nell'istituzione<sup>(189)</sup> (come un ospedale o un orfanotrofio); la realizzazione di crimini di violenza contro gli internati deve avvenire su larga scala e in maniera sistematica, al punto, che «diventa palesemente chiaro che l'istituzione è adoperata proprio per scopi criminali»<sup>(190)</sup>. Una volta che un campo è considerato un'istituzione di maltrattamenti, se ne deduce in maniera automatica lo scopo della *JCE*: tutti i crimini realizzati all'interno dell'istituzione sono considerati parte della comune impresa volta a perseguire gli abitanti dell'istituzione; «usando questi criteri diventa – si afferma nel caso *Krnjelac* – meno importante, allo scopo di provare il loro coinvolgimento nel sistema, accertare che ci sia stato un più o meno formale accordo tra tutti i partecipanti»<sup>(191)</sup>.

Il rischio di questa seconda forma di *JCE* è di estendere la responsabilità a tutti coloro che lavorano nell'istituzione, indipendentemente dall'accertamento di un contributo alla consumazione dei crimini consumati, sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo, perché ai fini della partecipazione è sufficiente un qualunque contributo al funzionamento dell'istituzione, anche una condotta in sé neutrale e legale<sup>(192)</sup>.

---

nel caso *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 486, si avrebbe un rigoroso accertamento della condivisione dell'elemento soggettivo.

<sup>(187)</sup> V. HAAN, *op. cit.*, pp. 183-184. Nel caso *Simić*, ad esempio, l'imputato risponde di tale forma di partecipazione nella comune impresa criminosa volta alla persecuzione della popolazione non Serba, per aver «fornito la cornice legale, politica, e sociale nella quale gli altri partecipanti nella comune impresa lavoravano e dalla quale hanno tratto beneficio», così TPY, *Simić*, Trial Chamber II, cit., par. 992, cfr. inoltre par. 991; TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 440; TPY, *Kristić*, Trial Chamber, cit., par. 607 ss.-615-338.

<sup>(188)</sup> A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 134.

<sup>(189)</sup> TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 182.

<sup>(190)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 308; V. HAAN, *op. cit.*, p. 187.

<sup>(191)</sup> TPY, *Krnjelac* Trial Chamber II, cit., par. 187; V. HAAN, *op. cit.*, p. 187.

<sup>(192)</sup> V. HAAN, *op. cit.*, pp. 187-188. Sulla condotta neutrale come forma di complicità cfr. P. CREMER-G.HEINE, § 27, *Beihilfe*, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., par. 10 a, p. 519.

Come emerge già nel caso *Tadić*, si ritiene che l'attiva partecipazione nella realizzazione del piano concertato può essere dedotta dalla posizione di autorità o dalle specifiche funzioni svolte da ciascun accusato all'interno del sistema<sup>(193)</sup>. Non solo non si richiede la partecipazione fisica alla consumazione dei crimini, ma un partecipe può rispondere anche di crimini realizzati in sua assenza, o, addirittura, prima del suo arrivo<sup>(194)</sup>. Anche l'elemento soggettivo di chi partecipa ad un sistema di maltrattamenti (come nei campi di concentramento), – e cioè la consapevolezza della natura del sistema di maltrattamenti e la volontà di favorire questo comune sistema o piano di maltrattamenti –<sup>(195)</sup>, può essere semplicemente *dedotto* dal fatto che il soggetto continui a rimanere nel campo nonostante la sua provata consapevolezza dei crimini perpetrati<sup>(196)</sup>, oppure dalla natura dell'autorità dell'accusato nel campo e dalla sua posizione nella gerarchia<sup>(197)</sup>. Il carattere sistematico dell'impresa sembra giustificare una presunzione che chi fornisce un contributo significativo alla vita e al mantenimento del campo, non può non conoscere il carattere criminale dell'istituzione e volere tutti i reati che *ivi* sono realizzati durante il periodo in cui vi lavora<sup>(198)</sup>. In virtù della posizione di responsabilità rivestita all'interno del sistema si allarga così l'ambito della responsabilità non solo sotto il profilo oggettivo (qualunque contributo al sistema di maltrattamenti comporta la responsabilità per tutti i reati consumati nell'ambito della comune impresa), ma anche soggettivo<sup>(199)</sup>, ritenendo sufficiente una sorta di *dolus generalis* comprensivo di tutto ciò che avviene nel sistema, anche se deciso ed eseguito da altri; si tratta di quel meccanismo probatorio per cui si deduce il dolo dallo *status* rivestito, dai poteri esercitati e dagli obblighi assunti, in base alla congettura (e non in base all'applicazione corretta di una regola di esperienza) per cui un superiore con quell'autorità e in quella posizione gerarchica non poteva non sapere e quindi essere concorrente, almeno moral-

<sup>(193)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 220.

<sup>(194)</sup> *Ibidem*, par. 113-114-99.

<sup>(195)</sup> TPY, *Vasiljević*, Appeals Chamber, cit., par. 101; TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 82.

<sup>(196)</sup> TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 511.

<sup>(197)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 220. Cfr. K.KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p. 239; TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 198 e Trial Chamber, cit., par. 324. Su tali casi nella giurisprudenza dei tribunali di Norimberga (*Dachau Concentration Camp; Nadler and others; Auschwitz Concentration Camp; Belzen*), in cui si adottava questo schema presuntivo in base al quale la consapevolezza poteva essere dedotta dalla posizione di autorità rivestita nel campo, cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 186.

<sup>(198)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 284; V. HAAN, *op. cit.*, p. 189.

<sup>(199)</sup> Cfr. S. POWLES, *Joint criminal enterprise - Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2004, pp. 609-610.

mente<sup>(200)</sup>. Emerge, insomma, il rischio di responsabilizzare in base alla mera posizione rivestita<sup>(201)</sup>.

Si adottano schemi presuntivi simili a quelli adottati dalla giurisprudenza italiana per stabilire la responsabilità dei capi per tutti i delitti eseguiti dall'associazione criminale, affermando che «il “capo”, proprio per la latitudine dei suoi poteri e per la sua posizione di massima supremazia gerarchica, risponderà, in quanto tale, dei reati ascrivibili all'organizzazione nel suo complesso...o ad un suo settore»<sup>(202)</sup>. Si presume anche l'eventuale dolo specifico richiesto per la configurazione di determinate fattispecie, come l'intento discriminatorio della persecuzione nel caso *Kvôcka*<sup>(203)</sup>; o, addirittura, la dottrina paventa una vera e propria inversione dell'onere della prova<sup>(204)</sup>.

Nel caso *Krnojelac* la giurisprudenza ha reagito a questa prassi affermando che essa non è in linea con il principio di colpevolezza e l'applicazione dell'istituto dovrebbe essere ricondotta nei termini della prima forma di *JCE*<sup>(205)</sup>.

La terza forma di partecipazione individuata nel caso *Tadić* attiene alla responsabilità per un crimine diverso rispetto a quello concordato nel piano comune, ma che rappresenta una «naturale e prevedibile conseguenza» di quest'ultimo<sup>(206)</sup>.

<sup>(200)</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Art. 43 c.p.*, in A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, 18; F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 571; Corte di Appello Milano, 22 aprile 1986, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1060 ss., con nota di L. EUSEBI.

<sup>(201)</sup> Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *Criminal Responsibility*, cit., p. 110.

<sup>(202)</sup> Corte d'Assise di Roma, 24 gennaio 1983, Andriani ed altri, in *Foro it.*, 1984, II, p. 187.

<sup>(203)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 199.

<sup>(204)</sup> V. HAAN, *op. cit.*, p. 190; cfr. E. VAN SLIEDREGT, *Criminal Responsibility*, cit., p. 97.

<sup>(205)</sup> TPY, *Krnojelac* Trial Chamber II, cit., par. 78. Il TPY, inoltre, cita TPY, *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin & Momir Talić*, 20 febbraio 2001, Trial Chamber II, *Decision On Objections By Momir Talić To The Form Of The Amended Indictment*, (Brđjanin and Talić), Case N°. IT-99-36/1, par. 27 ss.

<sup>(206)</sup> TPY, *Tadić*, Appeal Chamber, cit., par. 202. In questo caso lo scopo comune era rappresentato dalla rimozione delle persone appartenenti ad una certa etnia dalle loro città, dai loro villaggi, dalla loro regione; nel realizzare tale progetto era prevedibile che una o più vittime venissero uccise. In questa prospettiva tutti i partecipanti sono stati considerati responsabili quando si è accertato che il rischio che venissero consumati degli omicidi costituiva una «predictable consequence of the execution of the common design» e che essi erano stati «reckless or indifferent» a tale rischio (par. 204). Cfr. TPY, *Blagojević-Jokić*, Trial chamber, cit., par. 703; TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 83; TPY, *Brđjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 341 ss., in questo caso tutti i crimini enumerati nei capi di imputazione da 1 a 12 sono stati attribuiti in quanto «naturali e prevedibili conseguenze di quest'impresa», e cioè «la permanente rimozione, attraverso mezzi illegali, della maggioranza degli abitanti Musulmani Bosniaci e Croati Bosniaci dai territori del pianificato Stato serbo»; cfr. A. BOGDAN, *op. cit.*, p. 86 ss.; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 97 ss.

Tale ipotesi è prevista negli ordinamenti di *common law*, alla cui tradizione giuridica appartiene l'istituto della *joint criminal enterprise*<sup>(207)</sup>. La forma di responsabilità in esame si estende, infatti, a coloro che, anche se non vogliono un evento, né assistono i complici per la sua realizzazione o li incoraggiano, pur tuttavia sanno che sussiste un reale rischio che il complice, mentre consuma il reato programmato, realizzerà un diverso reato, del tipo di quello concordato («*parasitic accessory liability*») e, nonostante ciò, continua a collaborare al piano comune<sup>(208)</sup>; il diverso reato non deve essere fondamentalmente diverso da quello (oggettivamente) prevedibile<sup>(209)</sup>. L'imputato sarà chiamato a rispondere dei crimini che pur non rientrando nello scopo o nel piano comune perseguito (I forma di *JCE*), ne rappresentano una naturale e prevedibile conseguenza<sup>(210)</sup> (crimini consumati nell'ambito di un ampio progetto di deportazione della popolazione civile; anzi si ritiene che tali *extended crimes* finiscono successivamente per rientrare nello scopo comune, nel senso che una volta che iniziano a essere consumati e gli imputati, leader della *JCE*, ne sono consapevoli e li accettano, tali crimini rientrano nello scopo comune<sup>(211)</sup>).

In una prima fase, addirittura, la giurisprudenza del TPY non si è limitata ad estendere la responsabilità alle conseguenze previste come rischio reale connesso alla consumazione del reato programmato, ma si è estesa tale forma di responsabilità anche nei confronti delle conseguenze meramente «prevedibili». Tale forma di responsabilità è stata paragonata ad una bomba atomica nell'arsenale del pubblico ministero<sup>(212)</sup>.

<sup>(207)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 527 ss.

<sup>(208)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 143, il quale precisa che tale teoria è stata affermata dal *Privy Council* nel caso *Chan Wing-Siu v. R.*, 1985, in 80 *Cr. App. Rep.*, 117, SCH 231; confermato in *Chan Wing-Siu in Hyde* 1991, 92 *Cr App. Rep.* 131, SCH 233; *Hui Chi-ming* (1992) 94 *Cr. App. Rep.* 236, SCH 235, PC.

<sup>(209)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 143; A. P. SIMESTER - G.R.SULLIVAN, *op. cit.*, p. 215.

<sup>(210)</sup> TPY, *Prosecutor v. Momcilo Krajišnik*, 17 marzo 2009, Appeals Chamber, Case No. IT-00-39-A, 161 ss.

<sup>(211)</sup> TPY, *Prosecutor v. Momcilo Krajišnik*, 27 settembre 2006, Trial Chamber, Case No. IT-00-39-T, par. 1098: «An expansion of the criminal means of the objective is proven when leading members of the JCE are informed of new types of crime committed pursuant to the implementation of the common objective, take no effective measures to prevent recurrence of such crimes, and persist in the implementation of the common objective of the JCE. Where this holds, JCE members are shown to have accepted the expansion of means, since implementation of the common objective can no longer be understood to be limited to commission of the original crimes. With acceptance of the actual commission of new types of crime and continued contribution to the objective, comes intent, meaning that subsequent commission of such crimes by the JCE will give rise to liability under JCE form 1»; cfr. TPY, *Krajišnik*, Appeals Chamber, cit., par. 162 ss.; TPY, *Popović e a.*, Trial Chamber II, cit., par. 10, in cui si precisa che «the crimes that make up the common purpose may evolve and change over time and as such the JCE may have different participants at different times».

<sup>(212)</sup> A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 136.

Tale orientamento assunto, in particolare, nella sentenza della Camera d'Appello nel caso *Tadić*, in un primo passaggio della sentenza<sup>(213)</sup> e nel caso *Kvôcka*<sup>(214)</sup>, finisce per ammettere ampiamente una forma di partecipazione colposa al reato doloso altrui. Nella stessa sentenza d'appello del caso *Tadić*, però, la giurisprudenza del TPY adotta un criterio più ristretto di imputazione soggettiva, conforme alla tradizione giuridica di *common law*, esigendo in capo al concorrente il dolo eventuale dell'altrui reato<sup>(215)</sup>; l'imputato non deve essere consapevole del fatto che quel crimine «*would have occurred*», ma «deve essere consapevole del fatto che tale reato era una possibile conseguenza dell'esecuzione dell'impresa concertata», («una naturale e prevedibile conseguenza») e «con questa consapevolezza, deve avere partecipato all'*enterprise*»<sup>(216)</sup> («consapevole della probabilità che altri crimini possono derivarne»<sup>(217)</sup>). Il coefficiente soggettivo richiesto corrisponderebbe, pertanto, al «dolo eventuale» («*dolus eventualis*») o all'*advertent recklessness*»<sup>(218)</sup>.

<sup>(213)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 204.

<sup>(214)</sup> Nel campo di *Omarska* approssimativamente 36 donne furono detenute, sorvegliate da uomini armati che erano spesso ubriachi, violenti, dediti all'abuso e ai quali era permesso di agire indisturbati: «sarebbe irrealistico e contrario a qualunque logica razionale aspettarsi che nessuna delle donne detenute in *Omarska*, le quali vivevano in condizioni che le rendevano particolarmente vulnerabili, fosse soggetta a stupri o altre forme di violenza sessuale. Questo è particolarmente vero alla luce del chiaro intento dell'impresa criminale di assoggettare il gruppo preso di mira alla persecuzione con mezzi come la violenza e l'umiliazione», cfr. TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 327; M. SASSOLI - L.M. OLSON, *op. cit.*, pp. 749-750.

<sup>(215)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 220-228; conforme TPY, *Kvôcka*, Appeals Chamber, cit., par. 83; TPY, *Milan Babić*, 18 luglio 2005, Appeals Chamber, Case N°. IT-03-72-A, par. 27; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 511; TPY, *Brdjanin*, Appeals Chamber, cit., par. 365, che parla di *dolus eventualis*; conforme TPY, *Martić*, Trial Chamber, cit., par. 439-454, per l'accertamento in concreto; TPY, *Kordić & Cerkez*, Trial Chamber, cit., par. 398; TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 423, richiede l'accettazione del rischio (anche se in altri paragrafi non richiede l'accettazione, ma sembra accontentarsi del fatto che si tratti di una conseguenza naturale e prevedibile); TPY, *Babić*, Appeals Chamber, cit., par. 23 ss.; TPY, *Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, 20 luglio 2005, Appeals Chamber, case N°. IT-02-61-A, par. 44; TPY, *Krstić*, Trial Chamber, cit., par. 616.

<sup>(216)</sup> *Ibidem*; TPY, *Brdjanin and Talić*, 26 giugno 2001, Trial Chamber II, *Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend*, Case N°. IT-99-36-PT, par. 30; TPY, *Vasiljević*, Trial Chamber, cit., par. 63; TPY, *Krstić*, Appeals Chamber, cit., par. 149-150; TPY, *Prosecutor v. Slobodan Milosević*, 16 giugno 2004, Trial Chamber, *Decision on motion for judgement of acquittal*, Case N°. IT-02-54-T, par. 290.

<sup>(217)</sup> TPY, *Krstić*, Appeals Chamber, cit., par. 149-150.

<sup>(218)</sup> TPY, *Ojđanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 28; TPY, *Stakić*, Appeals Chamber, cit., par. 65, cfr. 99 ss.-103; TPY, *Bošković - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 397; TPY, *Popović et a.*, Trial Chamber II, cit., par. 2030 ss.; cfr. la difesa di questa terza forma di JCE in A. CASSESE, *The Proper Limits* cit., 116 ss.; DA ULTIMO M.G. KARNAVAS, *Joint Criminal Enterprise at the ECCC: a critical analysis of the pre-trial chamber's decision against the application of JCE III and two divergent commentaries on the same*, in *Crim. Law Forum*, 2010, 445.

### 5.1. *Le forme di partecipazione in una JCE.*

Un altro profilo controverso dell'istituto della *joint criminal enterprise* attiene alla possibilità di configurare al suo interno come forme di partecipazione sia la coautoria, sia la complicità.

La Camera d'Appello a partire dal caso *Tadić* ha sostenuto che la partecipazione in un «proposito o disegno comune» rientra nella teoria della *co-perpetration* quale prevista dal termine «*committing*» ex art. 7(1)<sup>(219)</sup>; un partecipante al piano comune può essere considerato responsabile come coautore principale per tutti gli atti che rientrano nel piano, indipendentemente dal fatto che egli fu o meno personalmente coinvolto nell'atto.

La Camera ha sottolineato, infatti, che tale interpretazione non solo è imposta dall'oggetto e dallo scopo dello Statuto, ma è richiesta dalla vera natura di molti crimini internazionali che sono commessi comunemente in situazioni di guerra; questi crimini non derivano dalla propensione criminale del singolo individuo, ma rappresentano la manifestazione di «*collective criminality*»: sono realizzati da gruppi di individui che agiscono nel perseguimento di un disegno criminale comune. Si precisa, quindi, che «sebbene alcuni membri del gruppo hanno fisicamente realizzato l'atto criminale,...la partecipazione e il contributo di altri membri del gruppo è spesso vitale nel facilitare la consumazione del reato in questione. Ne consegue che la gravità morale di tale partecipazione è spesso non meno – o piuttosto non differente – rispetto a quella di coloro che hanno effettivamente realizzato gli atti in questione. In queste circostanze considerare penalmente responsabile come autore solo la persona che materialmente realizza l'atto criminale significa non considerare il ruolo come coautore di tutti coloro che hanno reso possibile in qualche modo all'autore l'esecuzione del crimine. Allo stesso tempo, in base alle circostanze del caso, considerare quest'ultimi responsabili solo come complici (*aiders e abettors*) può sottovalutare il grado della loro responsabilità criminale»<sup>(220)</sup>.

---

<sup>(219)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 185-192; conforme TPR, *Rwamakuba*, Appeals Chamber, *Decision on Interlocutory appeal*, cit., par. 29; TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 249; TPY, *Blagojević - Jokić*, Trial chamber, cit., par. 696, cfr. inoltre par. 712-713, in cui si esclude la responsabilità di *Blagojević* come partecipe in una *joint criminal enterprise* proprio perché si ritiene che la sua condotta configuri solo una forma di complicità, *aiding and abetting* (cfr. par. 724 per *Jokić*); TPY, *Milan Milutinović*, 26 febbraio 2009, Case N°. IT-05-87-T, par. 4. Cfr. TPY, *Prosecutor v. Miroslav Deronjić* 30 marzo 2004, Trial Chamber II, Case N°. IT-02-61-S, par. 125. Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 283; L. VAN DEN HERIK - E. VAN SLIEDREGT, *Ten Years Later, the Rwanda Tribunal still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity in Genocide, and the Nexus Requirement for War Crimes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2004, p. 549; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 72.

<sup>(220)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 191-192; TPR, *Rwamakuba*, Appeals Chamber, *Decision on Interlocutory appeal*, cit., par. 29.



Nel caso *Vasiljević* nel ricondurre alla responsabilità penale per *committing* dell'art. 7(1) la partecipazione in una *JCE*, pur distinguendo tra *autori* e *coautori*, si precisa che non si attribuisce alcun rilievo all'interno di una *joint criminal enterprise* al diverso ruolo rivestito: «se il crimine concordato è commesso da uno o l'altro dei partecipanti in una *joint criminal enterprise* ..., tutti i partecipanti in quell'impresa sono ugualmente colpevoli del crimine senza riguardo alla parte assunta da ciascuno nella consumazione»<sup>(221)</sup>.

Si precisa che la partecipazione in un'impresa criminale avviene a titolo di coautoria (*co-perpetrators*), ed è incompatibile con l'attività di mera complicità (*aider* o *abettor*): sotto il profilo oggettivo mentre il contributo del complice deve avere un effetto sostanziale sulla realizzazione di uno specifico crimine, nel caso in cui si agisce per realizzare un comune proposito o disegno, è sufficiente che il compartecipe realizzi atti che in qualche modo siano diretti alla realizzazione del comune piano o proposito<sup>(222)</sup> – non emerge in questo caso la causalità come criterio di tipizzazione, ma si richiede una partecipazione all'organizzazione (sembra riemergere la distinzione tra il partecipe dell'associazione e il concorrente esterno)–; sotto il profilo soggettivo ai fini della complicità si richiede la consapevolezza che con la propria attività si assiste alla consumazione di un (specifico) crimine, mentre ai fini della partecipazione in una comune impresa criminosa si richiede la *condivisione* dell'intento criminale (che non è richiesta per l'attività di mera agevolazione)<sup>(223)</sup>, l'intento di perseguire il comune proposito<sup>(224)</sup>.

<sup>(221)</sup> TPY, *Vasiljević*, Trial Chamber, cit., par. 62-67; TPY, *Brdjanin and Talić*, 28 novembre 2003, Trial Chamber, *Form of the Second Indictment Decision*, Case N°. IT-99-36-T, par. 15; TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 81.

<sup>(222)</sup> TPY, *Vasiljević*, Appeals Chamber, cit., par. 102; TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 229; TPY, *Dario Kordić and Mario Cerkez*, Appeals Chamber, 17 dicembre 2004, Case N°. IT-95-14/2-A, par. 399; TPY, *Kvocka*, Appeals Chamber, cit., par. 184 ss.-188; TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 20; TPY, *Čelebići*, Appeals Chamber, cit., par. 429-430; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999, p. 367. Cfr. TPY, *Brdjanin*, Trial Chamber II, cit., par. 263 che precisa che la partecipazione si può esplicare nel contribuire al piano comune in una varietà di ruoli (si può trattare di una forma di partecipazione diretta o indiretta).

<sup>(223)</sup> TPY, *Tadić*, Appeals Chamber, cit., par. 185-221-229; TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 73-76; TPY, *Ojdanić's Decision*, Appeals Chamber, cit., par. 20; TPY, *Limaj - Bala - Musliu*, Trial Chamber II, cit., par. 510; TPY, *Kvocka*, Appeals Chamber, cit., par. 110, in cui si precisa che «*participants in a basic or systemic form of joint criminal enterprise must be shown to share the required intent of the principal perpetrators*», pur rilevando che ciò non comporta che il coautore dimostri soddisfazione personale, o entusiasmo o la sua iniziativa personale, in quanto occorre distinguere lo «*specific intent*» dal « *motive*», in quanto i motivi sono irrilevanti (par. 105 ss). Cfr. G.-J.A. KNOOPS, *An Introduction to the Law*, cit., p. 64; N. PIACENTE, *Importance of the Joint Criminal Enterprise Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, 2004, 2, pp. 446-449.

<sup>(224)</sup> TPY, *Vasiljević*, Appeals Chamber, cit., par. 102 (ii) - par. 115 ss.; in questa de-

Un diverso orientamento sembra essere elaborato dalla giurisprudenza del TPY nel caso *Kvôcka*, in cui si stabilisce che la partecipazione in una *joint criminal enterprise* può rilevare a titolo di istigazione, commissione (*committing*) o come forma di complicità (*aider o abettor*), distinguendo così i diversi ruoli che può assumere la partecipazione nell'impresa criminale<sup>(225)</sup>. Si sottolinea che è possibile partecipare sia come coautore, sia come complice (*aider o abettor*), ma in quest'ultimo caso è sufficiente per considerare il soggetto responsabile il tradizionale elemento soggettivo connesso a tale forma di partecipazione e cioè la consapevolezza di fornire un contributo sostanziale all'impresa e la consapevolezza dell'intento perseguito dall'autore; se si accerta che il partecipe non si limita a tale consapevolezza, ma condivide l'intento criminale, il suo ruolo nell'impresa sarà considerato quello di un coautore<sup>(226)</sup>. In base al grado e alla natura della partecipazione, l'accusato può essere un agevolatore o un co-autore<sup>(227)</sup>. Si esprime, tuttavia, la convinzione che tale distinzione tra il mero agevolatore e il coautore nell'ambito di un'impresa criminale è difficile, soprattutto se si considera che nel caso di attività continuativa la condivisione dell'intento criminale può essere dedotta dal fatto di continuare a partecipare nonostante la consapevolezza della finalità dell'impresa criminale<sup>(228)</sup>. In quest'ipotesi si dà rilievo al diverso contributo oggettivo tra complice e coautore, anche se poi prevale l'aspetto soggettivo per distinguere i due ruoli.

---

cisione la Camera d'Appello riforma la sentenza del Tribunale, trasformando la condanna come co-autore della *joint criminal enterprise* di persecuzione in quella di complice in omicidio, proprio per la mancanza della *condivisione* dell'intento di uccidere in capo all'imputato (par. 141-142); cfr. l'opinione dissidente del giudice *Shababuddeen*, che ritiene condivisibile la decisione di I grado. Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, pp. 290-291.

<sup>(225)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 310. Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 102.

<sup>(226)</sup> *Ibidem*, par. 273.

<sup>(227)</sup> *Ibidem*, par. 284. Si fa l'esempio di un contabile che gestisce i profitti di un'impresa, senza sapere che essa produce film pornografici con bambini; se costui continua a lavorare per l'impresa dopo aver acquistato tale consapevolezza, potrà essere considerato un agevolatore (*aider o abettor*), anche se si accerta che egli detesta i film pornografici. Se, però, continua a lavorare a lungo per la compagnia e svolge il suo lavoro in maniera competente e efficiente, limitandosi a protestare una sola volta occasionalmente contro i deprecabili scopi della compagnia, sarà ragionevole dedurre che egli condivide l'intento criminale dell'impresa e, allora, diventa un coautore. Se, invece, colui che si limita a pulire gli uffici, continua a lavorare per la compagnia nonostante la consapevolezza dell'attività criminale, egli non potrà essere considerato un partecipe perché il suo ruolo non è considerato sufficientemente significativo, così TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 285-286.

<sup>(228)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 284-328; TPY, Trial Chamber II, *Stakic*, cit., par. 422. Nell'ipotesi in cui lo stato di mente viene dedotto da indizi (*by inference*), la deduzione in questione deve essere l'unica possibile in considerazione delle prove raccolte, così TPY, *Vasiljevići*, Trial Chamber, cit., par. 69; TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 83. Cfr. S. POWLES, *op. cit.*, pp. 612-613.

Emerge da tale analisi come, fondamentalmente, la considerazione come coautori di tutti i partecipanti alla comune impresa criminale sarebbe fondata su una sorta di *concezione soggettivistica* della coautoria per cui sarebbe sufficiente la condivisione del progetto criminoso, indipendentemente dallo scarso rilievo del ruolo svolto (non rileva una soglia minima di rilevanza del contributo), come evidenziato dalla stessa Corte penale internazionale nella *Décision sur la confirmation des charges* del caso Lubanga<sup>(229)</sup>. Si tratta di un'interpretazione discutibile soprattutto se si traduce nel medesimo trattamento punitivo di soggetti che, pur condividendo il medesimo intento, contribuiscono in maniera diversa all'offesa dell'interesse tutelato (anche se il giudice può distinguere in sede di commisurazione il disvalore del ruolo svolto).

Negli ordinamenti di *common law* che conoscono tale istituto della *joint criminal enterprise*, si registrano differenti orientamenti circa il ruolo rivestito dai partecipi all'impresa; l'ordinamento australiano, ad esempio, li considera tutti *principal*, nell'ordinamento inglese ciò è considerato in contrasto con i principi del diritto penale e si ritiene che tutti i partecipi siano complici in secondo grado<sup>(230)</sup>.

Parte della dottrina anglosassone, però, precisa che la teoria della *joint enterprise* serve ad allargare la responsabilità rispetto alla diversa disciplina della complicità, perché per aversi complicità si richiede la volontà di contribuire alla consumazione di un crimine e la consapevolezza del crimine che si realizza, in relazione alla forma di responsabilità in esame, invece, una volta stabilita la comune impresa criminosa, è sufficiente la previsione della possibilità di consumare un crimine<sup>(231)</sup>; le due forme di responsabilità sono incompatibili. La dottrina inglese giustifica questo particolare rigore della disciplina in esame a causa della particolare pericolosità del fenomeno in questione; la prassi dimostra che spesso nell'ambito di una comune impresa si realizzano reati più gravi di quelli programmati<sup>(232)</sup>.

D'altronde la stessa autonomia della categoria, elaborata dalla giurisprudenza internazionale come forma di manifestazione del reato, distinta rispetto al mero concorso di persone, o come forma particolare di concorso di persone, si giustifica proprio perché con essa si vuole cercare di *codificare* in strutture penalistiche quel particolare fenomeno del crimine di massa, della manifestazione di violenza diffusa con volatilizzazione della vo-

<sup>(229)</sup> ICC, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyil*, 29 gennaio 2007, La Chambre préliminaire I, *Décision sur la confirmation des charges*, N°. 01/04-01/06, par. 328-329 ss.

<sup>(230)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 124.

<sup>(231)</sup> Così A.P. SIMESTER - G.R. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 211.

<sup>(232)</sup> *Ibidem*, p. 219, ove si precisa che «le associazioni criminali sono pericolose», «rappresentano una minaccia per l'ordine pubblico», rendendo inadeguata la disciplina penale contro i criminali individuali.

lontà, che si realizza in particolare durante i conflitti armati; ciascuno viene punito, allora, per la sua volontaria partecipazione al sistema criminale, al quale comunque ha deciso di fornire un contributo consentendo di far funzionare la macchina criminale, assumendosi la responsabilità per tutto ciò che viene realizzato dalla macchina proprio perché sa di non dare un semplice contributo alla realizzazione di un singolo determinato crimine, ma a un pericoloso sistema, o meglio congegno criminale che realizza una pluralità di crimini. E, allora, ai fini della partecipazione nella JCE i requisiti oggettivi e soggettivi sono più sfumati rispetto a quelli del concorso di persone, ma la responsabilità è quella di un coautore, il quale, comunque, indipendentemente dalla possibilità di valutare l'efficacia eziologica del suo contributo, ha consentito alla macchina criminale di funzionare. Il rischio che emerge è quello di violare i fondamentali principi penalistici, dal principio di offensività al principio di colpevolezza.

La dottrina italiana ha evidenziato, ancora, che si dovrebbe sottolineare anche sotto il profilo oggettivo la differenza tra la correttezza e la complicità, per evitare il rischio che emerge nella giurisprudenza internazionale di distinguere solo sotto il profilo soggettivo il ruolo del complice e quello del partecipante nella comune impresa criminosa: la condotta di correttezza deve manifestare un «rapporto organico e sistematico dell'agente con l'impresa criminosa, in modo tale da garantirne la continuità e, in ogni caso, di attuarne i fini unitamente alla piena accettazione dei mezzi e dei fini del sodalizio», l'agevolazione può «rappresentare una condotta di carattere episodico che non si innesta in un piano comune ma che, comunque, è in grado di apportare un apprezzabile vantaggio alla realizzazione dell'impresa criminosa»: riecheggiano «in qualche modo la distinzioni, esistenti nel nostro diritto interno, fra le condotte rilevanti ai fini associativi e le condotte di mero concorso esterno all'associazione stessa»<sup>(233)</sup>. Tale interpretazione è apprezzabile, ma rimane sempre l'anomalia di un istituto che consente di imputare tutti i crimini realizzati dai partecipanti alla comune impresa ad un soggetto, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo si sia limitato a fornire un contributo all'organizzazione.

### 5.2. *Il contributo alla JCE in forma omissiva: responsabilità di posizione.*

L'istituto della JCE non solo rischia di comportare una responsabilizzazione come autori del reato di soggetti che hanno fornito un minimo contributo ad un'organizzazione originariamente lecita, limitandosi a svolgere un'attività in sé neutra (lo stesso TPY cita il caso *Dachau* ricordando che

---

<sup>(233)</sup> E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., pp. 145-146.

non solo ogni persona coinvolta in attività amministrative o in attività di supervisione nel campo di concentramento è stata considerata colpevole di partecipazione nel «disegno comune», ma chiunque svolgesse una funzione nel campo è stato giudicato responsabile, perché comunque forniva un contributo al funzionamento del campo<sup>(234)</sup>), ma, anche quando come nel caso *Einsatzgruppen*, giudicato da un Tribunale Penale Internazionale del dopoguerra, si è sottolineato che non basta la mera partecipazione nell'organizzazione senza riguardo allo scarso livello del ruolo rivestito, – anche se l'imputato è consapevole del proposito criminoso –<sup>(235)</sup>, si ritiene che la responsabilità per la partecipazione in un'organizzazione criminale si distingue dalla responsabilità per la partecipazione in una *joint criminal enterprise* solo in relazione a soggetti che rivestono un ruolo secondario, mentre la forma di responsabilità in questione (partecipazione in una comune impresa criminosa) si può *presumere* nell'ipotesi in cui l'accusato rivesta una tale posizione di responsabilità, per esempio comandante di una sub-unità, da consentire di adottare una simile presunzione<sup>(236)</sup>. Addirittura la giurisprudenza in materia di campi di concentramento ha elaborato la teoria per cui sono considerati responsabili tutti coloro che sono membri dello staff, i quali hanno consapevolezza che dei crimini vengono commessi, tranne che si tratti di soggetti che non abbiano alcun ruolo (amministrativo o di supervisione) o che pur rivestendo un certo *status*, forniscono un contributo insignificante<sup>(237)</sup>. Tale orientamento viene ripreso e condiviso dal TPY nel caso *Kvôcka*, in cui si precisa che una persona con significativa autorità o influenza, la quale consapevolmente omette di lamentarsi o protestare, fornisce automaticamente una forma di «assistenza sostanziale o di supporto all'attività criminale» attraverso il suo silenzio, considerato come una sorta di approvazione («in particolare se presente alla scena dell'attività criminale»)<sup>(238)</sup>.

Si attribuisce così rilevanza penale a titolo di concorso attivo, nella

---

<sup>(234)</sup> *Trial of Weiss and Thirty-Nine Others (Dachau Concentration Camp case), United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI, 13; TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 302 ss. Nel caso *Kiel Gestapo* sono stati considerati responsabili tutti i presenti, in quanto la consapevolezza che un crimine sta per essere commesso e la partecipazione, nonostante tale consapevolezza, sono state considerate sufficienti per attribuire la responsabilità; anche gli autisti, che lamentavano di aver eseguito gli ordini della Gestapo e di non essere membri dell'organizzazione, e di non aver nulla a che fare con l'intero affare, sono stati considerati responsabili, cfr. *British Military Court, Hamburg, Gjzrmány*, 1st July-3rd September, 1947, Case no. 62, *Trial of Max Wielen and 17 others - The Stalag Luft III*, Case n. 62, in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI, 1949 (TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 298).

<sup>(235)</sup> Cfr. TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 278.

<sup>(236)</sup> *Trials of War Criminals, Einsatzgruppen Case*, XI, cit., 581-587.

<sup>(237)</sup> Cfr. TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 282.

<sup>(238)</sup> *Ibidem*, par. 309.

forma della partecipazione alla *JCE*, alla mera inerzia, interpretata come tolleranza; tale giurisprudenza risponde a quella logica per cui la tolleranza di una sistematicità criminale nelle organizzazioni legali significa non solo «non impedimento», ma anche «garanzia del non impedimento». La tolleranza manifesterebbe una scelta politica dell'organizzazione in questione (esercito, impresa, ...), che spinge il soggetto ad agire criminosamente<sup>(239)</sup>; si ritiene, infatti, che dinanzi ad un'attività criminosa abituale, divenuta elemento essenziale di un certo modo di essere dell'organizzazione, è difficile credere che i responsabili dell'organizzazione non l'abbiano tollerata attivamente. La mera tolleranza, insomma, viene equiparata alla direttiva o all'incoraggiamento, laddove si inserisce nella complessità dei sistemi organizzati; «l'inazione sembra assumere un significato diverso nel momento in cui diviene incentivo, in un contesto lecito di base, di devianze criminali dell'organizzazione»<sup>(240)</sup>. Attraverso la *contestualizzazione* dei meccanismi di interazione personale si attribuisce rilievo causale (causalità psicologica) alla mancata interdizione dell'altrui iniziativa delittuosa, attraverso indebite semplificazioni probatorie, con «conseguente creazione di forme «verticistiche di responsabilità concorsuale di dubbia compatibilità con il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole»<sup>(241)</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* in materia di *joint criminal enterprise* finisce così per equiparare l'omissione all'azione sulla base dell'«appartenenza al gruppo», qualificata da una posizione particolare al suo interno; la semplice connivenza, se considerata nel complesso delle circostanze e con specifico riferimento all'operare in un gruppo, si avvicina alla fattiva collaborazione. In tale modo si amplia il concetto di istigazione nell'ambito di un contesto organizzato sino al punto da farvi rientrare le condotte tolleranti in virtù del loro carattere «funzionale» all'organizzazione, finendo, inoltre, per dare rilievo a condotte omissive in mancanza dei necessari presupposti normativi; nella migliore delle ipotesi la prova della co-

<sup>(239)</sup> A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 237.

<sup>(240)</sup> Così A. SERENI, *Istigazione al reato*, cit., p. 173; Id., *Responsabilità personale*, cit., p. 831.

<sup>(241)</sup> L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., pp. 54-55; cfr. in relazione alla responsabilità dell'imprenditore o dei vertici per i reati commessi all'interno dell'azienda A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 226 ss., il quale individua tale orientamento anche nella giurisprudenza che sostiene la responsabilità dei capi della banda a titolo di concorso morale per i delitti commessi dai partecipi, cfr. ad esempio Corte di Assise di Torino, 26 luglio 1983, Accella e altri, in *Foro it.*, 1984, II, pp. 187 ss.; Corte d'Assise di Genova, 26 febbraio 1983, Azzolini ed altri, *ivi*; Corte d'assise di Roma, 24 gennaio 1983, Andriani ed altri, *ivi*, p. 188 ss.; D. RENDE, *Disposizioni penali in materia di società e consorzi*, Bologna, 1948, p. 4 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, vol. I, p. 233, nota 40; G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale*, Milano, 1956, p. 141 ss.; M. DELMAS MARTY, *Droit pénal d'affaires*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1990, p. 435; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 191.

noscenza dell'illecito da parte del superiore finisce per essere sufficiente per suffragare, in via di deduzione logica, l'esistenza di un'autorizzazione o comunque di una direttiva istigante<sup>(242)</sup>, nella peggiore delle ipotesi si deduce dalla posizione rivestita sia il contributo istigativo, sia il relativo dolo.

Tale giurisprudenza, insomma, che considera i comandanti o i superiori, istigatori o, comunque, responsabili dei crimini compiuti nel sistema di appartenenza (unità militare, campo di prigionia, azienda) in virtù della mera posizione di supremazia rivestita, rischia di condannare tali soggetti in base ad una sorta di responsabilità di posizione, in violazione del principio di offensività, perché manca un effettivo contributo alla consumazione del crimine, e del principio di colpevolezza, che deve essere colpevolezza per il fatto<sup>(243)</sup>; si attribuisce rilievo ad una sorta di consenso tacito in base ad un mero automatismo o ad un'esigenza pratica di semplificazione probatoria in processi ad alta valenza indiziaria, finendo per attribuire rilievo ad un mero consenso «presunto» o meramente «congetturato», che non dovrebbe avere nessun rilievo penale<sup>(244)</sup>.

Si dimentica, inoltre, che la responsabilità per un reato, anche se realizzato nell'ambito di una comune impresa criminosa, richiede non la mera rappresentazione vaga e indeterminata dei programmi del gruppo, ma la rappresentazione e la volizione dello specifico reato, che deve avere acquistato una specifica identità nel tempo e nello spazio, “che consenta di collocarlo in un contesto di circostanze storicamente ben determinate”<sup>(245)</sup>. Se non si vuol dar vita ad una forma di responsabilità collettiva presunta, per affermare il dolo si deve, insomma, accertare la sussistenza di una rappresentazione e di un atto di decisione che abbia ad oggetto fatti “concreti” ed “attuali”<sup>(246)</sup>. La giurisprudenza del TPY, invece, si accontenta talvolta di una sorta di generica consapevolezza delle finalità del sistema per imputare tutti i crimini consumati a ciascun partecipe e soprattutto a coloro che rivestono una particolare posizione.

<sup>(242)</sup> Cfr. A. SERENI, *Istigazione al reato*, cit., p. 176.

<sup>(243)</sup> Cfr. in tale direzione E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 107.

<sup>(244)</sup> Così Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Proc. gen. App. Perugia in c. Calò e altri, in *Foro it.*, 2004, p. 161; in tale direzione Cass., 27 aprile 2001, Riina, *ivi* 2002, II, 359; Cass. 14 luglio 1994, Buscemi, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Misure cautelari personali*, n. 183; in un settore diverso, quello di tangentopoli, cfr. la già citata Cass., 16 aprile - 17 giugno 1998, n. 7240, Civardi e altro, in *Guida al diritto*, 4 luglio 1998, n. 26 (si veda *supra* cap. III, nota 328). Cfr. L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., p. 63.

<sup>(245)</sup> G. SPAGNOLO, *Il problema dei limiti della responsabilità*, cit., pp. 47-48.

<sup>(246)</sup> *Ibidem*.

### 5.3. La compatibilità della JCE con i principi penalistici.

Dall'esame giurisprudenziale svolto, emerge, in conclusione, come l'istituto della *joint criminal enterprise* comporta un ampliamento della rilevanza a titolo di concorso della punibilità rispetto a comportamenti non condizionanti l'effettiva consumazione dei crimini.

Nell'ambito di una *joint criminal enterprise*, infatti, da una parte, in chiave garantistica, la mera organizzazione non è punibile in sé, ma solo come forma di consumazione di specifici reati, dall'altra parte, però, si finisce, talora, per punire a titolo di concorso la mera partecipazione al *sistema* (campo di prigionia, esercito, azienda), in mancanza di un sufficiente accertamento di uno specifico contributo alla realizzazione del reato consumato nell'ambito del sistema e del relativo elemento soggettivo; tale contributo finisce per essere considerato implicito nella collaborazione prestata al funzionamento del sistema criminale. Si rischia di violare il principio di legalità, prevedendo surrettiziamente una fattispecie associativa dai confini assolutamente indeterminati e punendo delle condotte indipendentemente dal loro legame con un crimine, e il principio di colpevolezza, rischiando di punire un soggetto per il fatto altrui (ogni membro risponde di tutti i crimini consumati nell'ambito dell'organizzazione in base ad una sorta di *dolus generalis*) o, comunque, in maniera sproporzionata rispetto all'effettivo contributo fornito all'offesa agli interessi tutelati. Tanto più che in base ad un'equiparazione di natura prettamente soggettivistica tutti i compartecipi sono considerati coautori (finendo per equiparare il disvalore dei diversi contributi, in violazione del principio di proporzione)<sup>(247)</sup>.

Tale elasticità dell'istituto comporta il pericolo che venga utilizzato per imputare dei crimini in mancanza di prove, in un'ottica, pur legittima, di protezione delle vittime<sup>(248)</sup>.

La dottrina esprime, infatti, il timore che l'istituto in esame sia utilizzato dal TPY per superare le difficoltà concernenti l'attribuzione della responsabilità individuale, a partire dall'identificazione dei diretti esecutori di un crimine al discernimento dell'esatto ruolo che la persona accusata ha svolto nella sua consumazione; in particolare si rivela particolarmente problematica la determinazione di una connessione causale tra la condotta dell'accusato e i crimini o i diretti esecutori, laddove l'accusato non ha partecipato personalmente agli atti criminali ma ha agito a livello decisionale o organizzativo, o ha agito nelle sfere politiche in mancanza di una rigida gerarchia organizzativa della sfera militare, come emerge dal caso *Krnojelac*<sup>(249)</sup> e *Stakić*<sup>(250)</sup>.

---

<sup>(247)</sup> Cfr. G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 292; D. OHLIN, *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>(248)</sup> A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 132.

<sup>(249)</sup> TPY, *Krnojelac*, Trial Chamber, cit., par. 343-525.

<sup>(250)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber, cit., par. 201. Così V.HAAN, *op. cit.*, 173 ss.



L'istituto viene utilizzato, inoltre, per superare i problemi di accertamento dell'elemento soggettivo; molte volte non emerge chiaramente nelle sentenze se determinati crimini sono stati eseguiti perché ordinati o pianificati dall'accusato, che agisce a livello decisionale, oppure se sono stati realizzati dagli esecutori che hanno agito di propria iniziativa senza l'approvazione dei superiori<sup>(251)</sup>; non è necessario provare, come emerge dal caso *Brdjanin*<sup>(252)</sup>, che «ogni partecipante è d'accordo circa l'esecuzione di ciascun crimine commesso» (in particolare la seconda categoria di *joint criminal enterprise* consente di dedurre genericamente l'*intent* richiesto, mentre la terza categoria consente di imputare i crimini che rappresentano solo una conseguenza naturale e prevedibile dell'impresa). La comune impresa criminosa minimizza le difficoltà probatorie, in quanto richiede solo un indiretto collegamento tra l'accusato e uno specifico crimine, basandosi sull'assunto che il crimine non è commesso da un singolo individuo, ma da una pluralità di persone in base ad una divisione dei compiti; si ritiene possibile, come esaminato, considerare tutti responsabili per aver contribuito alla realizzazione dello scopo comune indipendentemente dal ruolo svolto<sup>(253)</sup>.

Lo stesso TPY ha evidenziato nel caso *Stakić* che un'interpretazione eccessivamente ampia della *joint criminal enterprise* rischia di comportare «una flagrante violazione del principio nullum crimen sine lege»<sup>(254)</sup> e addirittura, il giudice *Per-Johan Lindholm*, nella sua opinione separata nel caso *Simić*, ha espressamente criticato la dottrina della *joint criminal enterprise*, considerandola in conflitto con il concetto di «commissione» espresso nell'art. 7(1) StTPY, nonché fonte di confusione e controproducente per la diffusione del diritto internazionale penale<sup>(255)</sup>.

La dottrina, insomma, paventa il timore che tale istituto, se non viene applicato con molta cautela, comporti forme di «*collective guilt*»<sup>(256)</sup>. La

<sup>(251)</sup> Così V. HAAN, *op. cit.*, p. 174; cfr. TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 412; TPY, *Krstić*, Trial Chamber, cit., par. 153 ss.-434 ss.

<sup>(252)</sup> TPY, *Brdjanin*, Rule 89, Trial Decision, cit., par. 17.

<sup>(253)</sup> G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 292.

<sup>(254)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 433.

<sup>(255)</sup> TPY, *Simić*, Trial Chamber II, cit., *Separate and partly dissenting opinion of Judge Per-Johan Lindholm*, par. 2-5. Cfr. M.E. BADAR, "Just Convict Everyone!" - *Joint Perpetration: From Tadić and Stakić and Back Again*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2006, p. 293; A. O'ROURKE, *op. cit.*, p. 307.; K. HAMDORF, *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 208.

<sup>(256)</sup> Così W. SCHABAS, *An Introduction*, II, cit., p. 104; sui rischi di un eccessivo ampliamento di tale forma di responsabilità che rischia di trasformarsi in una forma di responsabilità collettiva cfr. M.A. DRUMBL, *Pluralizing international*, cit., p. 1302 ss.; J. CRAWFORD, *The drafting of the Rome Statute*, in P. SANDS, *From Nuremberg to the Hague: the Future of International Criminal Justice*, Cambridge, 2003, p. 109 ss.; R. OVERY, *The Nuremberg Trials: international law in the making*, *ivi*, p. 28; A. CLAPHAM, *Issues of comple-*

ricostruzione della comune impresa criminosa negli atti di accusa si riduce spesso a una descrizione dei fatti avvenuti, che rappresentano il mero contesto dell'eventuale impresa criminosa, senza riuscire a provare i presupposti della comune impresa; non solo, ma addirittura negli atti di accusa si assiste ad una proliferazione di *JCE* rispetto allo stesso periodo, agli stessi fatti e agli stessi partecipanti<sup>(257)</sup>. Ciò dimostra l'eccessiva elasticità della nozione di *joint criminal enterprise* e la conseguente difficoltà dell'imputato nel difendersi da accuse prive di tassatività.

Lo stesso TPY ha denunciato la vaghezza delle accuse per partecipazione in una *joint criminal enterprise*, invitando la Pubblica accusa a non limitarsi genericamente ad imputare i fatti ex art. 7(1) StTPY<sup>(258)</sup>. Emerge il rischio di punire per la mera partecipazione al gruppo (partito politico, esercito, il *crisis staff* di una regione, un ministero), con inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato che deve dimostrare che «*he did not partake in a criminal purpose that was assisted or pursued by that group*»<sup>(259)</sup>.

Nella sua opinione dissenziente nel caso *Gacumbitsi* il giudice *Shahabudden* mette in evidenza che la responsabilità per partecipazione in una *JCE* diventa una forma di «responsabilità derivata» in contrasto con il principio della responsabilità penale personale, dato che è possibile imputare ad un soggetto «la criminalità di altri» senza che sia accertato il carattere sostanziale del contributo, senza che sia necessario che l'accusa stabilisca che la «partecipazione dell'accusato è *condicio sine qua non*, senza la quale i crimini non si sarebbero potuti realizzare», senza accertare un «sostanziale collegamento personale alla consumazione del crimine attuale»<sup>(260)</sup>.

A fronte di tali timori si registra, tuttavia, un diffuso uso di tale istituto da parte del TPY, come titolo di imputazione di responsabilità per crimini di massa in capo ai vertici delle gerarchie militari e ai politici, con ampio

---

*xity, complicity and complementarity: from the Nuremberg Trials to the dawn of the new International Criminal Court*, *ivi*, p. 30 ss.; C. BOOTH, *Prospect and Issues for the International Criminal Court: lessons from Yugoslavia and Rwanda*, *ivi*, pp. 184-185; J.D. OHLIN, *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>(257)</sup> È interessante il confronto tra l'atto di incriminazione di *Milosević*, accusato di far parte di una *JCE* con membri della leadership serba, serbo bosniaca e croato bosniaca, e gli atti di accusa degli altri partecipanti citati nell'incriminazione del presidente; sebbene le incriminazioni di *Plavšić*, *Martić* e *Stanisić* sono relative agli stessi eventi citati in quella di *Milosević*, le *JCE* sono descritte differentemente e anche i partecipanti indicati sono diversi.

<sup>(258)</sup> TPY, *Krnojelac*, Appeals Chamber, *cit.*, par. 138; cfr. TPR, *Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana*, 13 dicembre 2004, Appeals Chamber, Case N°. ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-T-A, T.Ch.I, par. 475; TPY, *Kvocka*, Appeals Chamber, *cit.*, par. 28, 42; TPR, *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, 7 luglio 2006, Appeals Chamber, Case N°. ICTR-2001-64-A, par. 161-162.

<sup>(259)</sup> G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 292-293.

<sup>(260)</sup> TPR, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, *cit.*, *Dissenting Opinion of Judge Shahabudden*, par. 44.

uso di discrezionalità da parte dei pubblici ministeri nel determinare lo scopo della comune impresa<sup>(261)</sup>.

5.4. *La partecipazione in una JCE come forma di coautoria nella sentenza Stakić (il controllo del crimine).*

Nel caso *Stakić*, dopo avere analizzato la teoria della *joint criminal enterprise* nei termini e nelle forme sopra indicate<sup>(262)</sup>, la Trial Chamber afferma espressamente che sono possibili altre interpretazioni, più dirette e tradizionali, del termine «*commission*» dell'art. 7(1) StTPY e altre teorie che spiegano la coautoria (*co-perpetration*), che la Corte preferisce prendere in considerazione prima di accogliere la teoria della JCE<sup>(263)</sup>.

La Corte ritiene che con il termine «*committing*» si fa riferimento a una condotta di partecipazione, fisica o altrimenti diretta o indiretta (si richiama la nozione di autorità mediata - *mittelbare Täterschaft*), alla realizzazione degli elementi materiali del crimine attraverso atti commissivi o, in virtù di un obbligo di agire, omissivi, realizzati personalmente o insieme ad altri. «L'accusato non deve partecipare personalmente in tutti gli aspetti della condotta criminale imputata»<sup>(264)</sup>.

La Corte ritiene, quindi, necessaria una più accurata disamina del termine *commission*, per la cui interpretazione richiama la teoria della coautoria di *Roxin*, fondata sulla nozione di controllo del crimine, osservando che tale teoria è accolta sia in ordinamenti di *civil law* sia in ordinamenti di *common law*, e, pur ritenendo che si sovrapponga in parte con la teoria della JCE, la preferisce in quanto consente di superare il timore di introdurre un nuovo reato, partecipazione in un'organizzazione criminale, non previsto nello Statuto del Tribunale<sup>(265)</sup>. Gli elementi della teoria in

<sup>(261)</sup> A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 105-135 ss.; cfr. W. JORDASH-P. VAN TUYL, *Failure to Carry the Burden of Proof - How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2010, p. 591 ss.

<sup>(262)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, *cit.*, par. 421 ss.

<sup>(263)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, *cit.*, par. 421 ss.: «*The Trial Chamber emphasises that joint criminal enterprise is only one of several possible interpretations of the term "commission" under Article 7(1) of the Statute and that other definitions of co-perpetration must equally be taken into account. Furthermore, a more direct reference to "commission" in its traditional sense should be given priority before considering responsibility under the judicial term "joint criminal enterprise"*». Cfr. H. VAN DER WILT, *op. cit.*, 102 ss.

<sup>(264)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, *cit.*, par. 439.

<sup>(265)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, *cit.*, par. 441, che cita C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, *cit.*, 278; A. SWORTH, *Principals of Criminal Law*, II Edition, Oxford, 1995, p. 409 ss.; G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000, p. 637 ss. Cfr. H. OLÁSOLO - A. PÉREZ CEPEDA, *The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in*

esame descritti dal TPY in questa sentenza sono gli stessi che saranno analizzati dalla Pre-Trial Chamber della Corte Penale Internazionale a partire dal caso Lubanga, come si esaminerà.

Tale teoria, come evidenzia la dottrina, presuppone, però, una struttura di rapporti paritari, di carattere orizzontale, e non può essere applicata ad un apparato di potere fondato su rapporti gerarchici; nel caso in esame, infatti, il TPY applica la teoria del controllo funzionale del crimine per spiegare i rapporti dell'imputato con gli altri *leader*, al vertice di altre istituzioni, e la loro realizzazione in comune del piano criminale, mentre adotta la teoria del *controllo della volontà*, quale fondamento dell'autorità mediata – entrambe le teorie sono espressione della teoria del controllo del crimine –, per spiegare i rapporti dell'imputato con i suoi subordinati<sup>(266)</sup>.

Tale nozione di coautoria fondata sul controllo del crimine è stata rigettata dalla Camera d'Appello, in base alla considerazione che non si tratterebbe di una teoria fondata sul diritto consuetudinario internazionale o sulla prassi giurisprudenziale precedente dello stesso Tribunale; la Camera ritiene, piuttosto, che, per garantire la coerenza e la certezza del diritto, è preferibile ricondurre i fatti in esame nell'ambito della teoria della *joint criminal enterprise*, riconosciuta come espressione del diritto consuetudinario internazionale e ampiamente applicata dallo stesso TPY<sup>(267)</sup>. In realtà, la Trial Chamber nel caso *Stakić* si è rivelata assolutamente lungimirante, come si esaminerà.

#### 6. La responsabilità personale nello Statuto della Corte Penale Internazionale.

«La piena affermazione di un diritto punitivo della Comunità internazionale su tutti gli individui colpevoli dei più gravi crimini contro la pace e la sicurezza del genere umano» è stata consacrata nello Statuto di Roma del 1998, così affermando la necessità di quel «diritto internazionale penale», per lungo tempo negata e oggi reclamata dal «sentimento giuridico degli individui e dei popoli»<sup>(268)</sup>.

*the Stakić Case*, in *Int. Crim. Law Rev.*, 2004, p. 475 ss.; H. OLÁSULO, *Reflections on the Treatment of the Notion of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2007, p. 143 ss.

<sup>(266)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 469 ss.; ampiamente in materia cfr. OLÁSULO - A. PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*, p. 508 ss. Cfr. TPR, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, cit., *Separate Opinion of Judge Shomburg*, par. 22 (cfr. par. 14 ss.), e *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, par. 46, cfr. inoltre 42 ss. - 47-50; TPY, *Simić*, Appeals Chamber, cit., *Dissenting Opinion of Judge Schomburg*, par. 17. Cfr. M.E. BADAR - N. KARSTEN, *Current Developments at the International Criminal Tribunals*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2007, pp. 174-175; per una disamina di tali opinioni dissenzienti cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 550 ss.

<sup>(267)</sup> Cfr. H. OLÁSULO, *op. cit.*, p. 143 ss..

<sup>(268)</sup> Così G. VASSALLI, "Statuto di Roma", *Note sull'istituzione di una Corte penale internazionale*, in *Riv. studi politici int.*, 1999, p. 10.

Alla base dello Statuto si pone la presa di coscienza del fatto che persone, che agiscono in virtù dell'autorità di uno Stato o di un'organizzazione, possono utilizzare gli strumenti e le capacità di tali apparati di potere per commettere crimini internazionali, con la conseguente esigenza di prevenire e punire tali crimini<sup>(269)</sup>. I crimini che rientrano nella giurisdizione della Corte, infatti, sono la tipica espressione di una politica di Stato, che non può essere realizzata se non con la direzione di persone che sono poste ai più alti vertici dello stesso Stato o comunque che dispongono di notevoli poteri e capacità di influenza; basti pensare che i crimini contro l'umanità devono essere realizzati nell'ambito di un attacco ampio e sistematico, i crimini di guerra (per rientrare, «*in particular*», nella giurisdizione della Corte) devono essere espressione di un piano o politica o essere consumati su larga scala, a parte che per le loro stesse caratteristiche devono essere realizzati da persone che rivestono posizioni di potere, ad esempio l'estesa distruzione o appropriazione di beni (art. 2(a)(iv)), attacchi o bombardamenti (art. 2(b)(v))<sup>(270)</sup>.

La connessione di tali crimini con persone in posizione di comando e legate ad una politica di Stato comporta, del resto, che lo Stato non ha la volontà o la capacità di difendere le vittime, essendo esso stesso coinvolto nella consumazione dei crimini, anzi spesso, addirittura, i crimini sono l'espressione di una politica statale di *vittimizzazione della popolazione civile*<sup>(271)</sup> (anche l'art. 7 dello StCPI, l'art. 3 dello StTPR e l'art. 4 dello StTPY richiedono per la realizzazione di «crimini contro l'umanità» un «attacco generalizzato e sistematico *contro la popolazione civile*»), con la conseguenza che spetta alla comunità internazionale intervenire per garantire la tutela delle vittime, riportare la pace e la giustizia<sup>(272)</sup>; proprio la lesione dei diritti umani da parte dello Stato e quindi l'impossibilità di ottenere giustizia a livello nazionale, rende necessaria la creazione di un sistema di giustizia soprannazionale<sup>(273)</sup>.

L'affermazione del principio della responsabilità penale individuale per i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra (art. 17-20 StCPI), dovrebbe svolgere l'effetto deterrente, di cui parla il preambolo al paragrafo 5 (e 11) dello Statuto, in quanto avvisa i potenziali violatori dei fondamentali diritti umani che i loro crimini non saranno dimenticati in virtù di un compromesso politico o di esigenze di pacificazione internazionale, come avveniva nel passato<sup>(274)</sup>. La responsabilizzazione degli individui dovrebbe di-

<sup>(269)</sup> G.R. VETTER, *op. cit.*, p. 89.

<sup>(270)</sup> O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function*, cit., p. 153.

<sup>(271)</sup> M.C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, cit., p. 53.

<sup>(272)</sup> O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function*, cit., pp. 158-160.

<sup>(273)</sup> Cfr. O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function*, cit., p. 154.

<sup>(274)</sup> S.R. RATNER - J.S. ABRAMS, *op. cit.*, p. 336; M. McAULIFFE DEGUZMAN, *op. cit.*, p. 340; I. LIROLA DELGADO - M.M. MARTÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 25; J.E. STROMSETH,

stogliere i singoli dal collaborare nell'esecuzione di politiche e strategie criminali di organizzazioni e Stati, consapevoli che non possono giustificarsi in virtù del ruolo rivestito o di una pretesa ragion di Stato<sup>(275)</sup>.

Lo Statuto della Corte Penale Internazionale riconosce innanzitutto il carattere individuale della responsabilità penale per i crimini di guerra (art. 25)<sup>(276)</sup> e fonda espressamente la responsabilità penale sulla colpevolezza richiedendo con l'art. 30 un determinato l'elemento soggettivo ai fini dell'imputazione del reato, «*intent and knowledge*», e dando rilievo con l'art. 32 all'errore come causa di esclusione della colpevolezza<sup>(277)</sup>.

Con tale disciplina lo Statuto non solo rifiuta la nozione di «*result liability*» in base alla quale un soggetto risponde dei risultati della propria azione illecita indipendentemente dall'elemento soggettivo, ma rifiuta anche quelle forme di «*strict liability*» accolte negli ordinamenti di *common law*<sup>(278)</sup>. «Forse per la prima volta nella legislazione internazionale, lo Statuto di Roma proclama un principio che, se non necessariamente risalente alla legge di Roma, fu essenzialmente sviluppato nella legge canonica e fu finalmente espresso nella massima latina: “*actus non facit reum nisi mens rea*”»<sup>(279)</sup>.

In conformità al principio di colpevolezza lo Statuto adotta, insomma,

---

*Introduction: Goals and Challenges in the Pursuit of Accountability*, in *Accountability for Atrocities - National and International Responses*, New York, 2003, p. 9; K. WELTZ, *op. cit.*, p. 199 ss.; S. STARR, *Extraordinary Crimes at ordinary times: international justice beyond crisis situations*, in *Northwestern Univ. Law Rev.*, 2007, pp. 101-1257. O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function*, *cit.*, p. 143 (164 ss.).

<sup>(275)</sup> Cfr. G. KARL, *Völkerrechtliche Immunität im Bereich der Strafverfolgung schwerster Menschenrechtsverletzungen*, Baden-Baden, 2002, p. 336; in questa direzione M.C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, *cit.*, p. 47; P.R. WILLIAMS - M.P. SCHARF, *op. cit.*, p. 21; A.T. O'REILLY, *Command Responsibility: A Call to Realign the Doctrine with Principles of Individual Accountability and Retributive Justice*, in *Gonzaga Law Rev.* 2004/2005, p. 127. *Contra* A. MARTINI, *Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, *cit.*, pp. 229-230, il quale dubita della capacità generalpreventiva dello Statuto; P. CALZINI, *Ordine e giustizia nel sistema internazionale. Il caso dei crimini di guerra*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, Milano, 1998, p. 211.

<sup>(276)</sup> Cfr. I. CARACCILOLO, *Dal diritto penale internazionale*, *cit.*, p. 195 ss.; A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 778.

<sup>(277)</sup> Cfr. A. ESER, *Mental Elements*, *cit.*, p. 889 ss.; A. VALLINI, *L'elemento soggettivo nei crimini di competenza della Corte penale internazionale*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, *cit.*, p. 52 ss.; R.S. CLARK, *Drafting A General Part to A Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings*, in *19 Crim. Law Forum*, 2008, p. 524.

<sup>(278)</sup> A. ASHWORTH, *op. cit.*, p. 135; W.R. LAFAYE, *Modern Criminal Law - Cases, Comments and questions*, Second edition, St. Paul - Minnesota, 1988, p. 150 ss.

<sup>(279)</sup> Cfr. A. ESER, *Mental Elements*, *cit.*, pp. 895-902; F. RAGO, *I Requisiti subiettivi minimi per un'imputazione giusta nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2006, p. 79.

un concetto di crimine in cui la colpevolezza è un elemento costitutivo essenziale, limitando la responsabilità solo in relazione a comportamenti realizzati con dolo (o al limite colpa), che può essere escluso dall'errore di fatto, e non dall'errore di diritto (profilo criticabile), in conformità alla disciplina di molti ordinamenti nazionali<sup>(280)</sup>.

6.1. *L'art. 30 dello Statuto di Roma: il dolo eventuale (la Décision sur la confirmation des charges del caso Lubanga).*

Nell'interpretazione dell'art. 30 un primo profilo problematico che è già emerso nell'interpretazione della Corte Penale Internazionale attiene alla possibilità di ricomprendere nella sua definizione la nozione di dolo eventuale; affiora la difficoltà di interpretazione delle definizioni fornite dal legislatore internazionale che sono espressione di un evidente compromesso tra due fondamentali culture giuridiche, quella di *common law* e quella di *civil law*<sup>(281)</sup>. Tale profilo sembra interessante ai fini della determinazione dei confini della responsabilità dei leader nel diritto internazionale penale, rinviando allo studio compiuto in altra sede per una più puntuale analisi dell'art. 30<sup>(282)</sup>.

L'art. 30 StCPI richiede sia l'*intent* che la *knowledge*, mentre nei sistemi di *common law* si considera in talune ipotesi la mera *knowledge* una forma autonoma di colpevolezza<sup>(283)</sup>; il legislatore internazionale sembra così sottolineare che il dolo richiede sia l'elemento volitivo, sia quello rappresentativo<sup>(284)</sup>, in accoglimento della tradizione giuridica di

<sup>(280)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Pre - Art. 39*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 325 ss. Sull'esclusione dell'errore sul precetto nell'art. 30 e sulla rilevanza come attenuante dell'ordine del superiore sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 308 ss.

<sup>(281)</sup> S. CANESTRARI, *Diritto penale europeo e criteri di imputazione soggettiva*, in *Verso un codice penale europeo. Offensività e Colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2002, p. 182. Cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, "Unless Otherwise Provided": *Articche 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, in JICJ, 2005, p. 35; A. VALLINI, *op. cit.*, p. 48; J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 638; M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 405.

<sup>(282)</sup> A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 318 ss.; cfr. R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza*, cit., p. 173 ss.

<sup>(283)</sup> Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 164; R.S. CLARK, *Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective*, in *The Law of War Crimes - National and International Approaches*, cit., p. 302; N. PISANI, *L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1379 ss.; A.P. SIMESTER - G.R. SULLIVAN, *Criminal Law - Theory and Doctrine*, Oxford - Portland Oregon, 2000, p. 120; W.R. LAFAVE, *op. cit.*, p. 122 ss.; M.E. BADAR, *Mens Rea. Mistake of Law and mistake of fact*, in *German Criminal Law: A survey for International Criminal Tribunals*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2005, p. 210.

<sup>(284)</sup> Cfr. TPY, *Tadić*, Trial Chamber II, cit., par. 688; TPY, *Čelebići*, Trial Chamber,

*civil law*<sup>(285)</sup>. Ciò non vuol dire che si richiede *intent* e *knowledge* per tutti gli elementi del crimine, occorre distinguere, come stabilito dalla stessa norma nei suoi capoversi<sup>(286)</sup>.

*Intent* significa, infatti, che il soggetto vuole realizzare la condotta e vuole cagionare le conseguenze della sua condotta oppure è consapevole del fatto che la loro realizzazione rientra nell'ordinario decorso degli eventi<sup>(287)</sup>; *knowledge* vuol dire che deve essere consapevole che le circostanze del fatto sussistono o che una determinata conseguenza si realizzerà secondo l'ordinario decorso degli eventi<sup>(288)</sup>. In relazione agli elementi descrittivi la conoscenza comporta la percezione reale, con riguardo agli elementi normativi è sufficiente la conoscenza dei presupposti fattuali su cui si fonda la definizione giuridica e non l'esatta conoscenza del significato giuridico dell'elemento<sup>(289)</sup>.

Per realizzare l'«*intent*», quindi, non è necessario che l'evento rappresenti il principale scopo del reo («*be acted in order to bring about the results*»)<sup>(290)</sup>, ma è sufficiente la consapevolezza che l'evento rientra nel normale decorso degli eventi<sup>(291)</sup>; tale consapevolezza deve essere accertata, non sembra ammissibile l'applicazione di quella regola probatoria di *common law*, che talora diviene una presunzione relativa, in base alla quale se un soggetto vuole un'azione, ne prevede le conseguenze<sup>(292)</sup>.

---

cit., par. 325-329; TPY, *Furundžija*, Trial Chamber II, cit., par. 245-249, in cui si richiede la *knowledge* per la complicità; R. SICURELLA, *Le principe nulla poena sine culpa*, cit., p. 271. Cfr. M.C. BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d'America*, traduzione di L.de Cataldo Neuburger, Milano, 1985, p. 220, che parla di *intent* o *knowledge* come elementi dell'*intent* specifico, distinto dall'*intent* generico (*foreseeability, recklessness, criminal negligence*).

<sup>(285)</sup> N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., p. 1381.

<sup>(286)</sup> G. WERLE - F. JESSBERGER, "Unless Otherwise Provided", cit., p. 38; cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., pp. 643-644.

<sup>(287)</sup> A. ESER, *Mental Elements*, cit., p. 906. Cfr. W.R. LAFAVE, *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>(288)</sup> Sulla *knowledge* come consapevolezza delle circostanze e dell'atto, ma non della loro antiggiuridicità, cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 166. Nel sistema statunitense si distingue tra *purpose* e *knowledge*, ma nei codici di alcuni Stati la *purpose* e talora anche la *knowledge* sono state sostituite dal termine *intention*, cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 645, nota 214. La dottrina di *common law* sottolinea che il soggetto vuole (*intention*) le specifiche conseguenze del reato, conosce (*knowledge*) le specifiche circostanze, cfr. A. ASHWORTH, *op. cit.*, p. 145; S. MESEKE, *La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour la ex - Yougoslavie et le Ruande à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, cit., p. 210 ss.

<sup>(289)</sup> G. WERLE - F. JESSBERGER, "Unless Otherwise Provided", cit., p. 43.

<sup>(290)</sup> Così J. SMITH - B. HOGAN, *Criminal Law*, 9th ed., London, 1999, p. 54.

<sup>(291)</sup> Cfr. A. ASHWORTH, *op. cit.*, pp. 148-149; J.C. SMITH, *A Note on Intention*, in *Crim. Law. Rev.*, 1990, p. 85; M. KELT - H. VON HEBEL, *What are elements of crimes?*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, p. 24 ss.

<sup>(292)</sup> N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., p. 1382.



Anche nel progetto di codice penale inglese si introduce nella definizione di *intention* l'ipotesi in cui il soggetto agisce «*being aware that it [the prohibited consequence] will occur in the ordinary course of events*»<sup>(293)</sup>.

Nel sistema di *common law* si accolgono, insomma, due categorie di dolo, facendo rientrare nel *direct intention (dolus)* l'ipotesi in cui una persona agisce al fine di realizzare un determinato risultato, e nell'*oblique intention* (definito talora *dolus eventualis*) l'ipotesi del soggetto che agisce con la consapevolezza che l'evento rientra nel normale decorso degli eventi (l'evento non è originariamente preso di mira)<sup>(294)</sup>.

Negli ordinamenti di *civil law*, invece, si distingue tra dolo diretto e indiretto (o eventuale)<sup>(295)</sup>, o tra dolo intenzionale (quando il soggetto ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa), dolo diretto (quando il soggetto si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie, e si rende conto che la sua condotta sicuramente li integrerà) e dolo eventuale (il soggetto si rappresenta il reato come una conseguenza probabile o concretamente possibile di una condotta diretta ad altri scopi, e, ciononostante, decide di agire accettando il rischio o, meglio, l'evento)<sup>(296)</sup>.

Parte della dottrina ritiene che l'art. 30 non avrebbe incluso nella definizione di *intent and knowledge* il dolo eventuale, come previsione della possibilità di verificazione dell'evento e relativa accettazione, in quanto la *knowledge* si estenderebbe solo alle conseguenze (*consequence*) della condotta che si realizzeranno («*will occur in the ordinary course of events*») e non a quelle che è possibile (*may*) che si realizzeranno (si ammette, invece, il dolo eventuale in relazione agli altri elementi del crimine, come l'età della vittima)<sup>(297)</sup>; tale interpretazione potrebbe essere in linea con la nozione di

<sup>(293)</sup> Law Comm. No. 177, clause 18 B. Cfr. la definizione fornita nella clause 14 (1) del *Home Office Consultation Paper* del febbraio del 1998: «*a person act intentionally with a respect to a result if...b) although it is not his purpose to cause it, he knows that it would occur in the ordinary course of events if he were to succeed in his purpose of causing some other result*».

<sup>(294)</sup> J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 54. Cfr. H. VEST, *A structure-Based Concept of Genocidal Intent*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, pp. 786-787, il quale evidenzia come non solo in sistemi di *civil law*, ma anche nei sistemi di *common law*, e in particolare nel sistema inglese, non sussiste una separazione rigida tra *knowledge* e *intention* o *purpose* (conosciuta dal *Model penal code*, sezione 2.02(a), anche se ridimensionata a livello interpretativo); la «*certain knowledge*» viene equiparata al «*purpose*».

<sup>(295)</sup> Cfr. M. ROMANO, *Art. 43*, cit., p. 440 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte Generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 361.

<sup>(296)</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 361 ss.; C. ELLIOT, *The French law of intent and its influence on the development of international criminal law*, in *Crim. Law Forum*, 2000, vol. 11, p. 41.

<sup>(297)</sup> Così A. ESER, *Mental Elements*, cit., p. 915; A. ESER - H. KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen - National Prosecution of International Crimes -*

*oblique intention* (definito talora *dolus eventualis*) della tradizione giuridica di *common law*, che parla di volontà di eventi che non sono presi di mira, ma rientrano nel normale decorso, e fa, invece, rientrare il dolo eventuale nella *recklessness* <sup>(298)</sup>.

A tal proposito si deve osservare che la giurisprudenza anglosassone oscilla nella definizione di *intention* facendo rientrare sicuramente l'ipotesi in cui il soggetto si rappresenta (è consapevole) che quel «risultato è una conseguenza virtualmente certa di quell'atto» <sup>(299)</sup>, ma anche l'ipotesi in cui vi sia la rappresentazione dell'alta probabilità di verificazione dell'evento (o «forse mera probabilità») <sup>(300)</sup>; vi rientrano le ipotesi in cui il risultato è una *condizione* per la realizzazione dello scopo perseguito o è *effettivamente certo che accompagnerà* la realizzazione dello scopo <sup>(301)</sup>. La dottrina mette in evidenza che quando ci si allontana dall'ipotesi *dell'assoluta certezza* circa la verificazione del risultato, si pone un problema di grado della consapevolezza e della probabilità, e i confini tra *intention* e *recklessness* diventano incerti <sup>(302)</sup>; è ambiguo, del resto, il concetto di risultato

---

*Deutschland*, Freiburg im Breisgau, 2003, p. 272; tale interpretazione viene accolta anche nella relazione introduttiva alla *Gesetz zu der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* del 2002, *Deutscher Bundestag* 14. Wahlperiode, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, Drucksache 14/8524 del 13.03.2002, p. 15; conforme A. GIL GIL, *De-recho Penal International*, Madrid, 1999, p. 235 ss.; G.-J.A. KNOOPS, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, New York, 2001, pp. 11-12; N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., p. 1384; S. WIRTH - K. HARDER, *Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, in ZRP, 2000, p. 146; V. NERLICH, *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: for What Exactly is the Superior Held Responsible?*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.*, vol. 5, 2007, p. 675. Ritengono che l'art. 30 ricomprenda il dolo eventuale D.K. PIRAGOFF, *Art. 30 - Mental element*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 533; G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2003, p. 302 ss.; G. WERLE - F. JEßBERGER, *International Criminal Justice*, cit., p. 202 ss.; ID., "Unless Otherwise Provided", cit., p. 41 ss.; H.H. JESCHECK, *The General Principles of International Criminal Law*, cit., p. 45; ID., *I principi del diritto penale*, cit., p. 11; F. RAGO, *op. cit.*, pp. 86-88 ss.; A. VALLINI, *op. cit.*, pp. 49-50, il quale ritiene che si tratti di una forma di dolo «quantomeno di "proposito"».

<sup>(298)</sup> S. PLAWSKI, *op. cit.*, p. 161, il quale osservava che nei sistemi anglo-americani non si conosce il dolo eventuale, che nel sistema francese rientra nella colpa, e che è previsto nel sistema germanico e in alcuni paesi dell'Europa centrale, con la conseguenza che non dovrebbe essere riconosciuto come forma di dolo nel diritto internazionale penale.

<sup>(299)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 55 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>(300)</sup> *Ibidem*, p. 54; A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 151; A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 635, il quale cita il caso *Hyam v. DPP* (1975, AC 55), giudicato dalla House of Lords.

<sup>(301)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 58. Si fa il classico esempio di colui che per ottenere il premio assicurativo, vuole fare esplodere la sua imbarcazione in mezzo all'Atlantico, con la rappresentazione della possibilità che anche l'equipaggio morirà (risultato da lui non perseguito).

<sup>(302)</sup> *Ibidem*, pp. 58-59; A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 149 ss. e p. 151; House of Lord,

che rappresenta una «*natural consequence*» della condotta, richiamato dalla giurisprudenza anglosassone<sup>(303)</sup> e dall'art. 30 StCPI. Il concetto che un evento rappresenti una naturale conseguenza della condotta, infatti, non dice nulla sul grado di probabilità che sia così, o sul grado di consapevolezza o di volontà di tale risultato, e, inoltre, rispetto alle conseguenze della condotta la certezza è esclusa per definizione<sup>(304)</sup>.

A parte, però, qualche deviazione giurisprudenziale, che allarga la nozione di *intention* al punto da ricomprendere la mera rappresentazione dell'evento come probabile, si deve riconoscere che la dottrina e la giurisprudenza di *common law* tendono a disconoscere la rilevanza della mera rappresentazione della probabilità di verificazione dell'evento come *intention*; sussiste accordo solo sulla previsione dell'ipotesi di *oblique intention* nel caso di certezza circa la verificazione dell'evento: «quando uno è sicuro che un determinato evento si verificherà, è come se lo volesse, e dunque vi è *intention*»<sup>(305)</sup>, mentre nell'ipotesi in cui il soggetto ritiene che sussista il rischio di verificazione dell'evento si configura la *recklessness*, in cui la dottrina di *common law* riconduce classicamente le ipotesi di dolo eventuale della dottrina di *civil law*<sup>(306)</sup> (pur non mancando interpretazioni che avvicinano il dolo eventuale alla *knowledge*<sup>(307)</sup>).

In tale direzione mentre la *House of Lords* aveva affermato nel famoso caso *DPP v. Smith*, che nel provare l'*intention* basta arrivare alla conclusione che un uomo ragionevole avrebbe previsto l'evento come probabile, allargando a dismisura la nozione di *intention* (in quanto non occorrerebbe appurare che l'agente abbia previsto o voluto l'evento), la sez. 8 del *Cri-*

---

Nedrick, 1986, p. 83 *Cr. App. R.* 267; I. KUGLER, *The definition of oblique intention*, in *Journ. of Inter. Crim. Law*, 2004, p. 79 ss.

<sup>(303)</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 635.

<sup>(304)</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 54; cfr. N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., pp. 1382-1383.

<sup>(305)</sup> G. WILLIAMS, *Oblique*, cit., p. 418; cfr. A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 154, il quale sottolinea che se il rischio è talmente alto da essere praticamente certo, si ha *intention*; A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 635.

<sup>(306)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 59; cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 632. Sulla nozione di *recklessness* e *negligence*, cfr. W.R. LAFAYE, *op. cit.*, p. 137 ss. Sulla nozione di dolo eventuale nell'ordinamento tedesco tra gli altri cfr. I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen des dolus eventualis*, in *Goldammer Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 65.

<sup>(307)</sup> G.P. FLETCHER, *Basic Concepts*, cit., pp. 122-123, il quale precisa che il *Model Penal Code* distingue tra condotte realizzate «*purposefulness*», con riferimento alle ipotesi in cui si persegue un determinato risultato, e «*knowingly*», con riferimento ai casi in cui l'attore è «praticamente certo» che la sua condotta provocherà un certo risultato; l'autore ritiene che la categoria, propria della dottrina tedesca, *dolus eventualis* o «*conditional intent*» può essere ricondotta alla condotta realizzata «*knowingly*» - «*as translated into the language of the MPC, an attitudinal approach analogous to the standard of dolus eventualis would lead to a rather more certain classification of Oswald's shooting Connally as "knowingly" causing bodily injury*».

*minimal Justice Act* del 1967 ha stabilito che «una corte ...a) non sarà obbligata dalla legge a inferire che egli ha voluto o previsto un risultato della propria azione solo per il fatto che esso è una conseguenza naturale e probabile di quella azione; ma: b) deciderà se ha voluto o previsto quel risultato tenendo presente ogni prova, traendo tali deduzioni dalla prova come apparirà appropriato al caso concreto». Non basta, insomma, per aversi *intention* o *knowledge* la circostanza che un risultato sia una conseguenza naturale e prevedibile di una condotta, ma occorre accertare che il soggetto voleva quel risultato (dolo intenzionale) oppure che avesse un grado di consapevolezza tale (certezza o alta probabilità) da essere equiparabile in termini di disvalore alla volontà<sup>(308)</sup>.

In tale direzione si presenta ancora più chiara la definizione dell'elemento soggettivo della S. 2.02 del *Model Penal Code* americano, che stabilisce che una persona agisce «*knowingly*» (*scientemente*) «in relazione ad un elemento materiale del reato quando: i) se l'elemento riguarda la natura della sua condotta o le circostanze concomitanti ad essa, egli sa che la sua condotta è di quella natura o che tali circostanze esistono; e ii) se l'elemento riguarda un risultato della condotta, egli sa che è *praticamente certo che la sua condotta produrrà tale risultato*» (nella nozione di «*purposely*» rientra, invece, l'ipotesi in cui è «suo fine consapevole intraprendere una condotta di tale natura o cagionare un tale risultato...»)<sup>(309)</sup>.

La norma in esame in conclusione, riprendendo la definizione di *intention* del *Criminal Code Draft* inglese, sembra volere escludere la rilevanza penale del dolo eventuale<sup>(310)</sup>, ma le oscillazioni che anche nella giurisprudenza di *common law* emergono sulla nozione di *intention* e la considerazione che l'art. 30 StCPI è una norma internazionale, la cui interpretazione sarà influenzata dalle diverse culture giuridiche dei giudici, avrebbe reso auspicabile che anche il legislatore internazionale introducesse una definizione che escludesse il dolo eventuale in maniera più decisa, come nel *Model Penal Code*, in cui non ci si limita ad affermare che il soggetto sa che il risultato si produrrà in base al normale decorso degli eventi, ma che è praticamente certo che sia così<sup>(311)</sup>. Il legislatore internazionale, il quale ha scelto di non estendere la responsabilità alla *negligence* (salva diversa previsione, come in relazione alla responsabilità da comando ex art. 28 StCPI), avrebbe dovuto escludere anche in negativo il dolo eventuale in

<sup>(308)</sup> Cfr. N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., p. 1383.

<sup>(309)</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Mens Rea*, cit., p. 642.

<sup>(310)</sup> Sostiene questa posizione A. SERENI, *Responsabilità personale*, cit., p. 810.

<sup>(311)</sup> G. WERLE - F. JESSBERGER, *L'adattamento nell'ordinamento nazionale dello Stato della Corte criminale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 756 ritengono che il testo dell'art. 30 consenta entrambe le letture, sia quella che ammette, sia quella che esclude il dolo eventuale.

considerazione della tradizione giuridica di *civil law*, che conosce il dolo eventuale come forma del dolo e non come autonoma categoria ricompresa tra il dolo e la colpa, come la *recklessness*.

La dottrina e la giurisprudenza, inoltre, hanno tradizionalmente ricompreso il dolo eventuale tra le forme di manifestazione della colpevolezza nel diritto internazionale penale (nei limiti in cui il delitto in questione ne ammetta la configurabilità)<sup>(312)</sup>; e in tale direzione l'art. 85 del I Protocollo Addizionale definisce la nozione di «*wilfully*» nei seguenti termini: «*the accused must have acted consciously and with intent, i.e., with his mind on the act and its consequences, and willing them ("criminal intent" or "malice aforethought")*; *this encompasses concepts of "wrongful intent" or "recklessness"*, viz., *the attitude of an agent who, without being certain of a particular result, accepts the possibility of it happening; on the other hand, ordinary negligence or lack of foresight is not covered, i.e., when a man acts without having his mind on the act or its consequences*»<sup>(313)</sup>.

In particolare la giurisprudenza del TPY riconosce espressamente la categoria del dolo eventuale o *advert recklessness*<sup>(314)</sup>; nel caso *Blaškić* (in relazione alla responsabilità diretta del superiore) il TPY afferma che «ogni persona che, nell'ordinare un atto, sa che sussiste il rischio che possano essere commessi dei crimini e accetta tale rischio, mostra il grado di dolo (*intent*) necessario (*dolus eventualis*) così da incorrere in responsabilità...»<sup>(315)</sup>. In appello la questione circa la configurabilità del dolo even-

<sup>(312)</sup> S. GLASER, *op. cit.*, p. 486; alcuni reati, come la pirateria, il terrorismo, la cattura di ostaggi non possono essere consumati con dolo eventuale (p. 490); cfr. la giurisprudenza del dopoguerra citata da A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 169 ss. Cfr. F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, cit., p. 38.

<sup>(313)</sup> Cfr. C. PILLOD - J. PICTET, *Art. 76 - Protection of Women*, in *Commentary on the Additional Protocols*, in Y. SANDOZ - C. SWINARSKI - B. ZIMMERMANN (a cura di), *International Committee of the Red Cross*, Dordrecht, 1986, p. 3474.

<sup>(314)</sup> TPY, *Tadić*, Trial Chamber II, cit., par. 687, che cita *United States v. Brandt et al. (Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 Others) (The Medical Case)*, 21 November 1946 - 20 August 1947, Case I, in *TWC*, vol. I, e in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VII, pp. 67, 71, come processo in cui è stata applicata la categoria del dolo eventuale (si denuncia qualcuno, accettandone le conseguenze); TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 257 (par. 251); TPY, *Čelebići*, Trial Chamber, cit., par. 38, che ammette il *direct and indirect intent*; TPY, *Kunarac e a.*, Trial Chamber, cit., par. 434 («*to take the risk that...*»), confermata da TPY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac - Radomir Kovac - Zoran Vukovic*, 12 giugno 2002, Appeals Chamber, Case N°. IT - 96 - 23 - T & 96-23/1-A, par. 102; TPY, *Krnjelac*, Trial Chamber II, cit., par. 59; TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 353; TPY, *Popović et a.*, Trial Chamber II, cit., par. 1010 ss.; in relazione al crimine di trattamenti crudeli, cfr. C. ELLIOT, *op. cit.*, 43 ss., la quale ritiene che il TPY è eccessivamente influenzato dalla cultura di *common law*.

<sup>(315)</sup> TPY, *Blaškić*, Trial Chamber, cit., par. 267; TPY, *Kvočka and others*, Trial Chamber, cit., par. 251 ss.

tuale è stata espressamente affrontata dalla Camera, la quale, alla luce di un esame degli ordinamenti nazionali e della prassi precedente dei tribunali internazionali, ha ammesso che oltre al dolo diretto rientra nella *mens rea* prevista dall'art. 7(1) (in particolare in relazione alla condotta di «impartire ordini») anche il dolo eventuale, precisando, però, che non rientra in tale nozione la mera consapevolezza di qualunque tipo di rischio, anche basso (così si rischia effettivamente di imputare a mero titolo di responsabilità oggettiva i crimini dei subordinati, in quanto nell'esecuzione di qualunque ordine sussiste la possibilità che si realizzino delle violazioni)<sup>(316)</sup>; si deve trattare piuttosto della «consapevolezza della sostanziale probabilità che un crimine si realizzerà nell'esecuzione di quell'ordine», «impartire un ordine con tale consapevolezza può essere considerato come una forma di accettazione di quel crimine»<sup>(317)</sup>. Tale forma di dolo si ammette espressamente anche per la condotta di pianificazione e di istigazione<sup>(318)</sup>. Nel caso *Stakić* si introduce, addirittura, una definizione troppo ampia di dolo eventuale in relazione al crimine di «murder», ritenendo che se l'attività omicida è commessa con «manifesta indifferenza del valore della vita umana», anche condotte che comportano un rischio minimo possono essere qualificate come omicidio intenzionale»<sup>(319)</sup>.

Non si esclude, insomma, che la giurisprudenza della Corte penale internazionale possa ricomprendere il dolo eventuale nella definizione di *intent* e *knowledge* dell'art. 30 StCPI, i cui margini di ambiguità hanno consentito a parte della dottrina internazionalistica di interpretare in tale direzione la norma in esame, ispirandosi al diritto consuetudinario internazio-

<sup>(316)</sup> TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, cit., par. 27 ss. - 40 ss. (cfr. par. 738-741). Conforme TPY, *Had ibasanovic - Kubura*, Trial Chamber, cit., par. 34-37.

<sup>(317)</sup> TPY, *Blaškić*, Appeals Chamber, cit., par. 41-42. In questa sentenza si cita a sostegno di tale corretta e ristretta interpretazione della nozione di dolo eventuale la nozione di *recklessness* contenuta nel *Model Penal Code*, § 2.02(c) come «conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from conduct. The risk must be of such nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation»; TPY, *Bošković - Tarculovski*, Trial Chamber II, cit., par. 400. Cfr. M.E. BADAR, *Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Inter. Crim. Law Rev.*, 2006, pp. 313-332-345-347; Id., *Mens Rea*, cit., p. 213 ss.

<sup>(318)</sup> TPY, *Kordić and Cerkez*, Appeals Chamber, cit., par. 29 ss. «the awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of...».

<sup>(319)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 587; TPY, *Hadžibasanović - Kubura*, Trial Chamber, cit., par. 37; nel caso TPY, *Bošković - Tarculovski*, Appeals Chamber, cit., par. 469, si precisa, dopo aver richiesto la previsione della «substantial likelihood of the execution of the operation», che la giurisprudenza non richiede che il rischio che i crimini siano commessi sia «reasonable» o «justified».

nale che ricomprende il dolo eventuale o l'*advert recklessness* tra le forme della colpevolezza per tutti i crimini internazionali<sup>(320)</sup>.

In tale direzione la Corte penale internazionale nella *Décision sur la confirmation des charges* del caso *Lubanga* ha chiaramente riconosciuto il dolo eventuale come forma di colpevolezza del diritto penale internazionale<sup>(321)</sup>. La Camera ha affermato che l'art. 30 richiede l'*intention* e la *knowledge*; il riferimento cumulativo a questi due elementi impone l'accertamento in capo all'imputato di un elemento volitivo (*intentionnel*), che si può realizzare non solo quando si ha l'intenzione concreta di realizzare gli elementi oggettivi del crimine (dolo diretto di I grado) e quando si ha la consapevolezza che tali elementi rappresentano necessariamente il risultato della propria azione od omissione (dolo diretto di II grado), ma anche quando il soggetto è cosciente del rischio che gli elementi materiali del crimine rappresentano la conseguenza (*résultent*) della propria azione od omissione, e accetta questo risultato («*en s'y résignant ou en l'admettant*») (dolo eventuale)<sup>(322)</sup>. Si precisa, però, che se il rischio di realizzare gli elementi obiettivi del crimine è elevato (probabile che una conseguenza si realizzerà in base al corso normale degli eventi), il dolo si deduce dalla circostanza che l'imputato era cosciente di tale probabilità rilevante e malgrado tale consapevolezza, decide di commettere le sue azioni o omissioni<sup>(323)</sup>. Se il rischio di cagionare gli elementi oggettivi del crimine è debole, il sospettato deve avere manifestato o espressamente accettato l'idea che gli elementi materiali del crimine derivino dalla sua condotta<sup>(324)</sup>.

Nel primo caso, rischio elevato, si realizzerà quello che in dottrina è definito come *rischio non consentito – doloso*, che si realizza solo quando l'entità del pericolo è tale che «la prospettiva di correre siffatto rischio può essere “percepita” e valutata dal soggetto – sempre considerando le conoscenze in suo possesso e le circostanze a lui note – soltanto “spogliandosi delle vesti” (*rectius*: “rinnegando l'abito”) dell'*homo eiusdem profes-*

<sup>(320)</sup> Cfr. S. MESEKE, *op. cit.*, p. 214; A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 164, il quale interpreta la *knowledge* in relazione agli eventi come consapevolezza che l'azione determinerà un certo risultato dannoso e nondimeno assume l'alto rischio di provocare questo risultato; una nozione che finisce per coincidere con la *recklessness*, come afferma lo stesso autore.

<sup>(321)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, La Chambre préliminaire I, cit., par. 343. Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 333 ss.; R.S. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code*, cit., p. 527; A. VETRI, *La responsabilità penale al vaglio della Corte penale internazionale: punti fermi e questioni irrisolte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 288 ss.

<sup>(322)</sup> *Ibidem*, par. 352.

<sup>(323)</sup> *Ibidem*, par. 353.

<sup>(324)</sup> *Ibidem*, par. 354. Cfr. A. VETRI, *op. cit.*, p. 289 ss., la quale esprime delle perplessità circa tale ricostruzione della CPI.

*sionis et condicionis*»<sup>(325)</sup>. Anche in quest'ipotesi, di rischio non consentito, si deve sottolineare, però, l'esigenza di accertare l'elemento volitivo del dolo, altrimenti si favorisce il «processo di oggettivizzazione» della categoria del dolo eventuale percorso da una parte della dottrina tedesca<sup>(326)</sup>, per cui si presume il dolo in presenza di un rischio elevato; sotto un profilo volitivo si dovrà accertare una «decisione (personale) contro la possibile violazione del bene giuridico»<sup>(327)</sup>: l'accettazione dell'evento (il soggetto accetta l'evento in seguito ad un'opzione, «con la quale consapevolmente subordina un determinato bene ad un altro»; il risultato intenzionalmente perseguito – come il successo del conflitto – «trascina con sé l'evento collaterale, il quale viene dall'agente coscientemente collegato al conseguimento del fine»)<sup>(328)</sup>. Nell'accertare tale accettazione si dovrà tenere conto dell'eventuale presenza «incisiva» di alcuni indicatori, che potrebbero indurre a negare un rimprovero doloso, come ad esempio il comportamento attuato per evitare il risultato lesivo<sup>(329)</sup>.

In presenza di un rischio basso la Camera richiede una manifesta accettazione del reato come conseguenza della propria condotta, facendo prevalere l'elemento volitivo; si dovrebbe escludere il dolo eventuale laddove in presenza della mera possibilità di verifica del crimine, non risulti una manifesta accettazione, escludendo che il giudice internazionale debba affrontare quelle complesse indagini psicologiche richieste dalla dottrina che ritiene che se la realizzazione del fatto tipico appaia al soggetto solo possibile, e non sia da lui desiderata, occorre accertare «se è stata compiuta una precisa, calcolata opzione, in vista di una finalità che il reo in-

---

<sup>(325)</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, pp. 143 ss., 157 ss., 184 ss.-253 per il reato omissivo; Id., *Diritto penale europeo, op. cit.*, pp. 165-168, il quale specifica che per configurarsi il dolo eventuale, insomma, sotto un profilo oggettivo si dovrà configurare un rischio doloso che nell'ambito della tipologia sociale di riferimento «non può più essere riconosciuto come "proprio" da alcun membro del circolo di appartenenza». Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 168.

<sup>(326)</sup> W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1983, p. 340 ss.; R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *Jus*, 1986, p. 251 ss.; H.J. RUDOLPHI - E. HORN - E. SAMSON, *Systematischer Kommentar, I, Allgemeiner Teil*, p. 18. Lfg., 6 ed. Frankfurt a. M., § 16, par. 46; W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, trad. it., in *Ind. pen.* 1991, p. 481.

<sup>(327)</sup> S. CANESTRARI, *Diritto penale europeo*, cit., p. 169.

<sup>(328)</sup> Così S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 32; cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2000, pp. 275-282. Cfr. A.M. MAUGERI, *La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale*, in *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, cit., p. 309.

<sup>(329)</sup> S. CANESTRARI, *Diritto penale europeo*, cit., p. 169.



tende soddisfare, o se l'inerzia del reo trova origine in un "torpore" della volontà che escluda la presenza del dolo»<sup>(330)</sup>.

Nel caso Lubanga, inoltre, la Camera distingue l'elemento soggettivo richiesto in relazione ai singoli elementi; in particolare in relazione al crimine imputato, l'utilizzazione di ragazzi inferiori ai quindici anni nelle ostilità (art. 8, c. 2, b, xxvi), la Corte si accontenta del dolo eventuale rispetto alla conoscenza dell'età<sup>(331)</sup> (in conformità alla volontà del legislatore degli Elementi del Crimine, che consente tale differenziazione nell'imputazione dell'elemento soggettivo).

La dottrina evidenzia, però, che in relazione ad una circostanza (nell'accezione che questo termine ha nell'art. 30, c. 3) non si deve applicare l'art. 30, c. 2, b (*will occur in the ordinary course of events*), ma, ai sensi dell'art. 30, c. 3, si dovrebbe richiedere la *consapevolezza*, tranne se lo Statuto si accontenta di un diverso elemento soggettivo, come previsto dall'art. 8, c. 2, b, xxvi, che si accontenta della mera negligenza in relazione alla conoscenza dell'età<sup>(332)</sup>. Non sarebbe necessario, quindi, richiedere il dolo eventuale in relazione a tale elemento, laddove lo Statuto si accontenta della mera negligenza (il controllo congiunto delle loro azioni da parte dei coautori non viene compromesso dal fatto che alcuni non conoscessero l'età dei soldati reclutati)<sup>(333)</sup>.

Una parte della dottrina, infine, pur negando che la definizione dell'art. 30 ricomprenda il dolo eventuale, ritiene, però, che anche tale forma di colpevolezza è contemplata dalla clausola di riserva dell'art. 30, «salvo se diversamente previsto» (*unless otherwise provided*)<sup>(334)</sup>, in quanto tale clausola rimanderebbe ad altre disposizioni non solo dello Statuto, ma anche del diritto consuetudinario internazionale<sup>(335)</sup>; un'interpretazione consentita dall'art. 21 StCPI che fa rientrare il diritto consuetudinario internazionale tra le fonti dello Statuto, ma sicuramente meno conforme alla *ratio* di garanzia per il cittadino, nonché di certezza del diritto, del principio di legalità. In ogni caso, una di queste diverse forme di imputazione

<sup>(330)</sup> Così S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., p. 67; critico nei confronti di una nozione di dolo eventuale fondata su meri elementi soggettivi in mancanza di un rischio elevato T. WEIGEND, *Intent, Mistake of Law, the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, in *Journ. of Int. Crim. Just.*, 6, 2008, p. 485; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., p. 251.

<sup>(331)</sup> Cfr. R.S. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code*, cit., pp. 529-530, il quale ritiene che il dolo eventuale non è ricompreso nella definizione dell'art. 30 – e sotto questo profilo la Camera non avrebbe rispettato la volontà del legislatore –, ma sarebbe previsto in relazione ad alcuni elementi.

<sup>(332)</sup> T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 485.

<sup>(333)</sup> T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 485.

<sup>(334)</sup> Sull'interpretazione di tale formula cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, "*Unless Otherwise Provided*", cit., p. 43 ss.

<sup>(335)</sup> cfr. G. WERLE - F. JESSBERGER, "*Unless Otherwise Provided*", cit., p. 51 ss.

soggettiva è quella prevista dall'art. 28 che oltre ad una fattispecie dolosa prevede l'imputazione del reato a titolo di colpa<sup>(336)</sup>.

## 6.2. (segue) *Il dolo eventuale nella giurisprudenza successiva.*

La giurisprudenza successiva al caso Lubanga, espressasi con la decisione sul caso *Bemba Gombo*, nega la possibilità di far rientrare il dolo eventuale nell'ambito dell'art. 30 e proprio in base a tale considerazione esclude che l'imputato possa essere considerato coautore dei crimini imputati (si afferma che i reati possono essere imputati, piuttosto, a titolo di responsabilità da comando ex art. 28 StCPI).

La Camera ritiene, innanzitutto, che, come espressamente sancito nel § 2 dell'Introduzione Generale agli Elementi del Crimine, l'art. 30 stabilisce l'elemento soggettivo che deve essere realizzato per consumare tutti i crimini previsti dallo Statuto (artt. 6 – 8) tranne se diversamente stabilito nello Statuto<sup>(337)</sup> o negli Elementi del Crimine: rappresenta una «*default rule for all crimes*», «*unless otherwise provided*»<sup>(338)</sup>. Ad avviso della Corte l'art. 30, c. 2 e c. 3, è costruito, come già evidenziato, sulla base di «*element analysis approach*», opposto ad un «*a crime analysis approach*», nel senso che differenti forme e gradi di elemento soggettivo sono previsti per ciascun elemento materiale dello specifico crimine in considerazione<sup>(339)</sup>.

La Camera ritiene che i termini «*intent*» e «*knowledge*», come previsti nell'art. 30, c. 2 e 3 dello Statuto riflettono il concetto di dolo, che richiede l'esistenza di un elemento volitivo così come di un elemento cognitivo. Generalmente il dolo può assumere una delle seguenti tre forme in base alla rilevanza dell'elemento volitivo o cognitivo: *dolus directus* di primo grado

<sup>(336)</sup> W.A. SCHABAS, *An Introduction*, II ed., cit., p. 87; M. NEUNER, *Superior responsibility and the ICC Statute*, in G. CARLIZZI - G. DELLA MORTE - S. LAURENTI - A. MARCHESI (a cura di), *La Corte Penale Internazionale. Problemi e Prospettive*, Napoli, 2003, p. 263. Espressamente in tale direzione l'art. 66 dell'*International Criminal Court Act 2001* inglese. Rientra in tale ulteriore ipotesi la previsione dell'art. 8(2)(a)(iv) che ammette la punibilità di «distruzioni estese» e di «appropriazioni di beni» «*wantonly*», una forma di responsabilità che si avvicina alla *recklessness*, così A. ESER, *Mental Element*, cit., p. 898. Cfr. N. PISANI, *L'elemento psicologico*, cit., p. 1376. Si discute se rientra in tale clausola il *negligence standard* rispetto all'età della persona in relazione al reato di deportazione (*forcibly transferring*) di bambini, cfr. C. KREß, *The Crime of Genocide under International Law*, in *Inter. Crim. Law. Rev.*, 2006, p. 485.

<sup>(337)</sup> ICC, 30 settembre 2008, *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, La chambre préliminaire I, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la confirmation des charges, par. 528.

<sup>(338)</sup> ICC, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, par. 353-354 (nel prosieguo ICC, *Bemba Gombo*, cit.).

<sup>(339)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 355.

(*direct intent*), *dolus directus* di secondo grado, conosciuto come «*oblique intention*», e *dolus eventualis* (comunemente conosciuto come *subjective* o *advertent recklessness*)<sup>(340)</sup>.

Ad avviso della Corte, l'art. 30, c. 2 e 3, dello Statuto abbraccia due gradi di dolo: il dolo diretto di primo grado e il dolo diretto di secondo grado. Nel *dolus directus* di primo grado<sup>(341)</sup> prevale l'elemento volitivo, in quanto l'imputato vuole intenzionalmente (di proposito) o desidera ottenere il risultato proibito (*the suspect purposefully wills or desires to attain the prohibited result*)<sup>(342)</sup>.

Nel dolo diretto di secondo grado (elemento soggettivo accolto dalla giurisprudenza della Corte, dai Tribunali *ad hoc* e dalla letteratura giuridica<sup>(343)</sup>) non si richiede che il sospettato abbia l'intento o la volontà di realizzare gli elementi tipici del crimine (*actual intent or will*), ma che lui o lei sia consapevole che questi elementi saranno la perlomeno inevitabile conseguenza dei suoi atti o delle sue omissioni in base all'ordinario decorso degli eventi («*will occur in the ordinary course of events*»— art. 30(2)(b) StCPI). In questo contesto, l'elemento volitivo si riduce sostanzialmente e prevale l'elemento rappresentativo, e cioè la consapevolezza che i suoi atti od omissioni provocheranno le conseguenze vietate indesiderate<sup>(344)</sup>.

La Camera nel caso Bemba-Gombo esclude quindi che l'art. 30 ricomprenda anche il dolo eventuale, la *recklessness* o altra forma meno grave di colpevolezza, nella sua definizione, in base, innanzitutto, alla considerazione che l'espressione «*will occur in the ordinary course of events*» non consenta di ricomprendere uno standard inferiore rispetto a quello richiesto dal *dolus directus* di II grado<sup>(345)</sup>. La Camera base la sua convinzione sulle seguenti considerazioni.

Lo Statuto è un trattato multilaterale che deve essere interpretato in base ai «*principles of treaty interpretation*», sanciti dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna della Legge dei Trattati (“VCLT”)<sup>(346)</sup>.

In base ad un'interpretazione letterale la Camera ritiene che le parole

<sup>(340)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 357.

<sup>(341)</sup> Il primo richiede che l'imputato conosca (*knows*) che il suo o i suoi atti o omissioni integreranno gli elementi materiali del crimine e li realizzi con l'intento (*express intent - purposeful will*) o con il desiderio (*desire*) di integrare tali elementi, ICC, Pre-Trial Chamber I, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 529.

<sup>(342)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 358.

<sup>(343)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 530 e dottrina citata in nota 692.

<sup>(344)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 359.

<sup>(345)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 360. Nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui* la Corte decide di non affrontare tale questione perché non ritiene che venga in rilievo il dolo eventuale in relazione ai crimini consumati, ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 531.

<sup>(346)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 361. UNTS, vol. 1155, 331; ICC, Appeals Chamber, *Judgment on Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal*, ICC-01/04-168, par. 33.

«[a consequence] will occur» implica che un evento è *inevitabilmente* previsto; le parole «will occur», lette insieme con la frase «in the ordinary course of events», indica chiaramente che lo standard di verifica richiesto è vicino alla certezza. Sotto tale profilo la Camera definisce questo standard come «virtual certainty» or «practical certainty», nel senso che le conseguenze si verificheranno, tranne che si realizzi un evento imprevedibile e inaspettato che prevenga la loro realizzazione<sup>(347)</sup>. Questo standard è indubbiamente più alto dello standard comunemente denominato *dolus eventualis*, prevedibilità della realizzazione delle conseguenze indesiderate in base ad una mera probabilità o possibilità. Si ritiene che se il legislatore internazionale avesse voluto ricomprendere anche il dolo eventuale nel testo dell'art. 30 avrebbe dovuto usare le parole «may occur» oppure «might occur in the ordinary course of events», così ricomprendendo la mera eventualità o possibilità, piuttosto che la quasi (*near*) inevitabilità o pratica certezza<sup>(348)</sup> (*near inevitability or virtual certainty*).

L'opinione della Camera sarebbe confermata dai lavori preparatori dello Statuto, che ai sensi dell'art. 32 del VCLT costituiscono uno degli strumenti supplementari che possono coadiuvare l'interprete per confermare i risultati ermeneutici cui si perviene in base ai criteri sanciti nell'art. 31. Il primo riferimento ai differenti gradi di colpevolezza, inclusi il *dolus eventualis* e la *recklessness*, appariva in un'appendice annessa al *Report* elaborato nel 1995 dal Comitato *ad hoc*, come concetti che avrebbero meritato una riflessione nelle future sessioni. Questi concetti appaiono poi nell'ambito delle proposte elaborate dal *Comitato Preparatore* nel 1996, il cui articolo H (relativo alla *mens rea*), dopo aver sancito nel primo paragrafo che ai fini dello Statuto e tranne se diversamente stabilito, una persona ha l'*intent* in relazione all'evento quando sa di causare tale evento o è consapevole che esso si verificherà in base all'ordinario corso degli avvenimenti, fornisce al § 4 una definizione di *recklessness*, precisando in nota che la *recklessness* e il *dolus eventualis* devono essere considerati per stabilire la gravità dei crimini solo quando espressamente previsti per uno specifico crimine o elemento, in quanto come regola generale, come sancito nel primo paragrafo, i crimini previsti nello Statuto devono essere realizzati «intentionally and knowingly»<sup>(349)</sup>. La nozione di *dolus eventualis* scompare, quindi, dalle proposte successive e non sussiste alcun documento da cui risulti che il dolo eventuale debba essere ricompreso nel-

<sup>(347)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 362.

<sup>(348)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 363.

<sup>(349)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 364 - 365. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, 51st Sess., Vol. 2, Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22 (1996), Article H, Proposal 1, pp. 92-93.

l'art. 30; sembra, quindi, che l'idea di includere il dolo eventuale venne abbandonata nei primi stadi delle negoziazioni.

Un paragrafo sulla nozione di *advertent recklessness* («*which is viewed as the common law counterpart of dolus eventualis*») è stato mantenuto attraverso i vari stadi delle negoziazioni<sup>(350)</sup>, sino a quando è stato finalmente eliminato dal Gruppo di Lavoro sui Principi Generali della Legge Penale a Roma<sup>(351)</sup>. Anche assumendo che il legislatore internazionale non abbia fatto altri riferimenti alla nozione di dolo eventuale perché rientrava nella discussione sulla nozione di *recklessness*, l'eliminazione della disposizione inserita nel progetto costituirebbe una conferma del fatto che entrambi i concetti non rientrano nell'art. 30 dello Statuto<sup>(352)</sup>.

Quest'interpretazione è ritenuta conforme al principio di interpretazione restrittiva prevista dall'art. 22(2) dello Statuto ed assicura che la Camera non sostituisca l'interpretazione dei concetti *de lege lata* con l'interpretazione *de lege ferenda* al fine di ampliare la *ratio* dell'art. 30 dello Statuto ed estendere l'ambito di applicazione della stessa nozione di autore (*perpetrators*)<sup>(353)</sup>.

Tale orientamento delimita la possibilità di imputare agli esecutori i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, nonché di imputare ai leader i crimini dei subordinati a titolo di coautoria o di autoria mediata, richiedendo, perlomeno, il dolo diretto di II grado, che presuppone la rappresentazione del fatto che la realizzazione del piano criminale determinerà la consumazione dei crimini in base all'ordinario decorso degli eventi; il soggetto si dovrebbe rappresentare con certezza che i reati si realizzeranno, anche se non rappresentano lo scopo perseguito. Tale orientamento imporrà un particolare sforzo probatorio all'accusa nell'accertamento dell'elemento soggettivo, facendo emergere quei rischi, già evidenziati dalla dottrina, che l'esclusione del dolo eventuale comprometta l'efficacia della repressione in considerazione della struttura specifica della responsabilità penale nel diritto internazionale, trattandosi spesso di comportamenti «di al-

<sup>(350)</sup> *Decisions Taken By the Preparatory Committee At Its Session Held in New York 11 to 21 February 1997*, UN Doc. A/AC.249/1997/L.5(1997), Annex II, *Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties*, Article H, par. 4, pp. 27-28; *Report of the Inter-Sessional Meeting From 19 to 30 January 1998 in Zutphen, the Netherlands*, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13 (1998), Article 23[H], par. 4, p. 60; *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute & Draft Final Act*, UN Doc. A/Conf.183/2/Add.1 (1998), Article 29, par. 4, p. 66; *Summary Records of the Meetings of the Committee of the Whole*, 1st meeting, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.1, par. 24.

<sup>(351)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 366; *Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law*, UN Doc.A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4, p. 255.

<sup>(352)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 367.

<sup>(353)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 368-369.

trui ispirazione» (ad esempio su ordine del superiore o del Governo) e che non sono realizzati dall'autore di sua iniziativa, con la conseguenza che l'autore non manifesta spesso una volontà diretta di realizzare il crimine ma, al contrario, «*se manifeste précisément souvent dans cette relation psychique qui est propre au dol éventuel*»<sup>(354)</sup>, o, comunque, facendo emergere la difficoltà di accertare il dolo diretto dei leader rispetto ai crimini di massa che vengono realizzati dai loro subordinati o dai loro coautori nell'esecuzione dell'originario piano criminale.

L'effetto positivo che si potrebbe determinare è quello di evitare possibili strumentalizzazioni del dolo eventuale per imputare ai leader i crimini dei subordinati solo in virtù di mere presunzioni fondate sulla autorità rivestita, finendo per applicare forme di responsabilità di posizione. Nel caso in esame la Camera nega che Bemba, Presidente della Repubblica Democratica del Congo ("DRC") e comandante supremo delle MLC (*Mouvement pour la Liberation du Congo*), possa essere considerato coautore dei reati di omicidio e di violenza carnale, realizzati dalle MLC truppe nella Repubblica Centrale Africana (CAR) nel 2002-2003, in quanto non ritiene che sussistano sufficienti prove per l'accertamento del dolo di I o di II grado. Non è possibile, ad avviso della Camera, dedurre il dolo diretto di II grado dal fatto che le stesse truppe avevano consumato i crimini di saccheggio e di violenza carnale nel 2001 nel CAR e nel 2002 nel DRC (Mambasa), e che i primi non fossero stati puniti, mentre i secondi erano stati puniti in maniera lieve e in seguito amnistiati; la Camera ritiene che il fatto che dei crimini siano stati commessi nel passato, non comporta necessariamente che in seguito ne saranno certamente consumati altri («*The fact that certain crimes were committed in prior events does not necessarily mean that they would certainly take place subsequently*»)<sup>(355)</sup>. Non sembra, inoltre, possibile dedurre il dolo dalla consapevolezza che i soldati non fossero pagati (in ogni caso le spese per il loro mantenimento erano pagate dal Governo), un simile elemento non sarebbe sufficiente neanche per provare il dolo rispetto al reato di saccheggio (né a tal fine si ritiene sufficiente la consapevolezza dei saccheggi consumati nel passato, dimostrata dal possesso da parte di Bemba di auto precedentemente confiscate)<sup>(356)</sup>. La Camera, inoltre, verifica che le truppe non erano le stesse che avevano consumato i precedenti reati<sup>(357)</sup>. La Pre-Trial Chamber non è convinta del fatto

---

<sup>(354)</sup> S. GLASER, *op. cit.*, 489-490; R. SICURELLA, *Le principe nulla poena sine culpa*, cit., pp. 273-274; ID., *Per una teoria della colpevolezza*, cit., p. 189; F. RAGO, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>(355)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 377.

<sup>(356)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 383 ss.

<sup>(357)</sup> Era cambiato il comandante del 28 Battaglione delle MLC truppe coinvolte negli interventi nel CAR ed erano diverse le truppe coinvolte nell'attacco di Mambasa.

che l'invio delle truppe in un paese straniero con il «solo mandato di salvare il presidente sotto minaccia» comportasse necessariamente che i soldati fossero automaticamente autorizzati a consumare crimini contro l'umanità o crimini di guerra<sup>(358)</sup>; ma soprattutto si ritiene che il fatto di continuare a mantenere le truppe dopo essere stato informato di ciò che avveniva, non vuol dire che il soggetto ammettesse che certamente altri crimini sarebbero stati commessi, ma solo che si rappresentava tale possibilità e che l'accettava pur di raggiungere il suo scopo (aiutare Patassé a mantenere il potere), così agendo con il mero dolo eventuale<sup>(359)</sup>. Emerge il confine tra il dolo diretto di II grado e il dolo eventuale, fondato, come afferma la stessa Pre-Trial Chamber, sul diverso grado di elemento rappresentativo (la differenza tra possibilità e probabilità), più che su quello volitivo.

Nel caso *Katanga et Chui*, invece, vengono imputati a titolo di dolo diretto di II grado il reato di saccheggio («*is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that, in the ordinary course of events, the implementation of the common plan would inevitably result in the pillaging of the Bogoro village*») e i reati di violenza carnale e riduzione in schiavitù sessuale. Dalla decisione in esame emerge che la prassi precedente, – il fatto che in precedenti attacchi i soldati, gli stessi soldati, avevano commesso simili reati –, e il fatto che gli imputati si erano recati nei campi o avevano notizie di ciò che avveniva (la prassi di violenza carnale e riduzione in schiavitù sessuale era diffusa e ben conosciuta da tutti in quella regione) sono le prove dalle quali si deducono le sostanziali ragioni per credere che il piano di distruzione del villaggio di Bogoro comportasse come inevitabile o, comunque, certa conseguenza anche il saccheggio dei suoi abitanti o la violenza carnale nei confronti delle sue donne, al punto da stabilire che gli imputati agirono con dolo diretto e non con dolo eventuale<sup>(360)</sup>; nella decisione Bemba Gombo invece, come esaminato, la prassi precedente non è stata considerata sufficiente per provare il dolo diretto. Si esclude l'imputazione ai leader dei reati di trattamenti disumani e di oltraggio alla dignità umana.

Emerge già in questa fase, ma sarà comunque la prassi della Corte Penale Internazionale a dimostrarlo, sempreché accolga quest'orientamento, come la distinzione tra il dolo diretto di II grado e quello eventuale si riduca ad una sottile questione probatoria.

---

<sup>(358)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 389, 378 ss.; non convince la circostanza che un testimone parla di un sorta di mandato dando «carta bianca», perché nel contesto in cui l'espressione era stata utilizzata dal testimone non se ne poteva trarre il significato di un'autorizzazione a compiere crimini; né si può dedurre il dolo di Bemba dalla circostanza che Mr Patassé diede ordini di uccidere i bambini o che lui fosse informato dei saccheggi e delle violenze carnali che venivano consumati.

<sup>(359)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 400.

<sup>(360)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 566-567.

7. *La nozione di autore nell'ambito del concorso di persone disciplinato dal StCPI.*

Lo Statuto di Roma accoglie per la prima volta nel diritto penale internazionale la concezione del concorso di persone di stampo europeo-continentale, che distingue tra autorità («commettono un tale crimine»), coautoria («anche se in collaborazione con un'altra persona»), autorità indiretta («o per mezzo di un'altra persona, indipendentemente dal fatto che questa persona sia responsabile penalmente»), e compartecipazione (istigazione e complicità)<sup>(361)</sup>.

In tale direzione la Corte penale internazionale nel caso Lubanga ha chiarito che occorre distinguere da una parte «la consumazione *stricto sensu* di un crimine individualmente, insieme con un'altra persona o attraverso l'intermediazione di un'altra persona, ai sensi dell'art. 25-3-a dello Statuto e la responsabilità dei superiori gerarchici ai sensi dell'art. 28 dello Statuto rispetto a tutte le altre forme di responsabilità del complice (*par opposition à celle de l'auteur principal*), previste dalle disposizioni da b) a d) dell'articolo 25-3 dello Statuto»<sup>(362)</sup>. La Camera distingue chiaramente le condotte *principal* di consumazione in senso stretto e la responsabilità da comando dalle forme di complicità.

Ai sensi dell'art. 25 (3)(a) è, innanzitutto, considerato autore colui che realizza il fatto tipico «personalmente o meglio con le proprie mani»<sup>(363)</sup>; in quest'ipotesi è accolta la concezione formale di autore, inteso come colui che realizza gli elementi del fatto tipico. Come evidenziato dalla dottrina tedesca, però, il legislatore internazionale non adotta una nozione meramente formale di autore, ma laddove precisa che «*commit*» il reato anche colui che non lo esegue personalmente ma «tramite un'altra persona» (25 (3)(a)) (o con altre persone), accoglie una nozione teleologicamente orientata di autorità, in base al criterio del «dominio della condotta» fondato sulla *Tätherrschaftslehre* di Roxin<sup>(364)</sup>.

<sup>(361)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 612. Sul modello di concorso di persone accolto nello Statuto sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 574 ss. e dottrina *ivi* citata; cfr. A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 123 ss.

<sup>(362)</sup> ICC, *Lubanga Dyl*, cit., par. 320.

<sup>(363)</sup> *Ibidem*. Cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., pp. 546-547; A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 199; ID. *Täterschaft und Teilnahme im Statut des IstGH*, in *ZStW* 2007, p. 438; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 66; G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, cit., p. 966.

