



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal
Systems: Society, Environment, Cultures



ANNALI 2016 – ANNO IV (ESTRATTO)

VITA ACCADEMICA

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,
Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Patrizia Montefusco,
Maria Rosaria Piccinni, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti

Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy

E-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

Telefono: + 39 099 372382

Fax: + 39 099 7340595

<http://www.annalidipartimentojonico.org>

VITA ACCADEMICA

Danila Certosino

RESTORATIVE JUSTICE E MEDIAZIONE PENALE

Relazione presentata al Convegno di Studi *Deflazione giudiziaria o “Diversion”?*
Messa alla prova, tenuità del fatto e mediazione: dal sistema minorile alla giustizia penale ordinaria (Taranto, Palazzo di Giustizia, 5 giugno 2015).

1. Da molti anni il sistema giudiziario italiano versa in una grave crisi di efficienza e funzionalità, che si traduce in crisi di credibilità della giustizia¹. A causa di questa drammatica situazione, il modello istituzionale e culturale dell'amministrazione della giustizia appare inadeguato rispetto alle esigenze culturali, politiche e sociali del nostro Paese e, conseguentemente, il processo penale si rivela non in grado di garantire quella tempestività e quella efficienza che sono direttamente funzionali non solo alla repressione, ma anche alla prevenzione dei comportamenti penalmente illeciti.

Ad essere completamente travolta è l'intera macchina giudiziaria: non soltanto la fase di accertamento della responsabilità, ma anche la fase di applicazione della pena e l'intero sistema sanzionatorio. Molteplici sono le cause che hanno generato questo fenomeno: l'eccessiva durata dei processi; la mancata certezza che all'enunciazione teorica della sanzione segua realmente una sua applicazione; l'aumento dei tassi di criminalità; la proliferazione dell'attività legislativa, con la continua creazione di nuove fattispecie incriminatrici; la situazione di sovraffollamento carcerario. Fenomeni tra loro concatenati, al cui apice si colloca il problema delle lungaggini processuali, che genera un forte senso di insoddisfazione sociale: risulta evidente che, quanto più la decisione si allontana dall'epoca del fatto oggetto di accertamento, tanto più diminuisce l'interesse della collettività alla riaffermazione dell'ordine giuridico violato.

Per arginare questa situazione il legislatore del 1988, al fine di restituire al sistema i canoni della efficienza e funzionalità, ha introdotto i procedimenti speciali, escogitati proprio per modellare il processo penale alle specifiche esigenze del caso concreto, con una spiccata finalità acceleratoria e deflativa². Ci si riferisce in particolare al

¹ In argomento, v. Cesari, 2005, 1 ss.; Ciani, 2014, 436 ss.; Ciavola, 2010, 1 ss.; Dalia A. A., 2005, 1 ss.; Ferrajoli L., 2002, 9 ss.; Kalb, 2012, 1 ss.; Marini-Pepino, 2001, 1017 ss.; Orlandi, 2007, 151 ss.; Pelissero, 2013, 261 ss.; Ronco, 2002, 1116 ss.; Vietti, 2014, 1 ss.

² Cfr., in dottrina, Amodio, 2006, 3406 ss.; Belluta, 2003, 126 ss.; Catullo, 2007, 1 ss.; Filippi, 2008, 1 s.; Montagna, 2010, 77 ss.; Orlandi, 2014, 687 ss.; Pansini C., 2015, 629 ss.; Spangher, 2014, 553 ss.; Tonini, 2015, 771 ss.

patteggiamento e al giudizio abbreviato, che sotto la spinta di profili premiali, avrebbero dovuto indurre gli imputati ad abbandonare la via del procedimento ordinario.

Tuttavia, la speranza che i riti deflativi del dibattimento potessero restituire al processo i summenzionati canoni di efficienza e funzionalità è rimasta utopica.

La maggior parte dei processi avrebbe dovuto essere affidata ai procedimenti premiali, ma così non è stato a causa di una carenza di efficacia di tali modelli processuali³. L'effetto deflativo dei riti alternativi non si è prodotto nella misura auspicata e questo nonostante le riforme registrate in questi ultimi anni, fra cui si ricorda in particolare quella operata dalla c.d. legge "Carotti".

La premialità ha generato un fenomeno inverso e alquanto allarmante: non necessariamente la via del processo in tempi rapidi è quella preferita dalla strategia difensiva, e non è detto che la minaccia dell'irrogazione di una pena più elevata induca l'imputato ad optare per un rito differenziato. Accade di frequente che, di fronte alla drammatica situazione di ingolfamento processuale, l'imputato, facendo leva sulla lentezza della giustizia ordinaria e confidando, quindi, nella prescrizione del reato, scelga di proseguire secondo le forme ordinarie del procedimento.

Introdotti per cercare di risolvere la situazione di crisi in cui versa la giustizia penale, i riti differenziati hanno, pertanto, paradossalmente aggravato la situazione esistente, dimostrandosi incapaci di assolvere agli scopi di deflazione in tutti quei casi in cui il processo avrebbe potuto più economicamente e rapidamente risolversi senza fare ricorso alla fase dibattimentale. Sarebbe, dunque, erroneo continuare a riporre in queste definizioni alternative del procedimento la speranza di una concreta realizzazione del principio dell'efficienza processuale.

2. Considerato il fallimento della giustizia penale negoziata, la risposta che sembra meglio strutturata, ai fini del recupero di un sistema concretamente efficiente e funzionale, può essere, allora, rappresentata da un modo completamente diverso di amministrare la giustizia, che introduca non forme alternative "nel" processo, bensì forme alternative "al" processo.

A tal fine, occorrerebbe valorizzare differenti modelli di giurisdizione che, lontani dal modello autoritativo-impositivo fondato sulla punizione, siano orientati alla composizione del conflitto e al ristabilimento della comunicazione fra la vittima e l'autore del reato, interrotta in conseguenza della perpetrazione dell'illecito penale. La realizzazione di questo progetto "alternativo" di ricostruzione del sistema penale comporta lo spostamento del baricentro sia dal modello retributivo, dove l'attenzione

In giurisprudenza, cfr. C. Cost. 9 luglio 2004 n. 219, Giur. cost., 2004, 2304; C. Cost., 9 maggio 2001 n. 115, *ivi*, 2001, 917 ss., ove la Consulta riconosce la legittimità dei modelli di definizione alternativa delle controversie, invocando proprio il criterio della ragionevole durata del processo.

³ Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 93.

si concentra sulla violazione della legge e la pena è considerata la giusta punizione per il male subito, sia dal modello riabilitativo, incentrato sulla figura dell'autore del reato, con l'obiettivo di modificarne il comportamento deviante.

La "giustizia riparativa" rappresenta, così, la promettente frontiera di un sistema passato con graduale evoluzione attraverso modelli di matrice retributiva e rieducativa⁴, che volge lo sguardo verso un "diritto penale mite"⁵, comunicativo-dialogico, non umiliante e coinvolgente in modo diretto e responsabile tutti i protagonisti della vicenda conflittuale; un diritto penale più flessibile, che punti al superamento della logica che considera necessaria l'applicazione della pena, soprattutto quella detentiva, la quale nei riguardi di fattispecie di reato di minore allarme sociale risulta non soltanto sproporzionata alla oggettiva gravità del fatto e priva di una valenza educativa, ma altresì potenzialmente criminogena, potendo il contatto con l'ambiente carcerario generare l'effetto opposto a quello rieducativo.

Nel paradigma riparativo il reato è considerato non più come un'azione contro lo Stato, ma contro una vittima appartenente ad una comunità sociale: la pretesa punitiva pubblicistica cede così il passo ad una regolazione privatistica del conflitto sociale⁶. Questa nuova tecnica di giustizia si configura come modalità di intervento penale che ha come oggetto il conflitto e i danni provocati alla vittima, come obiettivo l'eliminazione di tali conseguenze e come mezzi le attività riparatorie del danno causato alla vittima dal reo.

Si determina, così, «una sorta di "rivoluzione copernicana", ponendo al centro dell'attenzione non l'autore del reato e l'idea di applicare nei suoi confronti una sanzione quanto più possibile proporzionata al fatto e adeguata alle finalità di prevenzione e riabilitazione; bensì la vittima con l'intento di elidere le conseguenze dannose del reato attraverso la partecipazione attiva del reo»⁷.

Pur non sostituendosi al sistema penale tradizionale, il modello *de quo* può essere proposto in termini di complementarità, andando ad integrare «efficacemente gli strumenti sanzionatori nei casi di reati di minore gravità (...) e, più in generale, operare in tutte quelle situazioni in cui appaia prevalente l'interesse (...) di riparazione del danno subito dalla vittima dell'illecito penale»⁸.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, il paradigma riparativo ha cominciato a diffondersi prima in Canada e, successivamente, negli Stati Uniti, per poi radicarsi pian piano anche in ambito europeo ed è stato concepito come una delle novità fondamentali nel panorama di regolazione della conflittualità sociale⁹. Alla base della nascita di questo innovativo modo di amministrare la giustizia possono individuarsi

⁴ In questi termini, Fiorentin, 2014a, 64.

⁵ Per una dettagliata analisi sul tema, cfr. Zagrebelsky, 1992.

⁶ Tramontano G., 2011, 256. Negli stessi termini, Lanza, 2012, 532.

⁷ Fiorentin, 2014a, 64.

⁸ V., ancora, Fiorentin, 2014a, 64.

⁹ Per un'analisi comparatistica delle tecniche di giustizia riparativa, v. Di Gangi, 2011; Flor–Mattevi, 2012; Mannozi, 2003, 168 ss.; Nicosia–Bruni–Dioguardi–Marinelli, 2006, 115 ss.; Vezzadini, 2003.

due esigenze fondamentali: l'insoddisfazione nei confronti del sistema penale attualmente vigente e la necessità di rivalutare il ruolo della vittima del reato.

Per questo motivo, contrapponendosi ai precedenti modelli, il paradigma riparativo punta ad una ricostruzione del legame sociale interrotto, considerando come fondamentale il ruolo della persona offesa dal reato, non più relegata ai margini, come possibile destinataria di un mero risarcimento economico, ma collocata al centro del conflitto, in quanto portatrice di una sofferenza e di un disagio emotivo e psicologico non sempre ristorabili in termini monetari¹⁰.

3. La tecnica maggiormente diffusa di *restorative justice*, che ne costituisce espressione privilegiata, è la “mediazione penale”¹¹, la quale si colloca nell'alveo delle c.d. “*alternative dispute resolutions*”, modalità alternative e differenti di risoluzione dei conflitti, ben lontane dal metodo tradizionale che individua nel processo la sede naturale cui devolvere l'accertamento del fatto lesivo.

In particolare, secondo la definizione elaborata dalla dottrina, «la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (...) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire fra le parti lo spazio comunicativo inter-soggettivo e a trovare un “segno” comune che possa condurre al superamento del conflitto»¹², facilitando il raggiungimento di una soluzione condivisa dei conflitti. Il fine che questa particolare tecnica si propone è quello di ricostruire o costruire la relazione interpersonale alla presenza di una terza persona (il mediatore) con formazione altamente qualificata, neutrale e disponibile all'ascolto e a favorire soluzioni concordate; la mediazione si pone, in questi termini, come modalità “altra” di gestione del conflitto, capace di arrivare là dove il diritto non arriva, di intervenire in direzione di un cambiamento nelle relazioni interpersonali, di cui il diritto non dà garanzia.

Gli obiettivi di questa nuova modalità di risposta al reato possono ricondursi fondamentalmente a tre: l'accoglimento delle ragioni della vittima; la riparazione del

¹⁰ Sulla necessità di valorizzare il ruolo della vittima del reato, cfr., in particolare, Bouchard, 1995, 887 ss.; Bouchard-Mierolo, 2005; Cesari, 2012, 463 ss.; Eusebi, 2013, 527 ss.; Del Tufo, 1993, 996 ss.; Grifantini, 2012, 3180 ss.; Lorusso, 2013, 881 ss.; Mannozi, 2003, 46 ss.; Martucci P., 2003, 1 ss.; Musacchio, 2008, 37 ss.; Ottenhof, 2012, 708 ss.; Parlato, 2013, 3293 ss.; Patanè, 2012, 485 ss.; Paulesu, 2008, 593 ss.; Pavan, 2013, 604 ss.; Pisani M., 465 ss.; Riponti, 1995, 53 ss.; Ruggieri F., 2007, 4329 ss.; Spaventi, 2009, 757 ss.

¹¹ Per un inquadramento generale dell'istituto, senza pretesa di esaustività, cfr. Aa.Vv., 2004; Aa.Vv., 1999; Aa.Vv., 1997; Bologna, 2006, 749 ss.; Cauteruccio, 2006, 1293 ss.; Ceretti, 2000, 713 ss.; Colamussi, 2010, 219 ss.; Colamussi-Mestitz, 2010, 547 ss.; Cominelli, 2012, 74 ss.; Di Chiara, 2009, 120 ss.; Diotallevi, 2008, 18 ss.; Mannozi, 2003; Ead., 1999; Martucci P., 2005, 1; Menna, 2006, 269; Messner, 2000, 93 ss.; Metta, 2005, 385 ss.; Occhiogrosso, 2005, 12 ss.; Orlandi, 2006, 1171 ss.; Patanè, 2008, 572 ss.; Pilla, 2008, p. 89 ss.; Romano A., 2011, 47 ss.; Ruggieri F., 2008, 751 ss.; Scardaccione, 1997, 11 ss.; Talani, 2010, 161 ss.; Tigano, 2007, 25 ss.; Tramontano G., 2011, 255 ss.; Tramontano L., 2010, 49 ss.; Turlon, 2013, 145 ss.; Ubertis, 2005, 1321 ss.; Vassallo, 2006, 2635.

¹² La definizione è di Mannozi, 2003, 359.

danno nella sua dimensione “globale”, comprensivo cioè della sofferenza fisica e psicologica, oltre che della sfera economica; l’autoresponsabilizzazione del reo.

Nell’ambito di questo “intervento di situazione”¹³, molto importante è il ruolo del mediatore, che non deve imporre soluzioni, ma in modo assolutamente terzo e neutrale, sulla base di quanto emerso durante gli incontri, deve gestire la situazione conflittuale generata dalla perpetrazione dell’illecito penale, cercando di far convergere le opposte esigenze. Soltanto un soggetto specializzato e dotato di particolari competenze tecnico-relazionali potrà, pertanto, ricoprire tale ruolo: l’esito positivo dell’attività posta in essere è in buona parte determinato dalla capacità del mediatore di far comprendere a ciascuna delle parti il punto di vista dell’altra, evidenziando come sia maggiormente preferibile addivenire ad una soluzione pacifica della controversia in un contesto protetto, che favorisca la responsabilizzazione del reo, piuttosto che percorrere la strada del processo penale, spesso maggiormente afflittiva per la vittima del reato.

In quanto tecnica di *restorative justice*, la mediazione ha come intento quello di indurre le persone coinvolte ad esprimere liberamente i propri sentimenti di rancore, di paura, di collera che nel contesto del processo penale non trovano lo spazio per esprimersi, anzi a volte il processo finisce per accrescerli, poiché espropria la vittima dei suoi sentimenti e si sostituisce ad essa nella ricerca della pena da adottare. La mediazione, invece, si pone come intervento sociale che riconosce le vittime come persone, oltre che come parti di un processo, offrendo loro «lo spazio per raccontarsi, la voce per domandare, il potere per negoziare soluzioni diverse da quelle che promanano dalla giustizia formale»¹⁴.

Nel momento in cui le parti decidono liberamente di risolvere la situazione conflittuale prediligendo questo meccanismo di *diversion*, che si pone come valida alternativa ai tradizionali epiloghi processuali, la mediazione può contribuire a determinare un effetto di pacificazione sociale che il modello tradizionale sanzionatorio non garantisce del tutto e rappresentare uno dei possibili rimedi idonei a decongestionare il sistema processuale.

4. Per quanto concerne l’operatività di questa particolare modalità di approccio al reato nel nostro ordinamento, occorre segnalare come, antecedentemente all’entrata in vigore della l. n. 67/2014, spazi applicativi potevano rinvenirsi già nell’ambito del procedimento penale a carico di imputati minorenni e nel procedimento penale davanti al giudice di pace.

Il settore della giustizia minorile offre, indubbiamente, maggiori spazi, rispetto al procedimento ordinario, per interventi di mediazione e conciliazione tra autore e

¹³ In questi termini Pisapia G.V., 1997, 5 ss.

¹⁴ Così, Scivoletto, 2012, 379.

vittima del reato, fondandosi il processo a carico di imputati minorenni sul principio dell'adeguatezza nei confronti della personalità e delle esigenze educative del minore¹⁵.

Occorre garantire che il minore, in quanto soggetto con una personalità in via di formazione, subisca il minor danno possibile se coinvolto in una qualsiasi situazione conflittuale. La componente "pedagogica" del rito minorile non può essere sottovalutata e la rieducazione deve rappresentare l'obiettivo primario da perseguire, all'interno di un percorso giudiziario che vada alla ricerca delle cause del disagio che ha determinato comportamenti antisociali. In tale quadro, la mediazione volta alla riconciliazione con la vittima e alla riparazione delle conseguenze derivanti dal reato si profila come un meccanismo a carattere non stigmatizzante, che stimola una forte attitudine educativa nel minore, favorendo un processo di autoresponsabilizzazione volto a comprendere le conseguenze dannose del comportamento posto in essere. Inoltre, l'attività mediativa si rivela particolarmente importante anche per la vittima, la quale, nel rito minorile, non ha la possibilità di costituirsi parte civile, onde evitare che la sua presenza come parte processuale possa esasperare il conflitto e ostacolare il pieno recupero dell'imputato.

Il d.P.R. n. 448/1988 offre senz'altro numerosi ambiti operativi per le tecniche mediative: la mediazione penale minorile trova, in particolare, collocazione nel tessuto normativo offerto dagli artt. 9, 27 e 28¹⁶.

L'art. 9 del d.P.R. n. 448 del 1988 offre un primo spazio applicativo alla mediazione in fase c.d. "pre-processuale". Tale norma, infatti, impone di fare accertamenti sulla personalità del minorenne, stabilendo che «il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne, al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili». Proprio il comma 2 dell'art. 9 costituisce il "ponte normativo" per avviare la mediazione. In conformità a tale disposizione, infatti, il pubblico ministero e il giudice possono richiedere agli operatori dell'ufficio di mediazione di assumere informazioni sul minore, al fine di valutare l'opportunità di effettuare una mediazione tra il minore autore del reato e la vittima.

Per quanto attiene l'esito positivo del percorso di mediazione, è possibile utilizzare come primo filtro normativo la disposizione dell'art. 27 del d.P.R. n. 448/1988, relativo alla "irrilevanza del fatto". Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice

¹⁵ Sull'operatività dell'attività mediativa nel contesto del processo penale minorile, cfr. Bouchard, 1995, 887 ss.; Cauteruccio, 2006, 1295 ss.; Cavallo, 2008, 357 ss.; Ceretti, 1997a, 85 ss.; Id., 1997b, 376 ss.; Cominelli, 2012, 74 ss.; Grillo, 2008, 643 ss.; Martucci P., 2006, 1413 ss.; Micela, 2009, 183 ss.; Occhiogrosso F.P., 2008, 161 ss.; Patanè, 2005, 81 ss.; Ead., 2003, 171 ss.; Pricoco, 2013, 133 ss.; Scardaccione, 2001, 155 ss.; Sergio, 1998, 398 ss.; Scivoletto, 2012a, 373 ss.; Ead., 2012b, 55 ss.; Ead., 2004, 3430 ss.; Turri, 2005, 41 ss.; Valieri, 2003, 492 ss.

¹⁶ Cfr. Moro A.C., 2014, 589 ss.

l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore. Insita nella visione di una giustizia mite è l'idea che nell'alveo dell'istituto dell'irrilevanza si inserisca un'attività di mediazione fra reo e vittima del reato. La declaratoria di irrilevanza del fatto rappresenta, infatti, un "meccanismo espulsivo della vicenda dal circuito penale" che consente di dare rilevanza al percorso di mediazione/riparazione intrapreso dal minore durante la fase pre-processuale e di realizzare una vera e propria forma di *diversion* allocando l'esperienza mediatrice «ancora "al di fuori" perché immediatamente "prima" del processo»¹⁷.

In fase processuale è possibile fare ricorso alla mediazione grazie all'espressa previsione legislativa contenuta nell'art. 28 d.P.R. 448/1988, ovvero nell'ambito della messa alla prova del minore. In particolare, il giudice, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, può impartire «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa». La messa alla prova rappresenta, pertanto, l'istituto "trattamentale per eccellenza", all'interno del quale il legislatore ha espressamente disciplinato lo svolgimento della mediazione. Le prescrizioni impartite nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova tendono, infatti, a responsabilizzare al massimo il minore colpevole e a sviluppare un processo di rivisitazione dell'atto antisociale posto in essere e di superamento dell'offesa arrecata.

Come rivelano studi empirici condotti sul campo, l'attività mediativa svolta in tale sede si rivela particolarmente efficace ed è in grado di esplicitare una forte valenza pedagogica, in quanto l'impegno ad attivarsi al fine di rimediare i danni cagionati con la propria condotta lesiva fa prendere piena coscienza dell'esistenza della vittima e delle sue sofferenze¹⁸.

¹⁷ Così, Pavarini, 1998, 16.

¹⁸ Sul territorio nazionale, significativa è l'esperienza del Tribunale per i Minorenni di Bari che è stato uno dei pionieri dello sviluppo di pratiche di mediazione penale nell'ambito dei progetti di messa alla prova. Da una ricerca condotta nel 1998 per monitorare l'andamento applicativo dei primi dieci anni dall'introduzione dell'istituto della messa alla prova del Tribunale per i minorenni di Bari (Cfr. Mestitz-Colamussi, 2000, 223 ss.) è emerso un costante ed imprescindibile riferimento alle modalità di giustizia riparativa. Nel 9% dei casi il Tribunale per i minorenni di Bari aveva adottato modalità di mediazione penale e i progetti di messa alla prova si distinguevano per i contenuti a sfondo riparativo, consistenti in prescrizioni volte a riparare le conseguenze del reato e a tentare la conciliazione con la persona offesa. L'efficacia del diritto penale "mite" ha trovato conferma in una più recente ricerca condotta nel 2008 (Cfr. Colamussi-Mestitz, 2012) che ha dimostrato non solo l'efficacia della messa alla prova a breve termine ma anche gli esiti positivi a lungo termine. Dall'esame dei certificati del casellario giudiziale dei minorenni sottoposti alla messa alla prova nell'anno 2000, a sette anni di distanza dalla concessione del beneficio è emerso che l'85% dei ragazzi devianti che avevano intrapreso un percorso rieducativo mediante la messa alla prova non si sono trasformati in criminali adulti; e ciò benché la particolare misura fosse stata adottata prevalentemente per reati di particolare allarme sociale. I risultati evidenziano così l'efficacia nel lungo periodo dell'intervento mediante la messa alla prova, soprattutto quando i reati sono di una certa gravità e i minori non sono recidivi. Ne deriva, per la giustizia riparativa, un approccio più maturo e responsabile, una maggiore consapevolezza dei rischi di un'applicazione selvaggia, una maggiore attenzione alla vittima e alle risorse del territorio (Cfr., sul punto, Abruzzese, 2010, 98).

5. Se il procedimento a carico di imputati minorenni rappresenta uno degli ambiti preferenziali all'interno del quale trova piena attuazione l'attività di mediazione, è, tuttavia, con l'entrata in vigore del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, concernente la competenza penale del giudice di pace, che la mediazione ha avuto il suo primo riconoscimento normativo in ambito penale¹⁹. Ciò che nel rito minorile è stato praticato in via sperimentale, davanti al giudice di pace ha trovato, dunque, chiara legittimazione.

L'introduzione di questo "sottosistema penale" non può ricondursi, infatti, esclusivamente ad esigenze deflative del carico giudiziario della magistratura ordinaria, ma è espressione di un disegno più articolato diretto a realizzare un modello di giustizia diversificato, ispirato alla conciliazione tra le parti e alla valorizzazione del ruolo della persona offesa dal reato. La qualifica "di pace" evoca, del resto, letteralmente il ruolo di compositore di interessi contrapposti; pertanto la conciliazione deve costituire l'esito fisiologico del processo dinanzi al giudice di pace, a cui è demandato lo specifico compito di favorire la composizione del conflitto attraverso una continua ricerca di equilibrate soluzioni compensative durante l'intero corso del giudizio. A tal fine, secondo quanto prevede l'art. 29, comma 4, del d.lgs. 274/2000, "qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza di comparizione per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio". Al riguardo, si ritiene che, pur essendo contemplato solo come "eventuale", il ricorso ai centri di mediazione dovrebbe rappresentare un vero e proprio dovere per l'organo della giustizia "mite", onde evitare che nel tentare personalmente la conciliazione possa restare suggestionato dalle dichiarazioni rese dalle parti, con evidenti ripercussioni qualora il tentativo di conciliazione fallisca. Inoltre, il giudice di pace, in quanto soggetto dotato di poteri decisionali, risulta di solito inidoneo ad assumere il ruolo di mediatore, il cui compito è quello di pacificare senza decidere; pur essendo accomunati entrambi dai necessari profili di imparzialità e terzietà, giudice e mediatore

Sulla base dei dati raccolti, si ritiene che l'esperienza dell'ufficio di Bari sia stata efficacemente condotta seguendo le linee guida della circolare del Dipartimento per la Giustizia minorile – Prot. 14095 del 30.04.2008 – che detta le Linee di indirizzo e di coordinamento in materia di mediazione penale minorile. In particolare si riscontra una perfetta adesione per quanto concerne gli obiettivi, l'opportunità del coinvolgimento interistituzionale, le competenze professionali e la deontologia dei mediatori, le tappe del processo di mediazione, la riparazione, la formulazione degli esiti, i sistemi di valutazione e la relativa documentazione, il raccordo con il gruppo del Dipartimento per la Giustizia minorile (Per un'analisi dettagliata su questi profili, cfr. Aa.Vv., 2012, 190 ss.).

La lunga sperimentazione condotta dagli operatori dell'Ufficio di Mediazione di Bari ha di fatto contribuito a diffondere sul territorio nazionale la cultura della mediazione, sollecitando così le Istituzioni a recepirne il valore in termini sociali e politici.

¹⁹ Sullo svolgimento della mediazione nell'ambito del procedimento penale davanti al giudice di pace, cfr. Cesari, 2005, 89 ss.; Ciavola, 2010, 302 ss.; Chinnici, 2002, 876 ss.; Di Lembo, 2005, 1 ss.; Fidelbo, 2004, 242 ss.; Flora, 2002, 149 ss.; Mannozi, 2003, 314 ss.; Mattevi, 2010, 53 ss.; Ead., 2003, 9 ss.; Patanè, 2008, 587; Picotti, 2002, 137 ss.; Romano A., 2011, 60 s.; Scaccianoce, 2010, 599 ss.; Sotis, 2004, 47 ss.

intervengono sul conflitto con impostazioni culturali e logiche operative abbastanza divergenti. Come è stato efficacemente affermato in dottrina, «il giudice è terzo per decidere anche a costo di ulteriori lacerazioni, mentre il mediatore è terzo per ricongiungere; il giudice è terzo perché estraneo alle parti, il mediatore è terzo perché si pone in mezzo alle parti»²⁰.

Appare, poi, opportuno evidenziare come nel processo davanti al giudice di pace, il ricorso alla mediazione – quale tecnica volta a facilitare la conciliazione tra le parti – può costituire presupposto utile non solo in vista di un'eventuale remissione della querela, ma anche per l'applicazione degli istituti della esclusione della procedibilità per “particolare tenuità del fatto” e dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, che rappresentano alcune delle principali innovazioni introdotte con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 274/2000. Ipotizzare, infatti, che interventi di tipo mediativo possano innescarsi soltanto nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione sarebbe alquanto riduttivo: inserendosi, invece, nell'alveo di questi speciali meccanismi alternativi, l'attività mediativa non resta confinata nel perimetro dei reati procedibili a querela di parte, ma è in grado di determinare un esito conciliativo anche nelle ipotesi di procedibilità d'ufficio, nei cui confronti trovano applicazione gli istituti *ex artt.* 34 e 35, d. lgs. n. 274/2000.

Per quanto concerne il primo istituto, appare evidente come lo svolgimento di pratiche mediative può, di fatto, contribuire, in modo rilevante, alla qualificazione del fatto come particolarmente tenue, divenendo un elemento giustificativo dell'attenuazione della rilevanza penale del reato e della conseguente rinuncia dell'azione²¹. C'è, tuttavia, un aspetto non trascurabile che spesso ostacola l'effettiva applicabilità dell'istituto: l'eventuale interesse della vittima alla prosecuzione del procedimento. Anche in tal caso l'attività di mediazione può risultare davvero efficace; la persona offesa, infatti, di fronte all'impegno serio e fattivo dell'imputato ad attivarsi per rimuovere le conseguenze negative del reato e a porre in essere misure risarcitorie o ripristinatorie, verosimilmente non avrà più alcun interesse a proseguire la vicenda in ambito giudiziario. Per tali motivi occorrerebbe incentivare maggiormente l'avvio di pratiche mediative nell'alveo di questo istituto elevandolo, così, a misura in grado di realizzare una vera e propria “diversione” dal processo già durante la fase delle indagini preliminari, che può dar luogo all'archiviazione del caso e contribuire a realizzare le finalità tipiche del processo penale davanti al giudice di pace.

L'attività di mediazione può, inoltre, rivelarsi particolarmente importante anche per la dichiarazione di estinzione del reato disciplinata dall'art. 35, d.lgs. n. 274/2000, ai sensi del quale “il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla

²⁰ Così, Massa T., 1999, 708 s.

²¹ Cfr. Ciavola, 2010, 317.

riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato”.

Risulta, pertanto, evidente che l'intervento mediativo avviato prima dello svolgimento dell'udienza di comparizione, che determini, altresì, la riparazione del danno cagionato dal reato e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, possa indurre il giudice alla dichiarazione di estinzione del reato. In ragione delle considerazioni svolte, si può osservare come l'art. 35 d.lgs. n. 274 «rientri a pieno titolo nella mediazione penale»²², anzi rappresenta probabilmente lo strumento maggiormente espressivo delle finalità conciliative che devono connotare l'intero procedimento.

6. Venendo ora al procedimento ordinario, vediamo come fatta eccezione per il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dall'art. 555, comma 3, c.p.p., il procedimento penale ordinario non contemplava altre ipotesi normative che consentissero l'avvio di pratiche mediative, idonee a realizzare una vera e propria diversione dal processo.

Finalmente, con l'entrata in vigore della l. n. 67/2014²³, che ha determinato l'estensione anche agli imputati maggiorenni dell'istituto della messa alla prova, la mediazione penale ha affondato le proprie radici nel sistema di giustizia penale ordinario, uscendo dagli angusti confini del tentativo di conciliazione davanti al tribunale monocratico. Secondo quanto disciplinato dall'art. 464 *bis* c.p.p., infatti, fra le varie condotte che il programma di trattamento deve “*in ogni caso*” prevedere sono incluse quelle volte a promuovere, ove possibile, “la mediazione con la persona offesa”. Attraverso questa specifica previsione, in adesione a quanto sempre più richiesto dalle fonti sovranazionali, la peculiare tecnica di *restorative justice* ha fatto così il suo ingresso ufficiale nel procedimento penale ordinario, riconoscendo finalmente alla vittima un ruolo centrale ed una concreta visibilità e soddisfazione per le lesioni subite a causa dell'illecito penale.

Al fine di consentire l'effettiva praticabilità della particolare modalità di intervento, il nuovo art. 141 *ter*, comma 3, disp. att. c.p.p. prevede che tra gli obiettivi dell'indagine e delle considerazioni che gli uffici dell'esecuzione penale esterna devono trasmettere al giudice insieme al programma di trattamento, vi sia la verifica in concreto della possibilità di svolgimento di attività mediativa.

²² L'espressione è di Fidelbo, 2004, 300.

²³ Per un commento alla legge cfr. Amato, 2014, 87 ss.; Bartoli, 2014, 661 ss.; Bove, 2014a; Ead., 2014b; Bronzo, 2014, 1989; Calabretta–Mari, 2014; Della Bella, 2014; Di Tullio D'elisiis, 2014; Diddi, 2014, 109 ss.; Fanuli, 2014, 427; Felicioni, 2014, 415 ss.; Filice, 2014; Fiorentin, 2014a, 63 ss.; Id., 2014b, 68 ss.; Id., 2014c, 70 ss.; Id., 2014d, 75 ss.; Id., 2014e, 78 ss.; Id., 2014f, 83 ss.; Fonti, 2014, 10 ss.; Giunchedi, 2014a; Id., 2014b; Mannozi, 2014, 781 ss.; Marandola, 2014, 674 ss.; Ead., 2015a, 135 ss.; Miedico, 2014; Montagna, 2014, 369 ss.; Nevoli, 2014, 145 ss.; Piccirillo, 2014, 1 ss.; Pulito, 2014, 77 ss.; Riverditi, 2014, 982 ss.; Salvadori–Arata, 2014; Scalfati, 2014, 1 ss.; Scarcella, 2014, 339 ss.; Tabasco, 2015; Triggiani, 2014, 13 ss.; Zaccaro, 2014; Zaina, 2014.