<sup>(364)</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tätherrschaft*, cit., p. 127 ss.; cfr. A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 782; A. ESER - H. KREICKER, *op. cit.*, p. 283; H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996, p. 652; H.H.M.D. DUBBER, *op. cit.*, p. 983 che ritiene che tale teoria sia un buon compromesso tra quella oggettiva e quella soggettiva.



Si deve evidenziare a tal proposito che nella dottrina tedesca da una parte si afferma una nozione formale-obiettiva di autore, legata alla concezione dell'accessorietà in base alla quale la condotta dell'autore deve essere necessariamente tipica, mentre l'istituto del concorso prevede delle fattispecie circoscritte, che svolgono una funzione incriminatrice di condotte atipiche correlate ad una condotta principale tipica (la condotta dell'autore), ed il cui trattamento è graduato su quello previsto per l'autore, che rappresenta il perno su cui ruota l'accessorietà; dall'altra parte, però, la stessa dottrina tedesca accoglie sempre più una nozione teleologicamente orientata di autore, per dare adeguato rilievo a quelle condotte concorsuali che, se pur non esecutive, «emergono fenomenologicamente come condotte principali in ragione della “signoria sul fatto” che con esse si esercita»<sup>(365)</sup>. Questa esigenza di adottare una nozione teleologicamente orientata di autore si rende, inoltre, necessaria, da una parte, a causa della mancanza di una disciplina del concorso di persone e, in particolare, di circostanze aggravanti e attenuanti che consentano al giudice di apprezzare il particolare disvalore del ruolo e del contributo del singolo concorrente<sup>(366)</sup>, e, dall'altra parte, in quanto il § 25, introdotto con la riforma del 1975, include espressamente nel concetto di *Täter* colui che realizza il crimine per mezzo di (*durch*) un'altra persona o insieme a più persone (*Mittäter*)<sup>(367)</sup>: una disciplina corrispondente a quella introdotta nell'art. 25 del StCPI.

Nella prassi la giurisprudenza internazionale, in particolare quella del TPY, come esaminato, propende per l'adozione di una nozione teleologicamente orientata di autore, che consenta di valutare in termini di offensività l'effettivo ruolo svolto nella realizzazione del reato, indipendentemente dall'esecuzione materiale. Da tale prassi emerge, però, la problematicità della nozione teleologica di autore, che se consente di tener conto dell'effettivo apporto del soggetto all'offesa dell'interesse tutelato, rimette la sua applicazione a un'eccessiva discrezionalità del giudice<sup>(368)</sup>, al punto da far rientrare nella nozione di coautore chiunque fornisca un contributo alla comune impresa criminosa, come esaminato nel caso *Tadic*.

Pur rendendosi conto allora dei limiti applicativi, eccessivamente angusti, della diversa nozione formale di autore e coautore, sarebbe auspicabile che fosse il legislatore a stabilire quali siano le condotte che pur non

---

<sup>(365)</sup> Dequalificando l'esecutore a complice, così T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, p. 55. Cfr. P. CRAMER - G. HEINE, *Vorbem §§ 25 ff.*, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26<sup>a</sup> ed., München, 2001, § 1 ss., p. 458 ss. (§ 21 ss. - 463 ss.); C. ROXIN, *Vor § 25*, in *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11<sup>a</sup> ed., Berlin, 2003, § 1 ss., cfr. § 36 ss.

<sup>(366)</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., p. 56.

<sup>(367)</sup> C. ROXIN, *Vor § 25*, cit., § 12.

<sup>(368)</sup> Cfr. M.D. DUBBER, *op. cit.*, p. 1001.

essendo riconducibili ad una nozione formale di autore (realizzazione degli elementi costitutivi del reato), comportano un disvalore tale da poter essere considerate forme di autorità o di coautorità, piuttosto che forme di mera complicità, provvedendo ad una loro opportuna descrizione e alla previsione di circostanze del reato che adempino alla loro primaria funzione di determinazione legale della pena, attraverso una migliore descrizione legale dell'illecito penale e del disvalore complessivo del fatto<sup>(369)</sup>; ad esempio in tale direzione il legislatore tedesco ha espressamente previsto nella *Gesetz zu der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* (approvata il 26 giugno 2002) che il superiore che volontariamente omette di prevenire i crimini dei subordinati, nella consapevolezza della loro consumazione, è equiparato all'autore del reato e subisce il medesimo trattamento punitivo.

### 7.1. *La coautorità.*

L'art. 25 (3)(a) prevede la coautorità attraverso la formula «*jointly with another*»; si tratta di un'autonoma forma di partecipazione al reato rispetto alla mera complicità, la cui determinazione dipende chiaramente dalla nozione di *autore* accolta. In base alla concezione formale di autore rientra in tale categoria la condotta di chi pone in essere l'azione tipica insieme ad altri<sup>(370)</sup>, ponendo in essere tutti gli elementi del fatto tipico<sup>(371)</sup>, o partecipa alla consumazione di un fatto insieme ad un altro soggetto in base ad una divisione dei compiti (in questi casi la rilevanza penale del contributo deriva dalla sua diretta riconducibilità al modello legale, e non è necessario il ricorso al criterio di tipizzazione causale o altro criterio di tipizzazione)<sup>(372)</sup>; in base alla nozione teleologicamente orientata di autore si fa

---

<sup>(369)</sup> Così M. ROMANO, *Pre-Art. 59*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 632. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., p. 113 ss. il quale propone di ammettere che lo stesso soggetto può essere autore, ai fini della individualizzazione della pena, e concorrente accessorio, ai fini della qualificazione della sua condotta: punibile in maggiore misura ma solo dopo l'inizio della esecuzione altrui (p. 120); autore è «il soggetto la cui orma si ritrova, sopra le altre evidente, nell'opera comune» (p. 116). Cfr. G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 92, il quale ritiene che nell'ambito di una riforma sul concorso spetta ad un «corredo di circostanze aggravanti» il compito di inquadrare le ipotesi di *leadership*, ovvero quelle di chi si avvalga, nel senso di un utilizzo strumentale, di soggetti incapaci, minori, o sottoposti alla propria autorità, direzione o vigilanza.

<sup>(370)</sup> G. GRASSO, *Art. 110 c.p.*, cit., p. 161.

<sup>(371)</sup> Per cui tutti realizzano gli stessi atti e agiscono con la medesima *mens rea*, cfr. per tale ristretta nozione di coautorità A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 181.

<sup>(372)</sup> Coautore è il compartecipe che realizza il reato insieme ad altri sia nell'ipotesi in cui l'azione di ciascuno dei concorrenti sia non solo conforme al modello legale, ma sufficiente a realizzare da sola la fattispecie astratta, sia nel caso in cui l'azione di ciascuno dei con-

rientrare in tale nozione di coautoria, anche la condotta di chi partecipa ad un piano collettivo in virtù di un programma generale del fatto e attraverso un contributo individuale<sup>(373)</sup> (anche l'ideatore del piano criminale, l'organizzatore, fermo restando che per distinguere tale forma di partecipazione dalla mera complicità, l'allargamento della nozione di «*committing*» deve essere compensato dal richiedere in maniera stringente il carattere «*jointly*», comune, dell'esecuzione)<sup>(374)</sup>.

Esigenze di tassatività dovrebbero far propendere per la prima interpretazione, ma si deve considerare che, come esaminato, il legislatore internazionale definisce autore anche colui che commette il reato strumentalizzando un altro soggetto (anche responsabile), con l'evidente accettazione di una nozione di autore teleologicamente orientata.

La giurisprudenza del Tribunale di Norimberga faceva rientrare nel concetto di coautoria, come evidenziato, la mera partecipazione al piano criminale o la mera condivisione dello scopo; i presupposti della coautoria erano rappresentati dall'esistenza di un piano o di uno scopo comune e dalla realizzazione di un contributo individuale all'attuazione di questo piano o di questo scopo (piano concretizzato nell'attuazione di uno o più crimini). In luogo di un piano si considera sufficiente un'organizzazione comune e la corrispondente responsabilità per l'organizzazione<sup>(375)</sup> (fermo restando che lo Statuto di Norimberga prevedeva l'autonoma incriminazione della partecipazione in un'associazione criminale); e in termini simili il TPY attribuisce il ruolo di coautore al partecipe nel piano comune che condivide lo scopo criminale<sup>(376)</sup>.

Si deve osservare a tal proposito che la dogmatica della coautoria (*Mittäterschaft*) è stata sviluppata in una certa tradizione giuridica continentale, in cui è stata intesa come una particolare forma di realizzazione in comune del reato<sup>(377)</sup>.

Nel diritto angloamericano, invece, accanto alla coautoria rappresentata dall'ipotesi di più persone che realizzano insieme il reato (ciascuna

---

correnti, pur conforme al modello legale, non sia in grado, senza l'apporto dell'altro concorrente, di realizzare in concreto il fatto di reato, G. GRASSO, *Art. 110 c.p.*, cit., p. 161.

<sup>(373)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 548; A. ESER - H. KREICKER, *op. cit.*, pp. 283-284; E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 135 il quale evidenzia che la suddivisione della figura dell'autore prevista dal StCPI è accolta nell'ordinamento spagnolo, tedesco e inglese; A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., pp. 200-201; per l'ordinamento spagnolo cfr. A. GIL GIL, *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Granada, 2006, pp. 82-83.

<sup>(374)</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 790.

<sup>(375)</sup> *Ibidem*, p. 612.

<sup>(376)</sup> Si veda *supra* § 5.1.

<sup>(377)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 548; K. HAMDORF *The Concept of a Joint Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime* IN JICJ 2007, p. 212.

condotta realizza un comportamento conforme alla fattispecie astratta – *co-principals*), si ritiene che più persone possono essere *co-principals* anche nell'ipotesi in cui ciascuno realizza una parte degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa (gli atti di tutti insieme realizzano tutti gli elementi della fattispecie in questione), condividendo il medesimo proposito criminoso<sup>(378)</sup> («*joint commission*» – § 26 dell'inglese *Draft Criminal Code Bill* 1989). Una parte della dottrina, tuttavia, ritiene in contrasto con i principi dell'ordinamento inglese considerare tutti i partecipi della comune impresa *co-principals*; si tratterebbe di una forma di complicità nell'ambito dell'impresa comune («*joint enterprise*», *common design*, *common purpose* o *common pursuit*) o una forma di autorità secondaria (*principal in the second degree*)<sup>(379)</sup>.

Nel *Model Penal Code* nordamericano nel caso di realizzazione collettiva si distingue la figura dell'autore e quella del complice; è considerato autore colui che realizza il delitto insieme ad un altro soggetto, realizzando parallelamente e personalmente gli elementi costitutivi del fatto tipico (*principal*), è considerato complice (*secondary*) colui che si limita a fornire un contributo atipico. La condotta principale e quella secondaria sono distinte in base ad un criterio causale<sup>(380)</sup>. Se la condotta partecipa ad un piano comune si applica la teoria del «*joint enterprise*» o del «*common purpose*» che consente di imputare tutti i reali rischi prevedibili della realizzazione in comune<sup>(381)</sup>; è discusso se una tale condotta sia considerata una forma di complicità o una forma di partecipazione equiparabile alla coautoria<sup>(382)</sup>.

In conformità ad una tale teoria del *joint enterprise* sembra orientarsi la giurisprudenza del secondo dopoguerra (anche la corte israeliana nel caso *Eichmann*<sup>(383)</sup>) in cui si avverte una sorta di soggettivizzazione della coautoria, come accennato, nel senso che non rileva la realizzazione di una parte del fatto tipico, ma piuttosto un qualunque contributo realizzato perseguendo il fine comune. Ciò perché si ritiene che il dominio del fatto, proprio dell'autore, non può riscontrarsi in un crimine collettivo (crimini di guerra o crimini contro l'umanità); è sufficiente un singolo contributo,

<sup>(378)</sup> A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 364.

<sup>(379)</sup> J. SMITH - B. HOGAN, *Criminal Law*, cit., p. 141 ss.; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 549; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., pp. 74-75.

<sup>(380)</sup> K.J.M. SMITH, *A Modern Treatise*, cit., pp. 28-78 ss.

<sup>(381)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 550; A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 443; *Law Commission, Assisting 1993*, p. 7, 57 ss.; *The Law Commission (Law Com No 305), Participating in Crime*, May 2007, cit., (1.20), p. 8 ss. - (3.57 ss.) 64 ss.

<sup>(382)</sup> Nella prima direzione cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 142; nella seconda direzione cfr. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts*, cit., p. 190; K.J.M. SMITH, *A Modern Treatise*, cit., p. 209; A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 443. Cfr. K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 550.

<sup>(383)</sup> District court (Israel), *Adolf Eichmann*, cit., p. 236.

come nel caso *Eichmann* l'attività organizzativa dei crimini di massa, realizzato al fine di consumare il fatto tipico. In tale direzione *Baumann* riteneva che dovessero essere considerati autori dello sterminio degli ebrei tutti coloro che in qualunque modo condivisero la scelta, fornendo un contributo con volontà e perseguendo il fine comune<sup>(384)</sup>. Questa soggettivizzazione (*Animustheorie*) della teoria della coautoria tedesca<sup>(385)</sup> viene criticata dalla più recente dottrina, che ritiene che così non è più possibile distinguere la condotta dell'autore e quella del complice; o peggio si riconducono alla coautoria tutte le forme di complicità, come avvenuto nei processi contro i fatti di *Auschwitz*<sup>(386)</sup>. Tale soggettivizzazione, inoltre, è spesso strumentale ad esigenze di semplificazione probatoria.

Contro una simile soggettivizzazione della figura del coautore, la dottrina tedesca oppone la concezione della coautoria funzionale di *Roxin* per cui il ruolo di coautore dipende non dalla volontà di dominio del fatto, ma piuttosto dal fatto che il coautore agisce «in comune» in base ad una divisione dei compiti funzionale; il «funzionare» di ogni singolo partecipante al fatto rappresenta il presupposto indispensabile per la realizzazione dell'intero fatto<sup>(387)</sup>. La considerazione del fatto complessivo consente di valorizzare normativamente il contributo al fatto di *Eichmann*, valutando in che misura è stato necessario e in che misura ha reso possibile lo sterminio della popolazione ebraica; sotto un tale profilo la condotta di *Eichmann* può essere considerata un indispensabile presupposto del fatto complessivo (in qualità di organizzatore dello sterminio degli Ebrei)<sup>(388)</sup>. Nel caso *Stakić*, come esaminato, il TPY richiama espressamente la dottrina di *Roxin* sul concetto di coautore<sup>(389)</sup>. Tale concezione sembra preferibile rispetto a in-

<sup>(384)</sup> J. BAUMANN, *Gedanken zum Eichmann -Urteil*, JZ 1963, p. 119.

<sup>(385)</sup> «Täter ist danach, wer den Täterwillen (animus auctoris) hat, wer die Tat als eigene, will, während als bloßer Teilnehmer derjenige angesehen wird, der die Tat nur als fremde will (animus socii), der sich und seinen Tatbeitrag dem Willen des anderen unterordnet», in relazione alla teoria in esame P. CRAMER-G.HEINE, *Vorbem §§ 25 ff.*, cit., § 56, p. 470; per la teoria in esame nella sua forma estrema che attribuisce rilievo solo a criteri soggettivi per determinare il ruolo del partecipe cfr. G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, in *Goldammer Archiv*, 1998, vol. 145, p. 519 ss.

<sup>(386)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., 552, il quale cita LG/Frankfurt, 20 agosto 1965; BGH, 20 febbraio 1969.

<sup>(387)</sup> I partecipanti sono «con - autori dell'intero» («Mit - Täter am Ganzen»), essi condividono il dominio del fatto (*Mitherrschaft*); coautoria è realizzazione collettiva della fattispecie tipica. Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 278; Id., § 25, in *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*, cit., § 7 ss.-173 ss.

<sup>(388)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 554. Per una disamina dell'evoluzione della dottrina tedesca sul concetto di autore cfr. S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>(389)</sup> TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 440; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 278; H. OLÁSOLO, *op. cit.*, p. 143 ss.; F. ARGIRÒ, *La compartecipazione criminosa*, in G. LATTANZI - V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale - Organico-Competenza-Reati-Processo*, Milano, 2006, p. 407 ss.

debite soggettivizzazioni in quanto valorizza il disvalore oggettivo del contributo.

Il ruolo centrale del dominio del fatto è riconosciuto anche da quegli autori, come *Cramer*, che ricostruiscono la coautoria in base a criteri oggettivi e soggettivi, tenendo conto di quale funzione il contributo al fatto tipico «deve perseguire in base alla rappresentazione soggettiva del partecipe»<sup>(390)</sup>. Tale criterio misto (oggettivo e soggettivo) è utilizzato dalla giurisprudenza del TPY nel caso *Furundžija*, anche se la Corte non utilizza il linguaggio della teoria della *Mittäterschaft*. Sotto il profilo oggettivo si distingue tra la condotta di partecipazione di chi prende parte in maniera integrale alla tortura, e la condotta del complice, il quale si limita ad assistere l'autore in qualche modo; sotto il profilo soggettivo si distingue tra la condotta di coautoria e quella di complicità, a seconda se il soggetto condivide o meno il proposito di torturare – anche costringendo alla confessione o a fornire determinate informazioni –. La Corte, però, sembra attribuire maggior peso al criterio soggettivo, considerato cruciale per risolvere la questione in esame<sup>(391)</sup>. Sarebbe auspicabile che si attribuisse maggior rilievo al criterio funzionalista<sup>(392)</sup>.

Si discute, ancora, sulla possibilità di far rientrare nel concetto di coautoria la condotta di coloro che decidono collettivamente o nell'ambito di un organo; si deve evidenziare, tra l'altro, che nel StCPI non è prevista la condotta di pianificazione – programmazione (*planning*), espressamente prevista negli statuti dei tribunali *ad hoc* e nel cui ambito poteva rientrare tale ipotesi. Tale problema assume una particolare rilevanza nell'ambito del diritto penale internazionale perché spesso i crimini internazionali sono decisi, preparati e pianificati da organi statali collettivi; in questo caso si dovrebbe configurare una forma di responsabilità nello stadio della preparazione del fatto e si pone il problema di stabilire sino a che punto la mera condotta di preparazione può costituire una condotta punibile a titolo di coautoria. La dottrina tedesca ritiene che tale forma di responsabilità per aver partecipato alla votazione relativa alla risoluzione del reato è possibile in quanto in base al criterio del dominio del fatto, l'approvazione della decisione di commettere un reato viene considerata una forma di coautoria<sup>(393)</sup>; giunge agli stessi risultati anche la dottrina italiana che accoglie una concezione formale di autore<sup>(394)</sup>.

<sup>(390)</sup> P. CRAMER - G. HEINE, *Vorbem* §§ 25, cit., §§ 67-68, 472-473.

<sup>(391)</sup> TPY, *Furundžija*, Trial Chamber, cit., par. 264 ss.-270 ss. (273 ss.).

<sup>(392)</sup> Cfr., K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 557, il quale auspica l'utilizzo del criterio funzionalista. Cfr. sul concetto di coautoria della dottrina tedesca fondato sul piano collettivo e sulla comune esecuzione del fatto, S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>(393)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., pp. 561-562. Cfr. H. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 326 ss.

<sup>(394)</sup> G. GRASSO, *Art. 110*, cit., pp. 162-170, il quale assimila tale ipotesi alla coautoria laddove si tratti di una fattispecie espressamente prevista – (come il reato di illegale riparti-

Al di là del variegato panorama dottrinale e delle diverse nozioni di coautoria emergenti nei diversi sistemi giuridici, l'esame della giurisprudenza internazionale, sopra svolto, ha fatto emergere l'accoglimento di una nozione sostanziale di coautore nell'ambito della *joint enterprise*, e quest'interpretazione dell'espressione «*jointly with another*» si è affermata nella prime decisioni della Corte Penale Internazionale, come si esaminerà nel prossimo paragrafo.

## 7.2. *L'interpretazione della autoria e della coautoria della Corte penale internazionale e la joint criminal enterprise.*

L'interpretazione in termini sostanziali della nozione di autore è confermata dalla Corte penale internazionale (*la Chambre préliminaire*), a partire dalla *Décision sur la confirmation des charge*, che nel ricondurre la condotta di Lubanga a quella di coautore, afferma espressamente che la coautoria «è fondata sull'esercizio del controllo sul crimine» nel senso che una persona può essere coautore di un crimine solo se esercita un controllo congiunto, «realizzando il compito fondamentale che a lui è stato assegnato»; la nozione di coautore fondata sul controllo del crimine, presuppone chiaramente la nozione sostanziale di autore teleologicamente orientata, basata sul «dominio della condotta»<sup>(395)</sup>. L'orientamento espresso in

---

zione di utili) –, «sia nelle ipotesi in cui il reato si esaurisce nell'assunzione dell'atto collegiale..., sia nelle ipotesi nelle quali la deliberazione collegiale costituisce un elemento del fatto tipico, che richiede inoltre la realizzazione di un risultato ulteriore...»; tale ipotesi viene ricondotta alla coautoria per l'identità dei diversi comportamenti e per la loro diretta riconducibilità al modello legale, in conformità ad una nozione formale di autore. In ogni caso si potrà trattare di un'ipotesi di *accordo* per commettere un reato come forma di compartecipazione morale, che non si esaurisce in una mera conformità di intenti, ma in un vero e proprio «incontro di volontà, attraverso il quale le parti convengono di fornire ciascuna un determinato contributo per il raggiungimento di una finalità comune, costituita dalla realizzazione del reato»; «quando il delitto realizzato nelle forme concretamente assunte, sia riconducibile all'accordo intervenuto, non può esservi dubbio sul fatto che la partecipazione all'accordo *costituisca un contributo rilevante*, senza che possa risultare decisiva la circostanza che il compartecipe abbia poi fornito un contributo materiale, partecipando successivamente alla fase dell'esecuzione...: l'esclusione della considerazione di decorsi causali alternativi impone, infatti, di negare ogni possibile rilevanza all'interrogativo ipotetico su che cosa gli altri compartecipi avrebbero fatto se uno di essi non avesse partecipato all'accordo».

<sup>(395)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 322 ss.; l'atto di accusa prevedeva alternativamente la possibilità di inquadrare la responsabilità di Lubanga sia ai sensi dell'art. 25(3)(a), sia, in base alla teoria del *common purpose*, ai sensi dell'art. 25(3)(d), affidando ai giudici la scelta della forma di responsabilità più appropriata in base alle prove fornite; conforme ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, *La chambre préliminaire I*, cit., par. 470ss.-480; Pre-Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* ("Omar Al Bashir"), 4 marzo 2009, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad*

tale decisione è stato sostanzialmente confermato nelle successive decisioni nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir* e, in particolare, nel caso *Bemba Gombo*.

La decisione evidenzia che due diversi approcci possono essere utilizzati al fine di distinguere gli autori (forme di responsabilità principali) e i complici (forme di responsabilità accessorie): in base ad un primo approccio “oggettivo”, fondato sulla realizzazione di uno o più elementi materiali del crimine, sono autori «principali» solo coloro che realizzano uno o più degli elementi materiali della fattispecie criminosa<sup>(396)</sup>; in base ad un secondo approccio, “soggettivo”, fondato sull’elemento soggettivo con cui si realizza il crimine (e accolto nella giurisprudenza del TPY in materia di *joint criminal enterprise*), sono autori principali, indipendentemente dal contributo materiale realizzato, coloro che forniscono il loro contributo con il dolo del crimine consumato<sup>(397)</sup>.

La Camera, però, ritiene che l’art. 25 dello Statuto non accoglie né il criterio puramente oggettivo, né quello puramente soggettivo nel distinguere tra responsabilità principali e accessorie, ma piuttosto un terzo criterio, fondato sul concetto di controllo sul crimine, che sarebbe applicato in numerosi sistemi giuridici: “*auteurs principaux*” sarebbero pertanto, non solo coloro che eseguono fisicamente gli elementi obiettivi del crimine, ma parimenti coloro che, indipendentemente dalla distanza che li separa dalla scena del crimine, esercitano il controllo sulla sua commissione decidendo se e come sarà commesso (modi e tempi)<sup>(398)</sup>. In virtù di quest’ultimo approccio per un soggetto essere considerato autore si richiede la realizzazione di un elemento obiettivo, «le circostanze fattuali che permettono di esercitare il controllo sul crimine», e un elemento soggettivo rappresen-

---

*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, par. 210, cfr. *second warrant of arrest* 12 luglio 2010; ICC, Pre-Trial Chamber II, *Bemba Gombo*, cit., par. 347. Cfr. C. MELONI, *I primi passi della Corte penale internazionale: “la decisione che conferma le accuse contro Thomas Lubanga Dyilo”*, in *Corr. mer.*, 2007, p. 887. Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 597 ss.; R.S. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code*, cit., p. 546; W.A. SCHABAS - C. STAHN, *Introductory note: legal aspects of the Lubanga case*, in *Crim. Law Forum*, 2008, p. 431; J.C. OCHOA, *The ICC’s Pre-Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law*, in *Eur. Journ. of Crime, Crim. Law and Crim. Just.*, 16, 2008, p. 50 ss.; A. VETRI, *op. cit.*, pp. 253-268 ss.

<sup>(396)</sup> Cfr. P. CRAMER - G. HEINE, § 25, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 53, p. 469 ss.; cfr. per la teoria oggettivistica L. ZIMMERMANN, *Grundsätzliches zur Teilnahmelehre*, *ZStW* 1929, p. 49, 46. Tale teoria pone dei problemi interpretativi laddove si tratti di reati causali puri in cui ciò che rileva è la causazione del risultato indipendentemente dalle modalità, per cui è difficile distinguere tra autori e complici, cfr. P. CRAMER - G. HEINE, *ivi*, §§ 54-55; H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 648.

<sup>(397)</sup> ICC, *Lubanga Dyilo*, cit., par. 328-329 ss. Cfr. C. ROXIN, § 25, cit., § 3 ss.; P. CRAMER - G. HEINE, *Vorbem* §§ 25, cit., § 56 ss., p. 470; T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 478 ss.

<sup>(398)</sup> ICC, *Lubanga Dyilo*, cit., par. 330.



tato dalla consapevolezza di tali circostanze<sup>(399)</sup>. Il concetto di controllo è abbastanza circoscritto in modo da considerare coautori solo coloro che stabiliscono se e come deve essere commesso il reato, impedendo l'attribuzione di responsabilità a figure marginali<sup>(400)</sup>.

La Camera ritiene, correttamente, che lo Statuto non accoglie il criterio *oggettivo* perché prevede espressamente l'ipotesi dell'autoria mediata, di chi commette il crimine tramite un'altra persona, anche non imputabile; in quest'ipotesi non si può realizzare l'approccio oggettivo che richiede che ogni coautore realizzi personalmente gli elementi oggettivi del crimine, evidenziando come ciò che rileva è il controllo del crimine e non l'esecuzione materiale<sup>(401)</sup>.

Non si accoglie l'approccio soggettivo, ma si evidenzia che questo è l'approccio, come sopra evidenziato, accolto dal TPY laddove considera coautori tutti i membri della comune impresa qualunque sia il contributo oggettivo fornito, purché si agisca con la volontà di realizzare il crimine (la I forma di *joint criminal enterprise*). Si evidenzia, che se gli autori avessero accolto l'approccio soggettivo la condotta di partecipazione descritta dall'art. 25-3-d) rappresenterebbe una forma di coautoria; tale ipotesi, però, osserva correttamente il giudice internazionale è prevista dallo Statuto come forma di responsabilità residuale del complice («*contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime*»), che consente di punirlo in presenza di un determinato elemento soggettivo quando il suo contributo non integri gli estremi delle altre forme di responsabilità concorsuale (ordine, sollecitazione, incoraggiamento, aiuto, una forma di concorso o di assistenza previste dalle lettere b) e c) dell'art. 25-3)<sup>(402)</sup>. L'art. 25 3-d si riferisce, insomma, ad una mera forma di complicità, ad una condotta accessoria, non serve ad indicare la nozione di coautoria prevista dallo Statuto; l'elemento soggettivo, sembra dire la Camera, può attribuire rilievo penale (consentire di tipizzare) condotte che oggettivamente non rappresentano né una forma di coautoria, né una forma di complicità, solo in delle ipotesi residuali. Si eliminano così i dubbi sopra evidenziati, anche in seguito a talune sentenze del TPY, circa

<sup>(399)</sup> *Ibidem*, par. 331.

<sup>(400)</sup> T. WEIGEND, *op. cit.*, pp. 478-479, il quale evidenzia che la giurisprudenza tedesca considera rilevante anche l'elemento soggettivo per distinguere gli autori dai complici, nel senso che ha considerato coautore anche chi non ha il controllo del crimine, ma ne ha promosso l'esecuzione ed ha un interesse al successo della comune impresa. Alcuni autori hanno un approccio più aperto, di carattere valutativo, altri un approccio più restrittivo, fondato sul necessario contributo all'esecuzione del crimine. Cfr. B. SCHUNEMANN, § 25, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12th Edition, Berlin, 2007, par. 28-30, 181.

<sup>(401)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 333; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 482.

<sup>(402)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 334 ss.-337; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 483.

l'opportunità di accogliere nel diritto penale internazionale una nozione soggettivistica di coautoria.

La teoria accolta fornisce un principio fondato sulla sintesi dell'approccio oggettivistico e di quello soggettivistico<sup>(403)</sup>, consente la conciliazione delle due opposte precedenti teorie<sup>(404)</sup>, è stata accolta in diversi ordinamenti ed è stata condivisa da una considerevole parte della dottrina<sup>(405)</sup>. La condotta «principale» di autoria, in base all'approccio in esame, si può realizzare: i) ponendo in essere materialmente gli elementi oggettivi del crimine (*commission du crime à titre individuel* o *perpétration direct*); ii) attraverso il controllo della volontà di coloro che pongono in essere gli elementi oggettivi del crimine (*commission du crime par l'intermédiaire d'une autre personne ou perpétration indirect*); iii) esercitando, insieme ad altri, il controllo del crimine in ragione dei compiti fondamentali assegnati a ciascuno (*commission du crime conjointement avec d'autres ou coaction*)<sup>(406)</sup>.

Nel primo caso si realizza l'ipotesi di chi «commette un tale crimine» personalmente in base al criterio formale dell'esecuzione materiale, nella seconda ipotesi si realizza l'autoria mediata, nella terza ipotesi si realizza la coautoria (in cui può rientrare la comune impresa criminosa). Pur con le perplessità che suscita, come evidenziato, la nozione di autoria in senso sostanziale, emerge, però, *uno sforzo di delimitazione da parte dello Statuto che ritiene che si possa considerare autore chi non esegue materialmente il crimine, solo nell'ipotesi di autoria mediata e di coautoria*. Quest'ultima forma di responsabilità è ritenuta dai giudici la più idonea per inquadrare la responsabilità dell'accusato nel caso di specie; in base ad essa, un individuo può essere ritenuto co-autore di un crimine solo se ne ha il controllo insieme ad altri (*joint control*) e sulla base di un contributo essenziale a lui imputabile<sup>(407)</sup>.

<sup>(403)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 484.

<sup>(404)</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 52-59. Cfr. G. STRATENWERTH - L. KUHLIN, *I Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5<sup>th</sup> Edition, Cologne, 2004, p. 290.

<sup>(405)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 485 e dottrina *ivi* citata; da ultimo piuttosto critica V. GARCIA DEL BLANCO, *La coautoria en Derecho penal*, Valencia, 2006.

<sup>(406)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 332; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 487.

<sup>(407)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 383 sulla concreta determinazione del ruolo essenziale svolto da Lubanga, in qualità di coordinatore generale della realizzazione del piano comune: teneva contatti diretti e continui con gli altri partecipanti al piano comune che sono stati accusati dell'esecuzione di diversi aspetti del piano; ha realizzato diverse ispezioni dei campi di intrattenimento militare dei FPLC al fine di incoraggiare le nuove reclute, compresi i minori di quindici anni, e prepararli a partecipare alle ostilità; si adoperava per procurare i mezzi finanziari necessari per la realizzazione del piano comune; inoltre, ha personalmente incitato l'arruolamento di giovani reclute, minori di quindici anni, per rinforzare le truppe del FPLC, al fine di ottenere il successo del conflitto, e ha utilizzato minori di quindici anni per la sua difesa personale.

La Camera ritiene che alla base della nozione di coazione si pone «l'idea che, allorché la somma dei contributi individuali coordinati di più persone sfociano nella realizzazione di tutti gli elementi oggettivi di un crimine, tutte le persone che hanno apportato un contributo possono vedersi imputati i contributi degli altri e, di conseguenza, essere considerati come autori principali del crimine nel suo insieme»<sup>(408)</sup>.

Tale concetto di *co-perpetration*, derivante dal controllo congiunto sul crimine, è fondato sul principio della divisione dei compiti tra più persone che agiscono di concerto al fine della commissione di un reato, ove, sebbene nessuno dei partecipi detenga il controllo assoluto sul crimine, ciascuno ne ha nondimeno il controllo, nel senso che il venir meno del suo contributo comprometterebbe la realizzazione del reato. Si cita a conferma di tale orientamento la sentenza *Stakić* del TPY<sup>(409)</sup>, in cui si richiama le parole di *Roxin*: «il coautore (*co-perpetrator*) non può ottenere nulla da solo...Il piano lavora se il complice lavora con l'altra persona. Entrambi gli autori sono nella stessa posizione»; «essi possono realizzare il loro piano solo se agiscono insieme, ma ciascuno individualmente può rovinare l'intero piano se non svolge la sua parte. In tal senso egli ha il controllo del crimine (*"To this extent he is in control of the act"*)»; «il fatto che ciascuno ha una posizione chiave nei termini indicati descrive precisamente la struttura del comune controllo sull'atto»<sup>(410)</sup>.

La decisione in parola si preoccupa quindi di chiarire i singoli requisiti per l'esistenza di tale forma di responsabilità.

Sotto il profilo oggettivo, il primo elemento che deve essere provato consiste nel fatto che l'imputato abbia partecipato a un accordo o a un piano comune tra due o più persone<sup>(411)</sup>, che eseguono fisicamente gli elementi del crimine<sup>(412)</sup>. Non si richiede che tale accordo sia esplicito e la sua esistenza può essere dedotta dal comportamento dei partecipi<sup>(413)</sup>. Il

<sup>(408)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 326; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 520.

<sup>(409)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 342; TPY, *Stakić*, Trial Chamber, cit., 440; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 521.

<sup>(410)</sup> «Roxin goes on to say, "this type of 'key position' of each co-perpetrator describes precisely the structure of joint control over the act"», TPY, *Stakić*, Trial Chamber II, cit., par. 440; cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 278.

<sup>(411)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 343-377 sull'individuazione nel caso concreto di un accordo, avente come oggetto l'arruolamento di nuove truppe per garantire i successi militari tra Lubanga, che esercitava funzioni di comando (*de jure* e *de facto*) del FPLC, il capo *Kabwa Panga Mandro* – segretario nazionale aggiunto della Difesa dell'UPC –, *Rafiki Saba* – capo di sicurezza dell'UPC –, *Florimbert Kisembo* – capo di Stato maggiore del FPLC –, *Bosco Ntanga*, – capo di stato maggiore aggiunto del FPLC incaricato delle operazioni militari –, e altri comandanti di alto rango del FPLC; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 522; ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 350.

<sup>(412)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 522.

<sup>(413)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 345; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 523.

piano comune deve includere la consumazione di un crimine<sup>(414)</sup>. Nel caso Lubanga si precisa che lo scopo perseguito con il piano comune può anche non essere criminale, ma comportare il rischio che la sua realizzazione integri un crimine<sup>(415)</sup>.

Il secondo elemento oggettivo è rappresentato dal contributo essenziale realizzato da ciascun coautore, in maniera coordinata con gli altri agenti, che deve risultare nella consumazione degli elementi oggettivi del crimine<sup>(416)</sup>; più persone esercitano un controllo congiunto sul crimine, nell'ipotesi in cui ciascuno svolga un compito in base al piano comune, la cui mancata esecuzione rappresenta un ostacolo alla consumazione del crimine<sup>(417)</sup>.

Si precisa espressamente che mentre in dottrina alcuni autori ritengono che la natura essenziale del contributo presuppone che esso intervenga nella fase dell'esecuzione del crimine, nello Statuto non è prevista una limitazione di questo tipo<sup>(418)</sup>; potrebbe trattarsi anche di una mera attività di programmazione o di atti preparatori<sup>(419)</sup>, purché, però, si potrebbe sottolineare, tale attività «risulti nella commissione degli elementi oggettivi del crimine».

Fornire armi e munizioni, esercitare il potere di spostare le truppe prima arruolate e addestrate nei campi di battaglia, coordinare e monitorare l'attività delle truppe, può costituire un contributo che deve essere considerato essenziale indipendentemente dal momento in cui viene realizzato (prima o durante la fase di esecuzione dei crimini)<sup>(420)</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, precisato che lo Statuto non ammette forme di responsabilità oggettiva (*strict liability*), si richiedono tre elementi per considerare un soggetto coautore: il sospettato deve a) soddisfare l'elemento soggettivo dei crimini realizzati, in particolare deve agire con *intent e knowledge* come richiesto all'art. 30 dello Statuto (nonché con l'eventuale *dolus specialis* o con l'ulteriore elemento soggettivo richiesto per il tipo di crimine realizzato<sup>(421)</sup>); b) essere consapevole e accettare che la realizza-

<sup>(414)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 524.

<sup>(415)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 344-361; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 522-526.

<sup>(416)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 346, si veda par. 398 in cui si specifica che il suo ruolo essenziale di coordinamento generale del piano, gli fornisce il potere di ostacolare la realizzazione dello stesso rifiutando di apportare il suo contributo; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 524; ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 350.

<sup>(417)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 347.

<sup>(418)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 348, che cita C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 294-299; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 526.

<sup>(419)</sup> C. MELONI, *I primi passi*, cit., p. 887, parla di atti preparatori.

<sup>(420)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 526.

<sup>(421)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 527; cfr. G. WERLE, *Individual Criminal*

zione del piano comune comporterà la consumazione degli elementi oggettivi dei crimini; e c) essere consapevole delle circostanze oggettive che li consentono di controllare i crimini insieme agli altri coautori<sup>(422)</sup>.

In relazione al primo elemento, si ribadisce, come esaminato, che, in virtù dell'art. 30 dello Statuto, tutti i crimini di competenza della Corte richiedono il dolo (*intention e connaissance*), nel cui ambito si ricomprende sia il dolo intenzionale (diretto di I grado), sia il dolo diretto (diretto di II grado), e, ad avviso della Corte nel caso Lubanga, il dolo eventuale<sup>(423)</sup>. La Corte, tuttavia, nel caso Bemba-Gombo, cambia orientamento, escludendo che rientri nelle previsioni dell'art. 30 il dolo eventuale, come esaminato.

In relazione al secondo profilo, nel caso Lubanga, che ammette il dolo eventuale, ci si accontenta del fatto che i coautori siano consapevoli del rischio che la realizzazione del piano comune (che può prevedere specificamente anche il perseguimento di uno scopo non criminale) comporti la consumazione del crimine e accettano tale rischio<sup>(424)</sup> (se il rischio è basso e non è accettato si esclude la coautoria)<sup>(425)</sup>. La considerazione che ciascuno è consapevole di tale rischio e accetta tali conseguenze, giustifica che a) sia possibile imputare a ciascuno i contributi degli altri, b) ciascuno sia considerato penalmente responsabile in qualità di autore del crimine nella sua totalità<sup>(426)</sup>.

Nelle successive decisioni e, in particolare, nel caso *Bemba-Gombo*, si richiede la comune consapevolezza in capo ai coautori del fatto che la realizzazione del piano comune comporti la consumazione degli elementi oggettivi dei crimini; essi devono agire con l'intento di realizzare gli elementi materiali dei crimini, o devono rappresentarsi la consumazione dei fatti tipici come conseguenza praticamente certa delle loro azioni nell'ordinario decorso degli eventi<sup>(427)</sup>.

Da ultimo il *coautore* deve essere a conoscenza delle circostanze di fatto in base alle quali detiene il controllo congiunto sul crimine<sup>(428)</sup>.

---

*Responsibility in Article 25 ICC Statute*, cit., p. 962, il quale precisa che nei reati a dolo specifico si dovrebbe richiedere tale elemento soggettivo in capo a ciascun coautore.

<sup>(422)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 118, 123-124; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 178, 180-181; ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 351.

<sup>(423)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 351-352. Sull'accertamento dell'elemento soggettivo nel caso concreto par. 404 ss., in particolare al par. 407 si evidenzia che la Camera è convinta che «Il sospettato e gli altri coautori dovevano tutti, in maniera condivisa, sapere e ammettere che la realizzazione degli elementi obiettivi del crimine potesse conseguire alla realizzazione del loro piano comune».

<sup>(424)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 344-361.

<sup>(425)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 537.

<sup>(426)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 362.3 ; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 536.

<sup>(427)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 370; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 533.

<sup>(428)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 118, 123-124.

Questo criterio richiede al coautore la consapevolezza del suo ruolo essenziale per l'attuazione del crimine e, in connessione a tale ruolo essenziale, la consapevolezza di essere capace di frustrarne la consumazione<sup>(429)</sup>, anche attraverso il rifiuto di attivare i meccanismi che condurrebbero quasi automaticamente alla consumazione dei crimini<sup>(430)</sup>.

Qualche dubbio rimane sul concetto di carattere essenziale del contributo, la cui valutazione rimane affidata alla discrezionalità del giudice; tale contributo essenziale può, innanzitutto, intervenire sia nella fase esecutiva, sia nella fase di pianificazione e organizzazione del crimine, come precisato dalla Camera preliminare<sup>(431)</sup>. Si dovrebbe trattare di un contributo *funzionale* al controllo del crimine, o meglio *dell'intera vicenda criminosa*. Non si tratta solo dell'ipotesi in cui si realizzano gli elementi materiali del crimine, altrimenti si ricadrebbe nell'approccio oggettivo per distinguere le condotte principali dalla forma di complicità. Anche se si deve ricordare che in base alla teoria della *Tatherrschaft* di Roxin la teoria oggettiva formale rappresenta il punto di partenza, anzi la teoria in esame vuole colmare le lacune della prima; ma in base a tale teoria occorre valorizzare anche l'elemento soggettivo (non sarà considerato autore chi non si rende conto di esercitare un ruolo fondamentale e quindi non esercita il dominio sugli avvenimenti). Per il resto si ritiene che occorrerà verificare in base alla fattispecie concreta e alle circostanze del caso concreto se il soggetto rappresenta una «figura chiave» o riveste un ruolo centrale nella realizzazione del fatto tipico; la teoria in esame fornisce una sorta di principio guida (*Leitprinzip*) da applicare ai casi concreti, non fornisce una soluzione teorica, astrattamente utilizzabile (né rappresenta un principio universale adottabile per tutte le fattispecie)<sup>(432)</sup>.

Il giudice *Shahabuddin* nella sua opinione dissenziente nel caso *Gacumbutsi* ha sostenuto che la teoria della coautoria di *Roxin* è fondata sulla nozione di controllo del crimine, richiedendo che il contributo del coautore sia *condicio sine qua non* della realizzazione del crimine, al punto che il soggetto non eseguendo il proprio contributo può impedirne la realizzazione (in questo senso ha il controllo del crimine)<sup>(433)</sup>. Il riferimento

<sup>(429)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 371; ICC, *Lubanga Dyl*, cit., par. 366-367; ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 538-539.

<sup>(430)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 539.

<sup>(431)</sup> ICC, *Lubanga Dyl*, cit., par. 348; G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Artiche 25 ICC Statute*, cit., p. 962.

<sup>(432)</sup> C. ROXIN, § 25, cit., § 34 ss.

<sup>(433)</sup> TPR, *Gacumbutsi*, Appeals Chamber, cit., *Dissenting Opinion of Judge Shahabuddin*, par. 46, cfr. par. 42 ss.-47. Cfr. T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 480, il quale sottolinea che il carattere condizionalistico deve essere valutato rispetto al concreto piano criminale; il fatto che il crimine può essere consumato anche in modo differente da quello pianificato non rende il contributo non essenziale, sino a quando i partecipanti confidano reciprocamente di

alla teoria condizionalistica può rappresentare un criterio risolutore per distinguere la coautorità dalla mera complicità, se ai fini della determinazione della soglia minima di rilevanza del contributo non si accogliesse la stessa teoria condizionalistica; se come auspicato, il criterio condizionalistico dovesse essere utilizzato come criterio di tipizzazione dei contributi atipici rilevanti a titolo di complicità, la teoria condizionalistica non sarà risolutiva (anzi comporterebbe che tutti i concorrenti sarebbero considerati autori). Il carattere condizionalistico del contributo dovrebbe rappresentare la soglia minima di rilevanza penale, ma poi per stabilire se il soggetto ha rappresentato una figura chiave, ha il dominio degli avvenimenti, quando non realizza atti strettamente tipici (già esecutivi<sup>(434)</sup>), occorrerà fare riferimento al ruolo svolto nell'ambito della fattispecie materiale quale emerge dal piano concreto del gruppo, dalle concrete modalità prescelte per la sua consumazione. Coautore dovrebbe essere soltanto colui che attraverso il suo contributo non si limita a incidere, realizzando una *condicio sine qua non*, sulla consumazione del crimine realizzato *hic et nunc* (complice in base alla teoria condizionalistica), ma colui che, oltre a fornire un contributo decisivo *consapevolmente*, esercita concretamente e *consapevolmente* il *controllo* sugli avvenimenti, sul crimine nel suo dispiegarsi concreto.

In realtà sembra che questa nozione di controllo del crimine come fondamento della nozione di coautorità assume una maggiore capacità di *tipizzare* la condotta del partecipe se si fa riferimento non tanto al singolo crimine, ma piuttosto a un più ampio piano criminale, nonché a crimini di massa realizzati in maniera ampia e sistematica. In questa dimensione macrocriminale il controllo del crimine non può consistere nel contributo al singolo crimine, ma piuttosto deve comportare una più complessa e significativa attività, – anche se attiene alla fase della programmazione o dell'organizzazione e non della concreta esecuzione –, che diventa *condicio sine qua non* rispetto al piano comune, e comporta il controllo del crimine o meglio del piano criminale. Si assume un *ruolo fondamentale* in base alla divisione di compiti nel progetto comune, in relazione alla fattispecie materiale.

Nel caso Lubanga la Camera ritiene che l'imputato e gli altri leader agiscono in maniera coordinata per realizzare il loro piano che prevede l'arruolamento di minori di quindici anni nel FPLC truppe, il loro addestramento e l'utilizzo nei combattimenti o come guardie del corpo; si ritiene che l'imputato svolga un ruolo chiave e abbia il «*joint control*» del piano criminale in quanto l'essenziale funzione di coordinamento che svolge gli attribuisce il potere di frustrarne l'esecuzione (e, inoltre, era considerato

---

agire in base al piano concordato, e il contributo del partecipante è una parte essenziale di quel piano.

<sup>(434)</sup> C. ROXIN, *Täterschaft und Tatberrschaft*, cit., pp. 294-299.

l'unico in grado di risolvere gli eventuali problemi logistici e finanziari che sovragevano durante l'esecuzione del piano)<sup>(435)</sup>.

In questa prospettiva sarà allora possibile distinguere la condotta di chi istiga un singolo crimine o impartisce un ordine criminoso, rispetto al coautore. In termini di controllo del crimine chi determina altri o ordina ad un altro di eseguire un crimine potrebbe rientrare nella nozione di coautore, se si pensa che il contributo *risulta* nella consumazione degli elementi oggettivi del crimine e lui non solo è in dolo rispetto al crimine, ma è consapevole che l'istigazione o l'ordine sarà *condicio sine qua* non del singolo crimine; in una prospettiva più ampia non ha il controllo dello svolgimento della più ampia attività criminale o della più ampia attività neutrale, in sé lecita, ma che comporta il rischio della consumazione dei crimini (come un piano di trasferimento della popolazione di un villaggio da un territorio ad un altro).

In questa prospettiva, allora, le ipotesi di autoria previste dall'art. 25 3 (a) si distinguono dalle ipotesi di partecipazione previste dall'art. 25 3 (b): le prime operano a macro-livello, le seconde a micro-livello<sup>(436)</sup>.

In ogni caso si deve evidenziare che nelle poche decisioni sinora emesse dalla Pre-Trial Chamber l'imputazione a titolo di coautoria è stata utilizzata non soltanto, come normalmente dovrebbe avvenire, nell'ipotesi di realizzazione del crimine da parte di più soggetti para-ordinati, come nel caso Lubanga in cui sono chiamati a rispondere del reato di utilizzo di minori di quindici anni nei combattimenti anche altri leader politici e militari<sup>(437)</sup>, ma anche come modello di responsabilizzazione di soggetti che cooperano nella consumazione del reato o dei reati con un rango diverso, o, addirittura in base ad un rapporto di subordinazione di alcuni rispetto ad altri, come nel caso Bemba Gombo<sup>(438)</sup> (anche se poi si nega la coautoria, ma per la mancanza dell'elemento soggettivo); in quest'ipotesi mentre i subordinati saranno i concreti esecutori dei reati, i superiori (militari o civili) saranno coloro che li hanno pianificati, programmati, ordinati e diretti, decidendone il se e il come, e così esercitandone il controllo. Anche nel caso Lubanga, del resto, il suo ruolo essenziale, come esaminato, si concentra su un'attività di coordinamento non solo dell'attività dei

---

<sup>(435)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 398-399; lui, inoltre, procacciava i finanziamenti, ordinava l'addestramento dei minori, ispezionava i campi in cui venivano addestrati, li incitava a partecipare ad attività militari, utilizzava i minorenni come guardie del corpo, cfr. par. 383 ss.

<sup>(436)</sup> Così E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 114, il quale deduce da tali considerazioni che in base a tale interpretazione non si sovrappongono le due disposizioni dell'art. 25 3(a) e 25 3(b).

<sup>(437)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 377-379.

<sup>(438)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 349, anche se poi la Camera ritiene di non dover esaminare la sussistenza degli elementi obiettivi alla luce delle prove fornite, in quanto decide che manca l'elemento soggettivo (par. 350).



leader, ma concretamente dell'attività dei subordinati, i comandanti, che utilizzavano nelle loro truppe i minori.

In realtà, però, laddove si tratta di soggetti non paraordinati Roxin utilizza il modello dell'autoria mediata piuttosto che quello della coautoria, che presuppone una struttura orizzontale<sup>(439)</sup>.

Esigenze di tassatività avrebbero reso auspicabile, come sopra sottolineato, l'accoglimento nel diritto penale internazionale di una nozione formale di autore (è coautore chi esegue in tutto o in parte, in base ad una divisione dei compiti, gli elementi del fatto tipico) e prevedere l'introduzione di un'espressa disciplina legislativa che avesse consentito di considerare coautori coloro che decidono la consumazione del reato o progettano il piano criminoso, o avesse permesso, comunque, di tener dovutamente conto del disvalore complessivo di un simile apporto al reato come attraverso la previsione di specifiche circostanze aggravanti, piuttosto che rimettere alla mera discrezionalità del giudice la determinazione di quali siano le condotte di autorità sotto un profilo sostanziale (oltre chiaramente a quelle che siano già esecutive del fatto tipico) attraverso l'applicazione di vaghi criteri valutativi. D'altronde l'accoglimento nello Statuto del modello unitario sotto il profilo sanzionatorio, consentirà al giudice di tener conto del disvalore complessivo del contributo del singolo partecipe, indipendentemente dalla qualifica della condotta come forma di autorità o di complicità, non rendendo indispensabile un'interpretazione estensiva della nozione di autorità.

In ogni caso è fondamentale l'approccio della Corte penale internazionale in relazione alla teoria della *joint criminal enterprise*: la Corte preferisce valorizzare la teoria della *coautoria* in senso sostanziale per criminalizzare la condotta di chi sta ai vertici degli apparati di potere, senza ricorrere alla teoria della comune impresa criminosa come interpretata dal TPY, che finisce per allargare troppo la responsabilità in base ad una mera interpretazione soggettivistica della coautoria; anzi, come accennato, indica chiaramente che sarà possibile applicare l'art. 25-3-d solo in relazione a delle mere ipotesi residuali, quando non sarà possibile applicare la disciplina delle altre forme di partecipazione a titolo di concorso, disciplinate dallo Statuto. Da ultimo l'imputazione di una serie di crimini contro l'umanità e crimini di guerra a titolo di partecipazione in un gruppo che agisce con un comune proposito è prevista nel mandato di arresto di *Ali Kushayb*<sup>(440)</sup>.

<sup>(439)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, in *ZStrR* 2007, vol. 125, 1.

<sup>(440)</sup> ICC, 27 aprile 2007, Pre-Trial Chamber, No. ICC-02/05-01/07, *Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Au Muhammad Al Abd-al-Rahman ("Au Kushayb")*, *Warrant of arrest for Ali Kushayb*.

### 8. *L'autorità mediata.*

Il legislatore internazionale prevede espressamente che un soggetto è responsabile se commette il fatto per mezzo «di un'altra persona, indipendentemente dal fatto che questa persona sia responsabile penalmente» (art. 25 (3) StTPY).

La dottrina tedesca riconduce tale ipotesi alla c.d. autorità mediata<sup>(441)</sup>. Lo Statuto di Roma rappresenta il primo strumento internazionale che disciplina espressamente tale forma di indiretta esecuzione del reato attraverso un'altra persona, che si distingue dalla coautoria, in cui i due autori si pongono su un piano paritario (più o meno), perché un soggetto (l'autore mediato) usa la persona, che esegue materialmente il reato, come uno strumento. L'espressione utilizzata dal legislatore internazionale per descrivere tale forma di autorità, infatti, commettere il crimine per mezzo (*through*) di un'altra persona, indica che non si tratta di una normale forma di istigazione o determinazione di una persona a consumare un crimine, ma si deve trattare di qualcosa di più, perché altrimenti non potrebbe essere distinta dall'*instigation*, prevista dall'art. 25 (3)(b); non solo ma lo Statuto non specifica le forme di strumentalizzazione, come avviene in altri codici, consentendo di far rientrare in tale ipotesi qualunque forma di strumentalizzazione, dall'uso della forza all'induzione in errore<sup>(442)</sup>.

La Corte penale internazionale nel caso Lubanga ha interpretato tale ipotesi attraverso la concezione di autorità fondata sul concetto di controllo del crimine, precisando che la consumazione del crimine attraverso l'intermediazione di un'altra persona, utilizzando come strumento un'altra persona – che normalmente non è responsabile –, comporta il controllo della volontà dell'esecutore ed è la più tipica forma di controllo del crimine<sup>(443)</sup>. Tale orientamento viene confermato nel caso *Katanga et Ngudjolo*

<sup>(441)</sup> Cfr. G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 408; ID., *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, cit., pp. 963-964; A. ESER - H. KREICKER, *op. cit.*, p. 283; O. TRIFFTERER, *Art. 25*, in O. TRIFFTERER (a cura di) *Commentary on the Rome Statute*, cit., Rn. 25; C. KRESS, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, *ivi*, 304; E. VAN SLIEDREGT, *Criminal Responsibility*, cit., p. 95; ID., *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 68 che richiama anche la teoria della «*functional perpetration*» olandese; parla di autorità mediata anche A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 199; ID., *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p.439 ss. Tale ipotesi è espressamente disciplinata dal codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) § 25(1): «Chiunque commette il crimine personalmente o per mezzo di un'altra persona sarà punito come un esecutore» e dal *Código Penal* (Spain), Art. 28: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.».

<sup>(442)</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 794; E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 139. Cfr. C. ROXIN, *op. cit.*, § 25, 53 ss.; P. CRAMER - G. HEINE, *op. cit.*, § 25, 6 ss., p. 494 ss.

<sup>(443)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 339.

*Chui*<sup>(444)</sup>. La Corte Penale Internazionale riconosce che la teoria in esame si fonda sul primo lavoro di Claus Roxin: «*Täter hinter dem Täter*»<sup>(445)</sup>.

Nell'ipotesi in cui si tratti di un reato qualificato, la qualifica dovrebbe essere accertata in capo all'autore mediato, così come eventuali cause di giustificazione e scusanti saranno valutate in relazione alla sua persona; mentre non sono rilevanti le cause che escludono la responsabilità dell'esecutore<sup>(446)</sup>.

In particolare rientra in tale categoria l'ipotesi di chi si avvale di un altro soggetto non responsabile, in quanto non colpevole o non imputabile, per commettere un crimine (minore di diciotto anni, art. 26; non punibile a causa di uno stato di incapacità o di intossicazione, art. 31, lett. a) e b); abbia agito per legittima difesa o in stato di coercizione, art. 31, lett. c) e d); indotto in errore, art. 32). In base alla dottrina dell'autoria mediata, in queste ipotesi si considera l'esecutore come uno strumento del vero autore, al quale viene imputata giuridicamente la condotta del primo in quanto «opera sua» in virtù del suo dominio sul fatto. Si superano così i limiti del concetto ristretto di autore e della teoria dell'accessorietà nella sua formulazione estrema; ma soprattutto, anche laddove si accoglie la concezione dell'accessorietà limitata, che consente di ricondurre le ipotesi in esame nell'ambito del concorso, la teoria in esame consente di qualificare la responsabilità del soggetto mediato in termini di reità, non consentendo all'«autore» di beneficiare del trattamento legislativo più favorevole del complice, o comunque, anche quando la pena edittale corrisponde a quella applicabile all'autore, come per l'istigatore, si impedisce al giudice in sede di commisurazione di abbassare la pena in considerazione del ruolo accessorio del partecipe<sup>(447)</sup>.

Nei paesi di *common law* si applica la teoria dell'«agente innocente» (*innocent agency*), in base alla quale se un soggetto si serve di un altro, innocente, per la consumazione di un reato, il primo sarà considerato *principal*, così superando i limiti della concezione *derivative* della *complicity*<sup>(448)</sup>.

<sup>(444)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 491-492-497.

<sup>(445)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 495-496; C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, cit., pp. 193-207.

<sup>(446)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 495.

<sup>(447)</sup> G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 151 ss.; cfr. M. SINISCALCO, voce *Autore mediato* (*dir. pen.*), *Enc. dir.* IV, 1959, p. 445.

<sup>(448)</sup> Cfr. J. SMITH - B. HOGAN, *op. cit.*, p. 123; A. ASCHWORTH, *op. cit.*, p. 387; E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 69; cfr. *The Law Commission* (Law Com No 305), *Participating in Crime*, May 2007, cit., (1.28 - 1.29) 11 - (B 17 ss.) 180 ss. Sul carattere *derivative* della responsabilità concorsuale cfr. A.P. SIMESTER - G.R. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 219-220 ss. Cfr. *Model Penal Code* (American Law Institute 1985),

8.1. *L'autoria mediata attraverso il controllo di un apparato di potere: Decision on the confirmation of charges Katanga et Ngudjolo Chui.*

L'art. 25(3)(a) prevede, come sottolineato dalla Corte penale internazionale, anche l'ipotesi in cui il terzo utilizzato come strumento del reato da colui che commette il fatto, sia imputabile o colpevole (la norma recita «*independentemente dal fatto che questa persona sia responsabile penalmente*»); nulla esclude, quindi, che possa essere pienamente *responsabile* sotto il profilo penale<sup>(449)</sup>. Si sottolinea nella decisione sul caso *Katanga et Ngudjolo Chui* che, nonostante le critiche alla teoria in esame proprio in relazione all'ipotesi della strumentalizzazione di un soggetto responsabile, il legislatore internazionale ha espressamente tipizzato questa forma di responsabilità prevedendo l'ipotesi della consumazione del reato con l'intermediazione di una persona non innocente. Non si tratta più di una possibilità teorica prevista dalla dottrina, ma di un'espressa disposizione legislativa<sup>(450)</sup>.

La Pre-Trial Chamber nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui* sottolinea che l'ipotesi più comune in cui si realizza ciò nel diritto internazionale penale è quando l'autore mediato commette il crimine attraverso un'altra persona esercitando il controllo su un apparato di potere, su un'organizzazione (*Organisationsherrschaft*)<sup>(451)</sup>.

Si ritiene che questa forma di responsabilità è particolarmente utile nell'ambito del diritto internazionale penale perché i crimini di competenza della Corte, – tra i reati più gravi che offendono la comunità internazionale e compromettono la pace, la sicurezza e i beni dell'umanità –, coinvolgono

---

Sec. 2.06 (2): «A person is legally accountable for the conduct of another person when: (a) [...] *he causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct* [...]».

<sup>(449)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 339.

<sup>(450)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 497.

<sup>(451)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 498-501; C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, cit., pp. 193-207; K. AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo, Temis, 2005, p. 240; H. RADTKE, *Glückwunschebeiträge für Claus Roxin - Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht*, in *GA* 2006, p. 350; C. KRESS, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, *ivi*, p. 304; T. ROTSCH, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen*, in *NSiZ* 1998, p. 491; *Id.*, *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, in *ZStW* 2000, p. 518, che esamina anche la giurisprudenza tedesca in materia; *Id.*, *Neues zur Organisationsherrschaft*, in *NSiZ* 2005, p. 13; G. HEINE, *Aufsätze - Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*, in *JZ* 2000, p. 920, il quale, dopo l'esame della giurisprudenza in materia, evidenzia i rischi di violare i principi fondamentali del diritto penale e auspica piuttosto un'imputazione per aver creato l'apparato di potere, per l'organizzazione, insomma una fattispecie associativa, piuttosto che l'autoria mediata.

pressocché inevitabilmente una criminalità collettiva o di massa. Attraverso la forma di responsabilità in esame lo Statuto di Roma consente di imputare ai capi la responsabilità per tutti i crimini che vengono consumati dagli esecutori (autori principali); generalmente si tratta di crimini commessi da più persone e attraverso questo istituto è possibile considerare colpevoli persone lontane dal luogo di esecuzione del crimine<sup>(452)</sup> (indipendentemente dalla distanza dalla scena del crimine<sup>(453)</sup>).

Alcuni ordinamenti nazionali hanno adottato tale modello per imputare determinati reati ai leader, anche se tendenzialmente hanno attribuito una minore responsabilità a coloro che erano lontani dalla scena del crimine<sup>(454)</sup>. Tuttavia il grado di responsabilità dell'autore mediato dipende dal ruolo che assume nella gerarchia e dalla misura del suo potere gerarchico; più è alto e consistente il ruolo di colui che orchestra i crimini, più sarà responsabile<sup>(455)</sup>. Si riprende quanto affermato dalla Suprema Corte israeliana nel caso *Eichmann*: «*the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command*»<sup>(456)</sup>.

La teoria in esame, ribadisce La Pre-Trial Chamber, consente di considerare i capi dell'organizzazione come autori piuttosto che complici. Essa è stata adottata dalla Corte d'Appello nel processo sulla Giunta Argentina, però tuttavia rigettata dalla Suprema Corte in base alla considerazione che essa non è stata praticamente applicata nella stessa Germania che rappresenta la patria d'origine e che la sua applicazione condurrebbe a risultati iniqui<sup>(457)</sup>. La Pre-Trial Chamber, pur ricordando che la giurisprudenza tedesca ha applicato questa teoria nel processo *East German Borders Trial*<sup>(458)</sup>, non vuole discutere le ragioni che hanno indotto la Suprema Corte argentina a non utilizzare la teoria in esame, ma rileva che la ragione fondamentale riguardava la contraddizione insita nella considerazione si-

<sup>(452)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 502.

<sup>(453)</sup> TPR, *Gacumbitsi*, Appeals Chamber, cit., *Separate Opinion of Judge Shomburg*, par. 18 ss.

<sup>(454)</sup> Federal Supreme Court of Germany, BGHSt 40, 218-236 ss.; 45, 270-296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH, in *NJW* 1998, 767 - 769; The Federal Appeals Chamber of Argentina, *The Juntas Trial*, Case No. 13/84, chap. 7/5; Judgement of the Supreme Court of Justice of Peru, Case No. 5385-200, 14 December 2007; Supreme Court of Chile (investigating magistrate), *Fallos de Mes*, ano XXXV, noviembre de 1993, 12 Novembre 1993; Supreme Tribunal of Spain, penal chamber, Case No. 12966/1994, 2 July 1994 (Judge Bacigalupo); National Court of Spain, Central investigating tribunal No. 5, 29 Marzo 2006.

<sup>(455)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 503.

<sup>(456)</sup> District court (*Israel*), *Adolf Eichmann*, 12 Dicembre 1961, n° 40/61, 36 I.L.R., 5-14, 18-276, par. 197.

<sup>(457)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 504.

<sup>(458)</sup> BGHSt, 40, 218.

multanea come autori (*principals*) sia dei diretti esecutori sia di indiretti esecutori<sup>(459)</sup>. La Corte ritiene, invece, che l'art. 25, c. 3, a) ha incriminato il tipo di responsabilità che incarna proprio tale apparente contraddizione<sup>(460)</sup>.

Si ricorda, ancora, che nel caso *Stakić* il Tribunale ha adottato questa forma di responsabilità per superare le problematiche cui conduce la teoria della *joint criminal enterprise*, anche se la Corte di Appello non ha accolto tale teoria perché non prevista dal diritto consuetudinario<sup>(461)</sup>.

La Corte Internazionale osserva, allora, che la prima fonte per l'interpretazione ai sensi dell'art. 21, c. 1, a) è costituita dallo Statuto; i principi e le regole del diritto consuetudinario intervengono solo se la soluzione giuridica non è espressamente prevista nello Statuto. Ne consegue che anche se non prevista nel diritto consuetudinario, la responsabilità di chi agisce tramite un'altra persona è espressamente sancita dallo Statuto e ciò è sufficiente per la Corte; in quest'ipotesi emerge come non sia possibile per la Corte Internazionale adottare automaticamente le soluzioni interpretative fornite dai Tribunali *ad hoc*<sup>(462)</sup>. Si precisa, infine, che la Pre Trial Chamber III adotta tale teoria circa il controllo dell'organizzazione nel caso *Bemba – Gombo* <sup>(463)</sup>.

In conclusione la Pre Trial Chamber nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui* ritiene che possa essere adottata la teoria dell'autoria mediata attraverso il controllo di un'organizzazione in considerazione del fatto che tale teoria è stata elaborata dalla dottrina<sup>(464)</sup>, applicata anche dalla giurisprudenza internazionale e, soprattutto, è espressamente prevista dallo Statuto.

La Corte osserva che alla base della capacità dell'esecutore di realizzare i crimini attraverso un altro soggetto, si pone l'organizzazione di un apparato di potere gerarchico. Tale apparato presuppone, innanzitutto, rapporti gerarchici tra superiori e subordinati, nonché una molteplicità di subordinati in modo da garantire che gli ordini del superiore siano eseguiti (dall'uno o dall'altro). Il comandante o superiore deve esercitare l'autorità e il controllo sull'apparato e ciò si deve riflettere nel rispetto degli ordini da parte dei subordinati. I mezzi del superiore per esercitare il controllo includono la sua capacità di arruolare, di addestrare e di imporre la

---

<sup>(459)</sup> The Supreme Court Argentine, *The Juntas Trial*, Case N. 13, par. 23-24.

<sup>(460)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 505.

<sup>(461)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 506-508.

<sup>(462)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 508; G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, cit., pp. 961-962: «*the ICC Statute must be seen on its own as an independent set of rules. Hence, a mechanical transfer of the ad hoc tribunals' case law is definitely not the correct approach*».

<sup>(463)</sup> ICC-01/05-01/08-14-tENG, par. 78.

<sup>(464)</sup> Cfr. gli autori citati dalla Corte ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 510, nota 678.

disciplina<sup>(465)</sup>. Il leader deve utilizzare il suo controllo sull'apparato per eseguire i crimini, e cioè, come autore dietro l'autore, il leader mobilita la sua autorità e il suo controllo all'interno dell'organizzazione per assicurarsi che i suoi ordini siano eseguiti; l'obbedienza agli ordini comporta anche l'esecuzione dei crimini<sup>(466)</sup>.

Particolari caratteristiche del potere organizzato e gerarchico garantiscono al leader di realizzare la consumazione dei crimini. Il controllo del leader sugli apparati gli consente di utilizzare i subordinati come *un mero congegno in un macchinario gigantesco* in modo da produrre il risultato finale «automaticamente». La Corte riprende le parole di Roxin, il quale afferma che «l'autore diretto del crimine è pur sempre un agente libero e responsabile, che è punibile come l'esecutore personalmente responsabile. Ma tale circostanza è irrilevante in relazione al controllo esercitato dall'autore psichico, sino a quando dal suo punto di vista l'esecutore non rappresenta un individuo libero e responsabile, ma un'anonima intercambiabile figura. Mentre il suo potere di controllo sulle sue azioni è indiscutibile, l'esecutore è nondimeno, allo stesso tempo, un mero strumento nei comandi della macchina del potere che può essere sostituito in ogni momento, e questa duplice prospettiva pone l'autore psichico al fianco dell'esecutore nel cuore degli eventi»<sup>(467)</sup>.

Questa meccanizzazione cerca di assicurare che il successo dell'esecuzione del piano non sia compromessa dalla mancata esecuzione dell'ordine da parte di un subordinato. Ciascun subordinato che non vuole obbedire può essere sostituito da un altro che vuole; il reale esecutore dell'ordine è solo un individuo fungibile. Come tale, l'organizzazione deve essere sufficientemente ampia per garantire una sufficiente offerta di subordinati<sup>(468)</sup> ed avere, così, una vita che è indipendente dai cambiamenti nella composizione dei suoi membri. Essa funziona, senza dipendere dall'identità individuale dell'esecutore, come se fosse automatica<sup>(469)</sup>. Un'autorità che impartisce un ordine nell'ambito di un tale tipo

<sup>(465)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 512-513.

<sup>(466)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 514; C. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 245; BGHSt 40, pp. 218-236.

<sup>(467)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 515; C. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 245.

<sup>(468)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 516; K. KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4th ed., München, 2002, § 20, n. 73; K. LACKNER, & K. KÜHL, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, § 25 n. 2; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11 ed., Berlin, De Gruyter, 1993, § 25 n. 122, 127; R. MAURACH - K.H. GÖSSEL - H. ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil 2*, Heidelberg, 2008, § 48 n. 88; P. CRAMER - G. HEINE, *op. cit.*, § 25, n. 25; cfr. H. RADTKE, *op. cit.*, 354.

<sup>(469)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 517; C. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 245.

di organizzazione assume allora un differente tipo di responsabilità rispetto all'ipotesi ordinaria in cui si danno ordini. *In quest'ultimo caso, l'art. 25, c. 3 b) dello Statuto stabilisce che un leader o un comandante che ordina la consumazione di un crimine può essere considerato come un complice (accessory)*<sup>(470)</sup>.

Altre caratteristiche, oltre alla fungibilità dei subordinati, possono garantire l'automatico adempimento degli ordini dell'autorità più alta in grado, come un'intensivo, severo e violento regime di addestramento delle truppe. Per esempio, sequestrare minori e sottoporli a un addestramento punitivo per costringerli a sparare, a saccheggiare, a violentare e uccidere, può essere un mezzo per assicurarsi l'automatico adempimento degli ordini da parte dei leader. La capacità del capo di assicurarsi l'adempimento automatico agli ordini è la base per la sua responsabilità come autore, piuttosto che come complice. Le più alte autorità non si limitano ad ordinare l'esecuzione del crimine, ma attraverso il controllo sull'organizzazione, essenzialmente decidono se e come il crimine sarà commesso<sup>(471)</sup>.

Applicando tale modello di responsabilità la Pre – Trial Chamber ritiene che, in base alle prove assunte, i due imputati avessero coordinato il piano comune di distruzione del villaggio di Bogoro (addirittura anche con istruzioni scritte diffuse tra i comandanti), e sono responsabili come autori mediati dei crimini realizzati dalle truppe – FNI e FRPI – facenti capo ai rispettivi gruppi etnici: con dolo di I grado dell'attacco alla popolazione civile, dell'uccisione di civili e della distruzione della proprietà; con dolo di II grado del saccheggio, delle violenze sessuali e riduzione in schiavitù sessuale delle donne (con opinione dissenziente del giudice *Ušacka*); si ritiene che non sussista neanche il dolo di II grado rispetto ai crimini di atti inumani o di oltraggio alla dignità umana<sup>(472)</sup>.

La Camera riprende, insomma, la dottrina tedesca che riconduce all'autorità mediata, o meglio alla teoria dell'«autore dietro l'autore», l'ipotesi dello sfruttamento di un apparato di potere organizzato (del dominio dell'organizzazione - *Organisationsherrschaft*), così da attribuire il ruolo di autore del fatto di reato ai soggetti posti al vertice dell'organizzazione, anche se gli esecutori risultano sicuramente capaci e punibili<sup>(473)</sup>; questa viene considerata l'ipotesi più importante di autorità mediata riscontrabile

<sup>(470)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 517.

<sup>(471)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 518.

<sup>(472)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 573 ss., cfr. 540 ss.

<sup>(473)</sup> C. ROXIN, § 25, cit., § 128 ss., 61 ss.; P. CRAMER - G. HEINE, § 25, cit., § 25-25a; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 565 ss.; ID., *Art. 25*, cit., p. 480; A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 795; G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 408; A. ESER - H. KREICKER, *op. cit.*, p. 286.



nel diritto penale internazionale e, in particolare, nella giurisprudenza dei Tribunali di Norimberga (emblematico anche il caso *Eichmann* giudicato dalla giurisprudenza israeliana)<sup>(474)</sup>. Si dovrebbe trattare di soggetti che si trovano al culmine della gerarchia dell'apparato di potere, o quadri intermedi della struttura organizzata, che possono impartire ordini ai loro subordinati, controllandone la volontà; tale ricostruzione viene fondata sul riconoscimento della fungibilità degli esecutori nella situazione di fatto e presuppone un sistema di potere fortemente gerarchizzato, come nell'ambito del sistema militare<sup>(475)</sup>.

In particolare nella ricostruzione di Roxin si indicano come elementi su cui si fonda tale forma di responsabilità, oltre alla fungibilità dei soggetti che appartengono all'organizzazione di potere, il potere di impartire ordine, l'agire al di fuori del diritto dell'apparato di potere quando si realizzano i crimini, il carattere strumentale dell'apparato piuttosto che dei singoli individui responsabili<sup>(476)</sup>.

Tale teoria è stata particolarmente analizzata come forma di «*indirect perpetration*» (*perpetration by means*) nell'opinione dissenziente del giudice *Shahabudeen* nel caso *Gacambutsi* del TPR<sup>(477)</sup>. Si sottolinea che la nozione di autorità mediata è stata utilizzata soprattutto in casi riguardanti il crimine organizzato, il terrorismo, la criminalità dei colletti bianchi o la criminalità di stato (ad esempio in Argentina si sono avute delle condanne per i crimini realizzati dai membri della giunta militare proprio in virtù di tale istituto<sup>(478)</sup>, – anche se non confermate dalla Suprema Corte -). Si cita quello che viene considerato un *leading case* in materia, il c.d. *Politbüro Case*, in cui la Suprema Corte tedesca ha condannato in qualità di autori mediati tre uomini politici di alto rango dell'ex Germania Democratica

<sup>(474)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 569.

<sup>(475)</sup> K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 569; ID., *Art. 25*, cit., p. 479. Cfr. C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, cit., p. 193 ss.; P. CRAMER - G. HEINE, § 25, cit., § 6 ss., p. 494 ss.; H. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparat*, cit., p. 146 ss. e p. 308 ss.; S. MOCCIA, *Autoria mediata e «apparati di potere organizzati»*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 388; G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, cit., p. 523.

<sup>(476)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., 12 ss.

<sup>(477)</sup> TPR, *Gacumbutsi*, Appeals Chamber, cit., *Separate Opinion of Judge Shomburg*, par. 18 ss.; si cita C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 142-274.

<sup>(478)</sup> *Ibidem*, 19, il quale cita Argentinean National Appeals Court, *Judgement on Human Rights Violations by Former Military Leaders* of 9 December 1985, cfr. 26 ILM 1987, 317-372. La Corte d'Appello Nazionale Argentina ha utilizzato la nozione di autorità mediata prevista dall'Art. 514 del Codice Militare di Giustizia Argentino e nell'art. 45 del Codice Penale Argentino. Cfr. K. AMBOS - C. GRAMMER, *Tatherrschaft qua Organisation. Die verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann*, in T. VORMBAUM (ed.), *4 Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, 2002/2003, pp. 529-553 (official Legal Opinion on the Responsibility of the Argentinean Military Leaders for the Death of Elisabeth Käsemann, commissioned by the (German) Coalition against Impunity).

per l'uccisione, da parte dei contingenti posti a guardia del c.d. Muro di Berlino di chiunque avesse tentato di attraversare il confine tra le due Germanie; in questo caso i vertici della D.D.R. sarebbero autori (i quali avrebbero emanato un ordine evidentemente *arbitrario*), mentre i soldati sarebbero semplici complici, assolutamente fungibili<sup>(479)</sup>. Tale caso è richiamato anche dal giudice *Schomburg* nella sua opinione dissenziente nel caso *Gacumbutsi*, il quale sottolinea che anche se le guardie venivano identificate e condannate, tuttavia, ciò non riduceva la responsabilità penale di coloro che hanno agito «dietro la scena»<sup>(480)</sup>.

La dottrina tedesca, in ogni caso, evidenzia che l'espressa previsione di tale forma di consumazione del reato (autoria mediata) da parte del legislatore internazionale accanto alla mera coautoria, deve indurre l'interprete a distinguere le due ipotesi. Mentre nella coautoria i due soggetti agiscono su un piano di parità, nell'ipotesi in esame il legislatore internazionale prevede espressamente che si considera autore del reato in senso sostanziale colui che ha il dominio del crimine, in quanto non solo induce l'altro a consumare il reato ma lo fa, esercitando un elevato grado di controllo sull'esecutore materiale (come nell'ambito della relazione superiore-subordinato); l'esecutore diventa un mero complice (se non fosse così, sarebbe un coautore e non sarebbe possibile distinguere tale ipotesi da quella della coautoria)<sup>(481)</sup>.

## 8.2. Critiche (il ruolo dell'esecutore); i rapporti tra coautoria e autoria mediata.

La teoria dell'autoria mediata viene criticata dalla dottrina italiana<sup>(482)</sup>, perché se manca un'attività penalmente rilevante dell'esecutore (soggetto fisicamente coartato), si ritiene che l'*Hintermann* sia il solo autore

<sup>(479)</sup> *Bundesgerichtshof*, 26 luglio 1994, BGHSt 40, 218-240; cfr. J. MURMANN, *Taitherrschaft durch Weisungsmacht*, in GA 1996, K. HAMDORF, *op. cit.*, p. 211; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale - Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, p. 60 ss.; F. ARGIRÒ, *op. cit.*, p. 413.

<sup>(480)</sup> TPR, *Gacumbutsi*, Appeals Chamber, *cit.*, *Separate Opinion of Judge Shomburg*, par. 18 ss.

<sup>(481)</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 795; K. AMBOS, *Art. 25*, *cit.*, p. 480; E. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal. Parte general*, 3 ed., 1994, p. 228.

<sup>(482)</sup> Innanzitutto, perché nel sistema penale italiano non sussistono dubbi sulla possibilità di qualificare come concorrente anche il soggetto non imputabile e non punibile (artt. 111, 112, ult. c., e 119), sicché non si evidenziano quelle lacune nella punibilità che erano state all'origine dell'emergere di questa categoria nella dottrina tedesca (così come l'equiparazione dei compartecipi sotto il profilo sanzionatorio e il sistema di circostanze aggravanti delineato dagli artt. 111 e 112 soddisfa l'esigenza di garantire all'*Hintermann* un trattamento

del reato e non l'autore mediato<sup>(483)</sup>; arriva a tali conclusioni sia la dottrina che accoglie una nozione formale di autore (colui che esegue l'azione tipica)<sup>(484)</sup>, sia la dottrina che accoglie una nozione teleologicamente orientata<sup>(485)</sup>. «Un'azione esecutiva, non importa se colpevole o meno, non si incorpora mai, come entità di rango inferiore, nell'attività di altri soggetti; i soggetti che la provocano non possono arrogarsene la titolarità»<sup>(486)</sup>. «Se l'azione dell'esecutore è penalmente rilevante, sebbene sprovvista di altri requisiti necessari per affermare la punibilità del suo autore, il suo significato penalistico non può essere annullato, sicché risulta equivoco il ricorso all'autoria mediata»<sup>(487)</sup>; non si comprende come possa parlarsi di strumento del reato rispetto ad un soggetto responsabile, pienamente capace, libero di determinarsi e colpevole. «Si sconvolge l'originaria base concettuale della categoria» quando si pretende di individuare nelle stesse situazioni fattuali un autore immediato e uno mediato e cioè un soggetto «pie-

---

sanzionatorio adeguato), così G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 152 ss.; cfr. A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 202.

<sup>(483)</sup> Arrivano a tali conclusioni autori che accolgono diverse interpretazioni del concorso di persone, e cioè sia coloro che aderiscono al modello della fattispecie plurisoggettiva, cfr. G. GRASSO, *Art. 110*, cit., pp. 138-152 ss., sia coloro che sembrano aderire alla teoria dell'accessorietà, e quindi ad una teoria del concorso di persone fondata sulla nozione di autore come *dominus* del fatto (p. 339) e, in parte, su un inquadramento personalistico dell'illecito, inteso alla luce del disvalore non solo di evento ma anche di condotta *ivi* tipizzato (si concorre nel reato commesso dall'autore o dai coautori), cfr. S. SEMINARA, *op. cit.*, 423 ss. Cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 36-56-60, il quale evidenzia come non si può parlare di reità rispetto ad una condotta «non conforme al tipo», tale insufficienza non può essere equilibrata dall'elemento psicologico (si finisce per trattare come esecutive, non bisognose di integrazione, «condotte insufficienti sotto il profilo del fatto, quello che conta»); F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 502; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 70 ss.; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., p. 52 ss.; M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 194 ss.

<sup>(484)</sup> G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 152.

<sup>(485)</sup> Cfr. S. SEMINARA, *op. cit.*, pp. 357-378, il quale ritiene che in quest'ipotesi, così come nelle ipotesi previste dagli artt. 46, 48, 51 c. 2 e 4, 54 c. 3, e 86 c.p. non si configura un concorso di persone (p. 360); per contro la dottrina tradizionale ritiene che si tratti di ipotesi speciali di concorso di persone, appositamente regolate dal legislatore sia per troncane alla radice ogni dibattito sull'autoria mediata, sia per attribuire loro una funzione di disciplina, cfr. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., pp. 187 ss.-190-193; G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 145; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 452; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria*, cit., p. 130 ss. e M. SINISCALCO, *op. cit.*, p. 449, parlano di ipotesi di concorso necessario.

<sup>(486)</sup> «E vengono risospinti nella posizione che ad essi compete in base alla loro personale condotta: posizione mediata, cioè di partecipazione accessoria», così C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 57.

<sup>(487)</sup> Così G. GRASSO, *Art. 110*, cit., p. 140; cfr. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., p. 56.

namente responsabile ed un altro che abbia usato il primo come strumento»<sup>(488)</sup>.

Autorevole dottrina italiana evidenzia, del resto, come la teoria della autorità mediata tramite il dominio esercitato su un apparato di potere, sia nata per estendere la qualifica di autore ai maggiori dirigenti del regime nazista per gli ordini criminosi impartiti, senza voler escludere *a priori* la responsabilità degli esecutori fungibili e anonimi<sup>(489)</sup>; la stessa dottrina tedesca, cioè, ammette sì tratti di un'ipotesi di concorso.

Non solo, ma si sottolinea come tale teoria possa valere come chiave di interpretazione del fenomeno della dipendenza gerarchica in un sistema totalitario, come quello nazista, ma si ritiene giustamente che tale lettura della relazione superiore-subordinato non è possibile in uno stato democratico di diritto, «nel cui ordinamento l'interesse rappresentato dal vincolo dell'inferiore all'obbedienza verso il superiore gerarchico non può essere inteso come valore assoluto, ma alla stregua di un semplice mezzo per la realizzazione dei fini della legge, e pertanto non può prevalere su alcuni valori essenziali della persona, sino a trasformarla in una sorta di ingranaggio dell'apparato, anonimo e fungibile, pronò ad un'obbedienza prestata *perinde ac cadaver*»<sup>(490)</sup> (del resto parte della dottrina tedesca riconduce lo sfruttamento di un apparato di potere alla teoria della coautoria piuttosto che alla teoria mediata, proprio perché non si ritiene possibile considerare una persona responsabile come un mero strumento nelle mani del vero autore)<sup>(491)</sup>.

Tale assunto trova conferma nell'art. 33 del StCPI, che prevede la responsabilità del subordinato che commette un crimine in esecuzione dell'ordine di un governo o di un superiore, salvo i casi in cui aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione, non sapeva che l'ordine era illegale e l'ordine non era manifestamente illegale<sup>(492)</sup>. Ne deriva che il subordinato non è tenuto ad obbedire ad un ordine manifestamente illegittimo, e ha, quindi, il dovere di valutare la legittimità dell'ordine, di cogliere il disvalore penale dell'eventuale esecuzione; la sua responsabilità non è esclusa in presenza di «una situazione personale

<sup>(488)</sup> S. SEMINARA, *op. cit.*, pp. 129-130.

<sup>(489)</sup> Cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 245.

<sup>(490)</sup> Così T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., p. 168.

<sup>(491)</sup> J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITTSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11 ed., 2003, cap. 29, 143; G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed., 1991, cap. 21, 103, nota 190, 191; ID., *Anmerkung zum Urteil des BGH 36-7-1994* (BGHSt, 40, p. 218), in *NStZ* 1995, p. 27; H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 670; OTTO, *Täterschaft kraftorganisatorischen Machtapparates*, in *Jura*, 2001, pp. 753 ss.

<sup>(492)</sup> O. TRIFFTERER, *Art. 33 - Superior orders and prescription of law*, in O. TRIFFTERER (a cura di) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 587.

dell'agente, presunta (quando la criminosità sia manifesta, ma non percepita) o reale (quando la criminosità risulti evidente al subordinato), secondo uno schema che postula il riferimento ad un obbligo di non eseguire l'ordine penalmente illecito»<sup>(493)</sup>. La norma in esame, quindi, non ammette ordini penalmente illeciti a carattere «vincolante» (in funzione dell'obiettiva prevalenza dell'interesse all'esecuzione dell'ordine), ma consente di attribuire efficacia scusante (a causa dell'inesigibilità di un comportamento diverso), in conformità al principio di colpevolezza, all'eventuale situazione personale dell'agente, che consuma un crimine di guerra senza volerlo, in quanto non si rende conto del carattere illegittimo dell'ordine e quindi del carattere criminoso del comportamento imposto, la cui esecuzione, anzi, ritiene doverosa. In tale ottica non si giustifica l'idea di un esecutore «fungibile», soggetto dal vincolo ad un apparato coercitivo, che dovrebbe rappresentare lo strumento irresponsabile nelle mani di coloro che esercitano il dominio dell'apparato di potere<sup>(494)</sup>. Se il preteso strumento non è tenuto giuridicamente ad eseguire il comando antigiuridico, anche l'ipotesi di una «signoria sul fatto» esercitata attraverso un'organizzazione coercitiva sembra inammissibile (così come l'anticipazione della rilevanza penale della condotta del superiore, a titolo di tentativo, al momento in cui l'ordine viene emanato)<sup>(495)</sup>.

In ogni caso con la disposizione in esame il legislatore internazionale ha stabilito, senza equivoci, che la condotta del determinatore è ricondotta ad una forma di reità, è l'autore del reato; il legislatore internazionale ha voluto sottolineare il ruolo di *autore* di colui che strumentalizza un altro soggetto al fine di commettere il reato, di colui che sta al vertice dell'apparato di potere, per evitare che il suo ruolo sia ridotto a quello di un mero complice (*abets*). Pur tuttavia il legislatore riconduce l'ipotesi in esame nella disciplina del concorso di persone, prevedendola nell'art. 25, 3(a) *SiTPY* dopo aver descritto la condotta del coautore (*commits such a crim, jointly with another or through another person*); tale collocazione consente di ritenere che (al di là delle ipotesi in cui manca una condotta penalmente rilevante dell'esecutore<sup>(496)</sup>) si tratta di una forma di concorso di persone, nell'ambito della quale si considera autore, nel senso che «commette il fatto», colui che si serve della condotta di un altro soggetto («è responsabile colui che commette il fatto per mezzo...»). Non sussistono così dubbi, che, anche in presenza di una condotta dell'esecutore penalmente rilevante (anche se non punibile), il determinatore sia l'autore del reato, la sua condotta viene ricondotta alla reità e non ad una mera forma di complicità, con

<sup>(493)</sup> Così T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., p. 184.

<sup>(494)</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>(495)</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>(496)</sup> Cfr. G. GRASSO, *Art. 110 c.p.*, cit., p. 154.

la conseguenza che il giudice internazionale, pur in presenza di un sistema sanzionatorio unitario per tutti i concorrenti, dovrà garantire al determinatore, quale «figura centrale» dell'avvenimento, il trattamento sanzionatorio adeguato.

In relazione all'esecutore, la teoria dell'autorità mediata avrebbe lo scopo di ricondurne il ruolo a quello di mero complice<sup>(497)</sup>, ma in realtà lo stesso Roxin arriva a conclusioni diverse. L'autore ritiene che sia l'autore mediato sia l'esecutore realizzano due forme di autorità che sono tra di loro compatibili, non si escludono a vicenda; l'esecutore materiale attraverso il dominio dell'azione, l'autore mediato attraverso il dominio dell'organizzazione (contribuisce alla realizzazione del risultato attraverso il potere di influenza che esercita mediante l'apparato di potere a sua disposizione)<sup>(498)</sup>.

Il legislatore internazionale, invece, non è chiaro sul punto. La questione è concretamente irrilevante laddove si tratta di condotte non punibili (il soggetto è stato ingannato, non è imputabile, non è colpevole...), anche se in ogni caso è difficile anche sotto il profilo della tipicità ricondurre alla mera complicità la condotta di chi esegue il fatto tipico.

In relazione a soggetti responsabili, invece, in base alla disciplina dello Statuto la condotta dell'esecutore dovrebbe rientrare nell'ipotesi di chi «commit» il crimine, esegue tutti gli elementi del fatto conforme alla fattispecie astratta (e in tal modo, come afferma la Corte penale internazionale nel caso Lubanga, ha il controllo del crimine); anche costui è autore del reato, anche se il giudice può tenere conto in sede di commisurazione della «strumentalizzazione» subita. In sostanza sembra che sia possibile una diversa interpretazione dell'art. 25, 3(a), che non riduca il ruolo dell'esecutore a quello di un complice, ma piuttosto consenta di sottolineare il disvalore della condotta di colui che strumentalizza altri soggetti, riconoscendone il ruolo di autore accanto all'esecutore<sup>(499)</sup>. Quest'interpretazione sembra confermata dalla Pre-Trial Chamber nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui*, laddove si afferma: «As such, in some scenarios it is possible for both perpetrators to be criminally liable as principals: the direct perpetrator for his fulfilment of the subjective and objective elements of the crime, and the perpetrator behind the perpetrator for his control over the crime via his control over the will of the direct perpetrator»; si dichiara espressamente che autore del reato, *principal*, sarà considerato non solo l'autore mediato (perché

---

<sup>(497)</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., pp. 49-50.

<sup>(498)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., 10.

<sup>(499)</sup> Cfr. A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 795, il quale ritiene che un fondamentale problema interpretativo rimane a questo punto, e cioè occorre stabilire quali siano le ipotesi di strumentalizzazione di un soggetto responsabile concretamente configurabili. Sembra, infine, difficile per l'interprete distinguere quest'ipotesi dall'impartizione dell'ordine prevista dall'art. 25 (3) b.

esercita il controllo sul crimine tramite il controllo della volontà dell'esecutore), ma, innanzitutto, chi integra gli elementi oggettivi e soggettivi del crimine e cioè l'esecutore responsabile<sup>(500)</sup>.

Tale ricostruzione può essere considerata compatibile con l'elaborazione di Roxin che considera autore sia l'esecutore responsabile sia l'autore mediato.

Dalle prime decisioni in materia della CPI emerge, piuttosto, una certa confusione tra la categoria della coautoria e quella dell'autoria mediata, i confini tra coautoria e autoria mediata finiscono per sfumare laddove si utilizza lo schema della coautoria per spiegare la partecipazione al reato dei leader attraverso l'operato dei subordinati come avviene nel caso Bemba Gombo (la Pre-Trial Chamber rigetta tale schema solo per la mancanza di elemento soggettivo); in quest'ipotesi il superiore fornisce il suo contributo attraverso lo svolgimento del suo ruolo di comando, i subordinati attraverso ruoli di comando intermedi o la concreta esecuzione: dovrebbero essere tutti autori nella misura in cui il loro contributo è essenziale per la realizzazione del piano criminoso. In relazione all'ipotesi di coautoria, del resto, la dottrina tedesca, nel commentare la sentenza Lubanga, sottolinea che un soggetto, pur non essendo esecutore, è coautore se, indipendentemente dalla distanza che lo separa dalla scena del crimine, controlla il crimine attraverso delle stringenti istruzioni ad agenti che abitualmente eseguono i suoi ordini e così controlla la volontà di coloro che eseguono direttamente il crimine<sup>(501)</sup>; a questo punto la differenza con l'autoria mediata rispetto a soggetti responsabili, come si esaminerà, si attenua.

In realtà, però, nella ricostruzione di Roxin la coautoria e l'autoria mediata dovrebbero rimanere ben distinte, perché, innanzitutto, come sopra evidenziato si suppone un rapporto paraordinato tra i coautori e invece un rapporto gerarchico – verticistico tra autore mediato ed esecutore; nella coautoria si richiede un accordo, una risoluzione congiunta, in relazione alla commissione del fatto, mentre nell'autoria mediata l'agente esegue gli ordini dell'autore mediato, manca tale risoluzione comune. La coautoria si fonda sull'assunzione di un obbligo reciproco, non si tratta dell'assunzione unilaterale di un vincolo da parte di colui che riceve ordini. Nella coautoria si richiede l'esecuzione congiunta del crimine, mentre nell'autoria mediata chi impartisce l'ordine non partecipa all'esecuzione materiale<sup>(502)</sup>.

Probabilmente tale confusione tra le due categorie è determinata dal fatto che nella ricostruzione della Corte Penale Internazionale la coautoria non richiede la partecipazione nella fase dell'esecuzione materiale, ma

<sup>(500)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 497.

<sup>(501)</sup> T. WEIGEND, *op. cit.*, pp. 478-479.

<sup>(502)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., 3 ss.

anche in fasi diverse. In ogni caso, utilizzando le categorie roxiniane sembra più corretto parlare di autoria mediata laddove si accerta una strumentalizzazione dei subordinati da parte dei leader, il contributo essenziale attraverso il quale si avrebbe il controllo del crimine nella coautoria si concentra nel controllo dell'apparato di potere, fermo restando che, entrambi, autore mediato ed esecutore sono autori. Pur con tutte le perplessità sopra evidenziate nei confronti di questa categoria, del resto, si può evidenziare come lo stesso Roxin ne circoscriva l'utilizzo a situazioni particolari di sfruttamento di un apparato di potere e di crimini di massa, non è chiaramente applicabile nel rapporto tra singoli soggetti, riconducibile all'istigazione, precisando che la strumentalizzazione attiene all'apparato di potere e non alla persona fisica esecutore (per superare una delle principali critiche alla teoria in esame)<sup>(503)</sup> e che l'apparato di potere agisce al di fuori del diritto nella consumazione dei fatti di reato (non si tratta della singola iniziativa illecita di un membro dell'apparato di potere, ma dell'esecuzione sistematica di crimini attraverso un apparato di potere, per cui è tutto l'apparato che agisce illecitamente)<sup>(504)</sup>.

### 8.3. *L'autoria mediata come forma di coautoria (caso Katanga e Al Bashir): indiretta coautoria.*

La Pre-Trial Chamber nel caso *Katanga et Ngudjolo Chui* e nel caso *Al Bashir* ritiene che la coautoria si può realizzare anche nella forma dell'autoria mediata, nel senso che ciascun membro può realizzare il suo compito attraverso l'esecuzione personale o attraverso un'altra persona<sup>(505)</sup>. Si può utilizzare la nozione di indiretta coautoria (*indirect co-perpetration*) quando alcuni o tutti i coautori realizzano i loro essenziali contributi attraverso altre persone<sup>(506)</sup>.

La Camera ritiene che la disgiuntiva – «commette il crimine con altri o attraverso l'intermediazione» – nell'art. 25-3-a può essere interpretato

<sup>(503)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., 17; cfr. R.D. HERZBERG, *Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, in *Jus* 1974, p. 375; Id., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, p. 42 s.

<sup>(504)</sup> C. ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form*, cit., 17 ss.; cfr. U. SCHULZ, *Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft - eine notwendige Recht fortbildung?* - BGH, NJW 1994, 2703, in *Jus* 1997, 109, che sottolinea l'applicabilità di tale istituto solo in situazioni particolari di effettivo dominio dell'organizzazione, come nel caso dello sterminio degli Ebrei, ma non in situazioni in cui il dominio dell'organizzazione non può essere così assoluto, ma sarà più superficiale, come in un'azienda; R. ZACZYK, *Die Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Machtapparate und der BGH*, in *GA* 2006, p. 411 ss.

<sup>(505)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 521; ICC, *Al Bashir*, cit., par. 213 ss.

<sup>(506)</sup> ICC, *Al Bashir*, cit., par. 213.



come inclusiva o esclusiva; si preferisce l'interpretazione inclusiva per cui la coautoria può essere realizzata sia attraverso il diretto controllo del crimine sia attraverso l'intermediazione di una o più persone<sup>(507)</sup>. Questa seconda forma di coautoria rappresenta, tra l'altro, un potente strumento a disposizione della Corte penale internazionale per attribuire la responsabilità agli alti vertici della gerarchia al potere<sup>(508)</sup>; si precisa che se un soggetto agisce congiuntamente ad un altro individuo, che esercita il controllo sulla persona utilizzata, sarà responsabile del reato in virtù del principio dell'«*attribution mutuelle*»<sup>(509)</sup>. Tale modello si può applicare reciprocamente tra più coautori, nel senso che ciascun coautore del piano originale potrebbe essere un *autore mediato* dei crimini realizzati dai propri subordinati e *coautore* dei crimini realizzati dai subordinati dell'altro coautore.

La Pre-Trial Chamber precisa, sempre nella decisione *Katanga et Ngudjolo Chui*, che ai fini della coautoria, il primo elemento oggettivo può essere costituito da un accordo o da un piano comune tra due o più persone, che eseguono fisicamente gli elementi del crimine o che gli eseguono tramite un'altra persona<sup>(510)</sup>. In questo caso, i crimini commessi dall'esecutore senza coordinamento con uno dei coautori fuoriescono dalla *ratio* (scopo) della coautoria ai sensi dell'art. 25, c. 3, a) dello Statuto<sup>(511)</sup>.

In relazione al secondo elemento, il contributo essenziale di ciascun coautore, si precisa che quando il contributo è fornito attraverso la condotta di altri, il compito del coautore consiste nell'attivare i meccanismi con cui ottenere l'automatico adempimento degli ordini e, quindi, la consumazione dei crimini<sup>(512)</sup>.

Nell'ipotesi di realizzazione del crimine attraverso un'altra persona, bisogna aggiungere ai due elementi indicati un terzo elemento soggettivo: l'imputato deve essere consapevole delle circostanze oggettive che lo abitano ad esercitare il controllo sul crimine attraverso altre persone; deve essere consapevole del carattere della sua organizzazione, della sua autorità al suo interno e delle circostanze fattuali che li consentono di ottenere la presoché automatica obbedienza ai propri ordini<sup>(513)</sup>.

Alla luce di questa interpretazione l'autore mediato sarà non solo l'au-

---

<sup>(507)</sup> *Contra* G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 480, che afferma che nella traduzione inglese effettivamente non è chiaro se il riferimento all'altra persona riguarda solo l'ipotesi dell'autoria mediata o anche l'ipotesi di coautoria, ma dalle traduzioni francese e spagnola emerge che il riferimento si limita alla prima ipotesi. Sulla sentenza in esame cfr. A. VETRI, *op. cit.*, p. 270 ss., cfr. in particolare 275.

<sup>(508)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 491-492.

<sup>(509)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 493.

<sup>(510)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 522.

<sup>(511)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 522.

<sup>(512)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 525.

<sup>(513)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 538.

tore (se non l'unico autore in base alla versione originaria della dottrina) dei crimini commessi dagli esecutori, ma un coautore del più ampio piano criminale e di tutti i crimini rientranti in tale piano (o accordo). Lui si sarà occupato della realizzazione del piano, in qualità di *coautore*, coordinando come *autore mediato* l'operato di una parte dell'apparato di potere impiegato come macchina criminale, strumentalizzando l'azione degli individui che avranno operato come ingranaggi fungibili di tale macchinario.

Probabilmente queste decisioni rappresentano un tentativo di ricostruire in maniera organica e completa il quadro delle responsabilità dei leader nell'ambito di determinati conflitti; nel senso che si stabilisce che se due o più soggetti programmano il loro piano criminale e si ripartiscono i compiti, affidando a ciascuno una parte della sua esecuzione da realizzare attraverso la strumentalizzazione dei subordinati o di una parte di un determinato apparato di potere (militare, burocratico, politico, economico), tutti i leader saranno considerati responsabili in qualità di coautori di tutti i crimini che saranno realizzati in esecuzione del piano, fermo restando che si deve trattare di reati coperti dal dolo di I o di II grado (nel caso *Al Bashir* si afferma che «*Furthermore, the Majority finds that there are reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir and the other high-ranking Sudanese political and military leader directed the branches of the "apparatus" of the State of Sudan that they led, in a coordinated manner, in order to jointly implement the common plan*»). Si è costruito un modello che consente di imputare tutti i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra realizzati durante i conflitti in esecuzione di una precisa politica di aggressione contro la popolazione civile a tutti i massimi leader che partecipano all'apparato di potere (nel caso *Al Bashir*, però, il giudice Ušacka dissente dall'opinione della maggioranza, nel senso che ritiene che non è stato sufficientemente provato il contributo essenziale fornito da ciascun coautore, ma piuttosto sarebbe possibile imputare direttamente tutti i crimini a titolo di autoria mediata al Presidente del Sudan e Capo supremo delle forze armate)<sup>(514)</sup>.

In ogni caso l'applicazione di un simile modello di ascrizione di responsabilità ad un leader dei crimini realizzati dai subordinati di un altro leader dovrebbe essere applicato con estrema cautela, rimanendo fermo

---

<sup>(514)</sup> Cfr. Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, *Al Bashir*, cit., par. 103 ss. Si ritiene che l'imputato, in qualità di Presidente e capo supremo, *de jure* e *de facto*, delle forze armate Sudanesi «*played an essential role in coordinating the design and implementation of the common plan*» o, «*that, in the alternative, there are reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir (i) played a role that went beyond coordinating the implementation of the common plan; (ii) was in full control of all branches of the "apparatus" of the State of Sudan, including the Sudanese Armed Forces and their allied Janjaweed Militia, the Sudanese Police Forces, the NISS and the HAC, and (iii) used such control to secure the implementation of the common plan*», e pertanto viene considerato responsabile come autore mediato o come coautore attraverso l'autoria mediata, ICC, *Al Bashir*, cit., par. 221-222-223.

il principio, come precisato dalla Pre-Trial Chamber, che si deve trattare di crimini coordinati con il proprio leader; principio che, però, non sembra rispettato già nell'ipotesi in cui si imputano dei crimini a titolo di dolo diretto di II grado nel caso Katanga, quali le violenze sessuali e la riduzione in schiavitù sessuale delle donne, in quanto tali reati non erano oggetto di ordini o della pianificazione, pur essendo, ad avviso della Pre-Trial Chamber, oggetto di concreta rappresentazione e accettazione da parte dei leader.

Al di là del caso concreto, emerge poi il rischio che questo concetto di coautoria possa finire per fondarsi solo sull'elemento soggettivo, nel senso che, nonostante le intenzioni della Pre-Trial Chamber di fondare la coautoria su un parametro misto, difficilmente si potrebbe concretamente provare che il coautore ha dato un contributo essenziale rispetto ai crimini realizzati dai subordinati dell'autore mediato, suo coautore, salvo un originario contributo nella fase della programmazione.

Tale interpretazione laddove si attribuiscono al coautore tutti i crimini eseguiti dai subordinati e imputati in qualità di autore mediato all'altro coautore, fa sorgere il timore che il legame tra il primo leader e i crimini così imputati divenga piuttosto evanescente e che i criteri di ascrizione di tali crimini finiscano per essere meramente sfumati e soggettivi, se non addirittura presunti. Sorge il timore che tale interpretazione che consente di imputare ai soggetti posti ai vertici degli apparati di potere tutti i crimini commessi dai subordinati di un altro leader in virtù del principio dell'«*attribution mutuelle*»<sup>(515)</sup>, esprima una sorta di affanno del giudice internazionale di ricostruire le responsabilità politiche e morali dei leader anche a costo di forzare le categorie penalistiche, indipendentemente da reali esigenze punitive, nel senso che si tratta di leader già incriminati in qualità di coautori per il loro ruolo nella realizzazione del piano criminale o in qualità di coautori o di autori mediati (o a titolo di responsabilità da comando ex art. 28 StCPI) dei crimini realizzati dai propri subordinati.

#### 9. I confini tra la coautoria, l'autoria mediata e la responsabilità da comando (art. 28 StCPI).

L'interpretazione esaminata della coautoria e dell'autoria mediata finisce per estendere la possibilità di considerare un *leader* direttamente responsabile dei crimini consumati dai subordinati, *autore*, in quanto si ritenga che attraverso la sua attività di comando ne avesse il controllo (coau-

<sup>(515)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 493.

toria), addirittura al punto da ritenere che abbia strumentalizzato i suoi subordinati (autoria mediata), piuttosto che a titolo di responsabilità da comando, che non presuppone, come esaminato in altra sede, il controllo del crimine, ma semplicemente una omissione: il mancato impedimento o la mancata punizione o denuncia dei crimini dei subordinati in violazione dell'obbligo di impedirli, di punirli o di denunciarli (art. 28 StCPI). Come precisato nel caso Lubanga l'art. 28 prevede una distinta forma di responsabilità principale, accostata dalla Camera alle forme di autoria previste dall'art. 25-3-a (non si tratta di una forma di complicità)<sup>(516)</sup>.

Si tratta di modelli di responsabilizzazione dei leader assolutamente distinti, in quanto la coautoria e l'autoria mediata sono forme di partecipazione alla consumazione del reato, mentre la responsabilità da comando è una forma di responsabilità autonoma, come precisato dalla stessa Pre-Trial Chamber nel caso Bemba Gombo quando precisa che le ipotesi previste dall'art. 25 StCPI sono forme di partecipazione al reato, mentre il soggetto nel caso contemplato dall'art. 28 non partecipa alla consumazione del crimine<sup>(517)</sup>; la coautoria richiede il controllo del crimine attraverso un contributo essenziale alla consumazione del reato, anche se nella fase della pianificazione e non dell'esecuzione, la divisione dei compiti, la possibilità di impedire la consumazione dei reati facendo venir meno il proprio contributo, mentre l'autoria mediata richiede un pieno controllo dell'apparato di potere e, quindi, della volontà degli esecutori (un'attività di direzione e di coordinamento), che dovrebbero agire come meri strumenti nelle mani dell'autore mediato. In realtà, però, come emerge già dal caso Bemba – Gombo, rispetto all'ipotesi di omesso impedimento dei crimini dei subordinati, la distinzione tra la coautoria o l'autoria mediata e la responsabilità da comando potrebbe finire per correre sul filo del rasoio.

Sia in relazione alla coautoria sia in relazione all'autoria mediata attraverso soggetti responsabili, laddove si tratta di reati che non rientrano originariamente nel piano criminale e che quindi non sono stati pianificati e ordinati dai superiori, ma che sono imputati a titolo di dolo diretto di II grado in quanto emerge che il superiore si è rappresentato con certezza che essi si realizzeranno, in base al normale decorso degli avvenimenti, nell'attuazione del piano criminale, nella prassi talora si riduce la distinzione

<sup>(516)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 320: «La Chambre rappelle que, dans la décision délivrant un mandat d'arrêt, elle a établi une distinction entre i) la commission *stricto sensu* d'un crime individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, au sens de l'article 25-3-a du Statut, et ii) la responsabilité des supérieurs hiérarchiques au sens de l'article 28 du Statut ainsi que "toutes les autres formes de responsabilité du complice (par opposition à celle de l'auteur principal) prévues aux alinéas b) à d) de l'article 25-3 du Statut"». Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 172 ss.; K. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, in JICJ 2007, 181 ss.

<sup>(517)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 479.

tra le due forme di responsabilità esaminate e la responsabilità da comando rispetto ai reati non impediti.

Il *controllo del crimine* dell'autoria mediata o della stessa coautoria (rispetto ai crimini dei subordinati – si pensi all'attività di coordinamento di Lubanga) si fonda, come precisato nel caso *Katanga*, su strutture fortemente organizzate e gerarchizzate<sup>(518)</sup>, si presuppone una posizione di comando *de jure* o *de facto* e l'effettivo controllo dei subordinati da parte dei superiori, controllo che si esprime, innanzitutto, nella capacità di emanare degli ordini che saranno eseguiti dai subordinati, in un rigoroso addestramento degli stessi, nell'esercizio del potere disciplinare; per dimostrare la posizione di comando si evidenzia anche il fatto che gli imputati firmavano documenti, trattati o accordi di pace, amnistie<sup>(519)</sup>. Si tratta, come esaminato in altra sede, degli stessi elementi richiesti ai fini dell'accertamento della relazione superiore-subordinato e del conseguente efficace controllo e materiale abilità di impedire i crimini, richiesti dall'art. 28 StCPI ai fini dell'imputazione della responsabilità da comando<sup>(520)</sup>, come conferma del resto la stessa Pre-Trial Chamber nel caso *Bemba Gombo*<sup>(521)</sup>. L'autoria mediata si potrebbe realizzare anche in mancanza di una relazione superiore – subordinato, ma la strumentalizzazione dei subordinati, in particolare attraverso un'organizzazione o un apparato di potere, normalmente presuppone tale relazione e il conseguente dovere di impedire i crimini dei subordinati, che sono alla base della responsabilità da comando, e anche la coautoria laddove si realizza tra soggetti non parificati, presuppone la capacità del superiore di impartire ordini ai sottoposti che normalmente si fonda sulla relazione in questione (che può essere *de facto* o *de jure*).

In particolare l'autoria mediata (o la stessa coautoria) presupporrebbe che il leader esercita il *controllo* sull'attività degli esecutori, ma ciò si realizza concretamente solo per i reati che rientrano nel piano criminale, per realizzare i quali il superiore compie la sua attività di programmazione, di coordinamento, di preparazione e di addestramento dei subordinati; non tutti i reati non programmati, ma che si realizzano in base al normale decorso degli eventi nell'esecuzione del piano criminale (dolo diretto di II grado), possono, invece, essere realmente considerati come una conseguenza inevitabile dell'esecuzione del piano criminale, ma talora sono connessi per lo più ad un'autonoma iniziativa dei subordinati, anche se con la consapevolezza dei superiori, e, quindi, potrebbero essere rimproverati ai

<sup>(518)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 543, in cui si evidenzia l'accertamento di strutture militari divise in settori, battaglioni, compagnie; ciascun campo ha un comandante; esiste un quartiere generale e un sistema di comunicazione interno.

<sup>(519)</sup> ICC, *Katanga et Ngudjolo Chui*, cit., par. 512-540 ss.

<sup>(520)</sup> Sia consentito il rinvio ad A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 184 ss.

<sup>(521)</sup> ICC, *Bemba Gombo*, cit., par. 411 ss.- 415.

superiori per non averli impediti, pur avendo il potere e il dovere di impedirli, più che per aver deciso il se e il come di questi delitti, per averli consumati tramite i subordinati. Ad esempio si possono considerare i reati di distruzione della proprietà o dei beni culturali inevitabilmente connessi ad un attacco contro la popolazione civile o contro installazioni umanitarie, se non realizzati con modalità tali da impedirli; ma reati come il saccheggio e la violenza carnale, laddove non fanno parte del programma criminale, sono spesso legati all'autonoma iniziativa dei subordinati, più o meno prevedibile o addirittura prevista come possibilità da parte dei superiori, ma sicuramente non necessariamente connessa all'esecuzione di diversi reati, come la deportazione e il trasferimento della popolazione.

A questo punto diventa sottile la distinzione tra la responsabilità dei comandanti cui si imputano a titolo di autoria mediata o di coautoria i crimini eseguiti dai subordinati, che pur non rappresentando lo scopo dell'attività criminosa (non direttamente pianificati), ne rappresentano la certa conseguenza in base al normale decorso degli eventi (dolo diretto di II grado), e la responsabilità da comando rispetto a crimini non ordinati dal superiore, ma che lui sa che i suoi subordinati stanno per realizzare o stanno realizzando e non impedisce, pur avendo il dovere di impedirli. L'istituto della responsabilità da comando, che prevede anche la responsabilità in forma colposa o per volontaria ignoranza, è volto proprio ad imporre ai superiori l'obbligo di impedire quei reati che non sono stati ordinati, né rappresentano lo strumento necessario per conseguire altri obiettivi (in particolare militari), ma che nella triste prassi dei conflitti armati vengono commessi dai subordinati nella diffusa situazione di violenza di massa e di oblio delle coscienze causate dai conflitti. I comandanti e i superiori civili hanno degli obblighi di prevenire i crimini dei subordinati, innanzitutto tenendosi informati del loro operato e poi adottando le misure necessarie e ragionevoli a prevenire la consumazione di crimini (da un adeguato addestramento a misure disciplinari).

La differenza sembra correre solo sul piano dell'elemento soggettivo, nel senso che i crimini imputati a titolo di coautoria o di autoria mediata devono essere stati oggetto di rappresentazione (perché inevitabilmente connessi all'esecuzione del piano) e, quindi, voluti al momento della pianificazione o dell'accordo criminoso, mentre i crimini dei subordinati non impediti non devono essere oggetto di una preventiva programmazione, nel senso che in qualunque momento il superiore può venire a conoscenza del fatto che i suoi subordinati commettono o stanno per commettere dei crimini e allora scatta il suo dovere di impedimento; o, comunque, si può trattare di reati la cui consumazione è considerata possibile o probabile in determinate situazioni e il comandante, accettando il rischio, non ha fatto nulla per prevenirli (dolo eventuale). Fermo restando che ai sensi dell'art. 28 il comandante risponde anche per negligenza (*should have known – per non aver adempiuto al suo obbligo di tenersi informato* circa i comporta-

menti dei subordinati, obbligo la cui violazione, anche involontaria, è fonte di responsabilità a titolo di agevolazione colposa dei crimini che si aveva l'obbligo giuridico di impedire) e, in relazione ai superiori civili, per volontaria ignoranza («trascurando deliberatamente di tenere conto di informazioni che indicavano chiaramente che tali subordinati commettevano o stavano per commettere tali crimini» – art. 28(2))<sup>(522)</sup>.

Come precisa la Camera nel caso Bemba Gombo la *knowledge* richiesta dall'art. 30 è diversa da quella richiesta dall'art. 28 perché l'elemento cognitivo dell'art. 30 richiede che la persona sia consapevole del fatto che dai propri atti, sia come autore sia come complice, ne deriveranno determinate conseguenze, mentre tale consapevolezza manca nell'ipotesi prevista dall'art. 28, in cui il soggetto non partecipa alla consumazione del crimine. Nel caso Bemba – Gombo, infatti, la Pre-Trial Chamber esclude la responsabilità a titolo di coautoria in relazione a reati realizzati dai subordinati, a favore dell'imputazione degli stessi a titolo di responsabilità da comando, solo perché ritiene che nel caso di specie manca il dolo diretto di I o di II grado, ed esclude che l'*intention* e la *knowledge* dell'art. 30 si possano manifestare anche nella forma del dolo eventuale, come esaminato. Emerge, insomma, come nella prassi possa diventare labile il confine tra, da una parte, la responsabilità dei leader in qualità di concorrenti nel reato nella forma della coautoria o dell'autoria mediata e, dall'altra parte, la responsabilità da comando per omesso impedimento dei reati dei subordinati, quale forma di responsabilità autonoma dei comandanti o dei superiori civili<sup>(523)</sup>: potrebbe rischiare di ridursi alla differenza tra dolo diretto di II grado e dolo eventuale, più che ad una reale differenza del comportamento dei leader. Se poi si ammette, come avviene nel caso Lubanga, che è possibile imputare anche a titolo di dolo eventuale le condotte di coautoria e di autoria mediata, tale distinzione può diventare ancora più sottile.

L'orientamento in materia di dolo eventuale espresso dalla Pre-Trial Chamber nel caso Bemba-Gombo comporta, comunque, delle conseguenze in termini di delimitazione dell'ambito di responsabilizzazione a titolo di autoria e di coautoria ai sensi dell'art. 25, 3(a) StCPI e di indiretta

<sup>(522)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 399 ss., 409 ss., 381 ss., sul contenuto dell'obbligo di agire 223 ss. Cfr. T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 480, il quale ritiene che in base alle prove fornite dall'accusa la responsabilità di Lubanga potrebbe essere inquadrata nella responsabilità da comando ex art. 28 StCPI; J. SCHLÖSSER, *Tätherrschaft kraft Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.8.2003 und Urteil vom 13.5.2004*, in *GA* 2007, 168 ss., in cui l'autore evidenzia il dominio dell'organizzazione e la posizione di garanzia nella responsabilità omissiva; sui rapporti tra *joint criminal enterprise* e responsabilità da comando cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, 552 ss.; K. AMBOS, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, in *Journ. of Inter. Crim. Just.* 2007, p. 159.

<sup>(523)</sup> Sulla natura della responsabilità da comando cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 162 ss.

espansione dell'ambito di applicazione della responsabilità da comando (art. 28 StCPI), nel senso che laddove si dovrà escludere la responsabilità di un soggetto come coautore o come autore mediato in quanto si ritenga che determinati reati non siano stati oggetto della sua piena rappresentazione e volontà, perlomeno nella forma del *dolus directus* di II grado, sarà opportuno verificare se i crimini dei subordinati gli saranno imputabili a titolo di responsabilità da comando ex art. 28 StCPI per non averli impediti. Nei limiti in cui si accerta che i crimini siano realizzati da soggetti legati da un rapporto di subordinazione (relazione superiore-subordinato) e che, quindi, il comandante avesse l'obbligo di impedire i crimini realizzati, anche se questi crimini non gli saranno imputabili in qualità di coautore del piano criminale o di autore mediato, gli potrebbero essere imputati a titolo di responsabilità da comando per non aver adottato le misure necessarie e ragionevoli a impedirne la realizzazione pur avendoli previsti (e, quindi, accettati, dolo eventuale), o, se comandante militare, anche se non previsti pur essendo i reati in questione prevedibili, oppure, se superiore civile, ignorando volontariamente delle informazioni, a sua disposizione, sufficienti a prevederne la consumazione.

La conseguenza indiretta di tale interpretazione della Pre-Trial Chamber che esclude il dolo eventuale e che, laddove fosse accolta dalla Corte, si aprirebbero maggiori spazi di applicazione o, meglio, aumenterebbe la necessità di ricorrere all'istituto della responsabilità da comando per responsabilizzare i vertici degli apparati di potere, nei limiti in cui se ne realizzino i presupposti.

Ciò comporterà, però, come evidenziato in altra sede, la necessità di correttamente inquadrare la responsabilità da comando, sia dolosa (anche nella forma del dolo eventuale) sia colposa, come forma di responsabilità autonoma in base alla quale il comandante risponde, in virtù del fatto proprio omissivo, dei crimini non impediti nei limiti in cui si accerti il nesso condizionalistico tra la sua omissione e tali crimini (non si tratta di una forma di concorso, né, in particolare, di concorso colposo nel reato doloso altrui)<sup>(524)</sup>. Non si deve interpretare come una forma di responsabilità per fatto altrui, ma neanche, però, svalutare l'istituto in questione considerando l'ipotesi dell'omessa prevenzione o impedimento dei crimini come una mera violazione di doveri (per cui il soggetto viene punito solo per la sua omissione), che non consente di imputare i crimini non impediti<sup>(525)</sup>; una simile interpretazione rischia di negare la gravità della con-

---

<sup>(524)</sup> A.M. MAUGERI, *op. cit.*, pp.162 ss., 259 ss, 679 ss.

<sup>(525)</sup> TPY, *Orić*, Trial Chamber II, cit., par. 293; TPY, *Halilović*, Trial Chamber I, cit., par. TPY, 16 novembre 2005, *Sefer Halilović*, Trial Chamber I, section A, Case N°. IT-01-48-T, par. 54; TPY, *Hadžibasanović-Kubura*, Trial Chamber, cit., par. 75; conforme *Declaration of Judge Shahabuddeen* in TPY, *Naser Orić*, Case N°. IT-03-68-A, *Appeals Chamber*



dotta di omessa prevenzione da parte del superiore che, pur avendo i poteri per impedire i crimini, e quindi rappresentando *l'ultima ratio* di tutela dei beni primari protetti dall'ordinamento penale internazionale, non interviene (dolosamente o colposamente), mentre è assolutamente auspicabile in relazione all'altra condotta contemplata dall'art. 28 StCPI, l'omessa punizione o denuncia dei crimini dei subordinati. Fermo restando che non si dovrebbe equiparare, come invece prevede l'art. 28 StCP, l'agevolazione colposa all'ipotesi in cui il comandante volontariamente non impedisce tali crimini, se non si vuole violare il principio di colpevolezza, di offensività e di proporzione<sup>(526)</sup>.

Il rispetto dei principi di legalità e di colpevolezza rende, in ogni caso, auspicabile che la Corte Penale Internazionale non forzi le categorie penalistiche per imputare i crimini dei subordinati ai leader a titolo di coautoria o di autoria mediata, laddove fosse, invece, possibile imputare più correttamente tali crimini a titolo di responsabilità da comando. Nell'ambito della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* si è realizzata spesso un'indebita criminalizzazione di forme di c.d. partecipazione passiva (la mera inerzia) dei comandanti o dei superiori civili ai reati dei subordinati a titolo di concorso di persone o di partecipazione in una *joint criminal enterprise*, in mancanza dei necessari presupposti e in stridente contrasto con i principi della materia penale, a scapito di una più corretta applicazione del modello di responsabilità in discussione<sup>(527)</sup>.

#### 10. *La joint criminal enterprise nel StCPI.*

Il legislatore internazionale, infine, ha espressamente previsto la criminalizzazione della realizzazione del reato nella forma organizzata<sup>(528)</sup>; tale ipotesi, come esaminato, è stata oggetto di elaborazione giurisprudenziale da parte del TPY, ma non è stata espressamente prevista dal StTPY e dal StTPR.

In relazione alla criminalizzazione della partecipazione in una *joint criminal enterprise* lo StCPI, in conformità a quanto previsto dalla giurisprudenza del TPY, richiede sotto il profilo oggettivo che il soggetto «in qualunque altro modo contribuisce alla consumazione o al tentativo di consu-

---

*Judgment*, 3 July 2008, par. 22, e *Separate And Partially Dissenting Opinion Of Judge Schomburg*, *ivi*, par. 12.

<sup>(526)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 696 ss.

<sup>(527)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, pp. 471 ss., 552 ss.

<sup>(528)</sup> Cfr. P. SALAND, *International Criminal law principles*, in R.S. LEE (a cura di), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, The Hague- London-Boston, 1999, p. 199.

mazione di un tale crimine da parte di un gruppo di persone che agisce con il medesimo scopo»(25(3)(d)); sotto il profilo soggettivo che tale contributo sia volontario (*intentional*) e realizzato con lo scopo di favorire la realizzazione dell'attività criminale o il proposito criminale del gruppo, o sia realizzato nella consapevolezza dell'intenzione del gruppo di commettere un crimine.

In base a tale descrizione gli elementi della comune impresa criminosa dovrebbero essere gli stessi previsti dal TPY, e cioè una pluralità di persone (almeno tre) <sup>(529)</sup>, che operano in una struttura organizzata; l'esistenza di un comune piano, disegno o proposito (*common purpose*) tra due o più persone che comporta la consumazione di un crimine (o il tentativo) previsto dallo Statuto; la partecipazione dell'accusato al disegno comune <sup>(530)</sup>.

L'espressione utilizzata dal legislatore internazionale, «o in qualunque altro modo contribuisce alla...», lascia intendere che la partecipazione in una *joint criminal enterprise* si può innanzitutto concretizzare nelle altre forme di partecipazione già descritte, come la coautoria e la complicità; solo laddove non si realizzi con tali modalità si può in ogni caso realizzare «in qualunque altro modo» <sup>(531)</sup>. Tale interpretazione, come accennato, è stata confermata dai giudici della Camera internazionale nella *Décision sur la confirmation des charges*, del caso Lubanga, in cui si evidenzia, che la forma di responsabilità prevista dall'art. 25-3-d) rappresenta una forma di responsabilità residuale del complice che consente di punirlo quando il suo contributo non integri gli estremi delle altre forme di responsabilità concorsuale (ordine, sollecitazione, incoraggiamento, aiuto, una forma di concorso o di assistenza previste dalle lettere b) e c) dell'art. 25-3) <sup>(532)</sup>.

E allora, se già sorgono dei dubbi sull'intenzione del legislatore di limitare la rilevanza penale della complicità (*aids, abets*) ai contributi causalmente rilevanti <sup>(533)</sup>, maggiori dubbi sorgono in relazione a questa forma di partecipazione nella comune impresa, espressa in termini così aperti e generici <sup>(534)</sup>; la genericità dell'espressione utilizzata per descrivere l'elemento

<sup>(529)</sup> In tale direzione cfr. G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 420.

<sup>(530)</sup> Cfr. A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 629 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 274 ss.

<sup>(531)</sup> Cfr. E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 146.

<sup>(532)</sup> ICC, *Lubanga Dyil*, cit., par. 337.

<sup>(533)</sup> Sia consentito il rinvio a A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 456 ss.

<sup>(534)</sup> Cfr. K. AMBOS, *Art. 25*, cit., p. 477; R. SICURELLA, *Le principe nulla poena sine culpa*, cit., p. 277-278; ID., *Per una teoria della colpevolezza*, cit., p. 310; M.C. BASSIOUNI, *The Permanent International Criminal Court*, in *Justice for Crimes Against Humanity*, cit., p. 186; K. WELTZ, *op. cit.*, p. 245 esprime perplessità in generale sulla mancanza di chiarezza del legame richiesto tra il singolo contributo e il crimine e sulla circostanza che il contributo non deve sempre essere causale; V. MILITELLO, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute*, in *International Criminal Justice*, 2007, p. 949, teme che

oggettivo induce a ritenere sufficiente un contributo all'attività del gruppo, piuttosto che l'accertamento di un apporto alla consumazione dello specifico crimine realizzato, considerando il contributo all'attività del *sistema* funzionale alla consumazione dei crimini (lo svolgimento dell'attività lavorativa all'interno del campo di prigionia, in cui si consumano sistematicamente dei maltrattamenti ai detenuti), in conformità del resto con l'interpretazione fornita dal TPY, come esaminato<sup>(535)</sup>. Il contributo al crimine viene filtrato attraverso l'organizzazione.

Anche se la punibilità della comune impresa criminosa dovrebbe essere circoscritta nei limiti della comune realizzazione di uno specifico crimine, in quanto la norma non penalizza l'associazione criminale in sé (ma il contributo alla consumazione di uno specifico crimine), si potrebbe finire così per punire surrettiziamente la partecipazione al sistema, nella consapevolezza dei crimini consumati al suo interno, indipendentemente dalla realizzazione di un contributo causale alla realizzazione dei crimini (e in mancanza del dolo rispetto allo specifico reato). Basti pensare alla giurisprudenza del TPY nel caso *Kvôcka*, che cita l'esempio di un contabile che gestisce i profitti di un'impresa, nella consapevolezza che l'impresa produce film pornografici con bambini<sup>(536)</sup>. In conformità alla prassi giurisprudenziale del TPY potrebbe essere sufficiente che il crimine rientri nel *common purpose*, per essere imputato a chiunque fornisca un contributo al gruppo.

Questa è stata l'interpretazione alla norma in esame fornita da parte della dottrina, che distingue questa forma di concorso dalla mera complicità prevista dall'art. 25 lettera c), in quanto quest'ultima presuppone sotto un profilo oggettivo un contributo agevolatore alla realizzazione del *singolo* crimine e, sotto il profilo soggettivo, lo scopo di facilitarne la consumazione, invece in questo caso si tratta di un contributo (che oggettivamente può assumere le stesse caratteristiche, come il finanziamento, la fornitura di armi, talune forme di indiretto sostegno) alla realizzazione di un *fatto collettivo di altri* (*Gruppenverbrechen*), ed è sufficiente sotto il profilo soggettivo anche la mera consapevolezza dell'intenzione del gruppo di realizzare dei crimini<sup>(537)</sup>. Quest'interpretazione renderebbe questa forma di con-

---

così si violi il principio della responsabilità penale personale e si puniscano condotte che non hanno un disvalore meritevole di intervento penale; A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 196.

<sup>(535)</sup> Cfr. F. ARGIRÒ, *op. cit.*, p. 420 il quale ritiene che la norma in esame incrimini l'associazione a delinquere.

<sup>(536)</sup> TPY, *Kvôcka*, Trial Chamber, cit., par. 284 ss. Cfr. A. SERENI, *Responsabilità personale*, cit., p. 835, il quale teme che la norma in esame «dia la stura ad eccessi di punibilità facendo avanzare oltre misura la linea dell'intervento penale rispetto a condotte lontane e scaccate dalla fase esecutiva del crimine»; A. VIVIANI, *op. cit.*, p. 199 ss., la quale auspica che si punisca la mera partecipazione all'associazione criminale.

<sup>(537)</sup> A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 207; ID., *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 443 ss.

corso assolutamente autonoma rispetto alle altre forme e ne giustificherebbe l'inserimento nello Statuto; in base a questa ricostruzione il presupposto negativo di questa ipotesi è che il soggetto non abbia posto in essere un'attività materiale o morale riferibile al crimine, non ricorrano i requisiti di un concorso nel reato fine. Si afferma a sostegno di tale interpretazione che se si richiedesse una diretta partecipazione al crimine, non sarebbe necessario richiedere la consapevolezza dell'intenzione del gruppo di realizzare il crimine; non solo, ma si precisa che la norma non presuppone necessariamente che il soggetto condivida lo scopo di favorire il proposito criminale del gruppo e quindi che ne condivida il piano generale (*common purpose*), ma è sufficiente lo scopo di sostenere l'attività criminale del gruppo (gruppo da intendere non come mera pluralità di persone, ma piuttosto come gruppo organizzato in qualche modo, anche se la struttura organizzativa non sia ben definita, non associato)<sup>(538)</sup>. Si tratterebbe di un ibrido tra la *conspiracy* e la *fattispecie associativa*, che consente di punire per i delitti commessi da un gruppo, chi realizza una condotta accessoria all'attività di un gruppo criminale, «contributo non immediatamente riferibile ai delitti scopo, ma con un pregnante elemento psicologico rispetto ad essi»<sup>(539)</sup>.

Lo scopo del legislatore sembra essere quello di criminalizzare qualunque contributo all'attività di un gruppo sino a colpire anche le forme di passiva connivenza, in termini simili a quanto avviene con l'istituto del concorso esterno in associazione mafiosa<sup>(540)</sup> nell'applicazione della giurisprudenza italiana, dimenticando, però, che la norma non ha sancito la penalizzazione dell'organizzazione criminale in sé (né ha stabilito i criteri che determinano il carattere criminale dell'organizzazione<sup>(541)</sup>), ma solo della consumazione di specifici crimini in forma organizzata, o meglio, da parte di un gruppo che agisce con uno scopo comune (non si richiede un'organizzazione<sup>(542)</sup>): la norma richiede espressamente che il soggetto «contribuisca... alla consumazione o tentativo di consumazione di un ...crimine» (*contributes to the commission... of such a crime*), con la conseguenza che non vi dovrebbe essere spazio per concepire la penalizzazione di condotte che non contribuiscano causalmente alla realizzazione di uno specifico cri-

<sup>(538)</sup> A. DI MARTINO, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 445. Cfr. K. WELTZ, *op. cit.*, p. 245.

<sup>(539)</sup> A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 208.

<sup>(540)</sup> Cfr. in tale direzione A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso*, cit., p. 210.

<sup>(541)</sup> K. WELTZ, *op. cit.*, p. 245; V. MILITELLO *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 950, il quale precisa che la norma non richiede neanche un'organizzazione.

<sup>(542)</sup> V. MILITELLO, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 950.

mine, in presenza della volontà di realizzare il fatto tipico oltre alla volontà di cooperare con altri.

Qualche ulteriore precisazione in relazione all'elemento soggettivo<sup>(543)</sup>. Il legislatore internazionale ha recepito le indicazioni provenienti dalla prassi giurisprudenziale del TPY, ad esempio nel caso *Tadić*, richiedendo la volontà di contribuire all'attività del gruppo in due possibili modi: con lo scopo di favorire la realizzazione dell'attività criminale o il proposito criminale del gruppo e con la mera consapevolezza dell'intenzione del gruppo di commettere un crimine.

Nel primo caso si configura un dolo specifico (occorre agire al fine di...); dovrebbe sussistere una condivisione dello scopo criminale (tutti i partecipanti nel comune disegno agiscono con il medesimo intento criminale) (I forma di *JCE*), per lo meno come condivisione della volontà di realizzare l'attività del gruppo (II forma di *JCE*)<sup>(544)</sup>. Nella giurisprudenza del TPY per la I forma di *JCE* si sottolinea che, sebbene il soggetto non esegua fisicamente il crimine, *vuole* il risultato della condotta degli altri membri del gruppo<sup>(545)</sup>.

In relazione a tale ipotesi, però, la dottrina, giustamente individua il rischio di un'interpretazione inquietante. Si sottolinea che la condivisione dello scopo criminale, proposta dal legislatore internazionale quale elemento soggettivo in *alternativa* alla consapevolezza del crimine da realizzare (la mera consapevolezza dell'intenzione del gruppo di commettere un crimine), dovrebbe essere interpretata come volontà di favorire in generale l'attività criminale o il proposito criminale del gruppo, in mancanza della consapevolezza dello specifico crimine da realizzare; ne consegue che chiunque partecipi consapevolmente all'attività di un gruppo criminale, condividendone lo scopo o per lo meno con la volontà di favorirne l'attività, dovrebbe rispondere di tutti i crimini realizzati nell'ambito della comune impresa in mancanza dell'accertamento del dolo rispetto a ciascun reato (il membro di un gruppo di soldati allo sbando, dediti alla violenza ingiustificata, sarà considerato responsabile di tutti i crimini realizzati dal gruppo, indipendentemente dalla sua consapevolezza e volontà di realizzare lo specifico crimine imputato)<sup>(546)</sup>, in conformità del resto all'inter-

<sup>(543)</sup> Cfr. *The Law Commission (Law Com No 305) Participating in Crime*, May 2007, cit., 91 (3.153), 92 (3.157), 95 (3.66), che cerca di limitare l'ambito di applicazione della responsabilità come partecipe in una *joint criminal enterprise* richiedendo maggiore precisione nella determinazione dell'ambito di applicazione dell'istituto sotto un profilo soggettivo. Cfr. J.D. OHLIN, *op. cit.*, p. 78 ss.

<sup>(544)</sup> Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 108; R.S. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code*, cit., p. 547.

<sup>(545)</sup> TPY, *Tadić*, Appeal Chamber, cit., par. 196-199, 220, 228.

<sup>(546)</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 803; R. SICURELLA, *Le principe nulla poena sine culpa*, cit., p. 277; Id., *Per una teoria della colpevolezza*, cit., pp. 311 ss.,

pretazione fornita dalla giurisprudenza del TPY circa la I e la II forma di JCE. Tale interpretazione sarebbe giustificata dalla volontà del legislatore internazionale di estendere la responsabilità criminale al di là dei limiti della stessa *complicità* (superando i dubbi della dottrina sulla superfluità di tale specifica ipotesi di concorso), esprimendo la precisa volontà di non lasciare spazi di impunità per alcuna forma di contiguità alla realizzazione dei gravi crimini in questione. In questo caso, rispetto allo specifico crimine, mancherebbe anche il dolo eventuale, che presuppone la consapevolezza della probabilità o possibilità che un determinato reato si realizzi, oltre alla sua accettazione. Il dolo specifico, la finalità di contribuire all'attività criminale o allo scopo criminale del gruppo, comporterebbe una sorta di *dolus generalis* rispetto a tutti i reati realizzati dal gruppo; tale dolo specifico consentirebbe, inoltre, di considerare penalmente rilevanti rispetto allo specifico crimine dei contributi all'attività del gruppo, in linea con quella prassi del TPY di soggettivizzare le forme di coautoria nell'ambito della JCE.

L'interpretazione in esame, però, dovrebbe essere rigettata perché comporta un'indebita estensione della responsabilità a tutti i partecipi dell'impresa criminosa in mancanza della specifica rappresentazione e volontà di ciascun crimine, in violazione del principio di colpevolezza. Si potrebbe tentare un'interpretazione sistematica della disciplina dello StCPI al fine di superare una simile interpretazione, sottolineando che l'elemento soggettivo, quale criterio di imputazione soggettiva è stabilito dall'art. 30 StCPI sia per gli autori sia per i concorrenti al reato, e quindi si deve in ogni caso richiedere l'*intention* e la *knowledge* del crimine realizzato, e in più il dolo specifico di favorire l'attività o gli scopi del gruppo organizzato; si tratterebbe di uno «*special intent*» che presuppone il dolo rispetto allo specifico crimine e giustifica la punibilità di contributi oggettivamente meno significativi. D'altronde la norma richiede che il contributo sia «*intentional*» dopo aver descritto la forma di concorso in esame come «contributo, in qualunque altro modo, alla consumazione o al tentativo di consumazione di un.. crimine»: la norma potrebbe essere interpretata nel senso che pretende l'*intention*, la volontà, il dolo rispetto a tale «contributo ...alla consumazione..di un crimine», che rappresenterebbe l'oggetto del dolo. Si tratta di un tentativo di interpretazione maggiormente in linea con il principio di colpevolezza, che tenta di porre un freno ai rischi di iperpenalizzazione dell'istituto in esame, anche se, forse, l'intento del legislatore internazionale è proprio quello di disporre di uno strumento duttile che consente di colpire qualunque contributo all'attività del gruppo organizzato

---

342 ss.; in questa direzione anche l'interpretazione sopra esaminata di A. DI MARTINO, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., p. 443 ss. Cfr. R.S. CLARK, *Drafting a General Part to a Penal Code*, cit., p. 548.

(anche se non vuole criminalizzare l'organizzazione in sé), e, soprattutto, lo stesso art. 30, con la sua clausola di riserva, legittima altre forme di imputazione soggettiva<sup>(547)</sup>.

Anche rispetto alla seconda forma di elemento soggettivo (art. 25, 2 (d) (ii)), si deve accertare il carattere «*intentional*» del contributo alla realizzazione del crimine, nel senso che il soggetto, pur non condividendo il proposito comune, deve volere il crimine cui fornisce un contributo; non dovrebbe bastare la consapevolezza dell'intenzione del gruppo di commettere un crimine, in mancanza della volontà di contribuire alla realizzazione dello specifico crimine. Solo in tali termini potrebbe profilarsi un'ipotesi di dolo diretto, nel senso che il soggetto, pur non condividendo lo scopo criminale del gruppo, agisce con la certezza o la consapevolezza dell'alta probabilità che un certo crimine si realizzerà (in quanto conosce l'«*intention*» del gruppo) e fornisce volontariamente (*intentional*) un contributo alla sua consumazione da parte del gruppo. La consapevolezza dell'intenzione del gruppo, non dovrebbe essere sufficiente, invece, a garantire la punizione di contributi realizzati senza il dolo del crimine realizzato, senza la volontà di fornire un apporto al crimine<sup>(548)</sup>; altrimenti si profila il rischio di punire delle mere condotte neutrali realizzate all'interno di un sistema, magari originariamente lecito (un campo di prigionia, un ospedale, un'impresa), condotte realizzate da parte di chi non persegue la finalità di contribuire alla realizzazione dello scopo comune o all'attività del gruppo, in presenza del mero elemento rappresentativo del dolo (la consapevolezza dell'intenzione del gruppo), ma in mancanza dell'elemento volitivo. Attraverso la valorizzazione dell'elemento rappresentativo del dolo, si finirebbe per oggettivizzare o presumere il dolo, come avviene nella prassi dei tribunali *ad hoc*: laddove la prassi criminale del sistema è consolidata, si finirà per presumere in capo a tutti coloro, che a qualunque titolo collaborano nell'istituzione, la consapevolezza dell'intenzione criminale del gruppo e lo stesso dolo del crimine, superando la difficoltà di provare l'elemento soggettivo in capo ad ogni membro e la necessità di accertare qualunque legame tra la condotta dell'imputato e il crimine (che non sia il sistema, – l'organizzazione, l'istituzione, – in cui l'imputato lavora e il crimine è consumato).

Alla luce dell'interpretazione esaminata del concetto di *intent* e *knowledge* nell'art. 30 del StCPI, emergono, inoltre, dei dubbi sulla possibilità di estendere la responsabilità anche alle forme di dolo eventuale, e cioè alle ipotesi di mera rappresentazione della probabilità di verifica di cri-

<sup>(547)</sup> E, allora, *intentional* potrebbe essere interpretato semplicemente come contributo volontario per escludere l'ammissibilità di contributi colposi.

<sup>(548)</sup> Cfr. E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., p. 108, sembra richiedere il dolo diretto; l'autore, però, considera separatamente l'ipotesi dei «campi di concentrazione» come ipotesi rientrante nella disposizione in esame (ii).

mini nell'ambito dell'impresa comune in base al normale decorso degli eventi, con conseguente accettazione dell'evento (o del rischio)<sup>(549)</sup>; anche la mera consapevolezza dell'intento del gruppo di commettere un crimine sembrerebbe incompatibile con l'ipotesi del dolo eventuale<sup>(550)</sup>. Se si accoglie, però, l'interpretazione fornita dalla Corte penale internazionale nel caso Lubanga (contradetta dalle successive decisioni), si potrebbe ammettere il dolo eventuale come titolo di imputazione soggettiva. E, allora, premesso che ai sensi dell'art. 25(3)(d)(ii) il complice deve fornire un contributo dolosamente (*intentional*) e deve agire con lo scopo di favorire la realizzazione dell'attività criminale o il proposito criminale del gruppo, o nella consapevolezza dell'intenzione del gruppo di commettere un crimine, si potrebbe estendere la responsabilità anche ai crimini che pur non rientrando nel proposito criminale del gruppo, rappresentano *una conseguenza naturale e prevedibile* dello scopo originale o dell'attività criminale del gruppo, o del crimine che il gruppo aveva originariamente l'intenzione di commettere. Del resto la stessa giurisprudenza del TPY richiede la condivisione dello scopo comune (I forma di *JCE*), quando estende la responsabilità ai crimini che rappresentano una conseguenza naturale e prevedibile di tale scopo (III forma)<sup>(551)</sup>.

In ogni caso alla luce dell'art. 30 e in conformità all'interpretazione offerta dalla Corte penale internazionale nel caso Lubanga, è sicuro che il legislatore internazionale può aver ammesso, in conformità all'atteggiamento più rigoroso della prassi giurisprudenziale del TPY, solo che il complice possa rispondere delle conseguenze prevedibili della propria partecipazione, se ne ha accettato il rischio o, meglio, la verifica, come sancito nel caso *Krstić*, e non anche l'ipotesi colposa, fondata sulla mera prevedibilità, come previsto nel caso *Kvôcka*<sup>(552)</sup>, – ipotesi che non è espressione del diritto consuetudinario internazionale e della tradizione giuridica in materia degli ordinamenti nazionali –.

## 11. Conclusioni.

Lo StCPI consente di punire i leader attraverso la previsione non solo

---

<sup>(549)</sup> M. FERIA TINTA, *op. cit.*, p. 304; cfr. E. AMATI, *Concorso di persone*, cit., p. 138, il quale esclude tale possibilità per un'esigenza di certezza del diritto; conforme F. ARGIRÒ, *op. cit.*, p. 411. Cfr. G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 405; A. CASSESE, *The Proper Limits*, cit., 132, il quale ammette espressamente la possibilità in esame alla luce di un'interpretazione estensiva dell'art. 25 (3) (d) al fine di garantire la punibilità di condotte criminali che altrimenti non sarebbero considerate colpevoli.

<sup>(550)</sup> E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individuals*, cit., pp. 108-109.

<sup>(551)</sup> Cfr. TPY, *Vasiljević*, Appeal Chamber, cit., par 99.

<sup>(552)</sup> TPY, *Krstić*, Trial Chamber, cit., par. 327.



del principio della responsabilità penale personale, ma anche con l'accoglimento di una concezione sostanzialistica di autore fondata sulla nozione di «controllo del crimine» che consentirà di considerare *autori* del reato coloro che, al vertice degli apparati di potere, hanno deciso le politiche criminali manifestatesi in crimini di guerra o crimini contro l'umanità; attraverso l'istituto della coautoria e dell'autoria mediata sarà possibile imputare ai leader i crimini che sono stati consumati dai loro subordinati in attuazione di quelle politiche o dei piani che loro hanno elaborato, diretto, coordinato.

Permangono dei dubbi sull'eccessiva discrezionalità attribuita al giudice nel determinare il ruolo di autore e di coautore, nel determinare quando un soggetto, pur non eseguendo materialmente il crimine, ne ha il controllo, o quando il contributo fornito nell'ambito della coautoria è essenziale al punto da attribuire al soggetto il potere di frustrare l'esecuzione del reato o del programma criminale. Sono dei criteri valutativi incerti, rimessi alla discrezionalità giudiziaria.

L'espressa previsione dell'istituto della c.d. «autoria mediata» lascia perplessi, perché anche se può essere utilizzato per incriminare in qualità di autori coloro che stanno all'apice dell'organizzazione (politica, militare, ...), sembra discutibile la previsione di tale modello di responsabilità che richiede la strumentalizzazione di un altro soggetto o di un apparato di potere per consumare il reato. In ogni caso sembra preferibile interpretare l'art. 25 STcPI, nel senso che, come affermato nel caso *Katanga*, si deve escludere la possibilità di ridurre la figura dell'esecutore, soprattutto se responsabile, a quella di mero complice: è anche lui autore del reato.

Laddove, poi, attraverso l'applicazione del principio dell'«*attribution mutuelle*» si attribuiscono ad un soggetto in qualità di coautore, i crimini realizzati dai subordinati dell'altro coautore, a sua volta autore mediato di tali crimini, sorge il timore che anche se sotto un nuovo vestito, – le categorie della autoria mediata e della coautoria –, permangano i rischi già esaminati in relazione all'istituto della *joint criminal enterprise* di violare i principi della responsabilità penale nel tentativo di imputare ai leader tutti i crimini realizzati in contesti di criminalità di massa, legati ad apparati di potere; come minimo, nonostante gli sforzi e le dichiarazioni della Pre-Trial Chamber di accogliere la teoria della coautoria in base al criterio misto del controllo del crimine, emerge, invece, il pericolo di soggettivizzare la coautoria che finisce per essere fondata sul mero elemento soggettivo, in mancanza di un reale contributo essenziale.

Ci si chiede, insomma, se la corretta criminalizzazione dei leader in qualità di autori dei crimini programmati, non potesse avvenire, piuttosto che attraverso l'adozione di questa fumosa categoria sostanziale di autore fondata sul controllo del crimine, su una più dettagliata descrizione delle forme di concorso e dell'espressa previsione della responsabilità in qualità di autori del crimine di coloro che, ai vertici delle gerarchie, hanno deciso,

programmato, organizzato e ordinato i crimini; in prospettiva nazionale e *de iure condendo* si potrebbe opportunamente valorizzare il disvalore delle diverse forme di partecipazione attraverso un sistema di aggravanti e attenuanti, sottolineando il più grave disvalore della condotta degli ideatori e dei coordinatori di quel disegno, progetto o politica comune che sta alla base dei gravi crimini contemplati dallo Statuto di Roma.

La responsabilizzazione dei leader potrà avvenire, comunque, anche attraverso la disciplina del concorso di persone prevista nello Statuto di Roma, che presenta il pregio di aver accolto un modello differenziato del concorso di persone maggiormente conforme al principio di tassatività del modello unitario.

Può essere positivamente valutata la tipizzazione del disvalore delle diverse forme di partecipazione insito nella disciplina del StCPI laddove distingue le condotte di autorità e coautorità (art. 25(3)(a)), le condotte di istigazione (art. 25(3)(b)), le condotte di mera complicità (art. 25(3)(c)), e infine le forme di partecipazione nella comune impresa criminosa (art. 25(3)(d)); tale *tipizzazione e gradazione*, – che sottende un'interpretazione in chiave teleologica del ruolo di autore -, consentirà di valorizzare in sede di commisurazione della pena l'effettivo apporto di ciascun partecipe nella consumazione del reato e nella realizzazione degli apparati di potere criminale che caratterizzano, purtroppo, i moderni conflitti armati.

Si dovrebbe sottolineare, infine, che la responsabilità per la realizzazione di un reato nell'ambito di una comune impresa criminosa dovrebbe essere accertata, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, rispetto alla consumazione di uno specifico reato, dato che il legislatore internazionale non incrimina la mera partecipazione all'associazione criminale<sup>(553)</sup>.

Per il resto lo sforzo del legislatore internazionale di descrizione delle modalità delle diverse tipologie di condotte incriminate nell'ambito del concorso di persone, come esaminato in altra sede, è stato solo parziale e in chiave estensiva. Il legislatore ha descritto talune tipologie di partecipazione con delle clausole onnicomprensive, senza porre dei limiti per sancire una soglia minima di rilevanza penale<sup>(554)</sup>, e cioè sia nei confronti della condotta di istigazione, in relazione alla quale si doveva, come minimo, richiedere un effettivo legame con il fatto tipico, sia per la complicità materiale per la quale non è richiesto neanche il carattere sostanziale e diretto del contributo, come previsto nel Progetto di Codice dei Crimini contro

---

<sup>(553)</sup> Cfr. A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 149-150.

<sup>(554)</sup> Cfr. G. GRASSO - S. RAGAZZI, *Il principio di legalità nel quadro dei principi generali del diritto internazionale penale*, in Atti del Convegno *La Corte Penale Internazionale - problemi e prospettive*, Torino 15-16 novembre 2002, p. 52; M.C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, cit., p. 397.

la Pace e la Sicurezza dell'Umanità del 1996, o meglio un effettivo carattere condizionante di tale contributo.

La partecipazione nella comune impresa criminosa, poi, come esaminato, sfuma nell'assoluta indeterminatezza con quella formula vaga utilizzata («o in qualunque altro modo contribuisce»). Tutti i dubbi già espressi su tale modello di responsabilità penale rimangono validi; anche se l'interpretazione offerta dalla Corte penale internazionale a partire dal caso Lubanga sembra attribuire a tale ipotesi un carattere residuale.

Emerge pienamente la contraddizione insita nella disciplina del concorso di persone, come evidenziato dalla dottrina, in quanto da una parte il divieto di responsabilità per fatto altrui viene affermato nelle regole deputate al concorso di persone, dall'altra parte tali «regole .. però sono esposte (come del resto in ogni altro sistema penale) a un rischio altissimo di violazione occulta del divieto»<sup>(555)</sup>; si rischia «l'indeterminatezza (o meglio l'indifferenza)» «probatoria dell'opzione causale circa le concrete forme del manifestarsi della condotta criminosa concorsuale come fenomeno della realtà»<sup>(556)</sup>.

L'elaborazione dell'istituto della *joint criminal enterprise* e gli sforzi di adottare la teoria dell'autoria fondata sul controllo del crimine da parte dei tribunali internazionali è espressione del più generale problema di individuare adeguati strumenti normativi per garantire la responsabilizzazione dei capi delle organizzazioni criminali per i crimini eseguiti nell'ambito dell'organizzazione, a causa «della difficoltà di applicare all'interno di organizzazioni complesse e gerarchicamente ordinate le categorie tradizionali del concorso di persone, che impongono di ricostruire le catene causali e soggettive fino ai vertici dell'organizzazione»<sup>(557)</sup>. La dottrina, infatti, mette in evidenza i limiti delle tradizionali categorie dogmatiche, ancorate a principi elaborati su un modello bipolare di reato in cui autore e vittima sono individui isolati, e della tradizionale politica criminale, rispetto alla sfida rappresentata dal contrasto ad attività illecite che si sviluppano in contesti di gruppo, e, addirittura, si ritiene che in tale contesto occorre adeguare le tradizionali garanzie del diritto penale alle caratteristiche strutturali della criminalità dei gruppi<sup>(558)</sup>. Problematiche particolarmente accentuate,

<sup>(555)</sup> A. SERENI, Responsabilità personale, cit., p. 809. Cfr. *The Law Commission* (Law Com No 305) *Participating in Crime*, May 2007, cit., (1.12) 4 che cita A.J. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 441.

<sup>(556)</sup> L'espressione si ritrova nella sentenza Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, *Proc. gen. App. Perugia in c. Calò e altri*, in *Foro it.*, 2004, p. 161.

<sup>(557)</sup> V. MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 208.

<sup>(558)</sup> *Ibidem*, p. 220. cfr. V. MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 416-432.

come evidenziato in premessa, nell'ambito del diritto internazionale penale in cui si configurano addirittura crimini di massa, espressione di politiche criminali elaborate dalle stesse autorità statali o, comunque, ai vertici di apparati di potere.

Per superare i rischi insiti nell'istituto della *JCE*, esaminati sia in relazione alla disciplina del StCPI, ma soprattutto in relazione alla prassi giurisprudenziale dei Tribunali *ad hoc*, nonché i rischi connessi a concezioni sostanziali di autore eccessivamente affidate alla discrezionalità giudiziaria, si potrebbe riflettere, piuttosto, sull'opportunità di prevedere nel diritto penale internazionale la penalizzazione dell'associazione criminale in sé, prevista in alcuni sistemi nazionali e già contemplata dallo Statuto di Norimberga; in questo caso sarebbe possibile configurare la responsabilità per la partecipazione nell'organizzazione criminale, senza dovere per ciò solo rispondere dei singoli crimini compiuti dall'organizzazione<sup>(559)</sup>. Le forme di «concorso esterno» dovrebbero essere punite nei limiti di un'effettiva strumentalizzazione di ruoli istituzionali, o professionali, o di determinate attività lavorative (economiche), per avvantaggiare l'organizzazione, in linea con le più recenti proposte della dottrina in materia<sup>(560)</sup>. Nell'ambito dell'organizzazione, poi, si potrebbero opportunamente diversificare i diversi contributi (organizzatore, promotore, capo, partecipe) in considerazione della diversa efficacia causale e del diverso disvalore di ciascuna condotta, in conformità al principio di legalità e di proporzione, valorizzando opportunamente la responsabilità per l'eventuale ruolo di *leadership* rivestito; si potrebbe così consentire la responsabilizzazione dei promotori e dei capi dell'organizzazione criminale (apparati di potere), anche laddove non si riesca a fornire la prova del concorso nello specifico reato o non sussistono i presupposti della responsabilità da comando (art. 28 StCPI) (a partire dalla relazione superiore – subordinato), soprattutto in relazione ai superiori civili, la cui responsabilità pone maggiori difficoltà probatorie.

Si deve evidenziare, però, la difficoltà di concepire una tale forma di responsabilità a livello internazionale, e in particolare la difficoltà di descrivere una simile fattispecie e la condotta di partecipazione in termini tassativi e particolarmente pregnanti sotto il profilo dell'offensività, per evitare di anticipare ingiustificatamente la responsabilità; timore particolarmente rilevante se si considera che quelle che diventano organizzazioni criminali sono originariamente strutture legali, come un'unità militare o l'amministrazione di un campo di prigionia. Non solo ma in questo settore emerge il rischio di indebite *politicizzazioni* di una simile fattispecie, qualificando

---

<sup>(559)</sup> In tale direzione V. MILITELLO *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 950; A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 644 ss.; A.VIVIANI, *op. cit.*, p. 201 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 286 ss. (cfr. 230 sulla responsabilizzazione autonoma dell'apparato).

<sup>(560)</sup> C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 494 ss.

come criminale l'istituzione del nemico; emerge, inoltre, il rischio che, da una parte, l'accertamento della responsabilità penale del singolo comporti *tout court* la qualificazione come criminale dell'intera organizzazione di appartenenza<sup>(561)</sup>, e, dall'altra parte, che la condanna come criminale dell'organizzazione comporti una presunzione di responsabilità a carico di tutti i partecipi<sup>(562)</sup>.

La prassi del Tribunale Internazionale, in ogni caso, rivelerà se si renda necessaria l'introduzione di una simile fattispecie associativa, soprattutto al fine di responsabilizzare opportunamente i vertici politici, o se la nozione di autoria accolta, la disciplina del concorso di persone e la responsabilità da comando siano già sufficienti allo scopo di punire «quei gruppi di potere o quelle spregiudicate *élites* di governo», che hanno elaborato «strategie» criminali per raggiungere obiettivi politici, territoriali o economici<sup>(563)</sup>. Non avrebbe senso, infatti, prevedere una fattispecie associativa al solo fine di criminalizzare forme di partecipazione o di contiguità minori, come sembra volere fare il legislatore internazionale con l'art. 25 (3) d).

La Corte penale internazionale, come esaminato, sembra voler superare i rischi di un indebito uso dell'istituto della *JCE* valorizzando, piuttosto, l'istituto della coautoria e dell'autoria mediata, anche se rimane il problema della mancanza di tassatività della definizione funzionale di coautoria accolta e le perplessità avanzate sulla nozione di autoria mediata.

Si deve ricordare, infine, che il legislatore internazionale ha fatto la scelta di garantire un'opportuna responsabilizzazione dei superiori anche attraverso l'istituto della responsabilità da comando per i crimini non impediti o non puniti, che si aggiunge alla responsabilità diretta del superiore come coautore o indiretta come autore mediato, o a titolo di concorso morale (ordine, istigazione...), in un sistema che non prevede un differente trattamento sanzionatorio in base al ruolo ricoperto nella consumazione del reato, consentendo al giudice di commisurare la pena all'effettivo disvalore della condotta. L'importanza di tale istituto emergerà particolarmente, come accennato, se si confermerà la giurisprudenza della Corte Penale Internazionale che esclude il dolo eventuale come forma di colpevolezza prevista dall'art. 30 StCPI, con la conseguenza che rispetto ai reati realizzati dai subordinati, non intenzionalmente (dolo di I grado) o direttamente voluti (dolo di II grado) dai superiori, ma solo concretamente prevedibili e accettati (accettazione dell'evento o del rischio) sarà possibile imputarli ai leader non a titolo di autoria mediata o di coautoria, ma a titolo di responsabilità da comando.

---

<sup>(561)</sup> M.C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, cit., p. 383.

<sup>(562)</sup> *Ibidem*, p. 385.

<sup>(563)</sup> Usa quest'espressione M. CATENACCI, "Legalità" e "Tipicità del reato" nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Milano, 2003, p. 27.

La previsione della responsabilità da comando rende, allora, non necessari in termini di politica criminale eventuali tentativi di voler ulteriormente responsabilizzare i superiori per i crimini dei subordinati al di là dei limiti del concorso di persone, attraverso la surrettizia applicazione di forme di responsabilità di posizione (e, quindi, di presunzioni), consentite da un uso spregiudicato dell'istituto della *joint criminal enterprise*<sup>(564)</sup>, né rende necessaria un'applicazione troppo disinvolta o soggettivizzante delle categorie della coautoria o dell'autoria mediata. Naturalmente l'istituto della responsabilità da comando, come esaminato in altra sede, può assumere questo valore fondamentale nel garantire la responsabilizzazione dei vertici di apparati di potere, inermi dinanzi ad immani tragedie, solo se viene correttamente interpretato, in particolare nella forma dell'omesso impedimento dei crimini dei subordinati come *fatto proprio omissivo*, da cui deriva in qualità di evento il crimine del subordinato; se, invece, si interpreta, come avviene nella sentenza *Orić e Halilović* del TPY<sup>(565)</sup>, come mera violazione dei doveri anche nell'ipotesi in questione, non potrà svolgere questo ruolo, lasciando insoddisfatte le esigenze di corretta criminalizzazione di coloro che stanno a capo della politica statale o dell'organizzazione, ma di cui non si riesca a dimostrare correttamente il ruolo di coautori o di autori mediati.

ANNA MARIA MAUGERI

---

<sup>(564)</sup> Cfr. A. MARSTON DANNER - J.S. MARTINEZ, *op. cit.*, p. 150.

<sup>(565)</sup> Si veda *supra* nota 523.



## GENESI E SVILUPPO DEL CONCETTO DI BENE GIURIDICO IN UN «DIRITTO PENALE COLONIZZATO»: IL CASO COLOMBIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Uno sguardo allo sviluppo europeo del concetto di bene giuridico. 3. Il contesto latinoamericano. 3.1. L'arrivo del «diritto europeo continentale» in un altro continente. 3.2. Le cadenze temporali dell'influenza europea nel diritto penale latinoamericano. 3.3. Disuguaglianza nei rapporti delle "scienze giuridiche". 4. Il caso colombiano. 4.1. Cenni di un frammento del diritto penale in Colombia. 4.2. L'introduzione del concetto di bene giuridico. 4.3. Spunti sull'utilizzo del concetto di bene giuridico nella giurisprudenza delle alte corti colombiane. 4.3.1. Recepimento della tesi d'origine italiana del bene giuridico costituzionalmente vincolato. 4.3.2. Possibile apertura ad alcuni influssi del diritto penale tedesco. 4.3.3. Riaffermazione dell'accoglimento della tesi costituzionalmente orientata del bene giuridico. 4.4. Configurazione del concetto di bene giuridico nell'attuale scienza penale colombiana: germogli di una nozione ibrida. 5. Considerazioni finali.

“Fue en la guerra cuando sentí que no era la reforma de la razón [...] lo que habría de salvarnos, sino algo que, que fuera razón, pero más ancho; algo que se deslizara también por los interiores, como una gota de aceite que apacigua y suaviza; una gota de felicidad...”

(María Zambrano)

### 1. *Premessa.*

Gli argomenti che affronteremo in questo articolo, come si coglie già dal titolo, sono colmi di difficoltà, tanto nella loro portata teorica quanto dal punto di vista pratico. Tuttavia, trattandosi di un mero approccio al tema, tali problematiche saranno appena accennate. La pretesa di questo scritto, invece, è soltanto quella di evidenziare, con l'esempio del diritto penale colombiano, l'esistenza di un «concetto colonizzato» di bene giuridico (prospettando anche il suo possibile superamento tramite un concetto ibrido o meticcio), come prova dell'esistenza, più in generale, di un «diritto penale colonizzato», con l'obiettivo di meglio chiarire le particolarità di questa nozione nell'ambito dei diversi Paesi ascritti alla tradizione del *civil law*; particolarità che necessariamente influiranno sul metodo di studio e



sullo stesso dialogo tra penalisti appartenenti a realtà così diverse ma sotto un molto simile universo normativo e dogmatico, accentuato dalla globalizzazione che segna il nostro presente. Avvertiamo, dunque, che tutto il saggio è davvero una piccola riflessione generale sul pensiero giuridico, che si avvale di esempi particolari.

È bene anticipare il significato di due espressioni che serviranno allo sviluppo dell'assunto: «diritto penale europeo continentale» e «diritto penale colonizzato». Basti dire che, con la prima, intendiamo riferirci alla scienza penale (in senso lato) sviluppatasi nella tradizione del diritto europeo continentale o del *civil law*, sebbene la (ridotta) portata della presente trattazione non comprenda tutti gli apporti di questo pensiero, né i dibattiti intorno al fatto di usare il termine «europeo» per fare effettivo riferimento soltanto a una piccola percentuale dei Paesi europei (Francia, Germania, Italia, Spagna)<sup>(1)</sup>, quali rappresentanti di un sistema giuridico che ormai vige non solo in quasi tutta l'Europa, ma anche in gran parte sia dell'America (tutta l'America centrale e del sud) che dell'Asia e dell'Africa<sup>(2)</sup>.

D'altro canto, parlare di un «diritto penale colonizzato» presuppone il tentativo di collaudare sul diritto penale prospettive che aprono gli studi post-coloniali, assumendole come criteri metodologici e filosofici, e non solo come riferimenti a una situazione di «colonizzazione» nell'accezione ristretta che tale parola ha nella vita quotidiana (riferita alla sottomissione tramite la fondazione di colonie)<sup>(3)</sup>. Si chiede dunque al lettore lo sforzo di aprirsi a queste

<sup>(1)</sup> Dovendo delimitare il tema di studio, si prenderanno come esempi rappresentativi del diritto europeo continentale questi quattro Paesi, considerati come quelli dominanti, non foss'altro perché sono i più popolati nell'UE: dei 27 Paesi che formano l'UE, infatti, i soli che hanno una popolazione superiore ai 40 milioni sono: Francia, Germania, Italia, Regno Unito e Spagna (v. <http://europa.eu>, con cifre ufficiali del 2006). È escluso il Regno Unito, però, per la sua appartenenza al sistema di *common law*.

Approfitto dell'occasione di questa prima nota, per ringraziare il prof. Massimo Donini per le costanti revisioni e i comprensivi suggerimenti durante l'elaborazione del testo. Ringrazio inoltre a Mariateresa Tassinari, Vico Valentini e Caterina Pongiluppi per la loro collaborazione davanti ai miei innumerevoli dubbi sulla scrittura del testo in italiano e per le correzioni delle bozze. Ugualmente offro i miei riconoscimenti a Diana Patricia Artas Holguín per aver fatto nascere in me, insieme a Gustavo López Roza (che ringrazio anche per essere stato il mio professore *ah onorem* di italiano prima della mia partenza), la curiosità per i temi post-coloniali e per essere sempre disposta a discutere con me gli argomenti e darmi sicurezza nell'assumere prospettive sconosciute, così come allo stesso modo l'ha fatto significativamente Paz Francés Lekunberri. Ringrazio finalmente, in anticipo, qualsiasi commento che può essere inviato a: [diana.restrepo.rodriguez@gmail.com](mailto:diana.restrepo.rodriguez@gmail.com).

<sup>(2)</sup> V. MONATERI Pier Giuseppe, *Il modello di Civil Law*, Giappichelli, Torino, 1997. Rinviamo fin d'ora, per una visione dei diversi sistemi giuridici, a LOSANO Mario G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, 2000, spec. pp. 175-255, per la situazione latinoamericana.

<sup>(3)</sup> Sulla filosofia politica del postcolonialismo, la cui origine si fa risalire alla Conferenza di Bandung del 1955, si veda, tra gli altri: YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolo-*

tesi e di consultare altre fonti al riguardo che gli permettano di meglio capire e criticare questo lavoro. Comunque, per evidenziare le idee che vogliamo introdurre al discorso penalistico, ribadiamo allora che "...il postcolonialismo assume come primo dato di fatto la situazione di subalternità e la posizione di subordinazione e di disparità economica che caratterizzano i rapporti delle nazioni dei tre continenti non occidentali (Africa, Asia, America Latina) con l'Europa e l'America del Nord" (4). In questo senso si parlerà di un concetto colonizzato di «bene giuridico», nel senso di «sottomesso» o «dipendente», con le particolarità che imprime un contesto post-coloniale (5).

A questo scopo di comparazione giuridica (6) tra la conoscenza giuridica del c.d. «Terzo Mondo» (7) e quella occidentale, a cui la prima viene in qualche forma legata, utilizzeremo come esempio il diritto penale colom-

---

*nialismo*, Meltelmi, Roma, 2005; SPIVAK Gayatri Chakravorty, *Critica della ragione postcoloniale. Verso una storia del presente in dissolvenza*, Meltelmi, Roma, 2004; LOOMBA Ania, *Colonialismo/Postcolonialismo*, Meltelmi, Roma, 2001; MELLINO Miguel (a cura di), *Post-orientalismo. Said e gli studi postcoloniali*, Meltelmi, Roma, 2009; ASHCROFT Bill, GRIFFITHS Gareth e TIFFIN Helen, *Post-Colonial Studies. The key concepts*, Routledge, 2000.

(4) YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 11.

(5) In questo senso, anche se facciamo diretto riferimento alle realtà che hanno vissuto una colonizzazione, non è tanto questo che ci interessa, ma le idee che tale contesto permette evidenziare in conseguenza delle sue più drammatiche condizioni, e che sono applicabili anche ad altre situazioni di dipendenza o sottomissione che con diverse sfumature si possono registrare addirittura all'interno dei diversi sistemi giuridici dell'UE (forse non sempre potendo usare il termine di "colonizzazione", che indica già una fortissima sottomissione). Ad ogni modo, le riflessioni che si faranno s'indirizzano, per limitare l'oggetto di studio, alla situazione colombiana sul bene giuridico, come esempio di molte altre realtà.

(6) Riguardo all'importanza e configurazione della comparazione come *metodo della dogmatica* v. DONINI Massimo, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, spec. pp. 27-32; ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 71-72.

(7) In riferimento a questa espressione, afferma YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 25: "Questo terzo mondo è il mondo postcoloniale. In origine, l'espressione "terzo mondo" fu coniata sul modello del terzo stato della Rivoluzione francese. Allora il mondo era diviso secondo i due principali sistemi politici, capitalismo e socialismo, e questi erano rispettivamente il "primo" e il "secondo" mondo. Il terzo mondo era formato da ciò che vi rimaneva: le nazione "non allineate", le nuove nazioni indipendenti, le ex colonie dei poteri imperiali". Con l'uso del termine, in questo testo, si vuole anche differenziare la situazione dei Paesi dove la colonizzazione fu vissuta come una forma di dominazione di territorio e popolazione, da quella dei Paesi dove invece c'è stato un fenomeno di occupazione del territorio con l'annichilimento delle popolazioni originarie e la stabilizzazione dei coloni, non tanto nel senso di uno sfruttamento, ma nel senso di una appropriazione, ossia della costruzione di una vita nei nuovi territori. Consideriamo questi i Paesi che alcuni chiamano le «Nuove Europe» (cfr. GIARDINA A., SABBATUCCI G. e VIDOTTO V., *Storia dal 1650 al 1900*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 81.), o le «colonie "bianche"» (cfr. BARRACLOUGH Geoffrey, *Guida alla storia contemporanea*, Laterza, 11 ed, Bari, 2009, pp. 77 ss), tra cui è paradigmatico il caso degli Stati Uniti di America.

biano, pur riconoscendo che esso (come d'altronde quelli dei diversi Paesi dell'UE) ha le sue particolarità nonostante presenti, allo stesso tempo, molti punti in comune con tutti i paesi che hanno vissuto una colonizzazione.

## 2. Uno sguardo allo sviluppo europeo del concetto di bene giuridico.

A ragione delle limitazioni di spazio proprie di un articolo di rivista, non potremo analizzare, nemmeno sommariamente, il concetto di bene giuridico all'interno del «diritto europeo continentale», ma solo richiamare alcuni dati: i precedenti della categoria nel diritto della Francia illuminista del Settecento<sup>(8)</sup>, la sua nascita normalmente attribuita a Johann Michael Franz Birnbaum nel 1834 all'interno della scienza giuridico penale tedesca<sup>(9)</sup>, i suoi variegati tratti nella scienza giuridica tedesca: dalla conce-

<sup>(8)</sup> Rimandiamo al riguardo a: LASCOUMES Pierre e PONCELA Pierrette, *Intérêts à protéger et classification des infractions. Autour du premier code pénal français de 1971*, in AA.VV., *Droit e intérêt : Droit positif, droit comparé e histoire du droit*, Publications des Fac. St. Louis, Bruxelles, 1990, (anche in: [http://books.google.fr/books?id=tNcBEC8RhowC&pg=PA55&hl=it&source=gbs\\_toc\\_r&cad=0\\_0](http://books.google.fr/books?id=tNcBEC8RhowC&pg=PA55&hl=it&source=gbs_toc_r&cad=0_0)), pp. 59 ss; RENOUT Harald, *Droit pénal général*, Paradigme, Orléans, 2004, pp. 7-11; PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Cujas, 14 ed, Paris, 2002, pp. 83-84; CADOPPI Alberto e VENEZIANI Paolo, *Elementi di diritto penale: parte generale*, Cedam, 3 ed, Padova, 2007, pp. 20-23; PRIETO SANCHÍS Luis, *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, in *Nuevo Foro Penal*, No. 65, Universidad EAFIT, Medellín, 2003, pp. 49-61, spec. p. 53. Cfr. ugualmente, GREGORI Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Cedam, Padova, 1978, p. 21, e anche gli artt. 5 e 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

<sup>(9)</sup> Sull'attribuzione a Birnbaum della fondazione del concetto di bene giuridico a partire della sua opera *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, v. tra gli altri: ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 79; MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, 5 edizione, Cedam, Padova, 2007, p. 192; ROXIN Claus, *Derecho Penal, parte general*, Civitas, Madrid, 1997, p. 55; GÜNTHER Klaus, *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?*, in *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 498; FERNÁNDEZ González D., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2004, pp. 15-17; BALCARCE Fabián I., *Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal*, in *Derecho penal* (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal>), anche in [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), p. 4. Invece, sulla discussione riguardante il bene giuridico come strumento limitativo o di espansione del diritto penale, v. in generale ROXIN Claus, *Derecho Penal*, cit., p. 55, il quale afferma che, comunque sia, oggi il concetto di bene giuridico ha assunto funzioni liberali e limitative. Tra gli autori che sostengono l'origine «espansiva della punibilità» del concetto di bene giuridico, v. BRICOLA Franco, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS Maurizio e PALOMBARINI Giovanni (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, p. 7; FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2009, p. 469; ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 22-23, nota 2; MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 192 ss; FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale: parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, pp. 7 ss;

zione giuspositivistica di Binding<sup>(10)</sup> (con la quale l'idea del bene giuridico si impose nella dottrina ma allo stesso tempo soffrì di uno svuotamento della sua capacità limitativa<sup>(11)</sup>) e quella parallela di v. Liszt (col libro *La teoria dello scopo nel diritto penale*, in cui viene ideato il “concetto materiale di bene giuridico”, che a sua volta fonda la c.d. anti-giuridicità materiale nell'offesa ad un bene giuridico<sup>(12)</sup>); tesi di speciale importanza nella recezione del concetto in studio in Spagna, e dunque anche in Colombia), nel periodo di fine Ottocento, alle odierne elaborazioni di Hassemer<sup>(13)</sup> o Roxin e all'abbandono del bene giuridico da parte di Jakobs (che assegna

---

STRATENWERTH Günther, *Derecho penal, parte general I: el hecho punible*, Thomson – Civitas – Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 55; DONINI Massimo, *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.VV., *Verso un cordice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza* CEDAM, PADOVA, 2002, p. 132; FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. XX; BALCARCE Fabián I., *Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal*, in *Derecho penal* (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=articulos>), anche in [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), p. 4. Nel senso che il criterio del bene giuridico, fin dalle sue origini, aveva una funzione limitativo-liberale collegata alla protezione dei diritti soggettivi, e con una suggestiva esposizione nella quale è rilevato che comunque, nella prassi, l'impostazione di Birnbaum, anche se informata di un'idea liberale, può essere stata usata come strumento della Restaurazione, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, PPU, Barcelona, 1991, *passim*, spec. pp. 8, 13, 30-33.

<sup>(10)</sup> MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 193; MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 26, nota 36. Cfr. AMELUNG Knut, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico, i Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pars, Madrid-Barcelona, 2007, p. 233; FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 19; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 44 ss, con una interessante spiegazione e critica alle tesi di Binding.

<sup>(11)</sup> STRATENWERTH Günter, *Derecho penal*, cit., p. 55; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 47; FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 19. V. anche FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione*, cit., pp. 470-471.

<sup>(12)</sup> Per un'esposizione di questa tesi e delle considerazioni della dottrina italiana al riguardo v., per tutti, NEPPI MODONA Guido, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 127-140; GREGORI Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 21 ss, 64-65. V. anche HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 49, che accenna all'influenza in v. Liszt della Scuola positivista italiana.

<sup>(13)</sup> Con la sua teoria personalista secondo cui tutti i beni, anche quelli collettivi, si devono funzionalizzare alla persona: HASSEMER Winfried, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, in *Doctrina penal*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 275-285; ID., *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 95-104. Riguardo alle impostazioni di questo autore FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale*, cit., p. 27; MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit. p. 21; FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 61.

al diritto penale la missione di proteggere non già beni giuridici ma la vigenza delle norme)<sup>(14)</sup>, passando per le concezioni del Novecento, tra cui quella di Welzel<sup>(15)</sup>.

Fondamentale sarà anche che il lettore abbia presente l'espansione del concetto di bene giuridico in Italia<sup>(16)</sup> e in Spagna<sup>(17)</sup> durante il Nove-

<sup>(14)</sup> Sono d'accordo con quanto afferma WITTIG Petra, *Teoría del bien jurídico, barm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 341-342, secondo cui il funzionalismo giuridico di Jakobs è un modello diverso dal tradizionale diritto penale, ossia incarna un diverso progetto sociale. In modo simile JESCHECK Hans Heinrich – WEIGEND Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, cit., pp. 350 ss. Sulle concezioni di Jakobs v. le sue numerose opere in tedesco, molte delle quali tradotte in spagnolo, tra cui: JAKOBS Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2 ed, Marcial Pons, Madrid, 1995, *passim*, spec. p. 45; ID., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in MONTEALEGRE LYNETT Eduardo (a cura di), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 41-56. V. ugualmente, al riguardo, SEHER Gerhard, *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 72.

<sup>(15)</sup> Ad es. v. WELZEL Hans, *Lo injusto de los delitos dolosos*, in *Facetas penales*, No. 52, Leyer, Bogotá, 2006, pp. 7-41, spec. p. 8. Cfr. FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 39-41; BALCARCE Fabián I., *Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico*, cit., p. 8; AMELUNG Knut, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 240-241. Secondo Welzel, la protezione da parte del diritto penale di beni giuridici particolari è un obiettivo indiretto che non si verifica in tutte le fattispecie, perché la tutela penale andrebbe indirizzata ai valori fondamentali di carattere etico-sociale. Tale concezione non la si può separare dal sistema finalista che l'Autore teorizza, e che intende come finalità del diritto la tutela di un minimo etico e dei fondamenti dell'istituzione sociale, in contrapposizione alle costruzioni teoriche prevalenti durante il regime nazista. La protezione mediata dei beni giuridici fa sì che essi vengano tutelati non già da ogni possibile lesione, ma solo da determinate modalità lesive secondo l'ordine sociale. Per Welzel la lesione dei beni giuridici indica solo il disvalore dell'evento, mentre il disvalore dell'atto è integrato dalla lesione della norma; ed è comunque quest'ultimo l'aspetto da lui privilegiato. Per tale ultima ragione, alcuni ritengono che Welzel accolga un concetto di diritto penale orientato all'atteggiamento interiore (*Gesinnungstrafrecht*), dove il ruolo assegnato al bene giuridico è di mera *quantità negligeable*. In tale senso v. per tutti BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 62-64.

<sup>(16)</sup> Nel diritto italiano è Arturo Rocco a introdurre il concetto di bene giuridico che diventerà predominante, per quanto sotto il nome di «oggetto del reato»: ROCCO Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca Editori, Milano-Torino-Roma, 1913, ove pure si utilizza l'espressione "bene giuridico", ad es. pp. 564-566. Sull'impostazione di Rocco v., tra gli altri, FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale: parte generale*, cit., pp. 9 ss.; MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 190-191; CANESTRARI Stefano, CORNACCHIA Luigi e DE SIMONE Giulio, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 205; FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione*, cit., p. 469.

<sup>(17)</sup> È probabile che in Spagna le prime nozioni sul bene giuridico siano arrivate dall'Italia, con l'opera di Rocco, visto che fino ad allora l'influenza della dottrina penale italiana

cento. Da allora, in questi Paesi tale nozione appartiene al linguaggio della scienza penale, a differenza di quanto avviene in Francia, dove il riferimento a una categoria simile è abbastanza scarso<sup>(18)</sup>. Infatti, la dogmatica penale francese sembra piuttosto indipendente dagli sviluppi dell'ormai da tempo dominante dottrina tedesca, e offre un esempio di sistema che, pur nell'ambito della tradizione del *civil law*, è meno versato alle astrazioni e più orientato alla soluzione dei casi.

Non è da dimenticare, peraltro, che già nel periodo tra le due Guerre mondiali è accertabile l'esistenza di un comune concetto di bene giuridico, con delle ovvie differenze, nei Paesi che assumiamo a paradigma del diritto europeo continentale, né sono da trascurare gli sviluppi che tale nozione subisce durante le esperienze totalitarie dell'Italia fascista (1922-1943<sup>(19)</sup>), della

---

prevalsa nella penisola iberica; sebbene il diritto italiano non abbia oggi il dominio che gli fu caratteristico nel corso dell'Ottocento, continua tuttora, almeno in Spagna, ad avere molta importanza (con un indice d'impatto superiore a quello della Germania), come lo rivela uno studio statistico di MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in *Política Criminal*, n. 5 [www.politicacriminal.cl/n\_05/a\_5\_5.pdf], 2008, p. 32). È solo nel secondo quarto del Novecento che vengono introdotti in Spagna gli apporti tedeschi sul bene giuridico, essendo la concezione di v. Liszt, che studia il bene giuridico nella categoria dell'antigiuridicità (materiale), quella che con più forza viene recepita in quel momento. L'influenza della dogmatica tedesca che, in tale periodo, è registrabile in Spagna (e che, in tema di bene giuridico, s'imporrà fino ad oggi), si deve soprattutto agli apporti degli allievi spagnoli di von Liszt: José Antón Oneca, Quintiliano Saldaña, Eugenio Cuello Calón e Luis Jiménez de Asúa. V. al riguardo l'opera alla quale si rinvia per la storia del diritto penale spagnolo dall'800: CEREZO MIR José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*, 6 ed, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 112-123 (Tomo I, pp. 99-105 dell'edizione del 2001); insieme alla monumentale e ormai classica opera di JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, *Tratado de Derecho penal*, nei suoi diversi volumi ed edizioni. Cfr., ugualmente, MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., pp. 1-35.

<sup>(18)</sup> In Francia, al di là della classificazione delle infrazioni a seconda dell'interesse protetto (risalente al codice penale del 1810 e ripresa dall'attuale codice penale del 1992 -in vigore dal 1994- salvo che per una nuova gerarchizzazione degli interessi) e al di là dell'uso di qualche idea simile al bene giuridico quando si analizzano situazioni come il concorso di reati o lo stato di necessità, non ci sono molti riferimenti. In questi casi, di solito, si ricorre alla denominazione di *intérêt protégé* (interesse protetto), alcune volte si allude al *valeur sociale*, oppure al *bien juridique* quando si fanno delle traduzioni in francese da altre lingue. Sull'argomento v. PONCELA Pierrette e LASCOURMES Pierre, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte?*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, pp. 13, 82 ss.; RENOUT Harald, *Droit pénal général*, cit., p. 13-16; MERLE Roger e VITU André, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7 ed, Cujas, Paris, 1997, pp. 158 ss; e PRADEL Jean, *Droit pénal général*, cit., pp. 105-118.

<sup>(19)</sup> Al riguardo GREGORI Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 67 ss.; DE CRISTOFARO Ernesto, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Giappichelli, Torino, 2008, cit., pp. 277-283, 308 ss, a cui rinviamo anche per i richiami bibliografici sulla materia. Bisogna anche dire che non tutto era "diritto fascista", anche se per forza era quello ad imporsi: nell'ancora vigente Codice Rocco, emanato sotto il regime fascista nel 1930, sono rilevabili al comma 2 dell'art. 49 i fondamenti legali della teo-

Germania nazista (1933-1945<sup>(20)</sup>), e della Spagna franchista (1939-1975<sup>(21)</sup>), e soprattutto quelli posteriori, tra i quali spicca quello che riteniamo essere uno degli apporti italiani più importanti alla materia, sebbene si tratti di una concezione che, pur essendone intimamente legata, non è identificabile con il concetto di bene giuridico: la costruzione teorica del principio di offensività<sup>(22)</sup>, come corollario del principio del *neminem laedere*<sup>(23)</sup>.

---

ria della necessaria lesività del reato (ulteriormente arricchita da fondamenti costituzionali. Al riguardo v. per tutti BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 75-80, 81-85; FIORE Carlo, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, pp. 15, 23, 162; NEPPI MODONA Guido, *Il reato impossibile*, cit., *passim*, spec. pp. 1-19, 72 ss.; NEPPI MODONA Guido e PELISSERO Marco, *La politica criminale durante il fascismo*, in *La criminalità, Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, Einaudi, 1997, pp. 759 ss. Inoltre, sul passaggio da queste esperienze totalitarie alle democrazie attuali, v., tra gli altri, in Italia DONINI Massimo, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia: appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato "mediante il diritto penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 39, n. 1, 2009, pp. 183-216, e in Spagna RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, *Mio fratello e mio nemico: la gestione della memoria storica nella legislazione penale franchista*, in *Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>(20)</sup> Dove si pone in essere una vera battaglia giuridica contro il concetto di bene giuridico. Sull'argomento v. GREGORI Giorgio, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 34-35; NEPPI MODONA Guido, *Il reato impossibile*, cit., p. 77, *passim*. Differenzia, sul punto, il diritto penale nazista da quello fascista CRISTOFARO Ernesto, *Codice della persecuzione*, cit., p. 308. Quanto al diritto positivo, il codice penale tedesco, durante il periodo nazista, non patisce significative riforme, tranne quella riguardante il principio *nulla poena sine lege* ex § 2 StGB, modificato per ammettere il ricorso all'analogia, come ricorda MAIWALD Manfred, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 14. Inoltre, la dogmatica tedesca visse in generale una trasformazione verso un diritto penale d'autore, con conseguente irrilevanza di qualsiasi riferimento alla lesione del bene o interesse tutelato: sul punto BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 26-36. Sul diritto penale nazista in generale, tra gli altri, DE CRISTOFARO Ernesto, *Codice della persecuzione*, pp. 284-326 e *passim*; MUÑOZ CONDE Francisco, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4 ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Per una breve panoramica del diritto penale durante il regime nazista, dalla prospettiva di un professore latinoamericano, cfr. l'intervista a Javier LLOBET RODRÍGUEZ, in: [http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/entrevista\\_rodriguez.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/entrevista_rodriguez.htm).

<sup>(21)</sup> Sulla normativa e la dottrina penale spagnole sotto il regime di Franco, che si uniformarono al diritto penale autoritario allora in voga in Europa, pur non ricadendo in un diritto penale d'autore come quello della Germania nazista, v. CEREZO MIR José, *Curso de derecho penal español, parte general*, I, 5 edizione, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 123-126, 128, 131-133; FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos, *Universidad y guerra civil. Lección inaugural curso académico 2009-2010*, Universidad de Huelva, Huelva, 2009, pp. 31-38.

<sup>(22)</sup> Su questo principio in particolare, per tutti, MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.; DONINI Massimo, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., pp. 109-149. A nostro avviso, la tradizione di teorizzazione dei principi che caratterizza la dottrina penale italiana è trascurata altrove nelle sue potenzialità, le quali vengono accennate da DONINI, *Ibid*, pp. 111, 123. Cfr. NEPPI MODONA Guido, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004; FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione*, cit., pp. 466-482.

<sup>(23)</sup> Cfr. MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 179-222; CA-

Tutta l'evoluzione del concetto di bene giuridico nell'ambito europeo deve essere chiara per comprendere le diverse prospettive che oggi si aprono al riguardo, tanto all'interno dell'attuale dibattito europeo-continentale, quanto nell'ambito del contesto latinoamericano, nel quale si ascrive la Colombia. In questa sede, però, ci limitiamo a richiamare solo alcuni essenziali apporti provenienti da Germania, Italia e Spagna, essendo questi, come si vedrà meglio più avanti, i tre Paesi dove hanno origine le concezioni sul bene giuridico che s'impongono alla scienza penale colombiana:

a) Per quanto attiene alla dottrina tedesca, occorre menzionare la già riferita tesi di Jakobs (e dei suoi seguaci) sulla pretesa protezione da parte del diritto penale non già dei beni giuridici, ma della vigenza delle norme; tale approccio ha riscosso un particolare successo in un settore della dottrina colombiana, a cui si accennerà. Ma è soprattutto importante, in generale, far presente il fatto che è maggioritaria la concezione del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici<sup>(24)</sup>, essendo identificabili al riguardo le tesi che assegnano al bene giuridico una "funzione immanente al sistema" o d'interpretazione e classificazione<sup>(25)</sup>, la quale è in genere accettata<sup>(26)</sup>, e quelli che gli assegnano una "funzione critica del sistema"<sup>(27)</sup>, che è invece l'impostazione più discussa, e la sola che permette di criticare le decisioni del legislatore quando stabilisce fattispecie che non tutelano un bene giuridico<sup>(28)</sup>. Tutto ciò senza negare che la discussione è sempre viva

---

NESTRARI Stefano, CORNACCHIA Luigi e DE SIMONE Giulio, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., pp. 204, 206.

<sup>(24)</sup> Come ad. es. si vede in HÖRNLE Tatjana, *La protección de sentimientos en el STGB*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 383, con ampie citazioni della dottrina tedesca contemporanea.

<sup>(25)</sup> V. al riguardo ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit., 1983, pp. 45-46, 49.

<sup>(26)</sup> Sulla accettazione nella maggioritaria dottrina tedesca e nella prassi, del bene giuridico (immanente al sistema) come ciò che protegge il diritto penale, e come criterio di interpretazione delle fattispecie, oltre alle letture già citate: GAEDE Karsten, *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., *passim*, spec. p. 267. Potrebbe concludersi che nella Germania d'oggi, come accennato da BRANDT Karsten et. alt., *Tercera sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 440, la maggioranza della dottrina accoglie il concetto di bene giuridico, ma accetta anche l'esistenza legittima di reati senza bene giuridico, insistendo sempre e comunque sulla necessità di precisare a quali condizioni.

<sup>(27)</sup> V. ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 47, 59-69.

<sup>(28)</sup> Su questo v. AMELUNG Knut, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, cit., *passim*, che dice che in crisi c'è solo quella concezione critica. Concordano VON HIRSCH Andrew e WOHLERS Wolfgang, *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 285 ss.



e che molte volte, come ad esempio accenna Seher<sup>(29)</sup>, dietro il dibattito sul bene giuridico si nasconde quello riguardante la portata legittima del diritto penale. Orbene, se come afferma Roxin (sostenitore della funzione di protezione di beni giuridici del diritto penale, e del bene giuridico non solo come criterio interpretativo, ma anche come guida politico criminale vincolata alla Costituzione)<sup>(30)</sup>, il bene giuridico è proprio la figura che permette di collegare dogmatica e politica criminale, ciò non è affatto strano<sup>(31)</sup>.

b) Ci interessa particolarmente, in virtù dell'influenza che sulle tesi colombiane eserciterà, l'indirizzo che assunse la dottrina italiana dagli anni 70 del XX secolo, quando si compie lo sviluppo -il cui processo era cominciato nel secondo dopoguerra con la Costituzione approvata il 22 dicembre 1947- della concezione del bene giuridico che potremmo chiamare attuale, la quale si oppone a gran parte dei postulati dell'indirizzo tecnico giuridico (più che alla sua metodologia e al legame col diritto positivo<sup>(32)</sup>), e che deve molto a Franco Bricola: si tratta del «bene giuridico costituzionalmente orientato o vincolato»<sup>(33)</sup>, come parte del «volto costituzionale dell'illecito penale»<sup>(34)</sup>.

<sup>(29)</sup> SEHER Gerhard, *La legitimación de normas penales basada en principios*, cit., p. 72.

<sup>(30)</sup> ROXIN Claus, *Derecho Penal*, cit., pp. 57-58, 63; ID., *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 443-444, 447.

<sup>(31)</sup> Questa virtù viene indicata anche da AMELUNG Knut, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*, cit., p. 232. Sull'attuale dibattito in Germania intorno al bene giuridico, v. per tutti l'interessante opera collettanea, varie volte citata, di HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit.

<sup>(32)</sup> Non si ricade mai nel giusnaturalismo, come osserva BRICOLA Franco, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 9, spec. nota 11, quando da conto della costante attenzione al diritto positivo da parte della dottrina italiana. Questo autore cataloga anche, a pp. 12-16, i tre principali indirizzi all'interno del tecnicismo giuridico: una concezione realista come quella di Antolisei, una concezione teleologica come quella di Bettiol, e una concezione finalista. Riguardo al ruolo dell'indirizzo tecnico-giuridico, e la sua continuità o meno nella materia, v. anche ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 140 ss.; MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 62. Cfr. FERRAJOLI Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 31-32.

<sup>(33)</sup> BRICOLA Franco, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 7-93. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 126, afferma essere l'Italia il luogo dove, con più intensità e ricchezza, fiorisce la discussione sul bene giuridico da una prospettiva costituzionale, aggiungendo: "Forse la ragione della preoccupazione di vincolare il diritto penale alla Costituzione risiede nel fatto che è ancora vigente il codice Rocco nel quadro di una Costituzione repubblicana avanzata". Allo stesso modo PRIETO SANCHÍS Luis, *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, cit., p. 67, nota 55, segnalando l'influenza dell'approccio italiano, e soprattutto dell'opera di Bricola, in Spagna.

<sup>(34)</sup> BRICOLA Franco, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 3-84, spec. p. 9. Cfr. ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 187. Riguardo alle condizioni che hanno reso possibile questa tesi italiana, v. DONINI Massimo, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza*

Bricola riesce a dare un volto garantista al bene giuridico, rilanciando la sua funzione di limite attraverso il vincolo costituzionale<sup>(35)</sup>. Secondo l'autore, la Costituzione ha un valore fondante e non rappresenta quindi solo un limite per il diritto penale; egli ammette che i beni protetti possono avere una rilevanza costituzionale anche solo implicita, ma "...in senso molto rigoroso e ristretto"<sup>(36)</sup>, affermando che il bene giuridico, per essere tale, deve possedere "afferrabilità"<sup>(37)</sup>. Questa è la visione positiva della teoria costituzionalmente orientata, la quale permette di reperire criteri guida per la scelta punitiva all'interno della Carta costituzionale (un *numerus clausus* dei possibili interessi tutelabili tramite il diritto penale); essa è senza dubbio, a nostro avviso, l'impostazione italiana più originale e compiuta dal punto di vista teorico<sup>(38)</sup>. Tuttavia, la teorica più diffusa in Italia, dall'entrata in funzionamento della Corte costituzionale nel 1956, è la concezione negativa, che vede nella Costituzione un mero limite per cui non può essere bene giuridico quello che è contrario alla Costituzione, ma potrà esserlo anche un interesse che da essa non venga riconosciuto<sup>(39)</sup>. Dopo gli anni '70 continua prevalentemente in Italia l'orientamento della «rilevanza costituzionale implicita del bene giuridico»<sup>(40)</sup>. Rammentiamo, com'è accennato da Donini, che le alter-

---

italiana, in *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 37-66, spec. pp. 40-41. V. anche ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. il capitolo terzo: *Il modello costituzionale d'illecito penale*, pp. 61-73; e ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, dattiloscritto della relazione svolta a Lima, alla Pontificia Universidad Católica del Perú, alle "Jornadas internacionales de Derecho penal", nei giorni 1-3 aprile 2009, in via di pubblicazione in *Ius/17*, e in spagnolo sotto il titolo *Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa*, in DONINI Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2010, dove descrive il *modelo forte* e quello *debole* che dell'orientamento costituzionalistico ci sono in Italia.

<sup>(35)</sup> Spiega e critica magistralmente la tesi degli obblighi costituzionali di tutela penale, BRICOLA Franco, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 9-19, 25 ss.

<sup>(36)</sup> Ibid., p. 28.

<sup>(37)</sup> Ibid., p. 30. Contro l'uso dell'espressione "afferrabilità", v. FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione*, cit., p. 474, che spiega come tale termine viene recepito da Bricola dalla dottrina tedesca, e che preferisce parlare di "concretezza dell'offesa".

<sup>(38)</sup> Per la segnalazione degli autori, con un ampio richiamo bibliografico, che in Italia sviluppano oggi una teoria che pur non appartenendo a un "modello forte" come quello originario di Bricola sviluppa tali idee, v. DONINI Massimo, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., p. 5, dove lo stesso autore s'incluse (per l'impostazione di Donini sul particolare, v. *infra* nota 101).

<sup>(39)</sup> Al riguardo DONINI Massimo, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 57; MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 42 ss, 72; MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 184-188.

<sup>(40)</sup> Secondo FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale: parte generale*, cit., pp. 12-13, il bene giuridico costituzionalmente orientato trova fondamento nei seguenti articoli della costituzione: 2, 3, 13, 25 comma 2, 27 comma 1 e 3. V. anche ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit.; DONINI Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam,

native al bene giuridico non presentano una “dogmatica” confrontabile con quella che tale concetto ha acquisito sino ad ora<sup>(41)</sup>, e che pertanto continua ad essere uno strumento importante per la razionalizzazione e controllo del penale<sup>(42)</sup>, anche se, nella dottrina penale italiana odierna, è piuttosto comune trovare l’approccio che, pur conservando l’idea della tutela di beni giuridici (con fondamento anche negli artt. 43 e 49 del codice penale), non sostiene la sua esclusività, anche se sia solo per riconoscere che di fatto esistono delle fattispecie non circoscrivibili in tale modello. D’altro canto, con riguardo alle categorie o almeno alla terminologia usata dalla dogmatica italiana, sebbene sia usuale il riferimento alla dottrina tedesca, le accezioni (parlando in termini di uso linguistico più che di vere e proprie impostazioni teoriche) del bene giuridico che con maggiore frequenza si ritrovano sono: a) Una funzione critica del bene giuridico, che viene anche identificata con un orientamento politico criminale, che guarda al bene giuridico come dato prepositivo o esterno all’ordinamento (con le variazioni della prospettiva costituzionalistica che rimane sempre all’interno dell’ordine giuridico) il quale permette di criticare la norma; tale accezione non trova molti riflessi nella prassi. b) Una funzione dogmatica<sup>(43)</sup>, nella quale si distinguono: i) una fun-

---

Padova, 1996, p. 120; MANTOVANI Ferrando, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 445-473.

<sup>(41)</sup> DONINI Massimo, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1549-1550: “Tuttavia, benché si parli da tempo di crisi del bene giuridico o della sua capacità selettiva e vincolante per una politica criminale razionale, non è stato ancora trovato un paradigma alternativo realmente capace di sostituirlo e di valorizzarne le molteplici, importanti funzioni. / Il bene giuridico è l’interesse personale e sociale (bene individuale, collettivo o istituzionale) che la condotta tipica lede o mette in pericolo come effetto conseguente alla condotta stessa, distinto perciò dal disvalore dell’inosservanza in sé considerata. Esso presenta una *prima valenza negativa*: serve ad escludere alcune tipologie di offese da una tutela penale legittima (§ 2); a ciò si aggiunge, poi, una *valenza positiva* che gli deriva non dal concetto di bene, ma da una serie di parametri e limiti, di rilevanza anche costituzionale, che danno al diritto penale del bene giuridico un volto in parte positivo (*infra*, § 9)”. Successivamente l’A. chiarisce la sua impostazione affermando, a p. 1550, che considera “...giuridicamente prevalente, anche se non esclusivo, il paradigma della tutela dei beni, perché forme di tutele alternative ad essa vanno riconosciute come *esistenti di fatto*, pur non meritando una valorizzazione che ne favorisca la generalizzazione”.

<sup>(42)</sup> V. per tutti DONINI Massimo, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., pp. 1552-1553. Già prima, ID., *Teoria del reato*, cit., p. 118, così come in *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., pp. 70-73, 115 ss. e *passim*.

<sup>(43)</sup> Concezioni di origine tedesca che si trovano alla base dell’opera di HASSEMER Winfried, *Theorie und Sociologie der Verbrechen: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Köln, 1980. Su questi concetti nella dottrina italiana, oltre che i diversi manuali, v. per tutti ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni*, cit. Cfr. MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 19 ss. Criticamente, sulla ricezione dei

zione interpretativa (che guarda alla fattispecie, al *bene giuridico oggetto della tutela*); ii) una funzione classificatoria o metodologica (dove si parla del *bene giuridico categoria*, il quale determina la classificazione dei reati all'interno del codice penale) che svolge una funzione interna all'ordinamento giuridico, di sistematizzazione, categorizzazione o classificazione, per cui viene considerata come una tesi formale. Sposando solo quest'ultima delle impostazioni, si finisce per identificare il bene giuridico con lo scopo della norma, che facilmente passa ad essere la mera violazione di doveri<sup>(44)</sup>. Infine, è sempre una costante, nel dibattito italiano, la necessità di precisare gli oggetti di tutela e meglio definire la «dannosità sociale» in chiave operativa<sup>(45)</sup>.

c) Dell'odierna dottrina spagnola sulla materia, per il momento, dobbiamo ricordare solo che è accettato prevalentemente che il diritto penale

---

concetti tedeschi nel diritto italiano, v. FERRAJOLI Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., *passim*, spec. pp. 20, 71, 86; oltre alle diverse opere di Donini citate prima.

<sup>(44)</sup> MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 25 ss.

<sup>(45)</sup> Al riguardo DONINI Massimo, *Teoria del reato*, cit., p. 119, nota 3. L'impostazione di questo autore rappresenta un interessante esempio delle teoriche sorte in Italia nei nostri giorni. Donini, infatti, ricordando che le norme possono avere forme liberali ma nel contempo avere contenuti illiberali, afferma che si deve abbracciare un concetto di bene giuridico in grado di offrire una dimensione più compiuta (in positivo) per ciò che riguarda il problema dell'oggetto e della tecnica di tutela penale. Afferma che già nel 1973, con la pubblicazione della *Teoria generale del reato* di Bricola, egli chiedeva un *numerus clausus* di beni giuridici; un criterio logico-formale e giuridico, e non politico, di selezione attraverso la Costituzione; ma né la Costituzione né la dottrina prevalente accolsero questo modello, che oggi rimane come "...espressione compiuta e «idealtipica» di un modello 'forte' della tutela penale, un crocevia per ogni dibattito successivo" (Ibid., p. 133). Secondo Donini, questo 'modello forte' è stato accolto soprattutto in chiave di tendenza politico-criminale (Ibid., pp. 135-136). Oggi Donini riprende tali argomentazioni: sostiene che l'approccio costituzionalistico presuppone un giudice che valuta moltissimo, ma che la magistratura italiana tende a un forte *self-restraint*, che può peccare di troppa timidezza. Egli avverte che la Consulta, per il principio di divisione dei poteri, ha limitato troppo, in materia di offensività, le sue possibilità di controllo delle scelte di criminalizzazione, sebbene siano stati fatti importanti progressi dagli anni cinquanta e sessanta. Rileva, dunque, la necessità di un potenziamento del controllo della Corte costituzionale sul legislatore e sulla magistratura penale, non senza chiarire l'importanza di apprestare precauzioni per evitare che la Corte faccia scelte politicamente troppo accentuate, "di parte" (ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., pp. 45, 65-68). In concreto, riconosce il problema di democrazia penale che un controllo illimitato solleva (ID., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., pp. 70, 79 ss.), e sostiene che "...l'eccesso di fiducia nei controlli giurisdizionali (di ogni tipo) non è solo pessimismo della ragione, è anche un sintomo di debolezza della democrazia, perché nasce da un sentimento negativo verso la politica" (ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 73). Propone, allora, che non si deleghi in bianco ai giudici, ma li si doti di regole perché il principio di offensività possa trovare applicazione (ID., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., *passim*, spec. pp. 94-99, 110; a p. 97 afferma). Sul punto v. anche ID., "Danno" e "offesa" nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., pp. 1592-1593, dove sostiene, che il campo degli illeciti minori può offrire spunti importanti per pensare a una rivitalizzazione della teoria del bene giuridico.

protegga beni giuridici<sup>(46)</sup>, e che l'intero dibattito è influenzato soprattutto dalla dottrina tedesca<sup>(47)</sup>. Ha speciale accoglienza la distinzione tra tesi di carattere immanente e di carattere trascendente al sistema, e l'idea di riferire il bene giuridico alla c.d. anti giuridicità materiale, la quale si accerterebbe verificando che, con la realizzazione della fattispecie, sia stato leso o messo in pericolo il bene giuridico protetto<sup>(48)</sup>. Occorre però ricordare che sono molto frequenti i riferimenti al legame del bene giuridico con la Costituzione, esigendo almeno un riconoscimento implicito dei beni protetti in essa<sup>(49)</sup>, così com'è importante la ricezione del principio di offensività italiano, comunemente conosciuto come il "*principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*" o "*principio de ofensividad o lesividad*", il quale è stato collegato dalla Corte costituzionale spagnola al principio di legalità<sup>(50)</sup>. Vogliamo porre in risalto il fatto che la dottrina spagnola svolge nel campo della concezione del bene giuridico in Colombia, a nostro avviso, una funzione di

<sup>(46)</sup> Così viene affermato, tra gli altri, da MUÑOZ CONDE Francisco e GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 7 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 59.

<sup>(47)</sup> Solo per citare un esempio di chi riconosce questa situazione: BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*, in *Cuadernos de política criminal*, Edersa, Madrid, 1997, pp. 595-652, p. 24 della versione elettronica in [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_33.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_33.pdf), afferma che a differenza di quanto successo con la dogmatica italiana, in Spagna la dottrina ha riprodotto -senza che siano una copia- le tendenze e modelli tedeschi in modo parallelo.

<sup>(48)</sup> Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 174; MUÑOZ CONDE Francisco e GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho penal, parte general*, cit., pp. 60-61; FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 37.

<sup>(49)</sup> Ne parlano GUARDIOLA GARCÍA Javier, *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 192 ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *Introducción al derecho penal*, cit., pp. 548 ss., il quale afferma che, in Spagna, seguono l'orientamento costituzionale del bene giuridico di Bricola: Carbonel Mateu, Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Álvarez García. Ma anche, ad. es., si vedano TERRADILLOS BASOCO Juan María, *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, in *Pena y Estado*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 9-22; ACALE SÁNCHEZ María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, *passim*, spec. pp. 179 ss; MUÑOZ CONDE Francisco, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, in AA. VV. *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001. Sul tema anche FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 53 ss, dove si afferma che, purtroppo, alcuni autori sostengono l'indirizzo che evince dalla Costituzione obblighi di penalizzazione, come ad es. Gómez Benitez, il quale considera la teoria del bene giuridico come una teoria sul processo di criminalizzazione.

<sup>(50)</sup> MORALES PRATS Fermín, *L'offensività nel diritto penale spagnolo*, in AA.VV. *Ver-so un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Cedam, Padova, 2002, da atto dell'utilizzo contraddittorio del criterio del bene giuridico da parte della Corte Costituzionale, sia per restringere che per ampliare l'intervento penale. Riguardo alla ricezione in Spagna del principio di offensività v. anche GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *Introducción al derecho penal*, 4 ed, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 538 ss.

mediazione, consistente nel recepire e “tradurre” (in senso ampio) le tesi tedesche e in minore misura quelle italiane, piuttosto che una funzione di elaborazione di “tesi autentiche”, che comunque in certa misura non mancano. Come si potrà desumere meglio più avanti, questo non è per niente dispregiativo, posto che questa particolare opera di prima “ibridazione” assume un valore significativo: l’enorme interesse prestato dalla dottrina spagnola a questo tema – come si evince da numerose monografie, da articoli e dall’obbligata menzione dei manuali – e il rigore che la caratterizza, hanno dato notevoli e originali apporti, soprattutto quando sono il risultato di una fusione tra il rigore dogmatico tedesco e il garantismo dei principi e i vincoli costituzionali del diritto italiano<sup>(51)</sup>. Di conseguenza, anche se molte impostazioni spagnole “obbediscono” all’imposizione di un Paese “dogmaticamente più forte” (senza intendere che sempre la forza sia qualcosa di positivo) come l’Italia o la Germania, tale “obbedienza” mostra come, a volte, il dover sposare assieme sistemi diversi dia luogo a soluzioni originali e sollevi profili problematici che dentro il sistema “esportatore” non si riescono a delineare, come intendiamo rivelare che succede, in modo ancora più evidente, nell’ambito del Terzo Mondo che tratteremo in seguito.

Come annunciato, dunque, di seguito parleremo dell’arrivo e dello sviluppo del concetto «europeo continentale» di bene giuridico nel diritto penale colombiano, rilevandone i contrasti (avvalendoci soprattutto della comparazione tra l’attuale dogmatica colombiana al riguardo, e l’indirizzo

---

<sup>(51)</sup> Rinviamo ad alcune opere sul bene giuridico di particolare importanza nell’ambito della dottrina spagnola, sebbene si tratti di professori sudamericani: BUSTOS RAMÍREZ Juan e HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Trotta, Madrid, 2006; ID., *Los bienes jurídicos colectivos*, in *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 159-160; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit. Altri autori, invece, hanno dato un grande contributo all’odierno dibattito sui beni giuridici collettivi o superindividuali: solo per ricordarne alcuni, si pensi al lavoro di SOTO NAVARRO Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003; oppure a quello di CORCOY BIDASOLO Mirenxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 209 ss.; SANTANA VEGA Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000. Esistono, riguardo ad aspetti particolari dei beni giuridici, variegati e numerosi studi spagnoli: sul tema dell’offesa di beni giuridici nei reati di mera attività ad es. v. ACALE SÁNCHEZ María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pp. 184 ss.; cfr. anche DíEZ RIPOLLÉS José Luis, *El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, in *Nuevo Foro Penal*, No. 60, Temis, Bogotá, 1999, pp. 115-133, spec. p. 129; e soprattutto: ID., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, il quale propone una teoria della legislazione fondata sul criterio del bene giuridico, affermando che è proprio la fase di creazione del diritto quella che offre più possibilità per realizzare il principio di protezione di beni giuridici.

costituzionalistico sviluppato dalla scienza penale italiana dove la prima s'inserisce), non senza prima riferirci a certi aspetti del diritto penale latinoamericano necessari per la corretta comprensione del contesto che determina l'approccio qui preteso.

### 3. *Il contesto latinoamericano.*

#### 3.1 *L'arrivo del «diritto europeo continentale» in un altro continente.*

Pensiamo che, per l'adeguata comprensione del concetto colonizzato di bene giuridico che si vuole esporre, sia necessario, seppur superficialmente, illustrare le condizioni nelle quali l'America centrale e del sud, come contesto in generale, e la Colombia in particolare, hanno sperimentato il loro inserimento nella tradizione del «diritto penale europeo continentale». In particolare, si accennerà alle influenze europee sul diritto dell'America Latina a partire dalla c.d. conquista, trascurando l'attività colonizzatrice portoghese e concentrandoci solo su quella che realizzarono gli spagnoli dal 1492.

Conviene avvertire che si pretende solo di offrire qualche elemento di comprensione, compito già difficile se teniamo conto del fatto che, come viene esposto nella prefazione del progetto "*Historia General de América Latina*" dell'UNESCO (<http://www.unesco.org/culture/latinamerica>), "le società latino-americane attuali si trovano vincolate organicamente ad un processo di popolazione dell'odierno territorio americano che data da 25.000 anni circa. Questo vincolo si esprime direttamente nelle società aborigene e, indirettamente, in tutte le società latinoamericane. Allo stesso tempo, il versante europeo della conformazione delle società latinoamericane, le vincola direttamente con le originarie radici del mondo mediterraneo e, specie, con il suo versante arabico, cui viene sommato in modo crescente l'apporto subsahariano".

Detto questo, cominciamo a parlare dell'arrivo del diritto europeo continentale in America Latina, occasionato inizialmente dalla Spagna quando, con la sua attività colonizzatrice di gran parte del continente americano, impose alle popolazioni originarie la sua cultura: la lingua, la religione, il sistema politico ed economico, e le sue leggi<sup>(52)</sup>, nonché la sua forza, legittimata anch'essa dalle norme, che fu implacabile con la popolazione arrivata come schiava dall'Africa. In questo processo, comunque, non fu assolutamente sconosciuto il diritto consuetudinario già esistente

---

<sup>(52)</sup> HURTADO POZO José, *Manual de derecho penal peruano*, Eddili, 2 ed., Lima, 1987, p. 53.

nell'America<sup>(53)</sup>, ma il suo riconoscimento, e addirittura la sua documentazione, non sono molto rilevanti.

Il modo attraverso il quale funzionavano queste leggi imposte era quello di un sistema eurocentrico diffuso, con l'applicazione delle norme della Spagna, particolarmente de: il codice di *Las Siete Partidas*, la *Ley de Toro*, l'*Ordenamiento de Alcalá de Henares*, i *Fueros Municipales y Reales*, e le *Ordenanzas Reales* nei XVI e XVII secoli, così come gli accordi contrattuali tra i partecipanti o i capi delle spedizioni (*las capitulaciones*) e le norme che regolavano l'amministrazione civile e militare e stabilivano i poteri corrispondenti agli "scopritori" e governanti (norme c.d. di *instrucciones*), e poi anche, in generale, le *Leyes de Indias* create per le colonie, la cui ricompilazione (contenente 6.377 leggi) data 1680<sup>(54)</sup>, così come le disposizioni delle *Audiencias*, dei viceré e dei governatori, e quelli di polizia dei *cabildos*<sup>(55)</sup>. Afferma Wolkmer che, per il buon esito degli interessi coloniali europei, in America Latina si dovette organizzare un sistema giuridico efficace, per cui, "Consequenzialmente, lo scenario storico della cultura giuridica come prodotto dell'attività umana e spazio legittimato per riflettere sulla giustizia, le norme di condotta e i valori giuridici essenziali, finì per prestarsi a legittimare le forme concettuali astratte, le manifestazioni istituzionali dissociate della prassi sociale e l'esaltazione erudita delle codificazioni importate dalle metropoli"<sup>(56)</sup>.

Insieme alle leggi, furono imposte le idee filosofiche e giuridiche che erano loro proprie. A quell'epoca, come accenna Hurtado Pozo, si seguivano in Spagna soprattutto gli insegnamenti della filosofia tomista delle Università di Salamanca e Alcalá, nonché una concezione retributiva espansionista nell'area penale<sup>(57)</sup>. Ad ogni modo, nelle terre americane s'imposero le impostazioni, più che dei giuristi spagnoli, di alcuni teologi-giuristi quali Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Domingo de Soto, che furono i promotori delle *Leyes de Indias*<sup>(58)</sup>, e successivamente, anche per gli sforzi di Bartolomé de Las Casas, delle leggi d'ispirazione

<sup>(53)</sup> Ne da atto HURTADO POZO, Ibid., pp. 51-53. V. inoltre ID., *La ley importada*, Ceadys, Lima, 1979 (anche in: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_02.pdf)), p. 9; v. anche ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal, parte general*, vol. I, Temis, Bogotá, 1969, pp.167-174.

<sup>(54)</sup> V. HURTADO POZO José, *Manual de derecho penal peruano*, cit., p. 53; e WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, Dattiloscritto presentato al seminario tenutosi presso l'Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia, il 16 aprile 2009, pp. 2-4.

<sup>(55)</sup> V. PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, p. 173.

<sup>(56)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 2.

<sup>(57)</sup> HURTADO POZO José, *Manual de derecho penal peruano*, cit., p. 54.

<sup>(58)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América La-*



umanista che cercavano di arrestare la devastazione dei conquistatori: le *Leyes de Burgos* (1512) e le *Leyes Nuevas* (1542)<sup>(59)</sup>. Ma esse non furono né efficaci né sufficienti per attenuare la violenza contro gli indigeni e alla fine, “Sotto i riflessi culturali di un tempo segnato dall’espansione marittima e la conquista sanguinaria, gli Stati iberici finirono per abbracciare e implementare la filosofia della Controriforma, così come la difesa della concezione del diritto naturale teleologico, disseminato dalla catechesi cattolica e dall’insegnamento dell’umanesimo idealista e astratto”<sup>(60)</sup>.

Questo era, dunque, il diritto imposto durante il periodo coloniale che, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, non cambiò sostanzialmente dopo l’indipendenza<sup>(61)</sup>, soprattutto nel senso che continuò ad essere un diritto estraneo alle tradizioni e alle concezioni dei popoli originari, alla realtà e ai bisogni delle nuove configurazioni sociali. Vedremo come tale situazione si stabilizzi, certamente con cambiamenti importanti e alcuni passi in avanti, fino ai giorni nostri.

Occorre ricordare che il processo d’Indipendenza dell’America Latina ha luogo nell’Ottocento, cominciando in Perù nel 1809, per concludersi nel 1898 con l’indipendenza delle colonie delle Filippine e Cuba<sup>(62)</sup>, dopo

---

tina, cit., p. 3. Cfr. PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, p. 169.

<sup>(59)</sup> HURTADO POZO José, *El indígena ante el derecho penal: caso peruano*, in *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, Ius Poenale, México, 2001, pp. 29-45 (anche in: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_05.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf) – citazioni corrispondenti a questa pagina web), p.1: “Il riconoscimento dello status di umani agli aborigeni non fu immediato né generale. Furono considerati, in principio, come animali o esseri senza anima; cioè come oggetti di diritto e non soggetti di diritto. La natura umana e razionale dell’indio fu proclamata solennemente da Paolo III, nella bolla *Sublimis Deus* [1537]. Malgrado questa dichiarazione, fu a loro riconosciuta nella legislazione solo una personalità giuridica ristretta. Furono considerati, soprattutto, come soggetti ad obblighi e i loro diritti furono disconosciuti o fortemente limitati. Furono percepiti come persone con capacità diminuite che, di conseguenza, avevano bisogno della tutela da parte di un terzo pienamente capace”.

<sup>(60)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 5.

<sup>(61)</sup> GARCÍA VITOR Enrique, *Culturas diversas y sistema penal*, in GARCÍA RAMÍREZ Sergio (a cura di), *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. I Derecho penal*, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, México DF, 2005, anche in: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1723>, p. 133, afferma radicalmente: “Le prospettive di studio da questo piano vengono accentuate nel processo di recezione della legislazione, ancora di più nella seconda metà del secolo scorso -per alcuni paesi nella prima-, dopo la separazione politica della corona spagnola, semplice cambio di padrone, di quel che per molto tempo ha continuato ad essere colonia”.

<sup>(62)</sup> Per un affresco del diritto penale cubano nella prima metà del Novecento, e delle sue particolarità rispetto agli altri paesi latinoamericani v. DE LA CRUZ OCHOA Ramón, *Las ideas penales en Cuba en la primera mitad del siglo XX (Relazione per il convegno “El siglo XX cubano en sus proyectos culturales 1902-1958”, tenutosi nel 2003)*, in *CALIBAN (Revista Cubana de pensamiento e historia)*: [www.revistacaliban.cu](http://www.revistacaliban.cu), n. 4, La Habana, 2009.

l'acquisto da parte degli Stati Uniti di Puerto Rico, e da parte della Germania delle isole *Las Marianas* e *Las Carolinas* (1889). Il contrasto presentatosi in questo secolo tra la vita nel Primo e nel Terzo Mondo (lo stesso che tra i diversi settori all'interno del secondo<sup>(63)</sup>) segnerà profondamente i loro rapporti<sup>(64)</sup>.

La colonizzazione lasciava una stratificazione sociale coincidente con la divisione razziale<sup>(65)</sup>: al vertice si trovavano i creoli (4 milioni e mezzo), in basso gli indigeni (oltre 8 milioni, dopo lo sterminio della prima fase della colonizzazione<sup>(66)</sup>), in mezzo i neri sradicati dalla loro terra originaria (4 milioni) e i meticci (6 milioni)<sup>(67)</sup>. Tale situazione spiega, in parte, perché non si istituì un'unione come quella del Nordamerica. Inoltre, il periodo coloniale lasciava la tradizione giuridica di cui si è parlato, e riguardo alla quale ci sia permessa adesso, per la sua chiarezza, questa lunga citazione di Wolkmer:

Analogamente alle preoccupazioni in difesa dello "scuro tropico americanista" di Alberdi, le idee giuridiche che dominarono gran parte del XIX secolo, in America La-

---

<sup>(63)</sup> Giacché, come afferma WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., pp. 9-10: "In verità, nella prassi, le istituzioni giuridiche sono caratterizzate da un controllo centralizzato e burocratico del potere ufficiale, da forme di democrazia escludente, da un sistema rappresentativo clientelare, da esperienze di partecipazione elitista e dalla mancanza storica delle grandi masse popolari. Insomma, i documenti e i testi legali elaborati in America Latina, in grande misura, sono stati l'espressione della volontà e dell'interesse di settori colonizzati delle élites dominanti, conformate e influenzate dai parametri della cultura moderna europea o anglo-nordamericana. Poche volte, nella storia della regione, le costituzioni e i codici positivi hanno riprodotto, rigorosamente, i bisogni dei loro segmenti sociali maggioritari, come le nazioni indigene, le popolazioni afro-americane, i molteplici movimenti urbani e i contadini agrari".

<sup>(64)</sup> Solo un esempio riportato da YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolonialismo*, cit., pp. 66-71: nel 1840, mentre a Parigi si godeva di una bella performance de *L'illusion comique* di Corneille, a 900 miglia, nel sud rurale di Algeri il generale francese Bugeaud sigillava dentro una caverna un gruppo di nativi per poi soffocarli con il fumo.

<sup>(65)</sup> Sull'inesistenza tra gli esseri umani della *razza* come criterio biologico, e il suo uso come strumento di dominazione, v. QUIJANO Anibal, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, in LANDER (a cura di), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, 2000, *passim*, spec. pp. 2 ss.

<sup>(66)</sup> Un esempio viene ripreso da LOSANO Mario G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 197: "...le condizioni di lavoro degli indios erano tali che queste forme di sfruttamento economico equivalevano alla loro eliminazione fisica: nel Potosì, essi erano circa ottantamila alla fine del Cinquecento [...], ma nel 1683 erano ridotti a poco più di diecimila. Nel Messico si passò da venticinque milioni di indios nel 1519 a poco più di mille nel 1605".

<sup>(67)</sup> GIARDINA A., SABBATUCCI G. e VIDOTTO V., *Storia dal 1650 al 1900*, cit., p. 348. Al riguardo, GARCÍA VITOR Enrique, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., pp. 147-148, sostiene: "La legislazione servì come mezzo per riaffermare il processo di colonizzazione e comportò la distruzione della cultura. Tutto ciò non cambiò col movimento indipendentista, in quanto esso significò solo un cambiamento di titolarità del dominio sulla popolazione indigena, che passò dalle mani spagnole alle mani creole, ugualmente razziste".

tina, si rivelarono poco creative, svincolate dalla prassi storico-sociale dei popoli nativi e delle società locali. Tale riproduzione della cultura erudita e moderna dell'eurocentrismo era costante tra gli avvocati, i professori di diritto e i dotti giuristi. Si ammira comunque, in questo scenario, dove il discorso ufficiale passava per certa "emancipazione sociale", la convivenza dell'eccletticità idealista e conservatrice, con tracce che fluttuavano tra varianti del diritto naturalista e del positivismo (francese, inglese), del romanticismo, dello scientismo, dell'"Illuminismo liberale" e del "tradizionalismo-storica". / Questa moderna colonizzazione e dipendenza della cultura giuridica latinoamericana di quell'epoca dal modello egemonico dell'eurocentrismo di matrice romano-germanica non fu realizzata soltanto nell'ambito generale delle "idee giuridiche", ma anche a livello delle costruzioni formali del controllo sociale, sia pubbliche che private. Questo è visibile nel processo di costituzionalizzazione degli Stati latinoamericani, che furono dottrinalmente segnati dalle dichiarazioni di diritti anglo-francese, dalle costituzioni liberale-borghese degli Stati Uniti (1787) e della Francia (1791 e 1793), e dalla innovatrice costituzione spagnola di Cadice (1812). Già la concretizzazione moderna della codificazione del diritto privato iberoamericano fu modellata nel complesso sull'ideologia individualista, romantica e patrimoniale della legislazione civile napoleonica (1804) e del codice privato germanico (1900). / Non risulterebbe eccessivo rammentare che, in America Latina, tanto la cultura giuridica imposta dalle metropoli durante tutto il periodo coloniale, quanto le istituzioni legali formate dopo il processo d'indipendenza (tribunali, codificazioni e operatori del diritto) derivano dalla tradizione legale europea, rappresentata dalle fonti classiche del diritto romano, germanico e canonico. In conseguenza, nella formazione della cultura giuridica latinoamericana post-indipendenza, si deve tener conto dell'eredità coloniale lusitano-ispánica e dei processi normativo-disciplinari provenienti dalla modernità dell'eurocentrismo capitalista, liberale-individualista e borghese<sup>(68)</sup>.

### 3.2. *Le cadenze temporali dell'influenza europea nel diritto penale latinoamericano.*

Mentre i diversi paesi latinoamericani raggiungevano l'indipendenza, e durante tutto l'Ottocento, la concezione che nel diritto penale ebbe maggiore influenza fu quella della scuola classica italiana<sup>(69)</sup>, tanto nella dottrina – soprattutto con le opere di Carmignani e Carrara (in specie dalla traduzione allo spagnolo della parte generale del *Programma del corso di diritto criminale* in Costa Rica nel 1859<sup>(70)</sup>) – quanto nella codificazione penale<sup>(71)</sup>.

<sup>(68)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., pp. 8-9.

<sup>(69)</sup> Tra gli altri, v. BUSTOS RAMÍREZ Juan e VALENZUELA BEJAS Manuel, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, Pédone, Paris, 1983, p. 9.

<sup>(70)</sup> LLOBET RODRÍGUEZ Javier, *Francesco Carrara y el Programa de Derecho Criminal*, in CEJA: *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (<http://www.cejamericas.org>), agosto 2005.

<sup>(71)</sup> Sull'ispirazione dei diversi codici penali latinoamericani dell'Ottocento, in specie

Con il cambio di secolo e per tutta la prima metà del Novecento, il primato è mantenuto dalle tesi della scuola positiva<sup>(72)</sup>, sempre nell'ambito della tradizione italiana con la mediazione spagnola, che ha giocato un ruolo importante anche per ragioni linguistiche<sup>(73)</sup>. Tuttavia, il positivismo in America Latina soffre un declino prima della metà del Novecento<sup>(74)</sup>.

La dogmatica tedesca acquista il suo potere, che non sparirà più fino ad oggi, nella seconda metà del XX secolo<sup>(75)</sup>, specie grazie all'opera di

---

quello dell'Uruguay ma non solo, e anche per i richiami bibliografici, cfr. BARBIERI Maria Cristina, *La "modernità" della scuola classica nella codificazione penale dell'America latina: il codice dell'Uruguay*, in PITARO Paolo (a cura di), *Scuola classica e codici penali latino-americani. Frammenti di una ricerca*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2008, pp. 13 ss.

<sup>(72)</sup> Al riguardo NEUMAN Elías, *El estudio de la criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas*, in EGUZKILORE (*Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*), n. 3 extraordinario, San Sebastián, 1990, pp. 269-286, spec. pp. 272-273, nonché le pp. 274 y ss., cui si rinvia per un affresco di quel che rimane del positivismo nei singoli istituti del diritto penale latinoamericano attuale.

<sup>(73)</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan e VALENZUELA BEJAS Manuel, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 9, affermano: "Non esiste, dunque, una scuola o teoria che abbia origine nell'America Latina. Però, si deve sottolineare che, negli anni trenta e quaranta, uno stesso orientamento di politica criminale è apparso in quasi tutti i Paesi, e ha umanizzato molto il diritto penale, avvicinandolo alla realtà sociale. Non basta più ricevere quel che viene dall'Europa; si cerca di fare una scelta tra le costruzioni teoriche, di ridurre i loro assolutismi, e si cerca soprattutto di adattare i postulati alla realtà latinoamericana. Il codice penale uruguayano di Irujeta e Goyena ne è un esempio celebre". V. anche MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in *Política Criminal*, n. 5 [[www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf)], 2008, pp. 1-35. A p. 2 si sostiene che la dottrina italiana era molto influente fino al XX secolo, e che nei primi anni del secondo dopoguerra era molto più influente in Spagna [e dunque in latinoamerica] di quella tedesca. Cfr. la replica a quest'articolo: WEEZEL Alex van, *Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus*, in *Política Criminal*, n. 6, [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/d\\_2\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf)] 2008, pp. 1-5; e la risposta di MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A. v. Weezel*, in *Política Criminal*, n. 7, [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/d\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_1_7.pdf)], pp. 1-5.

<sup>(74)</sup> MATUS ACUÑA Jean Pierre, *El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, in *Revista de derecho*, vol. XX, n. 1, Valdivia, 2007, pp. 189-190, che afferma come una delle cause del declino del positivismo in questo continente sia la mancanza di un'indagine autonoma, necessaria per ogni scienza. Rinviamo altresì a questo testo di Matus, pp. 175-203, per uno studio dell'arrivo del positivismo in Cile e della sua influenza in alcune istituzioni del diritto penale cileno odierno. Analogamente, sul positivismo nella dottrina Argentina della prima metà del Novecento e nelle leggi anche odierne, con particolare riferimento alle basi epistemologiche, oggi non più accettate, del positivismo (lombrosiano), v. DA RE Verónica e MACERI Sandra, *La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal (Segunda parte)*, in *Límite*, vol. III, n. 18, Tarapacá, 2008, pp. 91-108, spec. 101-104. Sul positivismo criminologico a Cuba, che ivi arriva a metà Ottocento e si impone nel Novecento, sottolineando il valore umanizzante che ebbe all'epoca, v. per tutti DE LA CRUZ OCHOA Ramón, *Las ideas penales en Cuba en la primera mitad del siglo XX*, cit., pp. 16 ss.

<sup>(75)</sup> Afferma NEUMAN Elías, *El estudio de la criminología en Latinoamérica...*, cit., p.

diffusione di Jiménez de Asúa e alla traduzione dal tedesco allo spagnolo dei trattati di Liszt, Merkel, Beling, Mezger e Maurach negli anni sessanta e settanta del Novecento. Questa influenza, come abbiamo visto, fu importante soprattutto, ma non solo, per la Spagna e, di conseguenza, per l'America Latina, dove "...nell'attualità più del 35% dei riferimenti degli autori iberoamericani corrispondono a autori tedeschi"<sup>(76)</sup>. Il processo di posizionamento dominante della dottrina tedesca ebbe riflessi nell'elaborazione del *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, che inizia nel novembre 1963, e in merito al quale sono chiarificatrici le seguenti parole di Bustos: "Da tempo l'opera di Luis Jiménez de Asúa e il suo peregrinare accademico per Latinoamérica erano riusciti ad arrestare l'influenza del positivismo naturalista e imponevano, ogni volta con più forza, e soprattutto nelle nuove generazioni, l'indirizzo dogmatico d'origine tedesca. Il Codice Penale Tipo per il Latinoamerica costituisce il culmine di questa fase e sigilla una volta per sempre, nelle riunioni della Commissione Redattrice, il predominio totale di tale orientamento"<sup>(77)</sup>. L'autore afferma successivamente che "La reazione di fronte al positivismo naturalista portò ad una impostazione dogmatica radicale che non lasciò spazio alla politica criminale, motivo per il quale rimasero nel vuoto le intenzioni iniziali della Commissione Redattrice di stabilire le realtà sociali e culturali dei diversi Paesi latinoamericani e, conformemente ad esso, mettere in opera una revisione della legislazione vigente"<sup>(78)</sup>.

Del resto, importa insistere sul fatto che l'influenza delle leggi e della dottrina spagnola non ha mai cessato<sup>(79)</sup>, e che nell'ambito latinoamericano coincidono in modo significativo, anche se non assoluto, i momenti

---

281: "Gli allievi di diritto penale nei Paesi Latinoamericani sono (e siamo stati) colonizzati mentalmente dalla dogmatica penale tedesca. La trasmissione di quel sapere e potere li trasforma in "germanopatici", capaci di imparare la lingua di Gohete per leggere i maestri dall'originale, perché sempre ci sono delle parole di assai difficile traduzione. Questo tipo di conoscenze fa smarrire la realtà sociale dei nostri Paesi periferici, perché tali conoscenze non sono a essi applicabili. E sebbene vengano recepite dalla legge alcune di queste concezioni innestate o importate, mai le accuse e le sentenze della giurisdizione penale riprendono né un apice, né un capoverso di tanta dogmatica. Dall'altro, i problemi giuridici e le realtà che li informano sono del tutto peculiari nei nostri Paesi e le risposte e soluzioni a tali problemi devono essere nostre. / Quando, più tardi, il già giovane avvocato deve andare in questura o in carcere, appena avverte che non ha imparato niente sulla realtà concreta in quell'addestramento acritico al quale è stato sottoposto per tanti anni. Da lì la sua mortificazione".

<sup>(76)</sup> MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., p. 2.

<sup>(77)</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 56, Temis, Medellín, p. 157.

<sup>(78)</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>(79)</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan e VALENZUELA BEJAS Manuel, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 14.

di maggiore influenza della dottrina italiana e di quella tedesca con i periodi in cui esse predominarono nella scienza giuridica spagnola.

### 3.3. *Disuguaglianza nei rapporti delle "scienze giuridiche"*.

Orbene, anche se è molto importante che sia chiaro da dove provengono le tesi con cui lavora la scienza giuridica latinoamericana per approssimare il tema del bene giuridico in Colombia, è necessario considerare i rapporti tra i Paesi del centro e quelli della periferia<sup>(80)</sup>, in qualche modo pure in termini accademici, che al riguardo si stabiliscono, e che non rispondono a "ragioni intellettuali" separate dalle "ragioni del potere" economico, politico etc. Tali si rivelano non equi, soprattutto a partire dalla rivoluzione industriale, quando le differenze tra le parti sviluppate e quelle sottosviluppate crescono<sup>(81)</sup>.

Tuttavia, queste relazioni vedono un "nuovo orizzonte", pur sempre problematico, nella prima metà del Novecento, con i cambiamenti demografici<sup>(82)</sup> e con iniziative come quella del 1955, quando ha luogo la Conferenza di Bandung, cui si è già fatto riferimento, che segna la nascita di un nuovo tempo di importanti sfide anche, e soprattutto, in virtù di due fattori: "il primo [fattore fu] [...] l'assimilazione di idee, di tecniche, di istituzioni occidentali, da potersi ritorcere contro le potenze occupanti, avvenne in modo tale che superò quasi tutte le previsioni europee. Il secondo fattore fu la vitalità e la capacità di rinnovamento dimostrata da certe società

---

<sup>(80)</sup> Si allude alla dualità "centro-periferia" nel senso generale che di solito viene ad essa assegnato (senza con questo intendere di seguire o meno le teorie sottostanti) soprattutto dal suo utilizzo da parte della CEPAL (Commissione Economica per l'America Latina e i Caraibi delle Nazioni Unite), con gli studi principalmente di FURTADO Celso, *Teoria dello sviluppo economico*, Laterza, Roma-Bari, 1972 e PREBISCH Raúl, *Capitalismo periférico: crisis y transformación*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1981, per menzionare solo alcune pubblicazioni; ma anche, tra gli altri, v. AMIN Samir, *Lo sviluppo ineguale. Saggio sulle formazioni sociali del capitalismo periferico*, Einaudi, Torino, 1973. Concetti molto sviluppati su scala globale anche nel modello del "sistema-mondiale" di WALLERSTEIN Immanuel, (sviluppato ad esempio in: *The Modern World-System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, Academic Press, New York, 1976); e nelle teorie di ARRIGHI Giovanni, (espresse ad esempio in: *La geometria dell'imperialismo*, Feltrinelli, Milano, 1978).

<sup>(81)</sup> BARRACLOUGH Geoffrey, *Guida alla storia contemporanea*, cit., p. 57: "...la rivoluzione industriale aveva creato enormi differenze tra le parti sviluppate e quelle non sviluppate (o, come diciamo oggi, sottosviluppate) del mondo e le migliorate comunicazioni, le innovazioni tecniche e le nuove forme d'organizzazione commerciale avevano aumentato smisuratamente le possibilità di sfruttare i territori sottosviluppati".

<sup>(82)</sup> Ibid., p. 88, dove si osserva che in America centrale e meridionale questi cambiamenti erano caratterizzati da un incremento enorme della popolazione, che già nel 1960 oltrepassava quella nordamericana di sette milioni.

troppo affrettatamente liquidate dagli europei con l'appellativo di stagnanti, decrepite e moribonde" (83).

La disuguaglianza nei rapporti a livello socioeconomico si riflette anche nel piano "scientifico" (come lo fanno anche le nuove sfide) e può aiutare a spiegare perché quando vengono recepite, con minore o maggiore grado di libertà, le norme e la dottrina straniera, lo si fa di solito senza un'analisi e un adeguamento alle diverse realtà (84), e con l'assenza di una vera e propria reciprocità, tantomeno quando questa "importazione" avviene nei Paesi che si trovano in una situazione post-coloniale.

Anche se all'interno dell'UE i casi possono essere pochi e bisognerebbe approfondirne la ricerca per determinare quando e in che misura l'importazione di un concetto sia "quello", e quando si tratti invece di un vero e proprio concetto colonizzato (nel senso di imposto senza considerare le particolarità e i bisogni del contesto dove vi è trasferito), possiamo comunque osservare la mancanza di reciprocità nel dialogo scientifico tra i giuristi dei diversi Paesi. Come esempio ci riferiamo al fatto che Seher, in un suo articolo sul bene giuridico che è stato citato in questo testo, dopo aver parlato dell'inesistenza nella discussione angloamericana di un concetto sinonimo a quello del bene giuridico, afferma addirittura che: "Ciò può affermarsi -a quanto so- di tutti i paesi non germanofoni. La nozione di «bene giuridico» è un'idea propriamente tedesca" (85). E anche Jareborg sembra esprimersi in termini simili, quando afferma che "Il concetto tedesco di bene giuridico è un puro fenomeno tedesco che non è «esportabile»" (86). Chissà se l'autore ha ragione, in qualche misura, sul piano del dover essere, e non saremmo certo noi a pronunciarci al

(83) Ibid., p. 164. Questi fattori sono identificati da Barraclough a partire del caso africano.

(84) Al riguardo, ad. es., MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., *passim*; SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano*, in *Critica del diritto*, 2009, *passim*; con riferimento alla situazione globale dell'internazionalizzazione e ampi richiami bibliografici v. ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia, *A propósito de la discusión sobre el derecho penal moderno y la sociedad del riesgo*, in *Cuadernos de investigación*, n. 42, Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, 2006 (anche in: <http://www.eafit.edu.co/EafitCn/Investigacion/Cuadernos/Cuadernos>), pp. 16, 23-27; per l'analisi di questa situazione con riguardo al reato di riciclaggio, ID., *Lavado de activos y "modernización" del derecho penal: el caso colombiano*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 70, EAFIT, Medellín, 2006, pp. 168-218.

(85) SEHER Gerhard, *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 78, nota 34.

(86) Così è affermato da BRANDT Karsten et alt., *Tercera sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico*, in HEFENDEHL Roland (a cura di), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 434, perché l'intervento di Jareborg non è incluso nell'opera.

riguardo; di sicuro, però, Jareborg non ha ragione sul piano dell'essere, perché tale concetto si è esteso dentro e fuori l'Europa<sup>(87)</sup>.

D'altronde, come esempio concernente i Paesi del Terzo Mondo, ricorriamo di nuovo allo studio statistico, davvero rivelatore, del Professore cileno Jean Pierre Matus che, analizzando i testi tradotti e la quantità di citazioni per scoprire l'influenza reciproca tra le dottrine latinoamericane e quella tedesca, conclude che "...nella seconda metà del XX secolo e agli inizi dell'attuale, la dottrina iberoamericana non ha avuto nessun impatto in quella tedesca, la quale, semmai si preoccupa della dottrina straniera, lo fa preferibilmente di quella in lingua inglese, e in modo insignificante di quella di alcuni altri Paesi europei. L'indice di auto-riferimento, misurato come la quantità di citazioni di autori tedeschi sul totale, è in questo campione molto indicativo dell'interesse della dottrina tedesca per quel che capita altrove: 0,89 (=239/266). Cioè, in pratica il 90% di tutta la letteratura che utilizzarono gli autori tedeschi in questo periodo è soltanto letteratura tedesca, mentre, di quella straniera, quasi tutto il restante 10% corrisponde alla dottrina in lingua inglese"<sup>(88)</sup>.

L'autore, all'interno di un altro scritto al riguardo, afferma: "...mentre noi citiamo "disciplinatamente" i tedeschi, loro, con la stessa "disciplina", ci ignorano. [...] ...la tendenza nella dottrina ispanofona a ricorrere al diritto comparato per porre fondamento alle proprie proposte normative, non è in nessun caso nuova: prima del 1970 si ricorreva con la stessa "disciplina" agli apporti degli studiosi italiani del diritto penale. Questo sembra confermare l'ipotesi del carattere "cosmopolita" che alla dottrina ispanica viene assegnato da Fletcher, in contrasto con il "provincialismo" delle culture tedesche e nordamericane, il quale, rispetto alla Germania, è riconosciuto dallo stesso Roxin..."<sup>(89)</sup>.