Con la riforma varata il legislatore ha, quindi, introdotto un nuovo istituto, finalizzato a perseguire non solo logiche di deflazione carceraria, ma anche ad assicurare esigenze che sottostanno a meccanismi di giustizia riparativa: responsabilizzazione e reinserimento sociale dell'imputato, da un lato, soddisfazione della vittima del reato con apposite condotte riparative e risarcitorie, dall'altro.

La messa alla prova degli adulti rappresenta, così, «una scommessa importante, che prova a valorizzare i temi della mediazione penale e della giustizia riparativa», rivelandosi idonea a dimostrare che il sistema penale italiano può funzionare «anche oltre il binomio accertamento della responsabilità-sanzione detentiva»²⁴. La possibilità di favorire durante l'esecuzione della misura l'incontro tra autore del reato e persona offesa, oltre a garantire effetti di reale soddisfazione della vittima – sia in termini di compensazione economica che di riparazione simbolica – può agevolare un'immediata responsabilizzazione degli autori di reati con riguardo alla comprensione della non accettabilità delle condotte poste in essere.

È evidente che la buona riuscita dell'istituto *de quo* richiede un impegno serio e fattivo da parte di tutti gli operatori del diritto, onde evitare che le attività processuali previste per l'applicazione dell'istituto – che non sono di poco conto – determinino un aggravio di lavoro per gli uffici giudiziari penali.

Altrettanto indispensabile è una maggiore diffusione della cultura della mediazione e della giustizia riparativa²⁵, sia nei riguardi degli operatori del diritto che delle vittime dei reati potenzialmente destinatarie della misura, onde evitare che la messa alla prova possa essere considerata come via di fuga dalla sanzione penale piuttosto che esperimento di risoluzione informale del conflitto generato dal reato, in grado di condurre ad una riparazione adeguata non esclusivamente in termini patrimoniali.

Soltanto così la nuova formulazione normativa potrà realizzare una vera e propria forma di *diversion* che, «nella prospettiva di un progressivo abbandono del sistema carcere-centrico e di una più ampia valorizzazione della mediazione penale e della giustizia riparativa»²⁶, possa condurre ad una piena valorizzazione della vittima e delle sue esigenze.

Infine, possibili scenari per la mediazione penale possono aprirsi anche all'interno del nuovo istituto della tenuità del fatto, introdotto con il d.lgs. n. 28/2015²⁷.

Secondo quanto statuisce l'art. 2, lett. b), qualora il pubblico ministero intenda formulare la richiesta *de qua*, deve esserne dato avviso all'indagato e alla persona

²⁴ Così Zaccaro, 2014, 12.

²⁵ Avendo la mediazione fatto ingresso nel “cuore” del sistema penale, sarebbe auspicabile includere all'interno dell'offerta formativa universitaria un'autonoma disciplina di insegnamento dedicata allo studio della giustizia riparativa, basata sulla comprensione profonda del significato e dei metodi della mediazione penale, al fine di promuovere una piena consapevolezza delle potenzialità del raccordo interno tra giustizia riparativa e diritto penale. Di questo avviso, Mannozi-Lodigiani, 2014, 147 ss.

²⁶ Così Triggiani, 2014, 75.

²⁷ Per un commento all'istituto, cfr. Amato, 2015a, 25 ss.; Id., 2015b, 29 ss.; Bartoli, 2015, 659 ss.; Marandola, 2015b, 791 ss.; Padovani, 2015, 19 ss.; Piccioni, 2015, 41 ss.

offesa, che abbia dichiarato di voler essere informata, ai sensi dell'art. 408, comma 2, cp.p., comunicando loro che nel termine di dieci giorni possono prendere visione degli atti e presentare opposizione. In tal caso, si renderà necessaria la fissazione di un'udienza camerale, nell'ambito della quale dovranno essere sentite la persona sottoposta alle indagini e l'offeso. La nuova disciplina cerca, in questo modo, di realizzare il non facile ma necessario equilibrio tra le esigenze di massima anticipazione processuale dell'istituto e i contrapposti interessi dei due soggetti privati coinvolti.

Merita, poi, segnalare come la valorizzazione della parte lesa sia contemplata non solo in sede archiviativa ma anche nell'ipotesi di proscioglimento predibattimentale. Infatti, secondo quanto dispone l'art. 3, lett. a) del decreto legislativo in oggetto, la sentenza di non doversi procedere *ex art. 469 c.p.p.* «è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa», che potrà intervenire al pari del pubblico ministero e dell'imputato. Queste occasioni di confronto fra la vittima e l'autore del reato potrebbero favorire, così, come per la messa alla prova, l'ingresso di pratiche mediative, idonee a giocare un ruolo determinante nella valutazione del fatto tenue, divenendo l'attività di *mediation* elemento giustificativo dell'attenuazione della rilevanza penale del reato e della conseguente rinuncia dell'azione.

D'altronde, l'idea di giustizia "mite", che il sistema deve perseguire al fine di garantire maggiore efficienza e funzionalità, impone che le vicende non meritevoli di sanzione ed idonee a risolversi nelle forme attenuate della conciliazione debbano collocarsi fuori dal "teatro giudiziario", alleggerendo così il carico di lavoro degli operatori del diritto. In quest'ottica, proprio lo strumento della declaratoria di tenuità può rappresentare un primo passo verso l'affermarsi di quel diritto penale "minimo" finalizzato alla prevenzione e punizione delle sole offese più gravi ai diritti fondamentali e alla convivenza civile.

In conclusione, sulla base delle considerazioni appena esposte, potremmo, quindi, affermare che gli istituti della tenuità del fatto e della messa alla prova rappresentano il banco di prova su cui efficacemente sperimentare i temi della giustizia riparativa e della mediazione penale.

Riferimenti bibliografici

Aa.Vv. (1997), *La sfida della mediazione*, in G. Pisapia, D. Antonucci, Padova: Cedam.

Aa.Vv. (1999), *Mediazione, conciliazione e riparazione: giustizia penale e sapere psicoanalitico*, in C. Brutti, R. Brutti, Torino: Giappichelli.

Aa.Vv. (2004), *Mediazione penale: chi, come, dove e quando*, a cura di A. Mestitz, Roma: Carocci.

- Aa.Vv. (2004), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, in G. Mannozi, Milano: Giuffrè.
- Aa.Vv. (2012), *1° Rapporto nazionale sulla mediazione penale minorile*, Roma: Gangemi.
- Abruzzese A. (2010), La risposta “mite” della mediazione nel processo penale del Tribunale per i minorenni di Bari, *Min. giust.*, 1, p. 98.
- Amato G. (2014), L’impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità, *Guida dir.*, 21, p. 87 ss.
- Amato G. (2015a), Con l’estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era. (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), *Guida dir.*, 15, p. 25 ss.
- Amato G. (2015b), Con l’offesa lieve e la non abitudine si “aggancia” il caso, *Guida dir.*, 15, p. 29 ss.
- Amodio E. (2006), Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo, *Cass. pen.*, p. 3406 ss.
- Bartoli R. (2014), La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?, *Dir. pen. proc.*, p. 661 ss.
- Belluta H. (2003), Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova, *Riv. dir. proc.*, p. 126 ss.
- Bologna M. (2006), Riflessioni aperte su un istituto in cerca di identità. La mediazione penale, *Dir. pen. proc.*, p. 749 ss.
- Bouchard M. (1995), Vittime e colpevoli: c’è spazio per una giustizia riparatrice?, *Quest. giust.*, p. 887 ss.
- Bouchard M.–Mierolo G. (2005), *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano: Mondadori.
- Bove V. (2014a), L’istituto della messa alla prova “per gli adulti”: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili, *www.penalecontemporaneo.it*.
- Bove V. (2014b), Messa alla prova degli adulti: una prima lettura della L. 67/2014, *www.penalecontemporaneo.it*.
- Bronzo P. (2014), Messa alla prova per gli adulti e “rito degli irreperibili”, *Cass. pen.*, p. 1989.
- Di Tullio D’elisiis A. (2014), *La messa alla prova per l’imputato*, Rimini: Maggioli.
- Calabretta M. S.–Mari A. (2014), *La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014, n. 67)*, Milano: Giuffrè.
- Catullo F.G. (2007), I riti speciali tra esigenze processuali e logica sanzionatoria, in E. Aprile, F. G. Catullo, *Guida ai procedimenti penali speciali*, Giappichelli, p. 1 ss.
- Cauteruccio R. (2006), Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie, *Dir. pen. proc.*, p. 1293 ss.
- Cavallo C. (2008), Le nuove linee di indirizzo e di coordinamento in materia di mediazione penale minorile, *Min. giust.*, 3, p. 357 ss.
- Ceretti A. (2000), Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma, in Aa.Vv., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, III, Criminologia*, Giuffrè, p. 713 ss.
- Ceretti A. (1997), Una nuova risposta al minore autore di reato: la mediazione penale, *Iustitia*, p. 376 ss.

- Cesari C. (2005), *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino: Giappichelli.
- Cesari C. (2012), La vittima nel rito penale: le direttrici della lenta ricostruzione di un nuovo ruolo, *Giur. it.*, p. 463 ss.
- Chinnici D. (2002), Il giudice di pace: profili peculiari della fase del giudizio e riflessioni in margine alla “scommessa” sulla mediazione, *Cass. pen.*, p. 876 ss.
- Ciani G. (2014), *La situazione della giustizia penale secondo il procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, *Cass. pen.*, p. 436 ss.
- Ciavola A. (2010), *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino: Giappichelli.
- Colamussi M. (2010), Mediare: un nuovo diritto?, in P. Corso, F. Peroni, *Studi in onore di Mario Pisani*, I, *Diritto processuale penale*, Celt, p. 219 ss.
- Colamussi M.–Mestitz A. (2010), *Mediazione penale*, *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Torino: Utet, p. 547 ss.
- Colamussi M.–Mestitz A. (2012), *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano: FrancoAngeli.
- Cominelli L. (2012), La mediazione penale e la mediazione penale nel sistema minorile, in A. Cagnazzo, *La mediazione familiare*, Utet, p. 74 ss.
- Dalia A. A. (2005), Le ragioni della crisi della giustizia penale, in A. A. Dalia, *Studi di diritto processuale penale*, Giappichelli, p. 1 ss.
- Della Bella A. (2014), Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, www.penalecontemporaneo.it.
- Di Chiara G. (2009), Scenari processuali per l’intervento di mediazione: una panoramica sulle fonti, in G. Fiandaca-C. Visconti, *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, p. 120 ss.
- Di Gangi M.C. (2011), *La mediazione penale quale metodo alternativo di soluzione del conflitto nella prospettiva comparatistica*, Trapani: Coppola.
- Di Lembo V. (2005), Definizioni alternative del procedimento penale dinanzi al giudice di pace, *Riv. pen.*, p. 1 ss.
- Del Tufo M. (1993), Vittima del reato, *Enc. dir.*, XLVI, Milano: Giuffrè, p. 996 ss.
- Didi A. (2014), La fase di ammissione alla prova, in N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, p. 109 ss.
- Diotallevi G. (2008), Quale futuro per la mediazione penale?, *Quest. giust.*, p. 18 ss.
- Eusebi L. (2013), La risposta al reato e il ruolo della vittima, *Dir. pen. proc.*, p. 527 ss.
- Fanuli G. L. (2014), L’istituto della messa alla prova *ex lege* 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative, *Arch. n. proc. pen.*, p. 427.
- Felicioni P. (2014), *Gli epiloghi*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, p. 415.

- Ferrajoli L. (2002), Crisi della legalità e diritto penale minimo, in U. Curi, G. Palombarini, *Diritto penale minimo*, Donzelli, p. 9 ss.
- Fidelbo G. (2004), Giudice di pace (nel dir. proc. pen.), *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino: Utet, p. 242 ss.
- Filice F. (2014), Messa alla prova: un *vademecum* da Vercelli, www.questionegiustizia.it.
- Filippi L. (2008), Premessa, in G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. I, *Procedimenti speciali*, a cura di L. Filippi, Utet, p. 1 s.
- Fiorentin F. (2014a), Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa, *Guida dir.*, 21, p. 64.
- Fiorentin F. (2014b), Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione, *Guida dir.*, 21, p. 68 ss.
- Fiorentin F. (2014c), Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato, *Guida dir.*, 21, p. 70 ss.
- Fiorentin F. (2014d), Risarcire la vittima è condizione imprescindibile, *Guida dir.*, 21, p. 75 ss.
- Fiorentin F. (2014e), Volontariato quale forma di “riparazione sociale”, *Guida dir.*, 21, p. 78 ss.
- Fiorentin F. (2014f), Revoca discrezionale per chi viola il programma, *Guida dir.*, 21, p. 83 ss.
- Flor R.–Mattevi E. (2012), Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa, www.penalecontemporaneo.it.
- Flora G. (2002), Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti, in L. Picotti, G. Spangher, *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, Giuffrè, p. 149 ss.
- Fonti R. (2014), *Novità legislative interne*, in *Proc. pen. giust.*, 4, p. 10 ss.
- Gialuz M. (2004), Mediazione e conciliazione, in F. Peroni, M. Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione, conciliazione*, Utet, p. 115 ss.
- Giunchedi F. (2014a), Probation italian style: verso una giustizia riparativa, www.archiviopenale.it.
- Giunchedi F. (2014b), L. 67/2014: il Governo introduce la messa alla prova per decongestionare carceri e tribunali, www.quotidianogiuridico.it.
- Grifantini F. M. (2012), Il ruolo della vittima nel procedimento davanti alla corte penale internazionale, *Cass. pen.*, p. 3180 ss.
- Grillo P. (2008), Brevi riflessioni su di un istituto dalle molteplici sfaccettature: la mediazione minorile nei conflitti in famiglia e nel processo penale davanti al tribunale per i minorenni, *Arch. n. proc. pen.*, p. 643 ss.
- Kalb L. (2012), Crisi della giustizia penale e contributo del giurista, *Proc. pen. e giust.*, 1, p. 1 ss.
- Lanza E. (2012), Mediazione e procedimento penale minorile, in A. Pennisi, *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 2^a ed., Giuffrè, p. 532.

- Lorusso S. (2013), Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?, *Dir. pen. proc.*, p. 881 ss.
- Mannozi G. (1999), *La mediazione penale*, Padova: Cedam.
- Mannozi G. (2003), *La giustizia senza spada*, Milano: Giuffrè.
- Mannozi G. (2014), Il “legno storto” del sistema sanzionatorio, *Dir. pen. proc.*, p. 781 ss.
- Mannozi G.–Lodigiani G. A. (2014), Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 147 ss.
- Marandola A. (2014), La messa alla prova dell’imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale, *Dir. pen. proc.*, p. 674 ss.
- Marandola A. (2015a), Le “nuove” alternative al processo penale ordinario, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Giuseppe De Gennaro*, Cacucci, p. 135 ss.
- Marandola A. (2015b), I “ragionevoli dubbi” sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto, *Dir. pen. proc.*, p. 791.
- Marini L.–Pepino L. (2001), Crisi di un modello o crisi del processo?, *Quest. giust.*, p. 1017 ss.
- Martucci P. (2003), Vittima del reato, *Enc. giur.*, XI, Roma: Treccani, p. 1 ss.
- Martucci P. (2005), Mediazione penale, *Enc. giur.*, XIX, Roma: Treccani, p. 1 ss.
- Martucci P. (2006), Gli spazi della mediazione penale nel processo minorile: riflessioni su dieci anni di “sperimentazioni”, *Dir. pen. proc.*, p. 1413 ss.
- Massa T. (1999), Il colore della fratellanza. Riflessioni a margine di una proposta di riforma, *Rass. it. crim.*, 1999, p. 708 s.
- Mattevi E. (2010), Esiguità e sistema penale del giudice di pace. Analisi giurisprudenziale e prospettive applicative dell’istituto della particolare tenuità del fatto, in L. Picotti, *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Cedam, p. 53 ss.
- Mattevi E. (2003), La conciliazione e la mediazione, in Aa.Vv., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza del fatto e condotte riparatorie*, Ipsoa, p. 9 ss.
- Menna M. (2006), Mediazione penale e modelli processuali, *Dir. pen. proc.*, p. 269.
- Messner C. (2000), Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale, *Dei delitti e delle pene*, p. 93 ss.
- Mestitz A.–Colamussi M. (2000), Messa alla prova e *restorative justice*, *Min. giust.*, suppl. al n. 2, p. 223 ss.
- Metta S. (2005), Mediazione penale, *Temi romana*, p. 385 ss.
- Micela F. (2009), La mediazione è un alibi per il processo penale minorile?, *Min. giust.*, 4, p. 183 ss.
- Miedico M. (2014), Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni, www.penalecontemporaneo.it.
- Montagna M. (2010), Profili soggettivi, oggettivi e temporali dei procedimenti speciali nell’evoluzione legislativa e nella prassi, in A. Gaito, G. Spangher, *La giustizia penale differenziata*, t. I, *I procedimenti speciali*, a cura di F. Giunchedi, Giappichelli, p. 77 ss.

- Moro A. C. (2014), *Manuale di diritto minorile*, 5^a ed., a cura di L. Fadiga, Bologna: Zanichelli.
- Musacchio V. (2008), Vittima del reato e giustizia riparativa: paradigmi del nuovo diritto penale del terzo millennio, *I diritti dell'uomo*, p. 37 ss.
- Nevoli F. (2014), La sospensione del procedimento e la sospensione “sulla prova”, in N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, p. 145 ss.
- Nicosia P.–Bruni A.–Dioguardi P.–Marinelli D. (2006), *Temi di mediazione penale*, Pisa: Plus.
- Occhiogrosso F. P. (2005), Il cammino della mediazione, *Min. giust.*, 1, p. 12 ss.
- Occhiogrosso F. P. (2008), La mediazione nella giustizia minorile, *Min. giust.*, 1, p. 161 ss.
- Orlandi R. (2006), La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, *Riv. dir. proc.*, p. 1171 ss.
- Orlandi R. (2007), Verità e giustizia: osservazioni di un processualista alla luce di recenti esperienze “conciliative”, in G. Mannozi, F. Ruggeri, *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio* (Atti del Convegno di studi, Como 13-14 maggio 2005), Insubria University Press, p. 151 ss.
- Orlandi R. (2014), I procedimenti speciali, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, p. 687 ss.
- Ottenhof R. (2012), Sulla tutela penale delle vittime, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 708 ss.
- Padovani T. (2015), Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang, *Guida dir.*, 15, p. 19 ss.
- Pansini C., *Procedimenti speciali*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2015, p. 629 ss.
- Parlato L. (2013), La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di “ascolto effettivo” nel procedimento penale, *Cass. pen.*, p. 3293 ss.
- Patanè V. (2003), La mediazione penale nel processo minorile: le potenzialità, i rischi, le garanzie, in Aa.Vv., *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, Giuffrè, p. 171 ss.
- Patanè V. (2005), La mediazione penale in Italia, in AA.VV., *Dove va la giustizia penale minorile?*, Giuffrè, p. 81 ss.
- Patanè V. (2008), Mediazione penale, *Enc. dir., Annali*, II, t. I, Milano: Giuffrè, p. 572 ss.
- Patanè V. (2012), La tutela della vittima nel procedimento di mediazione, *Giur. it.*, 2012, p. 485 ss.
- Paulesu P.P. (2008), Persona offesa dal reato, *Enc. dir., Annali*, II, Milano: Giuffrè, p. 593 ss.
- Pavan G. (2013), Tutela penale della vittima nel diritto penale, *Dig. disc. pen*, Agg. VII, Torino: Utet, p. 604 ss.
- Pavarini M. (1998), Decarcerazione e mediazione nel sistema penale minorile, in L. Picotti, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, p. 16.

- Pelissero M. (2013), La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina, *Dir. pen. proc.*, p. 261 ss.
- Piccioni F. (2015), Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia, *Guida dir.*, 15, p. 41 ss.
- Piccirillo R. (2014), Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, in R. Piccirillo, P. Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, www.cortedicassazione.it.
- Pilla V. (2008), La mediazione penale, *Min. giust.*, 4, p. 89 ss.
- Pisani M. (1989), Per le vittime del reato, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 465 ss.
- Pricoco M. F. (2013), Il processo penale minorile: educare e riparare, *Min. giust.*, 1, p. 133 ss.
- Pulito L. (2014), Presupposti applicativi e contenuti della misura, in N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, p. 77 ss.
- Riponti D. (1995), La vittima nel quadro della giustizia penale, in G. Ponti, *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, p. 53 ss.
- Riverditi M. (2014), La nuova disciplina della messa alla prova di cui all’art. 168-bis c.p. Uno sguardo d’insieme, *Studium iuris*, 2014, p. 982 ss.
- Romano A. (2011), Il conflitto e la mediazione, *Rass. pen. crim.*, p. 47 ss.
- Ronco M. (2002), Crisi della giustizia: responsabilità della magistratura e della classe politica, *Giur. it.*, p. 1116 ss.
- Ruggieri F. (2007), Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo, *Cass. pen.*, p. 4329 ss.
- Ruggieri F. (2008), Mediazione, *Dizionario sistematico di procedura penale*, Milano: Il Sole-24ore, p. 751 ss.
- Salvadori A.–Arata R. (2014), La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale, www.questionegiustizia.it,
- Scaccianoce C. (2010), Chiaroscuri della mediazione penale nel “rito di pace”, *Giust. pen.*, III, c. 599 ss.
- Scalfati A. (2014), La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67/2014, in N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, p. 1 ss.
- Scarcella A. (2014), Sospensione del procedimento con messa alla prova, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, p. 339 ss.
- Scardaccione G. (1997), Nuovi modelli di giustizia riparativa e mediazione penale, *Rass. pen. crim.*, p. 11 ss.
- Scardaccione G. (2001), La mediazione penale: ipotesi per una valutazione delle esperienze attualmente in corso nell’amministrazione della giustizia minorile, *Rass. it. crim.*, p. 155 ss.
- Sergio G. (1998), Mediazione e processo penale minorile, *Critica penale*, p. 398 ss.

- Scivoletto C. (2004), *Mediazione penale e giustizia minorile: l'esperienza torinese*, *Cass. pen.*, p. 3430 ss.
- Scivoletto C. (2012), *Riparazione e cura nella mediazione penale minorile*, *Min. giust.*, 1, p. 379.
- Scivoletto C. (2012), *Giustizia minorile e partecipazione sociale: qualche riflessione sulla mediazione penale*, *Soc. dir.*, p. 55 ss.
- Sotis C. (2004), *La mediazione nel sistema penale del giudice di pace*, in G. Mannozi, *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Giuffrè, p. 47 ss.
- Spangher G. (2014), *I procedimenti speciali*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, 3^a ed., Giappichelli, p. 553 ss.
- Spaventi L. (2009), *Vittime dei reati e risarcimento del danno*, *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 757 ss.
- Tabasco G. (2015), *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, www.archiviopenale.it.
- Talani M. (2010), *Riflessioni in tema di mediazione penale*, *Ind. pen.*, p. 161 ss.
- Tigano S. (2007), *Giustizia riparativa e mediazione penale*, *Rass. pen. crim.*, p. 25 ss.
- Tonini P. (2015), *Manuale di procedura penale*, 16^a ed., Milano: Giuffrè.
- Tramontano G. (2011), *Mediazione e processo nel sistema penale*, *Riv. pen.*, p. 256.
- Tramontano L. (2010), *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, *Rass. pen. crim.*, p. 49 ss.
- Triggiani N. (2014), *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. Triggiani, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, p. 13 ss.
- Turlon F. (2013), *Per una giustizia penale mediativa e riparativa*, *Min. giust.*, 1, p. 145 ss.
- Turri G. (2005), *La mediazione penale minorile: prospettive e implicazioni*, *Min. giust.*, 1, p. 41 ss.
- Valieri M. (2003), *Sulla mediazione nel processo penale minorile*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, p. 492 ss.
- Vassallo A. (2006), *Brevi riflessioni in tema di mediazione penale a seguito di un recente incontro di studio*, *Cass. pen.*, p. 2635.
- Vezzadini S. (2003), *Mediazione penale fra vittima ed autore di reato. Esperienze statunitensi, francesi ed italiane a confronto*, Bologna: Clueb.
- Vietti M. (2014), *Crisi economica e diritto penale*, *Dir. pen. proc.*, p. 1 ss.
- Ubertis G. (2005), *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1321 ss.
- Zaccaro G. (2014), *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, www.questionegiustizia.it.
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Torino: Einaudi.
- Zaina C. A. (2014), *Riflessioni sulla messa alla prova su richiesta dell'imputato*, www.diritto.it.

Aurora Dibilio

LA NUOVA AGGRAVANTE DELL'ART. 589-TER C.P. PROFILI
PROBLEMATICI

Intervento presentato in occasione del Convegno di Studio *Omicidio e lesioni stradali. Prime riflessioni e spunti critici* (Taranto, 21 maggio 2016)

“la severità delle pene conviene di più al governo dispotico il cui principio è il terrore”

“l’esperienza ha fatto osservare che nei paesi in cui le pene sono miti, lo spirito del cittadino ne è impressionato come altrove lo è delle pene gravi”

“Quando la pena è senza misura, si è spesso obbligati a preferire l’impunità”

(Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*)

1. c.d. La legge sull’omicidio stradale (l. 41/2016), ha previsto in un articolo separato (l’art. 589 ter c.p.) un’ulteriore aggravante speciale ad effetto speciale, propria (in quanto il reo deve necessariamente essere il conducente del veicolo) ed estrinseca (ossia estranea all’esecuzione e/o consumazione del reato e attinente, pertanto, ai c.d. fatti successivi).

Il nuovo art. 589 ter c.p. prevede che nel caso di omicidio stradale di cui all’art. 589 bis c.p., ove ricorra la circostanza aggravante della fuga del conducente la pena è aumentata da un terzo a due terzi e comunque non potrà essere inferiore a cinque anni.

Tale disposizione pone diversi questioni. Le perplessità maggiori riguardano il profilo sanzionatorio.

Tra i gravi dubbi interpretativi che suscita l’art. 589 ter c.p. forse i più cospicui riguardano la previsione di «... *un aggravamento minimo per cui la pena non può essere inferiore a cinque anni*».

La previsione che il limite di pena “non può essere inferiore a cinque anni” sembrerebbe, quasi sicuramente, da individuarsi nel limite di pena al di sotto del quale il Giudice non potrà determinarsi nell’applicazione della pena complessiva tenuto già conto dell’aumento di pena per la circostanza aggravante prevista dall’art 589 ter c.p.

Senonché qualora il Giudice individui la pena base da applicare al di sotto dei 3 anni (rispetto alla cornice edittale da 2 a 7 anni di reclusione, prevista dall'art. 589 bis c.p.), dovendo comunque determinare la pena finale in misura non inferiore a 5 anni di reclusione ai sensi dell'ultima parte dell'art. 589 ter c.p. sarebbe costretto ad applicare un aumento di pena, per la circostanza aggravante, in misura superiore al limite massimo previsto dalla norma, pari a $2/3$.

Esempio:

Pena base: 2 anni di reclusione



Pena finale: 3 anni e
4 mesi di reclusione

Aumento di pena per l'aggravante: $2/3$
(1 anno e 4 mesi di reclusione).



Dunque inferiore ai 5 anni di reclusione imposti dall'ultima parte dell'art. 589 ter c.p.

La locuzione in esame, inoltre, è in evidente il contrasto con la prima parte della norma in cui si legge: *“la pena è aumentata da $1/3$ a $2/3$ ”*.

E non solo!

L'aumento di pena così determinato non si verificherebbe a parità di condizioni per le fattispecie incriminatrici più gravi previste ai capoversi dell'art. 589 bis c.p. aggravate a norma dell'art. 589 ter c.p.

Senza ombra di dubbio, si determina una disparità di trattamento, non giustificata, tra le fattispecie incriminatrici contemplate dall'art. 589 bis c.p., in contrasto con il principio di ragionevolezza, che da origine a profili di incostituzionalità.

Quando si applica l'aumento di pena, come su determinata, appare palese che si travalicano i limiti di proporzionalità e ragionevolezza, in riferimento al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost, così esponendo l'art. 589 ter c.p. a censure di legittimità costituzionale.

Iacopo Iacobellis

ILLECITO E DELITTI DI DANNEGGIAMENTO DOPO LA SECONDA GRANDE DEPENALIZZAZIONE

Intervento presentato in occasione del Convegno di Studio *La seconda grande depenalizzazione* (Taranto, 8 aprile 2016)

1. L'elevata quantità di procedimenti penali, dovuta – tra l'altro - all'enorme numero di ipotesi di reato, è la causa dell'ingolfamento del sistema giudiziario italiano. Tale situazione ha assunto nel corso degli anni i caratteri di una vera e propria emergenza determinando, *sic et simpliciter*, la comminazione della pena in tempi irragionevoli, a discapito di quanto sapientemente previsto dall'art.111 della nostra Carta Costituzionale.

È evidente agli operatori del Diritto che l'ipertrofia del sistema penale, nel sanzionare i comportamenti privi di un disvalore generalmente condiviso a livello sociale, generi pericolosi effetti di indifferenza comportamentali tali da generare – paradossalmente – un fattore criminogeno.

Non solo. L'eccesso di prescrizioni causa disorientamento nei consociati e non garantisce la "sacrosanta" conoscibilità delle norme penali da parte degli stessi: la possibilità di incorrere nella commissione di un reato finisce, invero, col dipendere sempre più dal caso, aggravando in tal modo la perdita di legittimazione dell'intervento punitivo.

Alcuni dati a sostegno di quanto detto sin qui emergono dalla Relazione del Presidente della Suprema Corte di Cassazione Giovanni Canzio sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2015: il numero dei procedimenti penali pendenti al 30 Giugno 2015 in tutti gli uffici giudiziari era di 3.467.896 unità, pressoché corrispondente a quello di 3.484.530 del 30 Giugno 2014.

Una situazione insostenibile a cui si aggiunge l'emergenza del sovraffollamento carcerario che è costata all'Italia la condanna da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con la ormai celebre Sentenza Torreggiani dell'8 Maggio 2013 n.43517/2009. In virtù di tale pronuncia, emessa a distanza di soli quattro anni dalla prima¹, la Corte di Strasburgo ha giudicato il sistema carcerario italiano in palese violazione con l'articolo 3 della CEDU il quale vieta la tortura, le pene e i trattamenti

¹Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 16 Luglio 2009, n. 22635/2003

degradanti conseguenti al sovraffollamento degli istituti penitenziari, auspicando una riforma del sistema sanzionatorio improntata al minimo ricorso alla detenzione carceraria.

A tal fine, il Legislatore ha delegato il Governo perché l'adottasse uno o più decreti legislativi finalizzati a trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.

Trattasi della c.d. *depenalizzazione* che mira, sul piano del diritto sostanziale, a realizzare un "diritto penale minimo" volto a ridurre la quantità dei procedimenti penali con conseguenti ripercussioni positive anche sulla durata dei processi.

La sanzione penale, dunque, diviene applicabile entro i limiti dell'*extrema ratio* che rappresenta, al tempo stesso, garanzia della funzione di stigma e di generale prevenzione del sistema penale.

Proprio la natura di *extrema ratio* della sanzione penale, così come sopra riferito, trova fondamento nella Carta dei diritti dell'uomo e nella Carta costituzionale, al punto da indurre la stessa Corte costituzionale ad affermare che «... il principio della riconoscibilità dei contenuti delle norme penali... rinvia alla necessità che il diritto penale costituisca davvero *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da essere percepite anche in funzione di norme extrapenali di civiltà effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare...»²

A differenza di ciò che si potrebbe pensare, il ricorso all'illecito amministrativo, attraverso lo strumento della depenalizzazione, non rende meno incisiva la tutela del bene giuridico leso. L'illecito amministrativo, infatti, costituisce un archetipo para-penale per la sua marcata assimilazione della sua parte generale a quella del codice penale. Sul piano dell'effettività, poi, la sanzione amministrativa – seppur sprovvista dello stigma criminale – sortisce un notevole effetto di deterrenza a causa dell'inapplicabilità, contrariamente alla sanzione penale, di istituti sospensivi, oltretutto in forza del progressivo arricchimento del ventaglio sanzionatorio che va da sanzioni pecuniarie spesso commisurate secondo meccanismi moltiplicatori del profitto realizzato a sanzioni di tipo interdittivo, destinate, in relazione a determinati settori di attività economica a rivelarsi potenzialmente assai più gravoso rispetto alla pena, soprattutto se pena condizionalmente sospesa o comunque elusa in virtù di meccanismi processuali.

2. Non è la prima volta che il Legislatore interviene in materia penale con lo strumento della depenalizzazione; interventi che, purtroppo, non hanno prodotto l'effetto sperato in termini di deflazione del carico giudiziario trasformando, con l'inesorabile trascorrere del tempo, il "problema giustizia" in una "emergenza giustizia".

²Corte Costituzionale sentenza n. 364 del 1988

Da qui la necessità di un'attività organica ed armonica di depenalizzazione realizzata con la Legge 67/2014, i cui effetti concreti sulla realtà saranno tangibili e quindi valutabili solo con il tempo.

Come evidenziato nelle relazioni governative di accompagnamento agli schemi dei due decreti Legislativi 15 Gennaio 2016 nn.7 e 8, «con questi interventi il Legislatore ha voluto dare concretezza ad una scelta politica volta a deflazionare il sistema penale, sostanziale e processuale, in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale: l'idea condivisa è che una penalizzazione generalizzata, seppure formalmente rispondente a intenti di maggiore repressività, si risolve di fatto in un abbassamento della tutela degli interessi coinvolti, nella misura in cui la macchina repressiva penale non è (e non può essere) calibrata per sanzionare un numero elevato di fatti, specie quando questi siano minori per grado di offensività. Il primo strumento utilizzato è quello della depenalizzazione, cioè della trasformazione di taluni reati in illeciti amministrativi: l'affidamento all'autorità amministrativa dell'intervento punitivo per condotte di ridotta gravità rappresenta – nel pensiero del legislatore – la soluzione privilegiata, perché evita le inefficienze e le storture cui inevitabilmente va incontro il sistema penale quando il carico degli affari diventa numericamente eccessivo. Nella stessa ottica si pone, quale seconda modalità di intervento, la scelta di abrogare alcuni reati previsti da disposizioni del codice penale, con contemporanea sottoposizione dei corrispondenti fatti a “sanzioni pecuniarie civili” che si aggiungono al risarcimento del danno».³

3. In attuazione della Legge Delega n.67/2014, il Governo ha introdotto importanti novità, tra l'altro, in materia di delitti contro il patrimonio riformando in particolar modo il delitto di danneggiamento disciplinato dall'art. 635 cp.

Nella sua precedente formulazione, la fattispecie di danneggiamento si componeva di tre commi:

1) il primo disciplinava l'ipotesi di danneggiamento c.d. “semplice”, procedibile a querela della persona offesa e punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a €309;

2) il secondo sanzionava le ipotesi di danneggiamento aggravato, procedibili di ufficio e punite con la reclusione da sei mesi a tre anni;

3) il terzo, invece, concerneva la sospensione condizionale della pena.

Il verificarsi di una fattispecie aggravata di danneggiamento determinava tre conseguenze:

1) un aumento della pena (*ut supra*);

2) modifica del regime di procedibilità (procedibilità di ufficio);

³ Corte di Cassazione, UFFICIO DEL MASSIMARIO, Settore penale Rel. n. III/01//2016 Roma, 2 febbraio 2016

3) spostamento della competenza (dal Giudice di Pace al Tribunale in composizione Monocratica).

Con il D.Lgs 7/2016, il Legislatore Delegato ha operato in due direzioni:

1) da un lato ha abrogato il primo comma del suddetto articolo;

2) dall'altro ha riformulato l'intera disposizione trasformando le precedenti ipotesi circostanziali – previste dal secondo comma del vecchio testo normativo - in corrispondenti fattispecie autonome di reato.

Relativamente al primo punto, il Governo – in ossequio a quanto esplicitamente previsto dalla Legge Delega – ha abrogato la fattispecie di danneggiamento “semplice” sicché ad oggi la condotta di chi «distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui» non è più penalmente rilevante.

Questo non significa che tale condotta perde rilevanza giuridica in quanto, ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett.c) del D.Lgs n.7/2016, si applicherà una sanzione pecuniaria civile da euro 100 a euro 8000 nei confronti di colui che «*distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui, al di fuori dei casi di cui agli art. 635, 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 quinquies del codice penale*».

Per ciò che concerne il secondo punto, alla suddetta abrogazione, il Legislatore Delegato ha riformulato nel complesso la disposizione facendo venir meno la distinzione tra danneggiamento semplice e le ipotesi di danneggiamento aggravato. Queste, infatti, sono state trasformate in corrispondenti fattispecie autonome di reato, anche se soggette al medesimo trattamento sanzionatorio previsto in passato (la pena della reclusione da sei mesi a tre anni).

Il nuovo testo normativo, dunque, punisce «chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui con:

1) con violenza o minaccia alla persona;

2) in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico;

3) in occasione del delitto ex art. 331 c.p. (ovvero interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità)»

Se la prima modalità di realizzazione della condotta (*con violenza o minaccia alla persona*) rappresenta una semplice trasposizione della vecchia circostanza aggravante descritta dal precedente art.635, comma II, n.1) cp, la seconda (*in occasione delle manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico o del delitto previsto dall'art.331 cp*) è una “rielaborazione” della circostanza aggravante prevista dal n.2) del vecchio articolo.

Quest'ultima sanzionava maggiormente (da sei mesi a tre anni) la condotta di danneggiamento commessa alternativamente da:

1) lavoratori in occasione di sciopero;

2) datori di lavoro in occasione di alcuno dei delitti preveduti dagli articoli 330, 331 e 333 cp.⁴

Il nuovo art.635 cp, dunque, recepisce le evoluzioni normative in materia prevedendo la punibilità per il solo danneggiamento commesso in occasione del delitto previsto dall'art. 331 cp (interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità).

Di più. La nuova norma, innovando rispetto al passato, disciplina l'ipotesi in cui il danneggiamento avvenga *in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico*⁵. La *ratio* di tale novità risiede nella constatazione che, l'esecuzione del danneggiamento durante lo svolgimento di una manifestazione pubblica sia – in virtù della percepibilità del gesto da parte di un numero indeterminato di persone – una condotta intrinsecamente minacciosa, di particolare effetto intimidatorio e pericolosità sociale, tale da meritare una espressa menzione. Occorre, infatti, considerare che il danneggiamento compiuto nelle circostanze descritte presenta un connotato strutturale di violenza che lo rende assimilabile all'ipotesi di cui all'articolo 635, comma 2, n. 1), c.p. che resta espressamente estranea alla depenalizzazione.

Si precisa, tuttavia, che quest'ultima disposizione si differenzia dal danneggiamento *in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico*. Nel primo caso ciò che rileva è la qualità e la destinazione del bene oggetto della condotta e non invece la natura del luogo in cui viene svolta la manifestazione in occasione della quale si realizza la condotta di danneggiamento.

Per ciò che concerne il secondo comma del nuovo art. 635 cp, le tipologie di beni richiamati rimangono nella sostanza del tutto identiche a quelle descritte nella precedente formulazione. Soggiace alla stessa pena prevista per le ipotesi delittuose del primo comma (*ut supra*), «chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili le seguenti cose altrui:

1) edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all'esercizio di un culto, o su cose di interesse storico o artistico ovunque siano ubicate o su immobili compresi nel perimetro dei centri storici ovvero su immobili i cui lavori di costruzione, di ristrutturazione, di recupero o di risanamento sono in corso o risultano ultimati, o su altre delle cose indicate nel numero 7 dell'articolo 625;

2) opere destinate all'irrigazione;

3) piantate di viti, di alberi o arbusti fruttiferi, o su boschi, selve o foreste, ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento;

⁴ Si noti che il campo di applicazione della summenzionata aggravante è stato progressivamente ri menzionato già prima della Legge Delega, in virtù della:

1) Sentenza n.119/1970, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente secondo comma , n.2;

2) legge 146/1990 che ha abrogato gli artt. 330 e 333 cp.

⁵ È luogo pubblico quello continuamente libero, di diritto o di fatto, a tutti o ad un numero indeterminato di persone (Cass. Pen. Sez. III, 13 Novembre 1985, n.1567). È luogo aperto al pubblico quello in cui ciascuno può accedere in determinati momenti ovvero il luogo al quale può accedere una categoria di persone che abbia determinati requisiti (Cass. Pen. Sez. I, 15 Luglio 2009, n.28853)

4) attrezzature e impianti sportivi al fine di impedire o interrompere lo svolgimento di manifestazioni sportive».

Anche in riferimento al capoverso dell'art.635 cp, il Legislatore ha formulato la norma riqualificando le circostanze aggravanti dell'abrogato danneggiamento semplice in elementi costitutivi del reato e, in particolare, in peculiari oggetti del reato. Così come il primo comma, inoltre, anche questa disposizione è una *c.d norma a più fattispecie*.

La tecnica di costruzione normativa impiegata dal Legislatore delegato potrebbe dar luogo ad alcune incertezze applicative. In particolare, l'articolazione formale della fattispecie in due commi distinti potrebbe indurre a qualificare il novellato art.635 cp come una *c.d disposizione a più norme*. Così, ad esempio, potrebbe ipotizzarsi un concorso formale nel caso in cui un soggetto danneggi un bene di interesse artistico (art.635 comma 2, n.1, cp) durante una manifestazione in luogo pubblico (art. 635, comma 1, cp). In attesa di pronunce giurisprudenziali chiarificatrici sul punto, pare opportuno segnalare il dubbio che la soluzione a favore del concorso formale non sia compatibile con la finalità di depenalizzazione perseguita dalla legge delega e non sia quindi rispondente ai principi che l'hanno ispirata.

È doverosa, tra l'altro, una ulteriore riflessione. L'aver trasformato in fattispecie autonome di reato quelle che erano le ipotesi circostanziali ha fatto venire meno la possibilità di procedere al giudizio di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti.

Nella sostanza, dunque, vi è stato un effettivo aggravamento della posizione del soggetto agente. La questione ha risvolti rilevanti sul piano delle successioni delle leggi nel tempo.

Nulla quaestio nell'ipotesi di danneggiamento “semplice”. L'art.12 del D.Lgs. 7/2016 afferma, infatti, che «le disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili del presente decreto si applicano anche ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore dello stesso, salvo che il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

La posizione del reo, ad oggi, risulta più vantaggiosa rispetto al passato.

Non è possibile dire lo stesso per la nuova disciplina prevista dall'art.635 cp: poiché il Legislatore Delegato ha trasformato in fattispecie autonome di reato le precedenti circostanze aggravanti, non è consentito un giudizio di bilanciamento con la conseguenza che la legge sopravvenuta risulta essere più sfavorevole rispetto alla precedente sicché, ai sensi dell'art. 2 comma 4 cp, sarà applicabile quest'ultima.

Relativamente alla sospensione condizionale della pena, questa è subordinata a due condizioni alternative:

- 1) il danneggiante *deve eliminare le conseguenze dannose o pericolose* del reato;
- 2) il danneggiante (qualora non si opponga) deve prestare *attività non retribuita utile alla collettività* per un tempo determinato (ma comunque non superiore alla pena prevista).

La riformulazione dell'articolo 635 cp nel suo complesso, a fronte di una delega che prevedeva l'abrogazione del solo primo comma, pone un problema di coordinamento con l'articolo 4 lett. a) decreto legislativo 28 agosto 2000 n° 274 *in materia di competenza del Giudice di Pace*, alla luce della quale spetta a questi la competenza in materia di danneggiamento "semplice", così come disciplinato dall'abrogato ex art.635 primo comma cp. Condivisibile è l'orientamento secondo il quale, nell'attuale formulazione, competente in materia di danneggiamento è il Tribunale monocratico.

La pena da sei mesi a tre anni, prevista dal nuovo testo normativo, consente – tra l'altro – all'imputato di beneficiare dell'istituto della particolare tenuità del fatto, previsto dal recente art. 131-bis, cod. pen. *su input*, anch'esso, della legge n. 67 del 2014.

Quest'ultimo aspetto consente una breve ma utile distinzione tra i due istituti della depenalizzazione e tenuità del fatto:

1) con il primo istituto tutti i reati, a prescindere dalle modalità attraverso cui in concreto sono stati consumati, vengono meno;

2) con la "tenuità del fatto" non sono punibili, in via astratta, quei reati, sanzionati nel massimo con la pena di cinque anni di reclusione o con la pena pecuniaria, soltanto se nel concreto siano risultati di scarsa offensività.

4.L'art. 2 D.Lgs. 7/2016 ha modificato gli artt. 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 *quinquies* cp.

Il reato previsto dall' 635 bis cp e quelli previsti successivamente sono stati introdotti nel codice penale rispettivamente, il primo, in forza della legge 457/1993 e, i secondi, dalla Legge 48/2008 di ratifica della c.d Convenzione Cybercrime. La punibilità delle condotte di danneggiamento di cui all'art. 635 cp è stata estesa alle tipologie delittuose aventi ad oggetto beni immateriali come i dati e i programmi informatici. Nonostante gli sforzi interpretativi, infatti, la precisa individuazione delle cose mobili o immobili quale oggetto materiale del reato di danneggiamento impediva la punibilità di fatti incidenti su beni di natura immateriale.

L'oggetto del reato che caratterizza tali fattispecie è costituito da informazioni, dati e programmi informatici (art.635 bis cp), anche di pubblica utilità (art. 635 ter cp), oppure da sistemi informatici o telematici privati (art.635 quater cp) o di pubblica utilità (art.635 *quinquies* cp).

Le modifiche dei suddetti articoli si sono rese necessarie al fine di garantire il doveroso coordinamento con la mutata disciplina del delitto di danneggiamento.

In particolare, il Legislatore Delegato ha ridefinito le norme sulle circostanze aggravanti delle quattro fattispecie di danneggiamento informatico, precisando per ciascuna di esse che la sanzione è aumentata *se il fatto di reato è commesso con violenza alla persona o con minaccia ovvero con abuso della qualità di operatore di sistema*.

Non risponde alla succitata esigenza di coordinamento il nuovo secondo comma dell'art.635 bis cp. Attualmente, infatti, il soggetto agente è punibile solo su querela

della persona offesa essendo venuta meno la procedibilità di ufficio. La modifica del regime di procedibilità comporta un duplice obiettivo vantaggio:

1) per il sistema penale, in quanto si realizza un alleggerimento del carico giudiziario penale;

2) per il soggetto attivo del reato, il quale potrà esser perseguito soltanto a condizione che la persona offesa presenti querela. Questo aspetto rileva anche nell'ottica del diritto intertemporale. Se il fatto è stato commesso prima dell'entrata in vigore della riforma, al soggetto attivo potrebbe applicarsi la nuova disciplina più favorevole, ai sensi dell'art. 2 comma 4 cp. essendo la disciplina post-riforma più favorevole per il reo stesso: si richiede, infatti, quale condizione necessaria di procedibilità la querela della persona offesa.

Giuseppe Losappio

DALLA DIDATTICA LIQUIDA ALLA LIQUEFAZIONE DELLA DIDATTICA
PENALE (IL PROBLEMA DEGLI STUDENTI NON FREQUENTANTI)

Testo dell'intervento presentato in occasione della seconda giornata di studio dedicata
a Franco Bricola, *Ricerca e didattica nelle discipline penalistiche*
(Bologna, 15 maggio 2015)

«Liquido» è il tipo di vita che si tende a vivere nella società liquido-moderna. «La vita liquida, come la società liquido-moderna, non è in grado di conservare la propria forma o di tenersi in rotta a lungo. La vita liquida è una sequenza di nuovi inizi» e *fini* successive. È la «distruzione creatrice» il tipico modo di procedere della vita/società liquida, secondo la nota – arcinota – lezione di Zigmunt Bauman.

Nota metodologica:

a) non discuterò questa “tesi”, ma assumerò che sia valida, nei limiti in cui nella società liquida la coppia valido/non valido rappresenta un'alternativa dialettica “valida”;

b) non discuterò in questa sede l'impatto della vita/società liquida sul diritto penale; non tratterò, cioè, dell'ipotesi che si dia e con quali caratteristiche un “diritto penale liquido”, tema già studiato dalla letteratura penalistica più autorevole, sia pure con etichette diverse;

c) mi limiterò ad accennare agli elementi di frizione/contraddizione più evidenti tra il layout della vita/società liquida e i denominatori comuni dei corsi base di diritto penale. Sotto questo profilo, il filo rosso che ispirerà la riflessione muove dall'ipotesi che la didattica del diritto penale è moderna/‘solida’ ma il suo interlocutore, lo studente medio, è liquido, nel senso baumaniano, per due ragioni:

- ha una coscienza, meglio, una sensibilità giuridica ‘senza forma’;
- vive, esame dopo esame, una sequenza di fine/inizio, una condizione di ‘matricola permanente’, perché ad ogni prova le conoscenze (non) acquisite si distruggono (più o meno creativamente).

I profili di questa contrapposizione sono molteplici, polimorfi, persino sfrangiati, anche perché trascorrono, direi inevitabilmente, dai piani più levigati della speculazione teorica alle rifrazioni più sfuggenti, anche oscure, dell'esperienza personale.

Tra le ramificazioni, quella in cui la dialettica solidità/liquidità tocca il culmine dell'intensità, è proprio una delle più nascoste o comunque meno considerate (nonostante sia molto frondosa, in alcune realtà, perlomeno, quelle, in particolare, dove sono meno i c.d. 'fuori sede'). È l'universo parallelo dei non frequentanti che – per le ragioni più varie – non fruiscono della didattica c.d. frontale (perlomeno non ne fruiscono direttamente ma al massimo indirettamente quando surrogano la frequenza con lo studio delle c.d. dispense/sbobinature che più o meno abusivamente alimentano l'economia delle copisterie nei pressi dei nostri dipartimenti).

Al netto di quest'ultima ipotesi, la didattica nei confronti degli studenti non consiste inizia e finisce con la definizione del programma e l'indicazione dei testi consigliati (oltre ovviamente all'esame finale e la tesi).

Manuali solidi vs. studenti liquidi

Il documento programmatico delle due giornate di studio bolognesi sulla ricerca e sulla didattica accenna ai manuali nel 'capitolo' relativo alla ricerca, ragionando sul discutibile orientamento a considerare i testi "istituzionali" prodotti non scientifici.

Condivido le perplessità, non solo perché – come si legge nel documento – alcuni manuali hanno condizionato e condizionano 'il modo di pensare di studiosi e operatori'; aggiungerei che i manuali di diritto penale, la gran parte almeno, se non sono 'duri', secondo l'accezione delle c.d. scienze 'esatte', sono perlomeno solidi, da più punti di vista. Per loro stessa natura, di qualunque materia si tratti, i manuali sono quasi sempre il frutto di un processo di consolidamento di un'esperienza didattica. Così anche chi – come Claudio Luzzati – chiama il suo testo di filosofia del diritto 'Questo non è un manuale' non disdegna di illustrare *manualisticamente* i concetti di diritto, di norma ecc..

- Il sapere dei manuali di diritto penale (comunque li denominiamo) è solido perché propone un sistema radicato nel diritto costituzionale (ma non solo) e nella filosofia del diritto (se non altro) È specifica del diritto penale la c.d. 'posteriorità logica'; il diritto penale è il ramo dell'ordinamento, che – come insegnavano Aldo Moro e Gaetano Contino – sublima ogni altra esperienza giuridica. Per contro, lo studente liquido, lo studente non corsista, soprattutto, la 'matricola permanente' vive, in barba alla linea Maginot delle propedeutica, l'esame di un diritto penale come un nuovo inizio, senza la memoria dell'intrinseca natura umana e sociale del diritto, della tripartizione, della distinzione tra le decreti legge e decreti legislativi, tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, tra Strasburgo e Lussemburgo, illiceità e antigiuridicità (e così via).

- Il sapere dei manuali è un sapere solido, un sapere-logos, nel senso che vive di ragione e parola; sono testi, dogmatici, istituzionali, di taglio teorico-generale che, sia pure con accenti e tonalità molto diversi, declinano o comunque discutono il postulato di von Listz che il codice penale è la *magna charta* del reo; possiamo presumere che lo studente non corsista, che non fruisce dell'insegnamento frontale (in aula oppure *on line*), si confronti con questo testo muovendo da una percezione (una pre-comprensione

se vogliamo) del diritto penale, molto approssimativa, spesso poco incline alla fatica intellettuale di comprendere che la tutela dell'innocente vale il prezzo di assolvere il colpevole, che anche il peggiore dei delinquenti dev'essere difeso; confonde o tende a confondere ogni garanzia con il garantismo 'peloso', con il privilegio e l'imperdonabile debolezza di un sistema 'snervato'; un 'sapere' liquido, alimentato – nelle ipotesi migliori – dai plastici di 'porta a porta' e dalla criminologia della Bruzzone; più che un diritto penale del tipo autore, è un diritto penale dell'autore mediatico o, meglio, mediatizzato; è un diritto penale che vive di immagine ed emozioni, nel quale la chiave del sistema è l'alternativa empatia/antipatia; pollice in alto/pollice verso.

Consolidare lo studente liquido?

Mi vengono in mente due riferimenti:

- il primo è l'esorcismo penale evocato dal prof. Stortoni, in un saggio pubblicato sulla Rivista italiana del 2004, che cito senza preoccupazioni filologiche. Sollecita l'interrogativo se il compito maieutico dell'educare richieda anche di esorcizzare (appunto) il corsista dai recessi più deteriori della coscienza collettiva penalistica. Un corso è un tempo abbastanza lungo per provare l'opera di 'raffinare' le pre-comprensioni più grevi; così non è per l'esame finale del corso, ambito dell'attività didattica-accademica nel quale è persino controvertibile che le opinioni dello studente sulla pena di morte o sulla tortura possano incidere sul risultato finale della prova, potendo persino manifestare quel *making judgment* che concorrono alla definizione dei c.d. 'estrattori di dublino'.

- Il secondo è il film "Non uno di meno", vincitore del Leone d'oro alla 56^a alla Mostra internazionale d'arte cinematografica di Venezia del 1999 che racconta di una giovanissima maestra di scuola elementare che si prodiga tantissimo per giungere alla fine dell'anno scolastico, senza che la classe perda anche un solo alunno.

Questo mi sembra l'elemento cruciale:

- Qual è il livello di selezione giusto?
- Qual è il livello di selezione opportuno?
- Quale livello di selezione possiamo sopportare?

Non ho il tempo, né le competenze per rispondere a queste domande. Del resto, la crociata anti 'fuoricorso' dei decreti ministeriali e del CUN insieme con i corrispondenti tagli del Fondo di finanziamento ordinario avviliscono

l'importanza di questi interrogativi. *Promovere necesse est, non recte iudicare.* Vorrei credere al prof. Luca Marafioti quando affermava che c'è una grande domanda di nozioni. La realtà è che mi sembra assai più grande la domanda di promozioni. Con buona pace della meritocrazia che viene in gran parte circoscritta alla dosimetria del risultato, in una sorta di grottesco ritorno al c.d. diciotto politico.

Paolo Marinò

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA ALLA LUCE DELLA SENTENZA TORREGGIANI E DELL'ULTIMA DEPENALIZZAZIONE

Testo dell'intervento presentato in occasione del Convegno di Studio *La seconda grande depenalizzazione* (Taranto, 8 aprile 2016)

1. Uno dei nodi che attanaglia il sistema sanzionatorio del nostro Paese, è l'individuazione dell'equilibrio¹ tra l'esigenza, di matrice europea, di evitare il sovraffollamento delle carceri e quella, di rango costituzionale, di garantire, pur sempre, la funzione rieducativa della pena. In questi ultimi mesi, sono state adottate a livello normativo misure che cercano di affrontare e risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri. In questo scenario, sembra emergere un vero e proprio indebolimento del principio costituzionale di cui all'art. 27 Cost. in base al quale «le pene (...) devono tendere alla rieducazione del condannato». In dottrina si è parlato di correlazione esistente tra la crisi che sta attraversando lo Stato sociale ed il finalismo rieducativo, «essendo storicamente constatabile un tendenziale regresso tanto dell'idea che della prassi della rieducazione, tutte le volte in cui lo Stato assistenziale entri o minacci di entrare in crisi»².

Il problema è di non poco conto soprattutto alla luce della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo³ che ha condannato il nostro Paese per aver violato l'«art. 3 della Convenzione» che stabilisce il divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti.

2. Negli ultimi quarant'anni, numerosi sono stati gli interventi normativi finalizzati a razionalizzare il sistema sanzionatorio, nella consapevolezza che molte violazioni di legge, spesso di natura bagatellare, non necessitavano l'applicazione di una sanzione penale. Nello sforzo di individuare modelli di pena o di esecuzione diversi dalla tradizionale detenzione o semplicemente pena pecuniaria, occorre citare

¹ Autorevole dottrina, attribuisce alla responsabilità politica la ricerca di un equilibrio sostenibile, da cui oggi siamo lontani. Una riduzione del penale potrà essere sostenuta solo entro un quadro di politiche capaci di esprimere e praticare altre e più efficaci modalità di contrasto alla criminalità, e di difesa dei diritti sia dalla criminalità che da autoritarismi di qualsiasi matrice, così Pulitanò, 2014, 136 ss..

² Fiandaca, 1991, 224.

³ E' il caso della Sentenza Torreggiani e altri contro l'Italia, emessa dalla Corte di Strasburgo in data 08 gennaio 2013.

la “legge 689/81”, le “leggi 205 e 207 del 1999”, la gestione commissariale ed il piano carceri. Più di recente, la “legge 199/2010” sull'esecuzione domiciliare; “l'O.P.C.M. 19 marzo 2010, n. 3861”, un'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri che ha dettato nuove disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare la situazione di emergenza conseguente al sovraffollamento penitenziario; il “decreto-legge 211/2011” sull'emergenza carceraria; il “decreto-legge n. 216 del 2011” con il quale veniva prorogata di un ulteriore anno (cioè fino al 31 dicembre 2012) la gestione commissariale per gli interventi straordinari di edilizia carceraria; la “legge 62/2011” sulle detenute madri; il nuovo piano carceri, approvato dal Comitato il 31 gennaio 2012; il “DPR 3 dicembre 2012” che prorogava fino al 31 dicembre 2013 la gestione commissariale per l'emergenza carceraria.

Particolare rilievo ha assunto la legge “svuota carceri”, il “D. n. 146/2013” e la legge di conversione del “Decreto Legge 92/2014” sui rimedi risarcitori da sovraffollamento carcerario e sui limiti della custodia cautelare in carcere. A seguire deve citarsi la “legge 67/2014” in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, con disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, esteso anche ai maggiorenni e con la possibilità di vedere estinto il reato commesso senza pronuncia di condanna, in caso di esito positivo della prova. Si tratta di norme che, *almeno nelle intenzioni del legislatore*, vorrebbero puntare l'attenzione sulla proporzionalità della sanzione, sulla funzione rieducativa della pena o ancora, sull'individuazione di condotte, riparatorie o risarcitorie, capaci in concreto di dimostrare l'avvenuto recupero sociale del reo.

Cercando di soddisfare l'esigenza europea di porre rimedio al problema del sovraffollamento delle carceri, successivamente alla sentenza Torreggiani⁴, in data 19 febbraio 2014, veniva definitivamente convertito in legge il “decreto n. 146 del 23 dicembre 2013”, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria⁵. L'approvazione del provvedimento, costituisce una parte rilevante del complesso iter legislativo e

⁴ Escluso il rimedio ai rimedi straordinari, come l'indulto o l'amnistia, anch'essi suggeriti dal Presidente della Repubblica nel messaggio alle Camere dell'08 ottobre 2013, il legislatore sembra dare seguito al monito della CEDU, soprattutto perseguendo la direzione della deflazione processuale. E' questo l'intento perseguito con l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova, così Mangiaracina, 2015, 416 ss..

⁵ Nel tentativo di procedere ad una prima lettura del provvedimento - che si ispira in larga misura alle soluzioni contenute nella "Proposta di interventi in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione", elaborata dalla Commissione Giostra - occorre innanzitutto osservare come esso si muova su due piani: su di un primo piano, si collocano gli interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere, attraverso la riduzione del flusso dei detenuti in ingresso e l'ampliamento di quello dei detenuti in uscita; su di un secondo piano, invece, si collocano gli interventi funzionali a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti e, in particolare, a garantire la giustiziabilità dei diritti violati dal sovraffollamento, così come richiesto dalla sentenza Torreggiani, cfr. Della Bella, 2014; si veda anche Della Bella, 2013; cfr. anche Della Morte, 2013, 147 ss; Della Casa, 2011, 5 ss..

politico, avviato al fine di rispettare ed uniformarsi alle recenti statuizioni della Corte Europea dei diritti dell’Uomo. Come è noto, il provvedimento, cosiddetto “decreto svuota carceri”, prevede una serie di modifiche finalizzate a porre rimedio alla problematica del sovraffollamento.

Come si può facilmente apprendere, la legge “svuota carceri”, attraverso l’introduzione dell’obbligatorietà del braccialetto elettronico, l’affidamento in prova, la liberazione anticipata speciale, la detenzione domiciliare e l’espulsione degli stranieri detenuti, prevede veri e propri incentivi che mirano a ridurre, si spera drasticamente, il ricorso alla pena detentiva; in un’altra ottica, attraverso l’introduzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute, ha inteso migliorare, almeno in principio⁶, la tutela dei diritti fondamentali del detenuto.

L’ultima importante riforma è stata realizzata con i “decreti legislativi numeri 7 e 8 del 15 gennaio 2016”, emanati a seguito della “legge delega n. 67 del 28 aprile 2014”, che hanno posto in essere una profonda depenalizzazione.

Il *novum*, che avrà profonde incidenze, anche dogmatiche, sul sistema punitivo in assoluto - e, quindi, non esclusivamente su quello penale - consiste nell’aver trasformato in illeciti civili alcune fattispecie di reato e, d’altro canto, per aver abrogato fattispecie delittuose.

I provvedimenti citati, disegnano uno scenario politico-legislativo finalizzato a salvaguardare il grave problema del sovraffollamento delle carceri e di conseguenza il trattamento umanitario nell’esecuzione della pena. A questo punto si impone una doverosa riflessione: l’introduzione di tali misure in che modo garantirà l’esplicazione della funzione rieducativa della pena ex art. 27 Cost. ed i suoi principi fondamentali⁷?

3. I provvedimenti legislativi adottati in questi ultimi anni⁸, hanno dato luogo ad una certa distonia tra la funzione rieducativa della pena ed il degrado dovuto al sovraffollamento delle carceri italiane. In altri termini, occorre domandarsi se i provvedimenti adottati dallo Stato Italiano rispondono alla concreta ed emergente esigenza di rieducare il condannato, così come previsto dall’“art. 27 della Cost.”, oppure rispondono solo ad un’esigenza di politica-criminale finalizzata, prevalentemente, a risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri. In altri termini, nel sistema attuale ed alla luce delle citate riforme, come si esprimerà la funzione rieducativa della pena?

Sul fronte europeo, la sentenza Torreggiani della CEDU, sembra imporre un inversione di rotta fondato non tanto sulla cultura della pena detentiva ma sull’incentivazione di soluzioni di trattamento sanzionatorio più rispondenti alla tutela

⁶ Il Garante, infatti, sembra non avere poteri concreti al fine di garantire una sostanziale tutela del detenuto.

⁷ Cfr. Pugiotto, 2014; Fiandaca-Musco, 2014, 705.

⁸ Per ulteriori approfondimenti, cfr. Pulitanò, 2013, 61.

della dignità umana e più idonee alla “guarigione” del tessuto sociale. Il ricorso al carcere, come sostenuto da alcuni esponenti in dottrina⁹, dovrebbe rimanere sempre *l'extrema ratio* e la pena concepita sempre come punizione ma improntata verso una concezione che consente la riappropriazione del futuro, consistente in provvedimenti tesi a favorire il riappropriarsi, da parte di chi subisce la condanna, delle regole trasgredite, nonché la sua responsabilizzazione rispetto ai danni o ai pericoli prodotti.

In questo scenario, il Governo Italiano incentivando l'adozione delle misure alternative alla detenzione, come la messa alla prova¹⁰, il maggior ricorso all'applicazione del braccialetto elettronico, l'ampliamento dell'espulsione dello straniero dallo stato come misura alternativa al carcere, e via di seguito, sembra favorire una politica che promuove le misure alternative alla detenzione rispetto alla tradizionale politica "carcerocentrica"¹¹.