Adirittura, le analisi di una relazione del 2004 dell'*InterAcademy Council* (IAC)<sup>(90)</sup>, permettono a Matus di affermare che "lo scambio acca-

<sup>(87)</sup> DONINI Massimo, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., p. 128, sottolinea questa situazione di ignoranza degli apporti italiani da parte della dottrina tedesca, anche riguardo a temi, come questi, molto sviluppati in Italia, e partendo da tale considerazione, insieme ad altre, l'Autore afferma – p. 129 –, a nostro avviso a ragione, che la dogmatica, tranne che per un minimo comune linguistico, ci divide.

<sup>(88)</sup> MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., p. 31.

<sup>(89)</sup> MATUS ACUÑA Jean Pierre, *¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A. v. Weezel*, cit. pp. 1-2. Sulla non reciprocità della letteratura tedesca, e al cospetto della tradizione di diritto comparato in Italia, v. DONINI Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 28.

<sup>(90)</sup> Inter Academy Council REPORT: *The urgency to promote worldwide science and technology capacity*, 2004, p. 23, disponibile in: <http://www.interacademycouncil.net/Object.File/Master/6/731/Chapter%201.pdf>, richiamato da MATUS ACUÑA Jean Pierre, *Por*



demico” tra il mondo sviluppato e quello sottosviluppato implica rapporti di tale disuguaglianza, che anche i migliori cervelli dei Paesi più poveri finiscono per lavorare agli ordini e in beneficio dei Paesi con più potere.

Al di là (ma senza volerli trascurare) dei problemi politici e sociali che questo implica, ci sono anche seri problemi per la scienza giuridica penale nel complesso. Questo è palese se siamo coscienti della situazione che è stata appena esposta, e accettiamo le argomentazioni di Donini<sup>(91)</sup>, secondo cui una scienza non può essere solo nazionale, e questo vale per la scienza penale, dove oggi s’impone a tutti un’apertura internazionale e comparata, che è cosa ben diversa dall’assimilazione, e che inizia con l’utilizzare la comparazione stessa come un “metodo di confronto e dialogo discorsivo”, e “requisito di scientificità della stessa scienza penale dogmatica”, dove il lavoro in gruppo appare indispensabile.

Quanto visto serva, allora, per affrontare in seguito l’approccio al concetto di bene giuridico in Colombia.

#### 4. *Il caso colombiano.*

In Colombia, nel cui territorio all’arrivo degli spagnoli all’*Abya-Yala*<sup>(92)</sup> abitavano tra i 3 e i 4 milioni di persone che diverranno a fine Settecento solamente 130.000 circa (escludendo quelli dell’Orinocchia e l’Amazzonia, di cui non si hanno i dati)<sup>(93)</sup>, l’indipendenza, non già solo di quella minoranza delle popolazioni originarie ma della società formata da esse, gli afrodiscendenti, i meticci e in generale tutti quelli che avevano ormai in quel territorio la loro “casa”<sup>(94)</sup>, fu raggiunta – come dichiara-

---

*qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., p. 26, nota 81, che espone la situazione nei termini qui riportati. A p. 22 di questo resoconto della IAC, si afferma che “circa l’80 per cento della popolazione dell’umanità è privata dell’opportunità di contribuire alla conoscenza...” L’IAC ([www.interacademycouncil.net](http://www.interacademycouncil.net)) è una organizzazione multinazionale con sede ad Amsterdam, creata nel 2000.

<sup>(91)</sup> Ci riferiamo alle tesi esposte dall’autore in DONINI Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, cit., pp. 27-32, alle quali rimandiamo.

<sup>(92)</sup> Era così (il termine significa “terra in fiore”, o “terra in piena maturità”, o “terra viva”) che gli indigeni delle etnie Kunas chiamavano tutto il continente oggi conosciuto come America; tale termine, oggi, viene usato da molti come parte delle rivendicazioni dei movimenti indigeni, da quando il capo aymarà Takir Mamani, suggerì a tutti gli indigeni di inserirlo nei documenti e nelle dichiarazioni.

<sup>(93)</sup> JARAMILLO URIBE Jaime, *Etapas y sentido de la historia de Colombia*, in AA. VV., *Colombia hoy*, Banco de la República, Bogotá, 2001 (anche in <http://www.lablaa.org/blaa-virtual/historia/colhoy/indice.htm> – citazioni della versione digitale), p. 16.

<sup>(94)</sup> Casa in senso metaforico, come *bogar*, perché tra tutte quelle persone, allora come oggi, molte non possedevano nessuna casa, ed altre avevano interessi economici e proprietà

zione – il 20 luglio 1810, ma continuarono le guerre d'indipendenza nella regione fino – almeno emblematicamente – alla Battaglia di Boyacá il 7 agosto 1819, dopo la quale ebbe luogo la dichiarazione del *Congreso de Angostura* che istituiva la *Gran Colombia*, la quale includeva inizialmente quelli che oggi sono la Colombia, il Panama (facente parte della Colombia fino al 1904) e il Venezuela, e che incorporò nel 1826 l'odierno Ecuador. Nel 1821, a Cúcuta, queste attuali nazioni creano la loro prima Costituzione<sup>(95)</sup>. Verso il 1830 comincia la dissoluzione della *Gran Colombia*, in un processo che si consolida nel 1833.

Quanto ai diversi sentieri che il diritto penale colombiano ha percorso dopo l'indipendenza (del "Paese", non così delle idee<sup>(96)</sup>) e la sua configurazione come la nazione che è ancora oggi, esso non è stato estraneo alle correnti che si menzionarono per l'America Latina né, tranne che per le particolarità del suo conflitto armato interno<sup>(97)</sup>, alle condizioni sociali

---

che superavano di molto la portata di questa parola. JARAMILLO URIBE Jaime, *Etapas y sentido de la historia de Colombia*, cit., p. 20, ci informa che giuridicamente la classificazione e denominazione degli abitanti, così come le loro proporzioni alla fine del Settecento, erano, in ordine dalla maggiore alla minore valutazione che se ne faceva: Bianchi (spagnoli e creoli: 32.70%), Liberi (meticci: 45.71 %), Indigeni (16.19%) e Schiavi (5.28%).

<sup>(95)</sup> Sebbene prima ci fossero alcune costituzioni di carattere regionale. Per alcuni esempi v. PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, pp. 187 ss.

<sup>(96)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 11, afferma che oggi si continuano a riprodurre i modelli di conoscenza e interpretazione della modernità dell'eurocentrismo: "Tali tradizioni teoriche sono incorporate e adattate alle necessità di legittimazione della giustizia e del controllo sociale nelle società locali del continente, perpetuando nuove forme di colonialismo nella produzione del sapere". Un po' come la *mental slavery* di cui parla Bob Marley nella sua *redemption song*. D'altronde, la parola Paese si pone tra virgolette in ragione di quanto sostiene WOLKMER, p. 6: "Naturalmente, l'indipendenza delle colonie nell'America Latina non rappresentò, agli inizi del XIX secolo, un cambiamento totale e definitivo con la Spagna e il Portogallo, ma soltanto una riforma, senza una rottura significativa nell'ordine sociale, economico e politico".

<sup>(97)</sup> Sul contesto Latinoamericano, ma oggi il discorso vale particolarmente per la situazione colombiana, diceva BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit., p. 165: "...in Latinoamérica si deve lottare contro la messa in pratica di sanzioni parastatali che danno luogo a una doppia etica. Da un lato, costituzioni politiche nelle quali si riprendono tutte le dichiarazioni di diritti umani, e dall'altra un'organizzazione di fatto, diretta o aiutata dallo Stato, che viola tutti questi diritti. Come denunciato da tutti gli organismi internazionali, la tortura, il *desaparecimiento* forzato di persone [la "sparizione" come tipo particolare di rapimento e omicidio], le esecuzioni sommarie -per citare le trasgressioni più gravi-, sono frequenti in molti dei nostri paesi. È questo uno dei primi e urgenti problemi che deve affrontare una politica criminale democratica, con l'obiettivo di garantire che ciò non succeda o non accada di nuovo. Però non solo nell'ambito parastatale ci sono gravi trasgressioni del principio d'"indennità personale", ma anche nell'ambito delle sanzioni propriamente statali". In Colombia tale fatto è così palese, che la stessa Corte costituzionale ha dichiarato, con sentenza T-153 del 28 aprile 1998 della Sala Terza di Revisione, relatore Eduardo Cifuentes Muñoz, *el estado de cosas inconstitucional* (lo stato di co-

che, come espresso da Wolkmer, fanno sì che “Descrivere lo scenario contemporaneo della cultura giuridica in America Latina significa avere coscienza della costruzione di una cultura politico-legale costituita a partire dalla logica della colonizzazione, dello sfruttamento e della esclusione dei molteplici segmenti sociali. Si tratta della storicità segnata dalla imposizione di privilegi, dalla mancanza di giustizia, dall'emarginazione e dalla negazione dei diritti delle sociabilità [in originale: *sociabilidades*], come i movimenti indigeni, neri, contadini e popolari”<sup>(98)</sup>. Porremo in rilievo, dunque, solo alcune delle peculiarità del diritto penale colombiano, per poi incentrarci sulla “recezione” del concetto di bene giuridico.

#### 4.1. *Cenni di un frammento del diritto penale in Colombia.*

Le prime leggi penali della Colombia furono fino al 1837 quelle spagnole, sebbene fossero state attivate alcune riforme, come l'abolizione

---

se incostituzionale) delle carceri colombiane; cioè, la strutturale e permanente lesione dei diritti fondamentali al loro interno.

<sup>(98)</sup> WOLKMER Antonio Carlos, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 10. Inoltre, ci sia permesso indicare un paio di dati attuali che evidenziano alcune particolarità della realtà latinoamericana: secondo il *Programa Mundial de Alimentos delle Nazioni Unite* (www.wfp.org – 2009), in America Latina la denutrizione raggiunge 52 milioni di persone circa su 550 milioni di abitanti. In Colombia (dati del 2005 presi da: www.colombianutrinet.org – pagina consultata ad aprile 2010), il 40.8% delle famiglie vive in una situazione di insicurezza alimentare: si tratta di una insicurezza lieve nel 26.1% dei casi, moderata nell'11.2%, e grave nel 3.6%. Secondo l'ultima relazione “*Panorama social de América Latina 2002-2003*” (CEPAL – www.eclac.org), la percentuale di persone che nel 2002 vivevano in situazione di povertà era il 43% circa. Si parla cioè di 224 milioni di persone. Il numero di persone in stato di indigenza è arrivato alla cifra di 95 milioni. In questa stessa relazione si afferma: “Un tratto particolare dell'America Latina è l'elevata eterogeneità della povertà tra i Paesi. I livelli minori di povertà si registrano in Argentina (dati solo dell'area urbana), Cile, Uruguay e Costa Rica, con cifre di povertà inferiori al 22% e cifre di indigenza tra il 3% e il 7%. D'altro canto, il gruppo di povertà medio-bassa è costituito dal Brasile, il Panama e la Repubblica Bolivariana del Venezuela, nei quali la cifra di povertà si mantiene sotto il 30%. Il gruppo di Paesi con livelli di povertà medio-alta, invece, include la Colombia, l'Ecuador (dati dell'area urbana), il Messico, il Salvador, il Perù e la Repubblica Dominicana, con cifre di povertà tra il 35% e il 48%. I Paesi con le cifre più alte di povertà e indigenza, che superano il 50% e il 30% rispettivamente, sono la Bolivia, il Guatemala, l'Honduras, il Nicaragua e il Paraguay” (p. 7). Riguardo alla disuguaglianza, viene indicato: “...il 10% più ricco delle famiglie concentra in media il 34% degli ingressi totali. La partecipazione di questo gruppo evidenzia la maggiore eterogeneità tra i Paesi della regione, giacché i valori più alti si avvicinano od oltrepassano il 40%, come nel Brasile e la Colombia, e i valori più bassi non oltrepassano il 27%, nella Repubblica Bolivariana del Venezuela e l'Uruguay” (p. 13). Ugualmente, dopo aver indicato molti dati, si fa la seguente asserzione: “Si noti che i risultati favorevoli dell'ultimo sessennio non cambiano il fatto che la disuguaglianza in America Latina continua ad essere una delle più alte del mondo” (p. 15).

del Tribunale di Inquisizione nel 1821<sup>(99)</sup> e l'emissione di decreti in materia penale durante la dittatura di Bolívar (1828-1829)<sup>(100)</sup>. In quell'anno – in coincidenza con l'introduzione del *peso* come moneta colombiana – viene promulgato il primo codice penale (Legge del 27 giugno 1837), ispirato al codice penale francese del 1810 e al progetto spagnolo del 1821. Posteriormente, si sarebbe verificata una continua modificazione delle leggi e l'adozione di nuovi codici. Richiamiamo solo questi ultimi: troviamo per primo il codice penale del 1873 (*Código Penal de los Estados Unidos de Colombia*- Legge 112 del 26 giugno 1873), che si conformava alla nuova Costituzione del 1863 (che dava un carattere federale allo Stato) e valeva solo per i territori legati direttamente al governo federale, ma non per i c.d. "stati"<sup>(101)</sup>. Con il ritorno ad un sistema unitario questo codice sarà rimpiazzato, dopo l'adozione provvisoria dello statuto di Cundinamarca dal 1886<sup>(102)</sup>, dal codice penale del 1890 (Legge n. 19) che s'ispirava a quello anteriore del 1837<sup>(103)</sup>. C'è stato nel 1912 un progetto (progetto Concha), accolto dieci anni dopo dalla Legge 109 del 1922, modellato sul codice italiano Zanardelli, ma questo non entrò mai in vigore<sup>(104)</sup>. Nel 1936 (con Legge n. 95) fu promulgato il codice penale che è stato per più tempo vigente, il quale era, anche se con alcuni elementi eclettici, di chiaro orientamento positivista, soprattutto in merito alla parte generale, che riproduceva quasi interamente il Progetto Ferri del 1921<sup>(105)</sup>. Tale codice sarà poi cambiato con quello del 1980 (Decreto n. 100) che si è ispirato al *Código Penal*

<sup>(99)</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 2 ed, Temis, Bogotá, 2004, p. 196; REYES Alfonso, *Derecho penal colombiano, parte general*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, pp. 44 y ss.

<sup>(100)</sup> PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, pp. 193-194.

<sup>(101)</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 198; PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal*, cit., 1987, pp. 202 ss; ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal*, cit., p. 169.

<sup>(102)</sup> ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal*, cit., p. 170.

<sup>(103)</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 199, spiega che questo codice, criticato per essere solo una ricompilazione legislativa, vide la luce dopo la prematura morte di Demetrio Porras, che allora elaborava, ma non ha potuto terminare, il progetto di nuovo codice penale che era ispirato ai progetti italiani Mancini e Zanardelli, e a quello spagnolo di Silvela. Cfr. ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal*, cit., pp. 170-171. Per un'analisi di questo codice v. BERNATE OCHOA Francisco, *El código penal colombiano de 1890*, in *Estudios Socio-jurídicos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, pp. 537-558.

<sup>(104)</sup> ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal*, cit., p. 171.

<sup>(105)</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan e VALENZUELA BEJAS Manuel, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 17; MARROQUÍN GRILLO José Germán e CAMACHO FLOREZ Jaime, *Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Relaciones della VIII Reunión de Profesores de Criminología de Colombia – Universidad Santiago de Cali*, 1985, in: <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>, p. 3.

*Tipo para Latinoamérica*<sup>(106)</sup> (molto influenzato dalla dottrina tedesca degli anni cinquanta<sup>(107)</sup>), e che sarà abolito per l'attuale codice penale, stabilito dalla Legge 599 del 2000, sulla base di un progetto elaborato dal coordinatore – e i suoi assessori – di quella che doveva essere la commissione incaricata di redigerlo.

Da tale situazione di costanti e poco riflessive riforme, possiamo affermare che non c'è una base normativa stabile che favorisca la costruzione di una teoria giuridico penale con saldi fondamenti nelle norme positive. Tutto il panorama descritto *supra*, inoltre, ci permette di capire perché la dottrina colombiana – almeno in parte – sia stata abituata da sempre a lavorare non solo con le leggi e le corrispondenti teorizzazioni straniere<sup>(108)</sup>, ma anche un po' "fuori legge". Fuori legge non in un senso che sia ad essa contrario o la ignori, ma con lo scopo – già di *per se* "antidogmatico" – non già di fondare le proprie argomentazioni sulle singole disposizioni di diritto positivo, ma di "ri-disegnare" mediante le argomentazioni le leggi vigenti, quasi sempre senza uscire dagli ampi margini offerti da una buona interpretazione<sup>(109)</sup>. Diciamo subito, solo per chiarezza, che a noi sembra questo un vantaggio di cui approfittare, ma certo anche da analizzare minuziosamente.

Del resto, la dottrina colombiana non è stata, in termini maggioritari, estranea agli orientamenti indicati per l'America Latina in complesso. Si registra infatti, insieme alla "naturale" influenza spagnola, un predominio dell'indirizzo ispirato alla scuola classica italiana fino agli anni trenta del Novecento<sup>(110)</sup>. A questo periodo seguì un altro sensibile al positivismo italiano, il quale finisce verso il 1963 per dare passo al (ancora) vigente predominio della dogmatica tedesca<sup>(111)</sup>.

<sup>(106)</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan e VALENZUELA BEJAS Manuel, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 21. Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 201.

<sup>(107)</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., pp. 202.

<sup>(108)</sup> Rammentiamo le parole di PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, p. 157, quando afferma, parlando delle fonti straniere del diritto penale colombiano, che "...le "leggi nazionali" non riescono ad esserlo del tutto".

<sup>(109)</sup> Ciò non è per forza totalmente coincidente con l'"uso alternativo del diritto", ma si tratta comunque di qualcosa di vicino ad esso o al "diritto alternativo" sudamericano che viene esposto, in specie quello brasiliano, nell'interessantissimo testo, al quale rinviamo per tutti, di LOSANO Mario G., *La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica*, in *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 5, 2000, Dykinson, Madrid, pp. 275-324.

<sup>(110)</sup> V. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 206, che segnala anche gli autori colombiani appartenenti a questo indirizzo, così come quelli del positivismo.

<sup>(111)</sup> La data del 1963 è riportata da GÓMEZ HERNÁNDEZ Bersarion e HERNÁNDEZ

#### 4.2. *L'introduzione del concetto di bene giuridico.*

In conformità a quanto detto prima, inizialmente in Colombia “arrivano” le idee della scuola classica italiana sulla protezione dei diritti soggettivi da parte del diritto penale, per poi, man mano che s’imponeva l’idea del bene giuridico in Italia e da lì in Spagna, “arrivare” anche questa idea<sup>(112)</sup>. Com’è stato menzionato, i penalisti e operatori del diritto penale si servivano sia della dottrina spagnola che di quella italiana, e anche – allora in misura minore – di quella tedesca, specie quella tradotta<sup>(113)</sup>.

Sappiamo, tuttavia, che né il codice penale del 1837, né quelli del 1873 e del 1890 facevano riferimento al concetto di bene giuridico, anche se quest’ultimo accenna alla “nocività” del comportamento<sup>(114)</sup>. Anche il codice penale del 1936 non comprendeva l’espressione bene giuridico, ma tale concetto era già utilizzato in Colombia, come dimostra il fatto, riportato da Luis Carlos Pérez<sup>(115)</sup>, che la commissione redattrice menzionava

---

BARRERA Helena Patricia, *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano: perspectiva histórica del derecho penal en Colombia*, in *Diálogos de saberes*, n. 24, Universidad Libre, Bogotá, 2006, p. 100, i quali la collegano all’anno di pubblicazione dell’opera di Bernardo GAITÁN MAHECHA: *Curso de derecho penal general*, considerato il precursore dell’introduzione degli orientamenti del diritto penale tedesco in Colombia. Concorda con l’indicazione di tale data VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 206, che denomina questo orientamento «tedescofilo» “fase della dogmatica giuridicopenale”, includendo fra gli autori che ne fanno parte: B. Gaitán Mahecha, A. Reyes Echandía, L.C. Pérez, L. E. Romero Soto, S. T. Ruiz, F. Estrada Vélez, E. Páez Polo, J. Roza Roza, J. Fernández Carrasquilla, N. Agudelo Betancur, Y. Reyes Alvarado. Ugualmente, a p. 207, afferma Velásquez: “Certamente, deve evidenziarsi che durante l’ultimo decennio del XX secolo e gli inizi del XXI secolo, case di studio bogotane, come l’Universidad Externado de Colombia, hanno fomentato la discussione e hanno dato luogo – anche se in modo acritico – alla diffusione delle nuove correnti funzionaliste, cosa che, senza dubbio, ossigena molto il dibattito”.

<sup>(112)</sup> All’epoca, cioè alla fine della prima metà del Novecento, la dottrina penale colombiana non era composta da un gruppo di penalisti molto numerosi, come può cogliersi dal fatto che c’era un’alfabetizzazione solo del 40% (GAITÁN BOHÓRQUEZ Julio César, *De documento, de historia, de derecho...*, cit., p. 223), nell’ambito della quale la percentuale di chi aveva accesso agli studi superiori era infima, obbediva in gran parte a una tradizione di marcata esclusione e stratificazione sociale. Sui criteri escludenti dell’università durante la colonia ma anche, almeno, nei primi due decenni dopo l’indipendenza, v. SILVA OLARTE Renan, *Estructuración y disolución de un sistema de reclutamiento de elites: el caso de Santafé de Bogotá, en Nueva Granada*, in *Boletín Cultural y Bibliográfico*, n. 32, Banco de la República, Bogotá, 1993 (anche in: [www.lablaa.org](http://www.lablaa.org)).

<sup>(113)</sup> Allora la traduzione di un’opera faceva sì che essa acquistasse una notorietà che altrimenti era impensabile; ancora oggi, però – nonostante l’incremento degli studi delle lingue straniere che pur rimangono bassi comparativamente ma soprattutto in termini di bisogni e di opportunità di accesso generale a questa conoscenza – tali traduzioni hanno molta importanza nella diffusione di idee previamente selezionate dai traduttori e dagli editori.

<sup>(114)</sup> BERNATE OCHOA Francisco, *El código penal colombiano de 1890*, cit., pp. 542-544.

<sup>(115)</sup> PÉREZ Luis Carlos, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed, Temis, Bogotá, 1987, pp. 215, 220.

la nozione di bene giuridico quando si pronunciava sulla soppressione della punizione del tentativo impossibile, e l'usava anche come criterio di classificazione dei reati nella parte speciale del codice.

Posteriormente, nel codice penale del 1980 si allude all'interesse giuridico (*interés jurídico*) all'art. 4: "Antigiuridicità. Perché una condotta tipica sia punibile è necessario che leda o metta in pericolo, senza giusta causa, l'interesse giuridico tutelato dalla legge". La dottrina ha inteso che con tale menzione si attribuiva riconoscimento legale al bene giuridico, la cui lesione o messa in pericolo si configura come requisito per l'accertamento dell'antigiuridicità<sup>(116)</sup>, anche a parere della Corte costituzionale<sup>(117)</sup>. La redazione di questo testo legale rafforza la speciale accoglienza che in Colombia ha avuto lo studio del bene giuridico nella categoria dell'antigiuridicità (più *infra*), con riferimento alla c.d. antigiuridicità materiale, che esige l'accertamento che la condotta effettivamente leda o metta in pericolo il bene giuridico tutelato<sup>(118)</sup>.

L'inclusione del concetto di bene giuridico nel codice penale sarà ancora più evidente nell'attuale regolazione del 2000<sup>(119)</sup>. In essa troviamo

<sup>(116)</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 48; GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*, 2 ed, Ediciones Jurídicas Radar, Bogotá, 1993, pp. 81 ss.; BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 102.

<sup>(117)</sup> Così viene affermato da BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 102, nota 228, citando la sentenza C-070 del 22 febbraio 1996, dove, secondo gli autori, si effettua un'assimilazione del concetto di bene giuridico col principio di lesività.

<sup>(118)</sup> ROMERO SOTO Luis Enrique, *Derecho penal*, cit., pp. 338-339; REYES Alfonso, *Derecho penal colombiano*, cit., p. 133; GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2000, pp. 77 e *passim*, con numerosi richiami alla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Anche ID., *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 9-10, 27 ss, 32 ss, 70 ss, 100 ss, 123 ss. *Contra v.* VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Derecho penal, parte general*, 4 ed – rielaborazione, Comlibros, Medellín, 2009, p. 106, nota 215. Contrario allo studio del bene giuridico nell'antigiuridicità, della quale, intesa come "elemento" del reato, fa una revisione critica in questo testo, DONINI Massimo, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Hassemer, p. 3, nota 3 del dattiloscritto, quando afferma: "Per i nessi inscindibili tra evento e bene giuridico, mi pare incongruo trattare quest'ultimo dentro al profilo dell'antigiuridicità, in modo "staccato" dal fatto, o addirittura antecedente quest'ultimo. È vero, però, che il bene giuridico esprime il significato lesivo del fatto e non è contenuto, di regola, nella descrizione legale di questo. Tanto che l'errore sul bene giuridico o sull'offensività è una forma di errore sul precetto penale o sul carattere sostanzialmente "illecito" del fatto, peraltro rilevante come causa di esclusione del dolo in vari casi dove devono trovare applicazione forme di *Vorsatztheorie*".

<sup>(119)</sup> Al riguardo, con allusioni soprattutto all'art. 11 del codice penale colombiano, tra gli altri: BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos*

l'espressione bene giuridico, anche se mai un'esplicazione di che cosa esso sia, nei seguenti articoli:

— Art. 11: *Antigiuridicità*. Perché una condotta tipica sia punibile è necessario che lesioni o metta effettivamente in pericolo, senza giusta causa, il bene giuridicamente tutelato dalla legge penale.

— Art. 25: *Azione e omissione*. [...] Sono costitutive di posizioni di garanzia le seguenti situazioni: [...] 4. Quando si sia creata in precedenza una situazione antiggiuridica di rischio incombente per il bene giuridico corrispondente.

— Art. 32: *Mancaza di responsabilità*. Non ci sarà luogo alla responsabilità penale quando: [...] 2. Si agisca con il consenso validamente emesso da parte del titolare del bene giuridico, nei casi in cui si può disporre del medesimo.

Ci sono anche frequenti riferimenti, nelle opere colombiane, all'art. 16 della Costituzione come contenente il concetto di bene giuridico<sup>(120)</sup>. Questa norma recita così: "Tutte le persone hanno diritto al libero sviluppo della loro personalità senz'altre limitazioni che quelle che impongono i diritti altrui e l'ordine giuridico". Si tenga presente questo per il momento, giacché su tale argomento si approfondirà più avanti.

Orbene, per illustrare la dottrina nazionale del bene giuridico che si presenta dalla seconda metà del XX secolo circa ai nostri giorni, bisogna ricordare che la maggior parte degli studi si basano su testi stranieri, senza che ci siano particolari elaborazioni sul bene giuridico da parte dei penalisti colombiani<sup>(121)</sup>, sebbene esso sia prevalentemente inteso come "quello che

---

*fundamentales*, cit., p. 102; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Manual de derecho penal*, cit., p. 278; ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia e SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la «teoría de los delitos de infracción del deber»*, in *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, n. 15, Legis, Bogotá, 2006, pp. 176-177.

<sup>(120)</sup> Ad esempio FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 57, che altresì afferma che "Un fondamento costituzionale del medesimo si deve vedere ugualmente nell'art. 28 della Carta, giacché la legge non può "determinare" il fatto punibile (la materia della proibizione penale) senza il faro dei beni giuridici". Altri autori, ad es. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Derecho penal*, cit. p. 124, collegando il bene giuridico all'articolo 2, comma 2 della Costituzione, e alla parte della Carta che tratta dei principi nel titolo I, e a tutto il titolo II. Questo autore a p. 122, parlando in particolare dei Paesi periferici, afferma: "Si deve, dunque, con l'idea di sommarsi alla discussione teorica dei paesi centrali, partire da una concezione politico criminale del bene giuridico orientata dalla prospettiva costituzionale, con un'aggiunta: deve essere un concetto critico".

<sup>(121)</sup> Seguendo la tendenza latinoamericana sulla quale FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 72-73, afferma: "Grande parte dei penalisti latinoamericani si sono richiamati alle formulazioni tradizionali o classiche del bene giuridico, senza approfondire troppo l'analisi di questo strumento; forse per il discredito nel quale è caduto rispetto alla sua potenzialità limitativa del *ius puniendi*". Sostenendo poi, a p. 73, che la maggioranza recepisce la tesi che considerano il bene giuridico come beni, interessi o valori di rilevanza sociale, menzionando tra essi i colombiani: Fernández Carrasquilla, Reyes Echan-



protegge il diritto penale”, con riferimento tanto a interessi individuali, quanto a interessi collettivi o sociali. In conseguenza, ci richiamiamo a quanto esposto quando si trattò il tema nel diritto penale europeo continentale (non volendo ripetere le tesi che si limitano a riprodurre quelle di cui si è parlato o si è fatta citazione), presentando adesso solo alcuni esempi delle concezioni che del bene giuridico esistono in Colombia, escludendo quelle orientate all’abbandono del concetto di bene giuridico e in parte quelle che s’incentrano sui diritti fondamentali dell’uomo, di cui tratteremo successivamente in altri paragrafi.

Diciamo solo, prima di entrare nei particolari, che sebbene in Colombia sia frequente l’analisi del bene giuridico nell’antigiuridicità, essa si fa anche in sede di tipicità<sup>(122)</sup>, comportando sempre l’esclusione della responsabilità quando non si sia verificata l’offesa a un bene giuridico<sup>(123)</sup>. Comunque, pur essendo più frequente l’analisi del concetto di bene giuridico nell’antigiuridicità, si studiano prevalentemente le conseguenze della sua mancanza quando si analizzano categorie della tipicità come il tentativo impossibile<sup>(124)</sup>. È anche comune trovare riferimenti al bene giuridico come un concetto che serve da strumento per l’interpretazione della legge, la sua sistematizzazione e la sua critica, nonché come criterio di garanzia di fronte al potere punitivo, fungendo da limite del medesimo<sup>(125)</sup>. Un esempio dell’utilizzo del bene giuridico con riferimento alla prassi colombiana, è offerto da Gómez Pavajeau a partire da una divisione dello studio dell’“antigiuridicità materiale” secondo quattro categorie: sostanza, qualità, quantità e relazione<sup>(126)</sup>. Questo autore conclude che, quando manca il bene giuridico, la norma deve essere dichiarata incostituzionale e, fino a quel momento, il singolo giudice deve disapplicarla, per cui ci sarà una atipicità assoluta<sup>(127)</sup>.

---

día, Estrada Vélez e Velásquez Velásquez. Molto critici riguardo alla legislazione e alla dottrina colombiane, perché “importano” e, *secondo* gli autori, non producono nulla autonomamente: GÓMEZ HERNÁNDEZ Bersarion e HERNÁNDEZ BARRERA Helena Patricia, *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano*, cit., p. 85.

<sup>(122)</sup> Come ad esempio fanno GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, *Teoría del delito*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003, p. 222; SANDOVAL FERNÁNDEZ Jaime, *Causales de ausencia de responsabilidad penal*, in *Revista de Derecho*, n. 19, Universidad del Norte, Barranquilla, 2003, p. 6; Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., p. 15.

<sup>(123)</sup> BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 106.

<sup>(124)</sup> Ibid., pp. 116 ss.

<sup>(125)</sup> In questo è evidente l’influenza dei diversi lavori di Bustos Ramírez, alcuni citati in precedenza. Al riguardo v. anche FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., pp. 52-57.

<sup>(126)</sup> V. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 104 ss.

<sup>(127)</sup> Ibid., p. 125.

Rispetto alle singole concezioni degli autori sul concetto di bene giuridico<sup>(128)</sup>, è rappresentativo di un importante settore Fernández Carrasquilla, che considera il bene giuridico come il nucleo materiale dell'antigiuridicità, il quale si presenta come un disvalore d'evento di un'offesa. Secondo l'autore i beni giuridici nascono dalla vita sociale e non dal diritto, che solo dona loro protezione, riconoscendo che la loro selezione è molto problematica<sup>(129)</sup> e non rappresenta per il legislatore un "limite ontologico"<sup>(130)</sup>, e che nella realtà giuridica non sono questi i beni che protegge il diritto penale. In conseguenza, declina la sua concezione, che permette di svolgere una funzione critica: "Può dunque dirsi che i beni giuridici sono *valori, interessi e aspettative fondamentali della vita sociale (dell'individuo, della comunità o dello Stato), senza i quali essa è impossibile, precaria o indegna, e che per questo riflettono la necessità stringente della tutela giuridico-penale, e che poggia anche sul loro riconoscimento nella Costituzione Nazionale e nei trattati pubblici sullo Stato di diritto e sui diritti umani internazionali*"<sup>(131)</sup>.

A sua volta, Gómez López ritiene che il bene giuridico sia l'elemento che non essendo creato dal diritto penale, serve come asse della fattispecie: "è una relazione giuridico-socialmente pregevole in quanto utile alla soddisfazione delle necessità umane e della vita in comunità, la quale si pretende proteggere mediante la proibizione penale. [...] Per bene giuridico s'intende la relazione di libera disponibilità che ha un soggetto in relazione ad un oggetto o ambito di attuazione pregevole nel mondo individuale o sociale"<sup>(132)</sup>.

Cadavid Quintero sostiene, avvicinandoci ogni volta di più all'indirizzo che si riprenderà come quello che oggi si sta consolidando, che: "I beni giuridici sono le condizioni che propiziano e assicurano ai cittadini la loro normale partecipazione nel sistema sociale. E quelle condizioni di partecipazione dovranno guardare alla persona come individuo e come membro di tutto il collettivo sociale. Questa caratterizzazione si avvicina molto, e addirittura risulta assumere come referente, quella che in Spagna ha proposto Mir Puig<sup>(133)</sup>". Rispetto ad essa, tuttavia, si differenzia in

<sup>(128)</sup> Si veda un altro resoconto della dottrina colombiana riguardo all'antigiuridicità materiale e, indirettamente, riguardo al bene giuridico in GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 74 ss.

<sup>(129)</sup> FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 48-51.

<sup>(130)</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002, p. 352.

<sup>(131)</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 52; Id., *Derecho penal liberal de hoy*, cit., pp. 349 ss.

<sup>(132)</sup> GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, *Teoría del delito*, cit., p. 223, ma si vedano anche le pp. 33-34, 49 ss., sul ruolo della dignità umana nel diritto penale colombiano.

<sup>(133)</sup> Mir Puig fonda i beni giuridici nelle possibilità di partecipazione e li orienta direttamente o indirettamente all'individuo, a cui serve lo Stato in un modello democratico. Al riguardo v. MIR PUIG Santiago, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius pu-*

quanto pretende rinviare immediatamente ai diritti e alle condizioni di partecipazione dei cittadini nel sistema sociale, richiamo che è risultato della caratterizzazione e vigenza del bene giuridico in uno Stato sociale e democratico di diritto. [...] Tuttavia, deve esistere un meccanismo di controllo, affinché l'astrattezza, che in questo modo si genera, non si risolva in costruzioni che con il mero riferimento alle garanzie individuali giustifichino qualsiasi intervento del diritto penale: il riconoscimento della dignità umana e, come derivazione di essa, del libero sviluppo della personalità, dovranno fare sì che le pluri-menzionate condizioni di partecipazione sociale, siano condizioni di vita degna. E questo comporta necessariamente la remissione ad un criterio extra-giuridico"<sup>(134)</sup>.

Anche Barbosa Castillo e Gómez Pavajeau, puntando verso lo stesso indirizzo, spiegano che "...il bene giuridico può essere definito come *l'ente che incarna gli stati funzionali che permettono l'esercizio dei diritti fondamentali di disposizione in quanto posto in relazione con il loro contenuto essenziale e con gli strumenti per la loro protezione, conservazione e promozione.* / (...) Per stato funzionale deve intendersi tutto quello che, senza essere necessariamente di carattere materiale, ha un'esistenza vitale e risulta accertabile empiricamente, e permette all'essere umano di disporre delle sue facoltà intrinseche, cioè, autonomia e decisione conforme a senso nell'ambito della vita sociale"<sup>(135)</sup>.

Tutto sommato, possiamo accertare che non sono presenti grandi dissaccordi, almeno nelle enunciazioni più generali e astratte sul bene giuridico. Purtroppo, però, consideriamo che questo "accordo" è parzialmente dovuto al fatto che non ci sono molti Autori che scelgono di approfondire

---

*niendi*, in *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991, pp. 205 ss.; testo edito anche in MIR PUIG Santiago, *Estado, pena y delito*, IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 2006, pp. 85-94; v. anche pp. 334 ss. Accetta –ma con alcune differenziazioni (considerazione dei beni giuridici come risultato del dibattito democratico)- questo indirizzo, e include al suo interno anche Muñoz Conde, HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 131-133, 151 ss. Nella dottrina spagnola, altresì, e stabilendo un legame con la democrazia, v. TERRADILLOS BASOCO Juan María, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 63, Madrid, 1981, pp. 123-150; Id., *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, cit., che vincola il bene giuridico, in una società democratica, alla soddisfazione delle necessità umane, derivandone peculiari conseguenze: il diritto penale non può punire condotte che pretendono a soddisfare delle necessità, anziché proteggere dei beni che incidano in questa soddisfazione. Cfr. BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., 1996, pp. 78-80.

<sup>(134)</sup> CADAVID QUINTERO Alfonso, *Introducción a la teoría del delito*, Díkè, Medellín, 1998, pp. 134-135.

<sup>(135)</sup> BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 84, 108, 113, 115, 123 ss.

il tema. Comunque, non sarà solo per questo; deve esserci anche un orientamento che accomuni gli autori che si avvicinano al problema, che è quanto ci permetterà di parlare, sia pur provvisoriamente, del consolidamento di un particolare indirizzo in Colombia sul concetto di bene giuridico.

In più, anche se abbiamo appena affermato che esistono pochi lavori sul bene giuridico<sup>(136)</sup>, dobbiamo precisare che questo si afferma per la mancanza di monografie sul concetto come tale – ci risulta che ci sia solo quella di Barbosa Castillo e Gómez Pavajeau del 1996<sup>(137)</sup>, la cui brevità purtroppo non ha permesso loro di approfondire vari aspetti importanti – ma non mancano alcuni articoli, o la menzione al tema nei manuali (anche se a volte troppo sommaria e confusa), ed è frequente che ci siano riferimenti nell'analisi delle singole fattispecie<sup>(138)</sup>. Ad ogni modo, la mancanza di grandi o almeno numerosi sviluppi teorici del concetto di bene giuridico in Colombia, si riflette, o forse risulta esserne il riflesso, nel caotico utilizzo pratico di tale nozione, dove comunque si apprezzano anche importanti apporti. Sarebbe per questo molto interessante e utile (in parte per misurare quanto caos casuale o calcolato ci sia o meno nella prassi) realizzare un approfondito studio giurisprudenziale, con l'analisi sistematica delle decisioni degli alti tribunali ma anche di quelli ordinari; lavoro che, tuttavia, in questo momento e in questo spazio non siamo in condizioni di abbozzare, per cui dovremmo limitarci ad un piccolo riferimento.

#### 4.3. *Spunti sull'utilizzo del concetto di bene giuridico nella giurisprudenza delle alte corti colombiane.*

Come indicato, ci avvicineremo al tema solo in modo sommario, limitandoci ad analizzare, in ordine cronologico, alcune decisioni della *Corte Constitucional*, e qualche sentenza della *Corte Suprema de Justicia*, che ci

<sup>(136)</sup> Nello stesso senso GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. XII, 74.

<sup>(137)</sup> BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit. Anche se il tema iniziò a trattarlo indirettamente nel 1991 Gómez Pavajeau, con la prima edizione della sua opera *El principio de la antijuridicidad material*, cit. Cfr., sulle conseguenze nel diritto penale dell'art. 16 Const: ID., *Estudios de dogmática en el nuevo código penal, primera parte*, 2 ed, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003, pp. 255-273.

<sup>(138)</sup> Tra gli altri, due esempi dove il bene giuridico gioca un ruolo molto importante nell'interpretazione delle fattispecie: SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 65, Eafit, Medellín, 2003, pp. 120-148; ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia, *Aspectos político criminales y dogmáticos del delito de blanqueo de capitales*, dattiloscritto di prossima pubblicazione.

permetteranno di rilevare a grandi tratti le tendenze delle alte corti nel quadro costituzionale attuale (dalla Costituzione del 1991<sup>(139)</sup>).

Cominciamo col dire, in chiave di premessa, che in Colombia il controllo di legittimità costituzionale (*ex artt. 239-245 della Costituzione, Leggi 270 del 1996, 134 del 1994, e 270 del 1996*) viene esercitato principalmente dalla Corte Costituzionale, attraverso il controllo accentrato preventivo e successivo: il primo su alcune leggi espressamente indicate dalla Costituzione, e il secondo attraverso: a) la risoluzione delle azioni di incostituzionalità (*demandas o acciones públicas de inconstitucionalidad o inexecutable*) relative a leggi e decreti aventi forza di legge, che possono presentare i cittadini, o relative a progetti di legge, che può sollevare il governo; b) la decisione da parte del *Consejo de Estado* (Tribunale Supremo del contenzioso amministrativo, *ex art. 237 della Costituzione, Legge 446 del 1998*) sulle azioni di nullità per incostituzionalità (*acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad*) relative ai decreti non governativi non controllabili dalla Corte Costituzionale, che possono essere promosse da qualsiasi cittadino. Si fa anche un controllo mediante la revisione dei giudizi di tutela che fanno i giudici ordinari (avendo come istanza superiore e ultima la Corte Suprema di Giustizia) su istanza (tramite l'*acción de tutela*) di qualsiasi persona che consideri attualmente vulnerato un suo diritto costituzionale e non abbia un'altra forma di protezione o questa non sia idonea a eliminare tale violazione (*ex art. 86 della Costituzione, Decreto 2591 del 1991*). Inoltre, esiste il controllo diffuso che permette a qualsiasi giudice la diretta disapplicazione della legge quando essa sia contraria alla Costituzione (*excepción de inconstitucionalidad, ex art. 4 della Costituzione*<sup>(140)</sup>).

#### 4.3.1. Assunzione della tesi d'origine italiana del bene giuridico costituzionalmente vincolato.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale è rilevabile il recepimento dell'indirizzo costituzionalistico sviluppatosi in Italia di cui si è trattato in precedenza; in alcune sentenze di costituzionalità (Sentenze C), ad

<sup>(139)</sup> Anche prima dell'attuale Costituzione, la Corte Suprema di Giustizia già faceva riferimento al bene giuridico come si vedrà *infra*, e come affermato da BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 103, quando osservano come in sentenza del 22 settembre 1982, la Corte utilizzava il bene giuridico per pronunciarsi contro i reati di pericolo presunto, perché in essi non si presenta nessuna offesa ai beni giuridici.

<sup>(140)</sup> Sul dovere di valutare in concreto la potenzialità lesiva del comportamento rispetto al bene giuridico tutelato, cfr. BARBOSA CASTILLO e GÓMEZ PAVAJEAU, *Ibid.*, p. 106.

esempio, troviamo affermazioni che vanno nel senso della costituzionalizzazione del diritto penale, come la seguente:

... il legislatore non ha discrezionalità assoluta nella definizione delle fattispecie e le procedure penali, giacché deve rispettare i diritti costituzionali delle persone, che appaiono in questo modo come fondamento e limite del potere punitivo dello Stato. Fondamento, perché l'*ius punendi* deve essere orientato a rendere effettivi quei diritti e valori costituzionali. E limite, perché la politica criminale dello Stato non può ignorare i diritti e la dignità delle persone. Questo però non implica che la Costituzione abbia definito una volta per sempre il diritto penale, perché il legislatore, certamente all'interno della cornice stabilita dalla propria Carta, ha davanti uno spazio relativamente autonomo, caratterizzato, a sua volta, da valori, presupposti e finalità propri, nonostante il suo accentuato grado di costituzionalizzazione. Così, attraverso il procedimento democratico di adozione delle leggi, lo Stato tipizza le condotte vietate e fissa le corrispondenti sanzioni (principio di legalità della pena) e in quel daffare storico accoglie e abbandona diverse e successive filosofie punitive, che possono essere più o meno drastiche, a seconda che il Legislatore lo consideri politicamente necessario e conveniente. [...] / Tutto quanto detto fa vedere che il Legislatore può criminalizzare o depenalizzare delle condotte, sempre che nel farlo rispetti i principi, i diritti e i valori stabiliti dalla Costituzione. Infatti, come ben viene accennato da uno dei cittadini partecipanti, il Legislatore può e deve descrivere condotte nelle fattispecie senza che esse siano proibite in modo espresso dalla Costituzione, quando consideri che è indispensabile ricorrere al diritto penale come *ultima ratio* per difendere l'interesse giuridico di eventuali pregiudizi e garantire così la fruizione naturale e in funzione sociale dei diritti delle persone. Il controllo costituzionale, in questo caso, è piuttosto un controllo dei limiti della competenza del Legislatore, con la finalità di evitare gli eccessi punitivi<sup>(141)</sup>.

L'accettazione di un concetto del bene giuridico vincolato alla Costituzione viene ribadita anche nella sentenza C-459 del 12 ottobre 1995<sup>(142)</sup>. Qualche volta la Corte è persino giunta, purtroppo, al punto di vedere nella Costituzione obblighi di tutela penale, come accade in modo paradigmatico nella sentenza C-319 del 18 luglio 1996 sulla criminalizzazione dell'"arricchimento illecito" (*enriquecimiento ilícito*)<sup>(143)</sup>, anche

---

<sup>(141)</sup> Sentenza C-038 del 9 febbraio 1995 della Corte Costituzionale, relatore Alejandro Martínez Caballero. Cfr. BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 92.

<sup>(142)</sup> V. BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 73.

<sup>(143)</sup> La Corte afferma in questa sentenza: "In primo luogo deve premettere la Corte che l'arricchimento illecito è una condotta delittuosa alla quale fa riferimento espresso la Costituzione Politica e che, di conseguenza, richiede come esigenza imperativa ineludibile la sua adeguata tipizzazione legale. Infatti, questa fattispecie si trova indicata nel secondo comma dell'articolo 34, così: / Artículo 34... "Nonostante, per sentenza giudiziaria, sarà dichiarato estinto il dominio sui beni acquisiti tramite arricchimento illecito, in detrimento del Tesoro Pubblico o con grave deterioramento della morale sociale". (Sottolinee della Corte). Il bene giu-

se la Corte stessa lo tratta come un caso eccezionale. Simili argomenti si presentavano già, comunque, nelle sentenze C-587 del 1992 (sulla tortura, anche quella effettuata dai privati cittadini) e C-133 del 1994 (sulla penalizzazione dell'aborto).

Merita di essere evidenziata una sentenza pronunciata solo due mesi dopo quella sull'arricchimento illecito, dove la Corte fa veramente applicazione pratica del concetto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, quando si dichiara come illegittima una fattispecie, e pertanto la si fa sparire dall'ordinamento. Si tratta della sentenza C-430 del 12 settembre 1996, che elimina l'articolo 7 della legge 228 del 1995, il quale configurava come contravvenzione il porto ingiustificato di grimaldelli e chiavi maestre (mentre nella stessa sentenza si considera legittima la norma che punisce a titolo contravvenzionale il porto ingiustificato di scopolamina, *ex art. 8 della legge citata*), argomentando che tale condotta non rappresenta un pericolo per il bene giuridico presuntivamente protetto (la proprietà), perché tale pericolo è solo uno fra i molti risultati a cui può ipoteticamente dar luogo la condotta, e considerando che “nelle fattispecie di pericolo deve considerarsi la maggiore o minore vicinanza della condotta pericolosa al bene giuridico protetto. Quando il pericolo è remoto, il bene non si trova minacciato in modo concreto, e quello che si punisce veramente è la mera disubbidienza o violazione formale della legge con la realizzazione di una condotta in sé innocua”.

Per quanto riguarda la Corte Suprema di Giustizia, possiamo fare menzione della sentenza del 16 giugno 1981, dove si esige l'accertamento della lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato, o di quella del 3 giugno 1998<sup>(144)</sup>, dove si usa il concetto di bene giuridico per classificare le fattispecie in reati di pericolo o di lesione.

#### 4.3.2. *Possibile apertura a certi influssi del diritto penale tedesco.*

Orbene, ci sono anche sentenze che si allontanano dall'idea del bene giuridico per avvicinarsi alla “teoria dei reati di infrazione del dovere” di Jakobs e i suoi seguaci<sup>(145)</sup>; tesi molto in voga in un settore della dottrina

---

ridico protetto da questa norma è, prima di tutto, la morale sociale, bene giuridico oggetto di espressa tutela costituzionale”. Criticamente ne fa menzione BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 74-75.

<sup>(144)</sup> Sentenza richiamata da GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, *Teoría del delito*, cit., p. 223.

<sup>(145)</sup> Al riguardo TORRES TÓPAGA William F., *Autoría en los delitos de infracción de deber*, in *Derecho Penal y Criminología*, n. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 79. Sull'introduzione in Colombia della teoria dei reati d'infrazione di doveri da una prospettiva critica, v. per tutti ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia e SOTOMAYOR ACOSTA Juan

penale colombiana – che segue la già menzionata tendenza latinoamericana attuale esistente anche in un settore della dottrina spagnola dentro il contesto generale di predominio del diritto tedesco nella tradizione europea continentale – specialmente disseminata dagli studiosi dell'Università Externado de Colombia con le loro traduzioni e pubblicazioni delle opere di questi autori tedeschi, nonché con l'organizzazione di seminari, e con ricerche indirizzate a tale orientamento che non di rado includono studi in Germania<sup>(146)</sup>. Si tratterebbe di un lavoro encomiabile, se non fosse per il fatto che sembra stare esclusivamente incentrato su tale configurazione teorica – si critica dunque il fatto che non si apra ad altre alternative –, e soprattutto per il fatto che pretenda di porsi come una concezione scientifica neutrale. Certo, non neghiamo la possibilità – sebbene pensiamo non sarebbe comunque adeguata – che saremmo forse di un'altra opinione se, a differenza di come ormai appare evidente, condividessimo tale impostazione.

Comunque sia, l'“introduzione” della teoria in menzione, con il conseguente supposto abbandono da parte della giurisprudenza del criterio del bene giuridico con l'adozione di quello dell'infrazione del dovere, non ha molto fondamento, o almeno non tanto come parte della dottrina intende. Affermiamo questo perché, contrariamente alla nostra opinione che sarà in seguito motivata<sup>(147)</sup>, è stata segnalata, da autorevole dot-

---

Oberto, *Consideraciones críticas...*, cit., pp. 133-190. Contro l'introduzione dei criteri dei doveri in luogo del bene giuridico, avvertendo del pericolo di un operazione del genere nella realtà colombiana, v. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 49. In questo senso inoltre SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano*, cit., *passim*, ivi anche per una esemplificazione dei disastri che l'uso non adeguato di teorie straniere può comportare. Inoltre, afferma CADAVID QUINTERO Alfonso, *Introducción a la teoría del delito*, cit., p. 142, che le tesi di Jakobs sono state diffuse in Colombia soprattutto grazie alla traduzione dell'opera di parte generale di questo autore, fatta da Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Accenna all'importanza che tra i giovani penalisti ispanofoni, più che nella stessa Germania, hanno le tesi di Jakobs, FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 65. In argomento, con riferimento non alla Colombia, ma ad altre realtà latinoamericane, v. MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, p. 31, nota 52, sostiene: "...non sembra casuale che la diffusione del funzionalismo sistemico, e di talune sue versioni penalistiche, abbia avuto particolare successo nei paesi in cui il potere ha creato un livello minimo di benessere, e la prigionizzazione ha colpito, per lo più, le minoranze etniche". Si ricordi altresì l'avvertenza di ANGLIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 56, sul fatto che "...c'è sempre il rischio che una tesi ambigua trasmigri in ambienti meno immuni da tendenze intolleranti".

<sup>(146)</sup> Cfr. *Supra*, nonché l'opinione di GÓMEZ HERNÁNDEZ Bersarion e HERNÁNDEZ BARRERA Helena Patricia, *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano*, cit., pp. 103-104, i quali riconoscono che l'Università Externado de Colombia ha diffuso il funzionalismo, esprimendo la loro preoccupazione per una ricezione di tali tesi senza i dovuti elementi critici.

<sup>(147)</sup> Altri argomenti per sostenere che questa sentenza non dimostra che sia stata ac-



trina<sup>(148)</sup>, quale argomento per sostenere l'adozione in Colombia della teoria dei reati di infrazioni dei doveri, la sentenza di unificazione (SU) 1184 del 13 novembre 2001 della Corte Costituzionale, relatore Eduardo Montealegre Lynett. In questa decisione, più nota come sentenza Mapi-ripán<sup>(149)</sup>, la Corte costituzionale, in occasione della revisione di una sentenza di tutela che la portò a revocare due sentenze (l'una della Sala Penale del Tribunale Superiore del Distretto Giudiziario di Bogotá, e l'altra della Sala di Cassazione Penale della Corte Suprema de Justicia), in pratica analizzò la struttura della posizione di garanzia, facendo frequenti riferimenti all'elaborazione dogmatica di Jakobs, specie alla sua tesi sull'imputazione oggettiva, sul ruolo che nella stessa hanno le posizioni di garanzia e sui due fondamenti che, secondo l'Autore, radicano la responsabilità: la competenza per organizzazione e la competenza istituzionale. Non dubitiamo che tali temi siano collegati alla formulazione dei reati d'infrazione del dovere, giacché s'inseriscono nella teoria del reato che sviluppa il menzionato autore tedesco, ma crediamo sia eccessivo affermare che questa sentenza della Corte costituzionale accolga quella concezione; infatti, sebbene in essa siano identificabili alcuni elementi di tale orientamento, specie quando si analizzano i reati di omissione impropria o si identifica l'azione e l'omissione, non si parla direttamente di questa tesi né delle sue molteplici conseguenze.

Un'altra traccia importante della tesi che fonda la punizione nell'infrazione dei doveri, anziché nella lesione o messa in pericolo del bene giuridico, si trova nella sentenza n. 12.191 del 25 aprile 2002 della Sala Penale della Corte Suprema de Justicia, relatore Carlos Eduardo Mejía Escobar, che si occupa dell'interpretazione dell'ultimo comma dell'art.

---

colta, in Colombia, la teoria dei reati di infrazione del dovere, in ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia e SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Consideraciones críticas...*, cit., p. 168.

<sup>(148)</sup> Ad esempio da parte di SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier, *Delitos contra la administración pública en el Código penal colombiano*, in MONTEALEGRE LYNETT Eduardo (a cura di), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 471-472.

<sup>(149)</sup> I fatti che riguardano questa sentenza alludono all'inchiesta contro di un *Brigadier General* e un *Teniente Coronel* dell'Esercito Nazionale, per non aver prestato nessun tipo di ausilio alla popolazione del municipio di Mapiripán, nel Dipartimento del Meta, nel luglio del 1997, pur avendo i mezzi per farlo e essendo stati informati di quanto accadeva il tale paese, dove furono torturate e assassinate 49 persone da parte di un gruppo paramilitare. Per un'analisi di questa sentenza, tra gli altri, SANDOVAL FERNÁNDEZ Jaime e ABELLO GUAL Jorge, *Estudio político criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma*, in *Revista de Derecho*, n. 26, Universidad del Norte, Barranquilla, 2006, pp. 198 ss., che sebbene incentrato sul principio di colpevolezza, fa delle analisi richiamando l'importanza di considerare la realtà al momento di applicare il diritto. Sul caso Mapiripán si veda anche la decisione della CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Masacre de Mapiripán*, Sentenza del 15 settembre 2005, San José, 2005.

30 del codice penale del 2000, riguardante la partecipazione dell'*extraneus* nei reati propri<sup>(150)</sup>. Nella motivazione della sentenza, la Corte sostiene la punizione come autore di qualsiasi persona che intervenga nel reato come *intraeus* in ragione dei suoi speciali doveri, in conformità alla menzionata tesi di Jakobs, ma in contraddizione con un criterio differenziato di determinazione dell'autoria e della partecipazione qual è quello stabilito dalla legge colombiana. Tuttavia, la Corte accetta anche l'idea della protezione dei beni giuridici, contrariamente a quanto stabilisce il citato professore tedesco, per cui sembra l'impostazione della Corte più vicina all'iniziale configurazione che di questa teoria fece Roxin nel 1963<sup>(151)</sup>, e con la quale non si abbandona il bene giuridico come criterio fondante della punizione.

Orbene, se accenniamo qui all'avvicinamento verso la teoria che fonda la punizione nell'infrazione dei doveri, lo facciamo perché, come già anticipato, con essa si abbandona il concetto di bene giuridico, l'idea di un limite al diritto penale attraverso l'esigenza di circoscriverlo alla protezione degli interessi riconducibili a tale nozione. Tuttavia in Colombia, anche nei casi in cui si afferma di seguire tale tesi, non sempre nei risultati o nelle stesse argomentazioni lo si fa. Così, molti accolgono veramente una concezione più vicina a quella di Roxin, che, come si è detto, non abbandona il criterio del bene giuridico. Al riguardo possiamo menzionare, come esempio, le impostazioni di Gómez Pavajeau<sup>(152)</sup>, o di autori come Hernández Esquivel<sup>(153)</sup> e Torres Tópaga<sup>(154)</sup>. Invece Sánchez-Vera (che pur essendo d'origine e residenza spagnola citiamo all'interno della dottrina colombiana in ragione dei suoi scritti sulla dottrina e sul codice penale

<sup>(150)</sup> La sentenza è citata in CORDOBA ANGULO Miguel, *La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano*, in *Derecho Penal y Criminología*, n. 75, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, *passim*, spec. p. 87; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, *La problemática de la codelinuencia en el Código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del artículo 30, párrafo final*, in *Derecho Penal y Criminología*, n. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 45-77; TORRES TÓPAGA William F., *Autoría en los delitos...*, cit., p. 81; ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia e SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Consideraciones críticas...*, cit., p. 168.

<sup>(151)</sup> Nella prima edizione del suo libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (ed. in spagnolo: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*), così come nelle posteriori, in cui critica e prende le distanze della tesi sviluppata da Jakobs.

<sup>(152)</sup> GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *Intervención y omisión*, in *Derecho Penal y Criminología*, n. 76, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 79-173, spec. pp. 124-125.

<sup>(153)</sup> HERNÁNDEZ ESQUIVEL Jorge Alberto, *Autoría y participación*, in *Lecciones de Derecho penal, parte general, lección 16*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 263-287.

<sup>(154)</sup> TORRES TÓPAGA William F., *Autoría en los delitos...*, cit., p. 80. Cfr. ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia e SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Consideraciones críticas...*, cit., p. 167.

colombiano<sup>(155)</sup>) e Perdomo Torres<sup>(156)</sup>, sposano in modo non solo nominale le tesi di Jakobs. Rimane comunque una grande confusione intorno all'inclusione, equiparazione o totale separazione della teoria dei reati d'infrazione del dovere dalle altre tesi che presuppongono l'orientamento del diritto penale alla protezione di beni giuridici. Rimane chiara, cioè, l'assunzione maggioritaria, quasi unanime, del criterio del bene giuridico, ma non si chiarisce il rifiuto di una tesi contraria come quella di cui parliamo, o il modo in cui questa possa essere inclusa nel discorso e quali siano le sue particolari conseguenze<sup>(157)</sup>.

#### 4.3.3. *Riaffermazione dell'accoglimento della tesi costituzionalmente orientata del bene giuridico.*

Nonostante l'intenzione di parte della dottrina di avvicinarsi alle tesi su menzionate a partire delle due sentenze del 2001 e 2002 appena riferite, negli anni successivi è stata riaffermata, nella giurisprudenza delle alte corti, la ricezione del criterio del bene giuridico costituzionalmente vincolato. Al riguardo spicca la sentenza C-205 del 2003 della Corte Costituzionale, relatrice Clara Inés Vargas Hernández, dove si dichiara illegittimo l'art. 447A del codice penale che stabiliva: "Chiunque commerci componenti usate da veicoli a motore e non dimostri la loro provenienza lecita, incorrerà nella stessa pena dell'articolo anteriore [quella della ricettazione che oggi è di reclusione tra 6-13 anni e multa]", affermando, tra i molti argomenti esposti, che:

In materia di tipizzazione di reati e fissazione di pene, la Corte ha assunto altresì che la legge penale costituisce una severa restrizione all'esercizio dei diritti fondamentali e a sua volta un dispositivo di protezione dei medesimi nonché di altri beni costituzionali, come ad esempio l'ambiente, l'ordine economico, la moralità pubblica etc. Dunque, *possono essere unicamente tipizzate le condotte che offendano un bene giuridico con rilevanza costituzionale.* / In modo tale che il legislatore deve astenersi dal realizzare

<sup>(155)</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES Javier, *Delitos contra la administración pública en el Código penal colombiano*, cit., pp. 464-491; e ID., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 271-288.

<sup>(156)</sup> PERDOMO TORRES Jorge Fernando, *El concepto de deber jurídico*, in MONTEALEGRE LYNETT Eduardo (a cura di), *El funcionalismo en Derecho penal*, cit., pp. 230-250.

<sup>(157)</sup> Confusione che non è estranea alla Corte Suprema di Giustizia, come osserva anche DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, *La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del artículo 30, párrafo final*, in *Derecho Penal y Criminología*, n. 77, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 57-58, quando analizza le sentenze della Corte Suprema di Giustizia del 25 aprile 2002 e dell'8 luglio 2003.

una punizione arbitraria, imprecisa, retroattiva o mancante di ogni bene giuridico da proteggere. [...] / In conseguenza, visto il modo in cui è stato formulato l'illecito, il legislatore criminalizza una condotta che può comprendere quella di coloro che commerciano con componenti di automobili di provenienza lecita ma, per qualsiasi motivo, ad esempio, hanno perso la ricevuta, *la Corte considera che è stato disconosciuto ugualmente in questo caso il principio di lesività, nella misura in cui la norma è stata strutturata in modo tale da soffrire dell'assenza di un bene giuridico la cui tutela si giustifichi. Infatti, un concetto di bene giuridico vincolante, da un punto di vista politico criminale, solo può derivare dalla Costituzione.* / [...] In questo senso, il bene giuridico è chiamato a compiere una funzione sociale; e da una prospettiva dogmatica, costituisce un'importante guida nell'interpretazione della norma penale e si erge a criterio di misurazione della pena da imporre, giacché la maggiore o minore gravità della lesione del bene giuridico, o la maggiore o minore pericolosità nella sua aggressione, influiscono decisamente sulla gravità del fatto. Da qui, deriva che non si considerano come beni giuridici, oggetto di tutela penale, le prescrizione arbitrarie, le finalità meramente ideologiche, le mere immoralità, e certamente, l'esercizio di una attività costituzionalmente valida. / In altre parole, l'assoluta necessità delle leggi penali risulta condizionata dalla lesività per i terzi dei fatti proibiti, alla luce del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Nel presente caso, dunque, essendo criminalizzato un commercio quando non si conservano le ricevute ma che può essere lecito, tale formulazione non sta proteggendo bene giuridico alcuno<sup>(158)</sup>.

Sebbene questa sentenza faccia riferimento alla dottrina tedesca, in specie al concetto di bene giuridico esposto da Roxin<sup>(159)</sup>, non c'è dubbio che riprende e soprattutto applica l'indirizzo forte che Bricola formulava sul bene giuridico costituzionalmente orientato. Inoltre, in questa decisione la Corte include l'esigenza dell'esclusiva protezione di beni giuridici nel principio di legalità (che afferma essere protetto dall'art. 29 della Costituzione), ma collega tale concetto anche al principio di proporzionalità<sup>(160)</sup>: "La Corte ha inteso altresì, che il principio di proporzionalità implica un giudizio sull'idoneità della fattispecie, nel senso che quest'ultima veramente s'indirizza alla protezione di un bene giuridico costituzionalmente garantito".

Siamo di fronte, dunque, a un'importantissima sentenza la cui argomentazione – dove viene comunque esaminata anche la violazione di altri principi come quello della presunzione d'innocenza – potrebbe essere estesa a molti altri reati stabiliti dall'ordinamento colombiano, evidenziando momenti antinomici della legislazione penale rispetto alla Costituzione; cioè, portando a verificare quella corrispondenza tra la conformità

<sup>(158)</sup> Sentenza C-205 del 2003 della Corte costituzionale (corsivo nostro).

<sup>(159)</sup> La sentenza cita ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

<sup>(160)</sup> V. LOPERA MESA Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

al tipo legale e l'offesa del bene o del valore di rilevanza costituzionale sulla quale insisteva Bricola<sup>(161)</sup>. Questo dovrebbe essere realizzato da parte della dottrina, ma anche dai singoli giudici, in virtù del controllo di costituzionalità diretta che a loro spetta, con conseguente disapplicazione delle fattispecie che così si rivelassero incostituzionali.

Per quanto riguarda la Corte Suprema di Giustizia, essa pone in risalto e inserisce il concetto del bene giuridico dentro la c.d. antiggiuridicità materiale, ad esempio nella sentenza dell'8 agosto 2005<sup>(162)</sup>. Questo assunto viene ribadito nella sentenza di cassazione 21.923 della Sala Penale, del 25 maggio 2006, relatore Alvaro Orlando Pérez Pinzón, che, nelle considerazioni sulla richiesta di cassazione, cataloga le decisioni della Corte che evidenziano l'esigenza di accertare l'antigiuridicità materiale come offesa del bene giuridico tutelato. Riportiamo i seguenti passi della pronuncia, la cui importanza giustifica una lunga citazione:

... nella decisione del 19 gennaio 2006 (radicazione numero 23.483), [...] che si riferisce all'antecedente legislazione e giurisprudenza sul punto per concludere che il concetto di antiggiuridicità d'oggi è uguale a quello di ieri, espresse: / 2. La questione che deve risolvere la Sala è se, come sostiene il richiedente, la Legge 599 del 2000 inserì una sostanziale variazione nel concetto dell'antigiuridicità che sanciva il Decreto 100 del 1980, al punto che la nozione di mettere *effettivamente* in pericolo il bene giuridicamente tutelato implicherebbe che, in questo caso, non sia possibile affermare la tipicità del comportamento imputato a ognuno dei processati. / L'articolo 4° dell'antecedente Codice Penale stabiliva: [...] / Sulla comprensione di questo precetto, stabilì la Sala il 16 giugno 1981: / Non basta la mera contrarietà formale della condotta con la norma penale per affermare l'antigiuridicità della medesima, ma è necessario stabilire la lesione o il pericolo potenziale ingiustificato all'interesse che tutela la legge (Relatore: Alfonso Reyes Echandía). / Poi, in sentenza del 4 ottobre del 1993, radicato n. 5.005, espone: / L'antigiuridicità prende parte e viene concretizzata nel disvalore dell'atto o meglio, nell'offesa reale o nella messa in pericolo di un bene giuridicamente tutelato. Importa, dunque, in questa concezione, l'*effettivo accertamento di un danno o pericolo* agli interessi vitali della collettività o dell'individuo protetti dalle norme giuridiche (corsivi della Sala). [...] In sentenza del 1 febbraio del 2001, radicato n. 16.362, è stato indicato: / D'altra parte, l'antigiuridicità formale è una semplice contrarietà della condotta con quanto disposto normativamente e l'articolo 4° del Codice Penale fa riferimento all'antigiuridicità materiale, consistente nell'offesa del bene giuridico protetto, al ledere esso o metterlo in pericolo, tramite un comportamento fissato come punibile (si risalta). / La Corte, secondo queste manifestazioni, seguiva l'approccio che aveva sposato in ordine all'antigiuridicità prima ancora del Codice Penale del 1980. Ad esempio, nella decisione del 19 agosto 1976, espone: / È stato detto con fondatezza che la legge non può elevare a reato un fatto che non causi *danno effettivo* o che sia, al meno, *idoneo a produrlo*, perché

<sup>(161)</sup> BRICOLA Franco, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 73 e *passim*.

<sup>(162)</sup> Richiamata da VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, *Derecho penal*, cit., p. 108, note 223 e 224.

al di fuori delle infrazioni di danno o di pericolo non ce ne sono altre nel diritto penale (Relatore: Mario Alario Di Filippo, G. J. T. CLII -2ª parte-, No. 2393, p. 505) (corsivi della Sala, oggi). / L'articolo 11 della legge 599 del 2000, prescrive: [...] / La norma, come segnalato dalla Corte nella sentenza del 18 febbraio 2003, radicato n. 16.262, riprese come uno degli elementi essenziali del reato "il principio di lesività, coniato dalla dottrina giuridico penale". / Nell'esaminare questa disposizione, disse la Sala in sentenza del 15 settembre 2004, radicato n. 21.064: / di fronte ai delitti di pericolo come la detenzione illegale di arma da fuoco di difesa personale, il giudice deve avere chiarezza su quale sia l'ambito di protezione della norma: prevenire atti che significhino un potenziale o imminente pericolo alle condizioni di mantenimento della pace, della convivenza sociale, della sicurezza dei cittadini e, tramite questi valori, di beni personali quali la vita, il patrimonio economico etc.; dopo di che, in ogni singolo caso, deve anche stabilire se il comportamento sottoposto alla sua considerazione, significò un'effettiva messa in pericolo del bene giuridico così costituito. / Quanto detto non copre una graziosa o disinvolta concessione, perché la disposizione menzionata –articolo 11 del Codice Penale– nell'esigere che ci sia bisogno che la condotta tipica leda o metta *effettivamente* in pericolo il bene giuridico protetto dalla legge penale, armonizza la necessità astratta di protezione, soddisfatta con la creazione della fattispecie penale, e la garanzia di protezione al giudicabile, in quanto la sua condotta solo sarà punibile se crei situazioni di rischio non ammissibili, effettive, per il suddetto interesse. [...] / 3. Se è stato fatto un breve resoconto della giurisprudenza della Sala intorno alla regolazione positiva dell'antigiuridicità nei codici penali del 1980 e del 2000, è per rilevare che in realtà *non c'è stata una variazione sostanziale del concetto* perché, in modo uguale a oggi, anche nella normativa anteriore l'offesa tramite la messa in pericolo doveva essere reale e non meramente formale. / Ciò è tanto vero, che nonostante l'avverbio *effettivamente* faccia riferimento all'espressione *metta in pericolo*, dal fatto che uguale locuzione non preceda all'espressione *leda*, contenuta nello stesso articolo 11, non potrebbe derivare che, mentre la *messa in pericolo* deve essere vera, reale, effettiva, il *danno* possa essere formale o fittizio. Questa conclusione si fonda anche negli antecedenti immediati dei due statuti che, viene ribadito, sono uguali perché prevedono, quale norma direttrice della legge penale colombiana, il principio di "antigiuridicità", inteso, evidentemente, come antigiuridicità materiale, cioè, come quel comportamento che, *veramente*, causa un danno o un rischio per il bene giuridico. [...] / Siccome l'esempio citato basta, può essere concluso facilmente che prima e dopo la Costituzione Politica del 1991, prima e dopo il Codice Penale del 1980, prima e dopo il Codice Penale del 2000, e prima e dopo la presentazione della richiesta di cassazione che è stata analizzata, la Corte ha trattato del tema dell'*antigiuridicità materiale* per concludere che, tanto nel passato come nell'attualità, quel principio è lo stesso.

Infine, l'utilizzo del concetto di bene giuridico da parte della Corte Suprema di Giustizia viene recentemente riaffermato nella sentenza della Sala di Cassazione Penale n. 29655 del 21 ottobre 2009, relatore Yesid Ramírez Bastidas, dove non solo si sostiene che la funzione del diritto penale è la protezione di beni giuridici (p. 10), ma si afferma anche che esso protegge solo i beni indispensabili per la conservazione delle condizioni minime di convivenza secondo il principio di sussidiarietà, e che il bene giuridico deve essere dimensionato a partire dei diritti umani (p. 12). Ugualmente, si evidenzia che l'idoneità della condotta a ledere il bene giuridico deve essere

accertata sul piano della tipicità, per poi analizzare, secondo il mandato della legge, l'effettiva lesione o messa in pericolo di quel bene nell'antigiuridicità, e tener anche conto, nella colpevolezza, che la "minore possibilità di partecipazione delle classe sociali più svantaggiate nel sistema sociale e in alcuni beni giuridici, dovrebbe tradursi in un minor rimprovero di colpevolezza per l'infrazione che protegge quei beni giuridici" (p. 13).

#### 4.4. *Configurazione del concetto di bene giuridico nell'attuale scienza penale colombiana: germogli di una nozione ibrida di bene giuridico.*

A nostro avviso, negli ultimi decenni, in ambito latinoamericano è stato elaborato un concetto di bene giuridico vincolato alla Costituzione e ancorato, al di là dei riconoscimenti costituzionali, ai diritti fondamentali dell'uomo, specialmente, per quanto riguarda la Colombia, all'articolo 16 della Costituzione del 1991, che consacra il diritto umano al libero sviluppo della personalità <sup>(163)</sup>.

Dobbiamo chiarire che questa impostazione viene evidenziata perché consideriamo sia quella che teoricamente si delinea meglio tra i penalisti colombiani che si occupano del tema senza abbandonare un approccio garantista, anche se purtroppo non risponda sempre alla effettiva applicazione del potere punitivo, il quale, invece, si cerca con essa di contrastare, e di adeguare alle disposizioni costituzionali. Il riferimento a una nozione ibrida si spiega col fatto che, nella scienza penale colombiana attuale, non si può costruire nessun concetto che non abbia il carattere di ibrido (come d'altronde pensiamo non si possa mai fare <sup>(164)</sup>, ma limitiamo il nostro discorso all'esempio scelto e studiato). Non è possibile né desiderabile; anzi, è fondamentale riconoscere questa caratteristica, rivalutarla e svilupparla, ibridizzare o "creolizzare" <sup>(165)</sup> anche il concetto

<sup>(163)</sup> Sulla riflessione della dottrina colombiana riguardo il ruolo dei diritti umani nel diritto penale, v. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulator del poder punitivo*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 39, Temis, Bogotá, 1988, pp. 58-88; ID., *Concepto y límites del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 129 ss; GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo, *Estudios de dogmática en el nuevo Código penal*, segunda parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003, pp. 86 ss. e *passim*.

<sup>(164)</sup> Rammentiamo le parole di SABATO Ernesto, *La cultura en la encrucijada nacional*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1976, p. 20: "...a parte di essere quasi inevitabile, l'ibridazione è sempre fertilizzante: basti pensare al gotico, che alla fine è risultato dell'invasione di un antico impero raffinato da parte di tribù barbare che bevevano la birra nel cranio dei loro nemici; o a quella portentosa musica che è nata nelle piantagioni schiaviste degli Stati Uniti, dall'incrocio di ritmi neri con corali luterani e canzoni popolari della Scozia e dell'Irlanda. Bellissimi risultati da torbide origini! [...] Rimaniamo dunque tranquilli: non c'è nulla nella storia che sia strettamente originale né assolutamente autoctono".

<sup>(165)</sup> ASHCROFT Bill, GRIFFITHS Gareth e TIFFIN Helen, *Post-Colonial Studies*, cit.,

di bene giuridico, prestando attenzione all'eredità delle conoscenze della tradizione europea continentale che (con indipendenza della sua origine) ha la scienza penale colombiana, e alle possibilità che offre la sua altra eredità, quella dei saperi e delle esperienze dei popoli originari, di quelli che si collegano all'Africa, tenendo conto, ugualmente, della sua realtà difficile ma piena di elementi, non rinchiusa in forme stringenti: "L'ibridazione lavora in diversi modi nello stesso tempo, in base alle esigenze culturali, politiche ed economiche di ogni situazione specifica. Comporta processi di interazione che creano nuovi spazi sociali a cui vengono assegnati nuovi significati. Queste relazioni consentono l'articolazione di quell'esperienza di mutamento tipica di società disarticolate dal dipanarsi della modernizzazione e facilitano dunque l'avanzamento di richieste di trasformazione sociale"<sup>(166)</sup>.

L'uso in questo testo del termine ibridazione (o creolizzazione o meticciamiento) non è arbitrario<sup>(167)</sup>, ma rinvia alla denominazione data a tale situazione dagli orientamenti post-coloniali, i quali non solo hanno usato per le loro teorizzazioni tale caratteristica, ma hanno anche ri-assegnano al termine, da tanto assunto in modo dispregiativo (quale condizione considerata come segno di indegnità), un rivoluzionario valore positivo, che vede nell'impuro non un sintomo di contaminazione ma di ricchezza; un approccio, insomma, che invece di emarginare vuole enfatizzare le possibi-

---

pp. 57-59, espongono la storia dell'uso della parola "creolo" (in inglese "creole") nei diversi Paesi e tempi, e spiegano poi il termine "creolizzazione" (in inglese "creolization"), pp. 58-59, così: "il termine è stato di solito applicato alle società del 'nuovo mondo' (in particolare al Caraibico e il Sudamerica)... [...] Brathwaite sottolinea che la creolizzazione non è un prodotto ma un processo che incorpora aspetti tanto dell'acculturazione come dell'interculturalità, il 'previo riferimento... al processo di assorbimento di una cultura per un'altra; una posteriore attività più reciproca, un processo di intermescolanza e arricchimento l'un l'altro (each to each)".

<sup>(166)</sup> YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 97; poi, a p. 135, si spiega come questo venga integrato alle idee del postcolonialismo, il quale "Mentre incoraggia un'autenticità umana fatta di altruismo e sincerità, mette in discussione il ritorno a un'"autenticità" culturale o nazionale, che giudica una costruzione in gran parte finalizzata a scopi politici alquanto sospetti. Il postcolonialismo considera come le forme di pensiero più produttive quelle che interagiscono liberamente attraverso culture e discipline, in dialoghi costruttivi che smontano le gerarchie di potere".

<sup>(167)</sup> Sul suo significato, oltre alle opere già citate – nota 164 – e all'ampia bibliografia che fuori dell'area giuridica ci si trova al riguardo, v. GALLARDO Helio, *550 años: Fenomenología del mestizo (violencia y resistencia)*, DEI, San José de Costa Rica, 1993, p. 5: "Il concetto-valore del *meticciamiento*, come dato ineludibile dell'esperienza umana particolarizzata e plurale, differenziata, e come risultato/fondamento del suo universalismo concreto, e cioè di tutta l'etica storica, è il criterio che sostiene queste discussioni contro la dominazione. / Naturalmente, "meticciamiento" manca di ogni con-notazione razziale e designa soltanto l'inevitabile, sebbene non contemporanea, interazione e interpenetrazione dell'umano e degli umani. Pensata nel suo limite, la nozione di "meticciamiento" esprime la tendenza al superamento di ogni frattura sociale".



lità offerte dalla differenza, e servire da strumento di rovesciamento dei rapporti di sfruttamento. Così le realtà post-coloniali, dove l'ibridazione è molto più evidente che in altre realtà -dato il più recente e violento processo di meticciamiento presentatosi come conseguenza della colonizzazione- e viene percepita in quasi tutti gli ambiti (anche quelli riguardanti i fenotipi delle persone), sono servite all'elaborazione della prospettiva filosofica postcoloniale, i cui postulati, però, hanno valore generale, e dunque sono applicabili anche ai contesti non post-coloniali in un duplice senso: riguardo all'ibridazione, che all'interno di ogni realtà umana esiste, e riguardo ai rapporti tra chi si trova in condizioni di imporsi e chi si trova in condizioni di soffrire tale imposizione, sia in senso economico e politico, ma anche e soprattutto accademico e concettuale.

Poiché questi germogli (giacché, come detto, si tratta di una costruzione ancora alle prime fasi di sviluppo) di concetto ibrido di bene giuridico (cioè di un concetto che viene precisato usando le costruzioni scientifiche provenienti dallo straniero, ma adattandole alla propria realtà e conoscenze) si trovano iscritti, come si diceva, nell'ambito latinoamericano, riprendiamo brevemente il discorso dalla spiegazione che di questo fenomeno dà Fernández:

“...tenendo conto del multiculturalismo e della emarginazione che caratterizzano la società contemporanea -entrambi estremi molto accentuati nell'America Latina-, la pretesa di “universalità” dei valori svanisce completamente; così che solo può conferirsi protezione penale a quel *minimum* di valori o interessi, coincidenti con i diritti umani basilici. Nello Stato costituzionale di diritto, uno dei cui punti assiali è il principio di uguaglianza, il bene giuridico-penale, tanto quello di carattere individuale quanto quello d'indole collettiva, deve necessariamente coincidere con i diritti fondamentali dell'uomo, che segnano per il legislatore l'ultimo limite perimetrale d'intervento nella vita sociale. Fino lì, e non più, è accettabile supporre il consenso, perché i diritti umani sono emanazione dell'idea della dignità della persona e, in conseguenza, è ammissibile assumerli come valori complessivamente condivisi dal gruppo sociale”<sup>(168)</sup>. E poi: “Se la scienza giuridica europea, sul finire della seconda guerra mondiale, è stata orientata verso un versante *giusnaturalistico*, il sapere penale latinoamericano -soprattutto dopo le dittature militari che devastarono il continente nel decennio degli anni settanta- “ri-

---

<sup>(168)</sup> FERNÁNDEZ Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 121-122. Questo autore uruguayano offre la seguente definizione, p. 144: “i beni giuridici sono *dei valori di relazione sociale, indispensabili per lo sviluppo della società e per l'autorealizzazione del soggetto in essa, che nascono e coincidono con i diritti umani riconosciuti dalla comunità internazionale*”. D'altro canto, BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit., pp. 161-162, vincola il bene giuridico al principio di legalità in senso materiale, affermando che esso perde di senso se viene limitato all'aspetto formale, come capita quando si sostiene che ogni norma ha un bene giuridico, dimenticando il carattere politico criminale della lesività.

scopre” tutt’a un tratto i diritti umani e si prospetta, legittimamente, che è quella l’unica cornice possibile di comprensione per il diritto punitivo”<sup>(169)</sup>.

Considerazioni nello stesso senso, le troviamo in Colombia negli scritti di Fernández Carrasquilla<sup>(170)</sup>, il quale afferma che i beni giuridici rispondono a interessi della vita sociale che non crea il legislatore; quest’ultimo, però, non può nemmeno decidere di tutelarli tutti attraverso il diritto penale, ma è solo autorizzato a proteggere penalmente quelli che abbiano la condizione di “*beni sociali* fondamentali, intendendo per tali quelli senza i quali la vita sociale diventa impossibile, sparisce l’ordine sociale che il diritto desidera di proteggere e il sistema sociale non funziona più, sia per diventare un’altra cosa, sia per dar luogo alla sfrenatezza dell’imprevedibile”<sup>(171)</sup>.

E così diversi autori affrontano il tema, come precisano Barbosa Castillo e Gómez Pavajeau, collegando la limitazione del diritto penale alla protezione di beni giuridici con il riconoscimento costituzionale del libero sviluppo della personalità *ex art.* 16 della Costituzione del 1991. Questo diritto fondamentale contiene, spiegano, la garanzia generale della libertà di agire, che potrebbe essere limitata solo in funzione di un altro diritto fondamentale<sup>(172)</sup>. In conseguenza, una volta assunto che il diritto penale protegge beni giuridici, questi per forza dovranno trovare riferimento nei diritti fon-

---

<sup>(169)</sup> FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 130-131. Sulle particolari condizioni che si devono analizzare nei Paesi latinoamericani quando si studiano il bene giuridico e il principio di lesività, v. per tutti BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit., pp. 162-163. V. anche HORMAZÁBAL MALARÉ Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 141, che parlando della posizione antinomica e disuguale del cittadino di fronte al potere dello Stato, afferma: “Risulta altresì insufficiente una teoria sociale che fondi le sue spiegazioni sulla base dell’osservanza o inosservanza di un insieme di regole o norme che configurano una “*cultura comune*”. La mera osservazione della realtà concreta dimostra che in una stessa realtà sociale convivono diversi gruppi sociali con le loro proprie regole di comportamento, che in uno Stato sociale e democratico di diritto risulta intollerabile emarginare”. Le particolari condizioni dell’America Latina rendono evidente questo dato, che però è valido per altre realtà, come quella italiana, che nell’attualità affronta, se non per la prima volta sicuramente con altri occhi, le sfide del multiculturalismo dovuto agli attuali fenomeni di migrazione. Sulle sfide dell’Europa al riguardo, afferma GARCÍA VITOR Enrique, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., p. 120: “D’altro canto, quella che prima si avvertiva come una questione che interessava solo le colonie, per l’imposizione ai loro nativi di modelli culturali che non erano loro propri, oggi si presenta come nucleare nelle società centrali, nelle quali, come accenna Eco, la conseguenza della *migrazione* è che Europa sarà, nel millennio che ha cominciato, ‘...un continente multirazziale, o, se si preferisce, ‘colorito’”.

<sup>(170)</sup> Come viene anche rilevato dallo stesso FERNÁNDEZ GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 131.

<sup>(171)</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 50.

<sup>(172)</sup> BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 44 ss. Comunque, occorre guardarsi dal rischio di identificare, anche se possono coincidere, i beni giuridici protetti penalmente con i diritti fondamentali; al

damentali dell'uomo, perché sia tollerabile la limitazione che, con qualsiasi intervento penale, si fa della libertà riconosciuta dall'art. 16 in menzione.

Il bene giuridico si collega così con la Costituzione<sup>(173)</sup>, ma «attraverso» un diritto fondamentale che questa non crea ma si limita a riconoscere; tutto ciò significa che il bene giuridico, nel collegamento coi diritti fondamentali, specie col diritto al libero sviluppo della personalità e con la dignità umana, che ne è alla base<sup>(174)</sup>, acquista natura pre-positiva. In questo senso si pronuncia anche Gallego García<sup>(175)</sup>, che sostiene che una concezione costituzionale del bene giuridico presuppone un concetto materiale come realtà con un valore in sé, indipendentemente dalla creazione legale o costituzionale, facendo riferimento al contributo di un giurista naturalista critico: i diritti umani, cioè, che il diritto positivo delimita a seconda delle necessità storiche, e che trovano il loro asse nell'idea della dignità della persona<sup>(176)</sup>.

Seguendo le tracce di questa tendenza, possiamo dunque concludere che quel minimo condivisibile come universale e prepositivo sarebbe solo la dignità della persona. Da lì si devono far derivare i beni giuridici che, con le limitazioni che possano offrire principi come la sussidiarietà o la proporzionalità (quest'ultimo più concretizzabile e capace di comprendere gli altri<sup>(177)</sup>), sarebbero gli unici a essere meritevoli di tutela giuridico-penale.

---

riguardo ad es. CADAVID QUINTERO Alfonso, *Introducción a la teoría del delito*, cit., pp. 115, 133.

<sup>(173)</sup> Così lo fanno FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 51; GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, *Teoría del delito*, cit., p. 224; BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 12, i quali precisano che il bene giuridico e il principio di lesività, pur non essendo esplicitamente consacrati nella Costituzione, possono dedursi dall'insieme delle sue norme, attribuendo speciale rilevanza (p. 82) all'art. 250.1 della Costituzione.

<sup>(174)</sup> V. BARBOSA CASTILLO Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 64-65. In quest'ultima pagina indicano: "Nell'ambito del bene giuridico, l'antecedente si traduce nella sua spiegazione a partire dalle nozioni trascendenti di 'dignità umana' e 'diritti fondamentali' e non dalle nozioni immanenti del diritto positivo o delle strutture sociali vigenti". Evidenzia il ruolo e l'importanza del ricorso ai diritti umani nel diritto penale colombiano e la realtà che lo circonda, criticando l'utilizzo della Costituzione del 1991, v. per tutti GALLEGO GARCÍA Gloria María e LOPERA MESA Gloria Patricia, *Sobre el derecho en Colombia: entre el escepticismo y el deber de no renunciar*, in *Jueces para la democracia*, n. 19, Madrid, 1993, pp. 81-86. Con una visione totalmente diversa, e a nostro avviso inadeguata, di quanto fino qua si è detto sul ruolo della dignità umana, MONTANO GÓMEZ Pedro J., *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal*, in *Revista de Derecho*, n. 3, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2003, pp. 45-53.

<sup>(175)</sup> GALLEGO GARCÍA Gloria María, *Bien jurídico y Constitución. Los derechos fundamentales como fundamento y límite del ius puniendi estatal*, in AA.Vv., *Nueva interpretación constitucional*, Universidad de Antioquia – Diké, Medellín, 1997, *passim*, spec. pp. 142-143.

<sup>(176)</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>(177)</sup> Sulla proporzionalità (anche in relazione al concetto di bene giuridico) e sul con-

Si tratta dunque di un indirizzo che cerca criteri extragiuridici di limitazione del potere punitivo, anche se utilizza come strumento i principi dichiarati nella Carta Costituzionale. Questa concezione generale del bene giuridico viene impiegata -o almeno proposta- nelle sue note funzioni d'interpretazione, sistematizzazione e critica per il controllo delle attività di creazione, applicazione e studio del diritto penale.

Rimane certo il problema (non l'unico), unica costante tanto nel dibattito europeo quanto nel contesto latinoamericano, di cosa sia in concreto il bene giuridico; problema che nella scienza latinoamericana è estensibile al concetto stesso di dignità umana<sup>(178)</sup>, cioè di come essa possa in concreto offrire criteri per negare o dare diritto di cittadinanza ai diversi beni o interessi quali oggetto di tutela penale. E sebbene intorno a cosa debba intendersi per dignità umana ci siano grandi apporti della filosofia, della sociologia, della teoria costituzionale, del diritto internazionale etc., resta ancora da capire come e in quali termini dalla nozione generale di dignità umana, quale base extragiuridica ultima in cui si fonderebbe il concetto di bene giuridico, derivino conseguenze concrete circa l'individuazione delle condizioni che dovrà avere un bene per essere elevato alla categoria di bene giuridico penale, seguendo un approccio senza dubbio riduttivo degli spazi d'intervento punitivo.

Tutto ciò, certamente, come lavoro aggiuntivo all'attuale stato del dibattito, nel quale si registra un consenso almeno in ordine a ciò che *non* può essere oggetto di tutela giuridico-penale, per cercare di colmare, in

---

trollo che nella prassi essa permette, e in generale sul controllo di costituzionalità delle leggi penali, v. per tutti LOPERA MESA Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit. *passim*. Ricordiamo inoltre la prospettiva di PRIETO SANCHÍS Luis, *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, cit., p. 75: "...il problema del bene giuridico si dissolve nel giudizio di proporzionalità. La domanda è, dunque, se la risposta penale e quanta risposta penale sia giustificabile per sanzionare una condotta che si giudica in qualche misura lesiva di un determinato bene giuridico. Allora la questione si relativizza: il bene giuridico non ha più un valore assoluto perché il suo *peso* definitivo dipende del peso relativo di altre circostanze. Dipende, come abbiamo detto, dall'offensività o dal grado di lesione prodotto dalla condotta, dall'idoneità o dall'efficacia della pena, cioè, dal tipo e dal grado di pena capace di scongiurare la minaccia sul bene giuridico, dall'esistenza di altri mezzi alternativi e meno gravosi e, insomma, dalla proporzionalità fra la reazione penale e il danno prodotto". Questo autore intende, allora, che una teoria liberale del bene giuridico conduce al giudizio di proporzionalità. In Italia, al riguardo v. ANGIONI Francesco, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in AA.VV. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 59-130, spec. pp. 63 ss.

<sup>(178)</sup> Sul quale pensiamo si debba insistere per cercare di arricchire il dibattito sul bene giuridico, e chiarirne le conseguenze su di esso, sebbene si possano comprendere espressioni come quella di NEUMAN Elías, *El estudio de la criminología en Latinoamérica...*, cit., p. 284, quando afferma: "...il senso immanente della democrazia risiede nel rispetto della dignità umana. E per il caso latinoamericano dovrebbe dirsi con Malraux: 'Non so molto bene quel che è la dignità, ma conosco molto bene quel che è l'umiliazione'".

parte, l'importante margine di indeterminatezza che pur sempre rimane e di farlo in riferimento ai singoli ordinamenti e realtà. Non dubitiamo, infatti, che uno spazio d'incertezza al riguardo sia irriducibile, ma pensiamo che, con gli strumenti che abbiamo, il lavoro più utile in questo momento possa trovarsi nell'applicazione di quanto è teoricamente accettato dalla prassi, e da parte della dottrina nell'analisi di tale risposta mediante lo studio e critica della creazione legislativa, dell'applicazione della giurisprudenza e degli argomenti delle parti nei processi, nonché della coerenza o meno dei postulati generali (i c.d. studi di parte generale) con quelli riguardanti le singole fattispecie (i c.d. studi di parte speciale).

### 5. *Considerazioni finali.*

Le annotazioni che faremo adesso potrebbero – e magari saranno in futuro – essere il punto di partenza di un ulteriore studio nel quale si sviluppino e si concretino il concetto di bene giuridico proprio dalla prospettiva privilegiata in questo articolo: un concetto ibrido di bene giuridico, che sarebbe il più adeguato per la particolare situazione della Colombia, ma che al contempo sarebbe importabile, dopo un ulteriore processo di ibridazione, anche in altre realtà, sia del terzo mondo che del primo, come non potrebbe non essere trattandosi di una nozione propria dello sforzo della scienza giuridica.

In altre parole, la scienza penale -di qualsiasi parte del mondo- disegna concetti che hanno valore generale, ma l'ibridazione, che gli studi post-coloniali hanno rivelato come imprescindibile, deve realizzarsi ogni qual volta queste nozioni pretendano di essere calate nelle diverse realtà concrete. Sebbene il diritto sia una scienza, infatti, i suoi concetti generali, a differenza dei postulati delle scienze naturali, dovranno subire delle concretizzazioni e contestualizzazioni tramite quello che, appunto, le teorie post-coloniali hanno chiamato ibridazione, meticciamiento o creolizzazione.

Occorre dire altresì che un simile processo è predicabile, e a nostro avviso necessario, per tutti i concetti penali in generale, anche se in questa occasione abbiamo scelto l'esempio del bene giuridico, perché lo consideriamo un'idea basilare del diritto penale che permea tutta l'elaborazione dogmatica, e che, come afferma Roxin<sup>(179)</sup>, fa da ponte fra quest'ultima e la politica criminale. La conclusione del discorso, dunque, è proprio l'affermazione della necessità di percorrere un cammino come quello descritto. Orbene, con riguardo al concetto di bene giuridico, in particolare, possiamo concludere – insistiamo: come considerazione finale del lavoro

---

<sup>(179)</sup> V. *supra* nota 30.

svolto e quale base per i lavori futuri – che nell'ampio margine di una tendenza generale comune ai nostri due esempi (diritto penale europeo continentale – in specie dentro l'orientamento costituzionalistico del bene giuridico – e diritto penale colombiano), è riscontrabile una differenza che apre a due diversi percorsi per il futuro sviluppo del concetto.

La tendenza generale consiste nell'accettazione -da parte della maggioranza della dottrina e della giurisprudenza- del bene giuridico come concetto che, con diversi significati, serve a identificare quello cui s'indirizza la protezione giuridico penale pretesa; in generale, però, si accetta anche, almeno in considerevoli settori, che ci siano delle eccezioni: i reati dove non si protegge nessun bene giuridico. In ordine a quest'ultimo punto occorre fare delle precisazioni. C'è chi ammette che non sempre il diritto penale intervenga per la tutela di beni giuridici, ma che tuteli anche funzioni. Invece, c'è chi in tali casi pensa si proteggano ancora beni giuridici, ma attraverso una diversa modalità. Cerchiamo brevemente di enucleare i margini di tale discorso, nel cui particolare non possiamo entrare per i limiti della presente indagine.

La inclinazione a "ricondurre" i beni giuridici a funzioni è stata segnalata da Hassemer<sup>(180)</sup>. Essa si presenta, secondo l'Autore, con la criminalizzazione di offese a beni giuridici nuovi e diffusi, che sono troppo vaghi per corrispondere a un adeguato concetto di bene giuridico: "Per quanto legittimi possano essere, non sono beni giuridici in senso tradizionale, ma obbiettivi di organizzazioni politiche, sociali, economiche. [...] [vincolati a] ...la tecnica di tutela della *criminalizzazione del pericolo* cioè la «*criminalizzazione anticipata*»"<sup>(181)</sup>. Anche Padovani, facendo riferimento ad Hassemer, ammette che "non si tratta propriamente di «beni giuridici», ma di metafore concettuali che designano l'ambito particolare dove si percepisce e s'individua un conflitto di interessi e le modalità normative stabilite per risolverlo o contemperarlo"<sup>(182)</sup>; tuttavia l'Autore precisa che "...la tutela di funzioni è pur sempre, dal punto di vista contenutistico, una diversa tutela di beni giuridici"<sup>(183)</sup>. Beni giuridici riguardanti gli effetti cumulativi, di natura sopraindividuale, con una tecnica di tutela anticipata etc.

Ed è appunto in questa divergenza tra considerare che questi "metodi di tutela" lo siano di beni giuridici o di funzioni (che non sono beni giuridici), che si manifestano drammaticamente nell'attualità la costante diffi-

<sup>(180)</sup> V. HASSEMER Winfried, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, anno II, 1984, pp. 104-113, spec. p. 112.

<sup>(181)</sup> Ibid., p. 110.

<sup>(182)</sup> PADOVANI Tullio, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, anno II, 1984, pp. 116-117.

<sup>(183)</sup> PADOVANI Tullio, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cassazione penale*, Anno XXVII, Giuffrè, 1987, p. 677. Per questo autore, i delitti, di regola, tutelano beni, mentre gli illeciti amministrativi e le contravvenzioni s'indirizzano di più alla protezione di funzioni.

coltà di individuare i beni, e gli spazi irrisolti del dibattito intorno al carattere vincolante del bene giuridico nei confronti del legislatore e dei giudici; questioni, tutte, che appaiono segnate da una ugualmente costante paura di vuoti di tutela, che invece – a nostro avviso – talvolta potrebbero prendersi come segni della buona salute dei limiti al potere punitivo.

D'altronde, e sempre nella sfera della tendenza generale ma concentrando sull'orientamento costituzionalistico del bene giuridico (particolarmente evidente in ambito europeo nell'esempio del diritto penale italiano in cui è nato - e si segue ancor'oggi - l'orientamento costituzionalistico che in Colombia si accole prevalentemente, e dunque permette di visualizzare la radice comune e la posteriore divisione), sono accertabili due grandi indirizzi: una parte della dottrina, che vogliamo denominare *impostazione radicale*, propende per l'intervento del diritto penale ai soli fini della protezione di beni giuridici, considerando l'esistenza dei reati senza bene giuridico come un fatto della realtà che non può essere ammesso perché contrario al diritto in senso ampio (sia in riferimento al diritto positivo o meno); un altro settore dottrinale, che chiameremo *impostazione moderata*, considera invece questi ultimi reati o come eccezioni inevitabili che non vanno oltre la conferma della regola (e che, a volte, si presentano addirittura come desiderabili sotto il velo della necessità), oppure come altrettanto legittimi interventi del diritto penale, che si aggiungono a quelli indirizzati alla tutela di beni giuridici, e che proteggono funzioni pur sempre non contrarie alla Costituzione<sup>(184)</sup>.

Orbene, il punto di divaricazione che è stato annunciato prima, e cioè quello dove i cammini percorsi in entrambi i contesti (sempre come esempi del diritto europeo continentale originario e quello risultante della situazione post-coloniale e senza che al parlare di differenze si pretenda che ci sia uno migliore dell'altro, o qualcuno desiderabile) si scindono<sup>(185)</sup>, avviene all'interno dell'*impostazione radicale*. Essa, oltre ad essere quella che condividiamo, presenta almeno due (sul piano generale, perché nelle particolarità ci sono tante varianti quanti autori) correnti, riconducibili all'alternativa fra l'uso del criterio del bene giuridico in funzione critica sulla base del *solo* diritto positivo col fondamento ultimo della Costituzione, oppure *anche* sulla base (oltre alla Costituzione) di criteri ultimi extra-positivi, come ad esempio quello della dignità umana.

<sup>(184)</sup> Al riguardo, oltre ai testi già citati, v. PEDRAZZI Cesare, *Interessi economici e tutela penale*, in STILE Alfonso M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, pp. 293-309. In senso critico MOCCIA Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni post-moderne e riflussi illiberali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 343-374.

<sup>(185)</sup> Occorre ammettere che, trattandosi di una scissione che si sta verificando da poco, i risultati raggiunti non sono ancora tanto diversi; in futuro, però, è probabile che emergano ulteriori differenze che di sicuro arricchiranno il dibattito.

Certo, non possiamo adesso addentrarci nel tanto complesso dibattito filosofico sul giusnaturalismo e il giuspositivismo che è sotteso a ciò; crediamo anche di non dire niente di definitivo e forse nemmeno originale, ma non è stata mai questa la nostra intenzione. Forse conveniva chiarirlo sin dall'inizio, ma pensiamo sia deducibile dal testo. Comunque, nel caso in cui non lo fosse, segnaliamo ora che ci troviamo di fronte ad un vero e proprio oggetto di ricerca, di una ricerca che dovrà continuare in modo collettivo<sup>(186)</sup>, dove per il momento non ci sono molte risposte, solo domande, dubbi, confusioni: l'articolo ha la sola pretesa di identificare la dimensione problematica, cosa che consideriamo di elevata importanza<sup>(187)</sup>.

Fatta questa parentesi, continuiamo col dire che è proprio nella scissione tra coloro che "portano" il concetto di bene giuridico fino alla Costituzione e quelli che lo "trasportano" oltre, che troviamo le differenze più interessanti, perché in Italia prevale la prima impostazione<sup>(188)</sup>, mentre in Colombia si presenta una apertura alla seconda, rappresentata in quello che abbiamo denominato il germoglio di un concetto ibrido di bene giuridico<sup>(189)</sup>, il quale, come costruzione che risponde alle particolarità del contesto o almeno a un lavoro che cerca di tenerne conto, conduce la scienza penale del nostro esempio di «diritto penale colonizzato», nella misura in cui essa comincia a creare i suoi concetti meticcii, a diventare post-colonizzata.

Tale circostanza può spiegarsi in base ai diversi contesti, rispetto ai quali

---

<sup>(186)</sup> Collettivo nel senso di uno studio fatto da molte persone appartenenti a diversi settori, in gruppo o individualmente, ma con interessi comuni e scambio di informazioni, senza egoismi né lotte inutili per la proprietà delle idee, ma con rispetto per l'individualità e la divergenza.

<sup>(187)</sup> Importanza che giustifichiamo con parole di ZAMBRANO Maria, *L'agonia dell'Europa*, Marsilio, Trebaseleghe, 2009, p. 63: "...quando la rivelazione è parziale, o ritarda, o non viene accettata, la vita [e anche il diritto, a cui ci riferiamo qua] si trasforma in un incubo, come ci dice Baudelaire con esattezza poetica. La patiamo senza capirla, essendo il suo oggetto più del suo soggetto, e così l'uomo finisce per perdere la sua dignità ultima, l'essere soggetto della sua vita. Una dignità che non viene aggiunta alla sua realtà, perché se nella crisi sentiamo che perdiamo peso, entità, che ci derealizziamo, è per mancanza di sapere e di chiarezza circa la nostra vita stessa, che perdendo chiarezza perde realtà".

<sup>(188)</sup> Al riguardo bisogna ricordare che una parte importante della dottrina italiana che aderisce a questo indirizzo considera che già il riferimento alla Costituzione soddisfi l'esigenza garantistica di un criterio di bene giuridico con "preesistenza ontologica alla norma", come afferma MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, 5 edizione, Cedam, Padova, 2007, p. 194. Rammentiamo anche le parole di BRICOLA Franco, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 26: "...un dato appare indiscutibile: al di fuori del riferimento costituzionale, non esiste altra possibilità sia di vincolo per il legislatore sia di stabilire una gerarchia o bilanciamento di interessi, pur essenziale per l'applicazione di taluni istituti. Se la gerarchia all'interno della Costituzione è difficilmente ricostruibile, nessuna gerarchia è possibile al di fuori di tale testo".

<sup>(189)</sup> Ribadiamo che si tratta, a nostro avviso, di una nozione in fase di costruzione, cioè di un concetto che deve essere ulteriormente sviluppato dalla dottrina, con dei risultati ancora incerti.



si è già detto<sup>(190)</sup>. La realtà e l'effettivo esercizio del potere punitivo (da parte dello Stato, per il tema che ci occupa), spingono i penalisti colombiani a cercare limiti che, sebbene partano dalla Costituzione, trovano un ulteriore appoggio in criteri che non possono cambiarsi facilmente, come invece facilmente si cambia la nostra Costituzione. Infatti, la Carta costituzionale colombiana, anche se per questo prevede (*ex artt.* 374-379) una procedura che implica una doppia approvazione, la seconda con maggioranza nelle due Camere, è stata modificata 27 volte dalla sua entrata in vigore nel 1991<sup>(191)</sup>. La Costituzione italiana, invece, è stata "modificata" 15 volte attraverso le "leggi di revisione costituzionale"<sup>(192)</sup> dalla sua entrata in vigore nel 1948 (una percentuale molto più bassa, ma comunque sufficiente per generare qualche preoccupazione), ma sono state emanate anche 19 leggi delle c.d. "costituzionali", per un totale di 34 leggi costituzionali o di revisione costituzionale *ex art.* 138 Cost., il quale stabilisce una procedura che richiede un'ampia maggioranza nel parlamento e permette, salvo la maggioranza di due terzi nelle due Camere, la sottomissione a *referendum* popolare delle riforme, così come l'immodificabilità della forma repubblicana (*ex art.* 139 Cost.), i cui principi fondamentali si trovano negli artt. 1-12<sup>(193)</sup>.

La necessità di soluzioni diverse, di costruzioni giuridiche particolari – che non importino acriticamente i modelli e i concetti – come risposta alle ugualmente differenti situazioni, particolarmente in Colombia per l'attuale (semmai

---

<sup>(190)</sup> Ci sono molti riferimenti a questo «condizionamento contestuale» anche all'interno della cultura giuridica germanofona, come esemplificato dalle seguenti affermazioni di STRATENWERTH Günter, *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*, in HEFENDEHL Roland, *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 368: "...il sistema di norme e di valori rappresentanti il nostro consenso basico, che assumiamo come non tradibile, è connesso alla nostra tradizione culturale e in nessun modo può rivendicare validità universale".

<sup>(191)</sup> Per la riforma dei procedimenti di partecipazione popolare, del Congresso o dei diritti consacrati nel capitolo I, Titolo II -e delle loro garanzie- si deve sottoporre la decisione a referendum popolare, se così viene richiesto -entro sei mesi- da un 5% degli elettori.

<sup>(192)</sup> Secondo la distinzione che fa parte della dottrina, basata sul lessico del testo costituzionale, queste sono le leggi di vera e propria modifica costituzionale. Per un riferimento più ampio alle leggi di revisione costituzionale dal 1948 al 1993, v. TARCHI Rolando, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in AA. VV., *Commentario della costituzione*, I-XVIII, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 285, che afferma che tra tutte le leggi che affettano la costituzione fino al 1993, solo 7 provvedimenti sono veri e propri le leggi di revisione della Costituzione. Successivamente al 1993 sono state emanate altre 8 leggi di revisione.

<sup>(193)</sup> Si discute anche la possibilità o meno di riformare altre parti della costituzione, in specie del titolo II. Al riguardo si possono studiare i testi di diritto costituzionale tra cui menzioniamo solo MEZZETTI Luca, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. pp. 38 sss; ANGIOLINI V, voce *Revisione costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 307-318; GAMBINO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007; PIAZZA Marcelo, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 2002.

può essere separato da quelli anteriori) conflitto armato interno che patisce da oltre sessant'anni<sup>(194)</sup>, è rilevata da molti penalisti latinoamericani<sup>(195)</sup>.

E non si tratta certo, con la riaffermazione di queste differenze e della situazione di colonizzazione riflessa nelle imposizioni di concetti, di sollevare una disputa tra le dottrine ascritte ai rispettivi Paesi. Anzi, la risoluzione di tale problematica deve portare benefici per tutti, e iscriversi nella proiezione di una scienza penale più scientifica e più utile (alle persone). Inoltre, la stessa

<sup>(194)</sup> Al riguardo, SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano*, cit., pp. 9-10 del dattiloscritto, afferma: "la Colombia vive un conflitto armato interno da moltissimi anni, il quale, sebbene non abbia impedito l'esistenza e qualche livello di funzionamento delle istituzioni democratiche e dello Stato di Diritto, produce un contesto di estrema complessità per il diritto e in modo particolare per il diritto penale, per cui non sempre risulta facile differenziarlo dalla guerra. Qualche volta viene utilizzato come strumento di questa, ma altre volte invece è rivendicato come strumento di pace, la quale, in queste circostanze, diventa più uno scopo da raggiungere per il diritto che un presupposto del suo funzionamento. Un prodotto di questo è la costante sensazione di "crisi" del sistema penale, che sembra muoversi più al ritmo degli andirivieni propri del conflitto che degli obiettivi costituzionali".

<sup>(195)</sup> Facciamo riferimento, ad. es. a BALCARCE Fabián I., *Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal*, cit., pp. 12-13; GARCÍA VITOR Enrique, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., p. 140; BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit.; e certamente, per tutti, ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Alla ricerca delle pene perdute: delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, ESI, Napoli, 1994. In Colombia, ad. es. v. ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia, *A propósito de la discusión sobre el derecho penal moderno y la sociedad del riesgo*, cit., pp. 6, 48; MARROQUÍN GRILLO José German e CAMACHO FLOREZ Jaime, *Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Relación de la VIII Reunión de Profesores de Criminología de Colombia*, Universidad Santiago de Cali, 1985, passim, disponibile in: <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>; SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano*, cit., pp. 3, 9-13, 26-27 del dattiloscritto; Id., *Garantismo y derecho penal en Colombia*, in AA. Vv., *Garantismo y derecho penal*, Temis, Bogotá, 2006, pp. 26-27, 92, 93, 104-121; LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, Legis – Universidad Nacional – Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, pp. 1-69 e passim. Parimenti, riferendosi esplicitamente all'imposizione dei "beni giuridici", SANDOVAL FERNÁNDEZ Jaime e ABELLO GUAL Jorge, *Estudio político criminal y dogmático...*, cit., p. 150: "...si prospetta dunque un problema strutturale dal punto di vista politico che incide sull'aspetto legale e che porta con sé delle difficoltà, come il fatto che la determinazione dei beni giuridici come valori fondamentali della società tutelati attraverso il diritto penale, e in conseguenza la autorizzazione o la repressione, sono determinate da pressioni esterne di altri Stati che influiscono direttamente e indirettamente nello sviluppo sociale degli stati dipendenti, così ottenendo che si sovrappongano gli interessi stranieri su di quelli nazionali, e creando una forma di violenza strutturale e una delegittimazione del potere che indeboliscono la coesione sociale, quando i cittadini percepiscono che gli interessi nazionali vengono sacrificati in favore di quelli di altri Stati". Invece, sui problemi che presentano i discorsi costruiti sul presupposto di una situazione di pace e Stato di diritto in situazioni di guerra, v. OROZCO ABAD Iván, *Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia*, in *Garantismo y derecho penal*, cit., pp. 37-56.

dottrina europea riconosce e, nella misura in cui ne tratta (di rado), accetta frequentemente queste impostazioni: “Proprio partendo dalla “descrizione” di ciò che il diritto penale è, la scienza giuridica deve assumere il ruolo di contropotere critico, in quanto *la delimitazione dell'irrazionalità immanente, e del potere enorme dello Stato sui singoli, oltre che del suo autoritarismo*, è una *condicio sine qua non*: a) per conservare ad esso una funzione effettiva di giustizia di fronte ai singoli; b) per la stessa esistenza di una riflessione “scientifica” sul diritto penale, che in assenza di limiti di garanzia costruiti su un sistema di valori sovraordinati rimarrebbe l'esercizio di una violenza di Stato, anche se costruito attorno alla “razionalità” di concetti dogmatici...”<sup>(196)</sup>.

Puntualizzare tutto ciò, dunque, non significa sostenere che in Colombia non debbano studiarsi più i “concetti stranieri” del bene giuridico<sup>(197)</sup>, o in generale il diritto estero (quello europeo o quello del *common law*, per esempio), e nemmeno propendere per la creazione di un “diritto penale nazionale”, di una “scienza propria”, di un concetto “tutto nostro” di bene giuridico, dal momento che pensiamo che ciò sarebbe una cosa priva di senso. Tutto il contrario, si deve approfittare del cammino che la scienza giuridica colombiana ha già, anche suo malgrado, percorso: ci si è abituati a studiare alcuni sistemi ed esperienze stranieri (europei e nordamericani), e questo come tale è un fatto positivo. Orbene, si deve essere coscienti di ciò ed estendere tale studio a tutti gli altri sistemi, specie a quelli con cui si ha tanto da condividere, cioè ai “vicini” dell'America Latina e del Terzo Mondo, presente all'interno di molte realtà, incluse quelle del Primo Mondo, e allo stesso tempo insistere e rafforzare la ibridazione degna del nostro diritto (e del concetto di bene giuridico)<sup>(198)</sup>. Insomma, cercare di rendere maggiormente aperta (e

<sup>(196)</sup> DONINI Massimo, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., pp. 3-4. E anche quando afferma: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 124: “Mi sembra quindi *astratto* ogni discorso compiuto dai penalisti accademici quando, incontrandosi provenendo dai quattro punti cardinali del globo, ipotizzano, solo perché si misurano con elaborazioni di qualche ordinamento-modello o di qualche Paese “forte” (che talora, sul piano penale, è molto “debole”), di poter adottare le medesime soluzioni rispetto a questioni tanto dipendenti dalle contingenze storiche e politiche”.

<sup>(197)</sup> Riportiamo le parole di DONINI Massimo, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., p. 128, quando afferma che se la scienza penale italiana ha “...*qualcosa di nuovo e originale da presentare all'estero*, una esperienza peculiare e non rinvenibile altrove, ciò consiste: 1) nel dibattito sui beni giuridici di rilevanza costituzionale e soprattutto nel dibattito sul garantismo e sull'individuazione di limiti giuridico-costituzionali alle scelte di criminalizzazione; 2) nella conseguente sensibilità critica di una ermeneutica orientata ai principi, e quindi ai valori politico-criminali di matrice costituzionalistica, anziché solo a categorie e 3) nell'ampio utilizzo del metodo comparato che è segno di volontà e garanzia di capacità dialogiche, requisiti essenziali per la costruzione di discipline europee armonizzabili entro la cultura dei singoli Stati”.

<sup>(198)</sup> Come abbiamo affermato, qui si vogliono seguire (riconoscendo la mancanza di molto lavoro personale al riguardo per una migliore strutturazione) gli apporti degli studi

dunque più scientifica) la “nostra scienza”<sup>(199)</sup>, anche per farla diventare, sebbene possa risultare paradossale da un punto di vista semantico, più propria<sup>(200)</sup>.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ

---

post-coloniali, che ad esempio nella costruzione di un tale concetto di bene giuridico, con parole di YOUNG Robert J. C., *Introduzione al postcolonialismo*, Meltemi, Roma, 2005, pp. 169-170, ci orientano così: “...trasformazione e ricreazione di una cultura dominante in nuove identità che incorporano elementi materiali dalla cultura dei nativi. [...] Questo tipo di creolizzazione caraibica rende molto bene una delle idee fondative del postcolonialismo: il processo a senso unico attraverso cui viene concepita di solito la traduzione può essere ripensato in termini di interlocuzione culturale e quindi come uno spazio di contropotere”.

<sup>(199)</sup> Generando più collaborazione e meno dipendenza, anche perché dobbiamo non solo prendere, ma anche offrire: per esempio possiamo essere utili ai Paesi europei di cui recepiamo i concetti, perché l’applicazione alla nostra realtà consente di mettere alla prova in “situazioni estreme” i principi che essi hanno creato per limitare il potere punitivo, e i risultati non sono molto incoraggianti. Qualche debolezza nella costruzione dei concetti, evidenziata dalla loro applicazione pratica, può forse rivelarsi così con più chiarezza e aiutare a migliorarli. Un esempio è offerto dalle norme finalizzate a contrastare la criminalità organizzata, di “natura internazionale”, come viene accennato da SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *I disastri della lotta contro la “criminalità organizzata” nel sistema penale: il caso colombiano*, cit., p. 13: “...non deve sorprendere che nel sistema penale colombiano diventino realtà molti di quei rischi che in altri contesti sono denunciati come meri rischi del modello dell’eccezione nella lotta contro la criminalità organizzata”.

<sup>(200)</sup> E siccome in Colombia ci troviamo precisamente davanti a una costante violazione dei diritti (di fronte a un diritto penale contrario ai diritti fondamentali, come quello che riconosce DONINI Massimo, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., p. 3, nota 5, permette di legittimare anche una posizione non costruttiva da parte dei giuristi), in tale lavoro sicuramente ci sarà anche molto da distruggere (al riguardo v. anche SOTOMAYOR ACOSTA Juan Oberto, *Garantismo y derecho penal en Colombia*, cit., pp. 104, 107, 111, 113-117; ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit. *passim*), e in quel senso sembra interessante l’orientamento proposto da NAUCKE Wolfgang, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, relazione presentata a Modena il 21 marzo 2009 nel *Convegno dell’Associazione Franco Bricola: Sicurezza e Diritto penale*, traduzione di Massimo Donini. Questo autore, se bene interpreto, espone in quel convegno un preciso e conciso, direi anche bello, riassunto della storia del diritto penale della sicurezza (*Sicherheitsstrafrecht*). E sebbene nella sua relazione compaiano solo un paio di righe che menzionano il bene giuridico, è molto significativo che tale concetto sia assunto dall’Autore come l’esempio più chiaro di come “I concetti dogmatici della parte generale non sono di ostacolo al diritto penale della sicurezza, al contrario”, come dimostra il fatto che “L’estesa punibilità dell’omissione viene introdotta per rafforzare la sicurezza di un bene giuridico”. Allora Naucke propone, di fronte a tale situazione, di *esercitare una critica senza compromessi a ogni diritto penale della sicurezza*: “Questa possibilità è concessa soltanto ad una scienza penale politicamente indipendente. La critica del diritto penale e l’indipendenza politica sono inseparabili. Indipendenza non significa comodità, al contrario. Il diritto penale della sicurezza è comodo, non richiede nessuna fatica intellettuale, viceversa la critica scientifica al diritto penale della sicurezza è concettualmente impegnativa e forse rischiosa per la propria carriera. Ma una scienza del diritto penale che non utilizzi la sua indipendenza per la critica del diritto penale della sicurezza, a stento merita quel nome” (p. 9). Tutto ciò, secondo l’Autore, per poter elaborare un *diritto penale di negazione*: “I criteri per la cri-

---

tica al diritto penale della sicurezza non sono nuovi, essi discendono dall'opposizione scientifica contro il vitale diritto penale della sicurezza, dal XVIII secolo. Quest'opposizione è in primo luogo difesa contro, negazione del diritto penale della sicurezza. L'aspetto positivo lo si cerca invano. L'opposizione si raccoglie attorno alla certezza che la pena può soltanto reagire ad un comportamento ingiusto, imputabile, del passato. Sicurezza, prevenzione, costruzione del futuro, impedimento del rischio, direzione della società, non sono raggiungibili mediante la pena. Questo atteggiamento penalistico mette in conto l'esistenza di una inevitabile pericolosità della vita moderna. / Solo muovendo da questa certezza conseguono i corollari: indipendenza della magistratura, formalità precisa del processo, sanzioni umane, determinatezza delle leggi penali, divieto di analogia, divieto di retroattività, diritto penale nucleare. Per molti studiosi del diritto penale questi criteri hanno già l'aspetto di pezzi da museo. Ma essi sono tutt'altro che maturi per entrare in un museo. Questi criteri devono essere ricercati di nuovo, e nuovamente fondati. Nelle università una parte almeno della scienza penale deve mostrare con convinzione personale che questi criteri possono costituire dei limiti al diritto penale della sicurezza. Questi limiti sono l'oggetto di una scienza penale moderna. Per sottomettere la pena della sicurezza si deve formare un diritto penale negativo, un diritto penale di negazione" (pp. 10-11). E alla fine, pensiamo che nei Paesi dove abbiamo un «diritto penale colonizzato», in grande misura meramente imposto, ci risulti più facile avviare tale lavoro di negazione. È un po' come il triste potere di chi non ha niente da perdere!