Se davvero potessimo non avere dubbi sul cambiamento di rotta, dall'altro occorrerebbe prevenire il rischio di sminuire la funzione rieducativa della pena, pur di risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri. Probabilmente, occorrerà andare ancora oltre puntando sulla realizzazione di un progetto di riforma del sistema di gestione della pena; una pena capace di tradurre, nella sua completezza, i principi costituzionali.

4. Alla luce delle ultime riforme, è evidente come la forte incentivazione da parte del legislatore ad applicare le misure alternative al carcere, si sia via via emancipata dalla sua originaria ispirazione special-preventiva per acquisire, invece, i caratteri di qualcosa che si potrebbe definire una “*retribuzione* alternativa alla pena detentiva”; vale a dire una risposta attenta, oramai, alla sola necessità di riaffermare il primato della legge ripagando ‘in qualche modo’ il male commesso, la cui mitezza - che consiste per l'appunto nella sostituzione del carcere con misure alternative - non sembrerebbe finalizzata a scopi di risocializzazione o anche di sola umanizzazione della pena, ma di pura deflazione giudiziaria.

E' molto incerto, dunque, lo scenario nell'ambito del quale dovrebbe estrinsecarsi la funzione rieducativa della pena. Le misure introdotte in questi ultimi anni¹² sembrano rispondere ai principi tanto invocati dalla CEDU che dalla stessa Corte Costituzionale, solo nelle “intenzioni”. Un braccialetto elettronico, ad esempio, è la soluzione al problema del sovraffollamento delle carceri oppure risponde alla necessità di rieducare il condannato?

⁹ Cfr. Chinnici, 2015.

¹⁰ Sul punto cfr. Viganò, 2013, 1330 ss.

¹¹ L'espressione è di Fiorio, 2010, 119.

¹² L'approccio al tema sul piano legislativo si è tradotto, nel d. l. n. 146 del 2013, *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, di recente convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

I provvedimenti citati, sembrano trascurare, almeno allo stato, la funzione rieducativa della pena, soprattutto nella misura in cui non prevedono, al momento dell'applicazione, un concreto e mirato accertamento sulla personalità del reo e quindi sulla capacità reale di reinserimento nella società. Tra l'altro, le misure recentemente introdotte, comportano almeno due aspetti rivoluzionari: il primo è quello in base al quale il legislatore, nell'ipotesi, ad esempio, dell'art. 168 bis c.p., non solo rinuncia alla pretesa punitiva tradizionalmente intesa, ma finisce con l'accantonare, di fatto, persino la pretesa che costituisce il nucleo stesso del diritto penale, ovvero l'accertamento della verità¹³; in secondo luogo, sempre in riferimento all'ipotesi dell'art. 168 bis c.p., il legislatore, pur prevedendo che l'imputato deve collaborare con l'UEPE nella redazione di un programma trattamentale di risocializzazione e, ove possibile, di mediazione con la persona offesa, trascura, di fatto, ogni verifica in ordine alla colpevolezza dell'imputato. Non deve sottovalutarsi che, fino ad oggi, gli istituti volti alla reintegrazione sociale dell'imputato mediante l'esecuzione in area penale esterna, ovvero mediante sanzioni e misure che consentivano all'autore del reato di rimanere fuori dal carcere, comportando restrizioni di libertà personale per mezzo dell'imposizione di condizioni o obblighi, riguardavano il soggetto riconosciuto colpevole mediante sentenza di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti. Come può parlarsi, allora, di rieducazione o recupero di quella coscienza sociale mancante nel reo al momento della commissione del reato, sorvolando e non focalizzando l'attenzione in ordine alla sua colpevolezza?

Fino a quando non si riuscirà ad intervenire in modo sostanziale ed incisivo sul recupero della coscienza sociale del reo, nonché sull'effettivo coinvolgimento morale della persona sottoposta a pena, difficilmente colui che ha commesso il reato sarà capace di "autoeducarsi" vedendosi applicare una sanzione più mite rispetto alla tradizionale pena carceraria. Se, dunque, i nuovi orizzonti viaggiano verso la direzione di privilegiare - là dove non si possa fare a meno di ricorrere alla pena detentiva - l'esecuzione della medesima nell'ambito della comunità, ricorrendo il meno possibile al carcere, sulla scia del moderno orientamento degli Stati Europei, la finalità rieducativa della pena dovrebbe riacquistare il suo primato nell'ambito della legislazione penitenziaria, la quale dovrà determinare modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato; il tutto secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà, tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, dovrebbero sempre convergere al conseguimento del fine costituzionalmente sancito dalla costituzione, riponendo l'attenzione sulla personalità e dignità dell'essere umano¹⁴. Come sostiene autorevole dottrina¹⁵, la finalità rieducativa non sarà mai possibile senza un ventaglio di strumenti alternativi alla pena, senza, cioè, una

¹³ In questi termini Beretta-Vaccina, 2015, 48 ss..

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti si veda Fiorella, 2014.

¹⁵ Cfr. Losappio, 2013, 14 ss..

“penalità della libertà”, e, quindi, “una presa in carico del deviante nella community, nel sociale o ... nel territorio”.

Riferimenti bibliografici

Chinnici D. (2015). *Buchi neri nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*. Riv. Arch. pen., I.

Della Bella A. (2014). *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 07.01.2014

Della Bella A. (2013). *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 19.12.2013

Della Morte (2013). *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*. Riv. Diritti Umani e diritto internazionale, p. 147 ss

Della Casa (2011). *Approvata la legge c.d. “svuota-carceri”: un altro ‘pannicello caldo’ per l’ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*. Riv. it. dir. proc. pen., p. 5 ss.

Fiandaca G. (1991). *Il 3 comma dell'art. 27*. In Branca G. (a cura di). Commentario alla Costituzione. Bologna. Zanichelli, p. 224

Fiorio (2010). *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*. Riv. Proc. pen. e giust. p. 119

Fiorella A. (2014). *Ripartire dai progetti ministeriali di un nuovo codice penale? Prospettive non avveniristiche di trasformazione del sistema delle sanzioni penali*. Riv. Arch. Pen., II

Losappio G. (2013). *Libera nos a malo. Sulle tracce della pena rimoszionale*. Anno I. www.annalidipartimentojonico.org il 31.12.2013, p. 14 ss.

Mangiaracina A. (2015). *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, I, pag. 416 ss.

Pulitanò D. (2014). *Il messaggio del Presidente della Repubblica e le politiche penali*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, I, p. 136 ss.

Pulitanò D. (2013). *Quale agenda per la giustizia penale*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, III, p. 61

Pugiotto A. (2014). *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*. Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 10.06.2014

Viganò F. (2013). *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*. Riv. it. dir. proc. pen. III, p. 1330 ss.

Francesco Mastroberti

LAUDATIO DEL PREMIATO

VII edizione del premio “Giovanni Cassandro” per gli studi di Storia del Diritto Italiano al Prof. Vito Piergiovanni (Taranto, Dipartimento Jonico, 22 marzo 2016)

E' per me un grande onore parlare del Prof. Vito Piergiovanni, uno dei più autorevoli maestri della mia disciplina. Ma è anche difficile perché io e i colleghi della mia generazione ci siamo formati sui suoi libri: Piergiovanni per noi è stato un punto di riferimento e la *laudatio* non può che iniziare con un forte ringraziamento per quanto ha dato alla disciplina. Un grazie sincero per essere una vera guida: schivo, riservato, rispettoso, attento verso tutti, studenti e colleghi, giovani alle prime armi o autorità accademiche.

Vito Piergiovanni nasce a Bari nel 1939 ma è a Genova che studia e si laurea nel 1960, con una tesi di laurea sul *Senato della Repubblica di Genova nella riforma di Andrea Doria* Sotto la guida del Prof. Luigi Prosdocimi. Dal 1963 è assistente volontario presso la cattedra di Storia del Diritto Italiano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova. Nel 1965 pubblica il suo primo lavoro: *Il Senato della Repubblica di Genova nella riforma di Andrea Doria* (in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova»). In quegli anni la facoltà giuridica genovese era dominata dalla figura di Giovanni Tarello, filosofo del diritto con una grande vocazione per gli studi storici, il quale, apprezzando le capacità del giovane lo indirizza, per la sua formazione, verso uno dei maggiori maestri della disciplina, Domenico Maffei, anche lui di origini pugliesi. Maffei diventa quindi il punto di riferimento scientifico ed accademico di Piergiovanni che, sotto la guida dello storico di Altamura, inizia ad interessarsi al diritto canonico. Nel 1966 diventa assistente ordinario di Diritto Canonico sempre nella facoltà giuridica genovese. I suoi interessi scientifici si spostano dunque decisamente verso il diritto canonico e culminano con la monografia *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, in due volumi, il primo pubblicato nel 1971 e il secondo nel 1974. Proprio nel 1971 ottiene l'incarico di Storia del Diritto Italiano presso la facoltà di Giurisprudenza di Genova; l'anno successivo è nominato Direttore dell'Istituto di Storia politica e giuridica. Nel 1978 pubblica la voce *Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi* nel DBI: il lavoro segna il primo contatto di Piergiovanni con la scienza commercialistica, un filone di studi che riprenderà in seguito con grande profitto. Nel 1980 pubblica la monografia *Gli statuti*

civili e criminali di Genova nel Medioevo. La tradizione manoscritta e le edizioni con la quale interviene magistralmente in un settore di studi fino ad allora poco coltivato. Nel libro Piergiovanni conduce un esame sulle fonti con capacità filologiche e acribia interpretativa, offrendo un quadro esaustivo degli statuti genovesi e della loro rilevanza nel Medioevo. La monografia gli vale l'ordinariato che per l'appunto consegue nel 1980. Nella facoltà giuridica di Genova è stato ordinario di Storia del Diritto Italiano per oltre trent'anni e dall'Università di Genova è stato nominato professore emerito. Dal 1996 al 1999 è stato direttore del Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello e dal 1999 al 2005 Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova e delegato del Rettore per il Polo di Imperia. Dal 1964 è socio della Società Ligure di Storia Patria (Vice-Presidente dal 1999), è socio effettivo dell'Accademia Ligure di Scienze e Lettere, è stato consigliere nazionale della Società Italiana di Storia del Diritto dal 2000 al 2004, è socio della *société française d'histoire du droit*, è componente della Commissione studi storici del Consiglio Nazionale del Notariato e della Commissione di Storia dell'Avvocatura del Consiglio Nazionale forense.

Fare un quadro dell'attività scientifica del Prof. Vito Piergiovanni è difficile per la vastità dei suoi interessi e delle sue pubblicazioni (oltre 150). In occasione della raccolta dei suoi studi minori fatta per il suo settantesimo compleanno, i curatori Dino Puncuh e Rodolfo Savelli individuavano quattro filoni di indagine «cui va riferita la maggior parte dei contributi pubblicati da Vito Piergiovanni fino ad oggi». Questi quattro filoni di indagine danno la dimensione della poliedricità, della versatilità e dunque della “modernità” dello studioso Piergiovanni che rappresentano, a mio modo di vedere, gli aspetti caratterizzanti e qualificanti del suo magistero intellettuale.

Il primo di essi è quello relativo alla storia giuridica ed istituzionale di Genova e della Liguria che parte dal suo primo lavoro, *Il senato della Repubblica di Genova nella riforma di Andrea Doria*, e si sviluppa in una serie di studi successivi, tra i quali va segnalata la monografia sugli statuti di Genova del 1980. Giustamente Puncuh e Savelli rilevavano che Piergiovanni «ha avviato di fatto un importante filone di studi relativo alla storia del diritto pubblico e privato della Repubblica di Genova tra Medioevo ed età moderna». Il primo aspetto da considerare è senza dubbio il carattere pionieristico di questi studi nel contesto di una disciplina che in quella fase orientava prevalentemente i suoi interessi sul diritto comune ed anche nel contesto più ampio della storiografia italiana: «Emergeva – afferma Ascheri con riferimento alla storia dei comuni – una sostanziale svalutazione di quell'esperienza, sacrificata da larga parte della storiografia italiana, certo anche per preoccupazioni ideologiche tanto vive nei decenni passati, che portavano a privilegiare il versante 'sociale' ed 'economico' tanto da perdere di vista a volte la globalità del fenomeno cittadino e la sua eccezionalità politico-istituzionale e culturale nella storia europea, che tanti effetti ancora tangibili ha prodotto in molte aree del nostro paese». L'altro aspetto da considerare è il metodo utilizzato nel condurre l'esame delle fonti: l'autore studia

le fonti nel contesto della storia sociale, politica ed istituzionale della Repubblica, con un occhio costantemente rivolto alla prassi. Questo metodo avvicina Piergiovanni proprio ad Ascheri, altro storico del diritto poliedrico e versatile, anch'egli non a caso allievo di Maffei.

Il secondo campo di ricerche e di studi è stato il diritto canonico che culmina con l'importante monografia sulla punibilità degli innocenti nell'età classica del diritto canonico e prosegue con gli studi su Innocenzo IV (il papa giurista genovese Sinibaldo Fieschi)

Il terzo campo di indagine è quello relativo al diritto commerciale e marittimo che Piergiovanni studia in tutte le sue sfaccettature: dottrina, prassi, tribunali, giuristi, magistrati etc. Sicuramente si tratta del campo maggiormente innovativo che risente dell'influenza del fecondo ambiente culturale dell'università genovese degli anni settanta e ottanta. Una particolare considerazione deve essere data agli studi su tribunali e giurisprudenza di cui Piergiovanni è stato promotore anche con iniziative di rilievo internazionale. L'interesse per questi aspetti si è sviluppato naturalmente insieme all'approfondimento degli studi sulla *lex mercatoria*: il diritto commerciale e marittimo è stato un territorio di frontiera del diritto, in continua e inarrestabile evoluzione, territorio di elezione per la giurisprudenza. Studiare il diritto commerciale in modo "tradizionale" ossia sulla sola dottrina non era possibile poiché il diritto commerciale era ed è essenzialmente prassi. Ecco allora l'interesse crescente di Piergiovanni per giudici, tribunali e giurisprudenza (e attraverso di essi per le professioni giuridiche) che lo pone in diretto contatto con il *common law* e l'esperienza giuridica anglosassone. Sotto questo aspetto è di grande interesse l'attenzione per i casi giudiziari testimoniato fin dal 1981 con la collettanea a sua cura *L'Italia e le assicurazioni nel secolo XIX. Casi giudiziari* e proseguito con *Banchieri e falliti nelle "Decisiones della mercatura" della Rota Civile di Genova* (1985) e in molti altri studi. Con riguardo a questi studi si può dire che Piergiovanni è stato uno degli iniziatori, nell'ambito della storiografia giuridica, del filone di studi sulla storia della giustizia che oggi conta, tra i suoi fautori, numerosi storici del diritto. Alcuni di questi sono presenti oggi ad omaggiare il maestro ed alludo al prof. Lorenzo Sinisi dell'Università della Magna Graecia di Catanzaro, che saluto e ringrazio per la sua presenza: del prof. Sinisi voglio ricordare in proposito il lavoro *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria: il Senato di Genova*, che si pone in stretta linea di continuità con gli studi del suo maestro diretto. Ma vanno ricordati anche i lavori di Marco Nicola Miletta sul *Sacro Regio Consiglio Napoletano*.

Insomma Piergiovanni con i suoi lavori su tribunali e giurisprudenza ha fatto da guida alla successiva generazione di storici del diritto tanto che oggi una buona parte della storiografia giuridica guarda con grandissimo interesse in quella direzione: da parte nostra possiamo offrire a Vito Piergiovanni il primo volume della Collana *IusRegni*, a cura di Stefano Vinci e di Francesco Mastroberti, dal titolo

Le Corti Supreme di Giustizia nella Storia giuridica del Mezzogiorno. Dunque le intuizioni seminate da Piergiovanni hanno germogliato e attendiamo che diventino piante robuste perché lo studio della giurisprudenza nel suo sviluppo storico potrebbe diventare un settore di elezione degli studi storico-giuridici.

Il quarto ed ultimo settore di studi di Piergiovanni è quello della storia del notariato e dell'avvocatura che ha visto il professore impegnato in prima linea anche componente della commissione studi storici del Consiglio Nazionale del Notariato e componente e poi presidente della Commissione per la Storia dell'avvocatura istituita in seno al Consiglio Nazionale Forense. Si tratta di un settore di studi in forte espansione sul quale il contributo di Piergiovanni è stato ed è relevantissimo, sia sotto il profilo scientifico sia sotto quello organizzativo e propulsivo di ricerche. In proposito voglio solo ricordare due collettanee a cura di Piergiovanni: *Il notaio e la città. Esser Notaio: i tempi e i luoghi (secc. XII-XV)*, Milano 2009 e *Sapere accademico e pratica legale fra Antico regime e unificazione nazionale*, Genova 2009.

Questi quattro ambiti di ricerca sono collegati tra loro sotto diversi aspetti ma forse quello che mi piace sottolineare è la presenza in tutti di Genova, della sua Genova. Piergiovanni parte dagli studi sul Senato genovese e sugli statuti di Genova, passa al diritto canonico e, dopo la monografia sulla punibilità degli innocenti nel diritto canonico classico, si concentra su Innocenzo IV. Ma Genova è una città di commercio, di mare, di professioni, di vita pratica: Piergiovanni non può non seguire la sua Genova per le sue rotte e, da storico di razza, non può non penetrarne la natura di città di commercianti e di naviganti. Ecco allora l'interesse per il commercio, per il mare, per il diritto portuale, per le professioni dove emerge tutta la genovesità di Piergiovanni che si esprime peraltro nella dimensione internazionale che il professore ha costantemente voluto dare ai suoi studi. A Genova Piergiovanni ha ritrovato la dimensione marittima e commerciale della sua città di origine, Bari: i punti di contatto nella storia e nella natura delle sue due città sono molti ed evidenti e confluiscono in uno spazio ben preciso: il Mediterraneo. Per questo penso che il Dipartimento Jonico in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo, che proprio su quello che fu il *mare nostrum* fonda le sue ricerche, sia la sede più appropriata per premiare il Prof. Vito Piergiovanni.

Motivazione del premio.

L'associazione Nuove Proposte e la commissione scientifica del Premio Cassandro in Storia del Diritto Italiano premiano il prof. Vito Piergiovanni, Emerito dell'Università degli Studi di Genova e già ordinario di Storia del Diritto Italiano presso la Facoltà di Giurisprudenza della stessa università con la seguente motivazione:

Per aver saputo coniugare magistralmente tradizione ed innovazione negli studi storico-giuridici, dedicando una particolare attenzione allo studio della storia del

diritto commerciale e marittimo e per essere stato un vero maestro di storia del diritto per studenti e professori.

Eleonora Messinese

I REATI DI FALSO ALLA LUCE DELLA DEPENALIZZAZIONE DEL 2016

Testo dell'intervento presentato in occasione del convegno di studio *La seconda grande depenalizzazione* (Taranto, 8 aprile 2016)

La legge 28 aprile 2014 n. 67 ha conferito delega a Palazzo Chigi di «adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene» al fine di fronteggiare il sovraffollamento carcerario¹, il sistema carcerario italiano in palese violazione con l'articolo 3 della CEDU, il quale vieta la tortura, le pene e i trattamenti degradanti conseguenti al sovraffollamento degli istituti penitenziari, auspicando una riforma del sistema sanzionatorio improntata al minimo ricorso alla detenzione carceraria.

Il Governo in esecuzione della delega ha emanato due distinti schemi di decreti legislativi, n.7 e n. 8/2016 (integranti il cd. pacchetto depenalizzazioni) approvati dal Consiglio dei Ministri il 15 gennaio 2016. Il decreto legislativo n.7 si compone di due capi: il primo disciplina l'abrogazione dei reati e le modifiche al codice penale, e il secondo gli illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile.

Con specifico riferimento alla materia del falso, la delega ha inciso particolarmente sui delitti di *falsità in atti*. Sono state trascurate dall'intervento, quindi, le falsità in monete, in carte di pubblico credito, le falsità in sigilli o segni di autenticazione e certificazione e le falsità personali.

In particolare, all'art. 2 comma 3 della legge delega del 2014 prospettava al legislatore delegato il compito di abrogare proprio i delitti che riguardano *la falsità in atti*, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste dall'articolo 491 c.p., le quali attengono a documenti privati che sono equiparati ad atti pubblici agli effetti della pena.

Nell'ambito dei reati contro la fede pubblica, l'art. 1 comma 1, lett. a) e b) del decreto delegato n.7 estende l'effetto abrogativo agli artt. **485 e 486** c.p., i quali

¹Cfr. Corte Europea dei diritti Umani, Sez. II, 16 Luglio 2009, n. 22635/2003 (c.d. Sentenza Torreggiani). Con questa pronuncia la Corte di Strasburgo ha dichiarato che il sistema carcerario italiano viola l'articolo 3 della CEDU, che vieta la tortura, le pene e i trattamenti degradanti conseguenti al sovraffollamento degli istituti penitenziari, auspicando una riforma del sistema sanzionatorio improntata al minimo ricorso alla detenzione carceraria.

disciplinano, rispettivamente, la falsità in scrittura privata e la falsità in foglio firmato in bianco. L'opera depenalizzante si concentra, quindi, sui delitti che hanno come oggetto materiale lo scritto privato, mentre è mantenuta l'incriminazione per le falsità che riguardano l'atto pubblico.

L'articolo 2 del decreto n.7 ha ad oggetto le modificazioni che per effetto dell'abrogazione di taluni articoli devono essere arrecate alla formulazione delle disposizioni che, pur se non abrogate in toto, in concreto includono ipotesi che sono oggetto di depenalizzazione. Una prima modifica riguarda l'articolo 488 c.p. intitolato «Altre falsità in foglio firmato in bianco». Poiché l'art. 486 cp, disciplinante «la falsità in foglio firmato in bianco» è stato abrogato, si è proceduto alla riformulazione dell'art. 488 c.p. eliminando il riferimento alle «scritture private» e con il richiamo, precedentemente esteso «ai due articoli precedenti» al solo art. 487 cp.

In conseguenza della soppressione dell'art. 485 c.p. è stato abrogato il secondo comma dell'art. **489** c.p., avente ad oggetto l'ipotesi di uso di atto falso in scrittura privata da parte di chi non sia concorso in falsità. Con riferimento all'art. **490** c.p., che contempla la soppressione, distruzione o occultamento di atti veri, il riferimento alla scrittura privata vera è stato sostituito dal richiamo al testamento olografo o alla cambiale o titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore, in aggiunta al dolo specifico contemplato dall'art. 489, comma 2, c.p.

L'articolo **491** c.p., invece, ha subito una profonda opera di riscrittura a partire dalla rubrica: dalla precedente «Documenti equiparati agli atti pubblici agli effetti della pena» si è passati alla nuova «Falsità in testamento olografo, cambiale o titoli di credito». Tale articolo dovrebbe diventare la figura cardine nell'ambito dei falsi privati come si desume implicitamente dall'art. 2, comma 3, lett. a), della legge delega, che richiedeva al Governo di abrogare tutte le condotte relative a scritture private *ad esclusione delle fattispecie previste dall'articolo 491*. Queste ultime, infatti, riguardavano specifiche ipotesi di falso in scritture private “qualificate”, come il testamento olografo, la cambiale e i titoli di credito trasmissibili per girata o al portatore.

Il novellato art. 491, comma 1, c.p. punisce le tre citate tipologie di falso ‘qualificato’ con una sanzione che è ricavabile tramite il rinvio *quoad poenam* agli artt. 476 e 482 c.p., in tema di atti pubblici. Viene, infatti, confermato il trattamento sanzionatorio già previsto nell'originaria formulazione, ossia l'applicabilità delle pene rispettivamente stabilite nella prima parte dell'art. 476 e 482 c.p., a seconda che il fatto sia commesso dal pubblico ufficiale oppure da un soggetto privato. La disposizione in esame, nella sua formulazione originaria, era considerata una circostanza aggravante dell'art. 485 c.p.²; con l'abrogazione del falso in scrittura

² Cass. Pen., Sez. II, 31 maggio 1979, in *Giust. Pen.*, 1980, 96; Cass. Pen., Sez.V, 10 aprile 1979, in *Riv. pen.*, 1980, 68;

privata la natura giuridica cambia e diventa una fattispecie autonoma con tutto quello che ne consegue.

Un ulteriore aspetto sul quale la giurisprudenza dovrà soffermarsi riguarda il fatto che nell'ambito del vecchio art. 491 c.p. non rientravano i falsi commessi su titoli di credito non trasmissibili per girata ovvero non trasferibili che integravano, invece, il delitto di falsità in scrittura privata. Al momento le alternative sono due: da una parte si può ipotizzare un mutamento giurisprudenziale, che faccia rientrare tali figure di falso all'interno dell'art. 491 c.p. In caso contrario, le condotte perderanno ogni rilevanza penale, a seguito dell'abrogazione dell'art. 485 c.p., e potranno essere censurate solo in sede civile.

L'ultimo aspetto riguarda il secondo comma dell'articolo, nel quale il legislatore si è limitato ad un mero aggiustamento formale. Viene quindi affermata la punibilità per coloro che, senza essere concorsi nella falsità, utilizzino uno degli atti identificati al primo comma, ad esclusione delle mere scritture private falsificate. L'utilizzatore di queste ultime risponde di un illecito civile e, se ha agito con dolo, è tenuto al pagamento di una sanzione pecuniaria civile. Ben più severo è il trattamento per l'utilizzatore di un testamento o olografo, di una cambiale o di un titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore che, qualora siano stati contraffatti o alterati, risponde delle pene *ex art.* 489, cui l'art. 491, comma 2, c.p., rinvia *quoad poenam*. In conseguenza della sopravvenuta irrilevanza penale delle falsità con oggetto scritture private è stato eliminato dalla formulazione dell'art. **491 bis** (documenti informatici) il riferimento ai documenti informatici privati aventi efficacia probatoria. Infine, l'art. **493 bis (casi di perseguibilità a querela)** è stato adeguato all'abrogazione degli artt. 485 e 486 cp eliminando il riferimento ai predetti articoli e limitando il campo di applicazione di tale articolo alle sole disposizioni aventi ad oggetto condotte incidenti su un testamento olografo, su una cambiale, o un titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore, prevedendo la procedibilità d'ufficio nel primo caso, e la punibilità a querela della persona offesa nel secondo.

A fronte delle avvenute abrogazioni e modifiche, ai sensi dell'art. 4 del decreto n.7 sono state contestualmente introdotte le sanzioni civili che prevedono il pagamento di una somma compresa tra i 200 e i 12.000 euro per chi fa uso o lascia che altri facciano uso di una scrittura privata da lui falsamente formata o alterata; per chi abusando di un foglio firmato in bianco vi scrive o vi fa scrivere un atto privato produttivo di effetti giuridici diverso da quello a cui era obbligato; per chi, facendo uso di una scrittura privata falsa, arreca ad altri un danno; per chi, distruggendo, occultando o sopprimendo in tutto o in parte una scrittura privata vera, arreca un danno.

La disciplina dei falsi in scritture private esce, dunque profondamente modificata dopo l'intervento effettuato dal D.lgs. 7/2016.

La scelta strategica di ridurre l'area del penalmente rilevante, attraverso uno sfoltimento delle incriminazioni, mira ad ovviare ad evidenti criticità del sistema giudiziario penale come lo svilimento della serietà e dell'effetto deterrente della pena, e il disorientamento che le eccessive prescrizioni provocano nella collettività. Questo obiettivo si inserisce nel progetto di deflazione ed alleggerimento dell'intero sistema penale, con lo sperato effetto di ridurre il sovraffollamento carcerario e incidere su quelle forme di criminalità cd. minore, che possono assumere carattere seriale, con conseguenti implicazioni sulla pena e sulla sua concreta applicazione. L'azione penale, infatti, non può essere utilizzata in maniera indiscriminata per colpire ogni comportamento che non sia rispettoso delle norme, perché deve essere riservata alla tutela di beni primari della collettività e dei beni che hanno rilevanza costituzionale. Una perplessità evidente è che risulta arduo deflazionare in modo significativo il numero dei processi penali abrogando alcuni delitti, come quelli ex artt. 485 e 486 c.p., che nella prassi delle aule giudiziarie svolgono un ruolo marginale.

Tale manovra, tuttavia, ha suscitato già pareri discordanti tra gli operatori del diritto: taluni hanno espresso la loro ostilità nei confronti di tali tecniche di depenalizzazione, considerate come espressione di debolezza e insicurezza da parte dello Stato; di contro, altri, sperano che i decreti del Governo sortiscano gli effetti sperati in termini di deflazione processuale. Il risultato è nel suo complesso positivo dato che non sembrano esservi carenze di coordinamento evidenti, anche se sono presenti nodi interpretativi che dovranno essere sciolti dalla giurisprudenza.

Solo il tempo ci dirà se gli obiettivi saranno raggiunti.

Angelica Riccardi

IL *JOBS ACT*. PARALLELISMI APPARENTI E DIVARICAZIONI
SOSTANZIALI NELLA DISCIPLINA DELLE TIPOLOGIE CONTRATTUALI
FLESSIBILI.

Relazione presentata al convegno *JOBS ACT. I contratti di somministrazione ed i contratti a termine* (Taranto, 22 gennaio 2016)

Nella legge delega n. 183/2014 non si ha nessun accenno al contratto di somministrazione, né, più in generale, a meccanismi di esternalizzazione.

L'intervento in materia di somministrazione del legislatore delegato con il decreto n. 81/2015 è anche difficilmente riconducibile alle enunciazioni di principio di cui all'art. 1, co. 7, di questa legge, che pure sono molto generiche.

Primo degli scopi dichiarati della legge delega è quello di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», che è poi specificato in uno dei criteri direttivi nel «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti».

È dubbio che la completa liberalizzazione della somministrazione operata con il decreto n. 81 sia coerente con questo scopo, dato che il contratto di somministrazione è diretto proprio a evitare la stipulazione di contratti di lavoro in caso di necessità di provvista di forza-lavoro.

Questo banale dato non sembra superabile dalla complessa architettura giuridica dell'istituto della somministrazione, costruita su un “datore di lavoro per professione”: il contratto di lavoro stipulato tra somministratore e lavoratore è esposto alle vicende del contratto commerciale che ne è alla base e, quindi, lo statuto protettivo del lavoro subordinato è filtrato dal ruolo che l'utilizzatore esercita in qualità non di datore di lavoro ma di parte di un contratto commerciale.

Il contratto tra somministratore e lavoratore, inoltre, soprattutto sotto il profilo delle garanzie sul piano della stabilità del rapporto (vedi per tutte la possibilità di proroghe e rinnovi indefiniti), determina per il prestatore un trattamento sicuramente peggiore rispetto a quello ordinario.

Né un temperamento a queste considerazioni è rappresentato dal nuovo nesso causale stabilito tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di

somministrazione a tempo indeterminato dall'art. 31, co. 1 (che stabilisce: «*Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato*»): si ha un gioco a somma zero, il che esclude a priori un incremento di occupazione.

La seconda finalità enunciata dalla L. n. 183/2014 (sempre all'art. 1, co. 7) di «*riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*» – che trova di seguito specificazione nei criteri «*individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali*», e «*abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative*» – ugualmente non sembra del tutto raggiunta.

Sebbene il decreto 81 abbia abrogato (con l'art. 55) l'intero Capo I del Titolo III, intitolato “*Somministrazione di lavoro*”, del D.Lgs. n. 276/2003, per l'individuazione di una delle parti di tale contratto (l'agenzia di somministrazione) continua a farsi riferimento al regime autorizzatorio stabilito da questa normativa (Capo I, Titolo II: “*Regime autorizzatorio e accreditamenti*”).

La nuova disciplina dell'istituto è versata nel Capo IV del decreto 81, intitolato “*Somministrazione di lavoro*”, che si apre con una norma dedicata alla “*Definizione*” di questa tipologia contrattuale (art. 30) che stabilisce: «*Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*».

Con questo decreto viene per la prima volta normativamente posta una definizione di questo schema contrattuale, la cui nozione in precedenza era ricostruita attraverso l'“impianto” su un istituto proprio della pratica commerciale della regolamentazione stabilita dal decreto n. 276/2003 per i rapporti tra le parti (nella specie l'art. 20, co. 2, che prevedeva: «*Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*»).

L'innovazione consacra la totale mercificazione del lavoro determinata dalla progressiva (e ormai completa) liberalizzazione di questa tipologia negoziale ad opera della legislazione degli ultimi anni: accanto al contratto di cui all'art. 1559 cod. civ., che prevede: «*La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni*

periodiche o continuative di cose», fa ufficialmente ingresso nel nostro ordinamento il contratto di “somministrazione di lavoro” di cui al Capo IV del D.Lgs. n. 81/2015.

Che il legislatore abbia ormai abbandonato le precedenti remore e cautele (anche se meramente formalistiche), si evince anche dalle nuove rubricazioni delle norme: l’art. 20, D.Lgs. n. 276/2003, che disciplinava questa tipologia contrattuale, era rubricato “*Condizioni di liceità*”, e viene soppiantato dall’art. 30, D.Lgs. n. 81/2015, che reca la secca dizione “*Definizione*”.

Coerente è l’impianto regolativo stabilito: il nuovo decreto riprende l’assetto ultimo di un’evoluzione che aveva portato alla totale acausalità del contratto di somministrazione.

All’inizio si avevano le «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» a fronte delle quali era “ammesso” il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato *ex art. 20, co. 4, D.Lgs. n. 276/2003*.

Queste causali avevano trovato una prima deroga a seguito della legge n. 92/2012 (art. 1, co. 10, lett. b), che aveva stabilito – con una disposizione contorta e di difficile lettura nella triangolazione somministratore/ utilizzatore/ lavoratore – che tale requisito causale non fosse richiesto «*nell’ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga [...] sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato*».

Le causali di accesso erano state successivamente eliminate dal *Jobs Act 1* (il decreto 34/2014, conv. in L. n. 78/2014), in una generale e unitaria operazione di ridefinizione dell’accesso a contratto a termine e somministrazione a tempo determinato, con una serie di cancellazioni e combinazioni delle norme del decreto n. 276.

Il decreto n. 81, che rappresenta la seconda fase del *Jobs Act*, riprende i contenuti stabiliti prima fase riscrivendo le norme relative: non c’è più necessità di una ragione giustificativa per l’accesso alla somministrazione a termine, si ha solo un limite quantitativo.

Sebbene quest’ultimo decreto abbia eliminato molte delle pregresse “interferenze” tra contratto a termine e somministrazione a tempo determinato risultanti dalla discutibile tecnica di regolazione congiunta utilizzata dal legislatore in materia, alcuni dei problemi interpretativi che si ponevano nel precedente assetto normativo si ripropongono anche in quello attuale.

Il riferimento è all’art. 19 del decreto, che, dopo aver stabilito al primo periodo del comma 2 che «*la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l’altro, non può superare i trentasei mesi*», stabilisce al periodo successivo che «*ai fini del computo di*

tale periodo si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato».

Il nuovo legislatore riprende qui una previsione che era stata posta per la prima volta dalla legge Fornero (n. 92/2012) ed era stata ripresa poi dal *Jobs Act 1* (D.L. n. 34/2014), quella dell'inclusione ai fini del computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato dei periodi di missione scaturenti da un contratto di somministrazione.

Gli effetti del computo dei periodi di missione nel limite di durata complessivo dei rapporti di lavoro a termine sull'accesso al contratto di somministrazione sono stati molto discussi.

Alcuni avevano sostenuto che il limite in esame riguardasse il contratto di lavoro a termine e non fosse direttamente applicabile alla somministrazione; altri che la norma avesse stabilito un'equiparazione tra contratto a termine e utilizzo di lavoro attraverso il contratto di somministrazione fissando un tetto massimo comune per entrambi, allo scopo di limitare l'accesso al lavoro non stabile indipendentemente dalla tipologia contrattuale che il soggetto che fruisce della prestazione di lavoro impiega per procurarsela.

La prima tesi era stata accolta nella circolare n. 18/2012 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che aveva escluso che il limite di 36 mesi si applicasse al rapporto tra un utilizzatore e un lavoratore determinati.

In senso contrario si era osservato che, stante il limite complessivo di trentasei mesi per un rapporto a tempo determinato scaturente da un contratto sia di lavoro sia di somministrazione, sarebbe illogico ammettere la possibilità di una successione di rapporti di somministrazione oltre questo limite, e, poiché regola ermeneutica fondamentale è quella per cui una norma va interpretata nel modo in cui abbia un senso piuttosto che in quello in cui non ne abbia nessuno, ricavare un limite di trentasei mesi alla durata dei rapporti originati da contratti di somministrazione a tempo determinato costituiva una scelta obbligata.

Viene qui in rilievo un tema che dall'introduzione di questo istituto nel nostro ordinamento è stato discusso, quello della possibilità di individuare un limite all'utilizzo della somministrazione a termine nel meta-criterio della temporaneità delle esigenze sottese.

Il dibattito che si è registrato su tale questione è ampiamente noto.

Nel precedente assetto normativo un orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. lav., 20.8.2013 n. 19251; Cass. 23.11.2010 n. 23684; T. Trieste 29.11.2012; T. Milano 28.11.2011; T. Bergamo 10.3.2011; T. Padova 4.2.2011) aveva limitato l'accesso al lavoro somministrato attraverso il meta-criterio della temporaneità delle causali d'accesso, anche sulla scorta di una considerazione congiunta di queste causali per la somministrazione a tempo determinato e il contratto a termine.

A conclusioni differenti portava invece una lettura delle norme che movesse dalla distinzione funzionale e regolatoria di queste fattispecie, anche alla stregua delle indicazioni comunitarie in questo senso.

La Corte di giustizia UE, nella sentenza C-290/2012, *Della Rocca*, dell'11 aprile 2013, aveva affermato l'inapplicabilità della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato ai rapporti di lavoro in somministrazione, ponendo in evidenza come «nessuna fonte europea, diversamente che per il contratto a termine (v. la dir. 1999/70/CE), richieda quale condizione di liceità dell'utilizzazione del lavoro interinale limiti specifici e come, al contrario, la direttiva del 2008 (2008/104/CE) inviti gli Stati membri a rimuovere eventuali ostacoli normativi all'utilizzo dell'istituto»; orientamento poi confermato nella sentenza C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo*, del 3 luglio 2014, che aveva ribadito che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro non trovano applicazione in materia di lavoro interinale.

Alla disciplina comunitaria – e segnatamente alle specifiche e differenti regolazioni poste per contratto a termine e somministrazione – si erano altresì richiamate alcune pronunce della giurisprudenza tanto di legittimità (Cass., sez. lav., 15.7.2011 n. 15610) quanto di merito (T. Treviso 20.4.2011), che avevano affermato la distinzione tra questi modelli contrattuali e la conseguente inapplicabilità al lavoro in somministrazione della disciplina del D.Lgs. n. 368/2001. Il più significativo portato di questo orientamento giurisprudenziale era stato l'esclusione di un carattere di «temporaneità o [...] eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine» (Cass., sez. lav., 15.7.2011 n. 15610), che recideva alla base il parallelismo tra questo istituto e il contratto a termine.

Tuttavia le innovazioni stabilite dal *Jobs Act* in tema di somministrazione a tempo indeterminato sembrano aprire nuovi spazi al criterio della temporaneità delle esigenze sottese alla somministrazione a tempo determinato.

Primo elemento in questo senso è rappresentato dalla abolizione delle causali d'accesso per il contratto di somministrazione a tempo indeterminato disposta dal D.Lgs. n. 81/2015: mentre questa tipologia negoziale, dalla sua introduzione con il decreto n. 276, è stata sempre ammessa solo in presenza di ragioni tassative, seppur ampliate nel corso del tempo, la nuova regolazione non prevede alcuna causale giustificatrice, ma pone quale unico limite all'accesso un contingente sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore (art. 31, co. 1).

Conseguentemente, il criterio della temporaneità delle esigenze sottese alla somministrazione a tempo determinato diventa, nell'attuale contesto normativo, l'unico criterio possibile di distinzione tra somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, che sono ugualmente svincolate sul piano causale. In caso contrario, si avrebbe un corto circuito tra le due fattispecie, atteso che la somministrazione a tempo determinato si “caratterizzerebbe” per la previsione di un termine, quale che sia e senza alcun limite temporale.

L'intrinseca temporaneità dell'esigenza di lavoro che è alla base del ricorso alla somministrazione a tempo determinato trova conferma in un'ulteriore innovazione portata dal D.Lgs. n. 81/2015, la previsione secondo cui «*Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato*» (così ancora l'art. 31, co. 1).

Questa disposizione, ribaltando il precedente indiscusso orientamento giurisprudenziale e dottrinale che negava l'esistenza di un nesso tra carattere a termine o meno della somministrazione e del contratto di lavoro, "obbliga" l'agenzia che stipuli un contratto di somministrazione a tempo indeterminato a farvi fronte con lavoratori assunti a tempo indeterminato.

La norma sarebbe pertanto privata di effettività qualora dovesse ritenersi legittimo un contratto di somministrazione a termine per un periodo eccessivamente prolungato.

Parimenti problematica appare la disciplina che per questa fattispecie negoziale è stabilita.

L'art. 34 del D.Lgs. n. 81/2015, riprendendo una tecnica utilizzata dal legislatore sin dall'introduzione dell'istituto, rinvia per la regolamentazione del rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore alla disciplina ordinariamente prevista.

Il co. 2 stabilisce che «*In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile*», ovvero sia alle norme poste dal D.Lgs. n. 81/2015 per il contratto di lavoro a termine.

Si prevede l'espressa «*esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24*», disposizioni che nel contratto di lavoro a termine disciplinano il limite massimo di durata, le proroghe e i rinnovi del contratto, il numero complessivo di contratti a tempo determinato, e il diritto di precedenza del lavoratore a tempo determinato nelle assunzioni a tempo indeterminato.

La nuova norma riprende la regolazione in precedenza posta dal D.Lgs. n. 276/2003, che all'art. 22, co. 2, richiamava appunto per la somministrazione a tempo determinato la «*disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti*».

La prevista inapplicabilità alla somministrazione a tempo determinato delle limitazioni in tema di successione di contratti a termine si presenta in chiaro contrasto con la normativa comunitaria, oltre che per le ragioni *supra* esaminate, per il mancato rispetto dell'art. 5, co. 5, direttiva 2008/104/CE, che stabilisce: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva*».

Il secondo periodo dell'art. 34, co. 2, prevede poi espressamente che «*Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore*». Anche questa previsione nulla muta rispetto al passato (vedi l'art. 22, co. 2, secondo periodo, del D.Lgs. n. 276/2003), salvo che per il riferimento ai contratti collettivi di ogni livello disposto in via generale dall'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015.

Deve rilevarsi che il richiamo alla disciplina del contratto a tempo determinato operato dall'art. 34, co. 2, è in grandissima parte sostanzialmente svuotato di contenuto. Alcune norme infatti non si applicano per espressa disposizione del legislatore (artt. 19, co. 1, 2, 3; 21; 23; 24); altre sono sostituite da disposizioni *ad hoc* per il contratto tra somministratore e lavoratore: così l'art. 19, co. 5, sull'informativa dei posti vacanti, che è nella sua parte essenziale (quella relativa all'informativa dei lavoratori) assorbito nell'art. 31, co. 3; l'art. 20 in tema di divieti, che non ha spazi di applicazione effettiva in relazione al somministratore e, per quanto riguarda l'utilizzatore, è riprodotto (con la necessaria modifica delle conseguenze sanzionatorie) nell'art. 32; l'art. 25 sul principio di non discriminazione, che deve essere "piegato" alla particolarissima regolazione stabilita per il contratto di lavoro a tempo indeterminato tra somministratore e lavoratore (vedi specialmente l'istituto dell'indennità mensile di disponibilità); l'art. 28 in materia di decadenza e tutele, la cui portata è di fatto molto ridotta dall'eliminazione di causali e limiti, nonché in genere dall'imputazione dei rapporti di lavoro in capo all'utilizzatore in caso di violazione delle norme in tema di somministrazione.

Residuano così, quali norme del contratto a tempo determinato applicabili *tout court* al rapporto tra somministratore e lavoratore, solamente l'art. 19, co. 4, in tema di requisiti formali; l'art. 22 sulla continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine; l'art. 26 in materia di formazione; l'art. 27 sui criteri di computo.

Nicola Triggiani

VINCENZO PERCHINUNNO:
DOCENTE, STUDIOSO, AVVOCATO, UOMO

Testo della commemorazione svolta in occasione del conferimento a Nicola Triggiani del Premio “*Vincenzo Perchinunno*” per gli Studi in Diritto Processuale Penale, istituito dal Centro Studi Giuridici “Giuseppe Chiarelli” e dalla Fondazione “Nuove Proposte” (Taranto, ex Convento di San Francesco, Sala Conferenze del Dipartimento Jonico dell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” - 28 aprile 2016)

1. Sembra ieri. E invece sono ormai trascorsi due anni dalla scomparsa del Prof. Vincenzo Perchinunno, già Ordinario di Procedura Penale nell’Università degli Studi di Bari, avvenuta il 22 aprile 2014.

Non è facile tracciare in poche righe un Suo ricordo perché, avendo avuto il privilegio di frequentarlo per quasi venticinque anni, i ricordi sono innumerevoli e molti particolarmente belli e significativi.

Se è vero che la vita è fatta di coincidenze, è stata una singolare coincidenza a consentirmi di conoscerlo.

Da studente, non avevo frequentato le Sue lezioni: in base alla lettera del mio cognome, appartenevo infatti al corso di Procedura Penale impartito dal Prof. Giuseppe Ruggiero (1928-2014).

Affascinato dalla materia, e pieno di entusiasmo per l’entrata in vigore, il 24 ottobre 1989, del nuovo codice di procedura penale, dopo aver superato l’esame chiesi al Prof. Ruggiero la disponibilità a seguirmi nel mio lavoro di tesi. Acconsentì, ma qualche mese dopo fu eletto dal Parlamento componente del Consiglio Superiore della Magistratura, con conseguente incompatibilità a svolgere attività didattica per tutta la durata del mandato.

Al Prof. Perchinunno, già titolare da molti anni della 1^a cattedra di Procedura Penale, fu pertanto attribuita per supplenza anche la cattedra del Prof. Ruggiero.

Ricordo la preoccupazione per questa imprevista sostituzione del Relatore della mia tesi di laurea a pochi mesi dalla discussione: non avevo, infatti, mai avuto occasione di conoscere il Prof. Perchinunno. Invece fu quello l’inizio per me di una meravigliosa “avventura”, umana e professionale.

Dopo la laurea, infatti, fui ammesso dal Professore a frequentare come cultore della materia l’Istituto di Diritto e Procedura Penale (così avrebbe continuato a chiamarlo, anche dopo la sua trasformazione in Dipartimento): pur avvertendomi che la carriera

accademica presentava delle enormi difficoltà e non poteva garantirmi alcuna certezza per il futuro, non volle deludere la mia aspirazione di voler approfondire lo studio del diritto processuale penale e la mia passione per la ricerca (“Come si può impedire a un giovane così volenteroso di continuare a studiare?” – furono le Sue parole).

Cominciai così pian piano, giorno per giorno, a conoscere quest'uomo straordinario, un gentiluomo d'altri tempi, sempre impeccabile nel vestire, ancorato alle più sane tradizioni, con il culto della famiglia (non ricordo di averlo mai visto partecipare a un convegno di studi senza avere accanto a Sé la Sig.ra Sandra), eppure aperto alla modernità e sempre disposto all'ascolto. Più la conoscenza diveniva profonda, più aumentava la mia ammirazione nei Suoi confronti e il desiderio di emularLo.

So che mi ha voluto molto bene e altrettanto Gliene ho voluto io, anche se forse non ce lo siamo mai detto. D'altronde, dopo tanti anni di frequentazione, spesso le parole risultavano superflue: bastava uno sguardo o un cenno per intenderci alla perfezione.

2. Vincenzo Perchinunno è stato un Docente eccezionale, un acuto Studioso del processo penale e dei diritti fondamentali della persona, un Avvocato di razza.

Nato a Bari il 29 ottobre 1934, dopo aver conseguito nel 1957 la laurea in Giurisprudenza, fu chiamato a far parte dell'Istituto di Diritto Penale dell'Università di Bari, diretto da Aldo Moro (1916-1978), dapprima come assistente volontario e poi come assistente straordinario di Procedura Penale.

Allievo del Prof. Renato Dell'Andro (1922-1990) – che lo affidò poi alla guida del Prof. Giovanni Conso (1922-2015) – conseguì la libera docenza nel 1971, con voto unanime della Commissione giudicatrice presieduta dal Prof. Giovanni Leone (1908-2001).

Dal 1971 al 1975 fu incaricato di Teoria generale del processo; nell'anno accademico 1975-76 ricoprì per la prima volta l'incarico di Procedura Penale

Fu componente della Commissione ministeriale – presieduta dal Prof. Gian Domenico Pisapia (1915-1995) – per la redazione del progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale in attuazione della legge-delega 3 ottobre 1974, n. 108.

Per quasi quarant'anni ha insegnato Procedura Penale nell'Università degli Studi di Bari, dal 1° novembre 1981 come Professore Straordinario e, al termine del triennio, come Professore Ordinario; fu altresì docente di Procedura Penale nell'Università di Lecce, nel primo anno accademico in cui fu avviato l'insegnamento della disciplina.

Tra gli interessi di ricerca del Professore spiccano il diritto delle prove (in particolare la testimonianza) e la tutela del diritto di difesa. Numerose sono le opere che ci ha lasciato, tra le quali due lavori monografici inseriti nella Collana di studi

diretta dal Prof. Conso: il volume “*Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*” (Milano, 1972) rappresenta il primo studio sistematico sul tema della capacità di testimoniare, dell’incompatibilità e delle cause di astensione e resta ancora oggi un punto di riferimento indispensabile per l’analisi di queste problematiche; la seconda monografia, intitolata “*L’accertamento alternativo nel processo penale*”(Milano, 1980), affronta le complesse questioni dell’imputazione alternativa.

Meritano di essere altresì segnalate, tra le altre pubblicazioni, la voce “*Prova documentale (diritto processuale penale)*” nell’ “Enciclopedia del Diritto” (1988); la voce “*Imputazione (capo di)*” nell’ “Enciclopedia Giuridica Treccani” (1990); le relazioni al IV e all’VIII Convegno dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, rispettivamente sulle investigazioni difensive (1989) e sul ruolo del giudice per le indagini preliminari in relazione alle scelte sull’azione penale (1995); nonché la curatela dei “*Percorsi di procedura penale*”, quattro volumi pubblicati con cadenza quadriennale, dal 1996 al 2008, nei quali volle raccogliere gran parte dei contributi dei suoi allievi, per lo più già pubblicati sulle riviste scientifiche del settore. Significativi i sottotitoli, che rispecchiano l’evoluzione della materia (vol. I, “*Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*”, Milano, 1996; vol. II, “*Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*”, Milano, 2000; vol. III, “*Il sistema vigente tra tutela dell’individuo e nuove istanze di difesa sociale*”, Milano, 2004; vol. IV, “*La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988-2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona*”, Milano, 2008).

Con i Colleghi Mario Pisani, Alfredo Molari e Piermaria Corso fu autore di un apprezzato “*Manuale di procedura penale*”, nel quale risultavano efficacemente contemperati analisi e sintesi, sobrietà espositiva e rigore delle enunciazioni: manuale adottato in molte sedi universitarie e pubblicato in otto edizioni (Bologna, 1996, 1997, 2000, 2001, 2002, 2004, 2006, 2008), con il contributo – a partire dalla 7^a edizione – di altri autorevolissimi Studiosi (i Proff. Oreste Dominioni, Alfredo Gaito e Giorgio Spangher). Nelle prime sei edizioni dell’opera, il Prof. Perchinunno curò tutti i capitoli relativi alle prove, al giudizio ordinario, ai riti accelerativi del dibattimento e all’esecuzione.

Perchinunno è stato inoltre componente del comitato scientifico della Rivista “*Cassazione Penale*” e della collana “*Unità del sapere giuridico. Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale e di filosofia del diritto dell’Università di Bari*”.

3. Dell’alto magistero del Prof. Perchinunno mi piace però ricordare soprattutto il bellissimo rapporto che aveva con gli studenti, verso i quali mostrava grande disponibilità, garbo e rispetto in ogni momento della vita universitaria (lezioni, tutorato, esami, sedute di laurea).

Da giovane cultore, frequentai le Sue lezioni e fui subito profondamente colpito dalla Sua grande capacità di comunicare agli studenti concetti anche molto complessi

con estrema chiarezza e di rendere didattica l'esperienza professionale forense. Amava concludere le lezioni sollecitando la loro curiosità e stimolandoli a formulare domande, in un dialogo aperto e franco.

Al sabato mattina, giorno dedicato al ricevimento dei laureandi – sempre particolarmente numerosi, grazie alla passione e all'entusiasmo per la disciplina che riusciva a trasmettere loro –, ma anche giorno nel quale potevo più che in altri momenti discutere con Lui dei temi di ricerca che mi aveva assegnato e sottoporre alla Sua attenzione i miei lavori, erano sempre gli studenti ad avere la precedenza. L'interesse degli studenti veniva anteposto a qualunque altro impegno del Professore: ricordo, per esempio, che puntualmente ogni anno veniva invitato a partecipare alla cerimonia di inaugurazione della “Fiera del Levante” (si trattava sempre di un sabato di settembre), ma rinunciava volentieri a questo importante appuntamento – al quale molti avrebbero voluto intervenire, data la presenza, di solito, del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica – per non venir meno all'appuntamento settimanale con i “Suoi” studenti. La mondanità, del resto, non gli apparteneva, essendo rimasto, nonostante la Sua notorietà, una persona semplice, schiva e riservata.

Durante gli esami – momento per me particolarmente formativo, perché il Professore mi voleva seduto accanto a Sé ed era, quindi, una preziosa occasione di apprendere non solo la Sua profonda dottrina, ma anche il Suo metodo di valutazione della preparazione degli studenti – non ricordo mai un gesto di intemperanza, anche quando la stanchezza avrebbe potuto avere il sopravvento dopo aver esaminato, con il necessario scrupolo e rigore, decine e decine di studenti. All'ultimo studente riservava la stessa attenzione che aveva avuto per il primo candidato della sessione. Mi impressionava soprattutto la Sua straordinaria capacità di osservazione e di introspezione psicologica: riusciva, con doti non comuni, a comprendere in pochi attimi lo stato d'animo e il mondo interiore dello studente che gli sedeva di fronte. E non lesinava mai parole d'incoraggiamento, spronando gli studenti a fare sempre di più e meglio, memore, evidentemente, degli insegnamenti di Aldo Moro, il quale, in un suo bellissimo scritto, “*Problemi dell'Università*”, annotava: “Essenziale è che il giovane senta chi insegna all'Università come persona che gli vuole bene, lo comprende, è pronto ad aiutarlo; come uomo che apprezza la sua giovinezza e ripone in essa la sua fiducia; che si senta amato e preso sul serio”.

Anche le sedute di laurea erano per il Professor Perchinunno un momento importante e non uno stanco rituale da sbrigare alla svelta: si immedesimava negli studenti, al traguardo di una tappa importante della loro esistenza, e nella gioia e soddisfazione dei loro familiari, dopo tanti sacrifici e patemi d'animo per giungere a quella agognata meta.

4. Nelle sessioni di laurea, il Professore tornava a indossare quella toga che, con grande valore e dignità, indossava quotidianamente nelle aule giudiziarie, mostrando assoluta dedizione verso i Suoi patrocinati, ma allo stesso tempo assoluto rispetto delle norme e delle prescrizioni deontologiche, anche non scritte.

La passione per la professione forense – trasmessagli dal padre Francesco, anch'egli avvocato penalista – lo portò a rivestire l'incarico di Consigliere Nazionale Forense in rappresentanza degli ordini degli avvocati del distretto di Corte d'appello di Bari dal 1997 al 2000 e gli valse il conferimento, nel 2009, della "Toga d'oro" da parte dell'Ordine degli Avvocati di Bari per i cinquant'anni di attività forense.

5. Sulla scia di altri grandi Maestri, Vincenzo Perchinunno – alla cui memoria nel 2015 il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari "Aldo Moro" ha inteso rendere omaggio attraverso l'intitolazione di un'aula per le lezioni – ci ha lasciato soprattutto una grande eredità morale, un luminoso esempio e un patrimonio di Valori, tanto più importanti in una Università profondamente diversa da quella nella quale il Professore ha profuso il Suo impegno per tanti anni e nella quale non si sarebbe certamente riconosciuto: una Università burocratizzata fino all'estremo e nella quale più che il valore umano e professionale dei docenti e le esigenze formative degli studenti sembrano contare soprattutto i numeri e astruse formule matematiche ("crediti", "mediane", "valutazioni bibliometriche" e algoritmi vari).

I Suoi preziosi insegnamenti continueranno a rappresentare uno stimolo importante per cercare di realizzare un'Università davvero al servizio degli studenti e un processo penale "più giusto", in grado di coniugare garanzie ed efficienza.

§§§

Elenco delle opere di Vincenzo Perchinunno:

1. *Effetti dell'omessa notificazione del decreto di citazione al genitore o al tutore dell'imputato minorenni* (nota a Cass., Sez. un., 8 maggio 1965, n. 3, Paola), in *Arch. pen.*, 1966, II, p. 202.

2. *Sull'omissione dell'avviso al difensore per ragioni di "assoluta urgenza" ex art. 304-ter c.p.p.* (nota a Cass., Sez. III, 4 maggio 1966, Assennato), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1056.

3. *Fondamento e legittimità costituzionale del divieto di pubblicazione di determinati atti del procedimento penale*, in *Arch. pen.*, 1967, I, p. 249.

4. *Limiti ed effetti dell'attività del coadiutore peritale non autorizzato* (nota a Cass., Sez. I, 19 ottobre 1966, Magliuolo), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 317.

5. *Le cause d'incompatibilità a testimoniare nel processo penale italiano*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1968, p. 523.
6. *Brevi note sulla incompatibilità tra le posizioni di parte civile e di responsabile civile* (nota a Trib. L'Aquila, 20 gennaio 1969, Biadene), in *Arch. pen.*, 1969, II, p. 403.
7. *Sulla legittimità della cosiddetta "facoltà di astensione" degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria ex art. 349 ultimo comma c.p.p.* (nota a Corte cost., 28 novembre 1968, n. 114, Trosello), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 1013.
8. *Compatibilità tra la funzione di testimone e la posizione di parte civile nel processo penale*, in *Azione civile e processo penale* (Atti del Convegno di studio Enrico de Nicola, Lecce, 1-4 maggio 1969), Milano, 1971, p. 231.
9. *Intercettazioni telefoniche: quando e come*, in *Eloquenza*, 1972, p. 460.
10. *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Milano, 1972.
11. *Natura, limiti ed effetti del principio di specialità dell'extradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 325.
12. *La testimonianza del coimputato*, in *La testimonianza nel processo penale* (Atti del Convegno di studio Enrico de Nicola, Foggia-Vieste, 13-15 ottobre 1972), Milano, 1974, p. 141, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 330.
13. *Sulla legittimità costituzionale dell'incompatibilità a testimoniare del coimputato prosciolto o condannato* (nota a Corte cost., 4 luglio 1974, n. 201, Bronzino), in *Giur. cost.*, 1974, p. 2119.
14. *Una realizzazione della legge-delega: l'esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1141.
15. *L'investigatore privato ed il "nuovo" processo penale* (nota a Corte cost., 6 maggio 1976, n. 105, Brezzi c. Ditta confezioni Maxima), in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1431.
16. *L'accertamento alternativo nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1980.
17. *Riforma del processo penale e "nuova" legge delega*, in *Foro Dauno*, 1981, n. 1-2, p. 3.
18. *La formazione della prova nel dibattimento del "nuovo" processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 31.
19. *La scarcerazione automatica per omesso interrogatorio dell'imputato detenuto*, in V. Grevi (a cura di), *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985, p. 351.
20. *Commento agli artt. 25-27 legge 10 ottobre 1986, n. 663: Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 228.
21. *Voce Prova documentale (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 721.
22. *Relazione*, in *Convegno di studio – Verso una nuova giustizia penale* (Bari, 25-27 maggio 1984), Bari, 1988, p. 59.

23. *Magistratura e polizia giudiziaria. Profili processuali*, in *Criminologia e criminalistica. Analisi e attuali frontiere* (Atti 1° Convegno nazionale, Bari 14-16 settembre 1987), Bari, 1989, p. 65.

24. Voce *Imputazione (capo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1.

25. *La "cross examination"*, in A.D. De Palma (a cura di), *La nuova procedura penale: codice del giudice o codice dell'avvocato?* (Atti del Convegno - Bari, 24 giugno 1989), Bari, 1989, p. 51.

26. *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione* (Atti del IV Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, Ostuni, 8-10 settembre 1989), Milano, 1991, p. 149, e in M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata, A.M. Stile (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (1945-1990)*, vol. II, *Politica criminale e Criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991, p. 217.

27. *Ripensamenti sul ruolo del G.I.P. nel processo di pretura*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 513.

28. *Le prove (Principi fondamentali, Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova)*, in M. Pisani-A. Molari-V. Perchinunno-P. Corso, *Appunti di procedura penale*, Bologna, 1992, p. 139.

29. *Prove penali e segreti*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, p. 717.

30. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Appunti di procedura penale*, 2^a ed., Bologna, 1994, rispettivamente p. 215, p. 417, p. 437.

31. *Misure interdittive ed effettività del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1989.

32. *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito* (a cura di V. Perchinunno), Milano, 1996.

33. *Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione* (Atti dell'VIII Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, Mattinata, 23-25 settembre 1994), Milano, 1996, p. 67, e in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 577.

34. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 1996, rispettivamente p. 223, p. 439, p. 459, p. 603.

35. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione*

penale, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, 2^a ed., Bologna, 1997, rispettivamente p. 227, p. 445, p. 465, p. 611.

36. *Intervento*, in *Il giusto processo* (Atti del X Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, Salerno, 11-13 ottobre 1996), Milano, 1998, p. 219.

37. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, 3^a ed., Bologna, 2000, rispettivamente p. 217, p. 431, p. 451, p. 585.

38. *Percorsi di procedura penale*, vol. II, *Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema* (a cura di V. Perchinunno), Milano, 2000.

39. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, 4^a ed., Bologna, 2001, rispettivamente p. 211, p. 431, p. 449, p. 617.

40. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, 5^a ed., Bologna, 2002, rispettivamente p. 211, p. 431, p. 449, p. 617.

41. *Percorsi di procedura penale*, vol. III, *Il sistema vigente tra tutela dell'individuo e nuove istanze di difesa sociale* (a cura di V. Perchinunno), Milano, 2004.

42. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, *Manuale di procedura penale*, 6^a ed., Bologna, 2004, rispettivamente p. 215, p. 437, p. 457, p. 625.

43. *Le prove (Disposizioni generali, I mezzi di prova, I mezzi di ricerca della prova); Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, O. Dominioni, A. Gaito, G. Spangher, *Manuale di procedura penale*, 7^a ed., Bologna, 2006, rispettivamente p. 199, p. 433, p. 449, p. 597.

44. *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; Il giudizio; L'esecuzione penale*, in M. Pisani, A. Molari, V. Perchinunno, P. Corso, O. Dominioni, A. Gaito, G. Spangher, *Manuale di procedura penale*, 8^a ed., Bologna, 2008, rispettivamente p. 451, p. 467, p. 619.

45. *Percorsi di procedura penale*, vol. IV, *La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988-2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona* (a cura di V. Perchinunno), Milano, 2008.

Nicola Triggiani

LO “STILE ITALIANO” DELLE SENTENZE PENALI

Intervento svolto al Convegno «*Parole giuste. Dialogo sul linguaggio del diritto*», organizzato dall’Associazione Nazionale Magistrati, dall’Ordine dei Giornalisti della Puglia e dal Dipartimento Jonico dell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” (Taranto, Salone di rappresentanza del Palazzo della Provincia, 9 aprile 2016).

1. L’obbligo della motivazione (art. 111, co. 6, Cost.; artt. 125, co. 3 e 546, co. 1 lett. *e*), cod. proc. pen.)¹ e la prescrizione secondo cui le sentenze – quale massima espressione dell’attività giurisdizionale – devono essere pronunciate «*in nome del popolo italiano*» (artt. 125, co. 2, e 546, co. 1 lett. *a*), cod. proc. pen.), sembrano individuare come destinatario immediato della sentenza penale la collettività dei cittadini, chiamata ad un controllo democratico sull’esercizio del potere giurisdizionale.

Il destinatario universale costituisce, però, soltanto un destinatario ideale o potenziale. I destinatari reali, immediati della sentenza sono, in realtà, più circoscritti in quanto collegati alla funzione endoprocessuale della motivazione e sono, dunque, le parti, vale a dire il pubblico ministero e i difensori dell’imputato e delle altre parti private – i quali, per poter esercitare il diritto all’impugnazione, devono ovviamente conoscere le ragioni logico-giuridiche della decisione –, nonché i giudici competenti per l’eventuale impugnazione, i quali esercitano poteri di controllo e verifica anche attraverso il riesame dei motivi del provvedimento impugnato.