## ESAME DEL DNA E PROVA SCIENTIFICA: LE ESPERIENZE ITALIANA E TEDESCA A CONFRONTO \*

«L'esperimento è pericoloso, il giudizio difficile»<sup>(1)</sup>.

SOMMARIO: 1. L'atteggiamento di fondo. – 2. La regolamentazione normativa dell'esame del DNA nel sistema tedesco. – 3. Gli aspetti fondamentali della disciplina. – 4. Italia-Germania: obiettivi comuni ed esiti diversificati. – 5. Le ripercussioni processuali. – 6. La tempistica di conservazione dei campioni e dei profili. – 7. Prelievi coattivi sull'indagato e *nemo tenetur se detegere*. – 8. Prova scientifica e convincimento giudiziale. – 9. Quadro statistico.

### 1. *L'atteggiamento di fondo.*

Nel panorama tedesco si scorge un atteggiamento pragmatico, incline all'utilizzo del profilo del DNA per fini identificativi, alla stregua di un marcatore individuale, come si desume dall'espressione “impronta digitale genetica”, «*genetischer Fingerabdruck*»<sup>(2)</sup>, spesso rinvenibile nelle tratta-

---

\* Ringrazio i professori Manfred Maiwald e Peter Rachow per la preziosa collaborazione e i numerosi apporti.

<sup>(1)</sup> La prima parte di quest'apofrosma di Ippocrate di Coa (Aph. 1. 1) presenta il merito di condensare il valore della tecnica e la difficoltà della decisione. Il testo integrale è: «la vita è breve, l'arte è lunga, l'occasione fuggevole, l'esperimento pericoloso, il giudizio difficile». «Ὁ βίος βραχύς, ἡ δὲ τέχνη μακρὴ, ὁ δὲ καιρὸς ὀξύς, ἡ δὲ πείρα σφαλερή, ἡ δὲ κρίσις χαλεπή».

<sup>(2)</sup> M. MAIWALD, *Problemi di bioetica nel diritto tedesco*, in AA.VV., *Bioetica e diritto penale*, a cura di G. Marini, Torino, 2002, 7; H. SATZGER, *DNA-Massentests – kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode*, in *Juristen-Zeitung*, 2001, 639 ss., spec. 641, ove si usa l'espressione «*genetischer Fingerabdruck*». Sul tema si veda anzitutto: P. RACHOW, *Das DNA – Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme*, Frankfurt am Main, 2001, spec. 35 ss.; J. LIMBECK, *Die Erkennungsdienstliche Behandlung und die DNA Identitätsfeststellung gem. 81 g StPO*, Hamburg, 2007; M. NEUSER, *Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren*, Baden Baden, 2006; di recente, per un quadro di sintesi, S. HASSELBACH, *Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse*, Berlin, 2009, 15 ss.

zioni e negli stessi provvedimenti giudiziari. Parallelamente si avverte la preoccupazione che tale strumento probatorio, per le sue stesse caratteristiche intrinseche, possa ingenerare “lusinghe tecniche” sul convincimento del giudice penale. I temi della prova scientifica e degli esiti processuali del DNA sono oggetto di approfondimento con riguardo all’affidabilità scientifica di questa tipologia di accertamento, al libero convincimento giudiziale e al ruolo degli esperti nella decisione finale. In particolare, e in chiave analoga al parallelo dibattito italiano, ci si interroga sui metodi e sulle tipologie d’analisi, nonché sui loro riverberi processuali.

Nella disciplina dei prelievi e delle analisi funzionali alla tipologia della verifica processuale, così come nelle regole sulla conservazione dei dati, si individua inoltre il tentativo costante di un bilanciamento tra le esigenze dell’accertamento e i diritti dell’individuo alla libertà individuale, alla salute, alla *privacy* e all’integrità fisica (Artt. 1 e 2 *Grundgesetz* GG), tutelati da precetti costituzionali o convenzionali. Sfere peculiari di interferenza interessano poi i canoni processuali della presunzione di innocenza e del privilegio contro le autoincriminazioni.

## 2. La regolamentazione normativa dell’esame del DNA nel sistema tedesco.

Il diritto all’autodeterminazione informativa in Germania (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*) ha trovato riconoscimento in un’importante decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 15 dicembre 1983<sup>(3)</sup>, definita *Volkszählungsurteil*. In quell’occasione la Corte costituzionale tedesca, in maniera per alcuni versi consonante rispetto alle affermazioni contenute nella nota sentenza della Consulta italiana relativa ai prelievi ematici coattivi<sup>(4)</sup>, aveva posto l’accento sulla necessità di rispettare la riserva di legge ogniqualvolta fosse necessario imporre un uso dei dati personali contro

<sup>(3)</sup> BvG, 15 dicembre 1983, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, 119, ha affermato il diritto a disporre autonomamente dei propri dati personali, di diretta derivazione dal principio di dignità umana, cosicché ogni raccolta può avvenire, in assenza di consenso del soggetto, solo laddove la legge indichi in anticipo lo scopo in virtù del quale il dato può essere utilizzato. Si ricordi che nella disciplina processuale tedesca sono espressamente previste le attività di conservazione e comparazione dei dati personali (§§ 98 a, b, c *StPO*). La celebre sentenza tedesca è ripresa da R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell’autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, 1992, 85 ss. Si veda anche M. P. ADDIS, *Diritto all’autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in AA.Vv., *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. Negri, Roma, 2007, 87 ss.

<sup>(4)</sup> Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Cass. pen.*, 1997, 315. La decisione metteva in rilievo soprattutto il diritto alla libertà personale contemplato nell’art. 13 Cost. Sull’argomento cfr., D. VIGONI, *Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del DNA*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 1022.

l'interessato, delineando altresì la necessità della predeterminazione legislativa degli scopi per i quali un dato può essere utilizzato, anche laddove si tratti di finalità repressive. Altrettanto significativa è una decisione successiva del giudice costituzionale tedesco, con la quale è stata sostanzialmente riconosciuta la legittimità dell'analisi del DNA su base volontaria<sup>(5)</sup>.

A livello normativo la disciplina processuale della c.d. prova del DNA risale alla l. 17 marzo 1997 che ha introdotto i §§ 81 e - f StPO, regolamentando l'esame genetico-molecolare delle "tracce" o reperti trovati sul luogo del delitto durante l'investigazione preliminare. In questo modo si è posto fine alla controversia sull'ammissibilità delle analisi effettuabili da esperti di laboratorio, in forza di un provvedimento del giudice. Il legislatore tedesco ha esplicitamente regolamentato la situazione giacché, nonostante la generale riconducibilità dell'esame nel novero del § 81 a StPO (in cui si contempera pure il prelievo di campioni ematici), venivano costantemente messi in discussione dalla prassi i postulati giuridici fondanti l'analisi del DNA quale strumento probatorio processuale. L'intervento ha riguardato anche le norme sull'attività di prelievo (§§81 a comma 3 e 81 c comma 5 StPO).

La l. 7 settembre 1998, introducendo il § 81 g, ha poi disciplinato la conservazione dei profili genetici delle persone sospettate o condannate per un reato grave, ai fini dell'identificazione personale in futuri procedimenti penali. Un'ulteriore specificazione del potere giudiziale di disporre l'esame molecolare genetico, ad opera della l. 6 agosto 2002, ha riguardato esclusivamente il profilo dell'ampiezza dell'analisi, dato che in Germania poteva dirsi ormai assodata la possibilità di realizzare questo tipo di accertamento. La l. 27 novembre 2003 ha poi ulteriormente novellato sia il § 81 e StPO, sia il § 81 g StPO che era stato introdotto con la l. 7 settembre 1998<sup>(6)</sup>.

Con la l. 12 agosto 2005, i §§ 81 f, g sono stati ancora "ritoccati" con riguardo ai profili genetici suscettibili di conservazione, mediante un ampliamento del novero dei reati di rilevante importanza. Il § 81 g StPO, disciplinando l'esame molecolare e genetico delle cellule corporee di accusati o rei condannati al fine d'identificazione in processi penali futuri, ha rappresentato altresì la base normativa per la registrazione del grafico genetico

---

<sup>(5)</sup> Cfr. BVG 27 febbraio 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1587, sulla costituzionalità dell'analisi del DNA a base volontaria ex § 81 a StPO.

<sup>(6)</sup> Per un'attenta ricostruzione, cfr. R. ORLANDI, G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 768 ss.; S. POMMER, *Die DNA – Analyse im Strafprozess, – Problemfelder der §§ 81 e ff. StPO*, in *Jura*, 2007, 621 ss. Per un quadro del sistema penal-processuale tedesco, cfr. W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2010; C. ROXIN- B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, München, 2009; C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1998, 102.



nel *database* istituito presso il *Bundeskriminalamt*. Si consideri poi che le linee originarie della conservazione dei profili nella Banca dati nazionale, già tracciate dalla l. 7 settembre 1998 a livello federale, sono state successivamente ampliate e modificate anche da disposizioni regionali. Infine, la regolamentazione legislativa dei test genetici c.d. di massa su base volontaria ai sensi del § 81 *b*, con la l. 12 agosto 2005, ha avuto lo scopo precipuo di far superare i numerosi dubbi applicativi sorti in relazione alla rilevanza giuridica di questi metodi di indagine, rivelatisi particolarmente diffusivi e penetranti.

Volendo sintetizzare i punti nodali del vivace dibattito tedesco, sviluppatosi con riguardo alla delineaata cornice normativa, possono di certo porsi in evidenza i limiti e la portata della valutazione discrezionale del giudice, il consenso del soggetto passivo, nonché il valore probatorio attribuibile “all'impronta genetica”.

Su questi versanti deve peraltro segnalarsi un progetto di legge teso a modificare il § 362 StPO, pendente presso il *Bundesrat* (proponenti i *Länder* di Hamburg e Nordrhein-Westfalen) in cui viene profilata un'ipotesi di revisione *contra reum* (*Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten*) conseguente ad un risultato probatorio riferibile all'esame del DNA. La revisione *in malam partem*, ammessa in Germania, è stata sinora esclusa dinnanzi a nuove prove (correlate a scoperte scientifiche) che fanno apparire ingiusta la sentenza<sup>(7)</sup>. Si tratterebbe di un rimedio circoscritto a reati gravissimi quali l'omicidio, il genocidio, i crimini di guerra o contro l'umanità, nelle ipotesi in cui il DNA fornisca un elevato grado di accertamento della responsabilità, non disponibile all'epoca dei fatti del processo originario. Nell'intento legislativo si palesano pretese ragioni di accertamento processuale e di sicurezza collettiva da porre a bilanciamento con i valori costituzionali fondanti il sistema penale e con i diritti dell'individuo.

Già nella fase di discussione del disegno di riforma<sup>(8)</sup> è ampiamente emersa la particolare problematicità di siffatta ipotesi di revisione e la contrarietà della medesima rispetto al divieto di “nuovo giudizio” a carico dell'imputato prosciolto, individuato dalle fonti internazionali. È probabile quindi che un'eventuale approvazione legislativa del progetto sia inesora-

---

<sup>(7)</sup> R. ORLANDI, G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo germanico*, cit., 762.

<sup>(8)</sup> T. SCHERZBERG - P. THIÉE, *Die Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2008, n. 3, 80 ss. V. specificamente, sul *ne bis in idem* desumibile dall'art. 14 § 7 Patto internazionale dei diritti civili e politici e dall'art. 4 § 1 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (seppure con i limiti previsti dal § 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea), G. CANZIO, *Prova del DNA e revisione del processo*, in AA.AA., *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, a cura di A. Scarcella, Padova, 2009, 298 ss.

bilmente destinata ad acuire la controversia interpretativa, interessando pure, da questa ulteriore angolazione, la dinamica connessione tra le regole del processo penale e i progressivi incrementi conoscitivi riferibili alla ricerca scientifica<sup>(9)</sup>.

### 3. *Gli aspetti fondamentali della disciplina.*

In Germania il § 81 *a* StpO prevede la possibilità di effettuare prelievi ematici dal o sul corpo di accusati, imputati o altre persone coinvolte che presentino tracce organiche del reato. Il prelievo, normalmente subordinato all'autorizzazione del giudice, deve essere eseguito secondo le prescrizioni della scienza medica, da persone abilitate all'esercizio di questa professione (§ 81 *a* comma 1). Nei casi di urgenza, l'ordine può provenire dall'ufficio del pubblico ministero (*Staatsanwaltschaft*) o da altre autorità di polizia, senza successiva convalida giurisdizionale. In mancanza del consenso, il prelievo è consentito solo se non arrechi nessuno svantaggio per la salute dell'indiziato<sup>(10)</sup>.

Come già segnalato, la Corte costituzionale tedesca, investita della questione di legittimità inerente l'originaria disciplina, aveva ritenuto sostanzialmente rispettati i valori costituzionali nell'analisi del DNA su base volontaria con riguardo alla previsione del § 81 *a* <sup>(11)</sup>.

Le disposizioni processuali tedesche successive al 1997 si caratterizzano per l'esigenza di un costante temperamento fra gli obiettivi propri dell'accertamento processuale e l'innegabile tutela dei diritti dell'individuo: dal combinato disposto dei §§ 81 *a, c, e, f, g*, StPO si desume infatti la possibilità di prelevare e fare analizzare coattivamente il materiale proveniente dall'accusato (sospettato) dinnanzi ad una base indiziaria peculiarmente qualificata. In particolare, nel § 81 *a*, la verifica dell'appartenenza delle tracce all'accusato è funzionale all'eventuale attribuzione di un fatto-reato. Analoga previsione è contemplata nel § 81 *c*, con riguardo a soggetti terzi, sebbene in questo caso con restrizioni più severe dettate dalle affinità con il ruolo testimoniale. Nel § 81 *e* comma 1 StPO l'analisi del DNA è preordinata alla realizzazione di un preciso scopo (*Zweckbindung*), ovvero sia la

---

<sup>(9)</sup> A conferma dell'atteggiamento pragmatico mirato allo sfruttamento degli esiti del DNA, caratteristica dell'approccio costante alla tematica in Germania, seppure nei differenti versanti "civilistico e lavoristico", si pone la "*Gendiastikgesetz*" del 31 marzo 2009 che ha tentato un delicato bilanciamento fra le esigenze della ricerca diagnostica e quella della tutela necessaria della libertà di disposizione delle informazioni personali.

<sup>(10)</sup> Questo paragrafo è stato novellato dalla l. 24 agosto 2004 di modernizzazione del sistema giudiziario tedesco.

<sup>(11)</sup> Ci si riferisce alla già richiamata decisione del BVG, 27 febbraio 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1587.

ric conducibilità di una condotta delittuosa all'indiziato, confermando così come lo *status* di accusato renda possibile l'esame genetico delle cellule corporee in fase di indagine. L'indicazione dello scopo, ovvero sia la provenienza delle tracce dall'accusato, è peraltro imposta da una lettura costituzionalmente orientata delle suddette norme<sup>(12)</sup>. Il § 81 *f* comma 1 StPO detta la disciplina processuale delle indagini molecolari genetiche, facendo emergere come l'autorizzazione del giudice non sia necessaria nei casi urgenti, laddove l'accusato manifesti il proprio consenso per iscritto. Si tratta di un'innovazione, inserita nel 2005 dal legislatore, in seguito alle numerose sollecitazioni della prassi che avevano in qualche modo dimostrato l'estremo formalismo correlato al potere autorizzativo del giudice<sup>(13)</sup>.

Con questa previsione in Germania si è inteso perseguire l'obiettivo, ritenuto conforme ai principi costituzionali, di celerità ed efficienza del processo, dato che sia il diritto fondamentale all'informazione sulla sfera personale (Artt. 1 e 2 II GG), sia il diritto di disporre del proprio corpo possono sottostare, entro certi limiti, alle "indicazioni provenienti" dallo stesso titolare.

Pertanto, gli ausiliari del p.m. (quindi anche gli organi di polizia<sup>(14)</sup> e non solo i rappresentanti dell'ufficio dell'accusa, secondo il § 152 GVG) possono disporre esami molecolari-genetici, in base al § 81 *f* comma 1 StPO, quando tutte le autorizzazioni siano state fornite. Oltre alla richiesta scritta, devono essere osservati i generali requisiti di validità del provvedimento stesso; la persona consenziente deve essere espressamente informata sullo scopo dell'uso dei dati (§ 81 *f*) (StPO). Questa informazione viene spesso resa in forma orale, sebbene l'*intentio legis* e il dato letterale facciano propendere per la necessità di un'autorizzazione scritta. Si potrebbe parlare al riguardo di un "consenso informato", destinato in qualche modo a riequilibrare (almeno in parte) la compressione dei diritti difensivi.

La l. 12 agosto 2005 ha ampliato il novero dei soggetti i cui profili possono essere conservati a fini identificativi in procedimenti penali "futuri", ex § 81 *g*, ricomprendendo i campioni prelevati da persone indagate per delitti particolarmente gravi di natura sessuale, quando sussistono motivi (desumibili dalle modalità del reato, dalla personalità dell'indagato, dalla recidiva o da altre circostanze) per ritenere che i soggetti possano compiere

<sup>(12)</sup> BVG, 15 dicembre 1983, cit., 419. Vengono qui in rilievo i diritti a non rendere testimonianza e a non essere sottoposti coattivamente a trattamenti che importino un sacrificio della libertà di determinazione.

<sup>(13)</sup> Su questi temi L. SENGE, *Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 3028 ss.

<sup>(14)</sup> Con la locuzione tedesca *Hilfsbeamte* si indicano i funzionari di polizia che svolgono funzioni di ausilio a quelle del pubblico ministero. La particolarità risiede nel fatto che questi funzionari hanno raggiunto un determinato grado di carriera e soggiacciono alle prescrizioni dello *Staatsanwalt*.

reati della stessa indole. Si tratta di presupposti giuridici ben determinati che però non hanno del tutto fugato i dubbi di compressione e limitazione della libertà di autodeterminazione del soggetto.

L'ordine del prelievo e dell'analisi molecolare genetica è finalizzato a determinare l'identità e il sesso del soggetto, dovendosi limitare a constatazioni rilevanti per l'indagine, relative ad una tipologia di DNA (§ 81 g comma 2 StPO). Sono invece inammissibili le analisi mirate a giudizi sulla personalità dell'autore. Inoltre la procedura di identificazione del DNA, in conformità alle *leges artis*, deve essere effettuata da soggetti tecnicamente competenti<sup>(15)</sup>. In Germania esiste una differenziazione fra l'ordine di effettuazione del prelievo di cellule corporee e l'ordine dell'analisi molecolare delle suddette cellule. L'ordine di prelievo è impartito generalmente dal giudice (§ 81 g comma 3 StPO); in caso di pericolo connesso all'urgenza, esso può provenire anche dal pubblico ministero o dai suoi ausiliari. L'esame molecolare genetico del materiale prelevato è invece disposto, in base al § 81 g comma 2 StPO, solo dal giudice. Nelle ipotesi di accusato consenziente, non si ricorre, come è evidente, alla procedura suddetta. Secondo il § 81 g comma 3 StPO, se l'accusato non presta il proprio consenso, il giudice competente deve motivare per iscritto il provvedimento, soffermandosi espressamente sui presupposti legittimanti il prelievo stesso.

La classificazione del DNA per i procedimenti futuri e non come fonte di prova nel procedimento penale in corso<sup>(16)</sup> caratterizza il modello tedesco, collegandosi ad una sorta di "prognosi circostanziata di recidiva"<sup>(17)</sup>, quale presupposto per la conservazione e l'utilizzo dei dati, nonché all'obiettivo politico-criminale di contribuire al proscioglimento di soggetti innocenti. Ciò spiega la complessità della questione relativa alla conservazione nel *database* del *Bundeskriminalamt* (BKA)<sup>(18)</sup>, in conformità al § 81 e commi 1 e 2 StPO, di dati che servono come fonte di conoscenza in un processo penale in corso, vista la normale proiezione "a venire" degli esiti conoscitivi scaturenti dai profili.

Questi casi, "riqualificati" (*Umwidmung*) sono regolati dal § 81 g comma 5 StPO che autorizza la registrazione dei suddetti nel *database*

---

<sup>(15)</sup> W. JOECKS, *Studienkommentar StPO*, 1 aufl., München, 2006, § 81 g Rn.3.

<sup>(16)</sup> W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, 10 aufl. Heidelberg, 2008, 293. Sugli obiettivi processuali perseguibili dal § 81 g StPO e sul necessario contemperamento con la libertà di autodeterminazione, cfr. BVG, 18 settembre 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, 281.

<sup>(17)</sup> In Germania sussiste una parificazione tra l'accusato e il soggetto condannato in precedenza con sentenza passata in giudicato, anche in relazione a delitti non gravi che, globalmente considerati, in una situazione di recidiva, oltrepassano la soglia di gravità e rilevanza, legittimando la possibilità del prelievo cellulare.

<sup>(18)</sup> Per indicazioni sulle fonti dei dati inseriti nel BKA e nelle banche dati dei singoli *Länder* (LKA) si veda il sito: [www.bka.de](http://www.bka.de).

del BKA e il loro uso, secondo le prescrizioni dettate dalla stessa legge del BKA. In base al § 81 g comma 5, punto 2, StPO l'accusato deve essere però sospettato di un crimine penale di maggiore rilevanza (anche ai sensi del § 81 g comma 1 StPO) e deve essere effettuato un giudizio prognostico negativo in termini di pericolosità. Il § 81 g comma 5 StPO impone infatti di informare l'accusato della registrazione dei suoi dati, con conseguente possibilità di tutelarsi, analogamente a quanto prescritto dal § 98 comma 2 StPO<sup>(19)</sup>, mediante successive istanze di controllo.

Il legislatore non ha prefissato alcun limite temporale cosicché la "riqualificazione" del § 81 e comma 1 StPO è realizzabile immediatamente, dopo l'effettuazione di questo modello di identificazione del DNA. Se, in seguito, vengono meno i presupposti (per esempio per un proscioglimento o una declaratoria di improcedibilità), l'accusato può chiedere la cancellazione dei suoi dati; fino a quel momento, tuttavia, l'apporto conoscitivo riferibile all'impronta genetica può essere sfruttato. Alcuni autori suggeriscono proprio per questo di consentire una "riqualificazione" solo in seguito al giudizio di primo grado<sup>(20)</sup>, sebbene tale interpretazione non sia a rigore imposta espressamente dal dato normativo vigente.

Nei confronti di soggetti terzi non accusati, in Germania, il prelievo è disposto laddove risulti non assolutamente pregiudizievole per la salute del soggetto e indispensabile per l'accertamento della verità; nel caso di dissenso, vige la regola dettata dal § 81 f, secondo cui è necessaria l'autorizzazione scritta del giudice. Soltanto in ipotesi di urgenza<sup>(21)</sup> gli organi inquirenti (polizia e pubblico ministero) possono disporre un prelievo a carico di terzi. Anche in questo caso, le innovazioni del 2005 sembrano segnare una presa d'atto legislativa del miglioramento delle tecniche e dei metodi di analisi. Tuttavia, è evidente la possibilità di formulare delle riserve critiche su questo tipo di intervento, anche perché a livello processuale l'inutilizzabilità del prelievo e dei conseguenti esiti – posta ad esclusivo interesse del soggetto terzo<sup>(22)</sup> – non può essere fatta valere dall'accusato.

In Germania la prassi ha registrato un frequente utilizzo dei test genetici di massa, riaccendendo il dibattito sulle previsioni esistenti nel codice di rito: in un noto caso di omicidio, ad esempio, le indagini avevano indi-

---

<sup>(19)</sup> In ordine all'intervento del giudice, BGH, 7 maggio 2004, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 689, 2 ARs 73/04. Ci si riferisce in particolare, per analogia, alle previsioni dettate in tema di sequestro probatorio e del relativo controllo di legittimità.

<sup>(20)</sup> L. SENGE, *Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse*, cit., 3032.

<sup>(21)</sup> L'espressione «*bei Gefahr im Verzug*» contemplata nel comma 1 del § 81 f rimanda a casi di imminente pericolo. Su questi concetti e sul tentativo di definirne in maniera rigorosa i confini concettuali: BVerfGE 103, 21, 14 dicembre 2000, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 879, 1121.

<sup>(22)</sup> L. MEYER-GOßNER, *Strafprozeßordnung*, München, 2006, § 81 f Rn. 9.

viduato come probabile colpevole un soggetto possessore di una vettura tipo Porsche, targata Monaco, inducendo per questa via la polizia tedesca a realizzare una gigantesca ed anomala indagine di massa<sup>(23)</sup>. In effetti il § 81 a comma 1, punto 1, StPO non ha potuto rappresentare un sufficiente quadro autorizzativo per queste pratiche, giacché nei test genetici di massa non solo difetta la basilare caratteristica correlata allo *status* d'accusato, ma non sussiste neppure la presenza di un sospetto qualificato a carico del medesimo. La discussione ha coinvolto pure i §§ 81 e, f StPO, lasciando emergere con chiarezza che la fondamentale distinzione debba porsi soprattutto con riguardo al tratto volontario o non volontario del test di massa del DNA, visto che la Corte costituzionale ha ampiamente permesso il ricorso della prassi ai test genetici di serie su base volontaria<sup>(24)</sup>.

Rispondendo a queste sollecitazioni, il legislatore, con l'introduzione del § 81 b StPO, ha inteso regolamentare espressamente i test di massa volontari, imponendo per il prelievo di materiale corporeo l'autorizzazione degli interessati. Ciò ha attenuato solo in parte i toni del dibattito teorico, rimanendo a tutt'oggi problematica e, per molti profili, discutibile l'ammissibilità dell'indagine di "serie genetica" non volontaria. I principali coni d'ombra si addensano sull'effettività e sulla volontarietà del consenso, espresso in questi casi<sup>(25)</sup> in dimensioni per così dire "grupपालi". Il consenso differenzia questa previsione dalle misure disposte secondo il § 81 e StPO (per scopi attuali di accertamento) o secondo il § 81 g StPO (misure adottate per verifiche di identità del DNA, che poi sarà registrato nel file dell'analisi del DNA) che possono invece essere eseguite fondamentalmente anche contro la volontà del soggetto (§ 81 a e § 81 c StPO), anche se nella prassi registra, in un elevato numero di casi, la presenza di specifica autorizzazione dell'interessato.

Riassumendo sinteticamente può dirsi che, se è in corso un'indagine, il pubblico ministero e i suoi ausiliari possono disporre in situazioni di ur-

---

<sup>(23)</sup> Su questi temi C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 143 ss.; in precedenza, EAD., *Un archivio centrale per i profili del DNA nella prospettiva di un «diritto comune» europeo*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 385; P. FELICIONI, *Prova del DNA*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. XII, 411; con aperture ad aspetti biologici e probabilistici, U. RICCI, C. PREVIDERÈ, P. FATTORINI, F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità - Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006, 291 ss.; A. SPINELLA, S. SOLLA, *L'identificazione personale nell'investigazione scientifica: DNA e impronte*, in *Cass.pen.*, 2009, 428 ss.; L. SAPONARO, *Prelievo coattivo del DNA*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. XI, 335; R. DOMENICI, *Prova del DNA*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 372 ss.; V. BARBATO, F. CORRADI, G. LAGO, *L'identificazione personale tramite DNA*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 215 ss. In una specifica angolazione, P. CORSO, *Esame del DNA e reati tributari*, in *Corriere trib.*, 2009, 2814.

<sup>(24)</sup> BVerGE, 27 febbraio 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 1587 ss., con particolare riguardo al principio di sussidiarietà.

<sup>(25)</sup> V. *infra* § 5, 469.

genza accertamenti ed analisi (vedi § 81 *a*, comma 2, § 81 *c*, comma 5, § 81 *f*, comma 1 StPO); l'ufficio del pubblico ministero e i suoi ausiliari possono disporre il prelievo di cellule corporee (§ 81 *g* comma 3 StPO) in situazioni di urgenza, ma non la conseguente analisi molecolare genetica. Nella cornice del § 81 *b* StPO, dettato per le indagini di massa e modellato prevalentemente sul consenso dell'interessato, non è disegnata una specifica disciplina dei casi di emergenza (*Eilfall*).

Differente ipotesi è quella del rinvenimento, da parte della polizia, di tracce sul luogo del delitto provenienti da ignoti. Qui la mancata identificazione dell'autore del fatto, consente alla polizia tedesca di chiedere lo svolgimento di un'analisi mirata del DNA, poiché da un lato si escludono violazioni della *privacy* del soggetto ignoto, dall'altro non operano i divieti generali relativi all'individuazione della razza, o del colore dei capelli dello sconosciuto, *ex* § 81 *e* comma 1 StPO. Siffatta giustificazione non soddisfa del tutto i più attenti osservatori teorici<sup>(26)</sup>, soprattutto ove si pensi alla possibilità di comparazione del profilo e di futura identificazione dell'autore.

Come detto la modifica del § 81 *g* StPO ha consentito di superare la riserva di giurisdizione, laddove l'accusato fornisca l'autorizzazione scritta al prelievo – secondo il § 81 *g* comma 1 StPO – e all'analisi molecolare genetica, *ex* § 81 *g* comma 3 StPO. L'autorizzazione presuppone tuttavia che l'indagato abbia ricevuto anche un'ampia e dettagliata informazione sull'uso e sull'archiviazione dei dati nel *database* del DNA, istituito presso l'ufficio di polizia federale *Bundeskriminalamt*. A prevalere è ancora una volta la conoscibilità delle finalità cui è preordinata l'analisi, quale valore idoneo a controbilanciare in qualche misura la compressione dei diritti dell'accusato. Naturalmente, anche nel caso di un'autorizzazione valida, si pone il problema del giudizio prognostico di reiterazione del reato, cui ancorare il provvedimento relativo al prelievo, dato che la Costituzione tedesca, ispirata ad una rigorosa interpretazione dei diritti fondamentali, esige un vaglio di pericolosità giuridicamente fondato. È indubbio tuttavia che, soprattutto nei casi di urgenza, sia rimessa sostanzialmente all'ufficio dell'accusa la fondamentale valutazione riguardo la sussistenza dei presupposti fattuali e normativi connessi a tale "pericolo", con un'inevitabile amplificazione della sfera di discrezionalità.

Un altro problema interpretativo si è registrato riguardo l'obbligo degli uffici del pubblico ministero, in caso di consenso da parte del soggetto, di fornire comunque una motivazione scritta, in conformità al § 81 *g* comma 3 StPO. Ragionando nel senso di correlare l'obbligo motiva-

---

<sup>(26)</sup> Non sono mancate critiche da parte della dottrina: cfr. H. SATZGER, *DNA-Massentests*, *loc. ult. cit.*.

zionale all'obiettivo di fornire all'accusato la possibilità di difendersi con mezzi giuridici dall'intervento coattivo, la prassi ha finito per affievolire il valore della motivazione, laddove lo stesso accusato abbia prestato la propria autorizzazione per iscritto. Il § 81 g comma 2 StPO non dovrebbe dunque trovare applicazione nelle ipotesi di intervento dello *Staatsanwalt* (su consenso dell'accusato), ma l'effetto deteriore evidente di questo ragionamento si ripercuote inevitabilmente sul diritto di sottoporre a critica lo stesso provvedimento autorizzativo.

Come detto, il § 81 g StPO, introdotto dalla l. 7 settembre 1998, consente, oltre alle descritte attività di prelievo, la conservazione dei profili genetici delle persone sospettate o condannate<sup>(27)</sup>. Al proposito il § 4 della legge istitutiva della Banca Dati nazionale del DNA in Germania fa ammissione esplicita del sacrificio che la conservazione impone rispetto alla tutela del bene giuridico fondamentale della "libertà di determinazione" del soggetto; inoltre, sulla base della normativa regionale (*Landesrecht*), l'utilizzo di modelli di determinazione del DNA può essere preordinato, in conformità al § 161 comma 2 StPO, alla realizzazione di scopi di persecuzione penale.

Normalmente la cancellazione dei profili avviene dopo cinque o dieci anni dal passaggio in giudicato dalla sentenza, a seconda che si tratti di soggetti minorenni o maggiorenni. Essa è imposta quando si tratti di un profilo genetico relativo ad un soggetto terzo presente sul luogo del delitto, ma estraneo alla dinamica dell'illecito penale. In questo caso la distruzione rappresenta un'esplicazione diretta della tutela della riservatezza di quest'ultimo. Non esiste, invece, un limite temporale di conservazione per i campioni in quanto le disposizioni processuali principali si riferiscono alla necessità che la distruzione avvenga «immediatamente, una volta venuta meno la necessità di analisi», individuando così parametri temporali elastici<sup>(28)</sup>.

La mancata previsione di tempistiche conservative più stringenti nel

---

<sup>(27)</sup> Deve trattarsi di reati gravi, puniti con pena non inferiore a un anno di reclusione ovvero di reati sessuali o delitti contro l'incolumità pubblica quando le modalità del fatto, la personalità dell'indiziato o altre circostanze facciano presumere che queste persone saranno coinvolte in altri procedimenti penali in ordine alle stesse tipologie di illeciti.

<sup>(28)</sup> K. ROGALL, in *SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Neuwied, 1986 ss., § 81 g Rn. 87. Il § 81 a disciplina la distruzione dei campioni ritenendo che essa debba avvenire immediatamente, una volta venuta meno la necessità di analisi rispetto allo scopo di stabilire fatti di rilievo per l'accertamento. La previsione è richiamata poi dall'art. 81 c comma 5, punto 2. Il § 81 g comma 2, punto 1 dispone nello stesso termine la distruzione delle cellule estratte per l'analisi genetica molecolare (distruzione che deve essere documentata). In conformità l'art. 81 b, comma 3, punto 1 StPO con un espresso richiamo. Sono previsti però dei termini differenti per i minorenni (cinque anni), e i maggiorenni (dieci anni).



contesto tedesco viene giustificata dagli obiettivi di politica criminale correlati all'accertamento processuale. L'argomento più frequentemente proposto è quello secondo il quale i modelli di identità di DNA (anche oltre la morte dell'accusato) potrebbero talvolta risultare assai utili, in concreto, per disculpate soggetti innocenti<sup>(29)</sup>. La possibilità di un "uso congiunto" dei file relativi alle analisi del DNA da parte di diverse autorità federali e delle forze di polizia regionali rende inoltre assai complessa la verifica delle avvenute cancellazioni, in quanto sarebbe necessario chiedere ed ottenere informazioni specifiche sul punto a tutti i singoli *Bundesländer*.

L'aspetto più delicato è costituito proprio dalla presenza accanto alla Banca dati nazionali, istituita presso il BKA, con il compito di elaborare dati per finalità preventive, repressive e di cooperazione giudiziaria internazionale, di ulteriori Banche dati presso i vari corpi di polizia per la conservazione dei risultati degli esiti scaturiti dai controlli (la tecnica è detta del *Schleppnetzfabndung*). I §§ 98 a, b StPO consentono infatti la consultazione dei dati personali e la comparazione con i profili delle persone sospettate di reato (*Rasterfabndung*). La condizione essenziale per la conservazione dei dati personali a fini identificativi ai sensi del § 152 comma 2 StPO è che ci sia un sospetto iniziale di reato (*Anfangsverdacht*), nei confronti di una persona per uno dei delitti previsti dal § 98 a. Questa previsione della *Rasterfabndung*, inizialmente contemplata dalla legislazione di alcuni *Länder*<sup>(30)</sup>, è stata dichiarata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* con una significativa sentenza del 4 aprile 2006<sup>(31)</sup> che ha lasciato ugualmente persistere

<sup>(29)</sup> Sugli aspetti problematici della disciplina K. ROGALL, *Die DNA-Analyse im Strafverfahren – Eine endlose Geschichte*, in *Festschrift für Friedrich-Christian Schröder*, Heidelberg, 2006, 691 ss.

<sup>(30)</sup> Nord Westfalia § 31 PIG WF 1990.

<sup>(31)</sup> La complessa tecnica investigativa (detta «indagine a setaccio», *Rasterfabndung*), già sperimentata nella lotta al terrorismo interno negli anni 1970, è stata estesa e potenziata per le indagini sul terrorismo internazionale, consentendo di compiere selezioni di determinati gruppi di persone dalle banche dati pubbliche o private sulla base di criteri presuntivi, e pertanto problematici sotto il profilo della compatibilità con i diritti fondamentali. Il giudice costituzionale tedesco, con una operazione di bilanciamento, ha ritenuto in linea di principio compatibile con il diritto all'autodeterminazione informativa del singolo tale controllo preventivo nei confronti di sospetti terroristi, laddove sussista un pericolo concreto per beni giuridici meritevoli della massima tutela, come l'esistenza dello Stato o la vita e la libertà delle persone. Si è invece escluso un impiego di queste tecniche quali «normale» strumenti investigativi ovvero mezzi di prevenzione generica del pericolo di attentati terroristici. (BVerfGE 115, 320 (1. Senato, ord. 4 aprile 2006 – 1 BvR 518/02), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1939, con nota di W. BAUSBACK, *Fesseln für die wehrhafte Demokratie?*, *ibidem*, 1922 ss. Cfr. altresì U. VOLKMANN, *Grenzen der präventiven Rasterfabndung*, in *Juristen-Zeitung*, 2006, 906 ss.; G. KETT-STRAUB, *Rasterfabndung fällt durch das Raster des Grundgesetzes*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, n. 9, 447 ss.; V. BALDINI, *L'incostituzionalità della Rasterfabndung, overrossia, alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio tra stato di diritto e «stato di prevenzione»*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. Ni-

una vivace discussione sulle banche dati presenti nei singoli *Länder* e, soprattutto, sulle ripercussioni correlate all'utilizzazione processuale di queste informazioni, all'interno di un panorama normativo così complesso e articolato.

La flessibilità delle scansioni temporali di conservazione e la processualizzazione di scopi di difesa sociale propri del diritto penale sostanziale, (seppure mitigata dall'esigenza di tutela degli innocenti nei procedimenti penali futuri), lasciano scorgere dunque un rischio di vessazione dei diritti dei soggetti coinvolti dal prelievo e dalla conservazione, rispetto al contrapposto obiettivo generale di accertamento dei reati<sup>(32)</sup>.

#### 4. Italia-Germania: obiettivi comuni ed esiti diversificati.

Com'è noto, il legislatore italiano solo recentemente ha proceduto alla regolamentazione del prelievo di materiale biologico e all'istituzione di una Banca dati nazionale del DNA (l. 30 giugno 2009, n. 85, di autorizzazione alla ratifica al Presidente della Repubblica per l'adesione al Trattato di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera per la lotta al terrorismo, alla criminalità transnazionale e all'immigrazione illegale). Ciò è avvenuto mediante un delicato bilanciamento tra le esigenze di disciplina positiva del profilo genetico, utile<sup>(33)</sup> al processo penale per risalire agli autori del fatto, e il bene di rilevanza costituzionale della riservatezza relativa ai dati personali<sup>(34)</sup>.

---

SCO, *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea*, (Luftsicherheitsgesetz), in *Cass.pen.*, 2007, 792).

<sup>(32)</sup> La soluzione dell'omicidio di un noto sarto tedesco era seguita alla comparazione del DNA del materiale biologico rinvenuto sul corpo della vittima con il profilo genetico dell'autore, conservato nella banca dati. Il paradosso è che nel caso specifico l'indagato aveva originariamente consentito al deposito del proprio profilo per essere scagionato dall'accusa relativa ad un'altra indagine; a quel primo proscioglimento aveva invece fatto seguito l'accusa per l'omicidio. Il Procuratore di Monaco, nel giustificare la conservazione e l'uso del profilo, aveva osservato che, sia pure *ex post*, vi era un sospetto di reiterazione del reato. Criticamente sull'episodio, V. SELLAROLI, *Analisi del DNA e processo: in quale senso è una novità?*, in *Aa.Vv.*, *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Torino, 2006, 77.

<sup>(33)</sup> Come si ricorderà la Consulta (C. cost., 9 luglio 1996, n. 238, loc. cit.) aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, c.p.p. nella parte in cui consentiva che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponesse misure comunque incidenti sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, «al di fuori di quelle specificamente previste nei casi e nei modi dalla legge».

<sup>(34)</sup> In chiave critica sulla effettiva riuscita di questo bilanciamento, P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in P. TONINI, P. FELICIONI, A. SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo biologico, Gli Speciali di Diritto Penale e Processo*, Milano, 2/2009, 3 ss.; ID., *Informazioni genetiche e processo penale a*

La protezione della riservatezza emerge in particolare ove si guardi all'archiviazione nella Banca dati nazionale dei profili genetici tipizzati dal laboratorio centrale (artt. 5 – 20 l. n. 85 del 2009); il rilievo del bene della libertà personale è ravvisabile soprattutto nella regolamentazione del prelievo di materiale biologico e delle analisi genetiche disposti dalle autorità nel corso del procedimento penale (artt. 24-29)<sup>(35)</sup>. I due nuclei della legge scontano il difetto di rappresentare la confluenza di due differenti progetti<sup>(36)</sup>, il che rende in alcuni punti poco armonica la disciplina complessiva.

Seppure con l'avvertenza metodologica di fondo circa l'indispensabilità di tenere ben distinti i sistemi processuali italiano e tedesco, caratterizzati da dinamiche non sempre accumulabili, il recente adeguamento italiano consente di operare un raffronto di tipo comparato<sup>(37)</sup> con la disciplina tedesca, individuando alcuni nuclei tematici comuni e taluni esiti differenziati, utili anche in vista degli obiettivi di progressiva armonizzazione delle giurisdizioni nazionali.

Molte similitudini si rinvergono a livello nomenclatorio. La previsione italiana, contenuta nell'art. 6 l. 85 del 2009 contempla le definizioni di DNA, campione biologico, profilo e reperto, mentre in Germania le suddette nozioni sono implicite nel contenuto dei §§ 81 e seguenti del codice di rito tedesco ove si fa riferimento alle tracce, al materiale genetico, ai campioni biologici, al prelievo, e agli esami (§§ 81 *e, a, c* StPO).

Pur non pervenendosi ad un'elencazione analiticamente accostabile a quella prescelta dal legislatore italiano, può tuttavia asserirsi che il codice tedesco utilizzi in realtà dei termini funzionali sostanzialmente corrispon-

---

*un anno dalla legge*, in *Dir.pen.proc.*, 2010, 884 ss. Sul tema cfr., altresì, AA.AA., *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, a cura di A. Scarcella, Padova, 2009; AA.VV., *Banca Dati e accertamento penale*, a cura di L. Marafioti, L. Luparia, Milano, 2010; G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur.it.*, 2010, 1217.

<sup>(35)</sup> Cfr., per una tale enucleazione, P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in P. TONINI, P. FELICIONI, A. SCARCELLA, *Banca dati*, cit., 6 ss.

<sup>(36)</sup> L'anomalia originaria è evidenziata da P. TONINI, *Informazioni genetiche*, cit., 883 secondo cui le due "entità" creano dei conflitti interni. In particolare, all'attenzione massima accordata alla riservatezza si contrappone il minor valore attribuito al diritto alla prova del difensore.

<sup>(37)</sup> Si vedano i classici rilievi di M. ANCEL, *Utilità e metodo del diritto comparato: elementi di introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Camerino, 1974, *passim*; A. GAMBARO, P. G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Digesto*, IV ed., Torino, III, 1988, 45 ss.; M. DONINI, *Il volto nuovo dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 189 ss., spec. 196 secondo cui la comparazione, modernamente intesa, contribuisce a relativizzare i concetti, a contestualizzarli a livello storico, senza però precludersi lo scopo di costruire categorie dialoganti, di effettuare analisi strutturali su casi e nozioni. Sul tema v., altresì, L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 4 ss.

denti<sup>(38)</sup>. Inoltre, in linea con la costante attenzione riservata dal panorama tedesco alle concrete ricadute applicative dell'analisi del DNA, si tende in quel contesto a declinare incursioni legislative sui dettagli tecnici e scientifici di competenza dei soggetti pubblici impegnati nella tipologia di accertamento in questione. La definizione legislativa di "tipizzazione" si limita infatti a parafrasare il processo dell'indagine molecolare genetica (§ 81 e StPO), senza escludere o preferire determinate tecniche di indagine<sup>(39)</sup> e senza indicare quali parti del DNA siano da esaminare.

Sostanziali omogeneità si rinvengono nei sistemi italiano e tedesco, ove si sposti l'attenzione sul fronte degli organismi e dei soggetti preposti ai controlli. In Italia, la Banca dati nazionale del DNA istituita presso il Ministero dell'interno (Dipartimento Pubblica Sicurezza) e il Laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA avente sede presso il ministero di Giustizia (Dipartimento Amministrazione Penitenziaria), sono rispettivamente sottoposti alla vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali, e del Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie. Tali funzioni mirano essenzialmente al rispetto delle disposizioni attinenti alle metodologie di analisi dei reperti e campioni biologici (art. 11), nonché alle modalità di trattamento, di accesso dei dati e tracciabilità dei campioni (art. 12). Il quadro, ispirato dalla professionalizzazione del personale e dall'obbligo del segreto, trova completamento con l'introduzione di una specifica fattispecie penale che punisce il pubblico ufficiale che comunichi o faccia uso dei dati e delle informazioni violando le disposizioni della legge (art. 14 l. n. 85 del 2009).

L'omologo panorama tedesco dei controlli muove dalla previsione del § 81 e StPO che impone all'incaricato di una perizia sul DNA il segreto professionale su tutti gli esiti dell'attività compiuta, nel duplice obiettivo di tutelare il diritto alla riservatezza del privato coinvolto e l'interesse più generale per il segreto investigativo. Preposta alla verifica di questi doveri è l'autorità garante della privacy (*Datenschutzbeauftragter*), con competenza nei confronti di tutti gli specialisti chiamati allo svolgimento di queste tipologie di accertamento. Le analisi in Germania sono difatti prevalentemente eseguite dall'Istituto di medicina legale tedesco, articolato in 16 diversi uffici federali. Ma è possibile anche rivolgersi a istituti universitari o a laboratori forniti di determinati standard qualitativi. Va precisato che in Germania, pur non sussistendo una fattispecie punitiva *ad hoc*, analoga a quella

---

<sup>(38)</sup> Cfr., altresì, i §§ 81 e, b, StPO. Nel § 81 g, comma 1 StPO è contemplato il "modello di identificazione del DNA". Il diritto penale tedesco tiene in considerazione la protezione e il trattamento dei dati soprattutto nella legge federale della protezione dei dati (BDSG).

<sup>(39)</sup> Si pensi ad eventuali limiti posti alla tipizzazione, mediante l'impiego di diversi marcatori genetici poliformici, *Short Tandem Repeats (STR)*.

appena disegnata dal legislatore italiano, al § 203, comma 2 StGB, risultano punibili, in chiave generale le condotte di violazione o comunicazione non autorizzata di un segreto d'ufficio<sup>(40)</sup> da parte di persone incaricate di un servizio pubblico.

Se in Italia è espressamente previsto che oggetto di analisi siano le sequenze del DNA non idonee a identificare eventuali patologie dell'interessato (art. 11 comma 3 l. n. 85 del 2009), in perfetta analogia, il sistema tedesco al § 81 g comma 2 seconda parte StPO fa divieto di usare profili del DNA per finalità diverse da quelle dell'accertamento penale, quali ad esempio il compimento di indagini sulla personalità o sul patrimonio genetico del condannato<sup>(41)</sup>. A tal proposito, significativi spunti garantistici sono stati offerti, come già ricordato, dalla Corte costituzionale tedesca. Il § 81 f comma 2 StPO tutela espressamente la *privacy* del soggetto che ha subito il prelievo. Il perito non ne conosce infatti le generalità. Durante la fase d'indagine coperta dal segreto istruttorio, la persona deve essere avvertita del provvedimento sulla perizia genetica, salvo che ciò non arrechi pregiudizio all'inchiesta, ovvero non costituisca un pericolo per la sicurezza pubblica o per l'incolumità fisica delle persone<sup>(42)</sup>. La segretezza rappresenta un profilo che il sistema tedesco pone in correlazione anche con la maggiore attendibilità dell'accertamento.

L'acquisizione del campione biologico, ovvero della quantità di sostanza biologica prelevata sulla persona sottoposta alla tipizzazione, è stata regolamentata in Italia nell'ambito della perizia (art. 224 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 24 della l. n. 85 del 2009) o dell'accertamento tecnico del pubblico ministero (art. 359 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 25 l. n. 85 del 2009) in un'alternativa correlata al consenso dell'interessato o alla coazione che rende necessaria l'autorizzazione del giudice. Quest'ultimo interviene anche nella forma della convalida successiva, qualora il p.m., nei casi di urgenza, se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, abbia disposto l'accertamento tecnico.

Relativamente al consenso non si è mancato di osservare come lo stesso rappresenti una sorta di *passapartout* rendendo il prelievo possibile per qualsiasi tipo di reato, nei soli casi di pertinenza e rilevanza (e non di assoluta necessità, come richiesto per il prelievo coattivo), e sia destinato ad operare pure in assenza dei limiti disegnati dal legislatore per il prelievo imposto, contrassegnati dal pericolo per l'integrità fisica e la salute<sup>(43)</sup>.

<sup>(40)</sup> Questo reato è punito con la reclusione fino ad un anno e con sanzione pecuniaria.

<sup>(41)</sup> Il § 81 g, comma 2, punto 2, StPO, permette l'analisi volta all'identificazione del DNA e alla determinazione del sesso.

<sup>(42)</sup> Cfr. il § 101 comma 1 StPO, che richiama il § 81 *e* sulle indagini genetiche.

<sup>(43)</sup> Cfr. P. TONINI, *Informazioni genetiche*, cit., 886 ss. In giurisprudenza sul consenso

In Germania, specularmente, il § 81 *g* StPO da un lato prevede il superamento della riserva di giurisdizione, in presenza di un'autorizzazione scritta del soggetto, quando questi sia stato compiutamente informato sulle finalità cui è preordinato il prelievo e sulla conservazione dei dati. Inoltre, il consenso scritto attenua in qualche modo l'obbligo motivazionale dello *Staatsanwalt*, involgendo anche il diritto di impugnativa del provvedimento autorizzativo.

In chiave assai simile alle disposizioni del nostro codice i campioni organici, una volta raccolti, vengono analizzati mediante perizia, in base al § 81 StPO. Il § 244 commi 4 e 5 detta le regole sull'ammissione della prova peritale: il giudice tedesco sceglie liberamente di avvalersi del perito, ma incorre in violazione dei doveri giudiziari ogniqualvolta sopravvaluti la propria competenza tecnica in determinate materie, esulanti dall'ambito strettamente giuridico. Il perito compare in dibattimento e depone sotto giuramento; nel caso di richiesta di una delle parti, può consultare dei documenti e presenziare all'interrogatorio dell'imputato. Non esistono albi obbligatori di periti analoghi a quelli italiani; i periti tedeschi qualificati operano presso strutture pubbliche, in qualità di impiegati o dipendenti, ma non appartengono, né sono subordinati agli organi che compiono le indagini (pubblico ministero e polizia). Tale divieto mira ad ottenere un risultato conoscitivo più attendibile<sup>(44)</sup>. Delle indicazioni concrete, maggiormente dettagliate, riguardo ai periti per l'analisi del DNA, si rinvencono nel § 81 *f* comma 2, ove è contenuto un riferimento a materiali e strutture organizzative idonee alla raccolta, all'analisi, alla conservazione, a garanzia della peculiare professionalità peritale, nonché della sicurezza della catena custodiale.

Secondo il § 73 comma 1 StPO è il giudice (ovvero, nel corso dell'indagine preliminare l'ufficio del pubblico ministero in conformità al § 161 commi 1 e 2 e al § 73 StPO) a scegliere i propri consulenti. Tale facoltà sottende una serie di implicazioni problematiche, poiché l'individuazione del perito può cambiare in modo basilare l'esito del processo<sup>(45)</sup>. Nella prassi tedesca i giudici tendono a "riproporre" per il dibattimento principale gli stessi periti che il pubblico ministero ha scelto durante le indagini, con ripercussioni facilmente intuibili sull'accertamento finale. A riequilibrio del sistema è, però, prevista la possibilità che l'accusato, nell'ambito dei diritti delineati dal § 244 comma 4 StPO, possa a sua volta chiedere l'esame da parte di un ulteriore perito.

---

legittimante il prelievo di campioni dall'imputato, Cass. sez. I, 23 ottobre 2008, Tripodi, in *Cass.pen.*, 2009, 4349.

<sup>(44)</sup> R. ORLANDI, G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo germanico*, cit., 766.

<sup>(45)</sup> K.DETTER, *Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, 57, 58.

Nel nostro Paese i campioni biologici di indagati, imputati o condannati ristretti nella libertà personale vengono prelevati *ex lege*, per effetto diretto della cautela in corso, senza necessità di un'autorizzazione giudiziale. Le ragioni di politica criminale che hanno determinato un tale stato di cose – rinvenibili nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 905 che ha portato alla l. n. 85 del 2009 – implicano una sorta di “assorbimento della limitazione del diritto alla riservatezza”, nell’ambito della più ampia “compressione” connaturata nella massima misura privativa della libertà personale, che però, a nostro parere, dovrebbe involgere *in parte qua* anche il diritto di impugnativa del provvedimento.

In Germania, dopo la l. 12 agosto 2005, il prelievo in sede cautelare segue invece le già descritte regole dettate dal § 81 g (autorizzazione del giudice o, nei casi di urgenza, provvedimento del p.m. o dei suoi ausiliari), con necessità di fornire informazioni al soggetto sulle finalità del prelievo. Non esiste dunque una differenziazione fondata sullo *status libertatis*. Le premesse per l'applicabilità della disciplina contemplata nel § 81 g StPO non discendono dal fatto che l'interessato sia cioè un accusato, un soggetto sottoposto a cautela, o un condannato<sup>(46)</sup>, essendo l'analisi del DNA in quel Paese tendenzialmente diretta – almeno in astratto – ad evitare persecuzioni penali future per i soggetti non responsabili. Il raffronto sistematico differente mette in luce la caratteristica scelta compiuta dal legislatore italiano di modulare la necessità di un provvedimento giudiziale di analisi del DNA, a seconda dello stato del processo o del soggetto interessato al provvedimento.

Con riguardo ai campioni biologici di cadaveri non identificati o di consanguinei di persone scomparse in Italia si è prevista la tipizzazione del DNA e l'identificazione dei medesimi con finalità direttamente<sup>(47)</sup> o indirettamente<sup>(48)</sup> correlabili al processo penale. Questa tipizzazione non è demandata al laboratorio centrale, potendo essere compiuta pure da laboratori specializzati di medicina legale che invieranno i risultati delle loro analisi alla Banca nazionale dei dati.

Una regolamentazione analoga, riferita ai cadaveri di soggetti non identificati o ai consanguinei di persone scomparse in Germania, si rinviene nella disciplina del *file* dell'analisi del DNA, mirante alla “verifica di identità in processi penali futuri” (§ 81 g comma 1 StPO). In queste ipotesi la registrazione di dati, relativi a defunti non identificati o anche a persone che risultano disperse avrà lo scopo precipuo ed esclusivo di chiarire la loro identità. Esistono tuttavia delle regolamentazioni regionali speci-

---

<sup>(46)</sup> Si veda il rimando in § 81 g, comma 4, punti 1-3.

<sup>(47)</sup> Si pensi al cadavere di un soggetto deceduto, ritrovato su indicazione di un chiamante in correità.

<sup>(48)</sup> È il caso dei reperti conseguenti a sciagure.

fiche sulla verifica di identità nel caso di soggetti incapaci, privi di assistenza e non in grado di rivelare la loro identità o nel caso di soggetti deceduti<sup>(49)</sup>. A livello federale si prevede la possibilità di fornire informazioni relative al file di analisi del DNA con scopi di “difesa dal pericolo” (*Gefahrenabwehr*, ai sensi del § 81 g, comma 5, punto 3 StPO). In questo modo la polizia competente nei singoli *Länder* può constatare, nel caso di defunti non ancora identificati, se il modello di identità sia registrato o meno nel file dell’analisi del DNA presso il BKA.

Tratto generale della disciplina, comune all’Italia e alla Germania, è il rispetto del principio di tassatività. Esso rappresenta un dato tipizzante la soluzione legislativa italiana, ove la regolamentazione è assai puntuale prevedendo il prelievo in positivo solo quando si tratti di delitti dolosi, consumati o tentati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni o per alcuni reati espressamente indicati dalla legge<sup>(50)</sup>.

Sul versante tedesco nel § 81 g è contenuto il richiamo ai reati sessuali per il prelievo coattivo e la conservazione dei relativi profili genetici, mentre il § 81 b si riferisce a reati contro la vita, l’integrità fisica, la libertà personale e sessuale.

In questo secondo contesto l’elenco dei reati, pur riproponendo per certi versi il paradigma della tassatività, finisce tuttavia per essere stemperato in sede applicativa; infatti il sospetto della commissione di qualsiasi reato di rilevante gravità quale causa legittimante il prelievo coattivo per i soggetti indiziati effettuato da un medico su autorizzazione del giudice in conformità al dato testuale contenuto nel § 81 a, di fatto, apre la strada ad un’interpretazione estensiva delle fattispecie per le quali prelievi e analisi sono in realtà consentite.

I presupposti legislativi fissati per il prelievo e per l’esame del DNA consentono dunque nella prassi tedesca margini ermeneutici abbastanza ampi, pur dinnanzi ai presupposti fondamentali della gravità del delitto in contestazione e della prognosi negativa di recidiva del soggetto. Il primo elemento riconduce a un delitto di importanza rilevante<sup>(51)</sup> o a un delitto

---

<sup>(49)</sup> Vedi, per esempio, § 15 a Nds. SOG (*Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*).

<sup>(50)</sup> L’art. 9 si riferisce a procedimenti penali a carico di soggetti per delitti non colposi per i quali è previsto l’arresto facoltativo in flagranza. Una clausola espressa esclude la possibilità di effettuare prelievi quando si tratti di altra tipologia di illeciti, quali i reati contro l’amministrazione della giustizia, i reati previsti dal codice civile; i reati in materia tributaria, i reati contemplati dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Si tende così a limitare l’immissione indiscriminata di dati nella Banca nazionale.

<sup>(51)</sup> Cioè a un delitto grave. L. MEYER-GOßNER, *Strafprozeßordnung*, München, 2006, § 81 g Rn. 7 a, sottolinea come l’indeterminatezza della formula della “rilevante importanza” viene corretta dalla prassi e riferita almeno ai delitti di “media” criminalità. La gravità non



sessuale; il secondo impone una motivazione idonea a suffragare in concreto l'ipotesi secondo cui l'interessato sarà indagato in futuro per delitti reiterati, anche diversi, rispondenti a requisiti di una certa gravità. Entrambi i parametri sono però esposti alle forzature discendenti dall'ampia discrezionalità valutativa concessa agli organi inquirenti tedeschi<sup>(52)</sup>, come testimoniano le statistiche che individuano una positiva proiezione degli esiti delle analisi del DNA raccolto o prelevato per risalire, ad esempio, anche ad autori di delitti contro il patrimonio particolarmente gravi<sup>(53)</sup>. Ed è significativo che a corredo delle statistiche siano menzionati i casi risolti grazie alla prova del DNA e si metta in evidenza in particolare l'uso *in bonam partem* della prova suddetta al fine di riconoscere l'estraneità a fatti gravi di reato da parte di soggetti erroneamente coinvolti dalle indagini tradizionali.

Va precisato che laddove un prelievo di cellule corporee per un'indagine molecolare genetica, secondo il § 81 g StPO, fosse disposto in relazione a un reato che non risulti essere grave in concreto (vedi § 81 g comma 1 StPO<sup>(54)</sup>) ovvero per un reato non rientrante nella previsione di cui al § 81 b StPO, indubbiamente, si potrà pregiudicare il valore probatorio dei risultati delle analisi suddette. La mancanza di presupposti per l'effettuazione di indagini di questo tipo si ripercuoterà, infatti sulla sorte delle cellule, che dovranno conseguentemente essere distrutte in quanto non necessarie, né utili, allo scopo disegnato dal legislatore. Inoltre i modelli di identificazione del DNA, contenuti nel file dell'analisi del DNA, non potranno essere utilizzati per eventuali processi penali futuri, laddove difettino i descritti requisiti materiali per procedere all'analisi originaria.

I presupposti della gravità del delitto e della prognosi di pericolosità si riferiscono anche ai casi del § 81 b StPO disciplinante i c.d. test di massa. Qui però vige una peculiarità, in quanto la legittimità del provvedimento si basa sempre su una combinazione fra l'autorizzazione del giudice e l'obbli-

---

viene valutata in astratto, bensì con riguardo alla concreta offensività. Infine, secondo la giurisprudenza tedesca, le fattispecie bagattellari non possono essere ricondotte nel novero dei delitti di particolare importanza neppure nei casi di recidiva.

<sup>(52)</sup> Vedi E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin, 2004, § 81 g Rn. 84; L. MEYER-GOßNER, *Strafprozessordnung*, cit., § 81 g Rn. 23.

<sup>(53)</sup> Si rimanda alla tabella-statistica riportata in appendice al presente lavoro tratta dal sito <http://www.bka.de/profil/faq/dna02.html>. I delitti di furto descritti nei §§ 243, 244, 244 a StGB sono peculiarmente aggravati dall'uso delle armi o dallo scasso.

<sup>(54)</sup> Cfr., da ultimo il provvedimento del Landgericht di Münster, 5 gennaio 2010 leggibile sul sito [www.kanzlei-rosenplatz.de/infopool](http://www.kanzlei-rosenplatz.de/infopool) a proposito della necessità di operare un accertamento ai sensi del § 81 g solo per delitti particolarmente gravi e rilevanti, preferendo in adesione al principio di proporzionalità, tecniche meno invasive (quali ad esempio il rilevamento delle impronte digitali, ai sensi del § 81 c StPO) laddove si tratti di illeciti di minore gravità.

gatorio consenso dell'interessato. Eventuali infrazioni formali o materiali rispetto alla necessità di un ordine scritto non implicano l'inutilizzabilità degli esiti, laddove non privino di validità l'autorizzazione del soggetto, che sarà utile dunque anche a "compensare" difetti o patologie processuali non gravi<sup>(55)</sup>. Se, invece, il test genetico di serie fosse disposto, ad esempio, con riguardo a reati non rientranti nel novero contemplato dal legislatore, allora potrà profilarsi una vera e propria illegittimità dell'atto, con un successivo divieto di utilizzazione.

Sostanzialmente analoghi nei sistemi italiano e tedesco appaiono anche molti presupposti per l'accesso alla Banca dati nazionale del DNA, che nel nostro paese è consentito alla polizia giudiziaria e all'autorità giudiziaria esclusivamente per fini di identificazione personale, nonché per le finalità di collaborazione internazionale di polizia. I medesimi soggetti, per le medesime finalità, potranno conoscere i dati contenuti nella banca dati nazionale del DNA; nel caso di richiesta della polizia giudiziaria, sarà però necessaria l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 12 comma 2 l. n. 85 del 2009). La dottrina italiana, pur apprezzando sostanzialmente i contenuti novativi della disciplina, ha però giustamente osservato come la regolamentazione della Banca dati nazionale e del Laboratorio centrale del DNA non abbia di fatto contribuito a disciplinare i profili genetici archiviati nelle Banche dati già esistenti presso i vari corpi di polizia, né abbia specificato come debbano essere conservati i relativi campioni biologici<sup>(56)</sup>.

Parallelamente in Germania, la regolamentazione del trattamento dei dati con finalità di difesa e di prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori illeciti, rientrando fra le competenze dei singoli *Länder*, rende assai variegato il panorama normativo. Nella prassi tedesca il *file* relativo all'analisi del DNA, che si trova presso il BKA, è infatti suscettibile di un "uso congiunto" da parte di diverse autorità. Tale gestione collettiva fa sì che la responsabilità per la protezione e per il controllo sui dati spetti sia all'autorità federale corrispondente, sia (spesso) anche a quella regionale (§12 comma 2 BKAG<sup>(57)</sup>). L'uso di questi modelli di determinazione del DNA nel processo penale concerne evidentemente il file, il cui contenuto informatico è messo a disposizione e trasmesso in conformità al § 81 g, comma 5, punto 3, StPO alle autorità richiedenti. I *database* sono infatti funzionalmente preordinati alla determinazione dell'identità, nonché allo scopo di operare confronti fra le diverse identità sussistenti. Ciò, sia per

---

<sup>(55)</sup> Cfr., E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81 b Rn. 36,

<sup>(56)</sup> P. TONINI, *Accertamento del fatto*, cit., 3.

<sup>(57)</sup> Il controllo e la protezione dei dati spetta all'organo federale o al corrispondente regionale, responsabile per la protezione dei dati (vedi §12 comma 3 BKAG).

obiettivi di persecuzione penale, sia per finalità preventive correlate alla “difesa dal pericolo”. Le competenze reciproche della polizia e dell’ufficio del pubblico ministero tedesco riservano prevalentemente al pubblico ministero un utilizzo dei *database* (§ 11, comma 4, punto 2, nr. 3 *Bundeskriminalamtgesetz*<sup>(58)</sup>). Va detto inoltre che le autorità regionali, dinnanzi a richieste dell’ufficio del pubblico ministero avanzate in conformità al §161 comma 1 StPO per obiettivi di persecuzione penale, possono anche rifiutare di fornire le informazioni in presenza di specifiche prescrizioni<sup>(59)</sup> o a causa di una sorta di “provvedimento di diniego”, disciplinato dal § 96 StPO (*Auslieferung von Akten*).

La dimensione duplice (federale e regionale) traspare inoltre con riguardo alle già menzionate indagini a maglie larghe (*Rasterfabndung*) per le quali sussistono differenze anche significative nelle varie regioni: ad esempio nel Bayern<sup>(60)</sup> e nel Mecklenburg-Vorpommern<sup>(61)</sup> la disciplina appare più restrittiva e maggiormente conforme alle indicazioni censorie che sono provenute dalla Corte costituzionale tedesca<sup>(62)</sup>, laddove esse vengano poste a raffronto con l’analoga regolamentazione vigente nel Nordrhein-Westfalen. Gli organi di polizia possono infatti qui elaborare dei file per registrare e trattare dati riguardanti persone<sup>(63)</sup>, nell’ambito dei compiti di difesa dal pericolo.

Nell’Hessen, il § 19, comma 3 della legge sulla sicurezza e l’ordine pubblico (*Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* HSOG) permette l’elaborazione di modelli di identificazione del DNA di minori di quattordici anni allo scopo di prevenire e contrastare i delitti, qualora ci si trovi in presenza di soggetti sospettati di aver commesso un reato di rilevante importanza e nel caso di pericolo di reiterazione di delitti dello stesso genere<sup>(64)</sup>. Le regole previste nell’Hessen “superano” i contenuti del § 81 g, comma 4, punto 3 StPO, ove è contemplata soltanto la re-

<sup>(58)</sup> Sulla BKAG, cfr. K. ROGALL, § 81 g, in *SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Neuwied, 1986 ss., Rn. 86.

<sup>(59)</sup> W. WOHLERS, § 161, in *SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung*, cit., Rn. 29 ss.

<sup>(60)</sup> Art. 44 *Polizeiaufgabengesetz* (PAG) che si riferisce espressamente al *Rasterfabndung*.

<sup>(61)</sup> Sul *Rasterfabndung* si veda ancora il § 44 *Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Sicherheits- und Ordnungsgesetz – SOG M-V)*.

<sup>(62)</sup> Cfr. BVerfGE 115, 320 (I. Senato, ord. 4 aprile 2006 – 1 BvR 518/02), cit., 1939.

<sup>(63)</sup> Il riferimento è all’art. 38, comma 2, 47 PAG.

<sup>(64)</sup> La disposizione consente alla polizia un prelievo cellulare a scopi preventivi a carico di minori di 14 anni, sospettati della commissione di reati di estrema gravità, laddove sussista il pericolo (viste le modalità in cui è stato effettuato il reato) che in futuro possa reiterarsi la condotta delittuosa. Le cellule corporee prelevate devono essere distrutte subito dopo l’analisi, con la sola eccezione che la loro conservazione sia consentita da altre norme di legge.

gistrazione di dati di minorenni. Nel Niedersachsen l'analisi del DNA è ammessa esclusivamente per la difesa dal pericolo, allo scopo di verificare l'identità di soggetti deboli, incapaci o deceduti<sup>(65)</sup>.

### 5. *Le ripercussioni processuali.*

Come anticipato, in Germania, nel caso di prelievo disposto nei confronti di soggetti terzi non accusati, vige la regola dettata dal § 81 *f*, secondo cui, dinanzi al dissenso, si rende necessaria l'autorizzazione scritta, ad opera del giudice. Soltanto in ipotesi di urgenza gli organi inquirenti (polizia e pubblico ministero) possono disporre un prelievo a carico di terzi. Più in generale la procedura d'urgenza in Germania consentendo allo *Staatsanwalt* e ai suoi ausiliari di disporre il prelievo coattivo di fatto disegna ampi margini di discrezionalità che devono però essere compensati da un'interpretazione costituzionalmente orientata, con seri limiti alla disposizioni delle analisi ad opera del pubblico ministero o degli ausiliari d'indagine (§ 81 *a* comma 2 StPO). Fondamentalmente esso non dovrebbe realizzarsi, se non successivamente al vano tentativo di ottenere un'autorizzazione del giudice; l'urgenza rispetto alle ragioni dell'accertamento deve essere motivata in concreto rispetto ai fatti riguardanti il caso e deve essere documentata in modo chiaro sulla base di atti d'indagine. Quanto queste premesse normative vengano effettivamente rispettate dalla prassi non è tuttavia dato riscontrare casisticamente, mancando nei repertori tedeschi significative decisioni di inutilizzabilità rispetto ad eventuali ipotesi patologiche.

Allo stesso modo l'indagine genetica di materiale corporeo dell'accusato o di "altre persone" (ai sensi del § 81 *c* StPO), in assenza di consenso scritto del soggetto interessato, deve rispettare la riserva di giurisdizione; è solo la situazione di imminenza del pericolo che consente di derogare agli ordini promananti dall'ufficio dello *Staatsanwalt* o dalla polizia. Durante l'indagine preliminare, il provvedimento è assunto ordinariamente ai sensi del § 81 *g* dal giudice, successive decisioni potrebbero però essere prese dal tribunale anche in sentenza. Dato che la riserva di giurisdizione vale soprattutto a garantire massimamente i diritti di ogni persona coinvolta, sembra conseguentemente non necessaria, nei casi di cui al § 81 *e*, comma 1, punto 2, quando si è proceduto all'analisi del materiale corporeo di altri soggetti senza autorizzazione.

Sulla base della recente disciplina normativa italiana il prelievo coattivo di campioni biologici (capelli, peli, mucosa) su persone viventi, può

---

<sup>(65)</sup> Il riferimento è al § 15 della *Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* (Nds.SOG).

essere disposto dal p.m. quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224 *bis* c.p.p. e non vi è il consenso della persona interessata. Lo sbocco è duplice: normalmente il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza se ricorrono le condizioni ivi previste (comma 1). Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'articolo 224 *bis*, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi<sup>(66)</sup>.

In questo caso valgono gli accorgimenti garantistici correlabili al provvedimento disegnato dall'art. 224 *bis* c.p.p. e il mancato rispetto dei presupposti comporta la nullità dell'atto e l'inutilizzabilità dei risultati. Pure in Italia la gamma dei destinatari degli interventi è assai ampia, infatti l'espressione contenuta nel primo comma dell'art. 224 *bis* c.p.p. «persona da sottoporre all'esame del perito» lascia chiaramente intendere che, oltre all'imputato, tali soggetti potrebbero essere anche terzi, integrando per questo la disciplina che l'art. 133 c.p.p. detta per l'accompagnamento coattivo delle persone diverse dall'imputato.

Il legislatore italiano ha inoltre espressamente richiesto (art. 225 *bis* comma 2 lett. *f*) che l'ordinanza dispositiva della perizia descriva le modalità dell'accertamento e del prelievo. La mancanza di tale previsione espressa è sanzionata da nullità. Ai sensi dell'art. 72 *ter* disp.att. c.p.p. nel verbale relativo alle operazioni di prelievo di campioni biologici o all'effettuazione di accertamenti medici deve farsi espressa menzione del consenso eventualmente prestato dalla persona sottoposta ad esame», assumendo il medesimo una portata garantista rispetto alle eventuali forme di coercizione cui potrebbe essere sottoposto l'individuo. In questo caso dall'art. 224 *bis* commi 2, lett. *e*, e 6 c.p.p. emerge la duplice modalità di coartazione cui può dare luogo il dissenso, ossia l'accompagnamento coattivo da un lato, indi l'esecuzione forzosa del prelievo o dell'accertamento medico dall'altro lato<sup>(67)</sup>. Gli elementi conoscitivi riferibili all'ordinanza disciplinata dall'art. 224 *bis* comma 2 c.p.p., prescritti a pena di nullità,

---

<sup>(66)</sup> Entro le quarantotto ore successive, il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto, e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore (art. 359 *bis* comma 2 c.p.p.).

<sup>(67)</sup> La legge italiana prevede altresì che «l'uso di mezzi di coercizione fisica è consentito per il solo tempo strettamente necessario all'esecuzione del prelievo o dell'accertamento»

sono volti ad amplificare tutte le garanzie difensive. La nullità suddetta è riconducibile nel novero di quelle a regime intermedio, *ex art.* 180 c.p.p. Viceversa, l'art. 224 *bis* comma 7 c.p.p. individua una nullità di tipo assoluto nel caso in cui la persona da sottoporre a perizia (*rectius*, in questo caso, la persona sottoposta alle indagini o l'imputato) non sia assistita dal proprio difensore.

Sul versante tedesco, invece, eventuali invalidità o inutilizzabilità vengono identificate in concreto e vanno individuate caso per caso, tenuto conto dei vizi prodotti durante il prelievo, ovvero di anomalie o difetti di autorizzazione. Se, infatti, risulteranno non sussistenti i presupposti per la realizzazione del prelievo, si dovrà necessariamente riconoscere un divieto di utilizzazione processuale dei risultati. Bisogna considerare – come già detto – che l'applicazione dei §§ 81 *g, b* StPO impone il ricorrere di presupposti rilevanti (delitto grave, prognosi negativa, determinazione della cerchia delle persone durante lo *screening* di massa)<sup>(68)</sup>. Si comprende perciò come un divieto di uso così profilato finirà per riguardare vere e proprie ipotesi di interventi arbitrari. L'operare erroneo nei casi di presunta urgenza da parte dell'ufficio del pubblico ministero (*StA*) o degli altri organi d'indagine implicherà "l'inutilizzabilità" esclusivamente nei casi in cui dovesse risultare una volontà effettivamente elusiva della riserva di giurisdizione<sup>(69)</sup>.

Come detto il nuovo art. 224 *bis* c.p.p. conferisce al giudice italiano determinati poteri coercitivi quando l'esecuzione della perizia richieda il compimento di atti incidenti sulla libertà personale. Più precisamente, è dettata una disposizione specifica che disciplina l'esecuzione coattiva del prelievo di materiale biologico o di accertamenti medici su persone viventi, nell'ambito di una perizia. Oltre che in dibattito, tali perizie possono essere compiute in sede di incidente probatorio, infatti è stato inserito nell'art. 392 *bis* c.p.p. un ulteriore caso, non strettamente ancorabile al requisito della non rinviabilità<sup>(70)</sup>. Per procedere alla suddetta perizia è necessaria la presenza di taluni indeffettibili requisiti<sup>(71)</sup>. In tale contesto, il giudice dispone l'esecuzione

<sup>(68)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81 *e* Rn. 46; § 81 *g* Rn. 84; § 81 *b* Rn. 36:

<sup>(69)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81 *f* Rn. 36.

<sup>(70)</sup> Cfr. sui profili generali dell'istituto, L. CUOMO, F. SCIOLFI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2008, *passim*.

<sup>(71)</sup> Si deve procedere per un delitto doloso o preterintenzionale, sia consumato, sia tentato, per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi stabiliti dalla legge; l'esecuzione della perizia deve inoltre richiedere il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale (ossia, prelievo di materiale biologico o accertamenti medici).

coattiva dell'attività probatoria, qualora la perizia risulti assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.

Anche in Germania è prevista la possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo dell'accusato, convocato per fornire il proprio campione biologico, che non si presenti davanti al medico. In questi casi lo *StA* o gli altri soggetti che svolgono attività d'indagine – anche se il § 81 *a* StPO al riguardo non contiene delle affermazioni chiare – possono intervenire nell'urgenza correlata all'imminente pericolo<sup>(72)</sup>. L'accusato può in quel caso essere costretto a sottoporsi alla visita di un medico e il prelievo di sangue può essere compiuto immediatamente. Queste situazioni si collocano nella sfera delle ipotesi di difesa necessaria, regolate giuridicamente dal § 140 StPO. Il § 140, comma 1, punto 6 StPO prescrive infatti la partecipazione del difensore nel caso di una perizia sullo stato di salute psichica dell'accusato. La collaborazione del difensore non è invece richiesta per le misure relative all'identificazione, ma, trattandosi di processi per delitti gravi, comunque presidiati dalla obbligatoria assistenza difensiva (§ 140, comma 1, punto 1 e § 140, comma 2 StPO), finisce inevitabilmente per essere riconosciuto un intervento del medesimo.

Guardando ai risvolti processuali, deve segnalarsi la scelta italiana, dal tenore restrittivo, che ha limitato la possibilità per la polizia giudiziaria di effettuare coattivamente il prelievo di saliva o capelli, correlandola ad esclusive finalità di identificazione dell'indagato (art. 349 comma 2-*bis* c.p.p.)<sup>(73)</sup>. Ai sensi dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 10 d.l. 27 luglio 2005, n.144, conv.con mod. nella l. 31 luglio 2005, n. 155, il prelievo coattivo di materiale biologico da persona vivente è consentito alla polizia giudiziaria solo a fini di identificazione della persona<sup>(74)</sup>. La raccolta di tracce biologiche da persone o cose è regolata dagli artt. 354 e 348 comma 4 c.p.p., disciplinanti rispettivamente il sopralluogo e gli atti o operazioni compiuti da ausiliari di p.g. dotati di specifiche competenze tecniche<sup>(75)</sup>. Quest'attività, estremamente delicata, spesso idonea a compro-

<sup>(72)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG - D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, § 81 a Rn. 71 ss.

<sup>(73)</sup> La citata legge del 2009 ha così soppressa la disposizione che consentiva alla polizia giudiziaria il prelievo coattivo di materiale biologico, previa autorizzazione del pubblico ministero, durante il sopralluogo di polizia giudiziaria (art. 354 comma 3, ult. periodo, c.p.p.), e ha attribuito il potere di disporre il prelievo forzoso, di regola, al giudice in sede di perizia dibattimentale o di incidente probatorio. Il pubblico ministero può agire di propria iniziativa, nella fase delle indagini preliminari, ma il relativo provvedimento dovrà necessariamente essere sottoposto all'autorizzazione o alla convalida del giudice per le indagini preliminari.

<sup>(74)</sup> Cfr., per un quadro della modifica, G. SPANGHER, *L'azione di contrasto al terrorismo internazionale: le novità della legge n. 155 del 2005*, in *Studium iuris*, 2006, 41.

<sup>(75)</sup> Cfr., Cass., sez. II, 24 settembre 2008, Vastante, in *C.E.D. Cass.*, rv. 242094, secondo cui «il prelievo di tracce biologiche su un oggetto rinvenuto nel luogo del commesso

mettere gli esiti dell'intero accertamento processuale dovrebbe però *de lege ferenda* compiersi con la presenza del difensore durante l'espletamento del sopralluogo, con formalità analoghe a quelle dettate per l'accertamento tecnico irripetibile del p.m. Nella previsione dell'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p. i prelievi identificativi seguono ai tradizionali rilievi fotografici, dattiloscopici, anche se non emerge una stretta residualità dei primi rispetto ai secondi. La polizia giudiziaria nel nostro paese può dunque raccogliere il materiale biologico da cose o luoghi, mentre il prelievo di questo materiale su persone sarà possibile solo ove quest'ultime vi acconsentano.

Sul fronte tedesco non si registrano analoghe limitazioni ai fini identificativi, potendo le similari attività per lo più essere ricondotte nell'ambito della descritta sfera dei provvedimenti d'urgenza, adottabili dal pubblico ministero o dai suoi ausiliari. Nella discussione tedesca più recente sulla tematica si registra invece una tendenza al rafforzamento del ruolo del difensore, a causa dell'eccessivo peso della fase investigativa rispetto al processo principale, il che in qualche modo conferma come anche in altri paesi siano ampiamente avvertite preoccupazioni per le innegabili ripercussioni che indagini così invasive possono esercitare sull'accertamento finale. Si tratta comunque di esigenze di riequilibrio e di contemperamento, riferibili al processo penale nella sua generalità<sup>(76)</sup>.

In merito all'acquisizione del reperto biologico, la recente scelta italiana ha modulato la disciplina sui rilievi e accertamenti urgenti effettuabili dalla polizia giudiziaria, cui fa seguito la tipizzazione del profilo genetico a mezzo di accertamento tecnico, consulenza tecnica o perizia (art. 10 l. n. 85 del 2009). Nel nostro panorama giurisprudenziale, peraltro, si era già affermata una differenza fra il prelievo del campione, inteso quale attività di raccolta o acquisizione di dati, e l'accertamento tecnico consequenziale che induce ad una valutazione critica e a uno studio dei medesimi<sup>(77)</sup>, mentre il concetto di irripetibilità dell'accertamento con le conseguenti ripercussioni

---

reato e le successive analisi dei polimorfismi del DNA, per l'individuazione del profilo genetico e per eventuali confronti, sono utilizzabili se non sia stato possibile osservare, in quanto l'indagine preliminare si svolgeva contro ignoti, le garanzie di partecipazione difensiva previste per gli accertamenti tecnici irripetibili compiuti dal p.m.».

<sup>(76)</sup> Una visione degli ultimi interventi novellistici del sistema è offerta da G. P. PIERINI, *Le recenti riforme del processo penale tedesco*, in *Dir.pen.proc.*, 2010, 497 ss. Per una recente ed efficacissima critica sul tramonto della cultura giuridica tedesca e sugli scompensi che gli interventi legislativi hanno apportato alla trama originaria del codice di rito, sino a renderlo addirittura un "caos normativo assoluto", cfr., B. SCHÜNEMANN, *Ein deutsches Requiem des Gesetzgebers des liberalen Rechtsstaats*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, 104 ss.

<sup>(77)</sup> *Ex plurimis*, Cass. sez.I, 13 novembre 2007, Pannone, in *C.E.D. Cass.*, 239101; Secondo Cass., sez. I, 2 febbraio 2005, Candela, in *C.E.D. Cass.*, rv. 233448, in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili, il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili non è qualificabile qua-



sull'utilizzabilità processuale è stato legato alla sufficienza del materiale biologico residuo<sup>(78)</sup>.

In Germania l'analisi delle tracce rinvenute sul luogo del delitto o in altri luoghi può invece compiersi senza autorizzazione giudiziale; il § 81 *f* comma 1 StPO, rimanda (in seguito alla modifica normativa del 2005 in tema di analisi del DNA) solo al § 81 *e* comma 1 StPO e non anche alle "tracce" disciplinate dal comma 2. La necessità di un provvedimento autorizzativo in questi casi, sino al 2005, si rivelava nella prassi come una mera formalità<sup>(79)</sup>.

Dal combinato disposto degli artt. 224 *bis* comma 2 e 72 *bis* disp. att. c.p.p., introdotti in Italia dalla l. n. 85 del 2009, derivano alcuni presupposti per il prelievo di campioni biologici e gli accertamenti medici su minorenni, su persone incapaci o interdette. Per i minori e gli incapaci o interdetti è stata infatti espressamente dettata la necessità del consenso del genitore o del tutore o di un curatore speciale, in caso di mancanza e irreperibilità di tali soggetti o conflitto di interessi con il soggetto da sottoporre a perizia. Questi soggetti possono assistere alle operazioni.

In Germania il § 81 *g* comma 4 StPO estende la possibilità di compiere analisi e registrare dati relativi a persone incapaci, o ai minori (§ 3 JGG). Per i soggetti incapaci, menzionati dal § 81 *g* comma 4 StPO<sup>(80)</sup>, si pone tuttavia il delicato problema relativo alla possibilità che gli stessi prestino un valido consenso, ai sensi del § 81 *g* comma 3 StPO. Ciò spiega la necessità dell'autorizzazione del giudice per il prelievo e l'analisi delle cellule corporee. Tuttavia, in questi casi, laddove si violino i confini tratteggiati dal § 81 *g* comma 4 StPO<sup>(81)</sup>, potrebbe prospettarsi il ricorso alla "difesa necessaria" prescritta dal § 140 comma 2 StPO.

Il diritto dei prossimi congiunti di non acconsentire all'analisi consiste invece esclusivamente nella possibilità accordata all'interessato di escludere interventi corporei o analisi, finalizzati a provare la colpevolezza di un pa-

---

le atto invasivo o costrittivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici non richiede l'osservanza delle garanzie difensive; per contro, le successive operazioni di comparazione del consulente tecnico pretendono l'osservanza delle garanzie difensive. In dottrina, cfr. F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili. Tra prassi devianti e recupero della legalità*, Torino, 2009, *passim*; M. MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in Aa.Vv., *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, Torino, 2009, vol. II, 51 ss., spec., 58 ss.

<sup>(78)</sup> Cass., sez., I, 7 ottobre 2005, n. 39826, F. in *Guida dir.*, 2006, n. 17, 107. Con riferimento ad altra tipologia cfr. pure Cass., sez. I, 1 dicembre 2000, Sibio, in *C.E.D. Cass.*, n. 219445.

<sup>(79)</sup> Così L. SENGE, *op. cit.*, 2005, 3028

<sup>(80)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81g Rn. 52

<sup>(81)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81g Rn. 57

rente prossimo<sup>(82)</sup>. Nei casi contemplati dal § 55 StPO si dà avviso al testimone del diritto a tacere in ordine a circostanze lesive per lui o per i parenti più vicini. Non essendo infatti applicabile il § 81 *c* comma 3 StPO, l'interessato dovrà essere compiutamente informato sul suo diritto di rifiutare l'atto di indagine.

Con riguardo ai terzi consanguinei<sup>(83)</sup> che, nel nostro ordinamento, godono di un' espressa tutela relativamente agli obblighi testimoniali *ex art.* 199 c.p.p., si è correttamente suggerita, in chiave analogica, l'opportunità di basare il prelievo sul consenso del soggetto<sup>(84)</sup>.

A differenza della regolamentazione espressa contenuta nel § 81 *b* StPO tedesco, la l. n. 85 del 2009 non ha provveduto a dettare in Italia specificamente una disciplina dei test di massa, con conseguenti critiche in ordine al sacrificio del prelievo coattivo imposto a soggetti coinvolti dal delitto, ad esempio la vittima, ma anche congiunti o terzi del tutto estranei, in qualche misura controbilanciate dalla consapevolezza dell'elevata potenzialità accertativa riferibile all'indagine genetica<sup>(85)</sup>.

Merita sottolineatura il fatto che in Germania, già prima dell'inserimento del §81 *b* sui test "di serie", i soggetti aventi diritto, come testimoni, di astenersi dal deporre (§ 52 StPO) potevano rifiutarsi di sottoporsi ad ispezioni o ad esami (§ 81 *c*). Nel § 81 *b* StPO è invece attualmente disegnato un modello "versatile", capace di combinare il consenso del soggetto con l'ordine giudiziale della misura, laddove essa coinvolga un'ingente cerchia di persone (§ 81 *b* comma 2, punto 2, StPO). Ciò nonostante, è particolarmente avvertito il problema della "pressione sociale", spesso influente sulla spontaneità del consenso del terzo: si pensi ad una cerchia non limitata di persone cui si chiede di prestare il consenso al prelievo e all'analisi del DNA (per esempio un ingente numero di individui che abbiano partecipato a una festa di paese, oppure un rilevante gruppo di condomini di uno stabile). In contesti di questo tipo la validità e la spontaneità del consenso "collettivo" può in effetti risultare dubbia, imponendo piuttosto un accostamento sul piano effettivo con il § 81 *a* StPO, che sacrifica il tratto volontario dell'accertamento medico, dinnanzi ad atti che non realizzino effetti pregiudizievoli per la salute. Viceversa, il consenso al prelievo del soggetto destinatario dello screening di massa, in contesti maggiormente anonimi (per esempio laddove gli organi investiganti si rivolgano

---

<sup>(82)</sup> Cfr § 52, comma 1, StPO sulla facoltà di astensione dal deporre.

<sup>(83)</sup> In ordine a specifici problemi, cfr. M. SPRIAMO, *Acquisizione di campioni del DNA dall'imputato e dai suoi parenti*, (Nota a Assise Torino, 21 aprile 2004, P. D.), in *Dir.-pen. proc.*, 2005, 347.

<sup>(84)</sup> P. FELICIONI, *L'Italia aderisce*, cit., 18; in precedenza A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir.pen.proc.*, 2007, 400.

<sup>(85)</sup> P. FELICIONI, *L'italia aderisce*, cit., 18 ss.

in maniera indifferenziata a tutti i soggetti, possessori di un determinato autoveicolo con una specifica combinazione di lettere nella targa), sembra essere meno esposto al pregiudizio di specifiche “pressioni gruppali”, idonee a viziare o ad inquinare la libera manifestazione della volontà del singolo.

Altro punto nevralgico della tematica – con riverberi comuni ai due sistemi – è quello relativo all’oggetto del prelievo. La normativa italiana sembra qui presentare un difetto di coordinamento fra le varie disposizioni introdotte dalla l. n. 85 del 2009: nelle ipotesi di prelievo dai soggetti ristretti nella libertà personale (art. 9) si fa richiamo, infatti, soltanto alla mucosa del cavo orale; nell’ipotesi di identificazione dell’indagato ad opera della polizia giudiziaria (art. 349 comma 2-*bis* c.p.p.), si fa riferimento solo alla saliva o ai capelli; nell’ambito dei provvedimenti del giudice, *ex art.* 224 *bis* c.p.p., la regolamentazione è invece omnicomprensiva, contemplando i capelli, i peli o la mucosa del cavo orale. Orbene, l’asportazione della mucosa del cavo orale, a cura del personale della polizia o del personale sanitario ausiliario della p.g., rappresenta senza dubbio un’attività più invasiva rispetto al mero prelievo salivare, non risultando peraltro disciplinata specificamente nelle fasi concrete dal legislatore, se non nella prevista necessità di stilare un verbale delle operazioni di prelievo, e nel rispetto di alcuni presidi di garanzia. L’art. 9 comma 5 l. n. 85 del 2009, oltre all’obbligo del verbale, impone infatti che le operazioni siano concretamente «eseguite nel rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto»<sup>(86)</sup>.

Altrettanta scarsa sensibilità sul punto mostra la prassi tedesca nell’ammettere frequentemente il prelievo di cellule, tramite uno striscio della mucosa orale<sup>(87)</sup>, ritenendo questa forma di asportazione delle cellule salivari a stretto rigore non rientrante nell’ambito degli interventi corporei, con l’effetto di potere essere eseguita anche dalla polizia, senza la necessità di coinvolgere un medico. Condizione fondamentale è, tuttavia, che l’interessato collabori; se questi si rifiuta, sarà sottoposto al prelievo ematico coattivo ad opera di un medico.

A tale proposito deve ricordarsi pure che l’art. 224 *bis* c.p.p. (introdotto in Italia dalla l. n. 85 del 2009) contiene un riferimento agli «accer-

<sup>(86)</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 109, si è riferita alla dignità facendo richiamo a modalità che non devono essere degradanti per l’individuo, o comportare mortificazioni sul corpo della persona, limitando la coercizione allo stretto indispensabile. La Corte ha mostrato attenzione anche per la riservatezza con riguardo sia al prelievo, sia alla conservazione.

<sup>(87)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG - D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81g Rn. 72. Sono consentiti prelievi dal naso, dall’ano o dalla vagina. Quanto allo sperma dell’accolto è preferibile non farvi ricorso laddove sia possibile accedere ad altro materiale corporeo per i modelli di identificazione.

tamenti medici», ma non specifica i contenuti dei suddetti accertamenti, che hanno ingenerato non pochi problemi interpretativi. In passato la prassi ha infatti ammesso la possibilità di realizzare radiografie (consentite pure dalla relazione di accompagnamento della l. n. 85 del 2009) o controlli ecografici (esclusi, invece, dalla relazione di accompagnamento alla legge suddetta) eseguiti dalla p.g. su soggetti sospetti, con l'obiettivo mirato di rinvenire ad esempio ovuli o involucri contenuti sostanza stupefacente. Sul punto, il legislatore italiano sembra aver dunque recepito quegli indirizzi giurisprudenziali diffusi, ma alquanto discussi, tendenti a fare rientrare le suddette pratiche nel novero del sequestro di corpo del reato a seguito di perquisizione personale, effettuabile con l'ausilio di personale sanitario, ovvero sia nell'ambito dell'ispezione personale<sup>(88)</sup>. Nell'art. 224 *bis*, comma 4 c.p.p. è inoltre contenuto un espresso divieto per il giudice di disporre «operazioni che contrastano con divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità». Leggendo la disposizione in combinato disposto con l'art. 191 c.p.p. si deduce l'inutilizzabilità dell'atto compiuto in dispregio di questi presupposti. L'art. 224 *bis* comma 5 c.p.p. prescrive inoltre che le operazioni vengano «eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto. In ogni caso, a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive».

Il raffronto con il § 81 *a*, comma 1, punto 2 del codice di rito tedesco, non lascia scorgere una lista tassativa di interventi corporei permessi, seppure alla presenza di un medico. Una lettura sistematica del § 81 *a*, comma 1, punto 2 StPO dovrebbe però far ritenere ammissibili, senza il consenso, solo quegli interventi corporei che non si traducano in uno svantaggio per la salute<sup>(89)</sup>. Inoltre, anche in quel contesto, gli interventi sono guidati dal principio della proporzionalità, dovendosi escludere indagini particolarmente invasive qualora non si tratti di accuse relative a delitti gravi<sup>(90)</sup>. Di certo, oltre al citato prelievo ematico, la prassi tedesca ha ammesso ampiamente accertamenti medici coattivi o analisi, in presenza di illeciti penali di rilevante gravità, quali prelievi tramite punture o radiografie<sup>(91)</sup>. Allo

---

<sup>(88)</sup> Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, E.S., in *Cass. pen.*, 2006, 3555 (con nota di S. RENZETTI): «in materia di ispezione personale, l'accertamento radiografico è una delle legittime modalità di esecuzione a cui può farsi ricorso coattivamente, purché sia eseguito per mezzo di personale medico specialistico, nel rispetto delle corrette metodologie tecniche, non rilevando che il controllo sia così esteso all'interno del corpo umano».

<sup>(89)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG - D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, § 81 a Rn. 12,31

<sup>(90)</sup> BVerfGE 16, 194, 10 giugno 1963, 1 BvR 790/58; BVerfGE 17, 108, 25 luglio 1963, BvR 542/62 relativamente a un esame mirato al cervello.

<sup>(91)</sup> Altri esempi, traibili da E. LÖWE – W. ROSENBERG - D. M. KRAUSE, *Die Strafpro-*

stesso tempo l'opzione, contenuta nel § 81 *a*, comma 1, punto 2 StPO di ritenere ammissibili – senza il consenso dell'accusato – solo interventi non pregiudizievoli per la salute fa sì che eventuali pratiche non consentite, seppure non espressamente sanzionate, comportino in concreto un divieto d'uso degli atti viziati. Ma un'ipotesi così drastica è evidentemente diversa da quella nella quale il prelievo di sangue venga eseguito da un soggetto non abilitato alla professione medica: dato che in via di principio la prova ematica è comunque ammessa dalla legge processuale tedesca, in un caso del genere non si configurerebbe un vizio implicante "l'inutilizzabilità" probatoria dell'atto.

In perfetta simmetria con la scelta italiana della l. n. 85 del 2009, ispirata dai principi di gradualità e proporzionalità delle misure, nonché dal rispetto dei canoni "a contenuto variabile" della dignità e pudore, si registra sul versante tedesco un'ampia tutela riservata alla salute dell'accusato (§ 81 *a*, comma 1, punto 2 StPO), nonché ad altri aspetti strettamente attinenti alla sfera del pudore. Cosicché, ad esempio, sono escluse tecniche pregiudizievoli per la dignità dell'uomo, anche laddove si tratti di analisi corporee di per sé non pericolose, dal punto di vista dello svantaggio per l'integrità fisica (non trattandosi di un vero e proprio intervento corporeo)<sup>(92)</sup>. Inoltre, il paragrafo § 81 *d* tiene conto delle intromissioni nella sfera del pudore, dettando la regola specifica relativa al compimento degli atti da parte di soggetti dello stesso sesso dell'accusato.

Precetti garantisti, questi, vivificati dalla interpretazione fornita dalla Corte europea per i diritti dell'uomo in una nota sentenza di censura proprio ai danni della Germania, per la ritenuta violazione dell'art. 3 della Convenzione europea. In quell'occasione è stata fornita una rilettura del principio di proporzionalità e dei delineati valori della dignità e del decoro che erano stati gravemente compromessi da un trattamento inumano e degradante<sup>(93)</sup>, consistito nella somministrazione di un farmaco emetico contro la volontà dell'accusato per recuperare la sostanza stupefacente da questi ingerita.

Il dibattito sulla questione era risalente, infatti già a proposito del § 81

---

*zeßordnung*, § 81 *a*, Rn. 38, contemplano il prelievo di liquido tramite puntura lombare, i trattamenti emetici o le lavande gastriche, le radiografie. Non sono ammessi per esempio l'angiografia e la dilatazione a mezzo di palloncino. Parimenti escluse le ricerche corporali sotto narcosi. Deve ricordarsi che il § 81 *a* StPO consente, in ossequio alle prescrizioni severe della partecipazione obbligatoria del difensore (*ex* § 140, comma 1, punto 6 StPO) e dell'autorizzazione del giudice (§ 81 commi 2 3 StPO), il ricovero dell'accusato in un ospedale psichiatrico per realizzare una perizia sul suo stato psichico.

<sup>(92)</sup> Il caso si riferiva ad una fallografia: E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozessordnung*, cit., § 81 a Rn. 56.

<sup>(93)</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 109, di seguito affrontata con riguardo al *nemo tenetur*.

a (vecchia formulazione) si discuteva della possibilità di somministrare farmaci emetici a persone sospettate di aver ingerito ovuli di droga<sup>(94)</sup>. L'impiego a fini processuali di queste tecniche nella prassi tedesca, ai fini dell'accertamento penale, pur giustificato dalla giurisprudenza (in quanto conformi ai contenuti del § 81 a StPO<sup>(95)</sup>, e non contrario alla dignità dell'uomo<sup>(96)</sup>), contrasta visibilmente con la censura espressa dalla Corte europea, con riguardo all'art. 3 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, proiettando riverberi interpretativi anche al di fuori degli stretti confini territoriali tedeschi, così da consentire di ridimensionare ogni possibilità di interpretazione elusiva dei requisiti della proporzionalità delle misure e della tutela della dignità e del decoro dell'individuo.

Una conclusione, questa, che appare oramai necessitata anche laddove si tenga conto, da un lato, delle peculiari circostanze della questione risolta dalla Corte europea<sup>(97)</sup> e, dall'altro, del monito vincolante *inter partes*, di rinunciare a metodi di somministrazione forzata di farmaci di questo tipo<sup>(98)</sup>.

#### 6. La tempistica di conservazione dei campioni e dei profili.

Altro aspetto estremamente delicato, sul quale il legislatore italiano è intervenuto in modo stringente, è quello relativo alla tempistica della tenuta e conservazione di campioni e profili. L'art. 13 comma 2 della l. 85 del 2009 impone, infatti, a seguito di identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persona scomparsa, che sia disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA, acquisiti ai sensi dell'articolo 7 comma 1 lettera c), e la distruzione dei relativi campioni biologici. Per quanto riguarda i soggetti ristretti nella libertà personale, è disposta d'ufficio la cancellazione del profilo genetico e la distruzione del campione biologico quando le operazioni di prelievo sono state compiute in violazione

---

<sup>(94)</sup> Una decisione dell'Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (OLG Frankfurt/M, 11 ottobre 1996, 1 28/96, in *Strafverteidiger*, 1997, 1647) aveva dichiarato illegittimo questo mezzo di ricerca della prova. In dottrina K. ROGALL, *Die Vergabe von Vomitummitteln als strafprozessuale Maßnahme*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, 66 ss., riteneva gli interventi sulla persona sospettata di trasportare droga nelle proprie viscere ammessi, purché non pregiudizievole per la salute della persona.

<sup>(95)</sup> E. LÖWE - W. ROSENBERG - D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81 a Rn. 52.

<sup>(96)</sup> BVerfG, 2000, 1, 15 settembre 1999, 2 BvR 2360/95.

<sup>(97)</sup> Nel caso di specie si trattava di una trasgressione, relativa a sostanza stupefacente di modica quantità, dalla quale discendeva l'insussistenza dei presupposti per somministrare forzatamente il farmaco.

<sup>(98)</sup> S. M. BAUSCH, *Brechmitteleinsatz zur Exkorporation von Betäubungsmitteln*, Hamburg, 2007.

delle disposizioni dell'art. 9 che si riferiscono a soggetti attivi e passivi, all'oggetto del prelievo, al novero dei reati per i quali si procede e alle modalità delle operazioni (art. 13 comma 3). Non è stato però previsto un potere in capo alle parti di rivolgere una richiesta in tal senso al giudice. Sempre *ex officio* è disposta, a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, la cancellazione dei profili del DNA, acquisiti ai sensi dell'articolo 9 l. 85 del 2009, e la distruzione dei relativi campioni biologici (art. 13 comma 1, l. n. 85 del 2009)<sup>(99)</sup>. Negli altri casi (art. 13 comma 4) il profilo del DNA resta inserito nella banca dati nazionale del DNA per i tempi stabiliti nel regolamento d'attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre quaranta anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento; il campione biologico è conservato per i tempi stabiliti nel regolamento di attuazione<sup>(100)</sup>, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, comunque non oltre venti anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo.

Le scansioni introdotte dal legislatore italiano sembrano indubbiamente costituire una decisa presa d'atto degli obblighi promananti dalla Raccomandazione R (92) emessa dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 10 febbraio 1992<sup>(101)</sup>, fornendo anche una risposta alle precise

---

<sup>(99)</sup> Vengono pertanto escluse le sentenze di proscioglimento, fondate ad esempio sull'estinzione del reato per prescrizione, nonché la sentenza di non luogo a procedere e i provvedimenti archiviativi; ciò in evidente correlazione con la tipologia delle decisioni coinvolte che, da un canto, non riguarda il merito dell'imputazione, dall'altro, non è idonea a cristallizzarsi in termini di definitività.

<sup>(100)</sup> Si noti che il regolamento di attuazione della legge sul DNA in Italia non è stato ancora emanato.

<sup>(101)</sup> Cfr. Rapporto esplicativo della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa N. R. (92) (leggibile sul sito: <https://wcd.coe.int/>), che concerne l'utilizzazione delle analisi dell'acido desossiribonucleico (DNA) nel quadro del sistema di giustizia penale, con specifiche indicazioni di ordine generale in tema di prelievo dei campioni al punto 4. Nel quadro europeo vanno ricordate pure: la Risoluzione del Consiglio Europeo del 9 giugno 1997, sullo scambio di informazioni relative ai risultati dell'analisi; la Risoluzione del 25 giugno 2001, sullo scambio del DNA e sulla standardizzazione di alcune forme definitorie nell'ambito della Scienza forense; la Decisione quadro del Consiglio europeo del 4 ottobre 2005, sulla protezione da assicurare ai dati personali, trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale tra Stati membri dell'Unione Europea. Un successivo passaggio evolutivo nella normativa in tema di Banche dati del Dna, è rappresentato dalla Decisione del Consiglio europeo del 27 febbraio 2007, contenente disposizioni finalizzate a migliorare lo scambio di informazioni in base alle quali gli Stati membri si concedono reciprocamente diritti di accesso ai rispettivi schedari automatizzati di analisi del DNA. Il 27 maggio 2005, il Trattato di Prüm, sottoscritto da sette Paesi, in rispetto agli accordi di Schengen, ha avuto l'obiettivo di intensificare la cooperazione tra le frontiere (*cross-border*) al fine di accentuare la lotta ai fenomeni del terrorismo, del crimine internazionale e dell'im-

indicazioni provenienti da un'importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>(102)</sup> che ha interpretato in chiave particolarmente rigorosa la conservazione dei dati genetici nelle Banche Dati. Il pronunciamento della Corte europea ha infatti imposto un «periodo proporzionato» alle finalità per i quali i dati medesimi sono stati archiviati, con l'obiettivo di realizzare un contemperamento fra l'impiego di strumenti tecnologici e il rispetto della vita privata e familiare, consacrato nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da un canto, si è infatti ammesso il sacrificio del diritto alla protezione dei dati personali e genetici di fronte all'interesse per la «repressione dei reati»; allo stesso tempo, sono stati però suggeriti controlli severi al fine di verificare le misure adottate dai singoli Stati per autorizzarne la conservazione e l'utilizzazione da parte delle autorità senza «il consenso dell'interessato». Ne è derivato un divieto generale riferibile a tutti i sistemi processuali europei verso forme di potere, generale e indifferenziato, di conservazione dei dati, a prescindere dalla gravità dei reati di cui la persona sia a suo tempo sospettata e indipendentemente dall'età. Altrettanto inammissibile lungo questa direttiva interpretativa è la conservazione dei dati illimitata nel tempo, soprattutto a carico di persone che nel frattempo siano state prosciolte dagli addebiti<sup>(103)</sup>.

Accogliendo tutti i descritti spunti, tuttavia l. n. 85 del 2009 avrebbe dovuto far propria una marcata e più netta differenziazione (soprattutto con riguardo alla Banca dati e al Laboratorio centrale) fra campione biologico e profilo genetico, tenuto conto del fatto che il campione biologico presenta una multiformità contenutistica e consente di risalire anche alle malattie di un soggetto o alle sue caratteristiche ereditarie, a differenza del profilo genetico che ha invece più ristretti margini di operatività, in quanto tratto da una frazione del DNA<sup>(104)</sup>. La normativa riformata contempla invece esclusivamente la distruzione dei campioni biologici dai quali, nel corso del procedimento ossia durante la perizia e l'accertamento tecnico disposti dall'autorità giudiziaria a fini probatori, siano stati tipizzati

---

migrazione illegale; cooperazione realizzata con lo scambio di informazioni, concernenti dati informatici relativi a impronte digitali e dati genetici tra gli Stati aderenti.

<sup>(102)</sup> Corte eur., Grande camera, sent. 4 dicembre 2008 n. 880, S. et Marper c. Royaume uni, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 345; nonché in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 583 (m), nota C. SARTORETTI, *Il diritto alla privacy tra sicurezza e principio di proporzionalità: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Su tale pronuncia, v. altresì G. CANZIO, *Prova del DNA e revisione del processo*, in AA.Vv., *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 293.

<sup>(103)</sup> Cfr., per un'efficace sintesi della decisione, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, V ed., Torino, 2009, 361.

<sup>(104)</sup> Secondo P. TONINI, *Accertamento del fatto*, cit., 4, il rispetto della riservatezza avrebbe dovuto imporre una maggiore protezione al campione biologico, che rappresenta la fonte potenziale di numerose e delicate informazioni, piuttosto che al profilo genetico, caratterizzato da finalità prettamente identificative.



profili genetici, mentre non disciplina la sorte del materiale biologico e dei profili genetici riferibili alla persona vivente. Analogamente non regolamentati sono gli esiti del materiale biologico (e il conseguente profilo genetico tipizzato, prelevato dalla polizia giudiziaria secondo quanto previsto dall'art. 349 comma 2 *bis* c.p.p.).

Infatti il destino del campione biologico, proveniente dai prelievi operati ai sensi dell'art. 224 *bis* e 359 *bis* c.p.p., è dettato dall'art. 72 *quater* comma 1 disp. att., secondo cui il giudice che dispone il prelievo durante una perizia deve ordinare la distruzione del campione biologico subito dopo il compimento della perizia, a meno che non ritenga assolutamente indispensabile la conservazione del materiale biologico suddetto. Ne deriva che in Italia l'obbligo di distruzione dei campioni è fortemente ridimensionato dalla facoltà di conservazione e stemperato dall'evanescente criterio dell'indispensabilità.

In Germania, come anticipato, i campioni ematici vengono distrutti una volta venuta meno la necessità di analisi (§§ 81 *a* comma 3 § 81 *c* comma 5, punto 2, 81 *e*, comma 2, punto 2, StPO, 81 *g*, comma 2, punto 1, 81 *b*, comma 3, punto 1, StPO). Ciò normalmente avviene dopo la fine del processo e l'esecuzione del giudicato<sup>(105)</sup>. I profili d'identificazione del DNA non sottostando a questa regolamentazione, vengono aggiunti agli atti (di indagine)<sup>(106)</sup>, conseguentemente inseriti, rispettando i presupposti del § 81 *g* StPO, nel *database* dell'analisi del DNA e qui archiviati per cinque o dieci anni, a seconda che si tratti di soggetti minorenni o maggiorenni. Si comprende tuttavia l'estrema duttilità dei suddetti riferimenti temporali, combinata alle anomalie discendenti dal fatto che il § 81 *g* StPO non rappresenta l'unica fonte di regolamentazione della materia, in quanto la disciplina è largamente compendiata dalle norme esistenti nei singoli *Länder*. Un fondamento giuridico unitario può rinvenirsi pertanto nel diritto di autodeterminazione informativa, dato che i profili di identificazione del DNA e il trattamento conseguente toccano questo interesse sotto l'aspetto della completezza delle informazioni<sup>(107)</sup>, ma il reale rispetto della tempistica si presenta anche in Germania come un aspetto assai problematico.

<sup>(105)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81a Rn. 81.

<sup>(106)</sup> E. LÖWE – W. ROSENBERG – D. M. KRAUSE, *Die Strafprozeßordnung*, cit., § 81e Rn. 34

<sup>(107)</sup> Cass. sez. fer., 21 agosto 2008, n. 34249, in *Cass. pen.*, 2009, 1440, n. R. BELFIORE, ha ritenuto, ai fini delle garanzie costituzionali di cui all'art. 2 l. n. 69 del 2005, non in contrasto con i diritti fondamentali del nostro ordinamento un mandato di arresto europeo che si fondi sulla prova del DNA esperita su reperti biologici prelevati all'imputato coattivamente, qualora la disciplina processuale dello Stato di emissione (nella specie, l'Austria) sull'acquisizione e utilizzazione della prova non sia in contrasto con il principio fondamentale del divieto di influire sulla libertà di autodeterminazione e non pregiudichi la libertà morale.

Le modalità attraverso le quali i profili entrano in Italia nella Banca dati nazionale sono sostanzialmente due: nel caso in cui il procedimento penale non è stato ancora definito l'autorità giudiziaria procedente (pubblico ministero o giudice) ha l'obbligo di trasmettere i profili genetici alla Banca dati per la raccolta e i confronti (art. 10 comma 1); qualora invece la tipizzazione del DNA non sia stata effettuata e la sentenza sia passata in giudicato ovvero sia stato emanato un decreto (*rectius* un provvedimento) di archiviazione, sarà il pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione ad attivare l'analisi del DNA, richiedendo espressamente al giudice dell'esecuzione di disporre la trasmissione dei reperti biologici ad uno dei laboratori qualificati per la tipizzazione dei profili e la successiva trasmissione degli stessi alla Banca dati nazionale del DNA (art. 10 comma 2). Si è giustamente osservato come questa procedura si presti a rilievi in ordine al pregiudizio del principio di proporzionalità, di non eccedenza e di riduzione del rischio, potendo riguardare qualsivoglia reato e involgere i diritti di soggetti terzi, vittime e testimoni<sup>(108)</sup>. Inoltre, sin dalle primissime letture della nuova soluzione legislativa italiana, contenuta nella l. n. 85 del 2009, è stata sottolineata l'importante lacuna, relativa alla mancata disciplina della sorte degli archivi genetici diversi dalla Banca nazionale, e soprattutto di quelli attivi presso forze di polizia o altri laboratori specializzati incaricati dalla magistratura.

Ciò conferma l'esistenza comune e condivisa nei due sistemi<sup>(109)</sup> di preoccupazioni relative ai rischi di un uso improprio delle informazioni atinenti al soggetto derivanti dall'analisi molecolare- genetica e ai numerosi vuoti di tutela registrabili con riguardo a questo specifico interesse.

### 7. *Prelievi coattivi sull'indagato e nemo tenetur se detegere.*

Le questioni sin qui proposte, comprovando le molteplici interferenze tematiche e l'importanza degli approcci di tipo comparato<sup>(110)</sup>, spostano il piano dell'attenzione sulla tutela di alcuni diritti fondamentali e sul reale rispetto di taluni principi fondanti il processo penale.

Nell'assetto italiano i nuovi metodi di accertamento scientifico e i

<sup>(108)</sup> P. TONINI, *Informazioni genetiche*, cit., 888, è particolarmente critico con la previsione, in quanto i profili "precipitati" nella Banca dati, seppure anonimamente archiviati, troveranno la loro paternità all'interno dei singoli processi dai quali sono tratti.

<sup>(109)</sup> Una limitazione espressa delle indagini relative alla verifica dell'identità o all'origine del soggetto è contenuta nei §§ 81 e comma 1, 81 g comma 2, punto 2, 81 b comma 3, punto 1, StPO.

<sup>(110)</sup> A riprova della importanza della metodologia di ricerca, cfr., per tutti, M. MAIWALD, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Frankfurt am Main, 2009, *passim*.

relativi risvolti probatori vengono posti in correlazione soprattutto con il contraddittorio probatorio, metodo che, in forza delle ben note "virtù" epistemiche, bene si presta ad evitare i rischi di una supina ricezione giudiziale dei risultati della prova scientifica nel processo penale<sup>(111)</sup>. Quasi a significare che nella dimensione oggettiva del contraddittorio i pericoli di "abuso", intrinseci in questa tipologia di accertamento, appaiano meglio superabili; del resto è innegabile che l'esito conoscitivo sottoposto al vaglio bilaterale e contrapposto, tipico della dialettica processuale, subisca meccanismi di falsificazione dei quali il giudice dovrà infatti indubbiamente tenere conto in sede decisoria e motivazionale.

Un tratto comune ai sistemi italiano e tedesco è invece rappresentato dall'esigenza di temperare queste tecniche di accertamento innovative con il principio del *nemo tenetur se detegere*, soprattutto laddove si guardi alla descritta imposizione di prelievi coattivi o di accertamenti medici forzosi. In quest'ambito, il soggetto "indagato", pur non potendo essere obbligato a rilasciare dichiarazioni sulla propria responsabilità, soggiace spesso all'effettuazione di prelievo preordinato all'analisi del DNA<sup>(112)</sup>, finendo per essere conseguentemente costretto ad una sorta di "confessione cellulare estorta"<sup>(113)</sup>.

Così ragionando il pregiudizio del *nemo teneatur se detegere*, in base al quale l'accusato non può essere obbligato a fornire attivamente informazioni, appare *prima facie* acclarato ogniqualvolta si imponga al soggetto di acconsentire all'effettuazione del prelievo cellulare. Tuttavia è la stessa posizione di accusato (indiziato) a fungere da giustificazione idonea a legittimare la compressione dei diritti di libertà, in quanto gli indizi di colpevo-

<sup>(111)</sup> P. TONINI, *Accertamento del fatto e informazioni genetiche: un difficile bilanciamento*, in P. TONINI, P. FELICIONI, A. SCARCELLA, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo biologico*, cit., 3 ss.

<sup>(112)</sup> Sul tema v. G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 9 ss.; F. ZACCHÉ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 191. In argomento, P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Cass. pen.*, 2006, 611 ss.

<sup>(113)</sup> Cfr. *Cass.*, sez. I, 20 settembre 2002, Peddio, in *Cass. pen.*, 2004, 4168, che ha ritenuto costituire un riscontro alla chiamata di correo il rifiuto di sottoporsi al test del DNA. Osservazioni critiche sul punto si rinvencono in M. BORDIERI, *Sul valore probatorio del rifiuto ingiustificato dell'imputato di sottoporsi al prelievo di DNA*, *ivi*, 4169. *Cass.*, sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 573, aveva già chiarito che non poteva considerarsi fatto imprevedibile di natura oggettiva il rifiuto dell'imputato a sottoporsi a prelievo ematico, dal momento che tale condotta rientra tra i diritti della persona costituzionalmente protetti. Sulla questione si veda C. CESARI, «Prova del DNA» e contraddittorio mancato, in *Giur. it.*, 2003, 534 ss.

lezza supportanti l'indagine a carico del soggetto, finiscono per consentire, *ex adverso*, il prelievo.

Sotto questa specifica angolazione risulta dunque comprensibile la ragione per cui tradizionalmente in Germania vengono escluse violazioni del *nemo tenetur se detegere*, ragionando nel senso che le informazioni che il soggetto porta sul proprio corpo come tracce del reato (a volte anche inconsapevolmente) non possono essere parificate a quelle che appartengono al suo interno psichico e al suo dominio spirituale<sup>(114)</sup>. Occorre però domandarsi, in chiave maggiormente problematica, se la questione di fondo non possa aprirsi ad esiti differenti laddove il *nemo tenetur* venga correlato ad una più ampia nozione di equità processuale<sup>(115)</sup>. Quest'ultima, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale italiana, rappresenta infatti «un principio cardine del sistema processuale»<sup>(116)</sup> e un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa»<sup>(117)</sup>, che impone di proteggere l'inquisito da eventuali coercizioni abusive dell'autorità, al fine di evitare errori giudiziari. Cogliendo al meglio la *ratio* di questo fondamentale principio di garanzia, più volte richiamato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>(118)</sup> si potrebbe accostare il diritto al silenzio alla necessità che l'accusato manifesti una piena adesione al compimento di prelievi biologici, prescindendo dalla tipologia di invasività dei medesimi ai fini dell'ottenimento del campione desiderato dall'investigatore<sup>(119)</sup>.

In tale direzione il *nemo tenetur*<sup>(120)</sup> non rappresenterebbe esclusivamente il diritto per l'accusato a non rispondere alle domande auto-incriminanti o a rilasciare dichiarazioni da cui possano emergere sue responsabilità, ma ricomprenderebbe anche il duplice profilo inerente il diritto di non essere obbligato a fornire cose o documenti a sostegno dell'accusa<sup>(121)</sup> e il diritto di non permettere la stessa instaurazione di atti processuali che lo coinvolgano<sup>(122)</sup>. Secondo la prospettiva della Corte europea, infatti, quest'ultimo dovrebbe in effetti trovare esplicazione anche quando gli organi inquirenti intendano conseguire prove reali, frutto di «interferenze» forzate

<sup>(114)</sup> Cfr. R. ORLANDI, G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica*, cit., 764.

<sup>(115)</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, § 45.

<sup>(116)</sup> C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 267, in *Giur. cost.*, 1994, 2180.

<sup>(117)</sup> C. cost., ord. 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur. cost.*, 2002, 2106.

<sup>(118)</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 20 ottobre 1997, Serves c. Francia, § 46.

<sup>(119)</sup> G. UBERTIS, *Attività investigativa*, cit., 9 ss.

<sup>(120)</sup> Nel senso che il diritto al silenzio è espressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 Cost., cfr., per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 47-50 e, più di recente, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 69 ss.

<sup>(121)</sup> C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera, § 65-71; C. eur. dir. uomo, sent. 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, § 44.

<sup>(122)</sup> Si pensi all'esame dibattimentale dell'imputato, condizionato alla sua richiesta o al suo consenso (art. 208 c.p.p.)

con «l'integrità fisica» di un individuo<sup>(123)</sup>. E l'impiego a fini processuali<sup>(124)</sup> della prova ottenuta con queste tecniche potrebbe compromettere, per conseguenza, l'intera equità processuale, importando palesi violazioni dell'art. 6 della Convenzione europea<sup>(125)</sup>. Il richiamo al *nemo tenetur*, così inteso, realizzerebbe un effettivo ampliamento del diritto a non auto incriminarsi, violato tutte le volte in cui la prova reale venga acquisita contro la volontà dell'interessato, con modalità tali da metterne a repentaglio la salute, e in palese dispregio dell'art. 3 C.E.D.U.

L'impostazione è utile a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, consacrati nell'art. 24 Cost., ove tradizionalmente non è ricompresa, ad esempio, la protezione dell'accusato dalle «immobilizzazioni e in genere dalle costrizioni implicanti un semplice *patis*»<sup>(126)</sup>, consentendo di superare tutti gli atteggiamenti eccessivamente permissivi in ordine al «prelievo di materiali organici o di prove reali occultate nel corpo»<sup>(127)</sup>, in modo che il prelievo coattivo di campioni biologici dall'imputato, per porsi in conformità con le suddette indicazioni, si realizzi con metodiche effettivamente rispettose della «dignità umana e del diritto alla salute»<sup>(128)</sup>.

Sulla base di tale netta scelta di campo, dovrebbero da un lato legittimarsi i prelievi coattivi rispetto all'art. 6 C.E.D.U., nel caso di procedure minimamente invasive (prelievi di sangue, capelli o tessuti corporali) ovvero a mezzo di procedure non invasive, che richiedono la collaborazione dell'interessato (i prelievi di urina, di saliva, campioni di voce) e, dall'altro lato, censurarsi le azioni suddette quando sfocino in trattamenti disumani, con la conseguente necessità di verificare la compromissione del privilegio contro le autoincriminazioni e dei relativi criteri di accertamento<sup>(129)</sup>. In chiave europea, com'è noto, la tutela del diritto al silenzio tiene conto ca-sisticamente<sup>(130)</sup> delle circostanze fattuali, delle modalità di compressione,

<sup>(123)</sup> Corte europea, Grande camera, sent. 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania, §110.

<sup>(124)</sup> La Corte europea aveva ritenuto il tipo di coercizione adoperata, contraria all'art. 3 C.E.D.U. Si era tenuto conto in particolare: del limitato interesse pubblico alla punizione dell'imputato, piccolo spacciatore di stupefacenti, poi effettivamente condannato a sei mesi di reclusione sospesi condizionalmente; della mancanza di adeguate garanzie per la salute del ricorrente, che, essendo straniero, non riusciva a farsi capire dai medici, impossibilitati a comprendere l'idoneità fisica del paziente a sopportare il trattamento; infine, dell'uso determinante per la condanna dell'elemento di prova ottenuto con l'intervento medico invasivo.

<sup>(125)</sup> Corte europea, Grande camera, sent. 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania, 83 e 108.

<sup>(126)</sup> M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale*, Milano, 1999, I, 124.

<sup>(127)</sup> M. SCAPARONE, *Elementi*, cit., 124.

<sup>(128)</sup> G.UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., 10.

<sup>(129)</sup> Corte europea, Grande camera, sent. 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania, § 113-117. Sul punto, F. ZACCHÈ, *op. cit.*, 191.

<sup>(130)</sup> In ordine a questa tipologia di approccio, F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea*, cit., 190 ss.

dell'importanza accordata ai fini della condanna alla rinuncia al silenzio, nonché del grado di coercizione dell'imputato<sup>(131)</sup>. Inoltre l'uso probatorio indiretto del diritto al silenzio è condizionato dalla presenza di circostanze eccezionali, ovvero di un quadro di dati significativi sul versante della sua responsabilità, alla cui forza il soggetto mostri di non sapere opporsi, valendosi appunto del diritto a tacere<sup>(132)</sup>.

L'approccio è di sicuro interesse poiché utile anche ad identificare i postulati giuridici operanti in entrambi i sistemi processuali, qui posti a raffronto, e ad esaltare al contempo il valore in termini di garanzia che può essere riferito al consenso spontaneo dinnanzi a tecniche di accertamento così invasive.

Rapportando al panorama tedesco queste considerazioni in ordine all'influenza delle metodologie di analisi e di accertamento sul *nemo tenetur*, ci si accorge dell'esigenza duplice di combinare il prevalente pragmatismo<sup>(133)</sup> con il rispetto della dignità dell'uomo, dei diritti della personalità e dei principi informatori dello Stato di diritto, così da garantire l'accusato da forme di "coazione" dal diritto a non autoaccusarsi (attivamente). Di tal che, pur escludendosi che il prelievo di materiale corporeo per effetto dell'indagine molecolare sia ritenuto in contrasto con il *nemo tenetur* (venendo spesso ridotto ad una sorta di lieve sopportazione di un obbligo d'intrusione) e ritenendosi che l'indagine genetica non confligga di per sé con il diritto di non autoaccusarsi, si ravvisano indubbe trasgressioni del precetto nelle forme di costrizione più forti della libertà individuale, realizzate magari con l'obiettivo dichiarato di catturare i colpevoli<sup>(134)</sup>.

Sotto questo profilo maggiormente problematica, rispetto ai casi riconducibili al § 81 a, e al § 81 e StPO riguardo alla libertà di non autoaccusarsi, appare la realizzazione dei test di massa disciplinata nel § 81 b StPO, nei quali il legislatore tedesco ha avvertito fortemente l'esigenza di dettare una disciplina particolare, prescrivendo come obbligatorio il consenso dei partecipanti alle analisi<sup>(135)</sup>. In realtà la libertà di non autoaccusarsi subisce qui molte e indubbe pressioni sociali miranti a spingere l'individuo ad acconsentire al test medesimo, ed è incontestabile la violazione del fondamento del *nemo tenetur* laddove il soggetto-obietto (*Testverwei-*

<sup>(131)</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, § 46; C. eur. dir. uomo, sez. IV, 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno unito, § 46; C. eur. dir. uomo, sez. III, 6 giugno 2000, Averill c. Regno unito, § 46; C. eur. dir. uomo, sez. III, 2 maggio 2000, Condrom c. Regno unito, § 56 (tutte leggibili sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int))

<sup>(132)</sup> F. ZACCHÈ, *op.cit.*, 194.

<sup>(133)</sup> U. EISENHARDT, *Das Nemo-tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a) StPO*, Frankfurt am Main, 2007.

<sup>(134)</sup> M. WÜSTENEY, *Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA- Massentests*, 2003, 164 ss.

<sup>(135)</sup> F. SALIGER, C. ADEMI, *Der Massengentest nach § 81b StPO*, in *JuS* 2008, 193 ss.

gerer), a causa del suo diniego, venga trattato come un vero e proprio accusato per essere poi sottoposto coattivamente alla verifica (secondo i §§ 81 a, 81 e StPO)<sup>(136)</sup>. In queste ipotesi si realizza una sorta di “torsione” degli istituti processuali, a vantaggio di generici obiettivi di politica criminale, con evidenti ripercussioni sulla legalità dell'accertamento finale.

Alla luce dei descritti parametri interpretativi, inoltre, nel sistema italiano potrebbero meglio verificarsi in concreto gli effetti delle disposizioni contenute nella l. n. 85 del 2009 con l'obiettivo di registrare di volta in volta il pregiudizio (o il reale ossequio) del *nemo tenetur se detegere*, ravvisabile in ogni tecnica particolarmente invasiva o in trattamenti degradanti, eventualmente realizzati all'interno di un quadro normativo che è complessivamente, ed astrattamente, fondato sulla riserva di giurisdizione, sul consenso del soggetto, sul rispetto della *privacy*.

#### 8. Prova scientifica e formazione del convincimento giudiziale.

L'analisi del DNA proietta le sue potenzialità conoscitive pure sull'affidabilità dell'accertamento, involgendo soprattutto i pericoli di inquinamento dei reperti o di eccessiva soggezione cognitiva ai risultati delle suddette analisi<sup>(137)</sup>, come dimostra un caso eclatante, registratosi in Germania nel marzo del 2009, in cui sulla scena di alcuni gravi delitti (tra i quali anche l'omicidio di un poliziotto) erano state rinvenute tracce evidenti di un identico DNA riferibile ad una persona di sesso femminile. Dopo quasi due anni di indagine era stata delineata “l'impronta genetica” di un killer seriale femminile detto “fantasma di Heilbronn” (*Phantom vom Heilbronn*), autore presunto di molti dei suddetti omicidi<sup>(138)</sup>, con l'inevitabile effetto che l'elevato livello di attendibilità riferito ai risultati del DNA aveva stemperato in concreto l'interesse verso ulteriori e diverse “piste investigative”. Di lì a poco, tuttavia una penosa scoperta avrebbe di fatto travolto ogni esito d'indagine: i bastoncini di ovatta, usati per il prelievo, forniti da un'unica ditta, erano stati tutti contaminati dal DNA di un'operaia dell'azienda medesima, con vanificazione totale ed evidente del risultato genetico conseguito.

Il caso tedesco è particolarmente utile per segnalare l'atteggia-

<sup>(136)</sup> BGHSt 49, 57, 58, 21 gennaio, 2004, 1 StR 364/03; BGHSt 34, 324, 326, 2 aprile 1987, 4 StR 46/87.

<sup>(137)</sup> Per condivisibili notazioni su questi aspetti si rinvia a S. LORUSSO, *Investigazione scientifica, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 1350. L'Autore sottolinea il rischio che nel processo penale si realizzi, «avallando un massimalismo della conoscenza scientifica, una sorta di radicalismo del sapere che rappresenta la negazione della sua più intima natura: una sorta di “laboratorio scientifico”, affidato ad asettici operatori in camice bianco».

<sup>(138)</sup> Al “fantasma” erano stati attribuiti circa 40 casi di omicidio.

mento<sup>(139)</sup> critico e prudentiale tenuto dalla dottrina nei confronti di questa tematica, consentendo anche di tracciare un'ulteriore linea di convergenza interpretativa rispetto all'omologo panorama italiano.

Se come detto infatti l'esito della perizia del DNA non accerta *sic e simpliciter* la responsabilità del soggetto, bensì l'identità dell'individuo, s'impone al giudice<sup>(140)</sup> un'attenta attività di compendio tra questo risultato conoscitivo e gli ulteriori elementi probatori o indiziari<sup>(141)</sup> in modo che anche laddove sussista una concordanza dell'identità del DNA dell'accusato con una traccia si possa dedurre esclusivamente (ed in chiave probabilistica) che il materiale corporeo trovato provenga dall'accusato medesimo, ma non anche (e per semplicistica conseguenza) che il soggetto stesso sia l'autore del reato<sup>(142)</sup>.

---

<sup>(139)</sup> H. SATZGER, *DNA-Massentests*, cit. 639 ss.

<sup>(140)</sup> M. MAIWALD, *Problemi di bioetica nel diritto tedesco*, 7 ss., con ampiezza di richiami all'impostazione giurisprudenziale. Interessanti notazioni sul punto offrono, L. MARAFIOTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Banca Dati e accertamento penale*, cit., 10 e P. TONINI, *Accertamento del fatto*, loc. ult. cit.

<sup>(141)</sup> M. MAIWALD, *Problemi di bioetica nel diritto tedesco*, cit., 7 ss. In giurisprudenza, in questa specifica direzione anche, BGH, 27 luglio 1994, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1994, 524. L'analisi del DNA costituisce di certo un'importante mezzo di prova, ma si pone ancora la questione se i risultati ottenuti abbiano un assoluto e sicuro valore di prova (BGH 37, 157, 21 agosto 1990, 5 StR 145/90). Si ritiene che ove sussista solo un'analisi PCR, la condanna non possa fondarsi esclusivamente su questo dato (BGH 38, 320, 12 agosto 1992, 5 StR 239/92). Il giudice deve essere infatti pienamente consapevole che l'analisi del DNA contiene solamente un'affermazione statistica che non rende superflua una considerazione di tutte le circostanze ulteriori di prova. In Italia, cfr., T. S.M. Capua Vetere, 7 aprile 2006, in *Merito*, 2006, fasc. 9, 63, nota di G. TARTAGLIA POLCINI, *DNA: indizio o prova? Il dibattito sul valore dell'analisi genetica a scopo di identificazione*, secondo «cui pur allorquando il numero di identità di polimorfismi riscontrati tra DNA repertati e rilevati sulla scena del crimine o su cose pertinenti il reato e DNA dell'imputato, non costituiscono garanzia assoluta di identità tra prevenuto ed autore del reato, la relativa probabilità, da ritenersi comunque molto elevata, va valutata in stretta correlazione con gli ulteriori elementi acquisiti che possono, nel complesso, costituire una rete di indizi gravi, precisi e concordanti, sufficiente all'affermazione della penale responsabilità, che riducono l'ipotesi di attribuibilità alternativa di un fatto ad un dato non ragionevole e del tutto eccentrico». Sulla necessità che il metodo di lettura della prova indiziaria, unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio, non si esaurisca in una mera sommatoria degli indizi, ma si sostanzi in un'operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porre in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo: Cass. sez.un., 12 luglio 2005, Mannino, in C.E.D. Cass., n. 231678. *Contra*, Cass. sez. I, 30 giugno 2004, Rizzetto, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 236, secondo cui «gli esiti dell'indagine genetica condotta sul DNA, atteso l'elevatissimo numero delle ricorrenze statistiche confermate, tale da rendere infinitesimale la possibilità di un errore, presentano natura di prova, e non di mero elemento indiziario ai sensi dell'art. 192 c.p.p. comma secondo».

<sup>(142)</sup> Cfr. G.u.p. Brescia, 17 marzo 2010, Stasi, leggibile integralmente sul sito [www.Repubblica.it](http://www.Repubblica.it). Il provvedimento scolpisce con lucidità le ricadute applicative della pro-



Inserite in questo sfondo culturale possono meglio comprendersi le risultanze dell'elaborazione giurisprudenziale tedesca che attribuisce grande valore alle c.d. conoscenze scientifiche certe<sup>(143)</sup>, riferendo tale crisma ad esempio al test alcoolemico, condotto sui valori dell'alcool presenti nel sangue<sup>(144)</sup>, ovvero alla determinazione del gruppo sanguigno. Questi esiti assumono efficacia dimostrativa tale da elidere ogni elemento probatorio di segno contrario (*unbedingt*)<sup>(145)</sup> in qualche misura coartando entro binari predefiniti il convincimento giudiziale.

Il probabilismo tipico dell'ambito scientifico induce spesso a riconoscere l'esistenza di un nesso causale, dinnanzi a conoscenze "certe", che sono fondate su calcoli e valutazioni statistiche<sup>(146)</sup>; la difficoltà per il giudice, in tali ipotesi, risiede nel fatto che all'esito del processo è a lui rimessa la decisione in ordine alla scientificità della conoscenza cui si richiamerà il giudizio, servendosi di un esperto del quale tuttavia non può dimostrare l'esattezza del responso, con la conseguente necessità di obblighi di attenta verifica. Lo stesso accade quando il giudice intenda discostarsi da una conoscenza scientifica considerata "sicura", fondata su ricerche accurate che godono di ampio consenso nell'universo scientifico di riferimento<sup>(147)</sup>. In ogni caso lo stesso giudice deve poi esplicitare nella motivazione le "fonti" delle conoscenze poste a base della decisione. Nell'ambito del libero convincimento (§ 261 StPO<sup>(148)</sup>), il giudice può però discostarsi dall'opinione del perito se nel processo si registra la presenza di materiale probatorio di uguale rilievo, quale ad esempio un'altra perizia ovvero un elemento di prova di segno contrario<sup>(149)</sup>.

---

va del DNA e delle sue implicazioni sul convincimento giudiziale. Gli esiti processuali di un'altra vicenda giudiziaria di grande eco in Italia sono interpretati da F. CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il delitto di Cogne*, in *Cass.pen.*, 2009, 1867.

<sup>(143)</sup> BGHSt 5, 332, 16 febbraio 1954, 1 StR 578/53.

<sup>(144)</sup> BGHSt 28, 235, 20 ottobre 1978, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, 609.

<sup>(145)</sup> BGHSt 5, 332, *loc.ult.cit.*

<sup>(146)</sup> BGHSt 21, 157, 9 dicembre 1966, 4 StR 119/66.

<sup>(147)</sup> BGHSt V, 1993, 234, 16 dicembre 1992, 2 StR 440/92.

<sup>(148)</sup> K. GEPPERT, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, in *Jura*, 2004, 105 ss.

<sup>(149)</sup> Cfr. M. MAIWALD, *L'evoluzione del sistema penale tedesco in un confronto con l'ordinamento italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993, 154. Lungo queste direttive l'enucleazione della tematica della prova scientifica ha avuto grande sviluppo nell'ambito di alcuni noti casi giurisprudenziali, ampiamente dibattuti dalla dottrina tedesca. Tra i più noti si segnalano il processo *Contergan* sull'utilizzo del Talidomide" (Landgericht Aachen, 18 dicembre 1970, *Contergan*, in *Juristen-Zeitung*, 1971, 507 ss.; il caso della "sostanza per la protezione del legno" (Landgericht Frankfurt Am Main, 2 agosto 1995, BGH 41, 206, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 2930; interessanti notazioni sono offerte da K. VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, 105 ss.); e il processo incentrato su uno spray, rivelatosi poi gravemente nocivo per la pelle (BGHSt 37, 106, 6 luglio 1990, in *Strafverteidiger*, 1990, 446).

Le implicazioni processuali rinvenibili in studi oramai classici<sup>(150)</sup> e nelle recenti rivisitazioni della tematica<sup>(151)</sup> fanno ritenere che le spiegazioni causali, orientate alla dimostrazione dell'origine di un evento per stabilirne la rilevanza penale, debbano sottostare al rispetto di alcune rilevanti condizioni: devono essere cioè applicate in chiave generale ed astratta ed essere riconosciute universalmente<sup>(152)</sup>; non deve inoltre sussistere un'intrinseca contraddizione tra le medesime o in raffronto con altre leggi riconosciute; devono essere sottoposte a verifica, senza riferimenti a criteri astratti ma con un costante richiamo agli antecedenti considerati rilevanti; infine, la prova delle leggi causali non può fondarsi sul mero accumulo statistico relativo alla successione di semplici condizioni causali antecedenti l'evento, ma deve essere comprovata sperimentalmente. Qualora tutte le enucleate condizioni sussistano, allora il giudice penale è abilitato a valersene nel processo a fini probatorio-dimostrativi<sup>(153)</sup>. Per converso, il mancato rispetto dei criteri sopra delineati dovrebbe indurre il giudice ad assolvere l'accusato, senza per questo generare critiche né timori di arretramento della risposta penale, poiché è rassicurante che uno Stato di diritto tenga in serissima considerazione la presunzione di innocenza.

Il giudice, infatti, soprattutto laddove non possa rifarsi ad un risultato scientifico generalmente riconosciuto, non potrà fondare il suo verdetto su una delle contrastanti soluzioni proposte dai periti, in quanto ciò importerebbe un'eccessiva "personalizzazione del giudizio". In questi casi, cioè, la facoltà giudiziale di scegliere sulla base del "libero convincimento" fra le contrastanti soluzioni prospettate, deve piuttosto declinare favorevolmente a vantaggio dell'importante principio processuale dell'*in dubio pro reo*, propendendo di conseguenza per il proscioglimento dell'imputato<sup>(154)</sup>.

Le difficoltà valutative dinnanzi alla prova scientifica si acuiscono in particolare laddove i giudici si trovino in presenza di eventuali dissidi nelle valutazioni degli esperti. Nel noto caso *Contergan* ad esempio non trovò conferma, a causa di ostacoli fattuali e giuridici, la tesi sperimentale secondo cui l'assunzione della medicina generava danni fisici sui pazienti. In particolare, alcuni esperti ritennero non sussistere la prova di un collegamento eziologico tra le menomazioni e l'assunzione del talidomide, mancando una dimostrazione sistematica, in casi scientificamente provati. Questo difetto non con-

<sup>(150)</sup> Si segnala anzitutto M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, trad. it., Milano, 1999, p. 97 ss. I. PUPPE, *Naturgesetze vor Gericht*, in *Juristen-Zeitung*, 1994, 1147, spec. sui problemi di prova, 1150.

<sup>(151)</sup> Cfr., per un'efficace sintesi dei problemi, S. DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, Baden Baden, 1997, 104 ss.

<sup>(152)</sup> L'espressione letterale tedesca è "senza confini di tempo e di luogo".

<sup>(153)</sup> S. DENICKE, *Kausalitätsfeststellung*, cit., 104, usa una formulazione correlata all'obbligo: «*muß das Gericht im Strafprozeß überprüfen*».

<sup>(154)</sup> Così M. MAIWALD, *Causalità*, cit., 116.

sentiva, a detta degli esperti, di riconoscere l'operare di una legge causale<sup>(155)</sup>. In un altro celebre caso si registrarono opinioni differenti fra gli esperti chiamati in causa dal giudice penale con riguardo ad una sostanza per la protezione del legno (processo *Holzschutzmittel*<sup>(156)</sup>). In particolare, soluzioni divergenti erano state proposte da parte dei tossicologi, dei medici e dei biochimici. I tossicologi (periti chiamati in causa dal tribunale) rifiutarono nello specifico di riconoscere l'operare di una legge causale sulla base della mancata dimostrazione in concreto dell'esistenza di un collegamento eziologico tra il momento in cui il legno viene trattato con queste sostanze e il manifestarsi di danni alla salute.

Mancando dunque "documentazioni scientifiche fondate", la diagnosi del medico dopo l'anamnesi non fu ritenuta elemento di prova idoneo ad assumere sicura valenza dimostrativa. Neppure l'acquisizione delle cartelle cliniche dei malati poté di per sé accertare il decorso causale. Infatti, anche a volere ammettere l'esistenza di un effetto tossico, si sarebbero dovute compiere delle indagini su altri fattori causali quali l'ambiente di riferimento, le malattie preesistenti, la presenza di altre sostanze idonee a produrre l'effetto tossico. Sembrò pertanto che il risultato scaturente di per sé dalla cartella clinica non potesse avere un'efficacia dimostrativa diretta, rispetto ad un evento riconducibile a una pluralità di cause<sup>(157)</sup>. In situazioni di questo tipo assume rilievo la "conferma sperimentale" concreta della legge causale, dovendosi tener conto altresì delle eventuali fonti di errori che reca con sé una tesi non sufficientemente verificata. Nel dibattito teorico tedesco, in assenza di tale verifica, la tesi causale non può essere dimostrata. Il rispetto di questo requisito è ritenuto essenziale, anche per superare eventuali divergenze di opinione fra gli esperti, laddove alcuni di loro ritengano provata una legge causale, nonostante la mancanza di verifiche sperimentali. Le divergenze d'opinione perdono infatti di importanza nel processo penale laddove sussista una conferma sperimentale della legge scientifica. Nel caso celebre dello *spray* per la pelle<sup>(158)</sup> non si registrò invece un contrasto tra le opinioni degli esperti, poiché il problema concreto

<sup>(155)</sup> Si ricordi che un altro gruppo di periti aveva ritenuto provata la causalità anche in assenza di dimostrazione sperimentale della legge causale. Era cioè sufficiente la dimostrazione dell'effetto del Contergan sul danneggiato, ovvero il collegamento statistico tra l'assunzione del talidomide e le malformazioni determinatesi sui soggetti assuntori del farmaco

<sup>(156)</sup> Cfr. Landgericht Frankfurt Am Main, 2 agosto 1995, cit., 213. R. HAMM, *Der strafprozessuale Beweis der Kausalität und seine revisionrechtliche Überprüfung*, in *Strafverteidiger*, 1997, 159 ss.

<sup>(157)</sup> In quell'occasione, si registrò un vero contrasto tra medici e tossicologi; questi ultimi furono accusati di un eccessivo attaccamento ai risultati delle sperimentazioni sugli animali, dovendosi invece verificare l'effetto di veleni biologici in modo efficace, e riferire la valutazione soltanto a studi compiuti sull'organismo umano.

<sup>(158)</sup> BGHSt 37, 106, 6 luglio 1990, cit., 446.

maggiora era rappresentato dalla difficoltà di individuare la sostanza all'interno dello spray, di certo dannosa, ma difficilmente enucleabile. Tale circostanza perse però di significato all'interno del meccanismo di validazione della legge causale. L'indicazione della concreta sostanza, dannosa per la salute, non fu cioè ritenuta parte integrante del contenuto necessario della causalità generale. La legge causale generale che deve, com'è noto, essere universalmente valida e deve indicare tutte le condizioni antecedenti, risultò nel caso di specie non completa e non provata, a prescindere dalla tipologia della sostanza in rilievo, cosicché eventuali divergenze di opinione tra gli esperti sull'esistenza di una legge causale poterono essere superate, utilizzando congiuntamente tutti i criteri dimostrativi delle condizioni minime di validità della stessa legge causale. Naturalmente un convincimento sulla colpevolezza non può fondarsi semplicisticamente sulle perizie di esperti ma, deve anzitutto valutare la base fattuale, rispettando le teorie scientifiche di riferimento e le fattispecie giuridico-normative. Questo consente di comprendere perché nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale tedesco, (si pensi soprattutto al processo *Contergan* e al caso della sostanza del legno) eventuali asimmetrie di opinione fra gli esperti non si considerarono influenti in modo determinante sulla prova della causalità<sup>(159)</sup>.

È dunque possibile che le leggi causali il cui contenuto può essere investigato e indicato in modo preciso, come richiesto nel campo scientifico di riferimento, non diano luogo ad alcuna disputa scientifica fra esperti. Sarà allora il valore di cui gode la stessa legge scientifica, nell'ambito dell'universo di riferimento a fare superare l'*impasse* cui spesso sono costretti i giudici<sup>(160)</sup>. Le scoperte scientifiche sulle quali fondare una condanna relativa ad un reato d'evento devono inoltre garantire un'ampia possibilità di difesa all'accusato, nell'ottica di un effettivo rispetto della "presunzione di innocenza". La problematica assume toni più complessi laddove si tratti invece di connessioni causali ancora non ampiamente verificate dal punto di vista scientifico, come accade nelle ipotesi di scoperte scientifiche, confermate solo in maniera lacunosa e limitata. Analoghe difficoltà accompa-

---

<sup>(159)</sup> Sulle forzature del libero convincimento in presenza di eventuali discrasie nell'opinione dei periti BGH 41, 206, cit., spec. 214. In Italia la questione del contrasto fra le opinioni degli esperti si supera ritenendo sufficiente che il giudice dimostri di avere tenuto in considerazione le diverse ricostruzioni tecniche e di averle poi scartate sulla base di motivi oggettivi (Cass., sez. III, 14 luglio 2000, Donati, in *Guida dir.*, *Dossier.*, 2000, n. 8, 104; Cass., sez. IV, 17 maggio 2000, Asciano, in *Guida dir.*, 2000, 33, 70)

<sup>(160)</sup> In un noto brano letterario di T. DOSTOJESKIJ, *I Fratelli Karamàzov*, XII, 3, 673, evocato da M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, 194, assai bene si riflette questo stato di cose: «Venne fuori addirittura qualcosa di comico, causato precisamente dalla diversità di opinioni fra i dottori». Fu «interrogato in qualità di esperto il dott. Herzenschtube: stornarlo da un'idea che gli si fosse conficcata nel cervello, era un'impresa disperata».

gnano gli esiti del giudizio nel quale non si registri una massima d'esperienza genericamente riconosciuta a livello scientifico<sup>(161)</sup>. La massima d'esperienza presupposta nelle ragioni del giudizio deve infatti ugualmente fondarsi, nel dubbio, su affermazioni scientifiche sicure<sup>(162)</sup>. La falsificabilità della legge casuale, che presume che tutti i fattori rilevanti all'interno della legge casuale vengano indicati in modo concreto, potrebbe determinare richieste di verifiche di connessioni causa-effetto, assai complesse e non realizzabili. Questi limiti probatori emergono dalla prassi tedesca, inducendo gli interpreti più sensibili a ritenere che laddove manchi una prova oggettivamente scientifica della connessione causale il giudice non possa richiamarsi al libero convincimento, attraverso convinzioni meramente soggettive. In assenza di un risultato di questo tipo, il giudice non potrebbe in altri termini fondare il proprio giudizio su alcuna legge scientifica, pena l'eccessiva "personalizzazione del giudizio". In queste ipotesi difetta la facoltà di scegliere sulla base del "libero convincimento" fra le contrastanti soluzioni prospettate e matura la necessità di fare ricorso all'importante principio processuale dell'*in dubio pro reo*<sup>(163)</sup>.

A questo punto v'è da chiedersi su quali principali questioni processuali si condensi l'attuale dibattito tedesco, visto che in Italia, negli ultimi anni, studi significativi sul versante sostanziale<sup>(164)</sup> e processuale penale<sup>(165)</sup> hanno posto attenzione peculiare alla giurisprudenza nordamericana (in particolare alla sentenza *Daubert*<sup>(166)</sup>). Importanti sollecitazioni

<sup>(161)</sup> K. VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, cit., 109. BGHSt 10, 208, 9 febbraio 1957, 2 StR 508/56.

<sup>(162)</sup> Cfr., BGH 41, 206, 2 agosto 1995, 2 StR 221/94. Questa decisione riguardava prodotti per la protezione del legno che causavano dei danni alla salute delle persone. Il BGH ha trattato in questa decisione in modo assai dettagliato la problematica delle "conoscenze scientifiche sicure".

<sup>(163)</sup> Così M. MAIWALD, *Causalità*, cit., 116. Per una sintesi dei problemi in Germania: C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 2003, § 31, n. 59 (e analogamente, in tema di reato *commissivo*, ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., § 11 B, n. 74). Un'angolazione particolare del tema con ampi riferimenti al dibattito tedesco è offerta da L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 233 ss. Per raffronti comparatistici, cfr. altresì A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009, 127 ss.

<sup>(164)</sup> F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 784, 790 s., 812; ID., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 129.

<sup>(165)</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversie di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 75 ss.; ID., *In tema di nuova prova scientifica* in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1061. Sul punto v. pure l'analisi critica di M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 210, secondo cui «l'adozione di modelli scientifici di prova potrebbe aumentare le contraddizioni (al momento contenute) all'interno delle forme processuali tradizionali».

<sup>(166)</sup> *Frye v. United States*, 293 F. 1013, D.C. Cir. (1923), in tema di uso processuale

sul tema sono provenute dalle nostre sezioni unite<sup>(167)</sup> e dal successivo recepimento normativo del parametro del ragionevole dubbio nell'ambito dell'art. 533 c.p.p., ad opera della l. 20 febbraio 2006, n. 46<sup>(168)</sup>.

Può così affermarsi che nel nostro Paese il dibattito sulla prova scientifica, soprattutto atipica, ha risentito fortemente delle suggestioni culturali legate al *Daubert-test* e della necessità, secondo taluni interpreti, che il giudice già nella fase di ammissione della prova scientifica (intesa come prova atipica) agisca in virtù del ruolo da *gatekeeper*, ovvero sia controllato da subito l'affidabilità dello strumento probatorio<sup>(169)</sup>; altri autori ritengono invece che il ruolo del giudice venga massimamente in evidenza nella fase di formazione della prova, con l'esplicazione del contraddittorio, ai fini della valutazione della scientificità del mezzo non disciplinato dalla legge<sup>(170)</sup>.

Una tipologia di problemi, questa, con differenziazioni tra la fase di

---

del poligrafo (o "macchina della verità"). Ammonisce però dai rischi del criterio proposto, se isolatamente considerato, O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, cit., 1064.

<sup>(167)</sup> Cfr. Cass. sez.un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. pen.*, 2002, 885. Per una ricca ed attualizzata lettura del problema F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss. Sul punto anche G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche fra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, 945; O. DI GIOVINE, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 2007, 157 ss.

<sup>(168)</sup> Sul parametro, cfr. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51 ss.; D. CARPONI SCHITTAR, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarimento sui principi*, Milano, 2008, 25 ss.; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 19; P. FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in AA.Vv., *La prova scientifica*, cit., 16 ss.; N. FUSARO, *Delitti e condanne: prova scientifica e ragionevole dubbio*, in *Osservatorio del processo penale* diretto da A. Gaito, n.4/5 2009, V ss.; V. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza all'oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1029 ss.; S. LORUSSO, *Sub art. 533 c.p.p. in Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2010, 6720 ss.; A. MANNA, *I Rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, 3633.

<sup>(169)</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 68 ss.; ID., *In tema di nuova prova scientifica*, cit., 1062 s. V., però, sul punto, G. UBERTIS, *La prova scientifica e la Nottola di Minerva*, in AA.Vv., *La prova scientifica*, cit., spec. 87, secondo cui «è l'impegno della futura valutazione a incidere sulla disciplina del provvedimento ammissivo», ed in questa fase assume rilievo il parametro di rilevanza/idoneità del mezzo o della fonte di prova da cui inferire proposizioni in grado di confermare o smentire l'affermazione probatoria, integrante il futuro specifico mezzo di prova.

<sup>(170)</sup> Cfr., per un'ampia ricostruzione del dibattito italiano, S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in AA.Vv., *La prova penale*, I, Torino, 2008, 326, ove si ribadisce l'importanza della «neutralità metodologica dell'organo giudicante prima della pronuncia finale»; P. TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in AA.Vv., *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 74, sottolinea l'assoluta centralità del momento dell'esame incrociato degli esperti.

“ammissione” e la fase di “formazione-valutazione” della prova che, come agevolmente comprensibile, è avvertito in modo peculiare in Germania. Il dibattito, infatti, pur registrando influenze dalle importanti spinte interpretative di provenienza nordamericana relativa al *Daubert-test*, che impone di valutare già in punto di ammissione la prova peritale per sottoporla ai giurati, non ne ha sposato appieno l'applicabilità. L'impronta prevalentemente inquisitoria del rito penale tedesco assegna del resto l'ammissione, intesa in un senso funzionale, sotto forma di decisione, al giudice<sup>(171)</sup>. È quest'ultimo, cioè, a dover decidere quali prove si devono disporre *ex officio* (§ 244 comma 2 StPO) ed in quale modo esse debbano essere richieste; infine lo stesso soggetto sarà chiamato a valutare queste prove.

Il *punctum dolens* della fase ammissiva concerne invece il rischio più generale che il giudice possa maturare già in questa sede una sorta di pregiudizio conoscitivo, idoneo a influenzare il dato finale. Nel recepimento di elementi probatori dalla verifica preliminare (*Vorgeschichte*) pesanti ipoteche possono porsi sul successivo momento valutativo: il giudice tedesco possiede infatti una conoscenza completa degli atti dell'indagine preliminare, dovendo decidere sulla base di codesti risultati d'indagine dell'organo d'accusa e dei suoi ausiliari in ordine all'apertura del dibattimento (§ 199 ss. StPO). Si viene a realizzare il cosiddetto effetto di perseveranza, per cui nel corso del processo a carico dell'accusato, sono possibili forme di autocondizionamento (*Selbstbindung*)<sup>(172)</sup>, con inevitabili compromissioni della correttezza della decisione finale.

Anche quest'ultima notazione ci pare confermativa dunque della premessa metodologica di fondo sul fatto che ciascuno dei due sistemi posti a raffronto conserva la propria impronta<sup>(173)</sup> e la propria dimensione normativa. Non è dunque possibile suggerire aprioristiche commistioni o sovrapposizioni; tuttavia i significativi apporti conoscitivi offerti dal sistema tedesco e, in particolare le analogie/differenze con il modello italiano, permettono di isolare alcuni connotati comuni nelle due discipline normative.

Da un lato, si avverte la forte necessità di attribuire un significato conoscitivo processuale alla prova del DNA, dall'altro, si registra la latente

<sup>(171)</sup> Importanti coordinate sistematiche sono offerte da T. RAFARACI, *Processo penale tedesco*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Tomo I, Milano, 2008, 832 ss. e da F. RUGGERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in N. GALANTINI, F. RUGGERI, *Scritti inediti di Procedura penale*, Trento, 1998, 130 ss.

<sup>(172)</sup> Laddove il giudice rifiuti l'ammissione di una prova, per esempio, l'audizione di un ulteriore perito, è tuttavia possibile dolersene nel corso del giudizio di Cassazione, nella cornice dell'esposizione dei motivi (“*Darstellungsrüge*”).

<sup>(173)</sup> Significative considerazioni sul metodo, in vista della progressiva armonizzazione europea, sono offerte da E. AMODIO, *Le fonti della procedura penale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, II, *Diritto processuale penale e profili internazionali*, a cura di P. Corso ed E. Zanetti, Piacenza, 2010, 4 ss.

preoccupazione per il pregiudizio dei diritti individuali sotteso a tali forme di accertamento, infine, si riscontra una visione condivisa circa la estrema complessità del giudizio penale nel quale questi elementi probatori sono chiamati a giocare un ruolo pressoché risolutivo.

### 9. *Quadro statistico.*

Alla fine del IV quadrimestre del 2010 il *database* dell'analisi del DNA del BKA registrava 895.941 dati.

Questo numero è composto da 711.159 dati identificativi di persone (*Personendatensätzen*) e da 184.782 profili derivanti da reperti (*Spurendatensätzen*). Ogni mese circa 8.200 nuovi dati vengono inseriti nel *database* del DNA.

Per ragioni legate alla scadenza dei termini di conservazione o per altri motivi (ad esempio scoperte derivanti da reperti) dal 1998 sono stati cancellati circa 152.400 dati.

Dall'inizio dell'attività del *database* ad oggi (30 settembre 2010) sono stati identificati 110.263 individui. In 23.841 casi è stato possibile collegare un profilo a un reato a seguito del ritrovamento di tracce sul luogo del delitto. In 86.442 casi una "traccia" rinvenuta sul luogo del delitto ha contribuito ad attribuire un reato ad una specifica persona. Le persone complessivamente individuate grazie all'esame del DNA sono così suddivisibili con riguardo alla tipologia dei delitti commessi:

Tipologia del delitto	Risultati
Reati contro la vita	995
Reati contro la autodeterminazione sessuale	1.847
Reati contro l'incolumità fisica	1.257
Reati contro la libertà personale	92
Furti aggravati	68.589
Rapina e Estorsione	5.852
Reati contro l'ordine pubblico	314
Reati di pericolo	704
Truffa /Malversazione	211
Ingiuria	102
Danneggiamento	610
Altri reati previsti dal codice penale	3.485
Reati previsti dalla normative complementare [Stupefacenti (BtmG), Armi (WaffG etc.)]	1.640

(A causa di un cambiamento del rilevamento statistico del numero dei dati la tabella comprende solo i dati successivi al 30.09.2000, ciò spiega la differenza fra la somma finale e il numero complessivo dei dati).

\* I dati sono leggibili sul sito: <http://www.bka.de/profil/faq/dna02.html>

PAOLA MAGGIO





## ANCORA SU TERRORISMO E STATO DELLA CRISI (\*)<sup>(1)</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La strategia statunitense di contrasto al terrorismo: degiurisdizionalizzazione e prevalenza del ruolo delle autorità amministrative. – 3. La legislazione anti-terrorismo in Europa: limiti e virtù del diritto (penale). – 4. Forme di diritto penale del nemico nelle norme italiane più recenti. – 5. Poteri e garanzie nella strategia di contrasto al terrorismo.

### 1. *Premessa.*

È particolarmente significativa la frase con cui si apre il saggio di Alan Dershowitz sul terrorismo: *Why Terrorism works*<sup>(2)</sup>. È la frase pronunciata dal generale Dalla Chiesa nel 1978, secondo cui “L’Italia può sopravvivere alla perdita di Aldo Moro, ma non all’introduzione della tortura”. Quest’affermazione ricorda quella frequente nei 55 giorni del sequestro Moro, volta a contrastare la proposta dell’On. La Malfa di introdurre la pena di morte per i terroristi. A entrambe queste considerazioni è sottesa una domanda: fino a che punto può derogarsi a principi fondamentali dello Stato di diritto in nome della ragion di Stato, della ragion politica o dell’esigenza di contrastare crimini particolarmente efferati e che, come nel caso del terrorismo, destabilizzano la stessa natura di una democrazia costituzionale?

Problema, questo, che emerge in particolare dopo che, in seguito all’11 settembre, l’esigenza di contrasto del terrorismo internazionale-jihadista ha introdotto discipline derogatorie di principi fondamentali nella legislazione di molti Paesi europei (tra cui anche l’Italia), oltre che degli Usa, al punto che Tony Blair, nel 2002, legittimava tali deroghe affermando: “The rules of the game are changing” e lo stesso Presidente del Consiglio, seguito da

---

(\*) Testo, corredato dalle note, dell’Intervento al Convegno: “*Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*”, Ascoli Piceno, 5-6-7 marzo 2010.

<sup>(1)</sup> Richiamo volutamente il titolo del volume V, n.1, del 1979, de “La questione criminale”, anche per sottolineare continuità e discontinuità nel rapporto tra terrorismo (ieri interno, oggi internazionale) e democrazia costituzionale, dagli anni settanta ad oggi.

<sup>(2)</sup> A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works*, New Haven-London, 2002.

illustri editorialisti<sup>(3)</sup>, asseriva<sup>(4)</sup> che “non si può combattere il terrorismo con il codice in mano”, invocando addirittura la legittima previsione di una sorta di zona grigia tra illegalità e legalità, che consentisse agli inquirenti e ai servizi di contrastare il terrorismo anche derogando al rispetto della legge, per difendere la società da coloro che non rappresentano soltanto dei criminali, ma dei veri e propri nemici per la sicurezza dello Stato. Di fronte ai rischi del terrorismo quindi, qualsiasi deroga ai principi e alle garanzie previsti dal nostro sistema penale sarebbe in questa prospettiva legittima purché efficace, ritenendosi che “i principi servono solo se si resta vivi”, e che sarebbe questo il male minore da scegliere, di fronte ai pericoli cui il terrorismo espone la democrazia. Che insomma non potrebbe agire con una mano dietro la schiena<sup>(5)</sup>: lo stato di eccezione sarebbe quindi legittimato dallo stesso attacco ai principi dello Stato di diritto sferrato dal terrorismo.

Il terrorismo jihadista mira infatti a destituire le democrazie occidentali delegittimando in primo luogo i valori su cui si fonda: dal pluralismo alla laicità fino al principio personalista, nei suoi corollari della tutela della dignità (violata dalla stessa fungibilità e quindi dalla spersonalizzazione delle vittime) e della vita umana. Si pensi al corpo del kamikaze ‘offerto in sacrificio’, che si fa da un lato arma di distruzione di massa, e dall’altro, che si considera *corpo misto* con il proprio nemico. Ciò non solo rende inapplicabili a questa forma di terrorismo gli istituti premiali fondativi della legislazione anti-terrorismo degli anni di piombo, ma denota anche il valore simbolico attribuito alla *corporeità* della violenza e alla carica offensiva del corpo, così delineando un singolare parallelismo con la strumentalizzazione del corpo martoriato con la tortura che singolarmente ritorna proprio in relazione al terrorismo, in un’epoca, quale la nostra, che ha visto il progressivo sottrarsi del corpo alla pena, divenuta da “arte di sensazioni insopportabili”, “economia di diritti sospesi”<sup>(6)</sup>.

In questo senso, il terrorista (*l'unlawful enemy combatant*) sembrerebbe quel nemico capace di “mettere in questione Noi come figure”<sup>(7)</sup> e non stu-

<sup>(3)</sup> A. PANEBIANCO, *La nuova guerra (negata). Perché l'Italia senza poteri d'emergenza non può affrontare il terrore globale*, in *Corriere della Sera*, 3.9.2006, 1 ss..

<sup>(4)</sup> In sede di conferenza stampa tenutasi nel dicembre 2005, ai giornalisti della stampa estera

<sup>(5)</sup> Come invece afferma A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. Dir.*, 2003, 1, 11., nella consapevolezza che rinnegare, da parte della democrazia, i propri principi costitutivi avrebbe significato cedere alla sfida terrorista, fare il gioco dei “nemici”.

<sup>(6)</sup> M. FOUCAULT, *Sécurité, Territoire, population. Cours au Collège de France*. 1977-1978, Paris, 2004, 22; ID., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*. 1978-1979, Paris, 2004, 15 ss

<sup>(7)</sup> C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum begriff des Politischen*, Berlin, 1963; trad. it., Milano, 1981, 68

pisce che attorno al terrorismo jihadista si sia costruito quel paradigma del diritto penale del nemico di cui parla Jakobs<sup>(8)</sup>, funzionale alla creazione di una categoria di ‘non-persone’ sottratte alle garanzie ordinarie riconosciute agli imputati – in applicazione di quel ‘diritto del cittadino’ riservato solo a coloro che riconoscono il sistema – e nei confronti dei quali il legislatore sembra orientato a tenere un “zero-sum approach”: ogni garanzia (anche soprattutto giurisdizionale) viene ritenuta come un cedimento al ‘nemico’.

---

<sup>(8)</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, (trad. it. A cura di F. RESTA), in M. DONINI - M. PAPA, (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss. Si tratta di un paradigma caratterizzato dalla sostituzione del principio di colpevolezza per il fatto con quello di pericolosità per la condotta di vita o per tipo d'autore (punibilità di atti preparatori ben oltre la soglia del tentativo, che dissimula la punibilità in ragione della mera pericolosità); dall'attribuzione alla pena di finalità non già rieducative ma di mera neutralizzazione e segregazione; tendenza alla degiurisdizionalizzazione delle misure limitative della libertà personale e riduzione della discrezionalità giudiziale nell'applicazione di misure restrittive o nella stessa commisurazione della pena (circostanze aggravanti sottratte al bilanciamento; custodia cautelare obbligatoria; predeterminazione del contenuto e dell'intensità delle restrizioni applicate in virtù di regimi penitenziari speciali quali quello di cui all'art. 41-bis ord. Pen.). Sul tema cfr. E. CANCIO MELIÀ, *Diritto penale del nemico? Ibid*, 65 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 179 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-bari, 2° ed., 1996; ID., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II. *Teoria della democrazia*, 511 ss.; M. PAVARINI, *la giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Quest. crim.*, 2007, n. 2, 1 ss.; S. RODOTÁ, *La vita e le regole*, Milano, 2006; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, (trad. it. a cura di F. RESTA), in E. DOLCINI-C.E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Milano, 2006, 757 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, 772 ss.; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2006, 648 ss.; T. UWER (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin, 2006; A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works*, New Haven-London, 2002; B. HUDSON, *Justice in the Risk Society*, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, spec. 70 ss.; J. BUTLER, *Precarious Life: The Power of Mourning and Violence*, London-New York, 2004; A. D. APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2004; A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., 33 ss.; L. VIOLANTE, *“La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata”*, in *Cass. pen.* 1992, 484 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007. Per una distinzione tra diritto penale del nemico degli Stati totalitari o non di diritto e legislazioni penali derogatorie (sia pur in parte) della disciplina ordinaria, negli Stati di diritto, v. F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2007, 470 ss. Per un'interessante analisi della legislazione penale nel regime fascista, v. G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, 341 ss. e volendo, F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, 2006, 56 ss.; EAD., *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, n. 38, 1761 ss..

Inoltre, la struttura acefala, delocalizzata, atomistica di Al Qaeda – che la rende refrattaria al paradigma tradizionale dei reati associativi – e la tendenza delle azioni intraprese contro i taliban a prescindere dalla stessa soggettività internazionale per l'instaurazione di un conflitto – modificano profondamente la stessa figura del nemico: non più *justus hostis* ma criminale e nemico insieme, e come tale soggetto a una disciplina del tutto peculiare, che oscilla tra guerra e diritto. Laddove poi, come nel caso di Al Qaeda, il nemico è costantemente ridefinito nell'identità e nell'ideologia, ne deriva simmetricamente una profonda rimodulazione dei criteri (già clausewitziani) dello *jus in bello*: l'azione terroristica si confonde con il pericolo di guerra. La guerra, da reazione eccezionale, rischia così di ridursi a stato continuo di emergenza, in un contesto in cui cade la distinzione fra sicurezza interna ed esterna, fra militare e civile, fra pace e guerra, e la logica della belligeranza finisce per assomigliare sempre di più a quella di polizia.

La stessa marginalizzazione del ruolo dei Parlamenti<sup>(9)</sup> rispetto a quello assunto dai Governi nella gestione di questi conflitti internazionali denota il progressivo assottigliarsi del confine tra guerra e azioni militari di polizia internazionale anche a fini 'sanzionatori', che sposta il baricentro dell'equilibrio tra poteri dello Stato a livello interno, declinando in forme nuove e diverse i confini della sovranità a livello globale.

## 2. *La strategia statunitense di contrasto al terrorismo: degiurisdizionalizzazione e prevalenza del ruolo delle autorità amministrative.*

Si delinea così una nuova strategia di azione: la War on Terror<sup>(10)</sup>, ca-

<sup>(9)</sup> Prevale infatti l'abbandono della deliberazione parlamentare preventiva (limitata ai soli casi più gravi), in favore del mero vaglio successivo delle azioni governative. In Italia ad esempio la prassi recente denota il ricorso a procedure informative da parte del Governo alle Commissioni esteri e difesa delle Camere, anche in caso di attuazione di decisioni del Consiglio Atlantico di attivare l'art. 5 del Trattato). In Francia si è seguita analoga procedura, censurata peraltro proprio per l'insufficiente consultazione preventiva del Parlamento. In Germania, il Governo federale ha presentato al Bundestag il 7 novembre 2001 una espressa richiesta di assenso ai fini dell'uso della forza armata per il contrasto al terrorismo internazionale "a fini di garanzia del diritto di autodifesa individuale e collettiva nell'ambito e secondo le regole di un sistema di mutua sicurezza collettiva", ai sensi dell'art. 24 GG. Cfr., G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, n. 1, 29.

<sup>(10)</sup> J. YOO, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, Washington, 2006, 143; D. ROSE, *Guantanamo: America's War on Human Rights*, London, 2004; R. DWORKIN, *terror and the Attack on Civil Liberties*, in *The New York Review*, 6.11.2003, 15 ss.; R.C. LEONE - J.X. DEMPSEY, *The war on Our Freedom. Civil Liberties in Age of Terrorism*, Washington, 2003. Resta da rilevare come l'Amministrazione Obama sembri intenzionata a mutare significativamente l'indirizzo politico in materia, in particolare in relazione alle modalità, ai presupposti e ai limiti della detenzione dei sospetti terroristi, con l'annuncio

pace di sottrarre i terroristi tanto alle garanzie del diritto bellico e umanitario, quanto alle regole del diritto penale. Questa impostazione caratterizza in particolare l'approccio degli Usa al terrorismo, che privilegia misure non – o extra-giurisdizionali per la repressione di quella che viene considerata non tanto e non solo quale forma – sia pur del tutto peculiare – di criminalità quanto piuttosto espressione di ostilità, di una guerra volta a minare gli stessi valori su cui si fondano le democrazie occidentali. Più che di accertare reati perseguendone i responsabili, si tratta insomma di neutralizzare i nemici della democrazia, ricorrendo a misure di prevenzione e anticipando la soglia di punibilità ben oltre il tentativo, con il ricorso a misure extragiudiziali – non meno afflittive ma meno garantiste di quelle penali – ritenendosi che il controllo giurisdizionale rappresenti un ostacolo al perseguimento degli obiettivi dell'amministrazione.

Si pensi ad esempio alle National Security Letters – provvedimenti amministrativi legittimati dai Patriot Acts e dal Foreign Intelligence Surveillance Act, che consentono l'intercettazione e la data retention anche in assenza di controllo giurisdizionale –; al controllo amministrativo dei dati bancari e alla raccolta dei PNR (Passenger Name Records) ovvero di numerosi dati di passeggeri non statunitensi non in possesso di visti<sup>(11)</sup>; all'inclusione nelle blacklists di soggetti sulla base di segnalazioni di servizi, così da applicare agli interessati misure di prevenzione patrimoniali in assenza di controllo giurisdizionale; alla confluenza nel processo penale di elementi di prova acquisiti dai servizi e pertanto secretati (*closed materials*); al ricorso alle *extra-ordinary renditions* quali misure idonee a consentire la tortura nei confronti di sospetti terroristi inviati in zone non soggette alla giurisdizione americana; alla qualificazione, da parte dell'amministrazione Bush, come "tecniche d'interrogatorio" (es. il waterboarding) ammissibili nei confronti di sospetti terroristi di talune forme di tortura, in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema nei *Miranda Warnings cases*; al *racial profiling*<sup>(12)</sup>. E a dimostrazione del carattere meramente strumentale delle accuse mosse ai soggetti detenuti, si consideri che tra il 2002 e il 2007 vi è stato un solo condannato per delitti di terrorismo e solo 10 formalmente imputati<sup>(13)</sup>.

---

– invero significativo- dell'emanazione, il 22.1.2009, di un provvedimento presidenziale che dispone il divieto di interrogatori realizzati mediante tortura, la revisione dei processi svoltisi dinanzi alle Military Commissions e la prossima chiusura del carcere di Guantanamo.

<sup>(11)</sup> Raccolta che, nelle forme in cui era prevista dalla decisione 2004/496/CE, è stata censurata dalla Corte di giustizia con sent. 46/2006.

<sup>(12)</sup> Metodo d'indagine che, in violazione del principio della *color-blindness* della legge, assume la razza a indicatore di pericolosità, fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato etnico-razziale.

<sup>(13)</sup> A. SPATARO, *Otto anni dopo l'11 settembre*, in *Quest. Giust.*, 2009, 145 ss..

E si pensi ancora all'istituzione, prima con il Detainees Treatment Act e, da ultimo, con il Military Commissions Act del 2006, di apposite giurisdizioni militari di nomina presidenziale, cui devolvere la cognizione in ordine ai provvedimenti che dispongono la detenzione – in zone sottratte alla giurisdizione Usa – di “enemy aliens” sospettati di terrorismo, con modalità incompatibili sia con il diritto penale (es. uso processuale di closed materials<sup>(14)</sup>) e di torture evidences), sia con la legge marziale, sia con il diritto

<sup>(14)</sup> Ne deriva una significativa marginalizzazione della funzione giurisdizionale – limitata finanche nella conoscenza di fonti di prova spesso segretate per ragioni di sicurezza – sempre di più percepita come interferenza indebita nell'operato dell'esecutivo. Si pensi ad esempio alle procedure di riesame della qualificazione come ‘nemico combattente’ e della conseguente detenzione amministrativa a tempo indeterminato del soggetto così classificato, istituite negli Stati Uniti ai sensi del Detainee Treatment Act of 2005 e del Military Commissions Act o 2006, ove né al ricorrente né al suo difensore è concesso di prendere visione degli elementi di prova addotti dal Governo a sostegno della qualificazione e della legittimità della detenzione, qualora essi siano secretati e la relativa disclosure possa pregiudicare la sicurezza nazionale. Ove si consideri come la maggior parte, se non la totalità dei ricorsi di questo tipo si fondano su elementi di prova secretati, si comprende come l'esercizio del diritto alla difesa, proprio in materia *de libertate*, sia sostanzialmente precluso; ragione che ha indotto la Corte Suprema a ritenere questo tipo di ricorsi ‘unfair’ e come tali inidonei, secondo gli standards della *due process clause*, a costituire un valido sostituto dell'*habeas corpus* proceedings, costituzionalmente sancito proprio a tutela della libertà rispetto a detenzioni arbitrarie (cfr., ad es. U.S. Supreme Court, in re Boumediene et al. V. Bush, 12 giugno 2008). Del resto, pur senza giungere a questi estremi, quasi tutti gli ordinamenti europei e non, hanno previsto delle procedure particolari per l'acquisizione in giudizio delle prove segretate per ragioni di sicurezza nazionale, proprio in relazione ai processi in materia di terrorismo internazionale, dopo l'11 settembre 2001, a dimostrazione di come questo tema comporti la commistione di istituti e logiche del diritto e del processo penale con politiche di sicurezza e attività o fonti di intelligence. La questione è stata discussa nel nostro ordinamento, recentemete, nell'ambito dei lavori preparatori della l. 124/2007 di riforma della disciplina del segreto di Stato e del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, proprio a seguito delle indagini della Procura di Milano sul sequestro e sulla extraordinary *rendition* di Abu Omar. La soluzione alla fine prevista dall'art. 41 della legge sembra lasciare spazio proprio alla possibilità – sin qui esclusa dalla legge (art. 51 c.p. in tema di esercizio del diritto di difesa) e, senza alcuna pronuncia difforme, anche dalla giurisprudenza (*Cass. Sez. Penale, Sez. VI, 10.3.87 in CED n. 175919*, sia pure riferita alla normativa del Cpp abrogato e, soprattutto, *Cass. Sez. Penale, Sez. 1, 24.1.89 in Cass. Penale 1990, n. 1505*) – che il segreto possa essere opposto, oltre che dai testimoni (come previsto dall'art. 202 cpp) anche da indagati ed imputati, con conseguenti limiti all'esercizio del diritto di difesa, con ulteriori ed evidenti limiti al principio di obbligatorietà dell'azione penale ed, infine, con conseguente configurabilità dello status di appartenente ai Servizi quale vera e propria causa, in sé, di non punibilità. Eppure, tale conclusione è stata sin qui esclusa anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: sentenze n. 110 del 9.4.1998 e n. 410 del 10.12.98, ove si afferma che la attuale disciplina del segreto di Stato e, dunque, la sua eventuale opposizione “non delinea alcuna ipotesi di immunità sostanziale collegata alla attività dei Servizi informativi...e non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la notizia criminis in suo possesso ed eserciti se del caso l'azione penale (sulla base di elementi di conoscenza e di prova altrimenti acquisiti) ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto”. È pur

umanitario. Tale forma di sottrazione dei sospettati di terrorismo al diritto comune è stata resa possibile in virtù della classificazione dei sospetti terroristi catturati in ogni parte del mondo quali “*unlawful enemy combatants*”, la cui qualifica di “criminali” è funzionale unicamente alla loro sottrazione allo *status* di *lawful combatants* (ed alle sia pur minime garanzie connesse a tale qualità), ma non è comunque sufficiente ad attribuire loro la qualifica di imputati, che ne impedirebbe la detenzione a tempo indeterminato, la sottrazione alla giurisdizione ordinaria (anche militare) in favore della procedura speciale dinanzi alle *Military Commissions*, la loro sottoposizione a “*tactical questionings*”, etc.

La detenzione di tale categoria di “nemici”, qualificata come “*simple war measure*”, non costituisce né una misura cautelare custodiale in senso stretto, né una vera e propria misura di prevenzione, “poiché adottata e finalizzata allo scopo di *intelligence gathering* e gestita con modalità afflittive e caratterizzate da estrema severità, spesso integranti trattamenti inumani e degradanti se non vere e proprie forme di tortura”<sup>(15)</sup>. Del resto nello stesso *Order* che rende *unlawful* tutti i nemici, il Presidente chiarisce che

---

vero che il comma 6 dell’art. 41 citato prevede ancora una volta che “Non è, in ogni caso, precluso all’autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto”, ma ciò verosimilmente non impedirà il sorgere di un prevedibile contenzioso giurisprudenziale, anche per il contenuto dei commi 1, 2 e 3 dell’articolo, non conforme ai principi costituzionali in tema di diritto di difesa ed obbligatorietà dell’azione penale.

La soluzione prevalente negli altri Paesi, soprattutto di *common law*, è stata invece nel senso di istituire regole processuali speciali, tali da coniugare esigenze di segretezza a tutela della sicurezza nazionale con la garanzia del diritto alla difesa, senza impedire all’autorità giudiziaria di procedere all’acquisizione dei relativi elementi di prova. Ad esempio, Regno Unito e Canada hanno previsto che qualora la soluzione del giudizio in materie *de libertate* dipenda dalla produzione in giudizio di informazioni secretate (*closed materials*), ad esse possa accedere uno ‘*special advocate*’ o ‘*security-cleared attorney*’ che, tenuto a non divulgare il contenuto delle prove in virtù del segreto professionale, possa comunque rappresentare gli interessi dell’assistito (cfr. per il Regno Unito, lo Special Immigration Appeals Commission Act 1997, chapter 8, section 6 e successive modificazioni, o il Prevention of Terrorism Act of 2005, chapter 2, schedule 7). Ancora, in re *Charkaoui v. Canada*, 1 S.C.R. 350, 71-74 (2007), la Corte Suprema del Canada ha dichiarato l’illegittimità di norme che, diversamente da quelle descritte sul ‘*security-cleared attorney*’ applicabili in materia di terrorismo, impedivano tout court al ricorrente avverso il provvedimento di espulsione, di accedere ad informazioni riservate per ragioni di sicurezza nazionale, inducendo il legislatore ad estendere ai procedimenti in materia di espulsione o detenzione dei cittadini stranieri la norma sullo *special advocate*. Benché compromissoria e come tale comunque in parte limitativa degli interessi in gioco – tra i quali in primis il diritto alla difesa – tale soluzione appare comunque preferibile alla scelta di precludere tout court l’acquisizione delle informazioni riservate, che rischia di sottrarre del tutto al controllo giurisdizionale elementi di prova importanti, soprattutto in materia di terrorismo, impedendo di fatto l’esercizio del diritto alla difesa.

<sup>(15)</sup> V. FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto (Strategie antiterrorismo e giurisdizione negli Stati Uniti)*, in *Quest. Giust.*, 2006, n. 4, 707



“naturalmente i nostri valori “*as a nation*” (...) sanciscono per noi un richiamo a trattare con umanità i detenuti, *inclusi coloro che non hanno un titolo legale a tale tipo di trattamento*”. L’umanità non sarebbe quindi un carattere necessario e indefettibile del trattamento punitivo, da riconoscere a tutte le persone per il solo fatto di essere “*human beings*”, ma una graziosa concessione del sovrano, una “*matter of policy*” la cui gestione rientra nella discrezionalità politica.

Questa forma di sottrazione dei sospetti terroristi alle garanzie minime del diritto penale, umanitario, finanche bellico, è stata tuttavia censurata dalla Corte suprema che, con le sentenze Hamdi (2004), Hamdan v. Rumsfeld (2006); Humanitarian Law Project (2006) ma soprattutto Boumediene (12 giugno 2008) ha sancito come l’attribuzione al Presidente, con l’Authorization of Use of Military Force (AUMF, di cui alla Joint Resolution 18.9.2001<sup>(16)</sup>) dei poteri necessari nella prevenzione del terrorismo e nella repressione dei responsabili degli attacchi alle Twin Towers, non possa rappresentare una ‘*legal basis*’ sufficiente per determinare la sospensione dell’*habeas corpus* ai sensi dell’art. I, section 9, clause 2, della Costituzione<sup>(17)</sup>, non solo perché nella risoluzione non si richiama in alcun punto l’esigenza di istituire giurisdizioni speciali tenute a giudicare degli *habeas proceedings*, ma anche perché – nella misura in cui le procedure dinanzi alle MC privano il detenuto del diritto alla difesa<sup>(18)</sup> – legittima la negazione, nei confronti dei sospetti terroristi, del *writ of habeas corpus*, garantito dalla Costituzione non al solo cittadino ma alla *persona in quanto*

<sup>(16)</sup> Con la quale il Congresso ha conferito alla Presidenza USA un potere di fatto amplissimo nella prevenzione del terrorismo e nella repressione dei responsabili degli attacchi alle Twin Towers. Potere, questo, esercitato anche mediante l’emanazione di decreti recanti norme di attuazione e integrazione delle disposizioni previste dai Patriot Acts e che, forse anche più di questi ultimi, hanno contribuito alla creazione di un sotto-sistema giuridico del tutto peculiare per i delitti di terrorismo e il giudizio a carico dei soggetti (in particolare, gli stranieri) sospettati o accusati di tali reati. Si ricorda che la risoluzione parlamentare congiunta non ha valore di atto di indirizzo come da noi, ma ha invece efficacia legislativa.

<sup>(17)</sup> Cfr., in tal senso, la sentenza resa dalla Corte suprema in re Ex parte Bollman, 4 Cr. (8 U.S.) 75, 101, 1807, secondo cui la norma di cui alla clause 2 della section 9 dell’art. I della Costituzione stabilirebbe ‘a limitation of power, not a grant of power’, attribuendo cioè soltanto al Congresso la potestà di disporre la sospensione dell’*habeas corpus*.

<sup>(18)</sup> Il procedimento giurisdizionale previsto dal Detainees Treatment Act è per la Corte un mezzo inadeguato per sostituire l’*habeas writ*, anche in ragione dell’assenza di previsioni che consentano al ricorrente di contestare la legittimità del potere presidenziale di ordinare, ai sensi dell’AUMF, la detenzione per una durata indefinita degli *enemy combatants*; di integrare il quadro probatorio con elementi di prova a favore del ricorrente, eventualmente acquisiti successivamente alla celebrazione del processo dinanzi alle corti militari; di contestare la ricostruzione dei fatti fornita dal CSRT e infine di richiedere la liberazione del detenuto. Dal momento che tali requisiti sono del tutto carenti nell’ambito delle previsioni di cui al § 7 MCA relative al procedimento giurisdizionale dinanzi alle corti militari, tale norma è incompatibile, ad avviso della Corte, con la *Suspension Clause*.

*tale* (si nega così il *double standard aliens/citizens* su cui si fondano i Patriot Acts).

Nel concludere in tal senso, la Corte richiama infine l'esigenza di delineare, nel contesto della lotta al terrorismo, un equo bilanciamento tra libertà e sicurezza, considerando tuttavia che la sicurezza consiste anche, se non soprattutto, "nella fedeltà ai principi che sanciscono libertà fondamentali, primi fra tutti la libertà da forme di restrizione arbitrarie o illegittime e la libertà personale, una delle cui garanzie essenziali è il rispetto della separazione dei poteri"; principio richiamato per censurare l'abuso del Governo nell'esercizio dei poteri conferiti con l'AUMF, al punto da disciplinare (in merito all'*habeas corpus*) principi costituzionali, in difformità dal V Emendamento. La Corte cita peraltro Hamilton nel ribadire che "The practice of arbitrary imprisonment has been, in all ages, the most favourite and formidable instrument of tyranny".

Se ai fini della decisione *in re Boumediene* ha avuto un peso determinante il carattere universale dell'*habeas corpus* (espressivo di un diritto fondamentale della persona e non di un diritto di cittadinanza), stupisce l'enfasi posta da Scalia, nella sua *dissenting opinion*, sulla cittadinanza quale parametro esclusivo cui subordinare il riconoscimento di diritti fondamentali quali l'*habeas corpus*, non estensibile a "some *undefined, limitless class of noncitizens* who are beyond our territory", giungendo ad affermare che "The Nation will leave to regret what the Court has done today".

### 3. La legislazione anti-terrorismo in Europa: limiti e virtù del diritto (penale).

Gli eccessi della legislazione e della prassi statunitense non caratterizzano allo stesso modo la normativa antiterrorismo emanata nei Paesi europei, principalmente per il diverso approccio che vi è sotteso, volto a ribadire la natura criminale del terrorismo e quindi la centralità del ruolo della giurisdizione nell'accertamento di tali reati<sup>(19)</sup>, anche grazie all'intervento delle giurisdizioni superiori e della Corte EDU, che nell'interpretare il margine nazionale di apprezzamento<sup>(20)</sup> di cui all'art. 15 CEDU ha riba-

<sup>(19)</sup> M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini* 209, n. 38, 1699.

<sup>(20)</sup> Le principali pronunce nel cui ambito è stato enunciato questo principio sono: Commissione europea dei diritti umani, decisione 2.10.1958, Grecia v. Regno Unito, *Annuaire*, 2, 175; EAD., rapporto del 19.12.1959, *Lawless v. Irlanda*, Serie B, 1960-1961, 9 ss.; Corte europea dei diritti umani, De Wilde, Ooms e Versyp v. Belgio, 8.6.1971; EAD., Irlanda v. Regno Unito, 18.1.1978; EAD., Brannigan e Mc Bride v. Regno Unito, 26.5.1993; EAD., Murray v. Regno Unito, 28.10.1994; Brogan v. Regno Unito, 29.11.1988; Aksoy v. Turchia, 26.9.1997; Sakik v. Turchia, 26.9.1997; Demir et al v. Tur-

dito la non comprimibilità di taluni diritti fondamentali quali quello all'immunità dalla tortura e dal refoulement<sup>(21)</sup>, il principio di legalità penale e il nucleo essenziale delle garanzie del due process of law. Ancora in relazione alla giurisprudenza delle corti sovranazionali e in particolare della Corte di giustizia Ue, si ricordino la sentenza Kadi e al Barakaat del settembre 2008 (su cui v. infra), che ha dichiarato l'illegittimità (tra l'altro per violazione

---

chia, 23.9.1998; Marshall v. Regno Unito, 10.7.2001 (sia pur nell'ambito di una pronuncia di irricevibilità) e, sia pur con alcuni distinguo, Klass v. RFA, 6.9.1978. Per un'applicazione del criterio del margine nazionale di apprezzamento in materia di rito camerale (e conseguentemente di deroga al principio della pubblicità delle udienze) nei procedimenti di prevenzione e rispettivamente, in materia di regime penitenziario di cui all'art. 41-bis l. 35471975, cfr.: Corte EDU, 7.6.2005, Morabito c. Italia; 28.10.2004, Bocellari c. Italia; 16.3.2006, Rizza c. Italia; 11.7.2002, Goc c. Turchia; 22.2.1994, Raimondo c. Italia e rispettivamente: Corte EDU, 13.11.2007, Schiavone c. Italia e Attanasio c. Italia; Öcalan c. Turchia [GC], no 46221/99, § 191, CEDH 2005-IV, e Ramirez Sanchez c. Francia [GC], no 59450/00, § 123, 4 luglio 2006; Valašinas c. Lituania, no 44558/98, § 117, CEDH 2001-VIII, e Iwanczuk c. Polonia, no 25196/94, § 59, 15 novembre 2001; McLeod c. Regno Unito, sentenza del 23 settembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, p. 2791, § 52. In merito al margine nazionale di apprezzamento circa la presunzione di pericolosità prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. cfr. Corte EDU, 6.11.2003, Pantano c. Italia; 6.4.2000, Labita c. Italia. Su questo tema, cfr., ad es., E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, *Studi sulla questione criminale*, 2006, n.2, 31 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico, etc., cit.*, 192 ss.; M.A. CASEY, *Community Standards and the Margin of Appreciation*, *Human Rights Law Journal*, 2004, XXV, 1-4, 10 ss.; P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, *ibid.*, 1998, XIX, n.1, 1 ss.; I. WINISDOERFFER, *The Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol no.1*, *ibid.*, 1998, XIX, 1, 18 ss.; O. GROSS - F. NI AOLAIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, n. 3, 625 ss.; E. KASTANAS, *unite et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, spec. 32 ss.; J.A. SWEENEY, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, LIV, n. 2, 459 ss.; F. TULKENS - L. DONNEY, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2006, XXII, n.1, 3 ss.. Sul margine nazionale di apprezzamento cfr., nella giurisprudenza interna, da ultimo, Corte cost., sentt. 311 e 317/2009.

<sup>(21)</sup> CEDU, sent. 20 febbraio 1991, *Cruz Varas and others v. Sweden* (Applications no. 46/1990/237/307); CEDU, sent. 11 luglio 2000, *Jabari v. Turkey* (application no. 40035/98); CEDU, sent. 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom* (Application n. 22414/93); CEDU, sent. 15 Novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom* (Application n. 22414/93); CEDU, Naseem Saadi v. Italia, appl. N. 37201/2006. La Corte ha precisato (sent. 29 aprile 1997, *H.L.R. v. France* (24573/94), par. 39) che l'art. 3 si applica anche nel caso in cui la causa del rischio non derivi da azioni compiute da autorità pubbliche ma da persone o gruppi di persone private, come un'organizzazione criminale. Spetterà ovviamente al ricorrente dimostrare la fondatezza del rischio alla stregua di un criterio di prognosi anche postuma, valutando a tal fine se le autorità dello Stato di destinazione non siano in grado di evitare tale rischio, garantendo la protezione adeguata

del diritto di difesa) di un regolamento attuativo di decisioni del Consiglio di sicurezza Onu che consentiva il congelamento dei beni delle persone fisiche e giuridiche incluse nelle blacklist in assenza di adeguate garanzie giurisdizionali o alla citata sentenza sui PNR. E si ricordi ancora (ancorché si tratti di organo non giurisdizionale) la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 agosto 2003, in cui si raccomanda agli Stati membri di introdurre una clausola di revisione nella legislazione antiterrorismo dopo un ragionevole lasso di tempo, al fine di evitare la “normalizzazione dell'emergenza” introducendo ‘a regime’ norme limitative di diritti e libertà civili, così da valutarne periodicamente la perdurante necessità e proporzionalità.

Per quanto concerne la giurisprudenza nazionale si pensi ad es. alla negazione, da parte dell'House of Lords dell'8 dicembre 2005<sup>(22)</sup>, della acquisibilità di materiale probatorio ottenuto mediante tortura; alla garanzia del due process of law anche in relazione ai *control orders*<sup>(23)</sup> (provvedimenti amministrativi fortemente limitativi della libertà personale di sospetti terroristi non processabili a causa della segretezza imposta sulle fonti di prova a loro carico); alla declaratoria di incostituzionalità della norma retroattiva della legge francese che autorizza la custodia di sicurezza, anche a vita, in centri di ritenzione socio-medico-giudiziari in seguito all'espiazione della pena per gli autori di gravi reati<sup>(24)</sup>; al BVerfG che al fine di limitare la sfera di applicazione delle intercettazioni ambientali ha richiamato, con la decisione del 3 marzo 2004, l'esigenza di un'interpretazione pregnante del diritto alla riservatezza e alla dignità. Ancora, il valore della dignità, sancito all'art. 1 della Costituzione tedesca, è stato determinante nella declaratoria di incostituzionalità della “*Luftsicherheitsgesetz*” del 15 febbraio 2006, secondo cui il Ministro della difesa avrebbe potuto autorizzare l'uso delle forze armate, anche aprendo il fuoco, contro aerei civili dirottati e suscettibili di essere scagliati contro persone o zone abitate.

Per l'Italia, ove la legislazione non ha introdotto simili norme, non va trascurato il rilievo della giurisprudenza costituzionale formatasi sulle

---

<sup>(22)</sup> House of Lords, Session 2005-2006, [2005] UKHL 71, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004), A and Others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), (Conjoined Appeals), 8. 12.2005, in [www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk). Sul punto, vds. G. DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. Pen.*, 2006, n. 7-8, 1970 ss..

<sup>(23)</sup> Secretary of State for the Home Department v. JJ [2007], UKHL 45 [2007] 3, W.L.R., 642; Secretary of State for the Home Department v. MB; Secretary of State for the Home Department v. AF [2007], UKHL 46 [2007] 3, W.L.R., 681; Secretary of State for the Home Department v. E [2007], UKHL 47 [2007] 3, W.L.R., 720.

<sup>(24)</sup> Cons. Const., dec. 2008/562. Ne ha parlato L. VIOLANTE nell'ambito del Convegno organizzato dalla Fondazione Italianieuropei il 24 febbraio 2010 in occasione della presentazione del fascicolo della Rivista dedicato alle riforme del processo penale.

norme antiterrorismo degli anni di piombo (ad es. il decreto Cossiga, d.l. 625/1979 che prolungava i termini della carcerazione preventiva), che ribadendo come nel nostro ordinamento l'emergenza (connessa a fenomeni criminali di particolare rilievo) non costituisce fonte del diritto, ha utilizzato tale parametro nello scrutinio di ragionevolezza, conducendo anche a sentenze di 'incostituzionalità differita', che se da un lato hanno lanciato un monito al legislatore circa l'eccezionalità delle limitazioni dei diritti previste, dall'altro le hanno giustificate proprio in ragione del carattere temporaneo della misura (cfr., ad es., Corte cost., sentt. 15/1982; 29/1979; 87 e 88/1976), contestualmente invitando i giudici a un'interpretazione appunto costituzionalmente orientata delle norme di riferimento.

Tuttavia, anche l'approccio europeo al terrorismo presenta dei rischi: in primo luogo perché non involge integralmente la strategia di contrasto al terrorismo – caratterizzato, sia pur in parte, da una tendenza alla degiurisdizionalizzazione – e in secondo luogo perché rischia di introdurre nel sistema penale distorsioni suscettibili di espandersi, poi, ad altri settori.

Con riguardo al primo profilo si ricordino ad es., (oltre alla connivenza delle autorità di molti Paesi europei nelle extraordinary renditions), nel Regno Unito, i control orders sanciti dall'Anti Terrorism Act 2005; la giurisprudenza (poi smentita da House of Lords, dic. 2005, cit.) volta ad attribuire rilevanza processuale a torture evidences e a fonti di intelligence non soggette a disclosure; il fermo di sospetti terroristi protratto sino a 28 giorni<sup>(25)</sup> (corrispondente alla garde à vue francese, che consente alla polizia di detenere e interrogare per 4 giorni i sospetti terroristi in assenza dell'intervento del difensore e del giudice); in Germania il conferimento alla polizia del potere di disporre la trattazione massiva di dati personali (*Rasterfahndung*<sup>(26)</sup>) e le disposizioni estensive dei poteri investigativi della polizia, soprattutto di frontiera e dei servizi di sicurezza, nei confronti di banche, *providers*, società finanziarie, compagnie aeree, consentendo la *data retention* anche in deroga alle norme sulla protezione dei dati perso-

---

<sup>(25)</sup> Che Gordon Brown voleva prolungare sino a 42 gg. La proposta di legge, approvata nel giugno 2008 dall'House of Commons, fu poi respinta nell'ottobre successivo dalla House of Lords. Per la proroga a 28 giorni si è invocata la deroga ex art. 15 CEDU. La Special Immigration Appeal Commission (SIAC) ha tuttavia dichiarato illegittima tale norma, per la discriminazione operata nei cfr degli stranieri.

<sup>(26)</sup> Forma di controllo preventivo di polizia già largamente usato in Germania dagli anni '70, per la lotta al terrorismo interno, che in conseguenza del grave attentato dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle, era stato da molti legislatori statali (Berlino, Hessen, Nordrhein-Westfalen) ulteriormente potenziato nell'intento di poter individuare e neutralizzare potenziali terroristi 'infiltrati' nella società civile tedesca, in attesa di passare all'azione. La relativa disciplina è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dal BVerG con sent. 4 aprile 2006

nali e sul segreto bancario<sup>(27)</sup>. E si pensi alla generale previsione di espulsioni amministrative di stranieri sospettati di terrorismo, prive di convalida giurisdizionale e non sospensibili dal giudice<sup>(28)</sup> (es. art. 3 d.l. 144/2005, più volte censurato dalla CEDU per violazione dei principi del corretto processo e del divieto di *refoulement*, aggirato mediante la prassi delle *diplomatic assurances*).

E per quanto concerne l'Italia si pensi ai dd.ll. 144/2005 e 92/2008, che hanno previsto: l'estensione, operata già dal d.l. 374/2001, delle misure di prevenzione personali (artt. 2, 3 e 4 l. 1423/1956, nonché l. 575/1965, come modificati da ultimo dalla l. 94/2009) e patrimoniali (artt. 2-bis ss. l. 575/1965, come modificato da ultimo dal d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2008 e dalla l. 94/2009) rispetto a coloro che realizzino "atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti(...) alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale"; l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico in base al mero decreto motivato del pubblico ministero, in deroga all'art.132, co.3, d.lgs.196/2003, che (allora) richiedeva invece l'intervento del giudice (art. 6 d.l. 144/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. 155/2005); intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali preventive di competenza degli organi amministrativi e di intelligence sulla base della mera autorizzazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello e prive di valenza probatoria e processuale (art. 226 disp. att.c.p.p., come modificato dall'art. 4 d.l. 144: l'atto motivato dell'a.g. di cui al 15, cpv., Cost., è qui degradato ad autorizzazione del pubblico ministero<sup>(29)</sup>); nuove fattispecie di ammissibilità delle operazioni sotto copertura e delle attività degli

---

<sup>(27)</sup> L'esigenza di limitare il più possibile il conferimento alla polizia del potere di disporre misure limitative del diritto alla riservatezza ha peraltro indotto la Corte costituzionale tedesca a dichiarare, con sentenza resa il 27 luglio 2005, l'illegittimità di una legge del Land Niedersachsen che autorizzava le autorità di pubblica sicurezza all'acquisizione e alla conservazione di dati personali e in particolare dei dati di traffico, per violazione del principio di proporzionalità e sussidiarietà delle misure (avendo peraltro il Bund disciplinato esaustivamente la materia) nonché del diritto alla riservatezza individuale, non essendo state previste misure adeguate a tutela della *privacy*.

<sup>(28)</sup> Il d.l. 144/2005 ha inoltre previsto la sospensione del ricorso avverso il provvedimento di espulsione qualora la decisione dipenda dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto d'indagine o il segreto di Stato, sino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso non possono essere comunicati al tribunale amministrativo, prevedendosi che il TAR decida allo stato degli atti se, dopo il decorso di due anni, l'amministrazione non abbia provveduto, nel termine fissato dal giudice, a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato. Tale norma dimostra il rilievo che il ricorso – frequente soprattutto nei procedimenti per terrorismo – a fonti di prova spesso coperte da segreto di Stato assume, anche ai sensi della legge 124/2007, non solo rispetto al diritto di difesa e al contraddittorio sulla prova, ma anche alla valutazione giudiziale degli elementi probatori.

<sup>(29)</sup> M. DONINI, *op. loc. ult. cit.*

agenti provocatori di competenza della polizia, che giungono sino a provocare al reato cittadini innocenti, per acquisire prove da portare in giudizio (art. 7-*bis* d.l. 144; v. poi l. 146/06 sul crimine transnazionale) ; ulteriori casi di misure di prevenzione personali e reali (art. 14 d.l. 144/2005 e 1 d.l. 92/2008); ampliamento dei poteri di intervento autonomo, anche precautelare, della polizia giudiziaria e l'estensione da 12 a 24 ore della durata del fermo per identificazione personale (art. 10 d.l. 144/2005) ; l'impiego delle forze dell'ordine in compiti di controllo del territorio, attività di pubblica sicurezza e "prevenzione della criminalità" che a volte sconfinano nell'ambito delle funzioni della polizia giudiziaria, come avviene a proposito dell'identificazione e della perquisizione personali (art. 7-*bis* dl. 92/2008, ma anche art. 18-*bis* dl. 144/2005); l'attribuzione al prefetto della competenza in ordine alla sospensione, all'omissione o alla revoca di provvedimenti espulsivi, sulla base della valutazione dal medesimo effettuata, di esigenze che pur appaiono di natura strettamente giudiziaria (art.3, comma 3, d.l. 144); ma anche la prevista impossibilità di deporre su fatti coperti da segreto di Stato finanche per gli imputati, che finisce con il conferire al Governo (e al Presidente del Consiglio, quale responsabile della politica di sicurezza) un potere di non poco momento e un condizionamento significativo finanche in ordine all'accertamento dei reati (art. 41 l. 124/2007, su cui cfr. Corte cost., sent. 106/2009); allo scioglimento cautelativo – pur soggetto a convalida giudiziale – da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri di organizzazioni, di associazioni, movimenti o gruppi ritenute idonee a favorire la commissione di reati di terrorismo (con un procedimento analogo a quello di cui alla l. 17/1982), nonché allo scioglimento governativo degli stessi gruppi in seguito a condanna per terrorismo (art.3, c. 34, l.94/09).

Si pensi infine al rilievo attribuito da regolamenti comunitari di recepimento di decisioni del Consiglio di sicurezza ONU all'inserimento nelle blacklists di soggetti sospettati di terrorismo ai fini dell'emanazione di provvedimenti di congelamento di beni (freezing) in assenza della possibilità per l'interessato di conoscere gli elementi a carico (in quanto provenienti da fonti segretate) e di potersi difendere dinanzi a un giudice. Sul punto la stessa Corte di giustizia, con la sentenza Kadi e al Barakaat del settembre 2008 ha dichiarato l'illegittimità di un siffatto regolamento, perché lesivo dei diritti di proprietà, alla difesa e alla tutela giurisdizionale nei confronti dei soggetti inclusi nelle liste. Proprio nel diritto alla difesa, anche nei confronti di sospetti terroristi, la Corte ha individuato una sorta di controlimite all'ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento comunitario, ribadendo una caratteristica tipicamente europea (in particolare continentale) dell'approccio al terrorismo, ossia una *resilience*, più forte che negli Usa, dei principi dello Stato di diritto rispetto alle torsioni imposte dal contrasto a questa forma, tutta particolare, di criminalità.

E tuttavia, l'approccio europeo al terrorismo – pur preferibile a quello

Usa – presenta un'ulteriore criticità: il rischio, cioè, di estendere le deroghe ai principi essenziali del diritto penale e delle garanzie<sup>(30)</sup> anche a settori diversi, individuati (discrezionalmente) dal legislatore sulla base di esigenze di sicurezza e contrasto all'allarme sociale asseritamente prodotti da tali reati, con una sorta di espansione di quello che potremmo definire diritto penale del nemico.

#### 4. *Forme di diritto penale del nemico nelle norme italiane più recenti.*

Sbaglieremmo quindi se pensassimo che le deroghe ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento e del diritto penale in particolare, siano limitate al solo settore del terrorismo. Infatti soprattutto di recente, e non solo in Italia, si moltiplicano le norme (in particolare, ma non solo penali) che in nome di esigenze di 'sicurezza' o di contrasto a fenomeni di particolare 'allarme sociale' introducono sotto-sistemi di disciplina del tutto peculiari e caratterizzati da deroghe, più o meno intense, al diritto comune e in alcuni casi anche a principi fondamentali in materia penale-sanzionatoria.

Nella presente legislatura infatti, con vari provvedimenti (quasi tutti decreti-legge) si sono previste norme quali, in primo luogo (d.l. 11/2009 sullo stalking) l'estensione della c.d. custodia cautelare obbligatoria (o meglio, la presunzione di necessità della misura custodiale di cui all'art. 275, c.3, c.p.p.) ben oltre la sfera dei delitti c.d. di mafia, sino a ricomprendere reati certamente gravi ma, oltre che monosoggettivi, non caratterizzati dalle peculiarità proprie invece dei delitti di mafia, sulla cui rilevanza si fondava

---

<sup>(30)</sup> Oltre alle garanzie del due process of law, ai diritti fondamentali che devono essere assicurati anche in carcere se si vuole che la pena svolga davvero una finalità rieducativa, si pensi ad es., sul terreno sostanziale, al principio di tassatività, colpevolezza per il fatto, materialità e offensività, di dubbia compatibilità con fattispecie quali ad es. quella di cui al 270-quinquies c.p. che punisce anche l'addestramento passivo ad attività con fini di terrorismo anche internazionale; delitto cui si estende la cospirazione politica mediante accordo (art. 304 c.p.). Si consideri infine che l'AS 852 (Ratifica della Convenzione CdE per la prevenzione del terrorismo, Varsavia, 16 maggio 2005) introduce all'art. 270-octies un delitto di istigazione al terrorismo (soggetto alla condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia), che incrimina con la reclusione da 2 a 6 anni l'incitamento, anche indiretto, alla commissione di atti di terrorismo o eversivi, "cagionandone il pericolo". La condizione obiettiva di punibilità perde il suo valore selettivo in quanto legata alla verifica di un mero rischio, finendo quasi per limitarsi a conferire valor di pericolo concreto alla fattispecie. In merito al ricorso ai "filtri politici" (in questo caso funzionali al bilanciamento tra criminalizzazione dell'avversario nei casi più gravi e necessità operative) all'apertura di indagini si consideri, ancorché in relazione ai caveat imposti ai nostri militari all'estero, alla richiesta dei Ministri della difesa e della giustizia per reati commessi dallo straniero in danno di militari italiani, cfr. art. 5 d.l. 209/08 (convertito, con modificazioni, dalla l. 12/2009; art. 7 d.l. 1/010).



la disciplina originaria del 275, c.3, c.p.p.. Si introduce infatti l'obbligatorietà sia dell'arresto in flagranza per i delitti di violenza sessuale, di gruppo e monosoggettiva (salvi i casi di minore gravità), sia della custodia cautelare per questi reati, nonché per quelli di pornografia e prostituzione minorili, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (c.d. turismo sessuale) e atti sessuali con minore ultrasedicenne. Tale disposizione estende quindi la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare (sempre che ovviamente sussistano le esigenze cautelari), prevista per i soli delitti di mafia a fattispecie che nulla hanno a che vedere con questi ultimi, né con la ratio della norma originaria, che – come si è evidenziato già in relazione alla 'legge Valpreda' – mira essenzialmente a sollevare il giudice dall'onere di motivare la scelta della misura custodiale, proteggendolo da indebite pressioni dei clan di appartenenza dell'imputato. Tale norma, fino al 2009 limitata ai soli delitti di mafia, è stata più volte impugnata dinanzi alla Consulta e alla CEDU per violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza, diritto all'equo processo e diritto alla difesa, nonché della presunzione di innocenza (la Consulta però ha ritenuto che tale principio non sia di per sé violato dalla custodia cautelare, nella misura in cui essa risponda ad esigenze strettamente processuali e non rappresenti invece un'anticipazione della pena). Entrambe le Corti hanno 'salvato' tale norma (figlia del vecchio mandato di cattura obbligatorio) solo in quanto limitata esclusivamente ai delitti di mafia. È infatti evidente l'irragionevolezza di una disciplina, quale quella di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., fondata sull'opzione secca tra custodia cautelare in carcere (presunta come misura adeguata nei confronti dell'imputato raggiunto da gravi indizi di colpevolezza per delitti di mafia) e assenza di ogni altra misura in presenza della prova positiva in ordine alla totale insussistenza di esigenze cautelari; caso nel quale il giudice non potrebbe applicare una misura più tenue della detenzione *ante iudicium*, essendo quindi costretto a scegliere tra misura custodiale e libertà<sup>(31)</sup>.

Con l'ordinanza 450/1995 la Consulta ha sostanzialmente 'salvato' la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. e se da un lato ha precluso, *pro futuro*, la possibilità di introdurre presunzioni assolute di sussistenza del *periculum libertatis* – affermando che “la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* della cautela)

---

<sup>(31)</sup> Ne consegue inoltre un regime differenziato anche in ordine alla motivazione richiesta al giudice circa la decisione *de libertate*. Infatti, almeno secondo l'indirizzo prevalente, il provvedimento di applicazione o conferma della custodia cautelare in carcere di soggetto gravemente indiziato di delitti di mafia non necessita di specifica motivazione ulteriore rispetto alla mera constatazione dell'inesistenza di elementi tali da vincere la presunzione relativa di pericolosità, salva la dimostrazione dell'inidoneità delle circostanze eventualmente allegare dalla difesa a revocare in dubbio tale presunzione.

non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta" – dall'altro non ha ravvisato profili d'illegittimità in relazione alla presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare, ovvero al *quomodo* della cautela, *sempre che la disciplina risponda a criteri di ragionevolezza*.

Afferma infatti la Corte che la scelta del tipo di misura, rilevata come necessaria in concreto, non impone "ex se l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti". Tuttavia, nella scelta della Consulta di 'salvare' la norma in esame è stata determinante la considerazione della sua limitazione esclusivamente a imputati per delitti di particolare efferatezza, quali quelli di mafia. La Consulta ha infatti ritenuto non illegittima per violazione del principio di ragionevolezza la disciplina differenziata prevista dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. in quanto limitata ai soli delitti di mafia, osservando come "la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato".

Analoghe considerazioni hanno consentito alla CEDU (sent. Pantano del 2003) di non censurare la norma, solo in quanto limitata a delitti particolarmente efferati e pervasivi come quelli di mafia. È quindi evidente che estendere la custodia cautelare obbligatoria anche a reati monosoggettivi che, nonostante la loro gravità, non sono sintomatici dell'appartenenza dell'autore a gruppi criminali organizzati, ovvero a delitti (quali quelli di pedopornografia, ad es.) che sono stati attribuiti alle procure distrettuali non certo per la loro gravità ma per mere esigenze di coordinamento delle indagini, contrasta con gli artt. 3, 24, 111 Cost., nonché con l'art. 6 CEDU (corretto processo).

La maggior parte dei reati introdotti nel 275, c.3., nel 2009, è stata attratta dallo stesso decreto-legge nella categoria dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* primo periodo l. 354/1975, per i quali le misure alternative sono concesse soltanto se l'imputato o il detenuto collabora con la giustizia. Ora – a prescindere dalla dubbia legittimità costituzionale della norma in sé – proprio il riferimento alla collaborazione evidenzia l'irragionevolezza della novella proposta, che estende una disciplina modellata sulle caratteristiche dei delitti di criminalità organizzata, che mancano nel caso dei delitti a sfondo sessuale. Infatti, se relativamente alla prima categoria la subordinazione della concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione si spiega con l'esigenza di destrutturare dall'interno l'organizzazione criminale di riferimento attraverso la dissociazione e il contributo fornito alle indagini dal 'pentito', in relazione a delitti – quali quelli sessuali – monosog-

gettivi e comunque svincolati da gruppi criminali organizzati, tale limitazione e la correlativa subordinazione dei benefici penitenziari alla collaborazione rischia di avere davvero poco senso. Vanno infine sottolineate le ulteriori conseguenze suscettibili di derivare dalla ricomprensione dei delitti sessuali all'interno della categoria dei reati ostativi di cui al primo periodo dell'art. 4-*bis* o.p., in termini di applicabilità del regime penitenziario speciale di cui all'art. 41-*bis* qualora ricorrano, ovviamente, i presupposti ulteriori previsti dal comma 2<sup>(32)</sup>. Ai nuovi delitti ricompresi nell'art. 4-*bis* l. 354/1975 non si applica inoltre la sospensione automatica dell'esecuzione della pena, in virtù del rinvio formale, non recettizio (Cass., SS.UU., 30.5.2006, Pm in c. D'Aloi) all'art. 4-*bis*, contenuto nel comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

La legge n. 94/2009 ha previsto – peraltro con un voto quasi unanime in Parlamento – un ulteriore inasprimento del regime del 41-*bis* l. 354/1975 (ord. Pen.)<sup>(33)</sup> che ha esteso la durata del provvedimento ministeriale e delle sue proroghe, precisando peraltro che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o per dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa e si è esclusa la possibilità di revoca, anche d'ufficio, del provvedimento, da parte del Ministro della giustizia qualora, prima della scadenza, vengano meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga. Inoltre, la novella ha escluso la scindibilità del cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato, per «isolare» le condanne per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., annullando il regime penitenziario speciale per la parte di pena relativa a reati comuni, in controtendenza rispetto a SS.UU., 30.6.1999, Ronga. Ma soprattutto, la novella, ridefinendo il contenuto dei provvedimenti ministeriali, ha ulte-

<sup>(32)</sup> Tale scelta del legislatore si inserisce in un solco già tracciato da anni dalla politica penale, secondo una tendenza destinata a radicarsi in tale contesto. Tendenza alla cui stregua, a seconda della emergenza del momento e delle richieste di «penalità» di volta in volta prevalenti, si individuano i reati di maggior allarme sociale come ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, spostandone la collocazione in una fascia o nell'altra dell'art. 4-*bis*, conformemente al regime ritenuto più idoneo ad assicurare un'esecuzione della pena improntata alla segregazione, presumendosi che per alcuni «tipi di autore», per i quali si sancisce una presunzione pressoché assoluta di pericolosità, la rieducazione non sia possibile, o comunque rappresenti un *privilegio* non dovuto. Di modo che basterebbe rifarsi al criterio discrezionale adottato nell'art. 4-*bis* per individuare le figure di criminali per cui l'ordinamento italiano prefigura un «diritto penale del nemico», destinato ad escludere e non a rieducare, mediante l'irrogazione di una pena orientata prevalentemente a finalità di difesa sociale, *selective incapacitation*, di dubbia compatibilità non solo con il principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena, ma soprattutto con la dignità e con il divieto di strumentalizzazione della persona per fini che la trascendono.

<sup>(33)</sup> Su cui cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1240 ss.,

riormente ridotto le possibilità per questi detenuti di esercitare taluni diritti fondamentali. Si è infatti in primo luogo escluso ogni margine di discrezionalità in ordine alle misure restrittive imposte al detenuto, che dovranno quindi essere sempre applicate nella loro totalità; i colloqui mensili sono ridotti da due a uno e devono essere sempre sottoposti a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione; il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato unicamente nei confronti dei detenuti che non effettuino colloqui *de visu*; con i difensori potrà effettuarsi, per massimo 3 volte a settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; la permanenza all'aperto non potrà svolgersi in gruppi superiori a 4 persone e non potrà protrarsi per più di 2 ore al giorno (durata dimezzata rispetto alla disciplina previgente); disponendosi altresì che devono essere adottate tutte le necessarie misure di sicurezza anche attraverso accorgimenti logistici sui locali di detenzione, per assicurare l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi. Tali ulteriori restrizioni, che si sommano a quelle già previste dalla disciplina previgente, e che dovranno essere comunque tutte disposte – essendosi escluso ogni margine di discrezionalità in ordine alle misure applicabili – rischiano di irrigidire eccessivamente l'istituto, privandolo della necessaria flessibilità in rapporto alle effettive esigenze di prevenzione che dovrebbero legittimare l'adozione delle sole restrizioni effettivamente idonee e indispensabili allo scopo, senza ammettere limitazioni dei diritti e delle libertà dei detenuti a tal fine non necessarie. In assenza della necessaria individualizzazione del contenuto del provvedimento, infatti, l'istituto del 41-*bis* rischia di ridursi a misura dal carattere prevalentemente retributivo, a scapito delle reali funzioni special-preventive su cui invece esso si fonda.

Tali ulteriori restrizioni del regime penitenziario speciale appaiono tanto più gravi ove si consideri la giurisprudenza sulla compatibilità con la CEDU del regime penitenziario speciale, giunta in un caso addirittura a condannare l'Italia in proposito, sia pur limitatamente alla violazione del diritto alla segretezza della corrispondenza e dell'obbligo di motivazione del provvedimento applicativo della misura, redatto su moduli-fotocopia e dunque in assenza di ogni considerazione in ordine alla adeguatezza della disciplina penitenziaria imposta rispetto alle caratteristiche del detenuto e della condizione di riferimento<sup>(34)</sup>. Decisioni importanti, soprattutto nel dimostrare come il regime del 41-*bis* sia disposto spesso in assenza

---

<sup>(34)</sup> Corte europea dir. uomo, 13 novembre 2007, Ascituo c. Italia. In merito alle pronunce con cui la Consulta ha tentato, soprattutto con sentenze interpretative di rigetto, di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 41 bis, riconducendolo ai principi fondativi del trattamento penitenziario, cfr., in particolare, le sentenze nn. 349 e 410 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1997.

di una effettiva valutazione di necessità e proporzionalità, alla stregua delle esigenze manifestatesi nel caso concreto e basato quindi su di una sorta di presunzione di pericolosità del detenuto derivante esclusivamente dal titolo di reato contestato ovvero, in relazione ai condannati, accertato.

Non possono poi sottacersi le disposizioni in materia di immigrazione. Sul punto certamente rilevano norme quali quelle che estendono da 2 a 6 mesi il periodo massimo di trattenimento nei CIE (senza neppure le cautele previste dalla direttiva 2008/115/CE) o che ampliano l'area del "penale" in materia: dalla locazione di immobili a stranieri irregolari, agli obblighi sanzionati in capo ai titolari di servizi di money-transfer che non acquisiscano i documenti dei migranti, alla stessa configurazione come contravvenzione dell'ingresso o della permanenza irregolare nel territorio dello Stato (che rileva più che altro per le particolari disposizioni processuali di dubbia compatibilità con il diritto di difesa, consentendosi la procedibilità e quindi anche la possibilità di ottenere un proscioglimento nel merito solo qualora il migrante non sia espulso). Tali norme appaiono tanto più irragionevoli alla luce del monito rivolto dalla Consulta (sent. 22/2007) al legislatore, rilevando "l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina dell'immigrazione".

Ma ciò che in materia rileva in maniera particolare è l'aggravante c.d. di clandestinità (già al vaglio della Consulta) di cui al 61, c.I, n.11-*bis*) c.p. che, ancorché rimodulata nel tenore letterale<sup>(35)</sup>, sembra inasprire il trattamento sanzionatorio davvero in virtù di una mera condizione personale anche del tutto estranea al reato-base (una sorta di responsabilità oggettiva o per la condotta di vita), più che di una circostanza oggettiva espressiva di per sé di disvalore penale. E ciò soprattutto prima dell'introduzione del reato di immigrazione illegale, come dimostra il rinvio degli atti ai giudici a quibus per una nuova valutazione, disposto dalla Consulta. Si consideri che con sent. 78/07 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale

---

<sup>(35)</sup> Nella sua versione originaria, la norma richiama infatti "il fatto commesso da "soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale". La formulazione approvata dall'Aula in prima lettura e confermata nel testo definitivo ancora invece l'aggravante all'avere "*il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*". Certamente, rispetto alla versione originaria, la norma appare più omogenea alla formulazione delle altre aggravanti di cui all'art. 61 c.p., ove le varie circostanze previste si riferiscono alle modalità di realizzazione della condotta o alle sue finalità. La formulazione originaria della norma invece, si riferiva *tout court* alla condizione amministrativa dell'autore. Tale rilievo semantico, ritenuto da alcuni, nel corso dell'esame parlamentare, espressivo della natura discriminatoria dell'aggravante, ha indotto il Governo ad accettare la richiesta di riformulazione, sia pur parziale, dell'aggravante, ma la sostanza cambia poco. Infatti, l'aggravio di pena resta legato alla condizione amministrativa dell'autore del fatto e non ad esempio, come da alcuni proposto, alla inottemperanza dello straniero all'ordine di espulsione o allontanamento.

degli artt. 47, 48 e 50 o.p. per contrasto con gli artt. 2 e 27, c. III, Cost., che precludevano la concessione di misure alternative agli stranieri irregolari, rilevando come la clandestinità non possa costituire una condizione sintomatica di pericolosità sociale<sup>(36)</sup>.

E infine, ancorché in relazione al contrasto alla pirateria, si consideri l'art. 1 d.l. 61/09 (convertito, con modificazioni, dalla l. 100/09) che, peraltro conformemente ad Azioni comuni del Consiglio Ue, autorizza la detenzione a bordo del vettore militare delle persone che hanno commesso o che sono sospettate di aver commesso atti di pirateria, per la successiva consegna alle autorità kenote. Considerando che in questo caso si applica il regime giuridico dello stato di pace, il fermo dei pirati (che non hanno accesso all'a.g. né sono estradabili) finisce per rappresentare una detenzione amministrativa in contrasto con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

##### 5. *Poteri e garanzie nella strategia di contrasto al terrorismo.*

Certamente queste forme di disciplina speciale per alcuni reati (o tipi d'autore?: dal mafioso al *sexual offender*, dal migrante al recidivo) sono meno significative – sotto il profilo della deroga al 'diritto comune' – rispetto alla disciplina che caratterizza la legislazione anti-terrorismo, ma sottolineano comunque quella tendenza alla deformalizzazione del diritto penale in alcuni settori, che Jakobs ha definito diritto penale del nemico, con un'espressione che va certamente avversata (come osserva Ferrajoli) nella sua idoneità a legittimare tale tendenza di politica penale, ma che risulta comunque utile a individuarne la linea d'azione, per criticarne lo stesso fondamento, ossia che il diritto possa farsi strumento di 'lotta', costruendo categorie di non-persone sottratte alle garanzie e ai diritti riconosciuti ai 'cittadini'.

Ma una delle peculiarità essenziali della legislazione antiterrorismo consiste nella stretta correlazione tra le deroghe ai principi e alle garanzie del diritto penale e le alterazioni nel rapporto tra i poteri dello Stato, sottesi a tale normativa e caratterizzati da una marginalizzazione (non solo della giurisdizione, ma anche e soprattutto) delle Camere in favore del Governo.

Tendenza, questa, particolarmente evidente negli Usa, ove, con la Joint Resolution del 18.9. 2001 (AUMF), il Congresso si è di fatto spogliato come mai prima dei propri poteri normativi e di indirizzo e controllo in favore del Governo, conferendosi al Presidente finanche quel potere di designazione del nemico, che ha rappresentato in altre epoche la prerogativa

---

<sup>(36)</sup> Come ben rileva M. DONINI, *Il terrorista-straniero etc., cit.*, 1712 ss.

essenziale della sovranità. L'AUMF prevede infatti il conferimento di poteri straordinari al Presidente USA quale *Commander in chief* delle forze armate, comprensivi dell'uso «di tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone (il Presidente) ritenga abbiano pianificato, organizzato, commesso o favorito gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, ovvero dato rifugio a tali organizzazioni o persone, allo scopo di prevenire futuri atti di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti». Comprendendo l'AUMF l'attribuzione alla Presidenza di poteri anche nomotetici straordinari, è stato possibile per Bush riscrivere integralmente la normativa antiterrorismo anche grazie all'emanazione di norme primarie, di disposizioni di attuazione della legislazione federale o di ordinanze e circolari anche riservate (soprattutto in materia di attività di intelligence), senza peraltro soggiacere a un corrispettivo dovere di informazione del Congresso da parte del Governo. Gli è stato anche possibile disporre un notevole rafforzamento dei poteri dell'esecutivo (e delle agenzie d'intelligence in particolare) a detrimento di quelli della magistratura e della polizia giudiziaria, limitando in misura significativa le libertà civili e delineando un regime differenziato per la tutela dei diritti delle persone coinvolte in indagini antiterrorismo, a seconda della cittadinanza dell'indagato. Se è vero che l'estensione dei poteri presidenziali in condizioni di emergenza sono legittimate dalla stessa Costituzione e dalla tradizione anglosassone del Bill of Indemnity, e vanta precedenti numerosi nella storia statunitense, è anche vero però che per la prima volta dopo la guerra civile il Governo ha sottratto taluni soggetti alle garanzie dell'habeas writ, nonostante la declaratoria di incostituzionalità degli analoghi provvedimenti adottati durante la civil war (U.S. Court, ex parte Milligan, 71 U.S. 2, 1866).

Per quanto concerne l'equilibrio istituzionale in Italia, si consideri che la maggior parte delle norme antiterrorismo (anche di carattere penale) sono contenuti in decreti-legge (in disparte quelli degli anni di piombo (c.d. legislazione dell'emergenza), si pensi ai dd.ll. 353/2001; 369/2001; d.l. 374/2001; 144/2005) apparendo la decretazione d'urgenza il terreno d'elezione per l'introduzione di norme incriminatrici o comunque limitative dei diritti civili. La stessa gestione dei conflitti internazionali susseguitisi a Ground Zero è stata segnata da una significativa marginalizzazione del ruolo delle Camere in favore del Governo, prevalendo l'abbandono della deliberazione parlamentare preventiva (limitata ai soli casi più gravi), in favore del mero vaglio successivo delle azioni governative. Si pensi alla prassi italiana recente, che denota il ricorso a procedure informative da parte del Governo alle Commissioni esteri e difesa delle Camere, anche in caso di attuazione di decisioni del Consiglio Atlantico di attivare l'art. 5 del Trattato.

Tale tendenza alla marginalizzazione delle Camere in favore del Governo si affianca all'estensione dei poteri delle autorità amministrative (po-

lizia giudiziaria, intelligence), a detrimento delle prerogative degli organi giurisdizionali. Si pensi all'estensione dell'area delle intercettazioni preventive (solo autorizzate dal pm ma mai vagliate dal giudice); all'espulsione ordinata dal Ministero dell'interno ai sensi dell'art. 3 d.l. 144/2005, di stranieri nei confronti dei quali sussistano "fondati motivi di ritenere che la [loro] permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali", eseguibile anche (sino al 31.12.2007) in assenza di convalida giurisdizionale e non sospendibile da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere il ricorso avverso il provvedimento espulsivo; al tentativo (sostenuto da un indirizzo giurisprudenziale poi smentito) di desumere la natura terroristica di un'associazione dal suo inserimento nelle blacklists, giocando sulla distinzione, spesso sfumata, tra fonti di intelligence e prove utilizzabili processualmente, anche ai fini della prova in ordine alla colpevolezza dell'imputato<sup>(37)</sup>.

Ovviamente, oltre che alla politica, spetta in primo luogo alle Corti costituzionali nazionali garantire il rispetto del principio di separazione dei poteri; profilo in relazione al quale non può che auspicarsi, da parte delle Corti, un rigore e un coraggio analoghi a quelli manifestati (dalle giurisdizioni interne e sovranazionali) in relazione alla tutela delle garanzie processuali e dei diritti umani. Perché anche la separazione dei poteri e il rispetto delle reciproche sfere di attribuzioni sono principi essenziali su cui si fondano le nostre democrazie, e che proprio l'azione del terrorismo vorrebbe destabilizzare.

FEDERICA RESTA

---

<sup>(37)</sup> Cfr. Gip di Brescia, ord. 31 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, II, c. 218 ss.e Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2005, est. Fazzioli, imp. Drissi, in *Foro it.* 2006, II, c. 342 ss; contra: Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2005, est. Pepino, imp. Tartag, in *Guida dir.*, 2006, n. 40, 60 ss.





## L'ESERCIZIO DI MESTIERI GIROVAGHI NELLA LEGISLAZIONE DI FINE OTTOCENTO

**SOMMARIO:** 1. Accezione e caratteri dei mestieri girovagli. Mestieri girovagli e vagabondaggio: una incerta labile distinzione. Attività girovaghe e vagabondaggio come situazioni prodromiche al delitto. – 2. Istanze punitive e disciplina amministrativa di polizia nel controllo del vagabondaggio e delle professioni girovaghe. Le anomalie del provvedimento ammonitivo, e l'ambiguo confine tra iniziative di polizia e giustizia penale. – 3. Il tentativo di formalizzare in una fattispecie penale vagabondaggio e attività affini al vagabondaggio. Il silenzio sulle ragioni del vagabondare, e la facile ascrizione dei vagabondi e dei mestieranti vagabondi alle "classi pericolose per la società". – 4. L'obbligo di iscrizione nell'apposito registro secondo quanto stabilito nell'art. 72 l.p.s. del 1889 per i mestieranti girovagli. Discordi opinioni sulla valenza tassativa o meramente espositiva della disposizione stessa. Inclusioni ed esclusioni: i riflessi sui limiti di libertà per l'esercizio di mestieri girovagli. – 5. Controllo preventivo – repressivo di polizia sul lavoro ambulante. Si ripropone l'anomalia del provvedimento ammonitivo, e l'ambiguo rapporto fra pena e misura di polizia. – 6. La diffidenza verso occupazioni lavorative non stabili. L'invasivo burocratico controllo sul mestiere girovago e la costante attenzione per la tutela dell'ordine pubblico. – 7. I mestieri girovagli tra prevenzione e repressione, tra legge di polizia, regolamenti locali e codice penale liberale. Intervento repressivo, inattualità di misure irragionevoli e sproporzionate per i girovagli "molestatori dell'ordine sociale". – 8. Il caso dei burattinai: gestori di un comico innocente pericolo di disordine sociale. L'assenza di una strategia del dissenso nella raffinatezza scenica del teatro di marionette. – 9. Il ruolo privilegiato dell'ipotesi contravvenzionale nella repressione dell'illecito esercizio di professione girovaghe. – 10. Le cadenze concrete della vicenda punitiva. Mutazione del mestiere girovago nel vizio della mendicizia. – 11. Schiamazzi e clamori degli artisti di strada: una politica di tolleranza o una rigorosa tutela della quiete pubblica e privata? – 12. Consuetudine, costumi sociali, lingua, castigatezza e rispetto delle buone norme del vivere civile nella quotidianità del lavoro ambulante. Il pericolo di un'eventuale scadimento verso modalità di condotta offensive della pubblica decenza. – 13. Dislocazione di competenze, poteri locali, zelo burocratico nella disciplina delle occupazioni vagabonde. La duttile scelta di misure preventivo-repressive di polizia; e la conferma di un sistema penale permeabile all'iniziativa di polizia.

1. *Accezione e caratteri dei mestieri girovagli. Mestieri girovagli e vagabondaggio: una incerta labile distinzione. Attività girovaghe e vagabondaggio come situazioni prodromiche al delitto.*

Dei mestieri girovagli può adottarsi la più acquisita definizione: tali appunto dovevano considerarsi quando non esercitati, di norma, in sede

determinata fissa e coperta ma sulle pubbliche vie, consistessero nello smercio di oggetti d'uso, nella manifestazione di abilità personali, o nella fabbricazione facile e immediata di piccoli manufatti per la vendita<sup>(1)</sup>.

Una versione dunque semplice e descrittiva. In realtà, meno semplice dovette subito apparire il confronto, la netta distinzione, tra una situazione quale quella appena descritta e altra ipotesi, per certi aspetti, simile: il vagabondaggio. Senza dubbio, l'occupazione ambulante, fisiologica reazione talvolta alla stessa espulsione da una organizzazione del lavoro a sede stabile, invenzione semplificata, spesso, di attività lavorative, eccentriche oltretutto rispetto alle esigenze del mercato, induceva, per rivelarsi sufficientemente remunerativa, alla continua mobile ricerca di mercati; e quindi – logico fu costatarlo – ad un vagare insistente, pur se funzionale allo scopo<sup>(2)</sup>.

Elencate – ma sembra non tassativamente – nella legge di polizia del 1889 all'art. 72, sottoposte ad un sistema particolare di autorizzazioni e di controlli amministrativi, le professioni girovaghe, è vero, adombrarono fin dagli inizi una sostanziale affinità con il fenomeno del vagabondaggio.

In effetti, la recisione dagli antichi mestieri, la crisi economica sospingevano di frequente verso lavori privi di stabilità logistica, sconosciuti non di rado a qualsiasi consueta tipologia e disciplina normativa, non sempre remunerativi, né competitivi – ovvio – per l'inevitabile semplificazione rispetto alle “tecnologie” dell'industrializzazione: tutto sommato votati fatalmente al sospetto di un vero e proprio vagabondaggio. Anzi, destinati altrettanto fatalmente alla facile attribuzione di una serie di addebiti – mendicizia, molestie, furti, truffe – penalmente rilevanti.

Così, facitori di malie, divinatori della sorte, saltimbanchi, burattinai, artisti di strada insomma, per le loro abitudini, per il carattere stesso dell'attività, pur disciplinata, anche, dalla legge di polizia, ma avulsa in fondo da modelli lavorativi acquisiti come tali nella società, finivano per soggiacere, quasi fisiologicamente, ad una etichettatura di vagabondi; e di vagabondi colpevoli spesso, destinati poi ad essere ascritti alle classi pericolose per la società<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cfr., A. GILARDONI, *Mestieri girovaghi*, in *Il Digesto italiano*, vol. XV, Parte 2a, Torino, 1904-1911, p. 45 ss.

<sup>(2)</sup> In proposito, e sui molteplici aspetti del vagabondaggio, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi*, vol. II, Torino, 1897, p. 309 ss. Si veda, anche G. BELLONI, *Vagabondaggio e vagabondi*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. XII, Parte 2a, Torino, 1940, p. 830 ss. Per una sintetica puntualizzazione del tema, G. MARINI, *Vagabondaggio*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XX, P. 2°, Torino, 1957, p. 409 ss.

<sup>(3)</sup> Così, tra gli altri, CAMPESI, *Società disciplinare e “classi pericolose” nell'Italia del XIX secolo*, in [w.w.w.altrodiritto.unifi.it/devianza/Campesi/cap. 3, htm](http://w.w.w.altrodiritto.unifi.it/devianza/Campesi/cap. 3, htm), p. 19 ss. Datata ma chiarissima, l'ammissione anche di E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi cit.*, vol. I, p. 311 ss.

Certo, a volte appunto perché non indicati, e neppure assimilabili alla tipologia di esercenti occupazioni girovaghe espressamente riconosciuta nella normativa *ad hoc*; perché sprovvisti di ogni garanzia; ma anzitutto perché dediti, in sostanza, ad un mestiere sradicato da una sede stabile, costretti a vagare qua e là nella ricerca di un qualsiasi mercato remunerativo.

Vagabondi, semplicemente<sup>(4)</sup>. E come tali, al limite di una emarginazione prodromica alla possibile realizzazione di fatti delittuosi, soggetti dunque, e comunque, ad una facile assunzione tra individui pericolosi appunto per un ordinato sistema di convivenza sociale.

Gente infame – questa ad esempio la memoria di una convinzione ben radicata nella Repubblica di Venezia – perché “un che forte desia fare il birbante, e trarre i giorni suoi lieti e giocondi, con una compagnia di vagabondi va per il mondo a far da commediante”<sup>(5)</sup>. Ove “desia” sembra quasi adombrare l'*iter* di un'idea che diverrà poi quella del sospetto, e “commediante” un'etichetta spregiativa per la professione stessa, vagabonda e foriera di disordine sociale.

Di una tale diffidenza, complice, innegabilmente, risulterà in ogni caso l'imprecisa fluttuante indicazione dello stesso originario fatto – proposto rapsodicamente quale reato – di vagabondaggio: sostanzialmente ricondotto, e riconducibile, ad una situazione nella quale dovevano anzitutto emergere quali elementi costitutivi l'assenza di un domicilio certo, la mancanza di mezzi leciti di sussistenza, e insieme un sentimento antisociale di ignavia, di ripugnanza al lavoro. Un'intenzione di porre dunque in pericolo la tranquillità e la sicurezza dei cittadini. Breve, in una più corretta accezione giuridica: l'ordine pubblico<sup>(6)</sup>. Senz'altro: preoccupava, forse, non

---

<sup>(4)</sup> Cf. sempre, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi cit.*, vol. II, p. 181 e p. 231 ss.

<sup>(5)</sup> V. MALAMANI, *La satira del costume a Venezia nel secolo VIII*, Venezia, 1982, Ristampa anastatica, p. 68 ss.

<sup>(6)</sup> Che il concetto di ordine pubblico dovesse ricondurre ad una nozione fluida composta non è dubbio. E non è dubbio che lo stesso *iter* legislativo sino alla codificazione di unità lo abbia in fondo confermato. In effetti, nei precedenti progetti di codice penale dal 1868 al 1883 appare la categoria dei delitti contro la pubblica tranquillità affiancata appunto nel progetto del 1883 da quella dei delitti contro l'ordine pubblico, nel progetto del 1887 e nel testo definitivo del Codice Zanardelli il titolo V del libro II verrà invece dedicato alla sola classe dei delitti contro l'ordine pubblico. In realtà il tenore della Relazione ministeriale al progetto di codice penale presentata alla Camera il 22 novembre 1887 con significativa chiarezza indicherà, comunque, il riferimento della nozione di ordine pubblico alla pubblica tranquillità; a un complesso di principi, dunque, su cui fondare la convivenza e il buon andamento del vivere civile. Sui vari costanti tentativi definitivi, sulla valenza storicamente mutevole del concetto nello stesso periodo di unificazione legislativa la letteratura giuridica è vastissima. A conforto tuttavia dei sommarî accenni al problema contenuti nel testo, limiterò le citazioni a R. RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. VII, Milano, 1907, p. 881 ss.; B. PELLEGRINI, *Ordine pubblico (contravvenzioni contro l')*, in *Il Digesto italiano*, vol. XVII, P. 2°, Torino, 1904-1908, p. 1018 ss., e spec. p. 1027 ss.; A. ZER-

il vagabondaggio in sé e per sé, ma quel particolare vagabondare; quel particolare rapporto, insomma, tra vagabondaggio e sospetta "criminalità".

Ora, è vero: l'esercente mestieri girovaghi poteva appartenere al *milieu* del vagabondo per vocazione, ma del vagabondo estraneo anche ad ogni tentazione delittuosa, anzi persino creatore di nuove originali forme di occupazione girovaga. Contestabile perciò, riduttiva doveva apparire subito l'affermazione che quelle attività, inevitabilmente, vivificassero un fenomeno socialmente dannoso di parassitismo; sostituito tra l'altro più credibile, e più leggibile forse, del mero vagabondaggio<sup>(7)</sup>.

L'assunto, poi, sarebbe stato smentito dalla complessità delle condizioni ambientali, economiche, sociali in cui la decisione all'esercizio di un mestiere girovago, supplente spesso l'assenza di ogni prospettiva occupazionale, nasceva. Una crisi economica poteva infatti espellere l'artigiano da una sede fissa, costringerlo a rendere girovago il suo mestiere: i venditori ambulanti di merletti, di corredi che migrano da un'area all'altra del mercato ne sono esempio quanto mai concreto, non solo squisita memoria letteraria.

Diventava insomma necessaria una organizzazione autonoma semplificata del lavoro, una sua mobilità. Il venditore ambulante aveva cioè bisogno di contattare più mercati, e quindi di vagabondare; e correre anche il rischio di cadere in situazioni di illegalità, di sospetta anomalia sociale: quando appunto l'attività intrapresa, non assimilabile alla tipologia di mestiere girovago soggetto all'iscrizione nell'apposito registro ex art. 72 l.p.s., risultasse assolutamente estranea a regole, a limiti, e garanzie anche, di libertà per il suo esercizio.

Alla fine, dunque, investito dal sospetto che vi si potessero annidare i prodromi di una attività delittuosa, e soprattutto di un'attitudine delinquenziale: vi si potesse confermare, ancora, l'idea che l'ambulante sappia profittare del suo vagabondaggio per rubare, per ingannare gli altri, per vivere illecitamente, votato al "mal fare". L'idea, insomma, che crei un pericolo per la sicurezza sociale; senza valutare, invece, l'eventualità che il suo vagabondare, funzionale all'attività svolta, non rappresentasse affatto e inevitabilmente l'anticamera del crimine.