Tra i destinatari reali, meno immediati, vanno ricompresi anche tutti i giudici (dunque, non soltanto quelli dell’impugnazione) e gli avvocati, poiché la sentenza può agire come canale di efficacia persuasiva per analoghe decisioni future; questo vale, in particolare, per le decisioni della Corte di cassazione, molte delle quali sono destinate ad essere pubblicate sulle riviste giuridiche ed eventualmente ad essere massimate ufficialmente, diventando così dei precedenti in grado di orientare la successiva giurisprudenza di legittimità e di merito. Destinatari reali della decisione sono, infine, gli studiosi, gli esponenti della c.d. “dottrina”, che – com’è noto – costruiscono tanta

¹ Sulla funzione extraprocessuale ed endoprocessuale della motivazione della sentenza penale cfr., tra gli altri, Amodio, 1977, 181 ss.; Nappi, 1989, 1313 ss.; Massa M., 1990, 1 ss.; Fortuna, 1992, 1 ss.; Vogliotti, 1996, 31 ss.; Marotta, 1997, 162 ss.; Iacoviello, 2000, 750 ss.; Menna, 2000; Della Monica, 2002; Locatelli, 2010, 437 ss.; Scaparone, 2010, 767 ss.

parte della propria elaborazione teorica proprio sulla base dei materiali giurisprudenziali².

L'individuazione dei destinatari della sentenza produce inevitabilmente riflessi sul piano del linguaggio e della tecnica espositiva, nel senso che, nel momento dell'ideazione del testo, i destinatari reali sono sicuramente ben presenti all'estensore della sentenza, il quale scrive, dunque, in funzione di un pubblico di lettori che condivide gli stessi presupposti comunicativi e che si riconosce fortemente nel tradizionale modello di scrittura forgiato sull'armamentario retorico e argomentativo della professione forense³.

La conseguenza è che la sentenza viene pronunciata «*in nome del popolo italiano*» – essendo la giustizia, *ex art. 101, co. 1, Cost.*, amministrata «*in nome del popolo*» –, ma non è scritta per il cittadino medio: la codificazione linguistica utilizzata lo esclude di fatto. Anzi, possiamo affermare con certezza che molte sentenze si contraddistinguono per oscurità: un'oscurità che spesso non è strettamente legata a necessità di tipo giuridico o ad esigenze specialistiche, ma deriva inesorabilmente dall'incapacità (o dalla mancata volontà) di utilizzare una scrittura sobria e fluida e dalla conseguente adesione acritica alla prassi giudiziaria ormai consolidata nel tempo, che impiega un linguaggio pomposo e artificioso⁴.

Lo “stile italiano” delle sentenze, dunque, non è certamente il migliore dei possibili: appare prolisso, vago, ridondante, opaco, contorto, criptico, assolutamente inadatto alla comunicazione. Sostanzialmente, è una «lingua morta» quella che emerge dalle sentenze⁵: una lingua nella quale, ad esempio, troviamo frequentemente fenomeni di inversione, quindi sequenze aggettivo-nome, verbo-soggetto, avverbio-verbo, participio presente o passato-nome; altri fenomeni frequenti sono l'omissione dell'articolo e le nominalizzazioni⁶.

² In tal senso, Dell'Anna M.V., 2013, 36 s.

³ Cfr., ancora, Dell'Anna M.V., 2013, 37.

⁴ In tal senso, v. Bellucci, 2005b, 453. Per Carofiglio, 2015, 53, la causa dell'oscurità del linguaggio giuridico (e quindi anche di quello impiegato nella redazione delle sentenze) va ravvisata non solo nella «pigrizia del gergo» e nel «narcisismo» degli operatori, ma soprattutto nell'«esercizio del potere»: «La lingua della legge e dei giuristi è (ed è sempre stata, con rare, lodevoli eccezioni) un gergo sacerdotale piuttosto che tecnico, in cui l'oscurità non necessaria è cifra stilistica, negazione del linguaggio, della sua funzione comunicativa e, soprattutto, sottile, iniziatica, autoritaria forma di esercizio della supremazia» (*ivi*, p. 55).

⁵ In questi termini, Cordero, 2012, 1015, il quale osserva ancora (p. 1016): «Costa fatica lo stile laconico, dove ogni parola designi qualcosa e le frasi sfilino a maglie strette. Le ‘massime’ della Cassazione hanno generato un enorme circuito letterario; non esiste caso a cui non ne sia applicabile qualcuna; immesse nelle decisioni rifluiscono al massimario, ridiventando massime; e non è un *tourbillon* limitato a battute secche, sulla molecola legislativa; l'alambicco le ricicla ramificate; alcune sono piccole monografie dal passo sontuoso e vaghe nei riferimenti. È lingua morta, notavamo, assai poco adatta a discorsi esatti, ma viene comoda: contiene tutto l'occorrente al discorso ornato e relativa bella figura; vengono fuori dei *collages* componibili *ad libitum*».

Per un efficace quadro di sintesi dello stile delle sentenze nei vari Paesi europei, cfr. Aa.Vv., 1988.

⁶ Per un'approfondita disamina degli aspetti di sintassi, testualità e lessico delle sentenze, cfr. Dell'Anna M.V., 2013, 95 ss., sulla base di un campione di riferimento costituito da cento sentenze (penali e civili)

Tali considerazioni, formulate con riferimento alla sentenza dibattimentale, che rappresenta l'atto conclusivo, il prodotto finale del processo – e, dunque, per così dire, il “precipitato linguistico” di tutti gli atti compiuti precedentemente (molti dei quali posti in essere da soggetti diversi, come la polizia giudiziaria, i difensori, i periti, i consulenti tecnici) –, assumono in realtà una valenza generale: sono infatti comuni agli altri provvedimenti del giudice, anche se la legge non prevede l'intestazione formale «in nome del popolo italiano», a cominciare da quelli emanati nel corso delle indagini preliminari, come, ad esempio, l'ordinanza di custodia cautelare *ex art.* 292 cod. proc. pen. La necessità di una pulizia e semplificazione linguistica – che potrebbe, tra l'altro, contribuire in modo significativo a realizzare la «ragionevole durata del processo», richiesta dall'art. 111, co. 2, Cost. – non può che riguardare l'intero procedimento e non può non coinvolgere tutti gli operatori interessati (magistrati e avvocati, *in primis*, ma anche polizia giudiziaria, periti e consulenti tecnici, funzionari di cancelleria, ecc.).

2. I difetti del linguaggio delle sentenze, e più in generale del linguaggio giuridico, provengono peraltro da lontano, se è vero che già il cardinale Giovanni Battista De Luca, giureconsulto e canonista, nel trattatello «*Dello stile legale*» (1674) notava come scrivessero male i colleghi, ritenendo peraltro improbabile un mutamento dei costumi e delle abitudini: auspicava un intervento sui giovani, le cui menti sono evidentemente più malleabili⁷.

Le cose non mutano nemmeno due secoli dopo, tant'è che Nicola Nicolini, grande giureconsulto e letterato, professore di diritto e procedura penale e primo presidente della Corte di cassazione del Regno di Napoli, raccomandava uno stile «semplice e chiaro», notando come spesso, invece, nelle sentenze fossero disseminati «frasi insolite» e «periodi pazzi». «Niente di troppo», raccomandava, dunque, Nicolini ai magistrati⁸.

È così radicata questa abitudine all'«eccesso verbale» – una vera e propria «eredità cromosomica risalente all'epoca barocca»⁹ – che ritroviamo ammonimenti alla sintesi nella redazione della motivazione delle sentenze sia nel cod. proc. pen. 1930, che all'art. 474 n. 4 richiedeva «una *concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto*» sui quali la sentenza era fondata¹⁰, sia nel cod. proc. pen. vigente, che all'art. 544, co. 1, ribadisce la necessità di «una *concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui*

emesse dalla Corte di cassazione tra il 1989 e il 2002. In argomento cfr., altresì, Mortara Garavelli, 2001; Cortellazzo, 2003, 79 ss.; Bellucci, 2005a; Rovere, 2005; Santulli, 2008, 207 ss.; Ondelli, 2014, 13 ss.

⁷ Il rilievo è di Cordero, 2012, 1015.

⁸ Cfr. Cordero, 2012, 1014 s.

⁹ Così, ancora, efficacemente, Cordero, 2012, 1015, il quale rileva: «alcuni giusdicenti disquisiscono, arringano, predicano; quante più parole volano, tanto meno nitidi riescono i discorsi; spira cinismo criptico; così involuti, gonfi, artefatti, dicono poco, agli intenditori, e nel pubblico suscitano sensazioni allarmanti».

¹⁰ Da segnalare anche l'art. 35 disp. att. cod. proc. pen. 1930, secondo cui nella sentenza della corte di cassazione l'indicazione dei motivi del ricorso e delle ragioni sui cui si fondavano doveva essere limitata a ciò che fosse «*strettamente necessario per la motivazione della sentenza*».

la decisione è fondata», prescrizione ulteriormente ribadita, come requisito strutturale della sentenza dibattimentale, dall'art. 546, co. 1 lett. e), cod. proc. pen. (ove si puntualizza che il giudice deve anche indicare le prove poste a base della decisione e le ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie)¹¹. Quanto, poi, alla sentenza di non luogo a procedere, possibile epilogo dell'udienza preliminare, l'art. 426, co. 1, lett. d) cod. proc. pen. richiede l'«*esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata*»¹².

Al contrario di quanto espressamente previsto dalla legge, le motivazioni in diritto sono generalmente troppo estese, «come se il giudice volesse mostrare ad ogni costo di essere un giurista tecnicamente preparato»¹³: le argomentazioni sono molto lunghe e dettagliate, «anche sproporzionatamente rispetto ai valori della causa e delle stesse questioni specifiche affrontate»¹⁴.

¹¹ Per quanto concerne il procedimento davanti al giudice di pace, l'art. 32, co. 4, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 dispone che la motivazione della sentenza dibattimentale debba essere redatta dal giudice «*in forma abbreviata*», con possibilità di dettare la motivazione direttamente a verbale.

¹² L'esigenza di concisione nella motivazione non riguarda soltanto la sentenza penale: l'art. 132, co. 1 n. 4, cod. proc. civ. – come sostituito dall'art. 45, co. 17, L. 18 giugno 2009, n. 69 – richiede infatti «*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*» e l'art. 118, co. 1, disp. att. cod. proc. civ. – come sostituito dall'art. 52, co. 5, L. n. 69/2009 – puntualizza che la motivazione della sentenza di cui al cit. art. 132 cod. proc. civ. consiste nella «*succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione*, anche con riferimento a precedenti conformi».

¹³ Tonini, 2015, 757.

¹⁴ Così Chiavario, 2015, 326.

Cfr. anche Rigo, 2009, 695: «Per assegnare un significato ragionevole alla prima qualità della motivazione, si deve convenire che la 'concisione' non deve essere intesa in senso quantitativo: è evidente infatti che l'estensione della motivazione non può che dipendere caso per caso dalla complessità della fattispecie processuale, dall'ampiezza dell'istruzione dibattimentale, dalla quantità degli elementi di prova dedotti dalle parti e delle questioni, in fatto e in diritto, che il giudice è chiamato a risolvere. La concisione deve dunque essere intesa in un'accezione diversa, quale dovere etico-professionale di evitare apparati motivazionali che si disperdano in dotte argomentazioni di diritto, verso le quali talora il giudice indugia assecondando una tradizione tipica di un atteggiamento culturale di stampo pseudo-accademico, in passato incentivato da un sistema legale di cooptazione dei giudici ai gradi più elevati della magistratura, fondato sulla valutazione dei titoli. La concisione non va dunque intesa quale sinonimo di sinteticità, poiché spesso, nei casi più complessi, la motivazione sintetica rischia di trasformarsi in una motivazione insufficiente o mancante; l'aggettivo *de quo* va interpretato nell'accezione di motivazione sobria e chiara, che non divaghi su temi irrilevanti e non indugi in discorsi privi di razionalità o in argomenti superflui e inutili».

Sulla stessa linea, v. altresì Locatelli, 2010, 443, il quale rileva: «La previsione normativa del canone della 'concisione', valevole nella esposizione dei motivi di fatto e di diritto che fondano la decisione, ha valenza programmatica e di indirizzo, affinché siano abbandonate le prassi giurisprudenziali che implementano la motivazione con narrazioni superflue o ridondanti, o con trattazioni giuridiche che per il loro taglio astratto, non strettamente funzionale alla risoluzione della controversia e non aderente all'oggetto della prova delineato dall'art. 187 cod. proc. pen., dovrebbero trovare più idonea collocazione nelle riviste che si occupano di questioni giuridiche sotto un profilo dogmatico».

Nel senso che, qualora la concisione venisse meno, non vi sarebbero comunque conseguenze, poiché la violazione della disposizione *ex art.* 544, co. 1, cod. proc. pen. non è processualmente sanzionata, Cass., 27.1.2010, n. 24732, Cass. pen., 2011, 3932, la quale ha di conseguenza escluso che «il carattere 'ipertrofico' della motivazione della sentenza impugnata» possa costituire motivo di ricorso per cassazione.

Verosimilmente, nessuna modifica normativa potrà tuttavia incidere in modo significativo sullo “stile italiano” della sentenza: la conferma si può ricavare dalla circostanza che il legislatore del nuovo codice di procedura penale riteneva che la previsione come regola della motivazione contestuale al dispositivo (art. 544, co. 1, cod. proc. pen.) potesse influenzare profondamente la tecnica espositiva delle sentenze¹⁵, ma l’esperienza applicativa di ormai oltre venticinque anni ha dimostrato che nella prassi la motivazione contestuale è evento assai raro (anche laddove, forse, potrebbe essere utilizzata senza particolari difficoltà). Ed è appena il caso di rilevare che, più si accentua la divaricazione cronologica tra dispositivo e motivazione, più aumenta il rischio di apparati giustificativi come forme di razionalizzazione *a posteriori* della decisione precedentemente presa¹⁶ e la possibilità di motivazioni opache e ridondanti.

3. Alla sobrietà della motivazione delle sentenze gioverebbe certamente l’utilizzo di uno schema lineare, sul modello francese della «*phrase unique*» («premesse-conclusioni»): «premesso che ... che ... che ...», e via seguitando, fatto e diritto fino alle conclusioni nel dispositivo¹⁷.

D’altronde, se, come poc’anzi sottolineato, non è verosimile che lo stile delle sentenze possa mutare “per decreto”, è altrettanto improbabile che possa mutare spontaneamente. È necessario, quindi, incidere alla radice del fenomeno, intervenendo sulla formazione linguistica degli studenti dei corsi di laurea in «Giurisprudenza».

In effetti, se si analizzano la struttura e l’articolazione dei corsi di laurea in Giurisprudenza, ci si rende conto che essi sono pervicacemente ancorati all’oralità: sono rarissimi i casi in cui gli studenti vengono chiamati a redigere un testo scritto; anche gli esami si svolgono nella forma del colloquio orale¹⁸. Sembra paradossale, ma nonostante agli operatori del diritto sia richiesta una competenza linguistica elevata e variegata, non è assolutamente prevista una formazione specifica e mirata alla redazione di atti e provvedimenti giudiziari.

D’altra parte, molti sostengono che l’Università non debba avere una funzione professionalizzante, avendo come obiettivo soprattutto la formazione culturale dello studente. Questa impostazione potrebbe essere condivisibile, se ci fosse, però, poi un momento di raccordo in cui il laureato in giurisprudenza, che si affaccia al mondo delle professioni legali, venga avviato a redigere correttamente, in forma chiara e comprensibile per la maggior parte delle persone, atti e provvedimenti.

¹⁵ Chiavario, 2015, 326.

¹⁶ In argomento, sia consentito rinviare a Triggiani N., 1994, 2474 ss.

¹⁷ In tal senso, Cordero, 2012, 1017 e 1020. V. pure Cordero, 1992, 645, ove, a proposito della *phrase unique*, si osserva: «Questa gabbia sintattica costringe a battute lineari, puntualmente scandite, parsimoniose; o almeno, costa fatica immettervi materiali digressivi; e quando un disquisitore incontinentemente ve ne rovesci, l’effetto abusivo salta agli occhi».

¹⁸ Sul punto, Pascuzzi, 2008, 125 ss.

In realtà questo momento non sussiste, né per gli aspiranti avvocati, né per gli aspiranti magistrati: nell'ambito delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, ad esempio, l'approfondimento finora si è concentrato soprattutto su “*cosa*” scrivere per il superamento dell'esame di abilitazione forense o per il concorso di accesso alla magistratura – ovvero sulle novità legislative e giurisprudenziali – e non su “*come*” scrivere.

Insomma, durante il periodo degli studi universitari eventuali iniziative volte a far apprendere le abilità legali e le tecniche di redazione degli atti sono affidate alle scelte autonome dei singoli corsi di laurea – nei pochi spazi lasciati liberi nella griglia ministeriale degli insegnamenti curriculari – e soprattutto alla buona volontà dei singoli docenti, spesso sollecitati dagli stessi studenti. Dopo la laurea, tutto è lasciato alla pratica negli studi legali, ai corsi di formazione organizzati dalle scuole degli ordini professionali o delle associazioni forensi e, ancora, al tirocinio formativo presso gli uffici giudiziari.

L'assenza di una formazione linguistica istituzionale genera una conseguenza importante: la tendenziale aderenza alla ripetizione inerziale di modelli e moduli linguistici “sbagliati”, ma ormai consolidati dalla tradizione.

Il risultato è che aspiranti avvocati e magistrati imparano a scrivere atti e provvedimenti in uno stile paludato, verboso, oscuro, ricco di latinismi, di frasi fatte, di pseudotecnicismi e, soprattutto, di tante parole ed espressioni assolutamente superflue e inutili¹⁹. Questo stile si rinsalda, poi, ulteriormente durante l'esercizio della professione forense o dell'attività di magistrato, per riprodursi in seguito nelle nuove leve²⁰.

Allora, se si vuole davvero cambiare lo stato delle cose, se si vuole innalzare l'efficacia linguistica dell'*iter* giudiziario e rendere il più possibile comprensibile, anche ai non addetti ai lavori, il contenuto degli atti giudiziari, e in particolare della sentenza²¹, la strada è obbligata: bisogna intervenire, in primo luogo, sul percorso di

¹⁹ Osserva Carofiglio, 2015, 53: «Il gergo dei giuristi è la lingua straniera che si impara già dall'Università per essere ammessi nella corporazione. È una lingua tanto più apprezzata quanto più è capace di escludere i non addetti ai lavori dalla comprensione di quello che avviene nelle aule di giustizia e di quello che si scrive negli atti giudiziari. Una lingua sacerdotale e stracciona in cui formule misteriose e ridicole si accompagnano a violazioni sistematiche della grammatica e della sintassi. Dopo il faticoso tirocinio cui ci si sottopone per apprendere questa bizzarra lingua (caratterizzata da imprecisione, vaghezza, opacità, stereotipi, arcaismi, circonlocuzioni ridondanti, frasi formulari, abuso delle subordinate) diventa molto più facile servirsene di quanto non sia parlare con chiarezza e precisione».

²⁰ Con riferimento specifico ai magistrati, Cordero, 2012, 1017, rileva: «Sinora nessuno ha raccomandato l'economia verbale agli esordienti: dire tutto nel modo più parsimonioso, senza residui opachi; discorsi 'piatti', dove ogni frase significhi cose verificabili».

²¹ «Pensare che le sentenze possano risultare comprensibili a tutti» – ha affermato Neuberger, Presidente della Suprema Corte del Regno Unito, a conclusione di un suo celebre discorso (la First Annual BAILII lecture tenuta il 20 novembre 2012) – «non è realistico. Ma sforzarsi di rendere i testi giuridici comprensibili per un numero sempre più ampio di persone è l'unico modo per far sì che la gente continui, o torni, ad avere fiducia nella legge»: cfr. Neuberger, 2012.

formazione universitaria degli studenti di Giurisprudenza – insegnando loro a scrivere in un linguaggio piano, lineare, diretto e articolato in periodi brevi – e poi insistere su queste tematiche nella formazione, comunque attuata, degli aspiranti magistrati e avvocati e, ancora, con la c.d. «formazione continua», per il consolidamento di mirate competenze linguistiche professionalizzanti dei magistrati e degli avvocati.

È chiaro che si tratta di un percorso lungo e faticoso, che – se attuato adesso – soltanto tra molti anni potrebbe portare a dei risultati tangibili. D'altra parte, ogni “rivoluzione culturale” richiede del tempo. E il superamento della ritrosia e diffidenza da parte di chi resta arroccato sulla tradizione, ritenendola assolutamente non modificabile, può essere certamente considerato un'autentica rivoluzione culturale.

4. Per rendere maggiormente comprensibile alla generalità dei consociati il contenuto delle sentenze e degli altri provvedimenti del giudice e, più in generale, il significato degli atti che vengono via via compiuti nell'ambito dei procedimenti penali, è necessario altresì incidere sulla formazione degli aspiranti giornalisti.

Com'è noto, gran parte dell'informazione diffusa quotidianamente dai mezzi di comunicazione è dedicata alla cronaca giudiziaria²²: il giornalista è chiamato a svolgere una difficilissima mediazione linguistica tra gli atti processuali – scritti in un linguaggio che, per quanto possiamo auspicare semplificato, non può non contenere espressioni tecniche – e la collettività, avendo spesso a disposizione tempi molto ristretti. Affinché quest'opera di mediazione sia efficace e corretta, è pertanto indispensabile che il cronista abbia una generale formazione giuridica e una cognizione esatta e puntuale degli istituti del diritto e del processo penale.

Non c'è dubbio che molti giornalisti, benché non laureati in Giurisprudenza, operino con grandissima professionalità anche in questo settore così delicato dell'informazione. Tuttavia, appare sempre più necessario intervenire sulla formazione universitaria, inserendo per esempio nel piano di studi dei corsi di laurea in «Scienze della Comunicazione» – dai quali proviene ormai buona parte degli aspiranti giornalisti – insegnamenti specifici sul nostro sistema penale e processuale penale. Bisogna, infatti, evitare che, nella trattazione delle vicende giudiziarie da parte dei mezzi di comunicazione, si possa avere – anche a causa dell'utilizzo di un linguaggio poco sorvegliato – una trasformazione dello stesso “valore” degli istituti processuali, sicché l'informazione di garanzia venga percepita dall'opinione pubblica come se fosse l'imputazione, l'imputazione venga equiparata alla condanna, la misura cautelare venga confusa con la pena. È necessario altresì evitare che, per le stesse ragioni, ad esempio, una sentenza di non doversi procedere per la sussistenza di una causa di

Alcuni semplici, ma efficaci suggerimenti per consentire la comprensibilità della sentenza al cittadino medio (c.d. “lettore modello”) sono offerti da Zaza, 2011, 89 ss.

²² Sul rapporto tra informazione e giustizia penale e sull'articolata disciplina dei divieti di pubblicazione degli atti – a tutela di interessi processuali o extraprocessuali – cfr. Giostra, 1989; Mantovani, 2011; Camaldo, 2012; nonché, volendo, Triggiani, 2012.

estinzione del reato come la prescrizione venga presentata come se si trattasse di una sentenza di assoluzione.

L'auspicio è che gli operatori dell'informazione acquisiscano sempre più la consapevolezza della grandissima responsabilità che il loro lavoro comporta. La fiducia dei consociati nella Giustizia è un bene irrinunciabile per ogni società democratica e, per la tenuta sociale del Paese, è almeno altrettanto importante del modo stesso in cui la Giustizia viene amministrata: il ruolo dell'informazione in materia giudiziaria risulta pertanto cruciale, dal momento che la giustizia viene percepita per come appare, e appare soprattutto per come viene rappresentata dai *media*²³.

Ogni qualvolta si divulgano informazioni su un determinato processo in corso, occorre insomma avere piena coscienza che, al di là del singolo caso giudiziario, ad essere posto sotto i riflettori è l'intero "sistema Giustizia", con tutte le conseguenze che questo comporta sulla formazione dell'opinione pubblica, anche in relazione alla necessità di attuare o meno determinate riforme degli istituti processuali o delle norme penali sostanziali²⁴.

Per scongiurare una rappresentazione deformata del processo penale, è dunque fondamentale la preparazione del giornalista: preparazione culturale in senso ampio (come consapevolezza profonda dei valori che si confrontano sul terreno dell'informazione in materia giudiziaria), e preparazione tecnico-giuridica in senso stretto (come attenta conoscenza del sistema penale e processuale)²⁵. Una preparazione adeguata, per un verso, può concorrere a mettere il giornalista al riparo dai rischi di strumentalizzazione provenienti dalle fonti (di solito, non disinteressate) e, per altro verso, contribuire a un'effettiva e corretta comprensione da parte della collettività di una realtà complessa come la giustizia penale²⁶.

²³ In questi termini, Giostra, 2007, 57 s.

²⁴ Cfr., ancora, Giostra, 2007, 57 s.

²⁵ Le conseguenze deleterie della carenza di "preparazione tecnica" e di "preparazione morale" in capo al giornalista, come fattori che concorrono ad una rappresentazione distorta del procedimento penale, sono state stigmatizzate già da Carnelutti, 1955, 5.

²⁶ Cfr. Giostra, 2007, 63, il quale così osserva: «Vi è un rapporto di stretta interdipendenza tra la professionalità del cronista ed una informazione giudiziaria all'altezza del suo alto compito istituzionale. Non solo nel senso, un po' scontato, che il giornalista culturalmente attrezzato è in grado di fornire una cronaca di maggiore livello qualitativo e tecnicamente più sorvegliata, come per ogni altro settore specialistico dell'informazione. La scarsa preparazione giuridica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria è, insieme al prevalere della logica mercantile sul senso di responsabilità e sull'etica professionale, la causa primaria dell'innegabile deformazione che la giustizia reale subisce nel suo momento divulgativo. L'inavvertita valenza tecnica del fenomeno processuale favorisce una informazione-spettacolo, che tende a presentare i fatti in forma personalistica e sensazionalistica, sovente con grave adulterazione del valore di taluni atti o momenti dell'accertamento giurisdizionale, bisognoso invece di una accorta mediazione tecnica».

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (1988), *La sentenza in Europa: metodo, tecnica, stile* (Atti del Convegno internazionale, Ferrara, 10-12 ottobre 1985). Padova: Cedam.
- Amodio E. (1977), Motivazione della sentenza penale. *Enc. dir.*, XXVII. Milano: Giuffrè, p. 181 ss.
- Bellucci P. (2005a), *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*. Torino: Utet.
- Bellucci P. (2005b), La redazione delle sentenze: una responsabilità linguistica elevata. *Dir. e formazione*, V, n. 3, p. 453 ss.
- Carnelutti F. (1955), La pubblicità del processo penale. *Riv. dir. proc.*, p. 5 ss.
- Carofiglio G. (2015), *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*. Roma-Bari: Laterza.
- Chiavario M. (2015), *Diritto processuale penale*, 6^a ed. Torino: Utet.
- Cordero F. (1992), *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed. Torino: Utet.
- Cordero F. (2012), *Procedura penale*, 9^a ed. Milano: Giuffrè.
- Cortellazzo M.A. (2003), La tacita codificazione della testualità delle sentenze, in M. Marini (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Milano: Giuffrè, p. 79 ss.
- Dell'Anna M.V. (2013), *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*. Roma: Bonacci.
- Della Monica G. (2002), *Contributo allo studio della motivazione*. Padova: Cedam.
- Fortuna E. (1992), Sentenza (sentenza penale). *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, p. 1 ss.
- Giostra G. (1989), *Processo penale e informazione*, 2^a ed. Milano: Giuffrè.
- Giostra G. (2007) Processo penale e *mass media*, *Criminalia*, p. 57 ss.
- Iacoviello F.M. (2000), Motivazione della sentenza penale (controllo della), *Enc. dir.*, IV Agg. Milano: Giuffrè, p. 750 ss.
- Locatelli G. (2010), La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, p. 437 ss.
- Mantovani G. (2011), *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Napoli: Jovene.
- Marotta S. (1997), Sentenza penale, *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino: Utet, p. 162 ss.
- Massa M. (1990), Motivazione della sentenza (dir. proc. pen.). *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, p. 1 ss.
- Menna M. (2000), *La motivazione del giudizio penale*. Napoli: Jovene.
- Mortara Garavelli B. (2001), *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*. Torino: Einaudi.
- Nappi A. (1989), Sentenza penale. *Enc. dir.*, XLI, Milano: Giuffrè, p. 1313 ss.
- Neuberger D. (2012), *No Judgment, No Justice*, in www.supremecourt.uk/docs/speech-121120.pdf.
- Ondelli S. (2014), Ordine delle parole nell'italiano delle sentenze: alcune misurazioni su corpora elettronici. *Inf. e dir.*, n. 1, p. 13 ss.

Pascuzzi G. (2008), *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*. Bologna: Il Mulino

Rigo F. (2009), La sentenza, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. 4, tomo 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher. Torino: Utet, p. 515 ss.

Rovere (2005), *Capitoli di linguistica giudiziaria. Ricerche su corpora elettronici*. Alessandria: Edizioni dell'Orso.

Santulli F. (2008), La sentenza come genere testuale: narrazione, argomentazione, performatività, in G. Garzone, F. Santulli, *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*. Milano: Giuffrè, p. 207 ss.

Scaparone M. (2010), La motivazione della sentenza penale, in P. Corso, F. Peroni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, *Diritto processuale penale*. Piacenza: Celt, p. 767 ss.

Tonini P. (2015), *Manuale di procedura penale*, 16^a ed. Milano: Giuffrè.

Triggiani N. (1994), Motivazione contestuale, motivazione differita e termini per l'impugnazione. *Cass. pen.*, p. 2474 ss.

Triggiani N. (2012), *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*. Padova: Cedam.

Vogliotti M. (1996), *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in M. Chiavario, E. Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da E. Marzaduri. Torino: Utet, p. 31 ss.

Zaza C. (2011), *La sentenza penale. Struttura e casistica*, 2^a ed. Milano: Giuffrè.

Nicola Triggiani

L'ENIGMA DEL SACRIFICIO DI ALDO MORO, GLI "ANNI DI PIOMBO" E LE
RIFORME DEL PROCESSO PENALE DALLA "LEGISLAZIONE
DELL'EMERGENZA" AL NUOVO CODICE. RIFLESSIONI SPARSE NEL
CENTENARIO DELLA NASCITA

Intervento svolto al Convegno «*Io ci sarò ancora ...*». *Aldo Moro. L'enigma del suo sacrificio* (Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Palazzo Ateneo, Aula Magna - 15 giugno 2016)

1. Nel Vangelo di Giovanni (Gv 8,32) è scritto «... Conoscerete la verità, e la verità vi farà liberi ... ».

La verità sulla strage di Via Fani del 16 marzo 1978, sui 55 giorni del sequestro dell'on. Aldo Moro e sul suo omicidio non è ancora una verità compiuta e definitiva, nonostante la copiosa documentazione disponibile su questi tragici avvenimenti: oltre tre milioni di pagine, derivanti dai vari processi e dall'attività di numerose commissioni parlamentari d'inchiesta (la «Commissione parlamentare d'inchiesta sulla strage di Via Fani, sul sequestro e l'assassinio di Aldo Moro e sul terrorismo in Italia», istituita con l. 23 novembre 1979, n. 597; la «Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi», istituita con l. 17 maggio 1988, n. 172, più volte prorogata; la «Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2», istituita con l. 23 settembre 1981, n. 527, e la nuova «Commissione parlamentare d'inchiesta sul rapimento e sulla morte di Aldo Moro», istituita con l. 30 maggio 2014, n. 32, che ancora non ha concluso i suoi lavori¹).

A questa imponente documentazione processuale e parlamentare bisogna, poi, aggiungere una pubblicistica vastissima: oltre alle ricostruzioni giornalistiche, sono innumerevoli i saggi pubblicati nei 38 anni che ci separano da quegli avvenimenti e tra questi occupano un posto di rilievo i volumi di Ferdinando Imposimato (Giudice istruttore del «caso Moro»), che ci hanno messo di fronte a delle verità difficili da accettare e per questo tanto più sconvolgenti, ma supportate da numerosi riscontri².

¹ Cfr. Grassi, 2016, 112. Gran parte della documentazione ricordata nel testo è reperibile sul sito www.gerograssi.it.