Innegabile, e va riconosciuto: stabilire che nella vicenda dei mestieri girovaghi fosse sempre riconoscibile una professione nomade di qualche utilità, una vocazione al lavoro e non all'ozioso vagabondaggio o appunto alla realizzazione di fatti delittuosi, poteva non essere del tutto facile. Più

---

BOGLIO, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di Diritto penale*, Milano, 1913-1923, vol. I, p. 4 ss. Una serie di interrogativi sul valore e sul ruolo del bene ordine pubblico sono sottolineati da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, P.S., vol. VI, Lucca 1869, p. 151, par. 3015.

<sup>(7)</sup> In questo senso, chiaramente, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi, cit.*, vol. II, p. 181 ss.

facile, invece, l'identificazione del mestiere ambulante, non necessariamente antisociale, e però ritenuto tale, con un fatto incriminabile: quando, pur in assenza di una effettiva intenzionale minaccia per la tranquillità e sicurezza dei cittadini si esaltasse proprio l'idea del sospetto. E la si esaltasse oltrepassando limiti di credibilità. Così, davvero singolare, quasi eccentrica può apparire l'affermazione che senz'altro appartenenti alle classi antisociali, veri oziosi e mendicanti, decisamente affini a vagabondi dovessero apparire non solo i facitori di malie, i divinatori della sorte, ma i venditori di cerini, lustrascarpe e cenciaiuoli<sup>(8)</sup>.

Ma forse tutto questo apparteneva all'ordine delle cose. Perché se la preoccupazione insistente si rivolgeva alla tutela dell'ordinata convivenza dei consociati quale valore in fondo di unità nazionale<sup>(9)</sup>, la contrazione delle garanzie per il libero esercizio di mestieri girovaghi non poteva non risultare consequenziale e quasi logica.

Alla radice del sospetto, l'idea cioè di una possibile, o probabile, attività delinquenziale insita nel lavoro ambulante, nella sua mobilità, si annidava, in definitiva, la tentazione di recuperare o costruire, una ipotesi penale per certi aspetti sussidiaria ad altre incriminazioni: concretizzabile appunto nel vagabondaggio colpevole.

Palesemente: smentendo la remuneratività, o la sufficiente remuneratività, anzi la stessa qualità lavorativa per taluni mestieri girovaghi; adottando, poi, una versione rigorosamente restrittiva dell'elencazione prevista nell'art. 72 l.p.s. del 1889<sup>(10)</sup>. In breve: negando così ogni disciplina, ogni garanzia ad attività – va sottolineato – in qualche modo riconducibili a quelle indicate e catalogate nella disposizione normativa di polizia.

Certo, una politica anche di repressione penale apparirà assolutamente opportuna funzionale quando il sistema di produzione, il processo di industrializzazione in generale, e la necessità quindi di mano d'opera stabile, renderà disfunzionale, diseconomico per il sistema stesso non solo il vagabondaggio, ma lo stesso mestiere girovago: frutto, sì, di una perdita e di

---

<sup>(8)</sup> Naturalmente affiorerà spesso il dubbio che la qualifica di vagabondaggio per lo stesso mestiere girovago sia spesso dipesa da considerazioni locali, o dall'arbitrio della Polizia piuttosto che dalle vere reali condizioni di "temibilità dell'individuo". In questo senso appunto, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi*, cit., vol. II, p. 183 e p. 204 ss.

<sup>(9)</sup> La ricerca di valori collettivi unificanti, capaci di superare la frammentazione politico-culturale del paese non fu certo estranea alla scienza penale; anche se il cuore del problema, la stessa critica alla fluidità del concetto ordine pubblico appartenne soprattutto alle élites governative. Lo sottolineava, tra gli altri, B. PELLEGRINO, *Ordine pubblico*, cit., p. 1018. Traspariva del resto, e anzitutto, dal tenore della *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli* (giugno 1889) per l'approvazione definitiva del Codice penale.

<sup>(10)</sup> Sul valore tassativo o meramente espositivo dell'elencazione stabilita in art. 72 l.p.s., e, parrebbe, nel senso della tassatività, C. ASTENGO - G. SANDRI, *La nuova legge sulla pubblica sicurezza*, Roma, 1889, p. 471 ss.

una espulsione da antiche attività, e però ribellione anche, all'orario della fabbrica, all'isolamento del lavoro agricolo nella cascina.

Un bisogno di emancipazione, di libertà poteva in definitiva incentivare non solo una mobilità del lavoratore che si offriva qua e là al miglior mercato salariale, ma una decisa reazione – lo si ammise con estrema franchezza – alla presa di possesso della mano d'opera. La coartazione della libertà, la rigida regolamentazione dell'obbligo al lavoro, l'affermazione del doveroso contributo al lavoro sociale, finivano insomma per indurre la scelta di mestieri non solo erratici, spesso scarsamente remunerativi, talvolta, almeno in apparenza, persino pretestuosi: tutt'altro che dissimili – questo il punto – dal mero vagabondaggio.

Ed era una scelta non tollerabile comunque: perché inopportuna sottrazione di mano d'opera; e perché come tale non più minaccia, o non solo minaccia, evidentemente, per la sicurezza e tranquillità pubblica, ma piuttosto per l'ordine economico. Ricondotto al sistema di produzione e al bisogno di controllo sulla disponibilità di forza lavoro, il vagabondaggio e le attività girovaghe riconosciute, o riconoscibili, assimilabili pertanto alle tipologie indicate dalla legge di P.S. e soggette alla specifica disciplina amministrativa, dovevano essere percepite senz'altro quale fattore disomogeneo, negativo per l'organizzazione produttiva<sup>(11)</sup>.

Solo più tardi vagabondaggio e mestieri vagabondi verranno decisamente avvertiti quali momenti di una intollerabile circolazione delle idee, assimilati a fenomeni anzitutto di turbamento dell'ordine pubblico, e, concretamente, di disordine sociale. Ma sarà davvero la nascita, il tempo dei movimenti operai e contadini, della divulgazione di una propaganda socialista, o comunque solidaristica.

Il problema diverrà allora problema anche politico di repressione, e il vagabondaggio aspetto e componente di quella cosiddetta questione sociale, non proprio riconoscibile nel pensiero e nella letteratura penalistica di fine ottocento come tema di ineludibile riflessione, e di urgente razionale gestione<sup>(12)</sup>.

2. *Istanze punitive e disciplina amministrativa di polizia nel controllo del vagabondaggio e delle professioni girovaghe. Le anomalie del provvedimento ammonitivo, e l'ambiguo confine tra iniziative di polizia e giustizia penale.*

Indubbiamente, la precisazione sembra doverosa: alla radice del problema vagabondaggio e degli stessi mestieri vagabondi si annidava non solo

---

<sup>(11)</sup> Su questo tema sottolineando lo stretto rapporto tra economia capitalistica e vagabondaggio considerato appunto fenomeno di disordine sociale, ancora, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *op. ult. cit.*, vol. I, p. 102 ss., e vol. II, p. 265.

<sup>(12)</sup> Ma leggibile naturalmente nelle tesi della Scuola positiva. E leggibile peraltro nello

una questione definitoria, come formulare cioè in ambito penale l'ipotesi,

stesso impegno critico, attento di contenuti e all'ideologia del diritto vigente, di un movimento politico-giuridico indicato non senza incertezze definitorie, come socialismo giuridico. Forse non così dirompente nel dibattito di quegli anni, offuscato anche dall'alta stagione della Scuola positiva, assieme ad essa verrà poi travolto dalla costruzione politica del metodo, o meglio, dell'indirizzo tecnico giuridico. Il senso, la trasversalità e i limiti di quella ricerca sensibile, o quantomeno non indifferente al problema sociale, all'ambientazione politica quindi del diritto penale, sono annotati con sintetica chiarezza da G. BETTIOL, *Luigi Lucchini e i cento anni della Rivista penale*. in *Scritti giuridici 1996-1980*, Padova, 1980, p. 143 ss. Sugli interrogativi aperti dalla "questione sociale", e sulla voluta disattenzione per il problema da parte della politica penale di unità, citazione d'obbligo è: E. FERRI, *Sociologia criminale*, 4<sup>o</sup> ed., Torino, 1900, spec. p. 422 ss. Per una critica positiva alle tesi di FERRI e sulla possibile controversa traccia di una politica di intervento in tema di "questione criminale", vd. N. COLAJANN, *Socialismo e sociologia criminale*, Catania 1884, p. 23 ss. Cfr. inoltre, P. ELLERO, *La questione sociale*, Bologna, 1877, spec. p. 19 ss. Avvertiva l'autore che bisogna occuparsi a tempo e per bene della questione sociale, riconoscere anzi che tutto il codice civile e il codice penale sono in favore del ricco contro il povero, garantiscono il borghese ed abbandonano il proletario. Di ELLERO, vd. anche, *Opuscoli criminali*, Bologna, 1874, p. 5 ss., ove può leggersi un *excursus* sulle origini storiche del diritto di punire piuttosto disimpegnato, invece, rispetto ai problemi giuridici prospettati appunto dalla questione sociale. Sottolineava all'opposto la "parzialità dirompente dell'ufficio della legge penale", e i suoi riflessi sulla tenuta dell'assetto sociale M.A. VACCARO, *Genesi e funzioni delle leggi penali: ricerche sociologiche*, Roma, 1889. E una decisa critica alle teoriche e controversie dottrinali sullo scopo e il fondamento di punire, dimentiche dei motori e dei fattori delle leggi penali medesime, un richiamo preciso, anzi, all'attualità del fattore lotta di classe come "maggior piedestallo" della legislazione penale era formulata da A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *Scuola positiva*, 1896, p. 1 ss. L'autore riconosceva certo ai positivisti il merito di aver liberato il diritto penale dall'ingombro della speculazione astratta, ma ascriverà loro una nota di demerito perché, sprovvisti di una opportuna cultura storica ed economica, risulteranno incapaci di risolvere sociologicamente il problema "in quella guisa che lo risolverono biologicamente" (p. 2). Più tardi, sui caratteri fondamentali e sulla evoluzione del socialismo giuridico, F. COSENTINI, *Il socialismo giuridico*, in *Studi storici e giuridici. Dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, Catania, 1910, spec. p. 163 ss.

Il silenzio sul problema e il sostanziale disimpegno per la *ratio* sociale sottesa agli istituti penalistici appare invece piuttosto frequente nella manualistica di fine ottocento. Vd. ad esempio, P. TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia*, vol. I, Napoli, 1890; G.B. IMPALLOMENTI, *Lezioni di diritto penale dettate e pubblicate a cura di S. Rotolo*, 1903-1904. Lo stesso CRISPIGNI, del resto, attento critico annotatore delle tendenze ideologiche e politiche espresse negli orientamenti dommatici della scienza penale di fine ottocento (Vd. *La odierna scienza criminale in Italia*, Milano, 1909, spec. p. 19 ss.) sottacerà poi il problema impegnandosi essenzialmente ad una indagine, e ad una metodologia in definitiva avulsa dai temi sociali, dalle ragioni di un intervento repressivo su fenomeni di disagio sociale. E del disagio sociale, di una questione sociale dunque, lamenterà l'irreale agnostica lettura, tra altri, G. DEL POZZO, *L'idea sociale del delitto*, estratto dalla *Scuola positiva*, 1937, p. 4 ss.

Senza insistere comunque sulla vicenda di quel movimento di idee, riconducibile anche agli anni della codificazione di unità, attento al contenuto degli istituti penalistici, critico anche nei confronti di una politica penale di emergenza, sottolineerei tuttavia la particolare attenzione, il *revival* del tema nella lettura storico-giuridica più recente. Cfr. in particolare, M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, 1883-1912, in "*Quaderni fiorentini per la storia del pen-*



ma una opzione piuttosto imbarazzante tra repressione punitiva e attività di prevenzione, affidabile poi ad una disciplina amministrativa di polizia. Una scelta, in sostanza, tra valorizzazione dei poteri appunto di polizia, o dislocazione dell'intervento repressivo di profilo penale in una fase estremamente anticipata.

Di certo la constatazione più immediata è che, pur individuato attraverso una discutibile etichettatura dell'ozioso e del vagabondo, riconosciuto e poi negato nella sua versione di illecito penale, il fatto di vagabondaggio abbia infine indotto l'applicazione di un provvedimento non facilmente definibile nella sua natura sanzionatoria, quale l'ammonizione.

Non facilmente definibile: anomala anzi, dannosa – si affermerà – all'ordine sociale e alle stesse istituzioni della Polizia e della Giustizia<sup>(13)</sup>. Prevista infatti nella legge di pubblica sicurezza, ma affidata alla competenza dell'organo giudiziario, il Presidente del Tribunale, l'ammonizione, nel suo avvalersi di uno schema processuale, certo non privo di vistose anomalie (l'assenza di appello ad esempio), segnato comunque da un minimo di garanzie giurisdizionali, poteva adombrare un'ibrida parvenza di pena criminale. E facilitare, in fondo, la convinzione che al vagabondaggio fosse allora possibile assegnare un carattere penale di delitto o di contravvenzione<sup>(14)</sup>. Per essere più precisi: facilitare l'idea che il vagabondaggio, pur se estraneo al codice penale, indicasse in ogni caso un fatto meritevole di pena.

E però, chiaramente, la questione non poteva investire soltanto le originarie incertezze, le controverse, opinioni, e le mutevoli decisioni sulla rilevanza penale eventualmente ascrivibile al vagabondaggio in sé – o a situa-

---

siero giuridico moderno”, 3-4, 1974-1975, I, p. 557 ss. Dello stesso, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano, 1976, e *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia di unità*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dalla unità alla Repubblica* (a cura di A. SCHIAVONE), Bari, 1990, spec. p. 188 ss. Vd inoltre, i contributi di P. CAPPELLINI, *Mario Sbriccoli, il giurista civile*, e di P. COSTA, *Politica, diritto, società: la "storiografia civile" di Mario Sbriccoli*, nel volume *Penale Giustizia Potere*, EUM, Macerata 2007, rispettivamente a p. 59 e p. 41 ss. Scelte di politica del diritto per il controllo della cosiddetta questione sociale, e tendenze dottrinali del socialismo giuridico, sono documentate con ampie indicazioni bibliografiche da A. MANTELLO, “*Il più perfetto codice civile moderno*”. A proposito di B.G.B., *Diritto romano e questione sociale in Italia*, in *Rivista del diritto commerciale, e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, p. 1110 ss. Sull'ideologia di classe del sistema penale riproponendo taluni temi del socialismo giuridico, G. NEPPI-MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura*, 1870/1922, Bari, 1969, spec. p. 13. ss.

<sup>(13)</sup> Così L. LUCCHINI, *La riforma della legge di P.S.*, Firenze, 1883, p. 33.

<sup>(14)</sup> In definitiva sottolineando come la polizia di sicurezza fosse comunque argomento di diritto penale, non si escludeva affatto che il vagabondaggio, oggetto di repressione vera e propria, di “prevenzione diretta”, dovesse ascrivarsi all'ambito penale. Critici sul punto, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI. Sostengono anzi gli Aa. l'inopportunità di una conferma nel nuovo codice dell'89 del reato di vagabondaggio (*I vagabondi, cit.*, vol. II, p. 228 ss.)

zioni più leggibili di parassitismo lesive dell'organizzazione sociale<sup>(15)</sup> –, ma la stessa libertà anzitutto nell'esercizio di attività girovaghe prive di riconoscimento normativo: estranee, o non assimilabili appunto alla tipologia indicata nella Legge di p.s., e facilmente ascrivibili, in pratica, ad ipotesi di vagabondaggio.

Innegabilmente, la linea di confine tra mestieri girovaghi e vagabondaggio avrebbe davvero posto una serie di comprensibili problemi interpretativi. Così, utilizzando una schematica teorica esemplificazione: veniva riscontrata l'insufficienza di mezzi leciti propri di sussistenza pur nella presenza di una formale valida concessione amministrativa all'esercizio del mestiere. Ci si affidava, allora, esclusivamente alla constatazione di una attitudine psicologica diversa da quella ignavia e pigrizia indicate per il vagabondaggio; avvalorando comunque una soluzione soggettivistica, fin troppo contigua all'etichettatura di persona vagabonda? O non si valutava piuttosto il fatto oggettivo, in sé eventualmente pericoloso per la sicurezza dei cittadini? Non si individuava, cioè, nella situazione concreta la condizione di un vagabondaggio funzionale all'attività esercitata quando anche insufficientemente remunerativa?

Non la ripugnanza al lavoro, o la pigrizia insomma, ma la socialità nonostante il disagio, l'inconsistenza economica del mestiere girovago; l'assenza di ogni disvalore quindi nella condotta vagabonda dell'ambulante.

È vero tuttavia: escludere o ipotizzare sulla scorta di un dato sostanzialmente impreciso, spesso quasi indecifrabile, una illiceità penale per il vagabondaggio, poteva apparire – e del resto apparve – estremamente discutibile. Anche se insinuante, tutt'altro che infondato, resisterà sempre il dubbio di una possibile ascrizione dell'ipotesi all'ambito penale: perché connotata *appunto* da una sanzione quale l'ammonizione, prevista nell'art. 94 della legge di Polizia del 1889, riconducibile, e ricondotta, alla valenza – non sempre chiarita – di “pena” di Polizia. E di pena, in sostanza, correlata all'idea del sospetto, equivoca nella sua natura di istituto preventivo di Polizia<sup>(16)</sup>.

Effettivamente – vi si è accennato – il procedimento applicativo della misura, la competenza in primo luogo del Tribunale ad emanarla, l'escusione di testimoni, la possibilità da parte dell'imputato di giustificarsi, di impugnare la denuncia, il reclamo, pur limitato da precise condizioni, contro l'ordinanza dello stesso Presidente del Tribunale, o del giudice delegato, la sospensione del provvedimento durante i cinque giorni concessi

---

<sup>(15)</sup> In argomento, con precise annotazioni sui tratti comuni e distintivi tra vagabondaggio e parassitismo antisociale, si veda di nuovo E. FLORIA - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi*, cit., vol. II, p. 250ss.

<sup>(16)</sup> Per queste precisazioni cfr., L. LUCCHINI, *Ammonizione*, in *Il Digesto italiano*, vol. III, Parte 1°, Torino, 1895, p. 39 ss.

per il reclamo (art. 107 l.p.s.) adombravano *l'iter* di uno schema processuale complementare, sì, all'iniziativa dell'Autorità di polizia, ma certo non privo di una parziale ibrida giuridicizzazione<sup>(17)</sup>.

Ibrida, ambigua: e però capace anche di attrarre sulla traccia, evidentemente, di questa ambiguità, il vagabondaggio e situazioni ridicibili a vagabondaggio nell'ambito penale.

In ogni caso tentazioni repressive non sempre sopite, incerte opzioni tra esigenze di controllo sociale e principi liberali segnano innegabilmente il tema; e però – osserverà tra gli altri Florian – con il risultato di lasciare piuttosto in ombra il vero problema: il problema cioè, chiaro alla fine dell'ottocento, non solo di una efficace prevenzione del pericolo latente nel vagabondaggio e nello stesso esercizio di mestieri girovaghi, ma di un controllo della forza lavoro.

Nel 1873, annotava sempre Florian, la preoccupazione delle *élites* governative, ad esempio, insisteva sulla circostanza che la pratica giovanile dei mestieri girovaghi, e del vagabondaggio insito nei mestieri stessi, potesse dilagare: con l'ovvia conseguente sottrazione di mano d'opera.

E l'opinione dominante, poi, finiva per avallare l'opportunità di ricondurre la "incriminabilità" del vagabondaggio a forme affini, o rispondenti al criterio della prevenzione di Polizia: ipotizzando, in ultima analisi, per il caso concreto, un fatto contravvenzionale<sup>(18)</sup>. Privo di vera e propria lesione giuridica – questo l'assunto – il modello contravvenzionale avrebbe giustificato, in pratica, la repressione in fase anticipata del vagabondaggio e dell'oziosità: investiti sempre dal sospetto di concretizzare situazioni inevitabilmente prodromiche alla commissione di fatti delittuosi.

---

<sup>(17)</sup> In sintesi questo appunto lo schema processuale ipotizzato dagli art. 97 e seguenti della legge di Polizia Al Presidente del Tribunale, o ai giudici del Tribunale da lui delegati, incombeva anzitutto il dovere di verificare, ma sommariamente, per mezzo di testimonianze o di altre informazioni quanto esposto nella denuncia, nel termine di cinque giorni convocare l'imputato comunicandogli l'esposizione succinta dei fatti sui quali si fondava appunto la facoltà di presentare prove a scarico (art. 98). Comparso l'imputato, il Presidente dopo aver spiegato le ragioni e lo scopo della denuncia, lo invitava a giustificarsi accordandogli, ove lo richiedesse l'assistenza di un difensore (art. 99). Certo, il nucleo di uno schema processuale, per quanto estremamente semplificato, poteva anche individuarsi nella pronuncia del giudice: se l'imputato ammetteva i fatti, o li negava senza addurre testimonianza o altre giustificazioni, *l'iter* si concludeva infatti con un'ordinanza di ammonizione (art. 100). Contro la quale, però era ammesso reclamo: ma – va sottolineato – per soli motivi di incompetenza o di inosservanza delle disposizioni contenute nel Titolo terzo, Capo terzo relativo alle persone pericolose per la società. Ora che questo procedimento adombrasse talune garanzie per l'imputato, il reclamo ad esempio avrebbe sospeso per cinque giorni il provvedimento operando anche in assenza di reclamo (vol. Corte di Cassazione di Roma 18-11-1897, in Il Foro italiano, 1898, vol. XXII, Parte 2°, col. 16), può anche essere vero, ma le anomalie, un unico grado di appello soprattutto, sono piuttosto evidenti.

<sup>(18)</sup> Per tutti, sul punto E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *op. cit.*, vol. II, p. 255.

Ora, se attente indagini sociologiche confermavano senz'altro l'illiberalità di questa soluzione, la stessa ambientazione dommatica del problema riconduceva all'area del sospetto: facilmente prospettabile, del resto, per quelle ipotesi, appunto, di occupazioni ambulanti non riconosciute, né assimilabili alle attività normativamente disciplinate nella legge di pubblica sicurezza. In effetti, provata l'assenza di mezzi propri e leciti di sussistenza, in sé il mestiere girovago poteva logicamente apparire mero vagabondaggio; complicandosi ancora di più la decisione di perseguire, o meno, istanze punitive, e limitare dunque il principio di libero esercizio per tali attività<sup>(19)</sup>. Istanze punitive, naturalmente, ben comprensibili quando, riconosciuta, o riconoscibile, in una lettura non tassativa, descrittiva invece dell'elenco previsto nell'art. 72 l.p.s., l'occupazione ambulante fosse esercitata contravvenendo alla specifica disciplina. Ma istanze discutibili ove venisse confusa affrettatamente, e in ogni situazione, occupazione girovaga e vagabondaggio<sup>(20)</sup>.

Perché, in realtà, occorreva muovere da diverse e meno radicali premesse.

Queste essenzialmente: che il mestiere girovago regolarmente autorizzato nel suo funzionale vagabondaggio assumesse in sé una connotazione originale, autonoma rispetto allo stesso vagabondaggio: l'illiceità del suo libero esercizio prospettandosi nell'infrazione ai limiti posti dalla sua disciplina, o naturalmente nella commissione di fatti delittuosi.

Punto di partenza, insomma, doveva essere la libertà del commercio ambulante – del resto ampiamente tollerato negli stati preunitari –, soggetto a registrazione, e proibito, quando l'attività potesse ledere i diritti degli altri, la loro libertà, o proprietà, oppure, ed era affermazione ricorrente, verosimilmente conduceva a tale risultato<sup>(21)</sup>.

Ma, vero è che, il tentativo di attrarre comunque nell'ambito penale il fatto di vagabondaggio, il proliferare – o l'invenzione anche – di mestieri girovaghi affini spesso allo stesso vagabondaggio, non controllabili e non controllati, può essersi avvalso di quel profilo sostanzialmente ambiguo ibrido, non sempre decifrato, della sanzione *ad hoc*: l'ammonizione appunto. Provvedimento ritenuto ora semplice atto di polizia, misura, anzi, di polizia punitiva diretta a prevenire e reprimere con sanzioni amministrative, o con rinvio a sanzioni penali, adeguata ed economica rispetto a fina-

---

<sup>(19)</sup> Sulle difficoltà di indicare chiare soluzioni per il problema, talune precisazioni di A. GILARDONI, *Mestieri girovaghi*, cit., p. 47 ss.

<sup>(20)</sup> Insisteva su questo problema A. GILARDONI, *Mestieri girovaghi*, cit., p. 50 ss.

<sup>(21)</sup> Le stesse esigenze di tutela per i cittadini onesti e laboriosi avrebbero giustificato quel sospetto, e la necessità di tenere d'occhio tutte le persone che esercitavano mestieri ambulanti. Così, G. CURCIO, *Commentario teorico pratico della legge di pubblica sicurezza*, Torino, 1911, p. 194.

lità di controllo e di gestione del fenomeno: altra volta, e meno asetticamente, misura urgente di repressione assolutamente anomala, non estranea, però, ad una valenza di sanzione penale<sup>(22)</sup>; in quest'ultimo caso sottolineando allora il valore di sentenza ascrivibile all'ordinanza di ammonizione, e pur nell'incongruente assenza di compiute garanzie giurisdizionali, di "rimedi" contro l'ordinanza stessa. Avvalendosi infine di un orientamento giurisprudenziale sul punto decisamente controverso<sup>(23)</sup>.

Peraltro, al di là dei dubbi e delle perplessità dommatiche l'impressione è che il problema fosse assai meno, e squisitamente, tecnico. In realtà, occorre decidere un assetto sanzionatorio particolarmente efficace, non di repressione ma anzitutto di controllo preventivo nella gestione di un fenomeno sociale quale il vagabondaggio – e per affinità di taluni mestieri girovaghi –, difficilmente formulabile come fattispecie di reato e, però, inquietante intollerabile per la tranquillità e la sicurezza dei consociati. Anzi, – vi si è accennato – per lo stesso sistema produttivo.

Se questa era l'esigenza, non è affatto stupefacente allora l'ammissione che in materia il giudice – Pretore in un primo tempo, Presidente del Tribunale successivamente – in sostanza non giudichi, ma agisca per delegazione in luogo dell'autorità politica. Il procedimento di ammonizione, in breve, non avrebbe concretizzato in sé un giudizio, ma prodotto insomma un provvedimento urgente di prevenzione inteso a garantire l'ordine pubblico, nonché la vita e la prosperità dei cittadini.

Tuttavia, e in ogni caso, rilevato pure, o contestato, l'anomalo carattere giuridico, non si sarebbe altrettanto decisamente negata all'ammonizione l'essenza di pena<sup>(24)</sup>. La valenza penale dell'ammonizione finiva cioè per risolversi, o quantomeno confondersi, nell'ambito di un provvedimento ancorato all'attività di controllo politico del giudice.

Ciò che forse non doveva essere neppure così sorprendente: se è vero che la vicenda del controllo sociale anche nel periodo postunitario si è avvalsa, poi, di un sottosistema penale, di imbarazzanti sanzioni di polizia, poco rassicurante certo sul piano delle istanze liberali garantiste, ma in linea di principio efficace su quello della prevenzione verso situazioni di disagio sociale non facilmente affidabili ad un modello sanzionatorio penale<sup>(25)</sup>.

<sup>(22)</sup> Le annotazioni sono sempre di L. LUCCHINI, *Ammonizione, cit.*, p. 39 ss.

<sup>(23)</sup> Vd. ancora, L. LUCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 44 ss. Per talune indicazioni giurisprudenziali, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *op. cit.*, vol. II, pp. 282-287.

<sup>(24)</sup> Un esame dei diversi orientamenti giurisprudenziali a proposito dell'indole e del carattere del provvedimento di ammonizione in L. LUCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 39 ss.

<sup>(25)</sup> Su questo punto delicatissimo, e in particolare sulla nozione di polizia punitiva, L. LUCCHINI, *Della procedura penale nel regno delle Due Sicilie*, Parte 1°, vol. II, Napoli 1828, p. 548 ss. Meno datato il lavoro di G. DE ROSA, *Sicurezza pubblica*, in *Il Digesto italiano*, vol.

Perché situazioni appunto prodromiche alla commissione di reati fattispecie penalmente traducibili in concrete fattispecie penali; perché situazione, infine segnata da continue mutazioni nella fenomenologia delle condotte.

3. *Il tentativo di formalizzare in una fattispecie penale vagabondaggio e attività affini al vagabondaggio. Il silenzio sulle ragioni del vagabondare, e la facile ascrizione dei vagabondi e dei mestieranti vagabondi alle "classi pericolose per la società".*

Ma, nella scelta tra esigenze punitive – anzi rigore punitivo se talora i provvedimenti straordinari adottati contro il brigantaggio colpirono anche gli oziosi, i vagabondi<sup>(26)</sup> – e disciplina giuridico-amministrativa deve aver certo inciso, tutto sommato anzi convinto, la stessa difficoltà di costruire una fattispecie penale di vagabondaggio, modello poi per situazioni attigue di occupazione girovaga, riconoscibile nella sua valenza oggettiva.

Valenza, questa, che la stessa "scienza" penale dell'ottocento, ovviamente, considerava essenziale: tanto da ritenere e decidere, all'atto della codificazione Zanardelli, che già da un punto di vista tecnico-normativo il vagabondaggio dovesse appunto esulare dal territorio penale.

L'interrogativo, sin dagli inizi del resto, sembrava chiaro: se *de jure con-* *cedendo* il fatto di vagabondaggio potesse adattarsi allo schema di un modello penale; e, in caso affermativo, le ragioni della sua incriminabilità come delitto, o ipotesi contravvenzionale: lesione dunque, o esposizione a pericolo per un bene, nel caso specifico peraltro di non facile "individuazione", e delimitazione nella sua valenza di sicurezza collettiva, di pubblica tranquillità, di buon ordine della società, di regolare andamento del vivere civile<sup>(27)</sup>.

Ora, non può negarsi che definire gli elementi costitutivi di un ipotetico reato di vagabondaggio, individuarne in una prospettiva dommatica ancora bipartita, la rilevanza oggettiva e soggettiva, poteva rivelarsi – e

---

XXI, Parte 3°, Milano, 1895- 1902, p. 360 ss. Vd., inoltre, I. SANTANGELO SPOTO, *Polizia*, in *Il Digesto italiano*, vol. XVIII, Parte 2°, Torino 1906-1911, p. 990 ss.

<sup>(26)</sup> Il rigore, e l'inopportunità di quell'estensione applicativa è segnalato, tra gli altri, da E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi*, cit., vol. I p. 293.

<sup>(27)</sup> Sottolinea, tra gli altri, la complessa accezione di questo valore e la controversa equazione fra pubblica tranquillità e ordine pubblico, ascrivibile, semmai, ad un rapporto specie e genere, E. PESSINA, *Elementi di Diritto penale*, P. II, Napoli, 1886. Vd. anche F. DE RUBEIS, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 881 ss. e ampia bibliografia *ivi* citata. Un accenno molto chiaro alla costruzione del concetto nel lavoro di B. IMPALLOMNI, *Il codice penale illustrato*, vol. II, Firenze, 1890, p. 65 ss. Per una analisi critica del valore ordine pubblico, è noto, già F. CARRARA, *Programma del corso di Diritto Criminale*, P.S., vol. VI, Lucca, 1869, p. 151 ss. Ne preciserà il contenuto ideologico E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello stato*, Milano, 1905.

si rivelò – operazione abbastanza defaticatoria: evanescente sempre nelle sue conclusioni.

Si rifletta, per esempio, ad un requisito, sul quale venne spontaneo insistere, come la mancanza di domicilio certo, o anche l'andare da un luogo all'altro senza scopo: costituivano notazioni veramente decisive, essenziali per il riconoscimento di un fatto di vagabondaggio penalmente rilevante?

Si obietterà appunto che l'assenza di una sede abitativa fissa, di un domicilio certo, non sempre equivalesse vita della strada, e pericolo o danno sociale. L'elemento tradizionale della mancanza di fissa dimora finirà infatti per perdere significativa rilevanza: alla nuova organizzazione della produzione – questo l'assunto – l'immobilità, il legame delle classi lavoratrici ai campi e alle officine non sarà più necessario, né la sua assenza rappresenterà sicuro indice di pericolosità.

Quanto al girovagare nella ricerca o nel tentativo di un'occupazione, potrebbe ancora costatarsi come sostanziali limiti fossero di fatto apposti da un esercito di lavoratori in soprannumero, un esercito di riserva appunto: competitivo incalzante nella acquisizione di fonti di sopravvivenza e di possibili mercati.

Breve: il pericolo sociale che proveniva dal vagabondaggio, e quindi la ragione della sua punibilità, non risiederanno più nel fatto di andare qua e là, nel vagare insomma, ma essenzialmente nello stato di inopia, di inerzia.

Riconducibile sempre ad una esigenza di prevenzione oltre che a risposte filantropiche, la vicenda del vagabondaggio non avrebbe allora facilitato il ricorso a modelli penali.

D'altro canto, lo stesso supporre nella decisione – come apprezzabile? – di voler vivere senza far niente, a spese della comunità, l'indice di una situazione penalmente illecita, non sembrò affatto concludente: il punto di riferimento, e quindi la costruzione di un elemento costitutivo di fattispecie, risultava sostanzialmente carente di sicure note descrittive.

Doveva certo sottolinearsi nell'ipotetica formulazione, del reato di vagabondaggio la mancanza di un'occupazione lavorativa; e però senza assecondare facili confusioni con l'oziosità, o con notazioni squisitamente personalistiche come la ripugnanza a qualsiasi attività: senza aggravare, oltretutto, intuitive vessazioni, in particolare per la "classe" dei disoccupati.

Ma la stessa assenza di mezzi leciti di sussistenza quale ulteriore essenziale requisito di fattispecie avrebbe davvero suscitato una serie di perplessità: i mezzi di sussistenza, in effetti, dovevano riferirsi – così sembra – alla persona considerata, e la loro mancanza risultare poi sorretta da quel motivo psicologico, avversato per la sua antisocialità, di ostile rifiuto al lavoro<sup>(28)</sup>. Ebbene proprio questo elemento soggettivo della ignavia, della

---

<sup>(28)</sup> Cfr. sempre, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *op. cit.*, vol. II. p. 231 ss.

pigrizia, della stessa ripugnanza del lavoro finiva in realtà per velare, o forse riassumere, la ragione diretta ed esclusiva della assenza di mezzi leciti di sussistenza. Adombrando in conclusione, una etichettatura chiaramente personalistica del requisito, e naturalmente della stessa formula penale eventualmente adottabile.

In definitiva, la tipicizzazione del reato di vagabondaggio veniva, sì, ricondotta ad un fatto esteriore socialmente dannoso, la mancanza appunto di mezzi leciti di sussistenza: sorretta peraltro, e sempre, da un sentimento organicamente antisociale.

Ora, palesemente, un modello penale di questo tipo non solo forzava i limiti tra vagabondaggio e parassitismo sociale – al quale in fondo si pensava come ad illecito di riserva in mancanza di una incriminazione per il vagabondaggio –, ma avvalorava appunto la tentazione di incentrare tutto il problema, di risolverlo anzi, nella identificazione dei suoi protagonisti con una classe pericolosa per la società<sup>(29)</sup>. Classe cui finivano per non sfuggire, in un clima di sospetto, gli stessi esercenti mestieri girovaghi, o attività comunque vagabonde.

Ma, se la proposta di assumere un'ipotesi penale per il fenomeno del vagabondaggio, e di fatto per situazioni contigue ad esso, scivolava dommaticamente verso orientazioni soggettivistiche, votandosi tutto sommato al fallimento, il motivo – si obiettò – era anche altro, e diverso. Venuta appunto meno verso la fine dell'ottocento la ragione economica, quella scarsità di mano d'opera destinata a giustificare il divieto di emigrazione e di vagabondaggio, a rendere quindi necessaria la integrazione in un lavoro stabile, veniva meno anche la giustificazione precipua essenziale per cui del vagabondaggio stesso si dovesse fare un reato<sup>(30)</sup>.

L'evoluzione giuridica del problema, la definitiva rinuncia all'ipotesi penale, formalizzava, per certi aspetti, quanto fattori economici e sociologici concretamente indicavano. Naturalmente, motivazioni psicologiche, instabilità volitiva, inerzia, ripugnanza al lavoro, il non fare nulla, o l'inventare, anche, mestieri pretestuosi, potevano senz'altro connotare il vagabondaggio, spiegare talvolta la concreta mancanza di mezzi leciti di sussistenza: tuttavia non disegnare oggettivamente una situazione dommaticamente riconducibile a razionali giustificati interventi punitivi.

Non è casuale, forse, che venisse smitizzata anzitutto l'equazione assenza di lavoro e ozio volontario; né accolta l'identificazione tra mancanza di mezzi leciti di sostentamento e privazione di ogni *chance* di lecita sopravvivenza. Evidentemente, crisi economica nell'un caso, e sviluppo di organizzazioni assistenziali nell'altro, potevano in realtà contraddire la legitti-

---

<sup>(29)</sup> Così indicando il problema del controllo sociale, o in versione polemica, il governo della miseria, CAMPESI, *Società disciplinare, cit.*, p. 11 ss.

<sup>(30)</sup> E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *op. cit.*, vol. II. p. 234 ss.



mità di una scelta repressiva; e, ovviamente la stessa formulazione, di una fattispecie penale fin troppo fluida e discutibile nei suoi elementi costitutivi.

Ed è poi chiaro, quasi scontato: zone di disoccupazione, o non occupazione, visibilissime nelle condizioni economiche e sociali del tempo, avrebbero potuto ascrivere, molto semplicisticamente, seguendo pericolosi criteri di opportunità, all'ignavia, o alla ripugnanza verso il lavoro del singolo individuo; costretto a girovagare proprio nella ricerca, e persino nell'invenzione talvolta di una possibile occupazione.

In ogni caso dunque, si operava una trasmutazione dal fatto di vagabondaggio al tipo del vagabondo, ignavo, ozioso: colpevolmente vagabondo.

Vero però: la questione, in ultima analisi, induceva riflessioni diverse davvero da notazioni meramente dommatiche. Sarebbe stato erroneo irrealistico, infatti, dimenticare che ogni ragione di punibilità potesse infine cedere di fronte alla constatazione – decisiva – che la mancanza di lavoro e di mezzi leciti di sussistenza si manifestasse fin troppo spesso quale conseguenza di cause non imputabili al singolo individuo. Con estrema attenzione si avvertì, del resto come la stessa fragilità descrittiva del *Tatbestand* proposto, finisse in sostanza per rivelare e connotare una *ratio* punitiva di classe: si voleva effettivamente colpire il vagabondaggio dei poveri, privi di lavoro e di mezzi propri di sopravvivenza, votandoli psicologicamente alla ignavia, alla ripugnanza appunto verso il lavoro, elevato, tra l'altro, a fattore di moralità.

Inevitabilmente, proprio l'antisocialità di queste motivazioni avrebbe sempre restituito non tanto una orientazione lesiva dell'illecito, quanto una tipologia di autori: l'ozioso, il vagabondo, il parassita, violatori, tutti, di un immaginifico obbligo di contribuire al lavoro sociale, di mantenersi con mezzi propri. Persone pericolose, insomma, estranee al tessuto sociale.

Ora, a parte la difficoltà di concretizzare quel doveroso contributo al lavoro sociale, e la condotta, l'attività necessaria a rispettarlo, in un valore penalmente rilevante, significativa era sempre la personalizzazione del fatto; e la perdita di oggettività del fatto. Si smarriva la sua lesività, ed emergeva appunto il soggetto pericoloso, "molestatore" dell'ordine sociale.

Emergeva – vale poi ricordarlo – la costruzione del sospetto: resisteva, e si confermava, traducendosi nell'idea che dal vagabondare, e dalle stesse occupazioni girovaghe, pur se autorizzate, potesse discendere un'attività delittuosa. Sottacendosi, in sostanza, la necessità di distinguere tra incriminazione del vagabondaggio, o di situazioni ad esso contigue, e persecuzione dei reati eventualmente commessi.

Certo, l'assenza nel codice penale del 1889 di una fattispecie *ad hoc* per l'ipotesi in esame avrebbe poi vanificato l'interrogativo.

E però non del tutto: se quell'*humus* di antisocialità, di sospetto, di estraneità a regole di ordinata convivenza sociale non fosse talvolta affio-

rato nel frettoloso addebito di talune ipotesi di reato. Mendicità, ad esempio, molestie e schiamazzi, piccole truffe; cui vagabondi, mestieranti girovaghi, in particolare saltimbanchi, suonatori, cantanti, ciarlatani parevano facilmente veicolati.

Va anche riconosciuto del resto: se, a differenza della legislazione del 1865, nel codice Zanardelli l'illecito penale di vagabondaggio infine scomparire, incertezze e dubbi sulla soluzione definitiva del problema trasparivano dai lavori preparatori al codice stesso. Così, la commissione del 1866 accoglieva, sottolineando la centralità di uno scopo di prevenzione piuttosto che di repressione, la proposta di Enrico Pessina di riunire in un Codice di polizia punitiva tutti quei fatti che non promossi da dolo, né mirati al danno altrui "si puniscono perché offendono la sicurezza generale, o ne sono semplicemente l'occasione". Il vagabondaggio, estraneo allora al Codice penale sarebbe stato disciplinato non come delitto, ma come contravvenzione.

E tale doveva restare, poi nel progetto di nuovo codice penale elaborato dalla commissione del 1869, attenta sempre alla radice sostanzialmente comune tra vagabondaggio e oziosità, tutt'altro che innovativa però, e chiarificatrice nella definizione del fatto; risolto ancora una volta nella figura del vagabondo, per se stesso fonte di pericolo nei confronti della società. Pericolo, più precisamente, che "egli profitti dell'occasione per rubare, ingannare gli altri" <sup>(31)</sup>.

Insomma: il sospetto che privo di domicilio certo e di mezzi di sussistenza leciti, senza esercitare abitualmente alcun mestiere o professione, svolgendo comunque un'attività insufficiente a procurarsi una reale condizione di sopravvivenza, vagando da un luogo all'altro, talora millantando credito, il vagabondo viva fatalmente una vita illecita.

Nella sostanza, l'impressione che, tra proposte definitorie e ambiguità interpretative del fenomeno, il progetto legislativo confermasse e riassumesse nella figura del vagabondo tutta l'illiceità del fatto non potrebbe essere smentita. In fondo, si creava sempre un tipo di autore punibile per la sua qualità di vagabondo; e da questa impostazione, nonostante l'impegno alla formulazione di una concreta fattispecie penale di vagabondaggio oggettivamente lesiva, si finiva per non discostarsi.

Del resto, forse proprio questa trasmutazione dal fatto al tipo di autore, l'impossibilità di recuperare un modello delittuoso accettabile, saprebbero chiarire talune contraddittorie cadenze dello stesso *iter* legislativo.

Perché, in effetti, prospettata pure la rilevanza penale del vagabondaggio quale fatto contravvenzionale, nella soluzione definitiva l'ipotesi ri-

---

<sup>(31)</sup> A. BELLONI, *Vagabondaggio e vagabondi*, in *Nuovo Digesto italiano*, cit., p. 830 ss.

sulterà ascritta alla legge di pubblica sicurezza: che in sostanza non la definirà. Restando dunque insoluta nella sua lettura di illecito, e anzitutto nella sua indole e profilo offensivo, una situazione cui l'esercizio dei mestieri girovaghi, in talune circostanze, era fin troppo agevole confrontare.

E vero: dall'art. 72 della legge di Polizia del 1889 emergeva implicitamente una distinzione tra esercenti occupazioni ambulanti, vagabondi e mendicanti, ma la distinzione non doveva senz'altro risultare così netta. La premessa, difatti, era pur sempre la decisione sulla natura tassativa, o meramente descrittiva, dell'elenco previsto nell'articolo stesso: a indicazione delle attività girovaghe soggette ad iscrizione nell'apposito albo, liberamente esercitabili, e perciò diverse dal mero vagabondaggio.

Evidentemente, un'interpretazione restrittiva, nel senso della tassatività, un profilo non espositivo del disposto, sarebbe stata sufficiente per creare una zona grigia incontrollata, non assimilabile ad alcuna tipologia riconosciuta: favorendo allora quella disattenta confusione con il vagabondaggio, e con la qualità antisociale del vagabondo. Sarebbe stata sufficiente insomma per apporre alla libertà di esercitare attività ambulanti limiti non sempre certi: perché mutevoli, opinabili, condizionati da intenti preventivi spesso contingenti e tecnicamente discutibili.

Una dislocazione di competenze, di controverse interpretazioni renderebbero infatti la disciplina di quell'esercizio un piccolo esempio di disagiata burocrazia; e di atecnicità sanzionatoria, anche.

4. *L'obbligo di iscrizione nell'apposito registro secondo quanto stabilito nell'art. 72 l.p.s. del 1889 per i mestieranti girovaghi. Discordi opinioni sulla valenza tassativa o meramente espositiva della disposizione stessa. Inclusioni ed esclusioni: i riflessi sui limiti di libertà per l'esercizio di mestieri girovaghi.*

Tuttavia, se l'elenco dei mestieri girovaghi previsto dalla legge di Polizia poteva in altra versione apparire non rigorosamente tassativo, gli stessi criteri di ascrizione alle tipologie espressamente riconosciute per attività similari avrebbero poi ripetuto incertezze interpretative, e soluzioni controverse, inevitabilmente discrezionali.

Il problema definitorio non poteva però velare altro più sostanziale problema; perché occorrerebbe appunto ricordare quell'esigenza, precipua e inderogabile, di salvaguardia per l'ordine pubblico.

Vero: scopo della legge di Polizia non era quello di discutere il principio di libertà nell'esercizio di forme occupazionali girovaghe, ma anzitutto – lo si è sempre affermato – quello di vigilare, di contenere entro esigenze inderogabili di rigorosa tutela dell'ordine pubblico quella libertà. E in una accezione estensiva della catalogazione indicata nella disposizione di P.S. l'eventuale riconoscimento di professioni girovaghe ancora sfornite di

disciplina amministrativa poteva, sì, ispirarsi ad un principio di libero esercizio, ma ottemperando, naturalmente, a quel canone di vigilanza e di controllo rigidamente confrontato a finalità di tutela preventiva per la sicurezza e tranquillità dei consociati.

Occorreva, in ultima analisi, gestire attività autorizzate, o autorizzabili, nel loro esercizio girovago senza però sottovalutare il sospetto cha talvolta – o non di rado – fossero votate a risultati anche delittuosi. Appunto alle professioni ambulanti – frequente è infatti l'affermazione – si sarebbero per lo più dedicati coloro che senza capacità, né tirocinio, né attitudini specifiche intendessero con quel mezzo di vivere con poca fatica ed eludere la sorveglianza dell'Autorità di pubblica sicurezza: nascondendo in realtà abitudini al furto e ad altri crimini.

In definitiva, ammessa pure quella dizione non restrittiva della normazione di Polizia, l'eventuale estensione della disciplina amministrativa all'esercizio di mestieri girovaghi estranei all'indicazione dell'art.72, nasceva subordinata e costretta nell'ambito di una preminente tutela per l'ordine pubblico, e nel clima, certo, del sospetto.

Anzi, di più: nel clima, avvertibilissimo, di riferimenti ed etichettature assolutamente personalistiche. Chi si dedicava alla professione ambulante poteva appartenere, insomma, a quella classe pericolosa di individui privi di capacità e professionalità tesi a vivere con poca fatica eludendo la sorveglianza della Polizia<sup>(32)</sup>.

Ma, a contrarre ulteriormente la libertà di esercizio, a rendere oscillanti limiti e riconoscimento, avrebbero sempre contribuito anche altre condizioni. Ché, se pure l'elenco delle attività vagabonde fosse stato inteso in senso tassativo, la decisione di confermare, o di predisporre, l'iscrizione nell'apposito registro, e quindi applicare la specifica disciplina amministrativa, avrebbe segnato comunque un'alternanza di inclusioni e di esclusioni.

Non sempre eclatanti, forse; e però, comunque indici di una flessibile variabilità. Vecchie e nuove abitudini di vita, vecchi e nuovi pericoli per l'ordinata convivenza sociale avrebbero appunto influenzato, indotto mutamenti e favorito controverse decisioni sull'opportuna estensione, e quindi sui limiti al libero esercizio di occupazioni ambulanti.

La vicenda legislativa del controllo di polizia dal 1852 al 1889 evidenzia indubbiamente queste oscillazioni tra riconoscimento, inclusione o, viceversa, espulsione di taluni mestieri girovaghi. Sottoposti così in un primo tempo all'obbligo di iscrizione nell'apposito registro, saltimbanchi, giocolieri e similari, ritenuti sempre estremamente pericolosi giacché

---

<sup>(32)</sup> Con precisi richiami al "controllo sociale" nell'Italia liberale, sul punto di nuovo, CAMPESI, *Società disciplinare, cit.*, p. 14 ss. Diffusamente L. LACCHÉ, *la giustizia per i galantuomini. ordine e libertà nell'italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo* (1865-1913), milano, 1990.

“van qua e là per pubbliche piazze e strade”, vengono espunti e poi nuovamente confermati come attori di mestieri girovaghi liberamente esercitabili.

E varrebbe ricordare: se la legge di p.s. del 1852 (26-2-1852 n. 1339) sottopose al vincolo della iscrizione i mestieri ambulanti per la vendita di chincaglierie, zolfanelli, stampe e altri merci, quali candelette, scapolari, immagini, paste, confetti e liquori, nonché i mestieri di sensale, intromettitore, servitore di piazza e simili, la legge del 1854 (8-7-1854 n. 6) impose l'obbligo di quell'iscrizione per altri mestieri, assimilati e aggiunti alle categorie elencate nella normativa precedente: i mestieri appunto di saltimbanchi, suonatori, cantanti, facchini, lustrascarpe e simili. Per contro, con la successiva legge di Polizia del 13-11-1859 (n. 3720) vennero eliminati dai mestieri girovaghi soggetti alla concessione della licenza i lustrascarpe, e aggiunti invece i venditori di libri.

Semplici variazioni – si dirà –, riflesso di una quotidianità, di un certo tessuto sociale, e però non estranee, credo, all'opportunità di riconoscere, o misconoscere, talune attività per ragioni sostanziali di vigilanza, disciplina e reale utilità. Così, forme di lavoro ambulante si consolidano e vengono decisamente tollerate fino ad essere ricondotte a tipologie già riconosciute, sulla scorta di una chiara semplicissima giustificazione: ché, stante la deficienza delle comunicazioni, il loro esercizio costituisca il mezzo più importante di scambio, ad esempio dei manufatti.

Comunque – occorre ancora ricordarlo –, la versione maggiormente accreditata dell'art. 72 l.p.s. del 1889, era nel senso di una indicazione meramente espositiva<sup>(33)</sup>, a favore di un'interpretazione, quindi, non necessariamente riduttiva delle occupazioni girovaghe liberamente esercitabili. Questo naturalmente, senza smentire quella variabilità di scelte, a volte invece, decisamente restrittiva: anzitutto quando mestieri vagabondi e vagabondaggio, divenissero archetipo di disordine sociale.

Ma certo, i limiti fluttuanti al libero esercizio delle professioni ambulanti, assecondando l'intento di valorizzare l'efficacia preventiva del controllo di polizia, espressero, e giustificarono anche, una tendenza a disciplinare, per gestire, sommerse originali forme di attività vagabonda. Sembra ad esempio indicativo: l'espressione “cenciaiulo” riconducibile senz'altro all'esercente un mestiere girovago, soggetto perciò a specifica disciplina amministrativa, non avrebbe escluso per consuetudine e similarità “i ferri vecchi” ambulanti.

E ancora, tra i ciarlatani, saltimbanchi, suonatori e cantanti avrebbero

<sup>(33)</sup> Vd. A. GILARDON, *op. cit.*, p. 50 ss. Scopo della legge di Polizia – scrive puntualmente l'autore – non è tanto di limitare l'esercizio di talune determinate forme di mestiere girovago, ma in generale di vigilare su tutto il commercio ambulante. Ne discenderebbe allora che l'art. 72 l.p.s. debba applicarsi con criteri estensivi.

potuto annoverarsi indovini, interpreti di sogni, scopritori di tesori. Ovviamente si potrà obiettare che, a ben riflettere, occupazioni del genere fossero assimilabili per certi aspetti a comportamenti truffatori, dovendosi quindi ragionevolmente negare ogni autorizzazione al loro esercizio; ma, nel confermare una nozione lata, opportunamente tollerante verso attività espresse dalla forza di una tradizione, di una consuetudine di vita, la conclusione quanto mai realistica si riassunse tutta nella constatazione che di ciarlatani ve ne furono presso ogni nazione e sotto ogni impero della legge.

Abitudini di vita, insomma, il costume sociale potevano sostanzialmente offrire un criterio interpretativo per il riconoscimento di un mestiere girovago; indurre eventualmente ad iscriverlo nelle tipologie normativamente disciplinate.

Del resto, ed è constatazione non estranea al tema, cantanti e suonatori girovagi si avvalsero per la loro connotazione quali esercenti professioni ambulanti di un'indicazione praticamente non definitoria, ma, piuttosto, selettiva: per esclusione – si stabilì – dalla categoria di cantanti e suonatori dotati di un corredo di abilità artistiche e che dimostrino la loro valenza nei teatri<sup>(34)</sup>. Per esclusione dunque, con una lettura in negativo: e a concretizzare allora il significato poteva ben soccorrere l'ulteriore constatazione che l'esercizio del canto e del suono girovagando sulle pubbliche vie, senza imposizione di fisso pagamento, giustificasse la sua qualifica di professione o mestiere ambulante: perché forma appunto abitudinaria di intrattenimento popolare.

Certo, la flessibilità di una elencazione quale quella indicata nell'art. 72 l.p.s. – naturalmente assunta sempre nella versione meramente espositiva – parrebbe senz'altro ascrivibile anche a difficoltà e incertezze interpretative sullo stesso carattere e modi dell'attività: per esempio se fosse decisiva ai fini catalogativi l'abitudine, o viceversa sufficiente l'occasionalità dell'occupazione girovaga. E sul punto non va davvero sottovalutato un orientamento giurisprudenziale tutt'altro che concorde, né archiviata la constatazione che la scelta nel senso dell'occasionalità, valenza dunque dell'atto unico e isolato di esercizio, fosse decisamente giustificata dalla obiezione che se il mestiere ambulante doveva esercitarsi abitualmente, la disposizione *ad hoc*, l'obbligo cioè di iscrizione nell'apposito registro sarebbe stato facilmente eluso. Mentre – questa l'affermazione del supremo Collegio – la legge in materia “che è di salutare prevenzione e di necessaria tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica non può senza contraddire se stessa, e senza vedere frustrato lo scopo a cui essa intenda” richiedere appunto l'abitudine<sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> A. GILARDONI, *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>(35)</sup> Si veda appunto Corte di Cassazione di Roma, 21-9-1901, in *Il Foro italiano*, 1902, Parte 2°, vol. XXVII, col. 39 ss. Stabili il Supremo Collegio che a concretizzare la contrav-

Altro problema avrebbe poi suscitato ai fini del riconoscimento e della relativa concessione amministrativa per l'esercizio di talune attività girovaghe l'esegesi dell'espressione "merci", destinata a individuare l'originaria situazione di venditore o distributore ambulante delle merci stesse. E cioè: doveva intendersi in senso restrittivo, quale sinonimo di merci, o all'opposto in senso ampio, qualsiasi cosa mobile di cui si possa fare traffico, commercio, e tale appunto da rivelarsi oggetto di un'attività occupazionale: disciplinabile infine, e disciplinata nel suo libero esercizio.

Analoghe oscillazioni definitorie si prospettavano, del resto, per lo stesso significato, appunto, della parola cenciainulo, estensibile, o meno, a chi esercitasse il mestiere, non infrequente nella società di fine ottocento, di ferrivecchi ambulante.

---

venzione di cui all'art. 72 l.p.s., non occorra l'abitudine dell'esercizio di venditore ambulante, sufficiente apparendo anche un fatto unico ed isolato di tale esercizio, e pur se compiuto per conto di un terzo debitamente iscritto nel registro indicato da tale articolo. Per conclusioni diverse, in precedenza, Corte di Cassazione di Roma, 8-2-1893, in *Il Foro italiano*, 1893, Parte 2°, vol. XVIII, col. 265. Decise la Corte che non abbia obbligo di iscrizione nell'apposito registro chi non eserciti abitualmente il mestiere di facchino, ma ne compia solo qualche volta durante l'anno, e fuori il consueto orario di lavoro, qualche atto isolato ed occasionale. L'ipotesi concreta riguardava appunto degli operai di campagna i quali scaricavano ghiaia per conto terzi. Cfr. ancora, Corte di Cassazione di Roma 1-7-1896, in *Il Foro italiano*, 1896, Parte 2°, vol. XI, col. 363 ss. Nel confermare la condanna a lire due di ammenda in violazione dell'art. 72 l.p.s. per due facchini dipendenti da un'impresa di navigazione sul lago Maggiore per aver trasportato a domicilio merci e bagagli dei passeggeri, il Supremo Collegio affermò: che l'impresa di cui i facchini risultavano dipendenti non era assuntrice di quell'obbligo, e quindi inodenea a concedere qualsiasi autorizzazione, inoltre che l'autonoma attività di un solo atto di facchinaggio non poteva affatto rappresentare nel caso di specie esercizio del mestiere ambulante di facchino di piazza soggetto a disciplina amministrativa. Analizzando sempre il requisito dell'abitudine, una decisione, anche, della Corte di Cassazione di Roma, data 19-11-1898, in *Il Foro italiano*, 1899, Parte 2°, vol. XXIV, col. 34 ss. ove si stabilì che l'albergatore il quale alla stazione cerchi di indurre qualche viaggiatore al suo albergo, non esercitasse il mestiere ambulante di intromettitore soggetto all'iscrizione nell'apposito registro. E infatti, assente il carattere stesso dell'intromissione, l'attività riconducendosi appunto al solo albergatore, non poteva in ogni caso configurarsi l'obbligo di quell'iscrizione, ed ipotizzarsi allora l'esercizio di un'occupazione girovaga: recandosi l'albergatore solo occasionalmente e per lo svolgimento del suo mestiere, alla stazione ferroviaria del paese di residenza. E però a spiegare la controversa dizione e il carattere del mestiere girovago, a negarne spesso quella valenza poteva soccorrere la mancanza di un suo autonomo esercizio. Così i sediarci che trasportavano in portantina i visitatori delle antichità di Pompei non potevano assimilarsi alla tipologia dei facchini di piazza perché non ricorreva nella loro attività proprio il requisito di autonomo esercizio di una occupazione ambulante. Infatti i sediarci erano scelti e arruolati dall'Amministrazione di Pompei per prestare permanentemente quel servizio sotto la sorveglianza della Amministrazione stessa. In riforma ad una sentenza di condanna per violazione degli art. 72 e 76 della legge di Polizia la Corte di Cassazione di Roma in data 21-4-1904 (vd. *Il Foro penale*, 1904, Parte 2a, vol. XXIX, col. 477) appunto decise che l'attività dei sediarci, assente un suo carattere autonomo, ed anche ambulante, non dovesse considerarsi esercizio di mestiere girovago.

D'accordo, dissensi forse non sempre decisivi, chiaro riflesso, in fondo, di realtà e assetti sociali: indubbiamente capaci, però, di influenzare, di indurre una piuttosto che altra scelta, di segnare limiti variabili di disciplina.

Indicativa in questo senso la stessa perplessità nel definire natura e regole per un'attività squisitamente tradizionale come quella delle bande musicali appartenenti a società private. Estranee ai sensi dell'art. 77 del Regolamento di polizia (R.D. 8-11-1889 n. 6517) all'elencazione dell'art. 72, e quando anche i componenti si prestassero a suonare per mercede in occasioni di feste, anniversari, inaugurazioni o altre solennità in luoghi diversi, la loro attività sottostava comunque al controllo dell'autorità di P.S.: necessità quindi di preavviso, ed in particolare eventuale divieto per ragioni di ordine pubblico se esercitata sulle pubbliche vie o sulle pubbliche piazze. Radicate appunto in costumi ed abitudini della vita sociale, di fatto, le bande private soggiacevano dunque ad un controllo di profilo e natura preventiva che avrebbe forse facilitato – e talvolta facilitò – una loro assimilazione alla tipologia di mestiere girovago.

Se infatti il Regolamento applicativo di polizia risolse talune incertezze definitorie stabilendo infine che le bande musicali non dovessero essere soggette all'obbligo di iscrizione perché non equiparabile la loro attività all'esercizio di una professione vagabonda, indicò comunque per gli appartenenti alla banda la qualifica di suonatori ambulanti individuali; come tali destinati ad una disciplina di controllo e vigilanza formalmente espressa dal preciso divieto di suonare sulle vie o piazze pubbliche senza preavviso dell'Autorità<sup>(36)</sup>.

Formalmente. Sostanzialmente tuttavia, e come altre occupazioni ambulanti, giustificata dal carattere girovago del lavoro.

---

<sup>(36)</sup> In proposito, una decisione della Corte di Cassazione di Roma datata 22-4-1895 in *Il Foro italiano*, 1895, Parte 2<sup>a</sup>, vol. XVIII, col. 288. Precisava la Corte che se nella prima parte l'art. 77 del Regolamento dichiarava inapplicabile alle bande musicali di associazione la disciplina dell'art. 72 l.p.s., nel capoverso vietava loro, comunque, di suonare sulle vie o piazze pubbliche senza preavviso all'autorità di Polizia. E per inciso, inapplicabile sarebbe stata la stessa previsione dell'art. 1 l.p.s. posta a disciplina dell'ipotesi di riunione pubblica senza preavviso: la banda musicale consistendo essenzialmente in una riunione di persone associate allo scopo di suonare. Erroneo dunque – concludeva il Supremo Collegio – il riferimento appunto all'art. 1 della succitata legge, secondo il quale i promotori devono dare avviso almeno ventiquattro ore prima, alla autorità locale.

In precedenza, vd., anche, Corte di Cassazione di Roma, 19-8-1893 in *Il Foro italiano*, 1893, Parte 2<sup>a</sup>, vol. XVIII col. 479. La Corte nel confermare l'obbligo di preavviso richiesto dall'art. 77 cpv. del Regolamento di Polizia ritenne impossibile giustificare, nel caso di specie, l'inottemperanza all'obbligo di preavviso giacché diciassette appartenenti ad una banda musicale, intervenuti di propria iniziativa e *uti singuli* in occasione di una festa religiosa, costituivano una vera e propria banda soggetta appunto a quella disciplina.

V. comunque A. GILARDONI, *op. cit.*, p. 61 ss.



Evidente, al di là di ogni quesito definitorio, l'irrinunciabile diffidenza insomma, per l'occupazione ambulante in genere; evidente ancora l'esigenza indefettibile di conferma e tutela per un valore quale l'ordine pubblico, elevato senz'altro a valore nazionale.

Esigenza indefettibile; e, potrebbe notarsi, singolarmente fino al punto da indurre appunto qualifiche estensive, al di là quindi dei modelli legislativi, per taluni mestieri esercitati senza sede fissa e stabile; sancendo garanzie, libertà di esercizio, e insieme naturalmente opportuno controllo. In un moto pendolare, tuttavia, fra inclusione e disconoscimento chiaramente riconducibile a motivi contingenti: condizionato da una inderogabile politica di ordine pubblico.

Ma, vero è che della *ratio* di tutela traspariva altro concreto obiettivo: vigilare cioè su individui che – trascrivo testualmente – per la loro professione hanno sede variabile da luogo a luogo e dubbi mezzi di vita<sup>(37)</sup>. Persone insomma pericolose, e recuperando la citazione, ascrivibili a classi sociali pericolose.

Le regole imposte dalla disciplina amministrativa di polizia per i mestieri girovaghi avrebbero dunque, e fin troppo spesso, confermato un atteggiamento di diffidenza da parte dell'Autorità. Richiami insistenti sull'opportunità di una efficace sorveglianza di polizia per impedire che l'esercizio di queste occupazioni potesse servire come il vagabondaggio, a scuola di ozio, di scioperatezza, vizio ed occasione per compiere delitti contro la proprietà e il buon costume, sono appunto leggibilissimi, e particolarmente indicativi.

Fu sicuramente una esagerazione il sospettare tanto. Fattori economici e politici, situazioni di disagio sociale, e di contro scelte oculatissime, insprimento nelle tecniche di controllo avrebbero infatti chiarito la preteusosità di quell'esagerazione: il misconoscimento, in sostanza, dei reali termini di un problema.

Certo, proprio le ragioni del controllo, la difficile assimilazione talvolta al modello di attività girovaghe previsto nella legge di polizia finiranno per ridurre alcuni di questi mestieri ad una condizione di mero vagabondaggio. Né l'incerta linea di confine si sarebbe avvalsa e chiarita attraverso un correttivo quale quello indicato dalla formula definitoria dei mestieri girovaghi: appunto tali – ricordando sinteticamente la formula stessa – quando normalmente non esercitati in sede stabile, ma sulle pubbliche vie, qua e là nei mercati. Dubbi e incertezze non si sarebbero sciolti.

L'impressione, in realtà è che il criterio decisivo, sostanzialmente anche agli effetti definitori, fosse ben più concretamente segnato dalla decisione di vigilare a fini preventivi su occupazioni che, svincolate da una

---

<sup>(37)</sup> A. GILARDONI, *op. cit.*, p. 60.

sede stabile determinata fissa, contraddicessero, nella loro parvenza di autonomia e professionalità, esigenze e ragioni di tutela per la tranquillità e sicurezza dei cittadini. Esigenze, spesso, forse anche prevaricatrici: se al variegato mondo delle attività ambulanti si fosse voluto – e si volle – addebitare, esattamente come al vagabondaggio, quel sospetto di un'ineluttabile predisposizione alla realizzazione di fatti criminosi.

Ma, in definitiva, non è affatto improbabile: imputazioni delittuose e/o contravvenzionali dovettero segnare la vicenda del libero esercizio dei mestieri girovaghi. E sarebbe del resto sufficiente pensare di nuovo a ipotesi di mendicizia, di molestia, di disturbo alla quiete pubblica e privata, o naturalmente, addebiti di truffa, di furto, per costatare come la professione girovaga, se non riconosciuta anzitutto, attratta nella rete del vagabondaggio ad esso fosse accumulata nel sospetto di una attività prodromica al delitto.

5. *Controllo preventivo-repressivo di polizia sul lavoro ambulante. Si ripropone l'anomalia del provvedimento ammonitivo, e l'ambiguo rapporto fra pena e misura di polizia.*

Innegabilmente: occorre non dimenticare la garanzia di un tassativo sistema di sanzioni *ad hoc*. E infatti, l'esercizio di mestieri girovaghi privi di riconoscimento amministrativo non doveva risolversi automaticamente in un fatto di vagabondaggio, né confondersi quasi fisiologicamente nel sospetto di comportamenti illeciti. In pratica, secondo quanto disposto già nella legge di Polizia del 1859 chi esercitava un lavoro ambulante senza iscrizione o licenza, ovvero con certificati di iscrizione e licenza altrui, doveva essere anzitutto rinviato all'Autorità giudiziaria per l'applicazione della pena. Pena che veniva poi comminata senza formalità di atti, e nei limiti posti dagli artt. 135 e 136 della legge stessa: cioè col gravame delle cosiddette pene di polizia, le quali prevedevano l'arresto fino a cinque giorni o l'ammenda fino a lire cinquanta, oltre ad un trattamento più severo per i recidivi. Lo stesso rifiuto di esibire la licenza o il certificato importava la perdita della libertà personale per ventiquattro ore senza alcun giudizio e a cura della autorità di P.S.

Una disciplina particolare, dunque, specifica; certo un procedimento sanzionatorio piuttosto anomalo, criticatissimo e sospetto di arbitrarietà. Sola la legge di Polizia del 1889 in conformità ai principi liberali, ascritti poi al Codice penale Zanardelli, rifuggirà dalla "pena di Polizia"; e la sostituirà infine con la semplice ammenda comminabile a chi contravenga alle norme poste a disciplina dei mestieri girovaghi.

In questo senso – va riconosciuto – la censura ad un sistema di controllo ritenuto chiaramente imbarazzante, privo appunto di compiute garanzie giurisdizionali, evidenziava, anzi confermava, l'attualità, e la condizione in fondo di un'ispirazione senz'altro garantista.

Breve: sottolineava una reale diffidenza verso tecniche sanzionatorie disorientate, disomogenee rispetto all'emergente assetto istituzionale.

Difficile peraltro doveva risultare il tentativo di risolvere quella sostanziale permeabilità fra controllo di polizia e repressione penale; il tentativo dunque di comporre, riordinare organicamente la complessa vicenda di un sistema sanzionatorio che affiancava appunto alla pena eccentriche misure preventive di Polizia; la cui supposta auspicabile efficacia doveva infine riassumersi nella prontezza, semplicità e speditezza delle forme.

Ma difficile perché resisteva una sostanziale fiducia nell'opportunità di ascrivere precisamente all'attività di polizia amministrativa una "forte finalità preventiva"?

Forse. E però, forse non solo questo. Perché, oltre alla gravosa eredità di una scomoda frammentazione legislativa, non sempre omogenea nei suoi principi informatori, segnata da emergenze politiche – il brigantaggio anzitutto – proprio all'atto di una riduzione, neppure unanimemente condivisa, a codificazione unitaria, sull'ambiguità di taluni provvedimenti di polizia, sulle scelte insomma di tecnica sanzionatoria in materia, non poteva non riflettersi, la centralità di un problema più generale. E cioè, la constatazione dell'ineffettività della pena; la fallace convinzione – avrebbe difatti scritto Enrico Ferri –, o il pregiudizio inveterato e comune, che la pena sia il migliore e più utile fra i rimedi contro la criminalità<sup>(38)</sup>.

Una richiesta certo di sostitutivi, di una alternativa alla pena nel pensiero dell'autore, ma in altra prospettiva la tentazione anche, o l'utilità, di proporre allora ed affiancare altre diverse ipotesi sanzionatorie, altre pene ascrivibili – si è visto – ad istituti di polizia: sottolineando così quella funzione preventiva di indole mista, preventiva e repressiva, affidabile alla Polizia stessa.

Per certi aspetti indicativa del problema è sicuramente la proposta, leggibile nei lavori preparatori alla codificazione del 1889, di escludere dal Codice penale la materia contravvenzionale, affidandola appunto alla semplificazione di un Regolamento di polizia punitiva; e dunque ad una normazione meno organica, più duttile comunque di fronte alla mutevolezza dei fatti trasgressivi.

Normazione – va tuttavia ricordato – attratta spesso dall'idea che le contravvenzioni potessero considerarsi più materia di un codice di polizia che di un codice penale<sup>(39)</sup>; e risolta, non di rado, in una serie di prescrizioni, di regole di polizia capaci infine di offrire alla legge penale il sostegno di un'azione più efficace.

<sup>(38)</sup> L'affermazione, notissima, è di E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 392 ss.

<sup>(39)</sup> Si vedono le osservazioni di E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. II, Milano 1906, spec. p. 697 ss.

Ma normazione, tutto sommato, segnata da una stagione in cui istanze liberali disegnavano ormai, o auspicavano, l'*iter* di una corretta separazione tra potere di polizia e potere giudiziario<sup>(40)</sup>: in un tempo votato a superare una alluvione di regole e di competenze, adottando una sistemazione tendenzialmente organica, un codice quindi di unità. Nel quale troverà poi collocazione anche quel settore contravvenzionale dedicato all'ordine e alla incolumità pubblica – alla stessa moralità pubblica, per opinione ricorrente – precipuo della materia di polizia.

Comunque, per il vagabondaggio e situazioni ad esso contigue, resisterà la misura dell'ammonizione. Eccentrica, e insieme non completamente eccentrica al sistema e alla legislazione penale unitaria ormai in vigore, proporzionata ad un fatto che non avesse estrinsecamente l'indole del delitto, essa singolarmente risponderà ad un problema urgente discusso nella letteratura giuridica dell'ottocento: e cioè, l'opportuna contrazione dell'intervento penale<sup>(41)</sup>.

Ma vero è che l'ammonizione risulterà anche provvedimento correlato all'idea che la finalità di prevenzione potesse efficacemente assegnarsi all'attività amministrativa di polizia, in una accezione delle tecniche di disci-

---

<sup>(40)</sup> L'annoso tema di una normazione di polizia a sostegno della legge penale, e di un imbarazzante legame tra misure di polizia e sanzione penale, la designazione appunto delle leggi di polizia come leggi favorevoli ai "moti di prosperità"; e l'indicazione della legge penale come mezzo terribile insufficiente del resto per lo "stabilimento" della sicurezza, per la tutela dunque della sicurezza sociale è senz'altro molto datato. Si veda infatti, G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Tomo I, Pisa, 1831, spec. p. 159 ss. Di minor risonanza, ma utilissime le osservazioni sul punto di NICOLINI, *Sommario di lezioni del procedimento italiano*, Napoli, 1878, p. 22 ss. Traccia critica di una anomala contiguità di scopi tra legge penale e legge di polizia, nel lavoro di E. PESSINA, *Il codice penale italiano con le disposizioni transitorie di coordinamento, e brevi note delimitative*, 2° ed., Milano, 1890, p. 456 ss.

Per una critica radicale alla punizione di polizia, alla stessa "forte" efficacia della pena, indicando nella prevenzione sociale la forma più realistica ed opportuna, naturalmente E. FERRI, *Sociologia criminale cit.* p. 392.

<sup>(41)</sup> Varrebbe anzitutto utilizzare una citazione quasi d'obbligo. Scriveva appunto F. CARRARA, sottolineandone subito i caratteri delimitativi, che la pena non deve essere eccessiva, non deve cioè esuberare la proporzione col male del delitto, né fra l'altro ispirarsi a defatigatori principi di recupero ( *Corso di Diritto Criminale, Parte generale*, vol. II, 11° ed., Firenze, 1924, p. 18 ss. Indubbiamente, riflessioni critiche sui reali limiti e sulla reale inefficacia della pena segnarono, con posizioni ideologiche e scelte politiche profondamente diverse spesso, le cadenze di un dibattito piuttosto insistente nella dottrina penalistica di fine ottocento. E preoccupato, anche, non solo di ricercare e proporre concrete misure alternative alla pena detentiva, ma in fondo, di chiarire, o tentare almeno di chiarire, quell'ambiguo rapporto tra sistema penale e misure preventivo – repressive di Polizia. Rapporto nel quale – si è poi notato – la forza centripeta del diritto penale che mirava ad attrarre nel proprio dominio qualsiasi specie di sanzione punitiva, si sarebbe rivelata resistibilissima. Un accenno preciso al problema in S. VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, nel volume dedicato al *Codice pel Granducato di Toscana*, Padova, 1993, p. XI ss.

plina, forme e modalità, ancora interne per certi aspetti all'ambito penale. Se si vuole: in una prospettiva di controllo, per quel che concerneva il vagabondaggio – discusso, sappiamo, nella sua possibile redazione quale illecito penale, riproposto e confuso spesso nell'ipotesi di parassitismo sociale – destinata ad evolversi, trasformarsi nella concretizzazione di una sanzione decisamente amministrativa.

Vale insistere: già nella legge di P.S. del 1859 l'ammonizione era sostanzialmente ritenuta provvedimento "che è, sì, penale, ma non vuole essere pena". Inflitta dal magistrato nella forma, sembra, di ordinanza, priva tuttavia di compiute garanzie giudiziali, correlata non alla colpa, ma al sospetto, la misura, in realtà, tradiva subito l'indole e il carattere di una sanzione destinata ad evadere dal riferimento ad una condotta strettamente penale<sup>(42)</sup>.

La situazione legislativa in materia muterà certo con la normazione di Polizia del 1889. La differenza espressamente stabilita tra riprensione giudiziale, sanzione inserita appunto nel Codice penale, e ammonizione, istituto della cosiddetta polizia preventiva disciplinato nella legge di P.S., indurrà difatti a dichiarare l'una misura giuridica, in sostituzione della punibilità vera e propria ogniqualvolta, per la tenuità dei fatti e per il grado lievissimo di responsabilità, giovi esercitare una specie di opportuna prevenzione anziché, più o meno severa, e però indeclinabile, attività di repressione; l'altra provvedimento economico eccezionale, estraneo alla vera natura dell'ordinamento penale.

Più semplicemente: l'una surrogato di pena, conseguenza e sanzione ascrivibile ad una regolare condanna per reato, l'altra surrogato di una condanna, in assenza tuttavia degli elementi della convinzione di reità, sfornita di reali compiute garanzie giurisdizionali nella sua inflizione. Flagello poliziesco, inutile dannoso sempre all'ordine sociale, alle istituzioni della Polizia e della giustizia, polemizzerà Lucchini, conferma di una politica opportunistica nella risposta alle esigenze della comune sicurezza<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Chiarisce appunto L. Lucchini che se nell'ammonizione primeggia lo scopo preventivo tuttavia essa non sfugge al magistero penale, e per il solo fatto di essere provvedimento affittivo della libertà personale sia considerata pena in ogni caso applicata dal magistrato con procedura comunque più o meno eccezionale. Altrimenti – questa la critica e l'interrogativo dell'autore – non sapremo qualificare il provvedimento ammonitivo se non come abuso, violenza, ingiustizia (*Ammonizione, cit.*, p. 39 ss.). Solo qualche anno prima del resto lo stesso Lucchini, avrebbe insistito sulla delicatezza del problema. Vd. infatti L. LUCCHINI, *La riforma della legge di P.S. – Intorno al progetto di legge presentato alla Camera dal ministro De Pretis nella tornata del 22-11-1882*, Firenze, 1893, p. 32 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. *Ammonizione, cit. spec.* p. 41 ss.

Per quanto concerne la riprensione giudiziale varrebbe invece ricordare come essa nasca in effetti da un tentativo di ottemperare, almeno formalmente, a istanze restrittive dell'intervento penale. Affermava infatti L. ZANARDELLI, come la riprensione giudiziale debba

Ma il distacco era, almeno in teoria, segnato. Almeno in teoria; perché sarebbe inopportuno dimenticare come già nella vigenza del Codice penale sardo italiano spesso accadeva che delle due sanzioni “si facesse un’unica cosa”, e del provvedimento di ammonizione non si decidesse, tra l’altro, indole e carattere. Pena o non pena appunto, atto di precauzione politica e di prevenzione, atto di polizia amministrativa, o in altra versione sanzione cui non si poteva insomma contestare se non il profilo giuridico l’essenza di pena: perché, in fondo, male effettivo, misura comunque limitativa della libertà individuale<sup>(44)</sup>.

Inflitta a cagione di un demerito sociale, concretizzata in una contrazione – si è appena osservato – della libertà del cittadino, istituto in ogni caso repressivo, per quanto preposto soprattutto a finalità preventive, la sua anomalia infine avrebbe dovuto ipotizzare una anomalia tollerabile – e tollerata – nel sistema sanzionatorio penale. Codice penale e leggi di Polizia disegnavano, in breve, un unico contenitore, completandosi a vicenda.

Ma l’eredità di quella anomalia era davvero tollerabile; o l’anomalia non risultava, piuttosto, fattore disgregante, ambiguo? E ambiguo fino al punto di delineare una finalità repressivo-preventiva fondata anche sul sospetto, disomogenea al diritto penale della codificazione unitaria di fine ottocento?

Innegabilmente, sul problema non poteva non riflettersi, e pesare, la resistenza di un sistema sanzionatorio, e di una normazione penale, estremamente diversificata, pur se in fase di assetto omogeneo, non incline, né particolarmente sensibile, o decisamente avversa, ad una misura così atecnica, indefinibile: sfornita sostanzialmente di rassicuranti garanzie applicative. Riconducibile, in breve ad un istituto repressivo per concorde ammis-

---

considerarsi uno di quei provvidi congegni che devono contribuire ad evitare nei lievissimi reati i perniciosi fomiti di corruzione morale, e concorrere per tal modo a rendere umana e quasi direi popolare e paterna la giustizia punitiva né casi degni di indulgenza e di pietà, quando cioè interessa che la giustizia penale sia più correttiva che coercitiva, più di prevenzione che di repressione (*Relazione a S.M. il Re per l’applicazione del testo definitivo del Codice penale, udienza 30-6-1889*, p. 27). Sulla sanzione della riprensione giudiziale quale modalità sostitutiva di punizione nei reati minimi, insisterà del resto anche E. PESSINA, *Il nuovo codice penale italiano*, Milano, 2° ed., 1890, p. 71 ss. Sull’istituto con una ampia rassegna bibliografica L. D’ANTONIO, *Riprensione giudiziale*, in *Il Digesto italiano*, vol. XX, Parte 2°, Torino, 1913-1918, p. 869 ss., spec. p. 916. Una particolare riflessione sul tema, in B. ALIMENA, *La riprensione giudiziale e la sospensione della pena*, in *Riv. pen.*, 1888, vol. XXVII, p. 557.

<sup>(44)</sup> La controversa ambigua natura del provvedimento di ammonizione sottolineata dalla dottrina degli anni ‘80, apparirà in seguito all’interrogativo, non risolto, sui “mezzi” liberali di un’efficace azione preventiva, e sull’opportunità di una deflazione penalistica. Ripropone questo tema, e ne segnala i nuovi termini, T. PADOVANI, *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, spec. p. 101 ss.

sione destinato precipuamente alla prevenzione: sua presunta ragione d'essere e ipotetico effetto.

Certo, questa finalità preventiva rinverrà una particolare valenza nella gestione di soggetti – anzi di classi sociali – pericolosi, ritenuti senz'altro una minaccia per l'ordine pubblico<sup>(45)</sup>; tuttavia finirà per porre in discussione affinità e carattere penalistico della misura ammonitiva, proprio perché misura essenzialmente preventiva.

In sostanza: dal codice penale sardo che la ipotizzava quale accessoria, applicabile congiuntamente alle pene correzionali di polizia, proposta anche quale pena principale utilizzabile in via esclusiva, sino alla formulazione, autonoma della riprensione giudiziale, e alla riforma poi della procedura *ad hoc* operata dalla codificazione Zanardelli, la sua accezione quale istituto della polizia preventiva, comminata sulla traccia di una mera "congettura" repressiva – il sospetto – rivelerà sempre più nettamente il compromesso di una scelta opportunistica.

Vale a dire, l'ammonizione confermerà la sua indole di atto di precauzione politica, e in questo senso sottolineerà uno scopo dichiaratamente preventivo: ipotizzerà una sanzione di polizia amministrativa diretta a prevenire i reati, affidata all'Autorità giudiziaria per maggiore tutela dei cittadini<sup>(46)</sup>.

Non risulterà questo l'approdo più rassicurante. Resisterà senz'altro la convinzione che il provvedimento possa ritenersi misura non di semplice amministrazione politica delegata all'Autorità giudiziaria, ma vera e propria sentenza condannatoria pur se emanata a seguito di un procedimento sommario e speciale: sarà allora l'ammissione di una carenza, il riconoscimento, e insieme l'esigenza di affermare almeno un nucleo di garanzie giurisdizionali per una attività, per una funzione di prevenzione, rispondente comunque ai principi – questa la prospettiva – del buon governo.

Ma, a ben riflettere, esattamente questo fattore di giustizia straordinaria, sovversiva della giustizia concreta e positiva, tale da erigere a sistema il sospetto, e colpire "malfattori non convinti", o forme di delinquenza vaghe indeterminate, la sostanza insomma della finalità, preventiva, segnerà inevitabilmente il distacco dall'ambito penale.

D'accordo: nella elaborazione della legge di Polizia del 1889 l'eredità di un assunto che all'ammonizione, nonostante la sua apparenza di strumento preventivo di polizia, assegnava il carattere di pena perché castigo dal punto di vista sociale e politico, indurrà, se non ancora la scomparsa,

---

<sup>(45)</sup> E in una versione molto nota, destinatari, in realtà, di un "Codice dei birbanti".

<sup>(46)</sup> Cfr. L. LUCCHINI, *Ammonizione*, cit., p. 41 ss. Con precise annotazioni sulle diverse posizioni in proposito, e sulla natura anomala del provvedimento vd., anche, CURCIO, *Commentario teorico pratico della Legge di P.S.*, cit. p. 264.

appunto, qualche temperamento procedurale al profilo arbitrario dell'istituto.

Ma il disagio, ormai, si esprimerà nella ferma convinzione che il recupero di talune garanzie giurisdizionali sia irrealistico dinanzi ad una Polizia ancora infeudata agli antichi pregiudizi e al vecchio sistema inquisitorio, non “peranco abituata” al regime di libertà<sup>(47)</sup>.

E se il coinvolgimento del giudice nell'attività di prevenzione ascritta all'Autorità di polizia poteva anche concretizzare un segno di natura garantista, accettare in un clima liberale un sottosistema penale di polizia doveva pur creare un reale disagio.

L'intervento anomalo della magistrature, insomma, avrebbe adombrato, o sottolineato invece, una funzione parapoliziesca della magistratura stessa; una funzione probabilmente neppure così scandalosa in origine, se era la Polizia soprattutto ad assumere nell'opinione delle classi dirigenti del tempo la funzione di tutela per un ordine che – si affermava – era valore insieme giuridico e morale. La Polizia avrebbe dunque svolto un ruolo di conservatrice attiva dell'ordine; un ruolo affinato e giustificato da qualche garanzia giurisdizionale<sup>(48)</sup>.

Certo, nel 1883 Zanardelli confermava appunto il ripudio della pena di polizia, rinnovando l'impegno a non trascurare un programma di limiti e garanzie per l'autorità della legge<sup>(49)</sup>. Alla fine, introdotta ed isolata nel Codice penale la sanzione della riprensione giudiziale, avversata almeno in linea di principio l'exasperata ideologia del sospetto, il provvedimento ammonitivo di polizia sarà destinato a: “soggetti diffamati, abitualmente designati, cioè, dalla pubblica voce come colpevoli dei delitti di omicidio, di lesione personale, di minaccia, violenza o resistenza alla pubblica Autorità, e per tali titoli colpiti da più sentenza di condanna, o sottoposti a giudizio ancorché sia questo finito con sentenza assolutoria per non provata reità, ovvero siano incorsi in procedimenti nei quali sia stata pronunciata sentenza od ordinanza di non farsi luogo a procedimento per insufficienza di prove” (art. 95/1 L.P.S. 1889). La legge di Polizia all'art. 96 specificherà poi che debba considerarsi diffamato chi sia designato dalla voce pubblica come abitualmente colpevole di delitti di incendio, associazione per delinquere, furto, rapina, estorsione e ricatto, truffa, appropriazione indebita,

---

<sup>(47)</sup> Così, L. LUCCHINI, *Ammonizione, cit.*, p. 41 ss.

<sup>(48)</sup> Assolutamente critico, confermando l'ammonizione quale flagello poliziesco, abuso costituzionale, LUCCHINI denuncia la politica dei temperamenti, dei mezzucci, dei palliativi, della prudenza opportunistica che sovrana nelle sfere governative “doveva naturalmente ispirarne la disciplina” (*La riforma della legge di P.S., cit.*, p. 32 ss.).

<sup>(49)</sup> Vd. infatti, il discorso pronunciato a Napoli al banchetto in onore dell'opposizione di sinistra, il 25-11-1883, in *La politica italiana dal 1848 al 1897*, vol. II, Roma, 1899, spec. p. 384 ss.



ricettazione, favoreggiamento di tali delitti, e per questi titoli abbia subito condanna, o sia incorso nei procedimenti indicati nel precedente art.95.

Vagabondi e diffamati per i delitti indicati nelle disposizioni di polizia, giustificheranno dunque la comminazione della misura ammonitiva. Permarrà nondimeno irrisolta l'ambiguità delle sue modalità applicative; l'inquietante discussa fragilità e resistibilità di incomplete garanzie giurisdizionali, solo parzialmente mutate dal procedimento penale; e in una prospettiva, in un tempo delineato appunto secondo principi liberali.

L'avversione, così, per un provvedimento di ammonizione affidabile – e affidato – all'intervento del magistrato in funzione di polizia, scomodo infelice connubio tra finalità di prevenzione ed esigenza e scopi repressivi, indurrà la drastica conclusione che la tutela giuridica dei consociati non possa non essere profondamente scossa quando si spoglia il potere giudiziario delle sue funzioni naturali e indipendenti per renderlo, mediante una delegazione politica, partecipe di un sistema di repressione poliziesca che ha per fondamento l'eccezionale, l'arbitrio<sup>(50)</sup>.

E naturalmente – occorrerà di nuovo ricordare – il sospetto.

6. *La diffidenza verso occupazioni lavorative non stabili. L'invasivo burocratico controllo sul mestiere girovago e la costante attenzione per la tutela dell'ordine pubblico.*

Al sospetto il tema del controllo delle classi pericolose, il tema della disciplina e repressione del vagabondaggio e dei mestieri girovaghi resterà davvero strettamente collegato.

Il sospetto appunto confonderà non di rado esercizio di occupazioni vagabonde e vagabondaggio nella pericolosa occasione di delinquere.

Occasione che, certo, non sarà poi così difficile ricondurre appunto a concrete fattispecie penali: dal furto alla truffa, alla mendicizia, all'abuso dell'altrui credulità, al disturbo del riposo e delle occupazioni altrui, alla resistenza a pubblico ufficiale, e ad una serie, naturalmente, di altri reati.

Emergeva quindi la decisa costante volontà di vigilare su attività lavorative ambulanti prive, o sfuggite, al controllo e alla disciplina di polizia, nel chiaro tentativo di organizzare ordinatamente costumi, regole di convivenza e necessità sociali .

Breve, l'esercizio di un mestiere girovago fuori controllo, così come il vagabondaggio, poteva indurre un aumento della piccola criminalità, creare *tout court* un disordine intollerabile nella società civile; e, concreta-

---

<sup>(50)</sup> Sull'ambiguità dell'istituto insisterà sempre L. LUCCHINI, *La riforma della legge di P.S., cit.*, p. 34 ss.

mente, ipotizzare una reale lesione giuridica, anzitutto per l'ordine pubblico – indirettamente aggredito in ogni caso da qualsiasi fatto delittuoso –, ma insieme per lo stesso ordine economico: valore precipuo talvolta rispetto ad altri valori di tranquillità e di sicurezza<sup>(51)</sup>.

Tuttavia è evidente che tra sospetto, interferenze di fattori sociologici, valenza composita della stessa accezione ordine pubblico, la disciplina, e il rispetto della disciplina di polizia in materia, non avrebbe garantito sicuri limiti all'esercizio delle attività girovaghe: sospinte dunque, pur se formalmente riconosciute e regolate, verso classificazioni affini al modello del vagabondaggio.

La stessa improduttività dell'occupazione girovaga – vi si è accennato – poteva creare un precedente pericoloso. Ed è facile dubitare, francamente, che la stessa iscrizione negli appositi registri e la conseguente autorizzazione all'esercizio offrissero una chiara resistibile garanzia; affidandosi, in realtà, una possibile distinzione dal vagabondaggio colpevole – non funzionale perciò ad attività lecite – a valutazioni e decisioni adottate caso per caso, votate spesso ad una variabile illiberale applicazione dello stesso provvedimento di ammonizione; e in definitiva ad una variabile insicura accezione del mestiere stesso.

D'altronde, da una carenza di tassativo riconoscimento e di disciplina amministrativa per l'esercizio di una qualche attività girovaga poteva in effetti discendere, e soccorrere, una interpretazione estensiva della elencazione stabilita nell'art. 72 L.p.s., assimilandosi così talune occupazioni vagabonde alla tipologia espressamente indicata; o, viceversa trasparire una versione rigorosamente restrittiva dello stesso disposto normativo. Con la pericolosa conclusione, in quest'ultimo caso, che il soggetto vivesse allora senza praticare realmente alcuna professione, arte o mestiere; e fosse quindi ridicibile, avallando una sommaria equiparazione, allo stato di vagabondo soggetto a provvedimento di ammonizione.

Del resto, la stessa invenzione – necessitata spesso – di nuovi originali mestieri girovaghi non si associava forse all'idea di un vagabondaggio da luogo a luogo “affettando” l'esercizio di una attività magari sconosciuta, ancora, ad abitudini e costumi di vita, insufficiente ad assicurare mezzi propri leciti di sussistenza?

E la stessa diffidenza verso un'occupazione ambulante, di per se stessa avvertita come pericolosa minaccia nei confronti del “regolare andamento della vita civile”, o, se si vuole, dell'ordine sociale, non poteva ragionevolmente avvalorare una situazione di incontrollato vagabondaggio? Giustificare insomma la tentazione di adottare provvedimenti restrittivi?

---

<sup>(51)</sup> In questo senso, E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi, cit.*, vol. II, p. 262.

In definitiva, l' esercente un mestiere girovago si candidava facilmente a diventare un ammonito.

Chiaro: molteplici esigenze, dissensi e oscillazioni interpretative sulla dizione, e valenza appunto, dell'elencazione espressa nella normativa di polizia, ma anzitutto mutamenti economici, segnano le alterne vicende e i limiti al libero esercizio delle attività girovaghe. La crisi dell'agricoltura – varrebbe ancora sottolinearlo –, l'espulsione dalla terra di una parte della popolazione contadina, lo sviluppo industriale, e la necessità, quindi, di reperire mano d'opera stabile, la preoccupazione inoltre di mantenere un controllo attento e rigoroso sull'inevitabile conseguente circolazione di idee ad opera di esercenti occupazioni lavorative mobili, sono fattori, tutti, in grado di svelare, tra l'altro, una comprensibile diffidenza, anche, nei confronti di mestieri eccentrici rispetto al nascente assetto della economia nazionale.

L'attività girovaga, generalmente poco remunerativa, non di rado ai margini di una offerta e di una domanda estremamente contenute, non indenne – si confermerà – dal sospetto di essere attività prodromica al delinquere, vive così la sua vicenda e il suo destino. Che appare infine il destino di una emarginazione, di un fisiologico sommerso declino della sua originaria utilità.

E tuttavia non andrebbe sottaciuto: fu prima ancora una emarginazione rivelatrice di una pressante ineludibile questione sociale, e di una preoccupata urgente gestione del problema.

Proprio Zanardelli, tra gli altri, sottolineerà come norme liberali debbano dirigere e risolvere quel grande problema che “suole chiamarsi la questione sociale. Se da una parte sarebbe grave la colpa – scrive l'autore – il far nascere nelle moltitudini smisurate speranze che si volgerebbero in amare delusioni ove si lasciasse credere prossime conquiste quei beni che soltanto a lenti passi possono essere raggiunti, d'altro conto non sarebbero meno colpevoli i poteri pubblici ove non dirigessero le loro cure più assidue alle sorti delle classi povere agricole e manifatturiere<sup>(52)</sup>”.

Spesso espulse – varrebbe nuovamente ricordarlo – da ogni attività lavorative stabile. Vagabonde dunque, girovaghe nelle loro occupazioni, forzatamente girovaghe; e, ironia della sorte, ai margini di quel programma di leggi liberali che avrebbe dovuto, viceversa, garantirne l'esercizio senza ostative prevaricazioni: ricorrendo, insomma, alla “facoltà” repressiva solo quando ineluttabile, estranea anzi ad una politica di tutela della sicurezza

---

<sup>(52)</sup> L. ZANARDELLI, *Discorso, cit.*, p. 389, norme liberali – raccomandava l'autore – devono dirigerci nello scioglimento di quel grande problema che suole chiamarsi la questione sociale. Problema al quale la dottrina penale di quegli anni dedicherà appunto una disimpegnata attenzione: attratta piuttosto dal dibattito sul ruolo, risolutore o meno dell'emergenza sociale, di una sanzione restrittiva quale la pena.

pubblica “odiosamente” invasiva, estranea all’idea del sospetto, rispettosa appunto della “cura” dovuta a situazioni chiaramente di disagio sociale.

Ma è pur vero che problemi applicativi, indecisioni, fratture anche incisive nell’ambito di una nuova diversa ispirazione liberale sono leggibilissime nell’insieme della legislazione di unità. L’ammissione è del resto di Quintino Sella: “abbiamo fatto un edificio imponente che ci è carissimo e ci costò tutti i sacrifici immaginabili. Non neghiamo che fu fatto in fretta e furia e gli architetti e gli operai lo dovettero elevare in mezzo a tale bacano di oppositori che è meraviglia se abbiamo potuto metterlo insieme<sup>(53)</sup>”. E opporlo – andrebbe riconosciuto – alle stesse difficoltà esegetiche ed applicative, valorizzandone il ruolo risolutore rispetto all’eredità di una frammentazione legislativa, necessariamente da ricomporre; e superata, poi, da una ineludibile impositiva riduzione ad unità.

Non sempre peraltro, o almeno non sempre, rispettando modelli appunto unitari di disciplina normativa<sup>(54)</sup>. Tanto che, recuperando il nostro tema, dovrebbe annotarsi che fra leggi di polizia, regolamenti locali di po-

---

<sup>(53)</sup> Q. SELLA, *Discorso pronunciato al banchetto offertogli dagli elettori di Cossato il giorno 15-10-1876*, in *La politica italiana dal 1848 al 1879*, vol. II, Roma, 1883, p. 49. È però doveroso precisare: per la codificazione penale un edificio costruito, certo, con una progettazione che sino all’89 raccolse pareri, osservazioni, modifiche da parte di varie commissioni e sottocommissioni, composte, è noto, da studiosi quali ad esempio Nocito, Puccioni, Paoli, Pessina, Lucchini. Questo va riconosciuto: e però non dovrà negarsi il pericolo latente sempre, di una residua frammentazione legislativa; e in generale, di un assetto istituzionale – sembra di poter intuire nelle affermazioni di Quintino Sella – ancora insicuro, ambiguo nelle scelte legislative, compatibili poi con i problemi politico-sociali ormai emergenti. E inadeguato, anche, nell’indicazione di valori nazionali chiaramente riconoscibili.

<sup>(54)</sup> All’assenza di un unitario assetto istituzionale e di un unitario complesso politico italiano la progettazione del codice penale del 1889 ascrisse – nulla che non sia noto – la difficoltà e il compromesso di talune soluzioni. Alla stessa approvazione della legge delega per la riforma del codice penale si giunse fino al 1889 attraverso una discussione che espresse tendenza, distinzioni, definizioni tutt’altro che concordi. Se il problema principale era del resto creare un ordinamento giuridico che “incarnasse” la nazione, la normativa penale di unità ne trascrisse le diverse ideologie. Il riordino normativo non sfuggì in fondo, e sin dall’inizio, alla decisione di integrare a vicenda e di riunire in una situazione per quanto possibile armoniosa, evitando i difetti di ciascuno di essi, il codice toscano del 1853 e il codice sardo del 1859. In proposito, ad esempio le osservazioni di E. PESSINA, *Il diritto penale da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente - 1764-1890*, in *Enc. dir. pen. it.* vol. II, Milano 1906, p. 703 ss., e in particolare per un’informazione sul movimento legislativo negli anni precedenti la normazione penale di unità, p. 602 ss. Si ricordi inoltre, anche la critica di C. LOMBROSO, *Tropo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888. In ultima analisi, per quanto naturale, e insieme inopportuno, fosse costatare le insidie di una frammentazione legislativa, di una improbabile identificazione civile e politica della popolazione italiana, l’incidenza sul piano della progettazione codicistica, almeno nella fase iniziale si tradusse nel tentativo di compromesso: un aggiustamento appunto dell’esistente. Un accenno alla prudenza innovativa della codificazione penale in E. BRUSA, *Su alcune delle più recenti riforme nella legislazione italiana*. Discorso letto il 4 novembre 1890 in occasione della solenne apertura degli studi nella R. Università di Torino, 1890, p. 38 ss.

lizia e codificazione penale il principio, e il limite, di libertà nell'esercizio dei mestieri girovaghi qualche pecca di quell'edificio *finirebbe* per rivelare.

Potrebbe così costatarsi, adottando una esemplificazione senz'altro riduttiva del problema più generale, come proprio la coesistenza difficile e controversa tra leggi di polizia e regolamenti municipali inducesse l'obbligo, una volta ottenuto l'iscrizione nel registro e il relativo certificato, di richiedere il visto alla licenza a tutte le autorità dei Comuni dove si intendesse svolgere la professione: sempre che l'Autorità di polizia competente non fosse quella del circondario. L'Autorità locale, inoltre, avrebbe potuto censurare l'autorizzazione; con un innesto, evidentemente, di poteri regolamentari municipali che, pur esercitati in conformità alle leggi generali, qualche perplessità sulla resistenza di una pluralità di competenze avrebbe davvero suscitato. E approfondito in concreto quella frammentazione di regole e discipline, discutibile se prevaricatrici o meno; certamente disagioli però, in un progetto unitario di normazione.

Su questo punto valga del resto anche altra rapidissima esemplificazione. Davvero per *incidens* varrebbe così ricordare come sullo stesso rilascio del certificato di iscrizione quando non puro e semplice, ma viceversa vincolato a condizioni di esercizio stabilite discrezionalmente dall'Autorità di polizia – limitazioni di tempo nell'attività, località dove il permesso potesse avere efficacia – insistessero e si affiancassero modalità imposte anche da regolamenti comunali. E in merito a questa interferenza di poteri locali, la Cassazione finì anzi per chiarire che l'esercizio di un mestiere girovago nonostante la revoca della licenza da parte del Sindaco contravenisse senz'altro a precise disposizioni della legge comunale e provinciale assolutamente vincolanti<sup>(75)</sup>.

---

Sul difficile *iter* di redazione del Codice penale dell'89, interrogativi e limiti del movimento di idee che lo accompagnò si veda, nella raccolta dei Codici preunitari pubblicata dalla Cedam negli anni novanta e a cura di S. VINCIGUERRA, la presentazione dello stesso VINCIGUERRA al Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839), Padova, 1992, p. VII ss. Sempre di VINCIGUERRA, e nella stessa raccolta, *Il codice penale napoleonico due secoli dopo. Brevi riflessioni e qualche spunto per la comparazione*, nel volume dedicato al *Codice dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia* (1811), Padova, 2001, p. CLXIII. Cfr. inoltre nella raccolta citata M. DA PASSANO, *Il problema dell'unificazione legislativa e l'abrogazione del Codice Napoletano*, nel volume *Il codice per lo Regno delle due Sicilie* (1819), Padova, 1994, p. XXVII ss. e spec. p. LXIV ss. Vd., anche, A. CADOPPI, *L'albero genealogico dei codici italiani*, in *L'indice penale*, 2007, spec. p. 885 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, p. 292 ss.

<sup>(75)</sup> Vd. Corte di Cassazione di Roma 5-5-1896 in *Il Foro italiano*, 1896, Parte 2<sup>a</sup>, vol. XXI, col. 276. Il Supremo Collegio nel decidere sulla denuncia del Sindaco di Venezia nei confronti di un ambulante che contravenendo a regolamenti di quel Comune, girovagava in un giardino pubblico ponendo in vendita un opuscolo, per *incidens* dal titolo "Un imbecille all'esposizione: catalogo umoristico", osservava anzitutto che l'ambulante non solo era stato diffidato dall'astenersi da quel comportamento, ma gli era stata revocata la stessa licenza al-

E d'altro canto, ulteriore conferma, non si è poi mancato di concludere che se l'esercente un mestiere girovago violasse contemporaneamente una disposizione della legge di Polizia e altra del regolamento locale (per esempio esercitasse senza iscrizione e occupasse abusivamente il suolo pubblico) dovessero contestarsi due separate contravvenzioni con due distinte penalità.

Innegabilmente tuttavia, senza porre in discussione l'incidenza e l'efficacia della normativa locale, il Supremo Collegio ne contenne a volte la faraginosità invasività. Ad esempio, riconoscendo il regolare esercizio di un mestiere girovago da parte di un suonatore ambulante cieco e del suo accompagnatore privi del certificato di iscrizione rilasciato dall'Autorità locale, sede della loro occasionale attività, ma forniti di documento di iscrizione concesso dal sindaco del Comune di nascita: Autorità competente appunto al rilascio assieme all'Autorità del luogo di abituale dimora dell'esercente stesso. La decisione, in dissonanza dal ricorso del P.M. presso la pretura di Pordenone per violazione dell'art. 72 L.p.s., seguiva, chiaramente, la traccia di una realistica versione della disciplina prevista per il mestiere ambulante; affermando che ne sarebbe stato frustrato l'esercizio se coloro che vi si dedicavano fossero obbligati nei vari luoghi del loro girovagare a munirsi di certificato di iscrizione o di permesso; sopportando dunque una burocratizzazione di formalità non proprio funzionale alla libertà di quell'esercizio<sup>(56)</sup>.

Avversa, infondo, a illogiche e forse anche vessatorie "illiberali" pretese, la decisione indubbiamente rivelava il disagio che la sovrapposizione di obblighi nella normativa *ad hoc* poteva suscitare: in una prospettiva all'opposto di semplificazione legislativa.

Comunque, riconosciuta pure l'emergenza del problema, riaffiorava sempre, innegabile *leitmotiv*, quella valutazione attenta rigorosa, quell'esigente tutela dell'ordine pubblico più che evidente appunto nel complesso di disposizioni in materia, e nell'ispirazione della legge di P.S.

Impeccabile in questo senso la stessa previsione di una ammenda sino a lire cento (art. 76 ultima comma della legge di P.S.) per l'ambulante che,

---

l'esercizio di distributore di stampati. In difformità dalla tesi assoluta del Pretore urbano di Venezia, la Corte optò viceversa per le responsabilità dell'ambulante, confermando che la contravvenzione alla normativa locale non era affatto abrogata dall'art. 72 della nuova legge di Polizia.

<sup>(56)</sup> Vd. Corte di Cassazione di Roma 17-8-1895 in *Il Foro italiano*, 1895, vol. XX, Parte 2<sup>a</sup>, col. 439. Il Supremo Collegio sottolineando il carattere girovago del mestiere ambulante riconosceva appunto che ne avrebbe frustrato l'esercizio l'obbligo per coloro che vi si dedicavano di richiedere il certificato di iscrizione o permesso nei vari luoghi che talvolta per un solo giorno andavano percorrendo. Secondo la chiara dizione dell'art. 72 L.p.s., concludeva la Corte, la sola autorità del luogo di nascita o dell'abituale dimora è chiamata a riconoscere il permesso di esercitare nelle province italiane un mestiere girovago.

pur regolarmente iscritto nell'apposito registro, e però non munito del relativo documento nell'esercizio della sua occupazione, disattendeva all'obbligo di esibirlo su richiesta degli ufficiali o agenti di P.S.<sup>(57)</sup>. Sarebbe davvero difficile sottacere che in quel certificato si voleva espressa una "guarentigia" di ordine pubblico; e nell'uso dello stesso, nel dovere appunto di esibirlo, nell'obbligatorietà del suo possesso una volta ottemperata l'iscrizione, una perfetta rispondenza a quella "guarentigia". Ad essa, poi, andrebbe sempre ascritta la tassativa previsione di una scadenza annuale, di un rinnovo quindi molto ravvicinato nel tempo, per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività girovaga: conferma, indubbiamente, di una verifica frequente, nient'affatto lassista in linea di principio sulla correttezza e sul rispetto di quelle regole del vivere civile – cui si confrontava essenzialmente il valore ordine pubblico – da parte dell'ambulante.

Ma conferma, anche di una valutazione fattuale concreta sull'opportunità di un rinnovo tutt'altro che automatico dunque, privo di obbligatorio controllo.

È però nell'ampia discrezionalità della revoca per il godimento del diritto all'esercizio del mestiere girovago che si confermano immancabilmente quelle esigenze di tutela per l'ordine pubblico, ed emergono insieme, di nuovo chiare discutibili interferenze dei poteri locali. Nella previsione dell'art. 75 L.p.s., infatti, il ritiro del certificato di iscrizione, la revoca, appunto, avveniva in caso di abuso o per ragioni di ordine pubblico. Ora, nel silenzio di istruzioni o circolari relative sia alla precedente normativa (1865) che a quella in vigore, criteri per la lettura delle situazioni di abuso si ricavano da disposizioni interpretative della legge di P.S. del 1859; e in queste disposizioni appunto poteva rinvenirsi una variegata casistica. Abusivo così era ritenuto il commercio girovago se l'esercente non attendeva di proposito al proprio mestiere, si giovava del certificato di iscrizione per fini non onesti, usava frode nella vendita a "modo di contrattazione", occupava il suolo pubblico o privato senza permesso speciale, esercitava il mestiere in modo rumoroso, pericoloso o ingombrante, vendeva a ore indebite. Ipotesi specifiche di abuso riguardavano poi il mestiere di saltimbanco, suonatore e cantante, se tale mestiere venisse ad esempio esercitato in orari non consentiti, introducendosi nei caffè, nei cortili di case private senza il permesso dei proprietari. Una disciplina dunque flessibile, ma in ogni caso preoccupata, anche, di non trascurare motivazioni di ordine pubblico.

---

<sup>(57)</sup> Corte di Cassazione di Roma 27-3-1895, in *Il Foro italiano*, 1895, Parte 2°, vol. XX, col 327. Stabiliva infatti la Corte, che 2 contravviene agli art. 72 e 76 della l.p.s. l'esercente un mestiere ambulante – nel caso di specie un mediatore ambulante – il quale benché iscritto nel relativo registro della autorità di pubblica sicurezza non sia munito del relativo certificato.

Naturalmente, ed è precisazione doverosa, la stessa flessibilità, la stessa *ratio* di controllo investì la vicenda dei mestieranti girovagli stranieri. Sottoposti dalla legge di Polizia ex art. 74 alla concessione di una licenza rilasciata discrezionalmente non dall'autorità locale ma da quella del circondario, il riconoscimento legale della loro attività ambulante veniva affidato ad un apprezzamento appunto discrezionale, flessibile, di latitudine e significato tutto particolare. Infatti, la discrezionalità nella concessione della licenza, anche se poi, almeno formalmente, si ripeterà la disciplina prevista per le occupazioni vagabonde dei regnicoli, dovette segnare, di fatto, una nota di diversificazione sostanziale; e cioè sottolineare forse un problema nel problema più generale del vagabondaggio. Perché non è probabilmente da escludere che nella decisione sul rilascio del provvedimento autorizzativo agli ambulanti stranieri si acutizzasse la preoccupata esigenza di non tradire il rigore di una politica di tutela per l'ordine pubblico.

È evidente, in effetti, che il controllo spesso, difficoltoso dei requisiti per il libero esercizio dell'attività, la gestione insomma di una discrezionalità cui avrebbero dovuto risultare estranei privilegio e vessazione, non poteva non rispondere a canoni di prudenza, di attenta valutazione della particolarità: lo straniero girovago per la qualità del suo lavoro sulle pubbliche vie e sulle pubbliche piazze del territorio nazionale. Poteva acutizzarsi, in fondo, l'idea del sospetto; il sospetto di quell'occasione al delitto, di quel pericolo per la tranquilla ordinata convivenza dei consociati.

Varrebbe indubbiamente soffermarsi sul punto: ma la riflessione non è oggetto precipuo dell'indagine. Ciò che invece, e più semplicemente interessa confermare è la ripetitiva imbarazzante constatazione che l'idea del sospetto abbia interferito e spesso condizionato, una politica di rafforzata tutela per l'ordine pubblico.

7. *I mestieri girovagli tra prevenzione e repressione, tra legge di polizia, regolamenti locali e codice penale liberale. Intervento repressivo, inattualità di misure irragionevoli e sproporzionate per i girovagli "molestatori dell'ordine sociale".*

Senz'altro, esigenza di controllo sociale dunque, e più tardi di controllo politico si riflettono e complicano l'esercizio libero di mestieri girovagli. Pur riconosciuti e disciplinati dalla legge di Polizia, essi in ogni caso si confermano oggetto di una frequente sostanziale diffidenza.

In questo senso, anzi, varrà forse annotare un dato statistico; e cioè il maggior numero di autorizzazioni all'attività ambulante rilasciatoo nelle province più prospere – un *milieu* sociale quindi rassicurante, non disgregato –, il minor numero invece, addirittura esiguo talvolta, nelle province ove dif-



fusa risultava la mendicizia, il vagabondaggio; e difficoltosa naturalmente la gestione dell'ordine e della sicurezza dei cittadini<sup>(58)</sup>.

Non è che una statistica, ovvio, ma abbastanza indicativa. Più indicativa senz'altro, e compiuta, risulterebbe un'interpretazione sociologica politica e anche giuridica della statistica stessa, delle percentuali che essa segnala; e però, non può negarsi che la rilevazione numerica sia pur sempre significativa.

Ma, in ogni caso l'intreccio appunto fra esigenze di prevenzione, ideologia del sospetto, controllo amministrativo, quale fosse la quantità e la qualità delle concessioni segnerà, alla fine, un *deficit* di garanzie per il libero svolgimento del mestiere girovago. Attraa facilmente, si è visto, nell'area del vagabondaggio quell'attività poteva infatti essere accusata di ripetere taluni schemi delittuosi: mendicizia anzitutto, disturbo della quiete pubblica e privata, molestia, ma, non è affatto escluso, rissa, truffe, furti.

Innegabilmente: la varietà e particolarità dei mestieri girovaghi – indicati, assimilabili o estranei all'elenco del art. 72 l.p.s – rendeva taluni fatti di reato facilmente ascrivibili, facilmente sospettabili, per certi aspetti, in questa o quella forma del loro esercizio.

Come non supporre invero che saltimbanchi, cantori di strada, giocolieri non sconfinassero fin troppo spesso nel vero e proprio disturbo alle occupazioni e al riposo degli abitanti, o che merciaioli ambulanti non operassero talvolta un ingenuo intenzionale raggirò nei confronti dell'acquirente sprovveduto?

E la mendicizia non avrebbe forse segnata la vicenda del vagabondaggio, e praticamente di molte occupazioni girovaghe? Quando ad esempio non sufficientemente remunerative. Ma quando, soprattutto, nella riscossione quasi sempre informale del compenso – basterebbe ricordare ancora gli artisti di strada – si percepisse la richiesta di un obolo; sicché il mestierante girovago sarebbe stato colto a mendicare il suo guadagno.

Un sistema di previsioni delittuose, di ipotesi contravvenzionali a tutela anzitutto dell'ordine pubblico, poteva insomma intervenire, e in modo insistente, nella gestione repressiva della professione ambulante. Tutto sommato la codificazione Zanardelli permetterà senz'altro l'adozione di concrete fattispecie penali a limitazione del suo libero esercizio: specialmente quando, non assimilabile a tipologie espressamente riconosciute, estranea dunque ad una specifica disciplina amministrativa, destinataria di un sistema, pur resistibilissimo, di precise garanzie giuridiche fosse votata, a differenza di altre occupazioni lavorative, al sospetto e al timore di possibili o probabili attività delittuose<sup>(59)</sup>.

<sup>(58)</sup> E. FLORIAN - G. CAVAGLIERI, *I vagabondi, cit.*, vol. I, p. 536.

<sup>(59)</sup> B. GILLARDONI, *Mestieri vagabondi, cit.*, p. 50.

In fondo, sul controllo dei mestieri girovagli si rifletteva e ripeteva un tema centrale, assillante nella stessa letteratura penale di fine ottocento; e cioè l'esigenza, o la speranza, di tutelare la tranquillità e la sicurezza dei cittadini senza tuttavia forzare limiti, coartare libertà, rispettando anzi il diritto del singolo ad una concreta libertà: nel caso specifico, quella di vagabondare per lavorare.

Ma, in definitiva: tra prevenzione e repressione, tra legge di Polizia e Codice penale "liberale", l'esercizio di mestieri girovagli soggiacerà comunque a un controllo appunto di polizia amministrativa, e di normazione penale. Normazione piuttosto faticosa innegabilmente nelle sue *chances* applicative. Inopportuno infatti stabilire un automatismo quasi, tra occupazione vagabonda e pericolo per "il regolare andamento del vivere civile"; inopportuno, e insidioso, anche, tradurre e materializzare poi il persistente diffuso sospetto di attività prodromiche al delitto – tipiche del vagabondare – in una concreta fattispecie penale.

Di questo problema la "scuola classica" fu certo consapevole e preoccupata – ricorderei l'insistenza di Carrara sulla necessaria offensività del reato –, di fatto però non riuscì ad opporre che una resistibile avversione alla pratica del sospetto, tentazione costante e sempre sottesa: a significare puntualmente prioritarie pressanti esigenze di rafforzata tutela per l'ordine pubblico.

Vero: non tutti i settori dell'attività girovaga da queste esigenze furono probabilmente vessati. Tuttavia, è comunque vero, e sembra ora più agevole costatarlo, nella stessa disciplina, nel giudizio in pratica sulla rispondenza di quell'attività alle regole di un assetto civile e ordinato della società, si insinuò anche – vale ricordarlo – una complessa dislocazione di competenza e di poteri, per certi aspetti invasiva nei confronti di un suo libero esercizio.

Potrebbe essere, ad esempio, piuttosto utile ricordare ancora l'istituto della revoca, il ritiro cioè del certificato di iscrizione, da parte dell'Autorità di polizia per la commissione, in particolare, di fatti abusivi da parte del mestierante vagabondo. Privata di formalità giudiziarie, affidata ad una semplice normazione amministrativa, la revoca, in sostanza, non escludeva affatto nella valutazione dei singoli casi di abuso, rilievi e decisioni della stessa Autorità locale. E basterebbe di nuovo pensare a fatti di occupazione del suolo pubblico o privato senza permesso speciale, ad intralci al traffico, al disturbo quindi della viabilità: situazioni, tutte, in cui la competenza del Comune era indiscutibile, e tale da permettere una delle condizioni di revoca. L'impressione allora è che questo intervento del potere locale, il facile addebito poi della violazione a taluni tipi di lavoro ambulante – gli artisti di strada appunto – interferisse non di rado sull'esercizio del mestiere; penalizzato infine da capillari misure revocatorie, da un controllo piuttosto articolato, frazionato appunto tra vari poteri; non proprio vessatorio forse, ma neppure rassicurante.

Nessun dubbio: la frammentazione di competenza, e naturalmente i suoi riflessi imbarazzanti negativi su questo, e altri problemi del resto, di-

scendeva da un caleidoscopio legislativo; residuale certo, e però farraginoso sempre, tollerato nondimeno nell'ordinamento di unità.

Tollerato – sia concesso sopporlo – sino al punto da sottacere soluzioni chiare e definitive sui rapporti intercorrenti nella disciplina in esame tra regolamenti emanati dalle Autorità locali, legge di Polizia, e Codice penale.

Evidentemente, non senza ripercussioni sulla valenza di quella concreta volontà di dedicarsi con sufficiente tranquillità, senza facili preoccupanti interruzioni, ad un'attività lavorativa priva di sede stabile, estranea naturalmente alla organizzazione sociale del lavoro, con le *chances* di una normativa organica semplificata, non ascritta ad una pluralità di poteri.

D'accordo: l'ipoteca su quel principio di libero esercizio era anche più gravosa. E infatti, la contiguità del mestiere vagabondo al vagabondaggio, la sua qualità girovaga, si sarebbe confusa in una serie di altri problemi quanto mai complessa e scottante nel tessuto sociale del tempo.

Fenomeni di vagabondaggio minorile, mercato e sfruttamento di mano d'opera infantile, migrazione incontrollata oltre i confini del Regno, diffuso malaffare, disordine sociale, vulnerabilità anche di un intervento preventivo – repressivo, vincolato a scelte spesso contingenti, avrebbero influenzato e descritto, appunto, l'effettivo confine, l'effettivo valore di quel principio di libero esercizio per il mestiere girovago; e la variabilità di quello stesso confine.

Altri limiti tuttavia, pur nell'insistente clima di disordine sociale dovettero misurarsi nella loro operatività con la reale capacità disgregante, pericolosa di talune professioni vagabonde. Non fu un confronto facile: l'indole e le modalità di esercizio, l'ambiente sociale a volte, avrebbero fortunatamente smentito la preoccupante convinzione che proprio in quell'esercizio e in quella professione si dovesse annidare il sospetto di attività prodromiche al delitto.

In definitiva sarebbe apparso irragionevole, sproporzionato il ricorso a misure restrittive.

8. *Il caso dei burattinai: gestori di un comico innocente pericolo di disordine sociale. L'assenza di una strategia del dissenso nella raffinatezza scenica del teatro di marionette.*

Può apparire interessante ricordare allora l'attività girovaga dei burattinai. Forse equiparabili, quando imprenditori girovaghi di spettacoli capaci di mettere su un palcoscenico a garbo, di rizzare baracca sulla scena di qualche teatro<sup>(60)</sup>, agli esercenti di pubblici intrattenimenti – e in questo

---

<sup>(60)</sup> YORICK (F. COCCOLUTO - FERRIGNI), *La storia dei burattini*, Forni, Bologna, 2002, p. 195 ss. (Ristampa anastatica della 2ª edizione, Firenze, R. Bemperad, 1902).

caso soggetti a specifica disciplina amministrativa – nell’ottocento svolgevano comunque un mestiere per lo più ambulante. Talvolta sostenuto da occasionali svariate forme di occupazione, il loro lavoro si avvaleva di una organizzazione dello spettacolo e di mezzi scenici piuttosto rudimentali. Un tabernacolo, uno sgabbiotto montato all’improvviso, smontabile celermente, un canovaccio di solito non scritto e rivisitato quasi sempre dall’estro del burattinaio, la gestualità di un grottesco fantoccio guidato da una mano o da poche rigide bacchette erano tutto il teatro.

Un teatro povero dunque, non di verità, commedia fantastica piuttosto, pantomima, farsa. Un teatro, in breve, essenzialmente comico, destinato a suscitare nel pubblico una immediata risata, senza turbare gli animi. Un teatro, ancora, attivo in occasione e in un clima disteso di fiere, mercati, feste paesane<sup>(61)</sup>. Ma un teatro soprattutto recitato in condizione di precarietà scenica: quattro assi, se necessario smontabili appunto all’istante, agevolmente trasferibile, non sempre di facile controllo quindi per l’autorità di polizia, incerta talvolta nella stessa identificazione dei suoi attori: i burattinai. Indicati non di rado, assieme ai ciarlatani, e in generale gli artisti di strada, quali vagabondi, pericolosi fomentatori di disordine sociale; espressione di una irrisione e di un dissenso – questa l’idea e la pratica del sospetto – verso il potere<sup>(62)</sup>.

Fu certo semplicistico, forse arbitrario, crederlo, e – varrebbe annottarlo subito perché sarà il filo conduttore della riflessione – persino irrealistico.

Molto banalmente: se in effetti era – ed è – molto improbabile vedere un burattino e non ridere, dimenticarne la comicità<sup>(63)</sup>, improbabile parrebbe anche negare la disarmante risata suscitata da ogni farsesca paradoss-

---

<sup>(61)</sup> V'erano burattinai – scrive YORICK (F. COCCOLUTO - FERRIGNI) – che giravano continuamente per le fiere e pei mercati, portando sulle spalle il teatro e i personaggi dipinti e vestiti sempre ad un modo, “ai quali davano un nome che il pubblico si avvezza a ripetere, e che finiva col prendere in simpatia” (*La storia dei burattini*, cit., p. 120 ss.). Ampiamente in proposito, G. MAGNIN, *Histoire des marionnettes en Europe*, Forni, Bologna, 1985, p. 81 ss. (Ristampa dell’edizione di Paris, 1862); L. ALLEGRI, *Per una storia del teatro come spettacolo: il teatro dei burattini*, in *Quaderni di storia dell’arte* diretti da A. QUINTAVALLE, 1978, p. 64 ss.; B. BAIRD, *Le marionette - Storia di uno spettacolo*, Milano, 1967, spec., p. 74 ss. Per le preziose indicazioni, anche bibliografiche, utilizzate nella stesura di questo e del successivo paragrafo ringrazio vivamente i marionettisti Accettella e l’equipe del loro teatro.

<sup>(62)</sup> Questi maestri della piazza erano esposti, indifesi, a tutte le repressioni del potere, anche oltre le pur esili difese giuridiche ad altri assicurate. Così R. LEYDI, *Ragioni di una mostra*, nel volume *Burattini Marionette Pupi*, Milano, 1980, Silvana Editoriale, p. 14.

<sup>(63)</sup> S. OBRATSOV, parla anzi di umorismo lirico dei burattini. La forza convincente di tale umorismo lirico – scrive appunto l’autore – sorge dalla sapienza meravigliosa con cui i burattini sanno conservarsi seri in ogni condizione e in ogni ambiente; serietà che proviene dalla semplice immobilità del loro volto e dalla sua “concentrazione”. (*Il mestiere di burattinaio*, Bari, 1986, p. 95 ss.)

sale allusione all'ingiustizia, all'arroganza del potere, alla sopraffazione dell'Autorità; misconoscere la vanificazione, in altre parole di ogni comunicazione istigatoria al dissenso e alla disobbedienza alla legge nella recitazione del burattino.

Insomma, perché non dissolvere nella risata, non azzerare nella stessa povertà dei mezzi scenici anche, la ribellione dei burattinai alla odiosità del privilegio, e comunque l'insofferenza verso una loro emarginazione?

Del resto anche la frammentazione, l'assemblaggio nella rappresentazione teatrale di situazioni non sempre rispondenti ad un principio di unità, la notorietà della vicenda spesso<sup>(64)</sup>, potevano polarizzare l'attenzione dello spettatore non tanto sui contenuti, ma – si è osservato – sulle modalità, piuttosto, dell'azione, sulla mera trasformazione in burattino di un personaggio a volte reale e potente. Recependo, in definitiva, di ogni sopraffazione patita del burattino, o di ogni sua manifestazione di sdegno per l'ingiustizia subita, la pura essenza comica, non l'odiosità e il disagio del fatto narrato<sup>(65)</sup>.

Dunque, il teatro dei burattini restava, quando anche la satira o critica sociale vi affiorassero, appuntamento delegato alla risata: il burattino avrebbe comunicato direttamente attraverso la sua gestualità, il ruolo farsesco di un Arlecchino, di un Pulcinella; e in un clima festoso, votato a un consumo sociale del divertimento rassicurante e tranquillo.

Condotte di istigazione, o apologetiche, oltraggiose avrebbero allora dovuto forzare quell'atmosfera, e indurre il pubblico a decisioni delittuose, a intenzionale spregio dell'Autorità: spingerlo, in breve, ad intaccare o perturbare il buon assetto del vivere civile.

Davvero non sembra così scontato ipotizzarlo: appare appunto improbabile che potesse leggersi *tout court* nella comicità del burattino un messaggio di intensità tale, idoneo quindi a suscitare "scredito" dell'Autorità, ad incitare, alla commissione di un reato, o alla disobbedienza verso le leggi, all'odio, infine, per le classi sociali come previsto nel codice penale Zanardelli. Certo, il Codice agli artt. 246 e 247 non tipicizzava le modalità di comportamenti eventualmente istigatori, ma la serietà della comunicazione, la volontà di usare della propria influenza per spingere altri sulla

<sup>(64)</sup> Vd. infatti, L. ALLEGRI, *Per una storia dello spettacolo*, cit. p. 69 ss. Sulla ripetitività e l'improvvisazione, peraltro, del burattinaio su testi scenici anche noti, cfr. anche YORICK (F. COCCOLUTE - FERRIGNI), *op. cit.*, p. 119. ss. In particolare sul repertorio e taluni canovacci del teatro dei burattini, p. 223 ss.

<sup>(65)</sup> La sua "onirica comicità" era insomma assolutamente disarmante. Disarmante e capace, ad esempio, di stemperare persino la verve provocatrice di un Pulcinella, non solo maschera ma appunto burattino, in una ridanciana comica ribellione al potere. Sulla mutazione della maschera in burattino, e quindi sulla sua riduzione a "innocente" figura teatrale, vd. per un accenno, R. MELONI, *Le maschere nel teatro con le marionette e nel teatro di burattini*, nel volume *Burattini Marionette Pupi*, cit., p. 23 ss.

via del malaffare<sup>(66)</sup>, non avrebbe dovuto nel rispetto dell'oggettività del fatto, conciliarsi con il messaggio comico del burattino: destinato oltretutto ad un pubblico inesperto ancora delle cose sociali.

L'impressione, in sostanza, è che l'azione scenica stemperasse appunto qualsiasi intenzione ed attitudine istigatoria, o anche oltraggiosa, della narrazione stessa. Così, se Arlecchino piange sulla sua miseria immaginando ambiziose trame di rivolta contro la "proprietà di ogni specie", il padrone ricco alla fine si commuoverà, concludendosi la vicenda in una enfatica riconciliazione.

Tuttavia, è anche vero: se il burattino povero subiva le angherie del burattino ricco e potente, immediata visibile poteva apparire una reale ingiusta divisione della società tra vittime e carnefici: l'abbigliamento miserando dell'uno, il mantello dorato, il cappello ricco e fantasioso dell'altro, avrebbero forse saputo instillare nel pubblico un istintivo odio verso il potente che ruba al povero; e indurlo così alla disobbedienza verso la legge. In breve: la comica rozza contrapposizione tra miseria e ricchezza finiva allora per ingenerare qualche pericolo per l'ordine pubblico.

Oltretutto, la comunicazione istigatoria, apologetica sarebbe stata quanto mai diretta, avvalendosi proprio di quella essenzialità espressiva destinata ad instaurare – si è scritto – una perfetta rispondenza tra burattino e spettatore<sup>(67)</sup>. L'istintualità, poi, dello stesso spettatore, o, meglio, la sua partecipazione istintuale, avrebbe anche potuto reagire positivamente al messaggio. Un messaggio diretto e, se si vuole, non allusivo: se Facanapa infatti si rifiuta di pagare il dazio per il vino perché bisogna negare obbedienza all'ingiustizia e alla legge, un solo gesto, scuotere il capo in segno di diniego, avrebbe con inequivoca chiarezza espresso questa intenzione; e invitato allora alla disobbedienza<sup>(68)</sup>.

Ma è poi vero che un incitamento all'odio tra le classi sociali, in teoria potesse anche trapelare dal messaggio comico del burattino: la denuncia ricorrente del potere crudele del ricco, la povertà strappalacrime di Pulcinella o di Arlecchino, non rappresentavano fatalmente il segno di una immaginaria realtà. In questo senso, anzi, non è infrequente il riconoscimento

---

<sup>(66)</sup> Per questa intonazione delle condotte istigatore, si veda ad esempio, G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. VII, Milano Roma Napoli, 1896, p. 18 ss.

<sup>(67)</sup> Cfr. L. ALLEGRI, *Per una storia del teatro come spettacolo*, cit., p. 65 ss.

<sup>(68)</sup> In realtà Facanapa esprime anche una funzione sociale di dissenso; se le battute provocatorie contro l'Austria e a favore dell'indipendenza italiana recitate dal burattino costarono al suo animatore, il famoso Antonio Reccardini, qualche soggiorno in carcere. Lo ricorda N. PEPE, *Teatri e teatranti friulani dal '400 ai primi del '900*, Art grafiche friulane, Udine, 1978, pp. 144-145. Dello stesso, per ulteriori notizie, *La tradizione marionettistica friulana*, in *La panarie*, 1980, n. 47, p. 5.

che al burattino fosse riservata nell'ottocento una funzione sociale: quella, cioè, di mettere in ridicolo personaggi ed avvenimenti, flagellare con "gesti mordaci" e con "lazzi linguacciuti" fatti di cronaca, costumi, vizi, male abitudini di cittadini, ricchezza e povertà<sup>(69)</sup>.

E però difficile negarlo: resisterebbe sempre, inevitabilmente, l'impressione che quale fosse l'intento del burattinaio, il burattino avrebbe infine ridicolizzato e dissolto la pericolosità del messaggio, di qualsiasi messaggio, apologetico, istigatorio, con la sola semplice presenza sulla scena. Occasionali accenni a fatti infelici del giorno, all'ingiustizia e all'arroganza del potere erano appunto affidati ad una comicità irrefrenabile, ad una gestualità grottesca del burattino, e il pubblico mostrava di godere un mondo, rideva, rideva di questo mezzo uomo che "non ha alcuna possibilità di essere o parere vero"<sup>(70)</sup>. Esisteva in realtà solo un innocente personaggio occasionalmente incontrato dallo spettatore tra un vagare e l'altro del burattinaio: in una discontinuità, quindi, di frequentazione, di messaggi forse anche provocatori, ma sporadici, non insistenti, e per di più comicamente paradossali.

Inidonei, evidentemente, a suscitare decisioni a delinquere, a creare condizioni di pericolo per l'ordine pubblico. A rendere credibile insomma qualsiasi apologetica lode, qualsiasi valore positivo, dunque, nella ribellione all'ingiustizia della legge.

Vero, i burattinaî avrebbero anche trasmesso sentimenti popolari profondi e talvolta violenti: tuttavia utilizzando necessariamente mezzi scenici di comunicazione molto essenziali, leggibilissimi dal pubblico<sup>(71)</sup>, partecipe e sommerso sempre dalla risata del burattino. Altrettanto vero: il burattino ha pure incarnato la figura prevaricatrice dell'Autorità costituita, il giudice ingiusto, il gendarme imbecille, malfattore, ma veramente attraverso questi paradossali personaggi sapeva esprimere e rendere partecipe il suo pubblico di un allarmante dissenso sociale?

La sapienza meravigliosa, l'immobile serietà insita nella sua espressione scenica, la sua grottesca rigidità, parrebbero in fondo negarlo: o quantomeno renderlo improbabile: "Se tratta dé pezzi di legno" rispondeva il burattinaio romano Teoli a Monsignor Governatore che lo interrogava<sup>(72)</sup>; a significare

---

<sup>(69)</sup> Cfr. G. PIZZIRANI, *Sotto il naso della lupa*, Casa editrice italiana, 1928, p. 35 ss. Sul repertorio del teatro di burattini, commedia tutta da ridere, commedia fantastica, pantomima con ballata, vd. YORICK (F. COCCOLUTO - FERRIGNI), *La storia dei burattini*, cit. p. 223 ss.

<sup>(70)</sup> Il burattino – scrive L. ALLEGRI – è "segno di segno", nel senso che è "segno" di un attore, il quale, a sua volta, in questo senso è "segno" di una persona reale (*op. cit.*, p. 74 ss.). Ma è proprio lui, "segno" appunto di "segno", il protagonista di un teatro comico che induce al sorriso e disarmo gli animi.

<sup>(71)</sup> Vd. R. LEYDI, *op. cit.*, p. 14.

<sup>(72)</sup> Sulla vicenda del gioielliere burattinaio Teoli, vd., di nuovo, G. PIZZIRANI, *Sotto il naso della lupa*, cit., p. 39 ss.

appunto la modestia e l'innocente banalità della comunicazione scenica: semplice invito ad una fragorosa risata sull'ingiustizia, sulla povertà immeritata, sulla fatalità della sfortuna e la crudeltà della sorte. La stessa violenza delle bastonate ricevute, e restituite, nel galoppo finale di molte vicende era quanto lo spettatore desiderava, quanto si attendeva dal burattinaio e dallo spettacolo.

Il burattino gendarme, il burattino giudice, pur ridicolizzati, non erano comunque che dei burattini, svincolati dalle malefatte e dal dileggio subito. Che il gendarme bastonasse Pulcinella, e il giudice condannasse o imprigionasse Pulcinella, pareva del tutto irrilevante: perché importava la comicità dello scontro fisico – botte da orbi –, la goffa disarmante arroganza e supremazia dell'Autorità, non il proposito di distruggerla, né di offenderne il prestigio.

E la stessa umiliata povertà di Pulcinella, l'ingiustizia subita, il *non sense* di quell'ingiustizia, non travalicava davvero il tempo di una risata, non negava l'*imperium* dell'Autorità costituita: non poneva seriamente in discussione la tranquillità e l'ordine sociale.

Innegabile però, il teatro dei burattini nell'ottocento è stato comunque teatro trasgressivo, certamente nei confronti del teatro ufficiale di persona, espressione – si è anche scritto – di una cultura delle classi subalterne<sup>(73)</sup>, e in fondo di una emarginazione: nell'insieme, però, teatro tutt'altro che protagonista di una reale fattiva funzione di dissenso sociale e politico.

Insomma, se dissacrazione del potere costituito può essere a volte emersa nell'attività dei burattinai, parrebbe in ogni caso esclusa una strategia del dissenso; e neppure procedendo a ritroso nella loro operatività sembra possibile trarre conclusioni sostanzialmente diverse.

Varrebbe così ricordare il teatro dei burattini di strada e dei burattini di palazzo, espressione sicuramente di una critica e di una satira politico-sociale piuttosto insistente nella Roma pontificia. Appunto nei burattini di palazzo del gioielliere Teoli il personaggio centrale, tale Cassandrino, specie di maturo abatino lisciato impomatato incipriato, in testa il tricorno, calzoncini e abito rosso, calze bianche e scarpine con fibbie dorate, maldicente, adulatore, curiosamente dedito a un linguaggio assai grottesco, un misto di italiano romanesco con influenze francesi, incredibilmente simile a un monsignore, si permetteva non poche allusioni oltraggiose a un dato ambiente civile e politico<sup>(74)</sup>. Ma erano allusioni, esaurite in se stesse, e stemperate poi dall'ilarità che un simile damerino suscitava nel pubblico.

Nello stesso teatro di burattini di piazza in cui i burattini di Ghetanaccio, Rugantino anzitutto, tra linguaggio dialettale scurrile, ribellione alle

<sup>(73)</sup> A proposito della natura subalterna, popolare che il teatro di burattini avrebbe espresso, vd. i rilievi di L. ALLEGRI, *op. ult. cit.*, p. 55 ss.

<sup>(74)</sup> Su Cassandrino, C. MAGNIN, *Histoire des marionnettes*, cit., p. 37 ss.



ingiustizie, violenza facinorosa, alludevano a fatti ed avvenimenti reali, la gestualità e l'aspetto ridanciano della loro figura simbolica devono aver smitizzato e abilmente sotteso il valore, spesso occasionale, del dissenso.

A volte, ovviamente, la misura poteva essere colma: il teatro di burattini offrì, ad esempio, una insistente caricatura di personaggi autorevoli, Papa Leone XII appunto, oltre passando i limiti di una semplice farsa polana. Quando la prima donna del teatro litiga infatti con Rugantino e lo apostrofa con l'allusiva esclamazione "Coraccio de Leone", l'Autorità costituita, la sua sacralità era sicuramente in discussione: l'impunità poteva allora rifugiarsi nell'estro farsesco del burattino, privo per destinazione, per costruzione anzi, di ogni astuzia intellettuale, capace dunque di deridere senza oltraggiare o dissentire<sup>(75)</sup>.

Indicativa ancora apparirebbe la stessa vicenda del burattinaio Teoli. Perseguitato nella Roma pontificia, per aver mostrato le gambe nude di ballerine burattino, fu imputato di violazione ai dettami della morale e del buon costume. Imputazione pretestuosa probabilmente, ma quasi asettica appena si ricordi la satira sociale e politica espressa con insistenza dal suo teatro.

Valutazione benevola di un dissenso elitario, fantasioso, ma sostanzialmente non allarmante, strategicamente disimpegnato da una reale politica di dissenso? Forse.

Su di un piano indubbiamente diverso la persecuzione di Ghetanaccio, colpevole di aver appunto oltraggiosamente alluso al "Coraccio di Leone": con un riferimento al Papa straordinariamente evidente.

E però rappresenterebbero questi interventi repressivi situazioni molto particolari: riferibili infatti all'attività di teatri che operavano esclusivamente in Roma, utilizzando tra l'altro una sede anche stabile, facilmente soggetta al controllo quindi dell'Autorità, seguiti da un pubblico non raccogliattico, sensibile alla critica e ai fatti del giorno. Non credo, poi, che altri casi, il burattinaio torinese Sales fu ad esempio costretto ad abbandonare la maschera satirica di Gironi per quella caricaturale di Gianduja, il bergamasco Strabelli, autore di feroci battute contro l'Austria fu sicuramente in carcere, permetterebbero, del resto, conclusioni generali in merito ad un intervento rigorosamente limitativo, prevaricatore, repressivo nei confronti della loro attività girovaga. Difficile cioè concludere che questi "maestri delle piazze" siano stati esposti oltre alla resistibilità delle difese e garanzie loro assicurate, ad una repressione vessatoria del potere.

E però, il vero problema è naturalmente ipotizzare se nell'ordinamento di unità alla fine dell'ottocento l'opportunità di un intervento penale nel-

---

<sup>(75)</sup> Per notizie sull'attività dei burattinai nella Roma pontificia, vd., di nuovo, G. PIZIRANI, *Sotto il naso della lupa*, cit., p. 39 ss.

l'attività dei burattinai fosse poi giustificata esclusivamente, o soprattutto, dal timore di offese al prestigio dell'Autorità costituita, o non piuttosto dalla preoccupazione e dal sospetto che quel teatro creasse nella società istintuali bisogni di giustizia, contribuisse infine, e pur se occasionalmente, ad un pericoloso disordine nelle regole e nei costumi di vita. Certo, traccia di questo timore e precise esigenze di tutela potevano leggersi nel Regolamento di polizia punitiva per il Granducato di Toscana del giugno 1853, strettamente collegato allo stesso Codice penale toscano emanato nello stesso anno, e legge vigente nei territori per un trentennio dopo l'unità.

Appunto nel Capo V del Titolo II, dedicato alle trasgressioni in materia di divertimenti, la disposizione contravvenzionale dell'art. 73 puniva burattinai, ma anche cantastorie, ciarlatani, saltatori, giocolieri, mostratori di immagini, di animali rari, o d'altre cose notevoli, ove esercitassero la "rispettiva loro industria" senza la licenza del delegato di Governo in pubblico o in luogo aperto al pubblico, con una multa da cinque a trenta lire. Multa, cui si sarebbe poi sostituita la pena del carcere da tre a quindici giorni quando la "permissione" fosse stata negata. E questa, del resto, non era l'unica ipotesi di intervento punitivo per gli artisti girovaghi di strada. Regole di comportamento e divieti per gli attori di divertimento – varrebbe ricordare ad esempio, la punizione con una multa da cinque a venti lire, sostituibile con il carcere da due o otto giorni per chiunque "fa per mestiere musica di canto o di suono" nelle strade o in altri luoghi pubblici o aperti al pubblico senza la licenza o quando la "permissione" sia rifiutata (art. 72, secondo comma) – segnalavano precisamente la preoccupazione e l'opportunità di reprimere penalmente quanto potesse compromettere il controllo dell'Autorità e turbare l'ordine sociale.

Ora, perché la traccia di questo modulo di tutela, e di queste ipotesi sanzionatorie sia poi stata deformata nella legislazione di unità, potrebbe forse spiegarsi, almeno in parte, con le stesse indecisioni sulla presenza, o assenza invece, della materia contravvenzionale nel nuovo codice del 1889; e con gli stessi interrogativi, naturalmente, sulla natura e l'indole dell'ipotesi contravvenzionale, non concordemente ascritta all'ambito penale. Tanto che, in ultima analisi, si discusse se non fosse conveniente trasferire la materia – questo del resto l'auspicio per le contravvenzioni meno gravi – alla competenza della polizia amministrativa<sup>(76)</sup>.

Ma, trascurando la delicatezza e le difficoltà del tema, sembra in ogni caso ragionevole pensare ad una repressione penale in realtà piuttosto discontinua, non particolarmente vessatoria per i nostri burattinai. Di fatto, si eluse il rigore di imputazioni delittuose, non si tradusse, cioè, la veemenza e

---

<sup>(76)</sup> Incertezze e discordi opinioni traspasano infatti nella stesura dei vari Progetti di Codice penale e negli stessi lavori delle commissioni parlamentari. Sulle varie posizioni della dottrina e sugli orientamenti giurisprudenziali in proposito, vd. A. NEGRI, *op. cit.*, p.584 ss.

la ribellione anche violenta del burattino nelle mani del burattinaio nella rappresentazione scenica di una condotta ineluttabilmente pericolosa, riprovevole, non tradusse in definitiva la modestia di un canovaccio teatrale frammentario, privo di un discorso articolato, riassunto tutto nella presenza comica del burattino, in una intenzionale comunicazione appunto oltraggiosa, istigatoria, od apologetica.

Ma, logicamente, ostacolo non indifferente dovette in effetti rivelarsi anche la mobilità, e non solo agli inizi, del teatro di burattini: la fuggevole apparizione di un burattinaio, la rapidità con cui poteva smontare il suo palcoscenico e allontanarsi, non avrebbero certo facilitato un oculato controllo, né agevolato l'iniziativa di un procedimento penale, quando praticamente si sospettasse nella sua attività una comunicazione fomentatrice di disordine.

L'occasionalità, poi, del contatto con lo spettatore, l'operatività del teatro in sedi delegate al divertimento, il clima disteso della festa, della fiera, del mercato potevano sempre smentire l'idea che nella professione girovaga del burattinaio si annidasse fatalmente una condizione di pericolo per l'ordine pubblico, e si giustificasse allora il sospetto di condotte delittuose.

Sembra almeno possibile supporlo. In fondo, l'opportunità di un ipotetico intervento di repressione penale, avrebbe dovuto confrontarsi sempre – vale ripeterlo – con il carattere, il modulo rappresentativo di questo teatro: destinato alla comicità, recitato con poveri mezzi scenici e da personaggi onirici, in un linguaggio spesso volgare – puro turpiloquio a volte –, nel quale però la narrazione di ingiustizia o di prevaricazioni non poteva che stemperarsi, o assumere un significato assolutamente grottesco, irreali: rafforzato poi dall'immane lieto fine.

Se le botte strepitose fra Pulcinella e lo sbirro, secondo quello schema ripetitivo “io bastono te, tu bastoni me” potevano smarrire un messaggio di violenza ed un significato delittuoso, era perché in effetti, si risolvevano nella farsesca rituale semplicità delle percosse: un allegro gioco di bastonate fragorose destinato soltanto a far ridere, non ad intaccare il riguardo dovuto al potere e alle sue regole.

E la stessa morale del burattino Facanapa tutta ispirata alla violenza ed espressa nel proverbiale motto “Mi son Facanapa – Mi si che te perdona – Ma speta che te bastona”, la rozza meccanica gestualità delle botte, avrebbe forse riassunto modi di sentire – e di comportarsi a volte – dello spettatore, ma “incarnati” sempre in una comicità assolutamente avulsa da ogni giudizio di approvazione o disapprovazione sui fatti; priva, utilizzando un'espressione ricorrente, di ogni astuzia intellettuale<sup>(77)</sup>, di ogni al-

---

<sup>(77)</sup> Su questa particolare comicità del burattino, e in particolare di Facanapa, G. Piz-

lusiva esaltazione di condotte sopraffattrici, aggressive, fomentatrici di disordine sociale.

Del resto, come immaginare che potesse davvero indurre uno scadimento, un senso di spregio e di ribellione verso l'Autorità, alterarne il prestigio insomma, la rappresentazione del burattino Pinocchio condannato dal giudice perché innocente: il rituale comico, il non *sense* appariva perfetto.

Ma la riflessione può anche farsi più attenta. Si valuti così la struttura, anzitutto della fattispecie di oltraggio. Nella disposizione dell'art. 194 del Codice penale Zanardelli venivano tipicizzati quali elementi essenziali: una comunicazione oggettivamente oltraggiosa, realizzata intenzionalmente alla presenza del pubblico ufficiale, e – nella versione più accreditata – a causa delle sue funzioni. Ipotizzavano dunque il fatto delittuoso, secondo schemi dommatici ben noti, parole o atti lesivi dell'onore, della reputazione del pubblico funzionario “che non deve essere disturbato nel libero esercizio, o a causa delle sue funzioni.” Ogni frase o pensiero espresso a voce, ogni gesto che attaccasse il buon nome del funzionario, in una accezione naturalmente di decoro, onore e reputazione riconducibili alla nozione di prestigio, avrebbe realizzato il “materiale” del reato<sup>(78)</sup>.

Ora, davvero il burattino giudice, o il burattino gendarme riusciva ad incardinare virtù, coraggio, dignità, *imperium*, o la modestia espressiva, invece, la rigidità dei movimenti, la trasposizione, in breve, dell'Autorità destinataria dell'oltraggio sulla scena, per quanto maliziosa offensiva l'intenzione del burattinaio, non avrebbe oggettivamente smentito il risultato oltraggioso?

Il burattino – sia concessa l'insistenza sulla tesi – assume in se una realtà diversa dalla effettiva realtà: figura dimezzata, la testa sproporzionata, gli occhi vitrei e inespressivi, non poteva che essere burattino, costruito per essere comico e rimanere tale: quando subisce o impone, quando è vittima o autorità ingiusta crudele. Vive insomma, e sempre, una vita sua: sicché dilleggio e spregio, ribellione e violenza non varrebbero facilmente la grottesca rozza gestualità della sua mano piatta.

Tuttavia i burattinai, imprenditori *sui generis* di un girovago teatro di strada, convenzionalmente considerato estraneo ad ogni valenza culturale e

---

ZIRANI, *op. cit.*, p. 434. Cfr., anche, N. FERRANDO, *Le marionette “Gelmi”*, in *Avanti col brun pal* 1960, p. 175 ss.

<sup>(78)</sup> Onore, reputazione, decoro – si sottolineava appunto – come espressione rispettivamente della virtù, del coraggio e dell'ingegno dimostrati con le opere; stima presso il pubblico, quanto si conviene al buon nome, alla particolare posizione della Autorità offesa. Così, ad esempio, G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale, cit.*, in *Enc. dir. pen. it.* vol. VI, Torino, 1895, p. 213; S. LOLLINI, *Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. VII, Milano, 1907, p. 277 ss.

lavorativa, mero vagabondaggio spesso, non furono indenni – occorre riconoscerlo – da ogni ipotesi di intervento penale. Mendicità appunto, schiamazzi o rumori molesti dovettero talvolta segnare la vicenda della loro attività.

E basterebbe del resto ricordare taluni comportamenti piuttosto abituali ai burattinai: la riscossione informale del compenso – Ghetanaccio per esempio girava tra gli spettatori con il berretto in mano aspettando l'offerta –, la richiesta in pratica di un obolo. Non doveva quindi esser difficile sopporre la mendicità.

Basterebbe ancora ricordare, tra l'altro, la sistemazione logistica della rappresentazione sulla pubblica piazza per lo più, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, nei cortili delle case per sopporre una diffusione di clamori molesti e schiamazzi causati, di frequente, proprio dalla stessa natura e modalità dell'attività scenica.

Plausibile allora l'ipotesi di un'eventuale addebito contravvenzionale<sup>(79)</sup>: non indifferente certo all'economia, e in definitiva alla concreta libertà di esercitare il mestiere del burattinaio; ma neppure così gravosa incisiva – o prevaricatrice – quanto una imputazione delittuosa per istigazione, appunto, apologia od oltraggio.

In realtà, solo ai primi del novecento con il rafforzarsi di movimenti operai ed anarchici può supporre un intervento penale più attento e rigoroso. Ma, evidentemente, si confermava ormai il sospetto che il teatro di burattini rappresentasse anche un'occasione, o un pretesto, per stabilire contatti, comunicare e diffondere idee di dissenso: questo specialmente quando lo spettacolo approdò alle case del popolo.

Vero però: dovette comunque resistere a lungo la tentazione di assimilare i burattinai alle persone sostanzialmente dedite al vagabondaggio. Ed è indubbio che esordirono non di rado – il burattinaio bergamasco Nespoli ad esempio – accompagnandosi a carovane di girovaghi, zingari, saltimbanchi, ciarlatani, per i quali furono anche strumenti di pubblicità; indubbio che esercitarono talvolta mestieri ambulanti forse inusuali nella loro modalità: non sempre così dissimili allora da un sospetto vagabondaggio. Tipico il caso del bergamasco Minoia, attivo tra la fine dell'ottocento e i primi del novecento: campò aggiustando qua e là ombrelli, e insieme dando spettacoli di burattini nelle osterie in cambio di pasti<sup>(80)</sup>.

<sup>(79)</sup> Tra l'altro, quando anche equiparata ad una forma di pubblico trattenimento, l'attività dei burattinai avrebbe dovuto sottostare ad un particolare regime autorizzativo, ad una minuziosa disciplina di Polizia; la cui elusione e violazione per esplicita dichiarazione dell'art. 47 L.p.s. veniva poi perseguita “a termini del Codice penale”. Ricorrendo appunto all'applicazione di concrete fattispecie contravvenzionali, e in particolare alle disposizioni degli artt. 447 e 448 in materia di spettacoli ed “esercizii pubblici”.

<sup>(80)</sup> Per queste notizie, si veda un'accurata scheda dei burattinai, marionettisti e pupari italiani operanti alla fine dell'ottocento, nel volume *Burattini Marionette Pupi*, cit., p. 284 ss.

Innegabile: situazioni del genere possono aver senz'altro complicato e confuso l'incerto limite tra l'attività lavorativa mobile, priva di una sede fissa, quale ne fosse poi l'anomalia, e semplice vagabondaggio. Possono avere coartato arbitrariamente la libertà di fare teatro di burattini; e però non al punto da creare un caso persecutorio. Per il mestiere del marionettista, girovago, forse agli inizi, il discorso – lo si nota incidentalmente – è del tutto diverso: riflessioni e conclusioni sembrano davvero altre.

Anche se talvolta si è linguisticamente accumulato marionette e burattini, oltretutto ritenendo sostanzialmente uguale la forma dello spettacolo, la vicenda di questa arte scenica si sottrasse al destino delle professioni ambulanti<sup>(81)</sup>.

Nato infatti in uno spazio chiuso, una sala, un cortile nel palazzo dell'aristocrazia cittadina, dotato poi di una sede stabile, di impianti scenici piuttosto complessi e costosi – il castello anzitutto –, frequentato da spettatori tutt'altro che sprovveduti, votati a rappresentazioni raffinate, anzi spesso virtuosistiche, di opere, commedie, tragedie a volte notissime, il teatro delle marionette assunse quasi subito un carattere elitario. Frutto della convergenza – si è osservato – tra un ambiente sociale egemonico, che ha la sua sede nella corte di principi e nei palazzi di una ricca borghesia urbana, con una casta di intellettuali, scrittori e artisti in vario modo legati organicamente a questo ambiente l'attività dei marionettisti esordì e si consolidò appunto in un luogo chiuso, delegato allo spettacolo. A significare non solo una relativa stabilità del mestiere, ma l'idea insieme di una sede specifica destinata proprio allo spettacolo, sostenuta da un gruppo solidale.

È l'idea, in breve, di un'attività esclusiva, non in dissonanza, omogenea al gruppo egemonico che la organizza, gestisce e fatalmente controlla; in una situazione per certi aspetti di splendida cattività, ma senza dubbio di sostanziale integrazione; e di dissenso, in ogni caso, squisitamente culturale. Indicativa ad esempio la difformità, in sé già polemica, dal teatro ufficiale di figura, significativo lo stesso carattere eccentrico della rappresentazione: in bilico sempre fra imitazione del vero e creazione del fantastico.

Ma del resto, altre considerazioni ancora indurrebbero a concludere che il teatro delle marionette si sia organizzato e affidato ad una complicità di ordine intellettuale, ad una integrazione dunque con un ambiente sociale chiuso, aristocraticamente esclusivo, attento e, comunque, selettivo nei confronti di contenuti inutilmente ingiuriosi, spregiati o dissonanti dal potere cui gli spettatori sostanzialmente appartenevano, e da cui i marionettisti concretamente dipendevano. Insomma, nello spazio chiuso privile-

---

<sup>(81)</sup> L'adozione indifferenziata delle espressioni burattino e marionette, pur confermandosi la diversa tecnica rappresentativa nell'uno e nell'altro teatro, non è affatto infrequente. Si veda, ad esempio, per questo uso promiscuo, C. MAGNIN, *Histoire des marionnettes en Europe*, cit. Ma anche B. BAIRD, *Le marionette*, cit.

giato del teatro la rappresentazione raffinata, virtuosistica spesso, del testo scenico, la malinconia assoluta della marionetta, figura simbolica metafisica, offrivano una versione rarefatta della arcadia amorosa, della tragedia, dell'intrigo senza copiare meccanicamente la vita – la marionetta difatti è sempre più triste, più malvagia, più buona del personaggio cui si ispira – ; senza infrangere, appunto, un rapporto di concreta omogeneità con l'*élite* sociale destinataria dello spettacolo.

Vero, se agli inizi il teatro di marionette non operò essenzialmente come teatro mobile, nell'ottocento e soprattutto nel breve periodo in esame, cominciò a consolidarsi come teatro di compagnie girovaghe. Fu questo il segno, allora, di un'espansione verso la provincia, di un abbandono, anche, del piccolo teatro stabile, non più aristocratico, metropolitano ormai, ben frequentato, annunciato e recensito dai giornali, garantito dalle leggi e dall'Autorità: integrato evidentemente, non dissonante in ogni caso nell'ambiente sociale.

In altre parole, se il teatro di marionette esprime una cultura altra diversa, di contestazione a volte, questo avvenne all'interno, e senza rischi, per il potere egemone<sup>(82)</sup>.

La stessa innovazione del repertorio scenico, la sostituzione cioè dei testi aulici con testi drammatici, a facile effetto nel gusto del romanzo di appendice, o con vicende tratte dalla cronaca criminale, la *pochade* alla francese, e poi storie di santi e di briganti, opere liriche con eroi ed eroine ridisegnati su un orizzonte di cultura popolare, non sembrò davvero discostarsi da un impegno artistico votato, dedito sempre ed esclusivamente all'irreale.

In definitiva, lo spazio fantastico della rappresentazione finiva per ricondursi, comunque, a sogni positivi, rassicuranti, rispondenti sempre alla cultura e alla coscienza elitaria del momento<sup>(83)</sup>.

Sogni difficilmente traducibili, dunque, in ipotetici fatti delittuosi di dissenso, di disordine sociale. E a questa conclusione, evidentemente facilitata nella sua lettura dalla particolare origine, struttura e organizzazione del teatro di marionette, varrebbe senz'altro aggiungere la realistica risolutiva constatazione che tra la fine dell'ottocento e gli anni venti, quasi esattamente il tempo in considerazione, l'attività dei marionettisti, forse per l'imprudente scelta di un repertorio e di uno stile identificabile ormai con quello del teatro di persona, o per l'avvento del cinema soprattutto,

---

<sup>(82)</sup> Lo sottolinea nella sua raffinata analisi, M. BARATTO, *La commedia del cinquecento*, in *Il sistema letterario*, Principato edit., 1991, p. 419 ss. e spec. p. 422.

<sup>(83)</sup> E certo, il teatro delle marionette – lo afferma tra gli altri R. LEYDI (*op. cit.*, p. 14 ss.) – esprime davvero sogni, emozioni, allusioni, fughe squisitamente fantastiche: estranee appunto ad una leggibile contrapposizione nei confronti del potere.

entra in crisi, si emargina sempre di più come mezzo artistico di comunicazione.

E, ovviamente, come possibile preoccupante espressione di un ipotetico dissenso sociale e politico.

Per il teatro di marionette occorrerà allora pensare soprattutto a qualche infrazione amministrativa, ad esempio irregolarità negli avvisi dello spettacolo, in particolare, assenza di una comunicazione del copione al Prefetto della provincia, variazioni dello spettacolo in fase di rappresentazione senza il consenso del funzionario di P.S., questioni di orario: infrazioni, tutte, secondo quanto stabilito nell'art. 47 della legge di polizia, rilevanti penalmente quali contravvenzioni concernenti appunto i pubblici spettacoli; e in concreto ascrivibili alle ipotesi degli artt. 447 e 448 del codice penale Zanardelli.

Diversa e particolarissima apparirebbe infine l'attività talvolta girovaga dei pupari e dei cantastorie siciliani, e pur con peculiari connotazioni, dell'intera area meridionale.

Marionette imponenti, alte anche più di un metro, riccamente e minuziosamente addobbate, i pupi recitavano i grandi temi dell'epica, riti di passione, di morte, di vendetta, il rimpianto provocatorio per un mondo perduto: furono interpreti, eroi, paladini della libertà e della giustizia.

Banditori ambulanti, invece, di grandi tragedie, gelosie e drammi sociali, relatori allusivi di vicende storiche e oscure, i cantastorie offrono un'informazione non sempre gradita al potere; esercitando appunto assieme ai pupari un mestiere girovago forse anche oggetto di una repressione talvolta giustizialista; tra l'altro in una zona grigia dei rapporti tra legislazione di unità e normazione locale.

È solo una mera supposizione, naturalmente. Certo sembra, però, che nel panorama delle attività svolte dagli artisti di strada, il teatro dei pupi abbia riassunto e concretizzato una specificità, una raffinatezza, una identità culturale fortemente caratterizzata, gelosa del proprio mondo, quasi provocatoria.

Gli stessi cantastorie, poi, nella loro allusiva narrazione espressero un'informazione diffusa capillare di innegabile impegno sociale: distinguendosi proprio per questa pratica non asettica del loro mestiere. Ebbene, in entrambi i casi, questa originalità culturale, inquietante, oscura soprattutto ad una parte del potere può aver ostacolato, credo, un controllo efficace dell'Autorità<sup>(84)</sup>; e facilitato, a volte, la stessa disapplicazione della normativa di unità.

---

<sup>(84)</sup> Sull'attività dei pupari, vd. A. PASQUALINO, *L'opera dei pupi*, Palermo Sellerio, 1978, e dello stesso, *Il teatro delle marionette nell'Italia meridionale*, in *Burattini marionette pupi, cit.*, p. 232 ss.



9. *Il ruolo privilegiato dell'ipotesi contravvenzionale nella repressione dell'illecito esercizio di professione girovaghe.*

Ma se istigazione, manifestazioni ingiuriose, ipotesi di oltraggio, o fatti, anche, lesivi della proprietà privata quali furto, truffa, imputazioni delittuose insomma, non sembrano necessariamente e fisiologicamente addebitabili all'esercizio di occupazioni girovaghe, è forse più realistico pensare appunto alla materia contravvenzionale: in questo settore parrebbe infine più agevole individuare una serie di comportamenti non più riconducibile ad un corretto lecito svolgimento di questa o quella attività ambulante. In sostanza, esclusa sempre una repressione sistematica delle occupazioni vagabonde attraverso ascrizioni *tout court* delittuose, il regolare andamento del vivere sociale, l'ordine pubblico, poteva in fondo avvalersi per la sua tutela di concrete fattispecie contravvenzionali.

Vero: emergerebbe da una statistica giudiziaria relativa agli anni dal 1891 al 1895 che su duecento condanne per gli esercenti mestieri girovaghi (uomini e donne) il maggior numero si riferisse a fatti delittuosi di furto, truffa e lesioni personali. Innegabile però che il periodo considerato illustrasse un lasso di tempo piuttosto contenuto; e innegabile ancora che l'iscrizione di addebiti gravissimi di criminalità ai mestieranti vagabondi restasse comunque bassissima.

E potrebbe poi obiettarsi, del resto, che l'incidenza di quelle imputazioni delittuose non fosse necessariamente consequenziale, e connaturata appunto all'esercizio della professione.

Certo, il mestiere girovago risultava estremamente diversificato; e diversificata allora la stessa occasione – temuta o sospettata – alla trasgressione.

Lo si può facilmente constatare. Ovvio infatti, la professione di venditore ambulante di fiammiferi, di pasta, dolci o liquori, di disegni o di stampati, la professione cioè del distributore ambulante di merci era senz'altro differente da quella del ciarlatano, del saltimbanco, cantante, suonatore girovago; e differente, logicamente, la sospetta occasione a delinquere. Se i primi avevano un contatto diretto col denaro, e la contrattazione, sicché condotte truffatorie non dovevano risultare così improbabili, i secondi, attori marginali, per certi aspetti estranei ad un rapporto prestazione – compenso e alla stessa vita dei traffici, apparivano votati, semmai, all'impostura, all'abuso della credulità popolare: al turbamento infine dell'ordine pubblico.

Per certi aspetti semplificatrice in proposito, e tra l'altro ispirata ad una decisa avversione per il mestiere del ciarlatano che fa giochi di sortilegio, che fa capire di avere ricette miracolose, scapolari, amuleti, sembra allora l'opinione di quanti, colta in quest'occupazione una attitudine truffaldina – il ciarlatano è considerato anzi un truffatore permanente – riproponevano il consueto istintivo quesito sull'opportunità di

non autorizzare, o limitare drasticamente il libero esercizio del mestiere stesso<sup>(85)</sup>.

E decisamente più che all'intervento repressivo si pensò comunque ad una soluzione radicale: operare appunto in senso rigorosamente limitativo sulla libertà, anzitutto, di svolgere talune attività girovaghe: esigenze di ordine e sicurezza pubblica decisamente lo avrebbero imposto.

Certo, che la tutela di quelle esigenze fosse sempre tutela privilegiata, lo si è insistentemente annotato, potrebbe tuttavia confermarsi che nella disciplina dei mestieri girovaghi non fu mai sottovalutata. Lo stesso fatto di abuso della credulità popolare, tipicizzato nell'ipotesi contravvenzionale dell'art. 459 c.p. Zanardelli quale impostura, qualsiasi impostura anzi, e dunque inganno, menzogna, mistificazione capace di sfruttare l'ingenuità e l'ignoranza altrui, è senz'altro ricondotto nell'indicazione dell'intitolato ad una *ratio* di tutela della quiete pubblica e privata. In sostanza, penalizzandosi, il turbamento della sicurezza e dell'ordinata convivenza sociale.

Lo spazio pubblico, o aperto al pubblico, dove l'Autorità esercita più spiccatamente la sua tutela e in cui il maneggio o le mali arti si rivolgono al credulone non può insomma lasciare indifferenti – questo l'assunto – nei confronti del pericolo, e indipendentemente da ogni possibile pregiudizio ai singoli, che false informazioni inducano veri e propri “commovimenti popolari”. In una società seria e civile – decisa la conferma – non deve cioè restare impunita quest'arte di ingannare gli uomini, né permettersi che falsi indovini, interpreti di sogni, scopritori di pretesi tesori nascosti, finti estatici o spacciatori di miracoli, venditori di specifici, talvolta persino nocivi alla salute, ed altri simili impostori “facciano in luogo pubblico o aperto al pubblico mestiere della menzogna, e così traggano denaro dalla credulità del volgo ignorante<sup>(86)</sup>”. Alterando quindi le regole di una ordinata convivenza civile.

Del resto, l'intervento anticipato rispetto ad ogni altra ipotesi di truffa, l'incriminazione cioè di un comportamento sfruttatore dell'ingenuità altrui, tale da potergli recare pregiudizio, o turbare l'ordine pubblico, nella dizione dell'art. 459 cp. rispondeva perfettamente, in definitiva, ad una articolata tutela appunto dell'ordine pubblico; sottolineando, ovviamente, una comprensibile scelta di politica penale.

E cioè, intervenire, gestire una piccola criminalità, ostativa però a quel rafforzamento di precise regole nell'andamento del vivere civile, funzionale, necessario alla transizione verso una fase di convivenza, uno stile di vita, una struttura sociale, in breve, tendenzialmente innovativa, con uno

---

<sup>(85)</sup> Su questa tendenza radicale nello stesso *iter* legislativo della normativa di P.S. nel 1865, vd. C. ASTENGO - G. SANDRI, *La nuova legge sulla pubblica sicurezza, cit.*, p. 475 ss.

<sup>(86)</sup> Così appunto, A. NEGRI, *Le contravvenzioni nel codice penale italiano*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. X, Roma, 1908, p. 849 ss.

strumento quale il modello contravvenzionale, destinato, e soprattutto capace di incidere su molteplici particolari aspetti della vita civile; e sulla traccia – affermazione ricorrente – di una lesività, di regola, espressa in un pericolo possibile, non in corso.

Tutto sommato, allora, l'idea di una repressione, affidata a ipotesi contravvenzionale avvalorerebbe un'impressione: che controllo e disciplina dei mestieri girovaghi si siano comunque risolti in una scelta se non proprio prevaricatrice, per certi aspetti, forse, invasiva, molto vigile; non sempre rassicurante logicamente, per un libero esercizio di quelle professioni.

Infrazioni e scorrettezze quasi inevitabili talvolta nella quotidianità delle occupazioni vagabonde, spesso ripetitive tra l'altro di abitudini, costumi e modalità di comportamenti non desueti nella comunità sociale, quando anche assunti quali fatti contravvenzionali, avrebbero comunque segnato per quei mestieri un destino a volte precario: soggetto insomma a invasive restrizioni.

Tanto più invasive ove non si dimentichi, appunto, quella frammentazione di competenze, e quella commistione di previsioni penali, disposizione di Polizia, regolamenti locali cui la stessa materia contravvenzionale era affidata.

Ma, vero è che la contrazione, i limiti di libertà per l'esercizio del mestiere vagabondo potevano anche ascrivere alla formulazione, e al carattere, anzitutto, della fattispecie contravvenzionale. In effetti, difficoltà interpretative, discordanza di giudizi sulla valenza applicativa della fattispecie stessa avrebbero anche indotto imputazioni e provvedimenti a volte discutibili, insufficientemente motivati.

Tutto sommato non era affatto irragionevole che ciò accadesse; occorrerebbe sempre ricordare, difatti, quali indecisioni, quali controverse tesi insistessero sul riconoscimento dell'indole e del carattere assegnabili al modello contravvenzionale: la sua concreta lesività, il profilo soprattutto del suo elemento psicologico<sup>(87)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> Chiara traccia di questo problema in G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Dei delitti contro la proprietà. Delle contravvenzioni in specie*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. VIII, Torino, 1898, p. 387 ss. Citando ampi stralci della relazione Zanardelli al progetto di Codice penale del 29-11-1897, gli autori costatavano anzitutto come una riflessione ordinata e sistematica sulla materia contravvenzionale risalisse ad una data piuttosto recente; e confermasse soprattutto una precisa opzione legislativa: punire cioè come pericolosa, nell'interesse della società e per proteggere il diritto, evitando dunque possibili – o effettivi – violazioni della legge stessa, una serie di fatti che, presenti tutti gli elementi essenziali del reato “non sono affatto reati effimeri, e – si sottolineava – di mera creazione politica”. In proposito, si veda, in precedenza, P. TUOZZI, *Le prime impressioni dal progetto di codice penale* (Zanardelli). Lettera aperta all'on. VIGLIANI, Napoli, 1888, p. 47 ss. Naturalmente sarebbe sempre emerso il problema, ricognizione e ruolo dell'elemento morale nell'ipotesi contravvenzionale; e fra teoria del fatto materiale e prova della sola involontarietà del fatto, negazione e recupero della buona fede, prova contraria di non aver voluto commettere il fatto, le oscillazioni applicative avrebbero

Profilo davvero controverso; tanto che proprio nell'oscillazione fra rilievo della volontarietà del fatto materiale, volontarietà cosciente, esclusione o, viceversa, valenza della buona fede, potrebbe forse rinvenirsi un motivo, particolarmente imbarazzante, di quell'incertezza valutativa, di quell'inconsistenza a volte dell'addebito. Addebito, ovviamente, in tutti i sensi senz'altro oneroso per chi, cittadino o straniero, esercitava liberamente una professione girovaga.

10. *Le cadenze concrete della vicenda punitiva. Mutazione del mestiere girovago nel vizio della mendicizia.*

Mendicizia è dunque ipotesi repressiva al cui intervento non sembra affatto difficile pensare.

Disciplinata quale contravvenzione concernente l'ordine pubblico, soggetta a precise condizioni e divieti da parte della stessa legge di P.S., l'imputazione di mendicizia si avvaleva indubbiamente di una formulazione normativa non priva di ampi spazi applicativi. E sarebbe opportuno ricordare, infatti, che la disposizione dell'art. 453 c.p. Zanardelli stabiliva fosse punito con l'arresto sino a cinque giorni chiunque essendo abile al lavoro "è còlto" a mendicare. La stessa pena si applicava, poi, a chi, essendo inabile al lavoro fosse colto a mendicare senza aver adempiuto le prescrizioni stabilite dalla legge.

E la legge di Polizia agli articoli 80 e seguenti, nel prevedere che ove esista un ricovero di mendicizia sia proibito mendicare per le pubbliche vie e in ogni altro luogo aperto al pubblico, puntigliosamente precisava all'art. 81: "Qualora non esista nel Comune un ricovero di mendicizia, ovvero quello esistente sia insufficiente, si applicheranno le pene stabilite dal Codice penale a chiunque, non avendo fatto constatare dall'autorità di sicurezza pubblica locale di essere inabile al lavoro, è "còlto" a mendicare nei luoghi indicati nel precedente articolo". Pubblicamente appunto.

Disponava ancora il secondo comma dell'art. 81 che solo gli individui riconosciuti dall'autorità locale di pubblica sicurezza "inabili a qualsiasi la-

---

svelata l'estrema duttilità di questo modello penale. Destinato appunto ad una funzione di tutela altrettanto duttile e articolata per l'ordine pubblico, posto in crisi da una serie di fatti perturbatori: a cominciare appunto da fatti che pregiudicano l'attività della pubblica Autorità rifiutandole obbedienza o privandola delle notizie che devono essere comunicate per passare ad altre condotte che implicano ad un tempo il disconoscimento dell'Autorità stessa e del buon governo di talune professioni, a finire con quei fatti individuali che sogliono essere causa di vessazioni, di molestie, o altrimenti di pubblico disordine, di minaccia alle regole del vivere civile. Così, G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *op. cit.*, p. 386. Su questa capillare esigenza di tutela, vd. anche A. ZERBOGLIO, *La teoria e la pratica delle contravvenzioni*, Milano, 1899, spec. p. 13 ss.

voro, privi di mezzi di sussistenza e di congiunti tenuti per legge alla somministrazione degli alimenti, sono, quando non vi si provveda altrimenti, a cura dell'autorità medesima inviati in un ricovero di mendicITÀ od in altro istituto equivalente di altro Comune”.

Una disciplina – vale ricordarlo – senza dubbio accurata, attenta a gestire un fenomeno di palese disagio sociale. E non solo di disagio sociale, ma, chiaramente, di sospetto temuto disordine sociale.

In ogni caso, sembra piuttosto evidente che ciarlatani, saltimbanchi, suonatori e cantanti di strada – citando sempre mestieri girovaghi riconosciuti nell'elencazione della legge di Polizia – non di rado votati all'insuccesso economico, appena ricercassero il solidale caritatevole compenso del prossimo per l'intrattenimento offerto, venissero “còlti a mendicare”; e alla fine inclusi tra le “classi pericolose della società” cui il Titolo III della legge di Polizia dedicava appunto una serie di disposizioni *ad hoc*.

In fondo si confermava sempre l'idea e il sospetto che l'appartenenza a quelle classi inducesse, inevitabilmente, disordine sociale. Si sarebbe insomma concretizzata la voce del malcontento, e un esercito di ribelli, terribili fannulloni, nemici della quiete e dell'ordine avrebbe minacciato la tranquillità e la sicurezza dei consociati<sup>(88)</sup>. In proposito è del resto molto significativa la previsione dell'ultimo comma dell'art. 453 c.p.; perché vi si afferma rigorosamente che la contravvenzione non sia esclusa dal fatto che “il colpevole” mendichi col pretesto o con la simulazione di rendere servizi alle persone, o di smerciare oggetti: la mendicITÀ era cioè, per definizione, pratica pericolosa di oziosi, vagabondi, o sospetti di essere tali.

Ciarlatani, saltimbanchi, artisti di strada, ma anche merciaioli, venditori ambulanti, costretti non solo a girovagare, spesso anzi a mendicare un qualche compenso per l'offerta di un servizio di intrattenimento, o per la vendita di oggetti facilmente svalutabili, di irrisorio valore, potevano così tramutarsi in mendicanti.

In realtà, un sistema di tutela tanto insistente, l'intervento dunque di disposizioni penali a complemento delle corrispondenti previsioni contenute nella legge di Polizia, un orientamento giurisprudenziale, tra l'altro, ligio nel modulare, distinguere questua, raccolta non autorizzata di elemosine, ricerca molesta dell'obolo<sup>(89)</sup>, confermerebbe un timore. Che, cioè, nelle occupazioni girovaghe la faticosa – spesso davvero faticosa – acquisi-

<sup>(88)</sup> Quasi testualmente, G. BORTOLOTTO, *MendicITÀ*, in *Il digesto italiano*, vol. XV, Parte 2a, Torino 1904-1911, p. 36 ss. Cfr. anche, G. SAREDO, *Accattonaggio (o mendicITÀ)*, in *Il digesto italiano*, vol. I, Parte 1a, Torino, 1927, p. 258 ss.

<sup>(89)</sup> Si veda, ad esempio, Pretura di Cigliano 12-5-1891, in *Repertorio generale de il Foro italiano*, 1891, vol. XVI, col. 1067; Corte di Cassazione di Roma 26-2-1892, in *Repertorio generale de il Foro italiano*, 1892, vol. XVII, col. 1051.

zione dei mezzi di sostentamento, la svalutazione della prestazione offerta, l'incertezza, o l'eccessiva modestia del compenso, abbiano talvolta indotto ad una imbarazzante confusione con fatti di mendicizia: quasi non esistesse, appunto, uno scambio reale, ma solo simulato, pretestuoso, tra servizio, merce, compenso; sicché la sua richiesta dovesse ridursi al vizio della mendicizia.

Non è allora dubbio che questa situazione, anche, possa aver rappresentato un *handicap*, determinato in definitiva una fluttuante discrezionale variabilità di giudizio sugli stessi limiti di liceità per il concreto libero esercizio di mestieri girovaghi.

#### 11. *Schiamazzi e clamori degli artisti di strada: una politica di tolleranza o una rigorosa tutela della quiete pubblica e privata?*

Limite altrettanto insidioso la fattispecie contravvenzionale prevista nell'art. 457 del codice penale dell'89. Schiamazzi e clamori, abuso di strumenti sonori tali da disturbare le occupazioni o il riposo dei cittadini venivano appunto puniti con l'ammenda sino a lire trenta, e lire cinquanta in caso di recidiva – stabilendosi anche la possibilità di ulteriori aumenti se il fatto fosse commesso di notte e dopo le ore undici –, e sanzione dell'arresto fino ad un mese ove il fatto “sia tale da produrre apprensione nel pubblico”.

Era naturalmente la *ratio* di tutela della quiete pubblica e privata a giustificare nel capo VIII del Titolo primo questa, ed altra ipotesi, ancora, di molestia o di turbamento della quiete. Rispondendo a quella *ratio* il successivo art. 458 stabiliva in effetti che: “Chiunque pubblicamente, per petulanza o altro biasimevole motivo, molesta taluno o ne turba la quiete è punito con l'ammenda sino a lire cento o con l'arresto sino a quindici giorni”.

Un'amplificazione dunque di comportamenti illeciti. Un'amplificazione di cui saltimbanchi, suonatori, cantanti e altri artisti girovaghi dovettero subire probabilmente il rigore, e talvolta gli eccessi, soggiacendo ad una rigorosa imputazione di quei fatti contravvenzionali. Le decisioni più datate infatti tendono concordemente a stabilire, per esempio, che la disposizione dell'art. 457 sia applicabile anche quando il disturbo al riposo dei cittadini sia prodotto da canti e suoni “pur melodiosi”<sup>(90)</sup>. E ancora:

---

<sup>(90)</sup> Corte di Cassazione di Roma 9-12-1891, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1892, vol. XVII, col. 1052; Corte di Cassazione di Roma 11-12-1893, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1893, vol. XVIII, col. 1180. Successivamente, tra altre decisioni, anche, Corte di Cassazione di Roma 1-3-1906, in *Il Foro italiano*, 1906, vol. XXXI, Parte 2<sup>a</sup>, col. 288. Confermando sempre l'irrelevanza dell'armoniosità o meno del mezzo che reca disturbo

con grida da scherzi – si affermerà – potrebbe essere disturbata la quiete privata e pubblica<sup>(91)</sup>. Le stesse espressioni schiamazzi o clamori adottate dalla formula penale nella loro genericità avrebbero poi compreso “qualsiasi mezzo e modo che arrechi disturbo alla quiete del cittadino”<sup>(92)</sup>: sottolineando dunque come i mezzi e il modo del disturbo non dovessero valutarsi per “loro stessi, per la natura ed essenza loro”, ma in relazione alla potenzialità dell’effetto disturbo.

Un apprezzabile spazio applicativo quindi; e in questo senso varrà ancora sottolineare come a realizzare la contravvenzione non fosse poi necessario l’effettivo avvenuto disturbo, sufficiente apparendo la costatazione che gli schiamazzi risultassero di tale intensità da poter produrre l’inconveniente ipotizzato dalla legge<sup>(93)</sup>.

In precedenza, del resto, l’opinione era già nota e chiara: alla sussistenza della fattispecie prevista nell’art. 457 – questa l’affermazione – non è essenziale che il disturbo sia arrecato: basta che i disordini siano atti a recare quel disturbo<sup>(94)</sup>.

In definitiva, accertata la volontà del fatto, sufficiente sarebbe apparsa la potenzialità di recare disturbo alla quiete pubblica, senza che occorresse stabilire oltre la potenzialità l’avvenuto reale disturbo<sup>(95)</sup>.

Vero peraltro: spazi di tolleranza per l’attività inevitabilmente rumorosa di cantanti, suonatori, saltimbanchi potevano talvolta rinvenirsi, e giu-

---

ma non senza escludere l’applicazione dell’art. 457 cp. quando un uso moderato di voci, di strumenti sonori non degeneri in abuso o per l’eccessiva sonorità o per l’urtante disarmonia, cfr. Corte di Cassazione di Roma 25-11-1912, in *Il Foro italiano*, 1913, vol. XXXVIII, Parte 2<sup>a</sup>, col. 1 ss. Per *incidens* nell’ipotesi considerata, suoni di canti e mandolini che accompagnavano fin in prossimità delle case il ritorno da una gita in onore di un reduce dalla guerra di Libia, il Supremo Collegio ritenne appunto moderato l’uso delle voci e degli strumenti: sicché inutile restrizione avrebbe indotto il ricorso alla fattispecie contravvenzionale.

<sup>(91)</sup> Corte di Cassazione di Roma 24-2-1893, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1893, vol. XVIII, col. 1180.

<sup>(92)</sup> Corte di Cassazione di Roma 20-3-1906, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1906, vol. XXXI, col. 988.

<sup>(93)</sup> In proposito, si veda Corte di Cassazione di Roma 1-5-1900, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1900, vol. XXV, col. 1174.

<sup>(94)</sup> Così, Corte di Cassazione di Roma 26-11-1892, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1893, vol. XVIII, col. 1180. Cfr., inoltre, Corte di Cassazione di Roma 17-7-1894, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1894, vol. XVIII, col. 1081. Sulla valenza effettiva, invece, del disturbo, Corte di Cassazione di Roma 20-12-1895, in *Riv. pen.* XLIII, p. 258. Insiste comunque il Supremo Collegio, ed è significativo orientamento giurisprudenziale nell’affermazione che a costituire la contravvenzione ipotizzata nell’art. 457 cp. sia sufficiente la potenzialità di recare disturbo alla quiete pubblica, senza che occorra appunto “l’avvenuto disturbo”. Vd. Corte di Cassazione di Roma 1-5-1900 in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1900, vol. XXV, col. 1174; Corte di Cassazione di Roma 20-3-1906, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1906, vol. XXXI, col. 988.

<sup>(95)</sup> In proposito, cfr. anche, G. CRIVELLARI – G. SUMAN, *op. cit.*, p. 450 ss.

stificarsi per la particolare occasione in cui l'attività si fosse appunto esercitata. Indicativa in questo senso una decisione della Cassazione nella quale si asserisce, tra l'altro, che non costituiscono disturbo alla quiete pubblica i suoni ed i canti di una comitiva di persone in una notte in cui si suole con tali manifestazioni festeggiare una ricorrenza<sup>(96)</sup>.

È verosimile allora supporre che artisti di strada aggregati o ingaggiati dalla comitiva stessa godessero in questa situazione di eguale particolare tolleranza.

Verosimile, non certo: perché la versione giurisprudenziale dell'ipotesi contravvenzionale appariva, non di rado, piuttosto estensiva; tanto che poteva leggersi la ferma convinzione che consuetudine e tolleranza, invece, non "facciano venir meno la sussistenza del reato di disturbo alla quiete pubblica"<sup>(97)</sup>.

E in una linea di rigore applicativo, sottolineata l'assenza in ambito legislativo di ogni distinzione tra impiego di strumenti disarmonici o armonici, il Supremo Collegio ebbe anche occasione di precisare come lo stesso uso di strumenti armonici finisse per integrare la fattispecie dell'art. 457 c.p.: quando per l'ora e le modalità del fatto ne potesse derivare un effettivo disturbo alle occupazioni e al riposo dei cittadini<sup>(98)</sup>. Ove l'espressione effettivo disturbo, tuttavia, andrebbe – e fu – precisata; ricondotta cioè alla potenzialità reale concreta di recare disturbo; alla particolarità quindi dei clamori di entità tale da poter produrre quella molestia.

In questo senso significativa è l'affermazione – vale la pena annotarlo per un utile confronto – che l'esercizio di mestieri rumorosi, di per sé essenzialmente molesti, quando esplicito fuori delle ore prescritte dai Regolamenti di polizia urbana, realizzasse la contravvenzione: e però, se ne potesse derivare l'effetto di un disturbo alla quiete pubblica<sup>(99)</sup>. Dunque non la semplice contravvenzione alle norme sui limiti d'orario stabiliti da quei Regolamenti, ma concretamente una capacità di effettivo disturbo: a questo requisito dovendosi insomma confrontare il rigore applicativo della previsione penale; e in fondo – il rumore molesto eventualmente addebitabile agli stessi artisti di strada.

Per quanto ovvia, utile però e opportuna sembra poi la puntualizzazione che a configurare l'ipotesi, viceversa, fosse insufficiente la stessa cir-

---

<sup>(96)</sup> Corte di Cassazione del Regno 9-12-1929, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1930, vol. LV, col. 1139.

<sup>(97)</sup> In questo senso appunto, Corte di Cassazione di Roma 26-11-1912, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1913, vol. XXXVIII, col. 909.

<sup>(98)</sup> Corte di Cassazione del Regno 11-2-1929, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1930, vol. LV, col. 1139.

<sup>(99)</sup> Corte di Cassazione di Roma 10-11-1920, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1921, vol. XLVI, col. 780.



costanza che a causa dell'esercizio di mestieri rumorosi potesse venir disturbato il riposo dei cittadini: occorreva appunto un esercizio esplicito contro il disposto di legge o di Regolamento<sup>(100)</sup>.

In definitiva, pur confermandosi una prospettiva di rigore, il tentativo di perseguire comunque una ricognizione attenta dei requisiti di fattispecie, valorizzando quindi tanto la condotta inosservante della disciplina normativa (divieti, orari), quanto l'oggettivo potenziale disturbo, avvalorò, tutto sommato, una tendenza applicativa forse, e fortunatamente, non priva di qualche ragionevolezza. Ragionevolezza di cui talora avranno forse anche beneficiato cantanti, suonatori, saltimbanchi, artisti girovaghi di strada; protagonisti in vario modo del disordine, del disturbo alla quiete pubblica e privata. Protagonisti, anzi, di una molestia concretamente offensiva, riconducibile, e confrontata alle forme, alle modalità di esercizio del mestiere. E naturalmente all'utilità sociale di quell'esercizio.

In ogni modo è logico pensare che la garanzia segnata dalla rilevanza oggettiva del fatto, l'intensità cioè dei clamori – e in ore consentite o meno – tale da recare molestia al riposo e alle occupazioni dei cittadini abbia indicato un canone applicativo di possibile concretezza.

Senz'altro: poteva residuare – si è accennato – uno spazio di intervento per altra imputazione, sempre, di molestia. Occorrerebbe infatti rammentare come l'art. 458 del codice penale stabilisse che: "Chiunque, pubblicamente, per petulanza o altro biasimevole motivo molesta taluno o ne turba la quiete, è punito con l'ammenda sino a lire cento o con l'arresto sino a quindici giorni". Ora, è evidente che nel lavoro degli artisti girovaghi scherzi, motteggi, clamori quasi inevitabili, insistenti spesso, forse sgraditi, potessero indurre, quando gravemente molesti, obiettivamente offensivi del decoro delle persone – se assente ovviamente il dolo di recare offesa – l'applicazione dell'art 458.

E l'imputazione tra l'altro – sia concessa la notazione di costume – sarebbe stata rigorosamente ascritta anche se tali condotte si realizzassero di carnevale<sup>(101)</sup>: esattamente in un tempo congeniale all'attività di saltimbanchi, suonatori, artisti girovaghi.

Certo, lo spazio applicativo dell'ipotesi contravvenzionale, del resto, si avvaleva indubbiamente di una formulazione della fattispecie, tutto sommato, piuttosto duttile. Qualunque atto, difatti, qualunque parola o motteggio, che non degenerasse in vero e proprio delitto di ingiuria, se deter-

<sup>(100)</sup> Così, Pretura di Roma 10-5-1907, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1907, vol. XXXII, col. 1130.

<sup>(101)</sup> Vd., ad esempio, Pretura di Torino 20-4-1901, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1901, vol. XXVI, col. 1133.

minato da petulanza spavalderia o altro biasimevole motivo, avrebbe costituito molestia privata<sup>(102)</sup>.

Ogni azione, dunque, ogni atto che molestasse o disturbasse in luogo pubblico o aperto al pubblico la quiete di taluno: ma una ogni azione o atto – non va sottaciuto – che rivestisse insieme indole tale da poter esporre l'ordine pubblico a qualche turbamento<sup>(103)</sup>.

Nondimeno, se tendenzialmente limitativa risultava poi l'indicazione che a realizzare l'ipotesi occorresse inderogabilmente il requisito del biasimevole motivo, causa appunto determinante il fatto<sup>(104)</sup>, esigenze di tutela della quiete del cittadino, opportuno controllo di comportamenti realizzati pubblicamente, e per questa circostanza fonte di disordine sociale, di turbamento, essenzialmente, dell'ordine pubblico, potevano alla fine travalicare o sottacere, quella motivazione<sup>(105)</sup>.

Innegabilmente: se la tutela fosse stata confrontata esclusivamente alla quiete di taluno, alla quiete privata insomma, l'intensità della molestia difficilmente avrebbe reperito soddisfacenti sicuri criteri di valutazione. Tanto più nell'ambito di un fatto che non si concretizzava necessariamente nella ripetitività del comportamento – e lo si è spesso confermato anche in giurisprudenza –, nell'effettivo turbamento, ma nel pericolo di turbamento<sup>(106)</sup>.

In realtà, il riferimento all'ordine pubblico restava costante e deciso: la condotta molesta doveva cioè risultare tale da “poter nel suo insieme” esporre a qualsiasi turbamento l'ordine pubblico. Se le molestie “inceppavano”, la libertà di chi ne era la vittima, ulteriori e più gravi conseguenze potevano riflettersi sulla tranquillità e sicurezza dei consociati: generare, in breve, una situazione di disordine sociale senz'altro preoccupante, e non priva di eventuali sviluppi delittuosi.

Così, ad esempio, sulla traccia di una sequenza non del tutto improbabile, la trasformazione, per un repentino mutamento di proposito, del motteggio in espressione ingiuriosa, il progredire poi in un contesto di reci-

<sup>(102)</sup> Cfr. appunto, Corte di Cassazione di Roma 21-2-1907, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1907, vol. XXXII, col. 1130.

<sup>(103)</sup> Ed è puntualizzazione che la giurisprudenza non manca di sottolineare. Tra altre decisioni, infatti, Corte di Cassazione di Roma 12-11-1908, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1909, vol. XXXIV, col. 1005; Corte di Cassazione di Roma 14-11-1912, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1913, vol. XXXVIII, col. 309.

<sup>(104)</sup> Corte di Cassazione del Regno 12-3-1928, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1928, vol. LIII, col. 1505. In precedenza e nello stesso senso, Corte di Cassazione di Roma 27-2-1917, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1917, vol. XLII, col. 797.

<sup>(105)</sup> Cfr. Corte di Cassazione di Roma 14-11-1912, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1913, vol. XXX, col. 903.

<sup>(106)</sup> In questo senso, Corte di Cassazione di Roma 26-3-1904, in *Il Foro italiano*, 1904, P. 2°, vol. XXIX, col. 273; Corte di Cassazione del Regno 22-10-1926, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1927, vol. LII, col. 1385.

proche offese e provocazioni delle ingiurie stesse verso uno scambio di atti ostili intenzionalmente lesivi della persona, della sua integrità fisica, avrebbero probabilmente risolto il fatto di molestia nella partecipazione ad una rissa<sup>(107)</sup>.

Del resto, saranno in seguito gli anni del primo novecento, il decennio appunto di aspri disordini sociali, e più tardi, gli inizi del periodo bellico, a indurre una lettura più attenta e incisiva degli schiamazzi, e del “colore” degli artisti di strada: a connotare quei fatti come pericolosi assembramenti piuttosto, e in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Dalle sanzioni previste nella legge di polizia del 1889, denuncia quindi all’Autorità giudiziaria quando si riconoscessero manifestazioni o grida sediziose che “costituiscano delitti contro i Poteri dello stato o contro i Capi degli Stati esteri ed i loro rappresentanti, ovvero avvengano altri delitti preveduti dal Codice penale” (art. 2), arresto poi sino a tre mesi se quelle grida e manifestazioni non concretizzassero appunto ipotesi di reato disciplinate dal Codice stesso, non assumessero quindi uno scopo delittuoso palese (art. 3), arresto immediato infine ove non si ottemperasse all’invito degli ufficiali o agenti di p.s. di sciogliere l’assembramento, potrebbe dedursi che la *ratio* di tutela e la tutela, fosse certo, tutta nel segno del rigore. E questo fino al netto divieto di riunione e di assembramento posto dal R.D. 23-5-1915 n°-674.

Ora in questo rigore non è affatto escluso che saltimbanchi, giocolieri, artisti di strada in generale, abbiano subito occasionali pretestuose limitazioni al libero esercizio della loro attività.

Preoccupazioni di ordine pubblico appunto, e d’altro canto vaghezza, elasticità dell’espressione manifestazioni e grida sediziose – nell’affermazione più accreditata della dottrina qualsiasi cosa conturbasse il potere e la pace pubblica –, potevano infatti trasformare l’effervescente eccitato schiamazzo dello spettacolo, un eccesso nelle parole, il fischiare o cantare, ad esempio, un inno ritenuto di contenuto rivoluzionario, in una vaga pretestuosa fonte di pericolo per il potere.

Insomma, l’infelice dizione dell’ipotesi contravvenzionale prevista nella legge di Polizia, la sua chiara rispondenza ad esigenze di mantenimento delle regole di convivenza civile, di ordine sociale, avrebbero permesso talvolta di segnalare gli artisti girovaghi – e non è escluso gli stessi spettatori – quali protagonisti di sediziosi assembramenti, di violento dissenso al potere; e di turbamento, ovviamente, della pace pubblica<sup>(108)</sup>.

<sup>(107)</sup> Vd. A. MELONI, *Rissa*, in *Il Digesto italiano*, vol. XX, Parte 2°, spec. pp. 1278-1279. Per riferimenti a questo problema, già E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. II, Napoli, 1883, p. 64.

<sup>(108)</sup> Sul punto, V. ANDREIS, *Grida e manifestazioni sediziose*, in *Il Digesto italiano*,

12. *Consuetudine, costumi sociali, lingua, castigatezza e rispetto delle buone norme del vivere civile nella quotidianità del lavoro ambulante. Il pericolo di un'eventuale scadimento verso modalità di condotta offensive della pubblica decenza.*

E però, in tema sempre di artisti di strada, non è difficile supporre che nella loro professione turpiloquio, atteggiamenti volgari, sconvenienti, contrari dunque al pudore e alla pubblica decenza fossero proprio così inconcueti. E naturalmente talvolta rilevanti anche in ambito penale.

Occorre appunto ricordare che il Codice Zanardelli all'art.490 perseguiva chiunque in pubblico mostrava nudità invereconde, ovvero con parole, canti o altri atti offendeva la pubblica decenza. Sanzione: l'arresto sino ad un mese o l'ammenda da lire dieci a trecento.

Ascritta al titolo terzo tra le disposizioni concernenti la pubblica moralità, l'ipotesi contravvenzionale in coerente assonanza con la sua collocazione avrebbe sostanzialmente giustificato una accezione di pubblica decenza come complesso delle norme che la educazione sociale ha stabilito affinché gli uomini si comportino in pubblico come si conviene al pudore ed al buon costume. E se il pudore non risultava poi sinonimo di decenza, la decenza, comunque, quale sentimento, più o meno naturale, di avversione a quanto fosse osceno ed impudico si imponeva poi come regola di convenienza sociale: come un ossequio, cioè, da rendersi pur sempre al pubblico pudore.

Regola di convenienza dunque, di educazione sociale. Regola certamente variabile secondo i tempi, i luoghi ed i costumi: a tale variabilità riconducendosi evidentemente la decenza, che è come il volto – cito testualmente – della costumatezza e della verecondia<sup>(109)</sup>.

Va dunque sottolineato, la decenza si confermava quale concetto molto relativo, retto dai decreti della moda, dall'uso, e, se possibile, non

---

vol. XII, Parte 2°, Torino, 1900, spec. p. 1009 ss.; A. RAVIZZA, *Riunioni ed assembramenti*, in *Il Digesto italiano*, vol. XX, Parte 2°, Torino, 1913, 1918, spec. p. 1348 ss.

<sup>(109)</sup> S. DURANTE, *Atti contrari alla decenza pubblica*, in *Il Digesto italiano*, vol. IV, Parte 2°, Torino 1893-1899, p. 163 ss. Vd. anche, A. MORTARA, *Buon costume e l'ordine delle famiglie (Delitti contro il)*, in *Il Digesto italiano*, vol. V, P. 2°, Torino 1890-1899, p. 1023 ss.

Sul punto appare del resto indicativo l'orientamento giurisprudenziale. Così, si legge: il mostrarsi in città vestito con la sola maglia o costumi da bagno può essere ritenuto atto contrario alla pubblica decenza ai sensi dell'art. 490 cp. benché non siasi fatta mostra di nudità invereconde (Corte di Cassazione di Roma 11-2-1911, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1913, vol. XXXVII, P. 2a, col 128). Il termine continenza, costumatezza affiora poi anche in altre decisioni, raffrontato appunto ad un valore di convenienza sociale (vd. ad esempio P. Torino 22-11-1899, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1900, vol. XXIV, P 2°, col. 135), di buone norme del vivere civile, di condotta civile. In questo senso Corte Bari, 5-7-1927, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1928, vol. LIII, col 233.

solo dai rigidi principi della morale: a questo composito valore dovendosi in pratica confrontare il criterio con cui giudicare se un atto fosse contrario alla decenza.

Era una indicazione non esaustiva, certo, ma pur sempre un'indicazione. Solo che il problema esegetico non avrebbe potuto trascurare la realtà di altre concrete indicazioni. Perché senza dubbio – esclusa naturalmente l'intenzione di far deliberatamente oltraggio al pudore – noncuranza, sottovalutazione delle "buone norme" di condotta civile, disinvoltura, rozzezza scurrile di linguaggio e di gestualità potevano rivelarsi non proprio così rare in taluni ambienti sociali. E saltimbanchi, giocolieri girovaghi, burattinai, divinatori, interpreti di sogni, ciarlatani – è ben comprensibile – non sapevano facilmente correggere, né rifiutare sempre, espressioni verbali o manifestazioni gestuali sconvenienti, volgari, indecorose; consuete però al modo di vivere e di sentire la decenza tra la gente, percepite infine e adottate senza particolare disagio.

Spesso infatti l'atto indecoroso rispondeva proprio al modo usuale di comunicare, di stabilire relazioni, appariva cioè avulso da una reale offesa per quel sentimento collettivo di elementare castigatezza cui si riconduceva il valore pubblica decenza. Per un sensale, ad esempio, concludere nelle sua attività girovaga un contratto, gestire tra i privati comunque un qualsiasi negozio, significava talvolta ricorrere, adeguarsi ad espressioni e manifestazioni esteriori forse anche sconvenienti, e tuttavia risolutive. Certo consuete, correnti tra la gente del luogo e di quel tempo, nella definizione di un affare: in astratto obiettivamente contrarie ai canoni della pubblica decenza.

In astratto però.

In concreto, invece rimproverare a chi operava in un ambiente non particolarmente sensibile, o del tutto insensibile a forme sconvenienti di comunicazione, una disattenzione verso regole etico-sociali di elementare castigatezza, di pudore tali da offendere la pubblica decenza, poteva rivelarsi davvero pretestuoso. Il criterio di giudizio, in effetti, doveva adeguarsi al significato relativo e convenzionale di decenza, tenendo dunque conto dei tempi, dei luoghi appunto, della moda, della consuetudine dialettale; e della tolleranza, del resto, verso licenziosità comunemente ammesse.

L'invito al magistrato era quindi a giudicare con moderazione: ciò che ieri pareva in urto con la decenza poteva non esserlo più; ciò che in un luogo e fra certe persone sembrava indecente poteva non esserlo in altro luogo, tra altra gente. Così, se la comunicazione verbale o gestuale adottava senza suscitare particolare imbarazzo, particolare disagio o disgusto, modelli di discutibile castigatezza, il concetto di pubblica decenza doveva risentire di questa "tolleranza del mondo", e affidarsi a criteri di valutazione essenzialmente mondani, capaci nell'insieme, di rivelare la reale volontà

trasgressiva dell'agente. E cioè: l'oblio delle norme che l'educazione civile prescrive<sup>(110)</sup>.

Vero è tuttavia che in taluni settori di mestieri girovaghi – e si pensi ancora all'attività di sensale o di intromettitore, incaricato notoriamente di una serie svariata di affari – pignorare ad esempio, o spignorare effetti, occuparsi della locazione delle case, della collocazione di personale di servizio – potevano più facilmente rinvenirsi fatti delittuosi di truffa. E questa circostanza spiegherebbe forse l'insistenza, la persistente imposizione da parte della legge di P.S., di norme restrittive per l'esercizio della professione di mediatore ambulante: nell'interesse politico della prevenzione dei reati, certo, ma in concreto nell'interesse e per la tutela di una corretta relazione dei traffici. Inevitabilmente compromessa, anzi negata quando a tale attività si ascriveva per principio una notazione di disvalore sociale – ricorderei ad esempio l'intromissione per scopo di lucro nella ricerca e affidamento di cause a determinati avvocati –, e se ne considerasse l'esercizio in sé disdicevole, indecoroso<sup>(111)</sup>.

Ciò che lapidariamente si affermò per il mestiere di ciarlatano; ritenendo inopportuna, irragionevole sempre, l'autorizzazione alla sua pratica. Indovini, interpreti di sogni, visionari, ed altri girovaghi avrebbero infatti giustificato il sospetto che la loro professione si riducesse ad una truffa, ad un'impostura; ad un abuso, spesso, della credulità popolare capace di recare pregiudizio ad altri.

E capace anche, di porre in discussione quelle regole di convivenza, del buon andamento del vivere civile assegnate, nella versione più volte citata, a quel concetto lato composito di ordine pubblico.

13. *Dislocazione di competenze, poteri locali, zelo burocratico nella disciplina delle occupazioni vagabonde. La duttile scelta di misure preventivo-repressive di polizia; e la conferma di un sistema penale permeabile all'iniziativa di polizia.*

L'attività dei mestieranti girovaghi poteva dunque incontrare un limite al suo libero esercizio in una serie di imputazioni, ascrivibile anzitutto alla violazione di norme di Polizia: questa probabilmente la quotidianità della vicenda punitiva.

Varrebbe, del resto a ricordarlo l'ineluttabile trasgressione di obblighi

---

<sup>(110)</sup> Cfr. S. DURANTE, *Atti contrari*, cit. spec. p. 167, e *ivi* citato EULA, in Verbalì della Commissione istituita con R.D. 13-12-1888, verbale XXVIII, Torino, 1890, p. 568.

<sup>(111)</sup> In questo senso, ipotizzando tra l'altro nel caso di specie la violazione dell'art. 72 L.p.s., Corte di Cassazione di Roma 1-3-1900, in *Il Foro italiano*, 1900, P. 2°, vol. XXV, col. 390.

e divieti riferibili appunto alla disciplina amministrativa. Così, esemplificando probabilità e frequenza di quella trasgressione: non ottemperare all'obbligo di iscrizione nell'apposito registro secondo quanto stabilito nell'art. 72 l.p.s., esercitare il mestiere girovago nonostante il rifiuto alla iscrizione da parte dell'autorità di Polizia (art. 74 primo e secondo comma), avrebbero indotto l'immediata applicazione di una ammenda sino a £ 100. E analogamente – vi si è accennato –: la mancata esibizione su richiesta dell'Autorità del certificato stesso o il mancato rinnovo alla scadenza annuale dell'iscrizione nel registro, permanendo naturalmente l'esercizio dell'attività (art. 76, primo comma l.p.s.).

Sono certo disposizioni perfettamente rispondenti ad un ordinato regolare svolgimento delle occupazioni girovaghe, ma fotografia, anche, di obblighi e divieti non sempre di facile osservanza. Si ricordi infatti il carattere mobile del mestiere, e le reali possibilità, quindi, nel vagare da un luogo all'altro e senza stabili relazioni sociali, di una informazione precisa compiuta, di un sostegno nella decifrazione talvolta delle stesse formalità burocratiche: ogni trascuratezza allora, ogni disattenzione avrebbero permesso di attivare la sanzione amministrativa, tra l'altro non sempre di irrillevante entità.

Ma non solo la sanzione amministrativa, a volte anche penale.

Perché in effetti – è logico supporlo – comportamenti contrari alle regole, alla normativa di Polizia potevano spesso adombrare una reale occasione al reato. La mancata esibizione del certificato di iscrizione all'Autorità richiedente, per esempio, si sarebbe anche risolta, in taluni casi, nel rifiuto di indicare la propria professione (art. 436 c.p.), o addirittura nel diniego violento: concretizzandosi quindi un fatto di resistenza all'Autorità (art. 190 c.p.) Dalla violazione di Polizia, appunto alla violazione penalmente rilevante.

E però, il vero tessuto normativo, il controllo, più concretamente, sulle occupazioni girovaghe si infittiva, ancora, nel riferimento ad una serie di Regolamenti di polizia urbana locale. Potrebbe indicativamente ricordarsi, ad esempio, che per mestieri e professioni rumorose, anche girovaghe, il divieto di esercizio dovesse puntualmente ricondursi a quanto stabilito da un Regolamento comunale, o da un provvedimento della Giunta municipale<sup>(112)</sup>.

Del resto, il rilievo della materia regolamentare, tema ben più impegnativo rispetto a questa breve annotazione, traspariva con una certa chiarezza nella stessa esclusione di un ricorso *tout court* all'art. 434 del Codice penale: quando cioè, constatato il rifiuto da parte di un mestierante girovago di ottemperare a provvedimenti legalmente dati dall'Autorità competente

---

<sup>(112)</sup> Corte di Cassazione di Roma 19-5-1905, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1905, vol. XXX, col. 1005. Sarebbe stata dunque illegale l'ordinanza del sindaco che, fuori dei casi di urgenza, nell'interesse della sicurezza pubblica e dell'igiene proibisse l'esercizio di mestieri e professioni rumorosi in determinate ore del giorno.

per ragioni di giustizia e di sicurezza si trattasse di casi “che formino oggetto di Regolamenti speciali”<sup>(113)</sup>.

Ed era affermazione, questa, davvero tutt'altro che inusuale. Infatti – sempre a proposito di inosservanza a provvedimenti legalmente dati dall'Autorità – si riconosceva decisamente all'Autorità municipale la competenza ad emettere “tanti altri ordini di svariatisimo genere propri di Autorità che è a capo dell'Amministrazione pubblica”<sup>(114)</sup>.

I Regolamenti locali, ad ogni modo, completavano la disciplina ed il controllo delegato alla normativa di Polizia in materia di attività girovaghe; sanzionavano anzitutto le irregolarità formali in un sistema di competenza e di interferenza talvolta veramente complicato. Si ricordi ad esempio la necessità di richiesta di assenso per l'esercizio dell'occupazione ambulante all'Autorità locale: ottenuto infatti il certificato di iscrizione nell'apposito registro, sembrava doveroso inoltrare domanda di visto alla licenza a tutte le Autorità dei comuni in cui si esercitasse la professione; salvo naturalmente che l'Autorità la quale aveva rilasciato il certificato non fosse quella del circondario.

Né del resto sfugga, ancora, la stessa soggezione a specifiche disposizioni di legge comunale emanate, e operanti in svariatissimi settori, attraverso Regolamenti<sup>(115)</sup>: l'incidenza limitativa sull'attività dei mestieranti girovaghi avrebbe potuto facilmente giustificarsi. Un esempio concreto: l'intervento dell'Autorità locale per fronteggiare eventuali interruzioni nel traffico finiva proprio per condizionare, e penalizzare infine, l'esercizio a una professione quale quella degli artisti di strada, delegata essenzialmente alla pubblica piazza e alla pubblica via.

Ma, chiaramente, la facoltà regolamentare dell'Autorità municipale, superato anche l'imbarazzo di una sua possibile incompatibilità, di una sua presenza spesso prevaricatrice nei confronti della normativa di Polizia, se completava comunque, un sistema di disciplina amministrativa, non segnava certo un sistema di controllo semplificatore, e rassicurante appunto per il libero esercizio di occupazioni ambulanti<sup>(116)</sup>. Il sistema confermava,

---

<sup>(113)</sup> Corte di Cassazione di Roma 17-3-1905, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1905, vol. XXX, col. 1004 ss.

<sup>(114)</sup> Breve: inesatto parrebbe sostenere che la contravvenzione di cui all'art. 434 c.p. esista soltanto nei casi di inosservanza a provvedimenti dati per sicurezza e giustizia, l'Autorità municipale essendo competente ad emettere “tanti altri ordini di svariatisimo genere propri di autorità che è a capo dell'amministrazione comunale, e che è impassibile enumerare, per il sano funzionamento di tutti i servizi pubblici, a prescindere che a questi provvedano pure regolamenti locali”. Così Pretore di Grumo Appula 31-1-1903, in *Repertorio generale de Il Foro italiano*, 1903, vol. XXVIII, col. 998.

<sup>(115)</sup> Sul punto, A. GILARDONI, *Mestieri girovaghi*, cit., p. 54 ss.

<sup>(116)</sup> In proposito sottolineando il problema più generale, interferenza e compatibilità, cioè, della potestà regolamentare locale, G. ASTENGO - G. SANDRI, *La nuova legge sulla pub-*



anzi, quella costante sostanziale diffidenza verso occupazioni lavorative non stabili, palese in tutta la vicenda dei mestieranti girovaghi: oggetto sempre di una burocrazia attenta, di un controllo oculato sul corretto regolare esercizio di quella attività, disegnati da uno zelo, se non proprio vessatorio, innegabilmente piuttosto invasivo e oneroso.

Talvolta, anzi, persino anacronistico. Viene così spontaneo ricordare che una Giunta provinciale amministrativa ebbe appunto occasione di valutare e decidere l'applicazione agli ambulanti del divieto per la vendita durante i giorni festivi. Divieto smentito poi dalla Corte di Cassazione, la quale viceversa affermò che non contravenisse alla legge sul riposo settimanale l'ambulante che svolga appunto il suo mestiere nel giorno di domenica, pur se in presenza di un divieto emanato, dall'Autorità locale: valido in sostanza, esclusivamente per i negozianti a sede stabile. Se il riposo – precisava il Supremo Collegio – è in rapporto alle esigenze e all'igiene dei lavoratori, questo fine non si raggiunge forzando alla pausa domenicale un ambulante costretto a non desiderati riposi in altri giorni della settimana, e al quale risulta essenziale per sbarcare il modesto lunario l'esercizio durante il giorno festivo: più propizio, ovviamente, alla sua attività. Nel caso di specie, imputato del fatto era un venditore ambulante di fantocci di carta destinati per la vendita ai bambini, soprattutto figli di operai che – trascrivo testualmente – escono, solo la domenica con i genitori: non fu ritenuto responsabile della violazione a quanto stabilito negli art. 3 e 11 della Legge 7-7-1907 (n. 409) sul riposo festivo e settimanale<sup>(117)</sup>.

Né del resto responsabile di questa infrazione – in fondo disattesa e inattuale nell'*humus* della stessa tradizione locale – la Corte di Cassazione dichiarò un ambulante venditore di chincaglierie e specialità veneziane il quale esercitava appunto in Venezia i suoi traffici durante la domenica, e nonostante il divieto imposto dalla Giunta provinciale<sup>(118)</sup>.

---

*blica sicurezza*, cit. Sulla estensione, valenza e limiti dei Regolamenti, L. FREZZINI, *Regolamenti municipali*, in *Il Digesto italiano*, vol. XX, P. 1°, Torino, 1911-1915, p. 917 ss., spec. p. 924 ss.

<sup>(117)</sup> Vd. Corte di Cassazione del Regno 9-7-1924, in *Il Foro italiano*, 1925, vol. L, P. 2°, Col. 34. Nello stesso senso, pur con argomentazioni diverse, precedentemente, Corte di Cassazione di Roma 25-7-1908, in *Il Foro italiano*, 1909, vol. XXXIV, P. 2°, col. 35. In sostanza il Supremo Collegio riteneva che ove la Giunta provinciale amministrativa, competente ex art. 12 della legge sul riposo settimanale e festivo a stabilire per il territorio dei diversi comuni i limiti per l'esercizio domenicale del traffico ambulante, nulla avesse stabilito, l'esercizio di quel traffico dovesse appunto ritenersi completamente libero. In ogni caso – precisava ancora lo stesso Collegio – sarebbe stato irragionevole equiparare agli effetti di quella normativa i venditori ambulanti che vanno attorno vendendo personalmente la loro povera merce a negozianti che impiegano invece lavoro salariato, destinatario privilegiato della normativa stessa.

<sup>(118)</sup> Corte di Cassazione del Regno 19-11-1924, in *Il Foro italiano*, 1924, vol. XLIX, P. 2°, col. 107.

Emergerebbe dunque una puntigliosa insistente burocrazia; una burocrazia, anche, votata soprattutto ed immancabilmente ad una rigorosa tutela dell'ordine pubblico.

Tutela, ed esigenza di tutela, non solo rigorosa, ma dominante sempre, in quel sistema di controllo e di gestione della professione girovaga. Nella disposizione del art 75 l.p.s. si stabiliva ad esempio che il certificato di iscrizione nell'apposito registro, riconoscimento e garanzia per l'esercizio della professione, potesse essere revocato non solo in caso di abuso, ma per ragioni, anche, di ordine pubblico. E per *incidens* ragioni, giudizio sulle ragioni, affidate indubbiamente ad una facoltà amplissima dell'Autorità competente; la quale, applicando la sanzione, avrebbe in effetti facilitato quella preoccupante riduzione del mestierante vagabondo allo *status* di vagabondo: di vagabondo quasi predestinato ad occasioni punitive.

Ma vero è che la stessa ipotesi di revoca in caso di abuso, quando cioè l'esercente avesse abusato del suo mestiere girovago, decisamente confermeva ampi poteri sanzionatori e facili interferenze dell'Autorità di P.S. per motivi appunto di ordine pubblico. Ad essa competeva infine la stessa facoltà di sospendere o interdire, il godimento del certificato di iscrizione, ad esempio ove l'esercente non attendesse di proposito al suo mestiere, si giovasse del certificato per scopi non onesti, usasse frode nella vendita a modo di contrattazione, servendosi di lotterie o simili combinazioni, occupasse il suolo pubblico o privato senza permesso speciale, esercitasse il mestiere in modo rumoroso pericoloso, o ingombrante, vendesse a ore indebite. Tanto avrebbe infatti permesso, nell'assenza di istruzioni o circolari relative alla precedente legge di Polizia del 1865 e alla successiva del 1883, la concreta interferenza sulla normativa di P.S. del Regolamento datato dicembre 1859.

Ma esistevano, poi, anche ipotesi particolari di revoca applicabili a saltimbanchi, suonatori, cantanti: così il certificato di iscrizione doveva ritirarsi quando svolgessero tali mestieri prima delle sette del mattino, o dopo le dieci di sera; quando si introducessero nei caffè, nelle osterie, nei cortili di case private senza il dovuto permesso da parte dei proprietari. E ancora: esercitassero il mestiere sotto le case di infermi dopo essere stati avvertiti di tale fatto, avessero dato luogo, o commesso disordini, cantato canzoni non permesse o immorali.

Infine casi di revoca per abuso potevano ipotizzarsi per lo schiamazzo eccessivo da parte dei venditori ambulanti di stampe e giornali nell'annuncio dei giornali stessi, con titoli non propri, o commenti, indicazioni inesistenti, e inoltre per la cessione o prestito di licenza ad altri<sup>(119)</sup>.

Dunque ancora una volta la tranquillità, le regole di convivenza sociale

---

<sup>(119)</sup> A. GILARDONI, *Mestieri girovaghi*, cit., p. 55 ss.

quale valore assolutamente ineludibile. Ineludibile, e però – realistico costatarlo – nella esemplificazione appena prospettata indice e pretesa di uno *standard* di condotta davvero difficilmente sostenibile: destinato in realtà ad essere smentito, giustificherei l'espressione, da una quotidianità trasgressiva.

È tuttavia vero che questa trasgressività, sostanzialmente di tono minore, possa aver talvolta inciso su fenomeni delittuosi di significativa rilevanza amplificandone la stessa gravità.

Ricorderei di nuovo il problema sociale del lavoro infantile e minorile, la compravendita, cessione, acquisto, ingaggio per le più svariate occupazioni di bambini e adolescenti. Ora, se i mestieranti girovagli non furono, per lo più, diretti protagonisti nell'organizzazione di quel mercato, non furono cioè intermediari, incettatori appunto di forza lavoro infantile, per certi aspetti, e tuttavia occasionalmente, ne ripeterono forse lo schema.

In effetti, artisti girovagli di strada, venditori ambulanti di merci nell'esercizio del loro mestiere si avvalsero talvolta di piccoli aiutanti: è intuitivo pensare, ad esempio, al loro impiego nella raccolta dell'obolo, del compenso cioè, dopo lo spettacolo, alla loro utilizzazione per operazioni di carico, scarico e sorveglianza della merce, appunto nella vendita ambulante.

Elusero dunque quel sistema di prescrizioni teso a reprimere lo sfruttamento del lavoro infantile e minorile; disattesero anzitutto il divieto stabilito nella legge 21-6-1873 (n. 1733) di impiegare fanciulli nelle professioni girovaghe, divieto sanzionato poi penalmente e successivamente confermato nella legge di P.S. del 1889 con l'esplicito diniego – non estraneo del resto alla precedente legge del 1886 (n. 3657) posta a tutela del lavoro minorile – per i minori di diciotto anni all'esercizio di mestieri girovagli.

Indubbiamente: si insinuarono a volte in un circuito delittuoso cui lo stesso Codice Zanardelli dedicò attenzione; e infatti, ferma la competenza della legislazione penale speciale in materia, accanto all'ipotesi della riduzione in schiavitù e alla sottrazione di persone in età minore di quindici anni per scopi di lucro, la legge di codificazione indicò come reato anche l'occasionale avvalersi per mendicare di persona minore di anni quattordici.

Che fosse poi questo intervento repressivo adeguato al flusso, all'insistenza, alla quotidianità insomma, di un problema così resistente negli anni – e di preoccupante evidenza nel primo decennio, almeno, di unità del Regno – non è sicuramente facile affermare. Più facile forse avvertire – ma è annotazione del tutto incidentale – in quello schema legislativo uno *hiatus* tra valenza dell'interesse in questione e obiettivi di tutela.

Comunque, sembra giusto sottolinearlo ancora: i mestieranti girovagli, in fondo piccoli imprenditori di se stessi, non furono gli organizzatori di quella vicenda, inquietante per le condizioni sociali ed economiche che la facilitarono. Singolarmente invece, la situazione di abbandono, la miseria, lo stesso vagabondaggio minorile, una tutela sociale insufficiente

avrebbero reso quasi solidaristico, o meno mercificato, l'impiego di fanciulli e adolescenti nel lavoro degli ambulanti stessi. La trasgressività – azzarderei l'affermazione – in fondo rimase un fatto a volte tollerato, sostanzialmente collaterale al fenomeno: di cui occorrerebbe annotare la valenza politica, e la disomogeneità rispetto a soluzioni squisitamente giuridiche, frammentariamente affidate a leggi speciali, disciplina di Polizia e Codice penale.

In ogni caso tuttavia, prima ancora di attingere a sanzioni penali è pur sempre vero che la correttezza e la liceità nell'esercizio di un mestiere girovago si sarebbe misurata in quella, ed altre situazioni, con le regole di una disciplina amministrativa dotata di strumenti coercitivi, concreti, estremamente duttili. E penso di nuovo allo stesso provvedimento di revoca, all'estensione delle sue possibilità applicative, alle modalità informali della sua operatività ed applicazione, senza procedure giudiziali, con una semplice intimidazione; rispondendo dunque alla trasgressività, spesso fisiologica al mestiere, con una misura sanzionatoria davvero semplificata, soprattutto radicale, efficace, e al di là dell'ammenda, quantificata in lire cento, per le sue drastiche conseguenze: la cessazione appunto dell'attività.

Naturalmente, sarebbe sempre affiorato altro diverso problema: vale a dire l'impegno a rivedere sulla traccia di istanze liberali, e in ogni settore, la persistente invasiva competenza della Polizia amministrativa; ma da questo impegno, attuale al tempo della codificazione unitaria di fine ottocento, il libero esercizio dei mestieri girovaghi non sembra averne ricevuto particolari vantaggi. In realtà, mestieranti vagabondi, talvolta semplicemente vagabondi, confonderanno a lungo la loro vicenda nella vicenda di un disagio, pericoloso – si decise – per l'ordine sociale.

Gli stessi strumenti di controllo non muteranno sostanzialmente indole e carattere. Difatti, sommariamente giuridicizzate, le misure amministrative di Polizia, la stessa parziale attrazione in ambito penale di quel controllo, ripeteranno l'antica traccia di una imbarazzante eredità: l'idea appunto che l'occupazione girovaga, asetticamente isolata dalle difficoltà di un problema economico – sociale, sia, o crei l'occasione al reato.

Ovviamente, è chiaro: l'insistenza su strumenti di controllo delegati all'attività di Polizia, o affidati a modelli contravvenzionali piuttosto che delittuosi, la scelta, in definitiva, di adottare per l'esercizio delle occupazioni vagabonde, e per lo stesso vagabondaggio, un intervento penale ragionevolmente proporzionato a fatti in realtà di contenuto offensivo non sempre tale da giustificare imputazioni e pene di elevata gravità, accrediterebbe soltanto un'ipotesi di lavoro.

Ipotesi ragionevole, credo, ma doverosamente prudente: anche quando l'assenza di un consolidato univoco orientamento giurisprudenziale contrario all'ipotesi stessa, facilitasse invece la sua attendibilità.

Resisterebbe comunque – e non sembra davvero mera ipotesi – la realtà ed il modello di una finalità preventiva, preventivo-repressiva anzi,

disegnata all'atto della codificazione Zanardelli non soltanto dal problema dell'ineffettività della pena, o dal tema dell'urgente valorizzazione di misure alternative alla detenzione, ma, piuttosto, dalla inquietante permanenza di consistenti anomali deleghe all'iniziativa di Polizia.

E sarà proprio la ricerca del limite oltre il quale potere di polizia e potere giudiziario verrebbero intollerabilmente confusi a riproporre una vecchia nota tentazione: quella cioè di una insidiosa ambigua giurisdizionalizzazione dell'attività di polizia; e di una sostanziale opzione, dunque, per una prevenzione efficace, sufficientemente risolutiva, esterna anche al sistema penale ma interna sempre ad un contenitore – se può confermarsi l'espressione – unico permeabilissimo. Ove la scelta penale è prima di tutto scelta di politica criminale: opportunità, mezzi, efficacia, arretramento, rinuncia ed ascrizione ad altre forme sanzionatorie di quanto era peraltro, o poteva essere, oggetto del diritto penale stesso.

In una versione di tutta attualità dovrebbe insomma costatarsi che la politica criminale del tempo, pur mantenendo uno stretto rapporto con una politica del diritto penale, non tacesse la sostanziale insorrenza verso i limiti che appunto il diritto penale segnalava; e utilizzasse, anzi, con duttile realismo non solo strumenti propri della giustizia penale, ma l'intera gamma degli interventi da cui il fenomeno delittuoso poteva essere colpito e prevenuto<sup>(120)</sup>.

Senza porre ovviamente in discussione il ruolo di un'ispirazione garantista, pena e misura di Polizia nella stessa vicenda legislativa di unità seppero, innegabilmente, alternarsi: estranee a superflue remore, ad astratti teorici pregiudizi sulle concrete opportune modalità di tutela. E parziale inquietante conferma fu certamente la materia della sicurezza e dell'ordine pubblico: frazionata tra opzioni, interventi necessitati e spesso contingenti, sulle scelte sanzionatorie e di disciplina.

Vero, lo si avverte bene riflesso nel problema particolare, alla pratica di un sistema punitivo concreto, duttile, permeabile all'interferenza di sottosistemi preventivo-repressivi, la dommatica penale degli anni settanta ed ottanta poteva certo proporre l'esperienza scientifica di Carmignani –

---

<sup>(120)</sup> Naturalmente, senza voler smentire rigorose delimitazioni del problema. E cioè l'attenzione per un coordinamento tra norme "repressive" e norme di "prevenzione criminale": strumenti del "diritto criminale", giurisdizionalmente applicate "secondo regole, rispettivamente proprie a ciascuno dei duo gruppi". Così S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, spec. p. 1025 ss. Traccia di questo problema ancora leggibilissimo, nelle annotazioni di D. PULITANO, *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, spec. p. 75 ss. La politica criminale – scrive appunto l'autore – è un aspetto della politica sociale, ed è qualcosa di più della politica del diritto penale, gli strumenti che essa utilizza per la prevenzione e il contenimento della criminalità vanno da quelli della sola giustizia penale all'intera gamma degli interventi da cui il fenomeno sociale criminalità può essere colpito e prevenuto.

penso alla “Teoria delle leggi della sicurezza sociale” –, opporre l’ordine e la razionalità dell’indagine. Carrariana, i principi e la metodologia, comunque, di una ricerca scientifica ormai consapevole, attiva, la nascita della Rivista penale è infatti datata 1875, preoccupata appunto dell’ordine e della coerenza del sistema stesso; al quale, appunto, avrebbe dovuto offrire limiti e vincoli di chiarezza.

In realtà – varrebbe ricordarlo – quella dommatica era segnata, anche, da indirizzi dottrinali e opzioni politiche, ideologiche tutt’altro che uniformi, e lineari; disegnata anzi da un metodo giuridico, si osserverà, per certi aspetti ancora in formazione, sostanzialmente incapace di reagire decisamente nel conflitto, nel dilemma tra prevenzione e repressione, tra progetti di codificazione a ispirazione garantista e leggi autoritarie invasive di Polizia<sup>(121)</sup>.

Incapace ancora, o inadatta forse, ad orientare tecnicamente, senza pericolose asimmetrie, la “realità” del problema centrale: l’emergenza, cioè, ordine pubblico.

Inadatta. Ed effettivamente il “fervore” scientifico attratto e vivificato dalla “Scuola” classica – la “Scuola” penale italiana nella dizione di Carrara – fu negli anni di elaborazione del Codice penale Zanardelli senz’altro estremamente composito, segnato appunto da orientamenti, posizioni culturali convergenti e tuttavia non omogenei, talvolta anzi dissonanti. Coinvolta nel dibattito scientifico radicalizzato dalla Scuola positiva in una prospettiva criminologica, costretta e difesa da una fittizia necessitata unità di pensiero, protagonista infine di un progetto strategico non sempre lineare, la “scuola” classica, e il movimento di idee che vi confluì, non svolse forse nel conflitto tra ordine e libertà, tra impegni, innovazioni garantiste e leggi autoritarie di Polizia un concreto impeccabile ruolo di mediatore.

Comunque, parrebbe davvero scorretto immaginare, o supporre, nella codificazione penale del 1889 un rinnovato disegno, una nuova – e costante – valorizzazione dei poteri di Polizia a scapito dei poteri giurisdizionali. E però, sarebbe anche imprudente tacere, o sottacere, l’eredità e l’influenza di quel disegno.

La disciplina dei mestieri girovaghi, dello stesso vagabondaggio potrebbe decisamente confermarlo. E, confermare sempre un’idea di prevenzione estremamente duttile pragmatica contingente, affidabile, e affidata, senza intaccare la purezza formale del sistema penale, a misure, anche, di minor rilievo garantista: quando necessarie dunque per il controllo di

---

<sup>(121)</sup> Vd. G. BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova 1966, p. 666 ss. Dello stesso, *Luigi Lucchini e i cento anni della Rivista penale*, in *Scritti giuridici*, (1966-1980), Padova, 1980, spec. p. 145 ss.

soggetti ritenuti pericolosi, sospetti; molestatori insomma del “regolare andamento del vivere civile”.

O in altra lettura invece: protagonisti anzitutto di un disagio che nell’ottocento il diritto penale non tradusse in una politica penale adeguata alla realtà del problema.

LAURETTA DURIGATO

## IN RICORDO DI SANDRO CALVI

L'undici dicembre 2010 Alessandro Alberto Calvi è scomparso. Sandro – così era chiamato affettuosamente da familiari ed amici – era nato il 26 gennaio 1934 a Pederobba in provincia di Treviso dove il padre esercitava la professione di primario ospedaliero.

È Padova la città in cui egli trascorre quasi tutta la sua vita. Vi si trasferisce nel 1952 come studente universitario quando varca per la prima volta il portone del “Bo’ ” per iscriversi alla Facoltà di Giurisprudenza. In questi anni universitari l'incontro con Giuseppe Bettiol segna la futura vita professionale di Sandro Calvi. Infatti, dopo la laurea nel 1956 segue il consiglio del Maestro patavino di dedicarsi allo studio del diritto penale e di iniziare la sua attività di ricerca a Freiburg in Germania. Durante tale soggiorno egli si iscrive alla facoltà giuridica e segue con assiduità le lezioni di Hans-Heinrich Jescheck e di Thomas Würtenberger.

Questo legame con l'istituto di diritto penale straniero e comparato – il futuro *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* continuerà per tutta la vita. Tradizionalmente a dicembre per la *Nikolausfest* e a volte a maggio per la *Stiftungsfest* – l'anniversario di fondazione della corporazione studentesca, la “*Ripuarica Verbindung*”, cui si era iscritto in occasione della sua immatricolazione presso l'ateneo friburgense – Sandro Calvi, accompagnato a volte da allievi o studenti, si recava per brevi periodi al *Max-Planck-Institut* per avere incontri con i colleghi – primo fra tutti quello con il “Maestro” Hans-Heinrich Jescheck – e per aggiornarsi sulle novità della scienza penalistica straniera.

Sono sicuramente questi primi anni di studio fra Padova e Freiburg che segnano la sua formazione. Già i primi contributi testimoniano, infatti, l'interesse non solo per le problematiche di diritto positivo, ma anche per gli aspetti storici, filosofici e criminologici del diritto penale. Nell'ambito di questi primi lavori si segnala, fra tutti, la ricca introduzione alla “Teoria dello scopo nel diritto penale” di Franz von Liszt, da lui tradotta per la collana della Giuffrè “Civiltà del diritto”. In questa introduzione viene, da un lato, ricostruito il clima storico in cui nasce il c.d. Programma di Marburgo e, dall'altro, esaminato l'influsso che il pensiero di von Liszt ha avuto nella scienza penalistica europea.



Fra gli altri lavori giovanili particolarmente significativa dello straordinario patrimonio culturale di Sandro Calvi si rivela la lunga recensione pubblicata nel 1963 sulla Rivista italiana di diritto e procedura penale alle monografie di Heinrich End, *Existentielle Handlungen im Strafrecht (Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers)*, e Alessandro Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza (Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale)*. Questa recensione dimostra, per un verso, la sicura padronanza che il giovane Calvi ha della dogmatica penalistica e, per altro verso, l'apertura ad un inquadramento filosofico delle grandi tematiche del diritto criminale.

Tralasciando i numerosi scritti dedicati alla parte generale e speciale che vengono pubblicati negli anni Sessanta, è la pubblicazione della monografia nel 1967 "*Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*" a rappresentare il frutto più significativo della decennale attività di ricerca. Nel ponderoso volume Sandro Calvi analizza la tematica dei rapporti tra teoria del reato e teoria del reato, sottolineando il carattere autoritario e antidemocratico, rinvenibile in ogni forma storica di diritto penale soggettivo, di un sistema che rinneghi i dati oggettivamente fondabili di una tipologia criminologica per aprire le porte ad una tipologia soggettiva fondata su labili classificazioni vagamente sociologiche, destinate in quanto tali a sovrapporsi arbitrariamente alla teoria oggettiva del reato.

L'importanza delle tesi sostenute è confermata dalla grande attenzione rivolta, sia pure in alcuni casi con accenti critici, a questa fondamentale opera dalla successiva scienza penalistica italiana e straniera. In tal senso paradigmatico è lo spazio che Franco Bricola, conosciuto con Alessandro Baratta proprio a Freiburg nei primi anni Sessanta, dedica al "*Tipo normativo e criminologico*" nella sua "*Teoria generale del reato*", ponendo in risalto l'acuta ricostruzione di Calvi in ordine ai rischi derivanti dal passaggio da una dogmatica del reato a una dogmatica dell'autore.

Sono queste tematiche che lo studioso patavino continuerà ad approfondire negli anni. Fra i contributi successivi in materia va sicuramente ricordata la voce "*Tendenza a delinquere*" nell'Enciclopedia del diritto nel volume pubblicato nel 1992. In questo contributo egli pone in luce come la figura soggettiva prevista all'art. 108 c.p. costituisce ormai l'ultima eredità del pensiero della Scuola Positiva. Ed anche pochi anni fa egli è voluto tornare sui temi degli studi giovanili, redigendo nel Codice penale coordinato dagli amici Mauro Ronco e Salvatore Ardizzone un sintetico, ma incisivo commento alle figure di pericolosità qualificata di cui agli artt. 102 ss.

Se questo è il cuore della produzione scientifica di Sandro Calvi, non vanno peraltro dimenticati i numerosi contributi pubblicati in importanti riviste italiane e straniere e la seconda monografia "*Sullo sfruttamento della prostituzione*". Tutti questi lavori si segnalano per il rigore metodologico e per l'approfondimento esegetico, appresi seguendo l'insegnamento non soltanto del Maestro Giuseppe Bettiol, ma anche di Giacomo Delitala e

di Pietro Nuvolone, ai quali si era rivolto su consiglio di Bettiol per autorevoli consigli. Egli ricordava – ancora con trepidazione – il suo primo incontro a Milano nel 1962 con Giacomo Delitala, allora direttore della Rivista italiana di diritto e procedura penale, quando si era recato a consegnare l'articolo in tema di “*Reato aberrante e omicidio preterintenzionale*” e come fosse stato rincuorato, prima di entrare nello studio di Delitala, dalle parole di Giorgio Marinucci.

Un ultimo aspetto – ma non sicuramente il meno importante – della sua produzione specifica è quello concernente la politica criminale. Il suo interesse è nato studiando il già citato “*Programma di Marburgo*” di von Liszt. Ma anche in anni più recenti l'attenzione non è mai scemata. A conferma di ciò è sufficiente leggere le belle pagine sulla “*Dogmatica penale e politica criminale nel pensiero di Franco Bricola*”, in cui egli coglie l'occasione, rivisitando l'opera dell'amico, per dare un quadro di sintesi sull'evoluzione del pensiero penalistico.

Negli ultimi anni Sandro Calvi è stato sempre presente nel dibattito penalistico. Egli partecipava con immutato interesse a convegni e incontri con colleghi italiani e stranieri ed, in particolare, a quel simposio penalistico che tradizionalmente si svolgeva a Padova nel mese di settembre su iniziativa di Sergio Vinciguerra e della CEDAM. Vanno poi ricordati i due fondamentali convegni – il primo nel 1992 e il secondo nel 2007 – , da lui organizzati insieme ai colleghi penalisti dell'Ateneo Patavino, in ricordo del Maestro Giuseppe Bettiol.

Inoltre, con entusiasmo aveva accettato nel 2001 di far parte della Commissione per la riforma del Codice penale presieduta da Carlo Nordio. Ed in particolare, nell'ambito delle sedute della commissione a Roma, egli aveva dato un importante contributo alle proposte di riforma relative alle disposizioni in materia di reo, sollecitando l'inserimento delle norme sull'imputabilità nella parte del codice relativa al reato. Opzione questa che egli riteneva ormai necessariamente conseguente all'accoglimento – nella scienza penalistica italiana – della c.d. concezione normativa della colpevolezza.

Questa è – nei suoi tratti essenziali – la figura di Sandro Calvi studioso delle scienze criminalistiche. Altrettanto importante è stato il suo ruolo di docente. La carriera accademica è iniziata con la nomina a assistente volontario del Prof. Bettiol. È poi proseguita con il conseguimento nel 1966 della libera docenza nell'Università di Padova, l'incarico per l'insegnamento del diritto penale nel 1969 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, e successivamente, dopo essere risultato tra i vincitori, nel 1972, di un concorso a cattedra di diritto penale, la chiamata all'insegnamento delle Istituzioni di diritto e procedura penale presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Trieste. Un momento particolarmente caro a Sandro Calvi – nella sua lunga carriera accademica – è rappresentato dal biennio trascorso a Firenze fra il 1975 e il 1977, dove era stato chiamato

– su impulso dell'amico Ferrando Mantovani – alla cattedra di diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza e alla direzione del locale Istituto di diritto penale. Infine, nel 1977 egli ritorna definitivamente a Padova in occasione del collocamento fuori ruolo del Maestro Giuseppe Bettiol – dove egli concluderà la sua carriera con la nomina a professore emerito nell'autunno del 2009. In tutti questi anni di insegnamento al Bo' generazioni di studenti hanno seguito le affascinanti lezioni tenute nel corso di Giurisprudenza e nella Scuola di specializzazione in Medicina legale e delle assicurazioni ed in quella per le professioni legali. Davanti alla porta del suo studio vi era sempre uno studente che ambiva a laurearsi con il prof. Calvi. E fino alle ultime settimane egli veniva quotidianamente nel suo "Seminario di diritto penale" per discutere con gli allievi e per dare un consiglio a laureati e laureandi.

L'amore per la didattica è testimoniato poi dal fatto che fino al maggio del 2010 Sandro Calvi ha insegnato il corso di parte speciale del diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Innsbruck, di cui già da molti anni era diventato professore onorario.

Questa è la bella figura di Sandro Calvi. Nella sua straordinaria cultura giuridica, filosofica, letteraria e storica egli amava libri di autori molto diversi fra loro. Fra questi vi era anche Salvatore Satta, ed in particolare il suo romanzo "*Il giorno del giudizio*". Ebbene, conoscendo il carattere schivo e modesto di Sandro, sono sicuro che anche a lui sia venuto a volte il dubbio – cui fa riferimento il grande giurista sardo nella prefazione al suo "Diritto processuale civile" – se il "talento" ricevuto fosse stato ben impiegato.

Oggi la risposta sorge spontanea dal cuore. Sì, Sandro, il tuo talento di studioso e docente ha dato frutto. E di questo Ti saremo sempre riconoscenti.

ENRICO MARIO AMBROSETTI

*Hanno collaborato nelle rubriche di questo fascicolo:*

MAURO RONCO, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Padova*

UBALDO GIULIANI BALESTRINO, *Professore di diritto penale commerciale – Università di Torino*

FRANCESCA PESCE, *Dottoranda in studi giuridici comparati ed europei nell'Università di Trento*

KOLIS SUMMERER, *Ricercatore di diritto penale nella Libera Università di Bolzano*

ALESSANDRA SANNA, *Ricercatore di diritto processuale penale nell'Università di Firenze*

VINCENZO TIGANO, *Dottore di ricerca in scienza, tecnologia e diritto – Università di Catania*

PIETRO SORBELLO, *Capitano della Guardia di Finanza – Nucleo Speciale polizia valutaria*

ALESSANDRO LIPRINO, *Docente di diritto dell'esecuzione penale nell'Università di Messina*

CONCETTA GUERRA, *Dottore in giurisprudenza – Università di Foggia*

ANNA MARIA MAUGERI, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Catania*

DIANA RESTREPO RODRIGUEZ, *Dottoranda in diritto penale nell'Università di Modena e Reggio Emilia*

PPAOLA MAGGIO, *Ricercatore di diritto processuale penale nell'Università di Palermo*

FEDERICA RESTA, *Dottore di ricerca in diritto penale – Università di Foggia*

LAURETTA DURIGATO, *già Professore di diritto penale nell'Università di Macerata*

ENRICO MARIO AMBROSETTI, *Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Padova*