² Cfr. Imposimato, 2012; Imposimato, 2013; Imposimato, Provvigionato, 2008. Nell'ambito della sterminata letteratura sul «caso Moro» cfr. anche, senza alcuna pretesa di completezza: Sciascia, 1994;

Il percorso verso la verità diventa per certi versi e paradossalmente più agevole mano a mano che il tempo trascorre e ci si allontana da quegli avvenimenti: dalla *cronaca giornalistica* siamo passati alla *verità giudiziaria* – che, com'è noto, deve rispondere alle regole processuali, e in particolare alle regole di valutazione della prova nell'accertamento dei fatti e delle singole responsabilità penali – per poi tentare di arrivare ad una *verità storica*, da indagare evidentemente con gli strumenti propri della ricerca storica, cioè i documenti, provenienti dalle fonti più svariate e in particolare da archivi pubblici e privati prima non accessibili perché riservati. La ricerca dello storico, a differenza di quella del giudice, è libera nella selezione dei dati da valutare e, pur essendo inevitabilmente legata ai paradigmi della disciplina, è essenzialmente libera pure nelle modalità della sua effettuazione³.

Molti dei protagonisti di quegli anni sono morti: questo, per un verso, ha comportato l'uscita di scena di testimoni diretti di quelle vicende, ma, per altro verso, ha aperto e può ancora aprire nuovi impensabili scenari di verità, anche e soprattutto nella ricostruzione del quadro internazionale nel quale maturò il sequestro e l'omicidio di Aldo Moro. Uno scenario internazionale nel quale – al di là delle singole responsabilità penali accertate nei vari processi – c'era probabilmente una convergenza di interessi nel fallimento del progetto politico di Moro (il c.d. «compromesso storico», la «solidarietà nazionale» e il coinvolgimento del Partito Comunista nel Governo del Paese) e, quindi, nella sua eliminazione fisica: una convergenza da Ovest ad Est, dagli Stati Uniti all'Unione Sovietica e ai Paesi del Patto di Varsavia, dalla CIA al KGB, passando per Israele e il Mossad⁴.

D'altra parte, fino a quando non arriveremo a «chiudere i conti con la storia», anche con la storia del sequestro e dell'omicidio di Aldo Moro, sarà difficile guardare con serenità al futuro del nostro Paese e della nostra democrazia. Cercare di avvicinarsi il più possibile alla verità sul «caso Moro» significa, dunque, contribuire a rendere migliore l'Italia. È lo stesso Moro che, in una delle lettere scritte durante la sua prigionia, scrive che «La verità è più grande di qualsiasi tornaconto. La verità è sempre illuminante e ci aiuta ad essere coraggiosi»⁵.

2. Si accennava prima ai processi per la strage di Via Fani e il delitto Moro.

È interessante segnalare che le indagini avrebbero dovuto essere assegnate al Giudice istruttore immediatamente dopo la strage; venne, invece, costituito un

Moro A.C., 1998; Ferrara, 2003; Flamigni, 2003; Satta, 2003; Selva, Marcucci, 2003; Accame, 2005; Satta, 2006; Guerzoni, 2008; Giovagnoli, 2009; Mastrogregori, 2010; Giannulli, 2011; Armeni, 2015; Casamassima, 2015; Lofoco, 2015; Flamigni, 2015; Limiti, Provvigionato, 2015; Cucchiarelli, 2016; Flamigni, 2016; Grassi, 2016, 111.

³ Per queste riflessioni di carattere generale cfr. Ubertis, 2006, 157 ss.

⁴ È la tesi sostenuta, tra gli altri, da Imposimato, 2013.

⁵ Lettera di Aldo Moro dal «carcere» delle Brigate Rosse all'on. Riccardo Misasi, mai recapitata e rinvenuta a Milano il 9 ottobre 1990 nel covo brigatista di Via Monte Nevoso. Tutte le lettere di Aldo Moro scritte durante il sequestro possono leggersi nell'edizione critica di Gotor, 2009.

«Comitato di crisi» presso il Ministero dell'Interno e sostanzialmente la Procura della Repubblica e l'ufficio del Giudice istruttore furono esautorati dalle indagini per tutto il periodo del sequestro: le indagini furono controllate, e di fatto condotte, da questa unità di crisi⁶.

In verità, il Procuratore Capo della Repubblica presso il Tribunale di Roma, dopo avere ripetutamente protestato, decise il 29 aprile 1978 di formalizzare l'inchiesta inviando gli atti al Giudice istruttore. Ciò avrebbe comportato una maggiore difficoltà di controllo da parte del Ministro dell'Interno; ma lo stesso giorno il Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma dispose l'avocazione delle indagini per l'esame degli atti⁷.

Intanto, il 21 marzo 1978, dunque cinque giorni dopo la strage di Via Fani, era stato approvato il d.l. n. 59, recante «*Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati*», poi convertito nella l. 18 maggio 1978, n. 191) che, tra l'altro, introduceva la possibilità per il Ministro dell'Interno di chiedere all'autorità giudiziaria competente – direttamente o a mezzo di ufficiali di polizia giudiziaria espressamente delegati – copie di atti e informazioni necessarie per la prevenzione e la repressione di gravi reati, tra cui il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. Una norma che, sia pure con alcune modifiche, ritroviamo anche nel nuovo codice di procedura penale, ma che in quel contesto storico assume evidentemente una specifica valenza, perché – alla luce di tutto quanto abbiamo appreso successivamente – risultava funzionale a garantire comunque al Governo dell'epoca la possibilità di controllare l'andamento delle indagini.

Questo decreto legge sospendeva norme fondamentali a garanzia dell'indagato e ne introduceva di nuove, lesive dei diritti individuali, come il controllo dei colloqui con gli avvocati difensori, il prolungamento del fermo di polizia, la possibilità per la polizia di effettuare intercettazioni, perquisizioni e interrogatori di fermati e arrestati anche senza autorizzazione del magistrato.

Occorre evidenziare che la strage di Via Fani e l'omicidio di Moro non soltanto hanno contribuito in modo determinante a modificare, in generale, il percorso politico del nostro Paese e della nostra democrazia, ma hanno inciso in modo sensibile e diretto sul corso delle riforme del processo penale e, in particolare, sull'introduzione di un nuovo codice di procedura penale di matrice accusatoria.

La l. 3 aprile 1974, n. 108, aveva, infatti, delegato il Governo ad emanare un nuovo codice di procedura penale, ispirato ai caratteri del sistema accusatorio, per sostituire il c.d. «codice Rocco» del 1930, fortemente caratterizzato da scelte inquisitorie, in sintonia con la logica autoritaria del regime fascista all'epoca dominante.

⁶ Cfr. Fortuna, 2010, 61.

⁷ Cfr., ancora, Fortuna, 2010, 61. All'epoca, l'avocazione era lasciata all'assoluta discrezionalità della Procura generale ex art. 392, comma 3, c.p.p. 1930: sull'evoluzione storico-normativa dell'istituto, cfr., per tutti, Di Bitonto, 2006, 1 ss.

In attuazione di questa legge (composta di 85 criteri direttivi), un'apposita commissione istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia e presieduta dal Prof. Gian Domenico Pisapia – in sintonia con una commissione mista, in prevalenza di estrazione parlamentare (la Commissione consultiva) – elaborò, a partire dall'ottobre del 1974, un «*Progetto preliminare*» di un nuovo codice di procedura penale, che venne presentato ufficialmente nel marzo 1978, qualche giorno prima del rapimento di Aldo Moro⁸.

Questo progetto poneva al centro del processo il dibattito, ma comunque restava la figura del giudice istruttore: il difetto fondamentale della legge-delega del 1974 e, conseguentemente del «*Progetto del 1978*», era in effetti rappresentato proprio dal contrasto tra il proposito di attuare il sistema accusatorio e il mantenimento degli istituti tipici del sistema misto⁹.

Al di là delle critiche mosse nel merito alle singole soluzioni prospettate nel «*Progetto preliminare*», la morte di Aldo Moro e più in generale l'emergenza terroristica di quegli anni indussero a non dare seguito legislativo a quel progetto, ritenuto evidentemente inidoneo a contrastare il fenomeno del terrorismo, dal momento che introduceva un processo più garantista, mentre il Parlamento continuò ad approvare provvedimenti restrittivi delle garanzie individuali che sono passati alla storia come «*legislazione dell'emergenza*» a difesa dell'ordinamento democratico. Questa legislazione, ha contribuito in particolare a ridurre i diritti di libertà dell'imputato, ad esempio attraverso l'ampliamento dei casi di cattura obbligatoria e la dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva.

Il «*Progetto preliminare*» del 1978 rimase comunque una tappa fondamentale negli studi verso la riforma del sistema processuale penale in senso accusatorio. Tuttavia, soltanto dieci anni dopo, con il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, venne varato il nuovo codice di procedura penale, in attuazione di una nuova legge-delega, la l. 16 febbraio 1987, n. 81: codice che, com'è noto, è entrato in vigore, dopo un anno di *vacatio legis*, il 24 ottobre 1989¹⁰.

3. Il titolo di questo incontro di studi («*Io ci sarò ancora ...*») richiama un passo contenuto nella lettera scritta da Moro dalla “prigione del popolo” al segretario della Democrazia Cristiana Benigno Zaccagnini, recapitata il 20 aprile 1978, la lettera più dura ed angosciante di quello che è forse l'epistolario più importante del Novecento italiano.

Aldo Moro scrive: «Io ci sarò ancora come un punto irriducibile di contestazione e di alternativa».

⁸ Sui lavori preparatori successivi alla legge-delega del 1974 e sul progetto preliminare del 1978, v. Conso, Grevi, Neppi Modona, 1989. Sul difficile clima in cui si svolsero i lavori del legislatore delegato dal 1974 al 1978, v. Neppi Modona, 1978, I, 477.

⁹ In questi termini, Tonini, 2015, 32.

¹⁰ Sul lungo cammino legislativo che ha portato all'emanazione del nuovo codice di procedura penale, cfr., per tutti, Corso P., 2005, 169 ss.; Pisapia G.D., 1988, 1 ss.

Possiamo affermare che effettivamente il pensiero di Moro resta vivo e di grande attualità, soprattutto per la sua straordinaria capacità di lungimiranza e profondità, caratteristiche difficili da ritrovare nell'attuale panorama politico, in cui sembra spesso che ci si preoccupi di «navigare a vista», di gestire soltanto il potere nella quotidianità, provocando disaffezione e allontanamento dei cittadini dalla *res publica* (è sufficiente pensare a quanto sia oggi consistente il “partito del non-voto”).

Aldo Moro aveva la capacità di guardare dove altri non guardavano, “alle prospettive non del domani, ma del dopodomani”¹¹: è stato, quindi, in grado di cogliere con grande anticipo i tempi nuovi, di indagare le trasformazioni di una società che si avviava a diventare sempre più complessa. Per questo Moro è ormai patrimonio della cultura politica dell'intero Paese, è un uomo senza più tempo, con una storia senza più confini¹².

Sulle sue orme può e deve partire una mobilitazione culturale e sociale per il riscatto della “Politica”, con la “P” maiuscola, che rimetta l'uomo al centro. La costante del pensiero moroteo è, infatti, la centralità della persona umana: l'uomo prima di tutto, il punto di partenza e quello di arrivo di ogni agire politico.

Si tratta di un punto cruciale, soprattutto nel nostro attuale contesto storico-sociale, in cui la dimensione umana è fortemente sottovalutata, a vantaggio di una vuota e imponente autoreferenzialità, che ha svuotato i partiti – nei quali tanto Moro credeva e per cui tanto si è battuto, finanche immaginando e tracciando percorsi di collaborazione «istituzionale» per il bene del Paese al fine di realizzare una «democrazia compiuta» – e che ha svilito le competenze, il senso di responsabilità, la moralità¹³.

Con riferimento, in particolare, ai suoi studi penalistici¹⁴, il punto di partenza, il presupposto è sempre e comunque costituito dalla centralità dell'uomo come

¹¹ Così Tritto, 2005, 67, in riferimento specifico al pensiero penalistico di Aldo Moro, ma con una riflessione valida in realtà per tutto il suo pensiero.

¹² Scrive Moro Agn., 2008: «Ma Aldo Moro oggi non è solo un punto di riferimento culturale. E non è solo un ricordo. È un punto irriducibile di contestazione e di alternativa. Anche per quanto riguarda la dimensione umana e le scelte di vita (...). Contestazione. Aldo Moro dimostra che si può fare politica e governare mantenendo i propri ideali e lavorando per realizzarli: che si possono esercitare ruoli di altissima responsabilità e restare semplici. Che si può avere una grande cultura e apprezzare la saggezza e la conoscenza popolare. Che si possono difendere con passione le proprie idee e avere rispetto per chi non le condivide. Che si può dedicare tutta la vita a cose grandi, escludendo quelle mediocri. Alternativa. Aldo Moro ha la capacità di evocare speranze, impegno, obiettivi condivisi. Unità. Rispetto. Dialogo. Accoglienza e compassione. Azione disinteressata. Dedizione. Necessità di partecipare e la consapevolezza che ogni persona fa la differenza. Lui le ha vissute e vivendole ha fatto la differenza».

¹³ Il pensiero politico di Aldo Moro è racchiuso in Rossini, 1982-90. Tra i numerosi e pregevoli studi critici, cfr. Di Capua, 1988; Bobbio, 1989, 7; Ambrogetti, 1999; Bozzi, 2001, 153 ss.; Antonetti, 2001, 97 ss.; Moro R., 2001, 51 ss.; Muolo, 2001, 169 ss.; Robles, 2001, 103 ss.; Scoppola, 2001, 23 ss.; Suppa, 2001, 181 ss.; Saita, 2008; Suppa, 2010, 77 ss. Di Biase, 2015. In particolare sul pensiero politico internazionale, v., da ultimo, Monzali, 2016, 85 ss., con ampi riferimenti bibliografici cui si rinvia.

¹⁴ Tra le opere più significative di Aldo Moro si segnalano: Moro A., 1939; Moro A., 1942; Moro A., 1947; Moro A., 1951; Moro A., 1954, 291 ss.; Moro A., 2005 (ove sono raccolte le lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute a Roma nell'a.a. 1975-76); Moro A., 2006 (ove sono raccolte le lezioni Filosofia del diritto tenute a Bari negli a.a. 1942-43 e 1944-45).

protagonista etico della vita. Tutto il suo argomentare, quale che sia l'angolo visuale o il tema trattato, parte dall'uomo per ritornare all'uomo: sia che rivolga l'attenzione all'autore del reato – persona libera di determinarsi e, quindi, di scegliere tra il bene e il male – sia che si tratti di indagare sulle singole categorie penalistiche, ogni riflessione è incentrata sulla persona umana, sulla sua dignità, sui valori, su giustizia, libertà, verità¹⁵.

Il profilo dell'umanità emerge in tutta la sua evidenza, ad esempio, nella parte delle «*Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*» tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma nell'a.a. 1975-76, raccolte dal suo allievo Francesco Tritto¹⁶, dedicate alla pena di morte e all'ergastolo. Contro la pena capitale Moro si era più volte pronunciato e ne aveva votato la soppressione come deputato all'Assemblea Costituente e componente della Commissione dei Settantacinque costituita in seno a quell'Assemblea. E, nella citata lettera a Zaccagnini, Moro avverte che lo Stato, non trattando con i brigatisti per la sua liberazione, pronuncia di fatto una sentenza di morte, e ciò è contro la storia democratica del nostro ordinamento, avendo la Costituzione repubblicana, come primo segno di novità, cancellato la pena di morte: la pena non può essere negazione della persona¹⁷.

Moro si pronuncia con fermezza anche contro la pena dell'ergastolo, in quanto pena che, priva com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento e al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumana, non meno di quanto lo sia la pena di morte. È questo un tema di assoluta attualità, nel momento in cui nel nostro Paese si torna a discutere della possibilità di eliminare il c.d. “ergastolo ostativo”, cioè quell'ergastolo che impedisce al detenuto di beneficiare di qualsiasi misura premiale prevista dall'ordinamento penitenziario¹⁸.

Al di là dei contenuti, Moro ci offre anche una grande lezione di metodo: nelle «*Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*», che, nonostante il carattere didattico, si presentano come una sorta di bilancio della sua ricerca penalistica, Moro si conferma – come tutti i grandi Maestri – legato ai principi generali, quelli a cui

¹⁵ In questi termini, Tritto, 2005, 62. Sul pensiero giuridico di Aldo Moro la letteratura è particolarmente ampia. Cfr., tra gli altri, Conso, 1978, I, 349 ss.; Bettiol, Martinazzoli, Tritto, Vassalli, 1982; Vassalli, 1982; Contento, 2001, 35 ss.; Ruggiero, 2001, 117 ss.; Fortuna, 2002, 105 ss.; Cassali, 2002, 21 ss.; Tritto, 2005, 56 ss.; Vassalli, 2005, 33 ss.; Filipponio, 2010, 15 ss.; Fortuna, 2010, 27 ss.; Regina A., 2010, 65 ss.; Vassalli, 2010, 97 ss.; Violante, 2010, 113 ss.; Lorusso, 2013, 1379 ss.; Incampo, 2016, 41 ss.; Indelicato, 2016, 45 ss.

¹⁶ Moro, 2005, 114 ss.

¹⁷ Cfr. Incampo, 2016, 45.

¹⁸ V. d.d.l. S. 2067-XVII legislatura, recante “*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*”, attualmente in discussione alla Commissione Giustizia del Senato. Sul fenomeno del c.d. “ergastolo ostativo” v. Musumeci-Pugiotto, 2016.

bisogna sempre guardare, senza lasciarsi disturbare oltre misura dalle contingenti modifiche legislative, insomma dai «tratti di penna» del legislatore¹⁹.

4. «Questo Paese non si salverà, la stagione dei diritti e delle libertà si rivelerà effimera» – afferma Moro nel marzo 1977 al XIII Congresso Nazionale della Democrazia Cristiana – «se in Italia non nascerà un nuovo senso del dovere».

Questo pensiero rappresenta, più di altri, il testamento morale del grande statista democristiano, il cui sacrificio e quello degli uomini della sua scorta non può certamente essere derubricato solo ad una pagina di storia da sfogliare di tanto in tanto, magari in occasione dell'anniversario della sua morte.

Effettivamente siamo abituati a parlare sempre di diritti, ma una Comunità, uno Stato può svilupparsi e progredire soltanto se ciascuno fa la propria parte, qualunque sia il suo ruolo, qualunque sia il lavoro che svolge, avendo sempre alto il «senso del dovere» e l'importanza di contribuire al bene comune.

Un senso del dovere che ritroviamo in ogni momento della vita di Aldo Moro e che emerge fortissimo nel suo ruolo di professore, anzi di «educatore globale»²⁰.

Suscita, ad esempio, una grande tenerezza e profonda commozione la lettura del suo congedo dagli studenti, al termine del corso di Istituzioni di diritto e procedura penale nell'anno accademico 1975-76. Il professore Moro – all'epoca Presidente del Consiglio dei Ministri – ringrazia tutti gli studenti che lo hanno confortato con la loro assidua presenza alle lezioni, seguendolo con attenzione, si scusa per alcuni concetti che possono essere apparsi astrusi e soprattutto per non avere avuto il tempo di organizzare in quell'anno attività complementari a quella accademica istituzionale (il riferimento è verosimilmente alla mancata visita ad un istituto penitenziario, visita alla quale Moro teneva molto, ritenendola particolarmente formativa); ciononostante, in quell'occasione Moro si impegna a conservare i nomi degli studenti del corso, per invitarli a partecipare a successive iniziative organizzate dalla cattedra²¹.

In queste semplici parole c'è tutta la grandezza di Moro, innamorato dei giovani e della sua «missione» di docente, al punto da chiedere alla moglie Eleonora, in una delle lettere scritte durante la prigionia, ma mai recapitata, di chiamare un suo collaboratore per domandargli di portare il suo saluto affettuoso agli studenti e di esprimere loro il suo rammarico per l'impossibilità di concludere il corso di lezioni²².

Se vogliamo davvero dare un senso al sacrificio di Aldo Moro, che resta comunque un enigma, non possiamo che richiamare questo altissimo senso del dovere, che ha sempre contraddistinto tutta la sua vita e il suo operato al servizio delle Istituzioni.

¹⁹ In tal senso, Vassalli, 2005, 44.

²⁰ La definizione è di Tritto, 2005, 88. Sulla figura di Moro come docente universitario, cfr., da ultimo, Mastroberti, 2016, 57 ss.

²¹ Moro A., 2005, 589 s.

²² L'episodio è ricordato da Tritto, 2005, 81. La lettera in questione fu rinvenuta in fotocopia il 9 ottobre 1990 nel covo milanese delle Brigate Rosse di Via Monte Nevoso.

Riferimenti bibliografici

- Accame F. (2005), *Moro si poteva salvare. 96 quesiti irrisolti sul caso Moro*. Bolsena: Massari.
- Ambrogetti A. (1999), *La democrazia incompiuta. Attori e questioni della politica italiana (1943-1978)*. Roma: Editori Riuniti.
- Antonetti N. (2001), La cultura politica ed istituzionale di Aldo Moro negli anni della Costituente, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 97 ss.
- Armeni G. (2015), *Questi fantasmi. Il primo mistero del caso Moro*. Lucca: Tra le righe libri.
- Bettiol G., Martinazzoli M., Tritto F., Vassalli G. (1982), *Aldo Moro e il problema della pena*. Bologna: Il Mulino.
- Bobbio N. (1989), Diritto e stato nell'opera giovanile di Aldo Moro. *Quaderni de "Il Politico"*. Milano, p. 7 ss.
- Bozzi R. (2001), Aspetti rilevanti della democrazia in Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 153 ss.
- Casamassima P. (2015), *Troveranno il corpo. Il caso Moro: le verità nascoste dietro le menzogne e i depistaggi*. Milano: Sperling & Kupfer.
- Conso G., Ricordo di Aldo Moro. *Giust. pen.*, 1978, I, c. 349 ss.
- Conso G., Grevi, Neppi Modona (1989), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I. Padova: Cedam.
- Contento G. (2001), Il volto umano del diritto penale nel pensiero di Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 35 ss.
- Corso P. (2005), Codice di procedura penale. *Dig. disc. pen.*, III Agg, t. I. Torino: Utet, p. 169 ss.
- Cucchiarelli P. (2016), *Morte di un Presidente. Quello che né lo Stato né le BR hanno mai raccontato sulla prigionia e l'assassinio di Aldo Moro*. Milano: Ponte alle grazie.
- Di Biase L. (2015), *I tempi di Aldo Moro. Le idee, le speranze e le intuizioni dello statista democristiano*. Chieti: Solfanelli.
- Di Bitonto M.L. (2006), *L'avocazione facoltativa*. Torino: Giappichelli.
- Di Capua G. (1988), *Aldo Moro. Il potere della parola (1943-1978)*. Roma: Ebe.
- Ferrara G. (2003), *Misteri del caso Moro*. Bolsena: Massari.
- Filipponio A. (2010), Il giuridico quale declinazione dell'etico, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 15 ss.

- Flamigni S. (2003), *La tela del ragno. Il delitto Moro*, 5^a ed. Milano: Kaos.
- Flamigni S. (2015), *Patto di omertà. Il sequestro e l'uccisione di Aldo Moro: i silenzi e le menzogne della versione brigatista*. Milano: Kaos.
- Flamigni S. (2016), *Il covo di Stato e la prigione fantasma. Il delitto Moro in Via Gradoli e in Via Montalcini*. Milano: Kaos.
- Fortuna F.S. (2002), Il contributo di Aldo Moro alla Costituente. In particolare sulla funzione della pena, in Fortuna F.S., Tritto F. (a cura di), *Crisi o collasso del sistema penale? Nel ricordo di Aldo Moro a vent'anni dal suo sacrificio* (Atti del Convegno - Cassino, 29 maggio 1998). Cassino: Edizioni dell'Università di Cassino, p. 105 ss.
- Fortuna F.S. (2010), Aldo Moro: la vita, le opere. Il dovere della memoria, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 27 ss.
- Giannulli A. (2011), *Il Noto servizio, Giulio Andreotti e il caso Moro*. Milano: Marco Tropea Editore.
- Giovagnoli A. (2009), *Il caso Moro. Una tragedia repubblicana*. Bologna: Il Mulino.
- Gotor M. (2009), *Aldo Moro. Lettere dalla prigionia*. Torino: Einaudi.
- Grassi G. (2016), La verità è sempre illuminante e ci aiuta ad essere coraggiosi (Aldo Moro), in Massafra A., Monzali L., Imperato F. (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari fra storia e memoria*. Bari: Cacucci, p. 111 ss.
- Guerzoni C. (2008), *Aldo Moro*. Palermo: Sellerio.
- Imposimato F. (2012), *La Repubblica delle stragi impunite*. Roma: Newton Compton.
- Imposimato F. (2013), *I 55 giorni che hanno cambiato l'Italia. Perché Aldo Moro doveva morire? La storia vera*. Roma: Newton Compton.
- Imposimato F., Provvigionato S. (2008), *Doveva morire. Chi ha ucciso Aldo Moro. Il giudice dell'inchiesta racconta*. Milano: Chiarelettere.
- Incampo A (2016), Stato e diritto in Moro. Dall'insegnamento alle lettere dalla prigionia, in Massafra A., Monzali L., Imperato F. (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari fra storia e memoria*. Bari: Cacucci, p. 45 ss.
- Indellicato (2016), Il fondamento etico-sociale del diritto nel pensiero di Aldo Moro, in Massafra A., Monzali L., Imperato F. (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari fra storia e memoria*. Bari: Cacucci, p. 47 ss.
- Limiti S., Provvigionato S. (2015), *Caso Moro. Complici. Il patto segreto tra DC e BR*. Milano: Chiarelettere.
- Lofoco N. (2015), *Il caso Moro. Misteri e segreti svelati*. Bari: Gelsorosso.
- Lorusso S. (2013), Aldo Moro, in Birocchi I, Cortese E., Mattone A., M.N. Miletta (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II. Bologna: Il Mulino, p. 1379 ss.

Mastroberti F. (2016), Aldo Moro e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari nella transizione dal regime fascista alla Repubblica, in Massafra A, Monzali L, Imperato F. (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari fra storia e memoria*. Bari: Cacucci, p. 57 ss.

Mastrogregori M. (a cura di) (2010), *Nuovi studi sul sequestro Moro*. Pisa-Roma: Fabrizio Serra Editore.

Monzali L. (2016), Dalla Puglia nel mondo. Appunti sul pensiero politico internazionale di Aldo Moro, in Massafra A., Monzali L., Imperato F. (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari fra storia e memoria*. Bari: Cacucci, p. 85 ss.

Moro A. (1939), *La capacità giuridica penale*. Padova: Cedam.

Moro A. (1942), *La subiettivizzazione della norma penale*. Bari: Città di Castello-Macri.

Moro A. (1947), *L'antigiuridicità penale*. Palermo: Priulla.

Moro A. (1951), *Unità e pluralità di reati*. Padova: Cedam.

Moro A. (1954), Osservazioni sulla natura giuridica dell'*exceptio veritatis*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*. Padova: Cedam, p. 291 ss.

Moro A. (2005), *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da Tritto F. Bari: Cacucci.

Moro A. (2006), *Lo Stato. Il diritto*. Bari: Cacucci.

Moro A.C. (1998), *Storia di un delitto annunciato. Le ombre sul caso Moro*. Roma: Editori Riuniti.

Moro Agn. (2008), Intervento, in *Convegno internazionale. Il governo delle società nel XXI secolo. Ripensando Aldo Moro* (Roma, 17-20 novembre 2008), in www.accademiaaldomoro.org/attivita/trentennale/convegno.htm.

Moro R. (2001), La formazione giovanile di Aldo Moro. Dall'impegno religioso a quello politico, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 51 ss.

Muolo A. (2001), Aldo Moro e la democrazia: dal modello consociativo al modello competitivo, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 169 ss.

Musumeci C., Pugiotto A. (2016), *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*. Torino: Giappichelli.

Neppi Modona G. (1978), La centralità del dibattimento nel nuovo processo penale, *Giust. pen.*, I, c. 477.

Pisapia G.D. (1988), Codice di procedura penale (riforma del), in *Enc. giur. Treccani*, VI. Roma, p. 1 ss.

Regina A. (2010), Il pensiero di Moro sulla interpretazione della legge penale: un messaggio inascoltato, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 65 ss.

Robles V. (2001), Un esempio di autonomia e laicità: Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 103 ss.

Rossini G. (a cura di) (1982-90), *Aldo Moro. Scritti e discorsi*, 6 voll. Roma: Cinque Lune.

Ruggiero G. (2001), Giurisdizione e processo penale nel pensiero di Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 117 ss.

Saita F. (2008), *Aldo Moro politico. Dalla Costituente a via Caetani, sviluppo e crisi del pensiero di uno statista*. Reality Book.

Satta V. (2003), *Odissea nel caso Moro. Viaggio controcorrente attraverso la documentazione della Commissione Stragi*. Roma: Edup.

Satta V. (2006), *Il caso Moro e i suoi falsi misteri*. Catanzaro: Rubbettino.

Sciascia L. (1994), *L'affaire Moro*, 16^a ed. Milano: Adelphi.

Selva G., Marcucci E. (2003), *Quei terribili 55 giorni*. Catanzaro: Rubbettino.

Scoppola P. (2001), La meridionalità di Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 23 ss.

Suppa S. (2001), Mezzi e fini della politica: per una teoria del partito in Aldo Moro, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa* (Bari, 28 maggio 1998). Bari: Servizio editoriale universitario, p. 181 ss.

Suppa S. (2010), Lo stato della persona e della democrazia in Aldo Moro, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 77 ss.

Tonini P. (2015), *Manuale di procedura penale*, 16^a ed. Milano: Giuffrè.

Tritto F. (2005), Introduzione, in Moro A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da Tritto F., Bari: Cacucci, p. 45 ss.

Ubertis G. (2006), *Il giudice, lo storico e il giornalista*, in Ubertis G., *Argomenti di procedura penale*, II. Milano: Giuffrè, p. 155 ss.

Vassalli G. (1982), L'opera penalistica, in Scaramozzino P. (a cura di), *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro, Quaderni de "Il Politico"*, n. 18. Milano.

Vassalli G. (2002), L'opera penalistica di Aldo Moro, in Fortuna F.S., Tritto F. (a cura di), *Crisi o collasso del sistema penale? Nel ricordo di Aldo Moro a vent'anni dal suo sacrificio* (Atti del Convegno - Cassino, 29 maggio 1998). Cassino: Edizioni dell'Università di Cassino, p. 21 ss.

Vassalli G. (2005), Presentazione, in Moro A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da Tritto F. Bari: Cacucci, p. 44 ss.

Vassalli G. (2010), La “capacità giuridica penale” nel pensiero di Aldo Moro, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 97 ss.

Violante L. (2010), Il diritto e il processo penale nelle “Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale” di Aldo Moro, in Filipponio A., Regina A. (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro* (Atti del Convegno, Bari, 20 giugno 2008, Facoltà di Giurisprudenza). Milano: Giuffrè, p. 113 ss.

Pasquale Troncone

IL DIRITTO PENALE NEL PENSIERO E NELL'OPERA DI ALDO MORO

Testo rielaborato della Relazione tenuta in occasione del Convegno *A cent'anni dalla nascita di Aldo Moro - I Seminario di studi - L'azione politica di Aldo Moro segretario della Democrazia cristiana (1959-1964)*
Napoli, Università Federico II, 20-21 ottobre 2016.

1. Aldo Moro nasce a Maglie in provincia di Lecce il 23 settembre 1916 e si laurea nel 1938 in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Bari sotto la guida di Biagio Petrocelli con una tesi dal titolo *La capacità giuridica penale*¹. Petrocelli insegnava diritto penale nell'Ateneo barese prima di essere trasferito a Napoli dove fu Maestro del diritto penale di tanti allievi napoletani e colse in Moro le doti necessarie per proseguire il percorso accademico. Nel 1939 a cura della Facoltà di Giurisprudenza Aldo Moro pubblicò la tesi di laurea come monografia e in questo modo ottenne la docenza di Filosofia del diritto e Politica coloniale presso la stessa Università nel 1941.

Nel corso del successivo 1942 diede alle stampe la sua seconda monografia, *La subiettivazione della norma penale* ottenendo in questo modo la libera docenza di diritto penale. Nel 1947 con la monografia *L'antigiuridicità penale* vince il concorso per la docenza in Diritto penale che consentì la nomina prima a professore straordinario, a partire dal 1948, e poi con la monografia *Unità e pluralità di reati* a professore ordinario nel 1951 di diritto e procedura penale presso l'Università di Bari, ma soltanto nel 1963 otterrà il trasferimento a Roma come titolare della cattedra di diritto e procedura penale presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma La Sapienza².

L'umanesimo nel diritto penale costituisce il tema comune che lega tra loro il nucleo centrale di ogni singola opera giuridica di Aldo Moro, dove per umanesimo si deve intendere porre al centro del sistema la "persona umana" e i suoi comportamenti dai quali si dipana tutto il ragionamento sul sistema punitivo, secondo due specifiche direttrici: a) l'indagine sulla condotta propria, illecita e colpevole dell'autore; b) gli effetti della reazione sanzionatoria dell'ordinamento nei confronti del responsabile.

¹ Moro A., 1939.

² Componenti di quella Commissione del concorso bandito presso l'Università di Urbino nel 1947 furono Giacomo Delitala, Biagio Petrocelli, Alfonso Tesauero, Giuseppe Bettiol e Giuliano Vassalli, mentre la terna vincente dei candidati risultò formata nell'ordine da Pietro Nuvolone, Aldo Moro e Luigi Scarano.

Seppure attestate su due diverse sponde del sistema del diritto penale si tratta di due facce della stessa medaglia, poiché i temi della responsabilità e della pena si integrano al punto da apparire inestricabili nei loro nessi concettuali.

Da un punto di vista sistematico si nota un progressivo sviluppo nel pensiero di Aldo Moro di tematiche che si trovano all'origine della sua opera e che poi vengono man mano approfondite e ricollocate concettualmente (si vedrà la sua concezione della pena)³. Il valore centrale della persona umana utilizzato come canone esegetico che guida i suoi studi offre la possibilità di comprendere come avanza il pensiero di Moro. Non a caso il primo lavoro sulla capacità giuridica penale (si legga imputabilità) è il necessario presupposto della sua teoria di subiettivazione del comando e del rimprovero e servirà per rileggere in chiave moderna e costituzionalmente orientata tutto il versante della responsabilità penale, dell'antigiuridicità e conseguentemente della colpevolezza normativa che troveranno il compimento naturale nella concezione della pena.

Probabilmente le premesse teoriche e filosofiche che avevano condotto Moro nello studio sullo Stato e nei rapporti tra Stato e componente individuale, sotto la guida di Petrocelli, si riveleranno utili per risistemare nel suo pensiero l'intero quadro culturale della legalità penale costituzionale, in una nuova ottica di valore mutuata dalle idee neotomostiche e mariteniane.

La storia del diritto penale annovera la rifondazione del proprio modello culturale proprio in quegli anni, anni in cui si registrano le disarmonie cronologiche delle fonti del diritto, con una Carta costituzionale che impone il re-indirizzamento ai propri principi di tutti i testi normativi preesistenti e allo stesso tempo una profonda rivisitazione degli istituti fondamentali della materia penale. Sul tema Giuliano Vassalli, a proposito delle prime monografie di Moro, rifletteva: «Erano quelle monografie opere veramente figlie di quel tempo: in cui lo studioso di diritto, per lo più, si dedicava a temi di teoria generale e di dottrina giuridica, che, pur se ardui per l'autore (così come la loro lettura lo era talvolta per gli stessi cultori della materia), permettevano a un tempo di cimentarsi con il metodo scientifico e di contribuire alla sistemazione degli istituti astraendo non dico dalla presente ma certamente dalle valutazioni politiche che una indagine di tipo diverso avrebbe comportato»⁴.

2. Il fulcro teorico della riflessione di Moro era, dunque, il concetto di “persona umana” che i Costituenti vollero porre al centro del nuovo sistema politico istituzionale e come formante di tutto il diritto che sarebbe maturato sotto la vigenza della nuova Carta fondamentale.

Il nuovo baricentro di valore spingeva al rifiuto della categoria di “individuo”⁵, della denominazione di “soggetto”, favorendo invece l'accesso alle fonti normative

³ Per una disamina puntuale delle singole opere di Aldo Moro si rinvia a Vassalli, 1982a, 25.

⁴ Vassalli G., 1982a, 19.

⁵ Moro A., 1940, 467.

supreme dell'ordinamento giuridico italiano del concetto di "persona umana", nella sua individua qualità -non delle "persone" nel loro generico molteplice- che agisce nello spazio del giuridico, che crea e si relaziona con la comunità sociale⁶, che soffre per la consapevolezza della gravità del reato commesso e che può nutrire una speranza, quella di ricostituire la sua credibilità sociale attraverso l'opera di rieducazione nei valori dello Stato⁷.

L'inquadramento della base teorica del pensiero di Moro è importante per comprendere che, nonostante egli sia un operatore nella stagione del tecnicismo giuridico inaugurata da Vincenzo Manzini, si voterà allo studio della teoria generale del reato in una prospettiva personalistica, partendo dall'autore del fatto illecito (non secondo la criminologia categoriale) e dall'indagine sulla finalità e lo scopo della pena in quell'unica prospettiva che egli stesso aveva coltivato in seno alla sotto-commissione che si occupò di elaborare la formula dell'art. 27 della Costituzione sulla funzione rieducativa della pena.

L'originalità e la modernità del pensiero penalistico di Aldo Moro sono insite nel proposito di portare a compimento il disegno personalistico che costituisce la matrice identitaria della Costituzione italiana che nella costruzione ideale di Moro assumeva una pregnante declinazione che lo porta a rivisitare il diritto penale in chiave di moderno umanesimo. Singolare è, infatti, l'attività scientifica che, partendo da studi e lezioni di filosofia del diritto (a noi giunte in quanto raccolte durante i vari Corsi), procede nell'evoluzione sempre più definita di un diritto penale che vede al centro l'uomo e non più lo Stato, ma soprattutto la persona con la sua dotazione naturale di patrimonio etico e morale, confrontarsi con la legge, i divieti, gli obblighi e studiarne il comportamento e la misura del rimprovero. Si tratta di una decisa uscita dall'angolo in cui il diritto penale era stato relegato dal tecnicismo giuridico che nella sua interpretazione più esasperata mirava a sviluppare soltanto la perfezione stilistica degli istituti giuridici e un sistema normativo come ineccepibile costruzione da un punto di vista tecnico-formale, prescindendo da contenuti, da valori e dal ruolo della persona come autore di reato⁸.

Le premesse di tipo culturale, in realtà ideologico, da cui originava l'intero apparato motivazionale del pensiero di Moro si fondano sulla concezione del diritto -e

⁶ Nel nuovo orizzonte di valore Moro si propone di indagare anche temi di parte speciale del diritto penale dove la tutela della "persona umana" viene assunta il ruolo centrale nella dinamica delle vicende sociali, cfr. Moro, 1954, 3; Moro, 1955 233, in cui si sottolinea, alla luce di una interpretazione evolutiva dei valori costituzionali, la tutela della "dignità sempre sussistente della persona umana", come un valore che la persona conserva senza mai essere privata dell'originaria consistenza giuridica. Sul tema e in risposta alle prese di posizione di Aldo Moro si veda Pannain, 1955, 17.

⁷ Moro A., 1947, 53: «Si stia però bene attenti a non scambiare l'individuo con la persona e non si perda di vista che, se il diritto non può essere individualistico per la contraddizione che non consente, ha da essere tuttavia sempre umano e personale». Nella successiva nota 65 a piè pagina chiarirà anche meglio il rapporto fondato su valori etici che corre tra persona e comunità sociale da cui la prima deve ricevere tutela come suo membro.

⁸ Pecorella, 2007.

della legge- e su quella dello Stato. Aldo Moro riteneva che il diritto positivo e il diritto naturale non fossero in antitesi, secondo lo schema delle correnti di pensiero radicali, ma anzi coesistessero secondo una relazione cumulativa con reciproco apporto, per cui se il diritto naturale è il diritto per eccellenza e per “questo giusto”, la funzione del diritto positivo è quella di adattare progressivamente la sua evoluzione alle esigenze della giustizia e per questa via ai contenuti del diritto naturale. La matrice è il diritto naturale per definizione giusto, mentre il diritto positivo ne costituisce il veicolo privilegiato per la sua concreta attuazione⁹.

Per quanto invece concerne la concezione dello Stato, Moro era fermamente convinto che il fondamento originario sia la morale, per cui il diritto è l’obiettivizzazione della vita morale che trova il suo compimento nello Stato etico come strumento per lo sviluppo della vita morale degli individui e dei gruppi di cui entra a fare parte la singola persona¹⁰. In questa visione lo Stato etico trova come suo pilastro fondamentale la “dignità umana” da cui parte il percorso per considerare questa idea di Stato come l’ambito in cui si compendiano in maniera armonica le esperienze e i valori sviluppati dai singoli e dagli aggregati sociali minori (probabilmente il riferimento era implicito ai partiti politici, ai sindacati e alle formazioni sociali di ispirazione democratica e religiosa).

E’ del tutto evidente che questa concezione di Stato “come etico” è in aperta antitesi con la visione hegeliana dello Stato “etico” come unico centro di legittimazione e di riferimento di valore che Giovanni Gentile utilizzerà come supporto ideologico alla stagione del fascismo e che assumerà una forte valenza nei provvedimenti legislativi del ventennio. Il codice penale del 1930, infatti, sotto la decisa influenza di Alfredo Rocco, pur non apparendo del tutto un codice di stampo autoritario, conservando viceversa un tessuto di stampo liberale come trascinarsi delle esperienze codicistiche precedenti a partire dai principi di garanzia della parte generale, presentava (e presenta tutt’ora) una parte speciale fortemente connotata dalla centralità dello Stato e delle sue articolazioni, a danno della persona la cui tutela informa soltanto le fattispecie di reato collocate alla fine del testo normativo.

Tramontata l’esperienza politica autoritaria fascista in Italia: «L’esigenza di porre il tema della persona in primo piano nasceva da una reazione morale prima che politica e politicamente ben definita al fenomeno della spersonalizzazione che era uno dei tratti caratteristici dello stato totalitario. Dove lo stato è tutto, la persona umana è nulla»¹¹.

Affrontare in questi termini il mondo del penalmente punibile vuol dire, rispetto al passato, non solo adeguare il contenuto del divieto alle soglie di ragionevole rimproverabilità del fatto commesso, ma anche verificare che la risposta punitiva tenga conto della personalità del suo autore, della misura del suo agire, degli impulsi che lo hanno spinto a infrangere la legge, considerando che l’uomo non può essere il mezzo

⁹ Vassalli, 2003b, 14.

¹⁰ Moro A., 1942, 65. Contento, 1998, 1156.

¹¹ Bobbio, 1982, 5.

di cui si serve l'ordinamento per dimostrare la sua forza, bensì il fine per renderlo consapevole della colpevole condotta tenuta e riorientare il suo comportamento in futuro.

L'impianto teorico fondato sulla duplice prospettiva del contenuto dell'illecito da una parte e della responsabilità penale del suo autore dall'altra servirà a Moro come piattaforma culturale per partecipare ai lavori della Costituente e poi rendersi protagonista dell'opera di rifondazione del diritto penale costituzionale, così come occorrerà successivamente al politico per dipanare il programma di politica criminale nella nuova stagione legislativa repubblicana¹². Moro ha segnato con un filo rosso tutta la tematica dei diritti fondamentali dell'uomo in materia penale nel complesso percorso normativo della Carta costituzionale e, soprattutto, ha posto in fase di germinazione nelle norme fondamentali dedicate alla materia penale il programma per un futuro diritto penale costituzionalmente orientato.

Vi è tuttavia un momento in cui si saldano le ragioni del diritto e le aspirazioni della politica e che allo stesso tempo rappresenta il compiersi del programma costituzionale e l'ulteriore spinta per indirizzare una nuova stagione del diritto penale italiano. Questo episodio si concretterà a un decennio di distanza dalla morte di Aldo Moro, anche se vanno ascritte a suo merito le sollecitazioni scientifiche che costituiscono la base della sentenza n. 364 del 23 marzo 1988 della Corte Costituzionale, estensore il Prof. Renato dell'Andro allievo di Moro a Bari, che stabilisce un punto fermo sul principio di colpevolezza e sul fondamento della responsabilità penale, recependo implicitamente anche il dovere per l'ordinamento di preordinare una norma penale da cui si possa cogliere, senza errore e con piena consapevolezza della sua connotazione di illiceità, il disvalore del fatto e con esso la contrarietà al diritto, l'annoso tema dell'antigiuridicità penale su cui più volte è ritornato nei suoi studi¹³.

Il c.d. principio della colpevolezza normativa era il fine ultimo di un percorso che Moro aveva svolto partendo dall'assunto che il diritto doveva essere rifondato secondo una concezione etica del diritto, non dello Stato nel modello hegeliano, e con esso la profonda identità di natura della legge morale e di quella giuridica, nell'unica prospettiva possibile, quella della centralità della persona umana¹⁴. Ecco perché Moro

¹² Moro partecipa alla Costituente quando era in carriera all'Università di Bari e non era ancora diventato professore ordinario di diritto penale in una compagine che annoverava personalità di punta delle discipline penalistiche come Giovanni Leone e Giuseppe Bettiol.

¹³ C. Cost., 24.3.1988 n. 364. www.cortecostituzionale.it, 1988. In realtà la lettura costituzionalmente orientata imposta all'art. 5 c.p. con argomentazioni interpretative di tipo additivo ricevette a distanza di pochi mesi ampia conferma con C. Cost., 13.12.1988 n. 1085. www.cortecostituzionale.it, 1988, con la quale lo stesso redattore Renato Dell'Andro specificò negli stessi termini il fondamento della responsabilità penale nel caso del c.d. furto d'uso.

¹⁴ Contento, 1998, 1151.

è sempre attento a non scambiare mai individuo con persona, proprio per l'appartenenza morale del fatto che non può che essere dell'uomo¹⁵.

3. Pur non avendo mai affrontato in un lavoro specifico il tema della pena, resta nell'opera penalistica di Aldo Moro l'argomento più indagato e, per certi aspetti, più controverso, poiché Moro parte dalla premessa che esista un vincolo morale tra reato e pena¹⁶, dove questo vincolo finisce per costituire la radice della responsabilità della persona per la violazione della norma, appunto uno degli aspetti della *subiettivazione* della norma penale¹⁷.

La prospettiva filosofica (l'origine della sua maturazione scientifica) da cui muove tutta l'opera di Aldo Moro diventa importante per comprendere quali siano i punti fermi del suo pensiero, ideologicamente marcato dalla connotazione di matrice cattolica¹⁸ e posta nella prospettiva che anche la punizione non può prescindere dal rispetto della dignità dell'uomo e dalla sua centralità nel sistema dei valori supremi dell'ordinamento: anche il condannato non perde la sua qualità naturale di persona che si compendia di sostanza giuridica¹⁹.

Il tema della colpevolezza, che abbiamo detto trova il suo retroterra nell'opera di *subiettivazione* della norma (intesa come involucro che contiene precetto e sanzione), è l'ambito (o requisito) che può comprendere solo il rimprovero per l'attribuzione del fatto, così come esso appartiene moralmente all'agente. Da qui poi l'idea della pena che non può essere forzata rieducazione, né moralistica emenda, ma un percorso di recupero sociale, nell'agire comunitario, durante il quale la persona recupera la consapevolezza del valore etico e morale delle sue azioni, il tutto governato da un regime retributivo che ripristina un canone di giustizia attraverso l'inflizione di un male come corrispettivo del male commesso: «la finalità rieducativa è perfettamente compatibile con la finalità etico-retributiva della pena»²⁰. Non bisogna mai dimenticare che nella sua idea di punizione (il cui speculari era la relazione di valore di impronta cattolica: peccato-penitenza) Moro attingeva alla radice filosofica della problematica punitiva²¹ e, soprattutto, coglieva il nesso funzionale tra intervento dello Stato e finalità della pena in un assetto democratico della nuova Italia che aveva posto al centro l'uomo e la sua dignità come valore assoluto²².

¹⁵ Osservazione che svilupperà, anche per l'appartenenza alla comune scuola di Biagio Petrocelli, Santamaria (1962), 1996, p. 406: «La pena si può infliggere solo quando il soggetto che commette il reato è in grado di percepire il significato etico dei valori della vita e la loro forza vincolante, o ha comunque la capacità di comprendere il senso delle comuni valutazioni a cui si ispira la condotta degli altri».

¹⁶ Gargani, 2006, 1010.

¹⁷ Vassalli, 1982a.

¹⁸ Moro R. (1998), 2001, 51.

¹⁹ Gargani, 2006, 1017. Bettiol, 1982a.

²⁰ Moro A. (1975), 2005, 123.

²¹ Cattaneo, 1998.

²² Cattaneo, 1978.

Aldo Moro partecipa all'Assemblea Costituente²³ come già detto presidente della FUCI ed espressione dei movimenti giovanili dell'Azione Cattolica e si trova a essere eletto del *Direttivo del gruppo democristiano alla Costituente*, alla cui guida vi erano Giorgio La Pira e Giuseppe Dossetti, nell'ambito della "Commissione dei 75", prevista dal d.luog. del 16 marzo 1946 n. 99, presieduta da Meuccio Ruini²⁴.

Per le sue specifiche competenze entrerà a far parte della I Sottocommissione (una delle tre in cui si articola la Commissione dei 75) chiamata a redigere la norma sulla responsabilità penale e sulla finalità della pena, contenuta nell'attuale art. 27 Cost., la cui originaria formulazione è rinvenibile nel primo schema di discussione presentato dai relatori Giorgio La Pira e Lelio Basso.

Ci vorrà ancora molto tempo e grande opera di mediazione per giungere alla formulazione dell'attuale art. 27 Cost. che nacque tra equivoci e controversie trascinate per anni e forse mai chiariti, ma certamente non vi era il rifiuto della finalità rieducativa a favore di quella esclusivamente retributiva, quanto il fatto che non ne fossero chiariti con sufficiente precisione contenuti e prospettiva finalistica²⁵.

A nostro parere in Moro matura progressivamente nel tempo la sua idea di pena, ricalibrando volta per volta la sua precipua funzione alla luce dei principi di garanzia nel loro divenire dinamico, finendo per modificare, in misura significativa, la sua originaria posizione prevalentemente retributiva -insegnamento ricevuto dal suo Maestro Biagio Petrocelli²⁶-, anche se non esclude che per alcuni aspetti il rimprovero spinge verso esiti di emenda morale. Vassalli sostiene (e ci permettiamo sommamente di dissentire) che, oltre che sulle riforme del codice penale²⁷, anche sul tema della pena: «Moro appare da queste lezioni (*n.d.r. di Istituzioni di diritto e procedura penale*) come un conservatore: pieno di afflato umanitario e di fede nei destini migliori dell'uomo, ma conservatore»²⁸.

La prima proposta normativa chiamata a indicare una nuova prospettiva finalistica della pena contiene, secondo la compagine di cui faceva parte Moro, ancora molti aspetti equivoci che rischiavano di fare arretrare piuttosto che promuovere una nuova dimensione di penalità. La nuova Italia ha bisogno di uno strumento punitivo che ponga al centro il tema della persona e non più dello Stato verso una prospettiva che allontani

²³ Moro interverrà circa un centinaio di volte, come registrato in Loiodice A. - Pisicchio P., 1984.

²⁴ Formigoni, 2016, 73.

²⁵ Ronco, 2007, 148: «La votazione sull'emendamento Bettiol/Leone, cui si associò anche Aldo Moro, dette un esito contrastato. Si fece una prima votazione per alzata e seduta e l'esito della stessa apparve incerto. Si procedette alla votazione per divisione e la Presidenza dichiarò che l'emendamento non era stato approvato, nonostante le perplessità di vari componenti dell'Assemblea. La richiesta di Aldo Moro e di Giovanni Leone, di procedersi all'appello nominale, non fu accolta», pag. 15. La circostanza è anche riferita da Eusebi L., 1998, 230.

²⁶ Petrocelli, 1938.

²⁷ Il riferimento è alla Commissione di studio da lui stesso costituita nel 1956 quando ha la responsabilità del Ministero di Grazia e Giustizia e di cui facevano parte, tra gli altri, Petrocelli, Delitala e lo stesso Vassalli.

²⁸ Vassalli, 2003c.

lo spettro dell'afflittività fine a sé stessa, l'emarginazione irreversibile, per aprirsi nel mondo dei valori dell'ordinamento a un recupero sociale del condannato.

Occorre forse seguire la cronologia dei suoi lavori per verificare l'affinamento della concezione di pena, il cui compimento è raggiunto dalle decise determinazioni della sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale, cui, come si è detto, l'insegnamento di Moro non è estraneo attraverso l'intervento del giudice estensore e suo allievo barese Renato Dell'Andro.

Prima di ogni altra cosa Moro si trovò a trattare della finalità e della funzione della pena nella fase di progettazione ordinamentale come Costituente e successivamente ebbe modo di veicolare la nuova concezione della pena come scienziato del diritto (più specificamente illustrandone le coordinate nella sua attività didattica). Se al fondo del suo pensiero, ma in realtà di quello di tutti i penalisti dell'epoca, è ancora oggi presente la concezione polifunzionale, Moro scelse in maniera ragionevolmente convinta la nuova strada della rieducazione del condannato respingendo i tratti più severi di una penalità senza speranza, pur avanzando serie riserve sull'effettivo contenuto del percorso di rieducazione (assoluta novità per la tradizione legislativa italiana). E' anche comprensibile che il penalista moderno, diversamente dagli studiosi che vissero la fase di progettazione, abbia ormai introitato senza alcun margine al dubbio che cosa s'intenda per rieducazione nella sua radice costituzionale -forse anche morale-, dove il fine della vicenda afflittiva deve tendere alla piena integrazione della persona condannata nella comunità.

Per comprendere come Moro si lascia coinvolgere nella diversa visione della pena in prospettiva di un nuovo Statuto costituzionale, occorre, tuttavia, individuare i passaggi che delimitano e circoscrivono la funzione della pena e che segnano il percorso in cui matura la sua idea che si proietta oltre la prospettiva retributiva. Il tema da cui bisogna partire è quello delle "massime pene" -pena di morte ed ergastolo- nel dibattito dei Costituenti, in parte già risolto dal decreto luogotenenziale n. 224 del 10 agosto 1944 che per primo la eliminava dal catalogo sanzionatorio.

La conferma dell'abolizione della pena di morte come tassativo divieto normativo fu accolta senza alcuna riserva da parte di tutti i componenti della Commissione chiamata a formulare il contenuto dell'originario art. 9, mentre intervenendo dopo Palmiro Togliatti, che aveva avanzato il proposito dell'abolizione oltre che della pena di morte anche della pena dell'ergastolo, Moro, pur condividendone la posizione, precisava che la scelta sarebbe toccata al legislatore ordinario e comunque sottolineava che il carcere perpetuo rimaneva "l'unico motivo di inibizione al delitto" in chiave (aggiungiamo noi) di prevenzione generale (negativa)²⁹. E poi preciserà che si era intervenuti comunque sull'ergastolo con l'eliminazione della segregazione cellulare (non vi sarà però un seguito), in grado di aggravarne l'afflittività, in quanto disposizione implicita nella parte in cui in Costituzione si afferma l'obbligo di riservare

²⁹ Atti della Costituente, 1946, 382.

un trattamento umano a ciascun cittadino condannato. Secondo il nostro parere Moro in questo modo, cioè antepoendo la dignità umana e i diritti inalienabili della persona anche al potere punitivo dello Stato, stabilisce la base per la futura abolizione dell'ergastolo. Il tema dei diritti umani, infatti, trovando la radice di valore in tutte le Costituzioni moderne e nei Trattati internazionali oltre che nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sarà tra qualche tempo in grado di infrangere anche il tabù dell'ergastolo c.d. ostativo³⁰.

L'aspetto più significativo della nuova idea che Moro esponeva spostando in avanti la sua concezione della pena, rispetto a quella espressa nei precedenti lavori, è da lui stesso chiarito nell'intervento all'Adunanza plenaria: «Moro ritiene che si debba adottare la formula proposta dal Comitato di redazione: “Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato”. Nella seconda parte pensa sia bene mettere in rilievo che solo le pene, in quanto eseguite, non debbono essere in contrasto con la dignità umana. E' perciò favorevole all'emendamento dell'onorevole Leone, che sostituisce al vocabolo “ricorrere” l'altro “consistere” e adopera l'espressione più felice: “in trattamenti contrari al senso di umanità”»³¹.

Vi è tuttavia nel dibattito costituente (di cui è giunta eco di controversie e indecisioni) un intervento di Moro del 15 aprile 1947 che appare illuminante se posto in sinossi all'impostazione culturale cattolica che guidava le scelte di Moro e che vedeva sempre alla sua attenzione il rapporto tra persona e gruppo sociale di appartenenza. Si può intravedere in controluce la necessità che vi sia un recupero personale e morale del condannato, ma che debba costituire l'unico vero presupposto per il suo reinserimento sociale. Moro chiede di intervenire in Assemblea chiarendo cosa si debba intendere per rieducazione e in questo modo mette in evidenza quale sia la sua posizione sul proposto fine sanzionatorio del tutto nuovo per la dottrina penalistica sviluppata sulla tradizione legislativa italiana fino a quel momento.

E' bene precisare che sia Giuseppe Bettiol che Giovanni Leone insisteranno per inserire nella formula costituzionale la sottolineatura “morale” della rieducazione e, in questo modo, pur non volendo enfatizzare l'una o l'altra posizione dottrina della scienza giuridica, lasciavano emergere soltanto un tratto del percorso rieducativo, ma che in realtà serviva a recuperare, seppure in una diversa misura, sempre la funzione retributiva della pena³². Affermerà successivamente Bettiol che la retribuzione rappresenta il fondamento della pena, mentre l'emenda il suo scopo³³.

Calandoci nel contesto di quel periodo storico sembra di cogliere in Aldo Moro accenti davvero rivoluzionari rispetto al passato regime (non bisogna dimenticare che

³⁰ Ci sia consentito segnalare, per quanto concerne il vincolo normativo derivante dalla tutela dei diritti umani sia rispetto alla pena di morte che per l'ergastolo, Troncone, 2012.

³¹ Commissione per la Costituente, Adunanza plenaria, 1946, p. 182.

³² I termini del dibattito e dell'asse che legava i giuristi di ispirazione cristiana Leone, Bettiol, Moro, anche se quest'ultimo spinse molto in avanti la formula costituzionale nel tentativo di indirizzare oltre la retribuzione, sono riportati da Ronco, 2007, 161.

³³ Bettiol, 1982b, 749.

la maggior parte dei Costituenti erano stati detenuti nelle carceri fasciste), ma in realtà di tutto il trascorso liberale che imperniava l'idea di pena esclusivamente su una prospettiva etico retributiva³⁴. Alla fine Moro ripiega la sua scelta proprio sull'emendamento Bettiol - Leone³⁵ soltanto perchè avendo viva la preoccupazione che la previsione della concezione rieducativa, senza alcuna indicazione specifica dei contenuti come vincolo al legislatore ordinario, potesse aprire di nuovo la strada al positivismo criminologico e con esso a forme di rieducazione forzata scardinando il diaframma tra responsabilità penale e pericolosità sociale³⁶. Quanto meno il criterio retributivo, che come si è già detto non è alieno anche all'attuale concezione della pena, poteva rappresentare un limite all'intervento sulla durata della pena che impone al giudice di rapportarne la misura alla gravità del fatto e, dunque, al grado di colpevolezza, affermando il canone di giustizia sostanziale attraverso il contenimento della punizione e prevenendo tentativi di discrezionalità punitiva. Sotto questo profilo si chiarisce anche la ragione secondo cui Moro, nel dibattito di cui è protagonista, non riconoscerà alcuno spazio alle teorie preventive (generale e soprattutto speciale) che sgancia dal paradigma dissuasivo, considerandole semplicemente come un momento

³⁴ Ci sembra opportuno riportare per intero l'intervento di Moro, 1946, 472: «Dichiaro che voterò a favore del secondo emendamento degli onorevoli Leone e Bettiol. Mi rendo conto delle ragioni che sono state esposte dal Presidente della Sottocommissione e sono certo che nelle intenzioni dei proponenti non vi è il desiderio di risolvere con la formulazione presentata l'annoso problema degli orientamenti penalistici della scienza e della legislazione italiana. Sono certo che, in questa sede costituzionale, si vuole anche con la formulazione proposta lasciare libera la strada, perché domani sia il legislatore, sotto la pressione della coscienza sociale, a decidere in merito agli orientamenti in materia di pene. Tuttavia non posso nascondermi il pericolo che deriva dalla formulazione così come è presentata. Il parlare di pene che devono tendere alla rieducazione del condannato, può essere considerato da parte dei futuri legislatori e da parte degli scienziati di un determinato orientamento, come fondamento di una pretesa ad orientare la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva. Tutti quanti i postulati penalistici sono evidentemente rispettabili, ma il problema che essi involgono è talmente grave e talmente serio che non possiamo pretendere, con una rapida discussione, quale è quella che si è verificata in questa sede, di risolverlo. D'altra parte dobbiamo preoccuparci che per una leggerezza da parte nostra, per una imprecisione nella formulazione, non si dia l'apparenza di aver risolto quello che in realtà non si voleva e non si poteva risolvere in questa sede. Certamente l'esigenza della rieducazione morale del condannato è presente al nostro spirito. Anche noi, che siamo seguaci di un altro indirizzo in materia penale, riteniamo che la pena persegua tra i suoi fini anche quello fondamentale della rieducazione del condannato, ma mi pare che questa esigenza sia soddisfatta pienamente dall'emendamento Leone-Bettiol al quale aderisco, in quanto vi si dichiara che le pene non possono consistere in trattamenti disumani e debbono essere tali da permettere la rieducazione morale del condannato. Con ciò si dà una precisa disposizione che vale come orientamento per la riorganizzazione del sistema penitenziario, ma senza prendere posizione, neppure in apparenza, in ordine a uno dei problemi più gravi della nostra scienza e della nostra prassi sociale, cosa che mi parrebbe in questa sede estremamente pericolosa».

³⁵ La ricchezza del dibattito sul "famoso" emendamento Leone-Bettiol, in cui compariva anche la formula non accolta "La responsabilità penale è solo per fatto personale", è riferita e analizzata da Alessandri, 1989, 8. Lo scopo era anche quello di sottrarre al tema (di cui erano stati vittime dei rastrellamenti nazifascisti molti dei padri costituenti) il rischio della responsabilità collettiva ovvero della responsabilità per fatto altrui.

³⁶ Eusebi, 1998, 230.

di maturazione del processo emendativo del condannato. In questo egli appare forse “conservatore”, poiché non lega il destino della rieducazione ai profili di individualizzazione della pena e di prevenzione speciale.

Il fatto che la concezione della pena sia in Moro in continuo divenire, come del resto deve essere di uno studioso che apre la speculazione intellettuale a nuovi approdi, a mutare ragionevolmente precedenti convincimenti alla presenza di nuovi elementi di valutazione, è chiaramente dimostrato anche dalla sua contrarietà alla pena dell’ergastolo che, seppure non ripudiata in Assemblea Costituente, diventa oggetto della sua esperienza didattica. Durante il corso delle lezioni che sono state registrate e trascritte con tutta quella partecipazione emotiva che Moro imprimeva alla sua esposizione oratoria, quando ormai l’art. 27 della Carta aveva tracciato un consolidato e profondo solco nell’esperienza repubblicana, Moro in maniera decisa esprime un giudizio potentemente negativo sul suo mantenimento nel catalogo sanzionatorio, al pari che contro la pena di morte: «anche nei confronti della pena perpetua: l’ergastolo, che, priva com’è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al ritrovamento del soggetto, appare crudele e disumana non meno di quanto lo sia la pena di morte»³⁷.

Il tema della pena temporanea e della pena di morte viene ripreso da Moro nella vicenda estrema della sua esistenza, quando prigioniero delle brigate rosse ricorda in alcune lettere spedite a esponenti politici quanto avesse fatto in seno alla Costituente per l’abolizione della pena capitale. Seppure in un contesto di fortissimo condizionamento emotivo la lucidità del pensiero lo riportava ai tempi della riflessione sull’art. 27 Cost. e, confermando quanto ormai era divenuto patrimonio della sua lezione universitaria, legava il tema dell’abolizionismo alla rilevanza assoluta del principio di umanità, invocandone per sé stesso la possibile applicazione. Non solo. Aldo Moro ancora una volta confermava che la pena doveva essere vista come espressione di rimprovero morale, in modo che la pena trovasse il suo compimento nel recupero del condannato. Questa è la ragione per cui, da raffinato giurista, spiegava ai suoi interlocutori che mai sarebbe stato giustificabile il suo sacrificio, perché sostenuto da un’intransigenza immorale contro un uomo al quale non doveva essere rimproverato nulla e, dunque, fuori anche da qualsiasi dimensione sanzionatoria.

Scrivendo al segretario della Democrazia Cristiana Benigno Zaccagnini ribadisce il suo pensiero nella lettera recapitata il 20 aprile 1978: «...Ricordate, e lo ricordino tutte le forze politiche, che la Costituzione Repubblicana, come primo segno di novità, ha cancellato la pena di morte. Così, cari amici, la si vorrebbe a reintrodurre, non facendo nulla per impedirla, facendo con la propria inerzia, insensibilità e rispetto cieco della ragion di Stato che essa sia di nuovo, di fatto, nel nostro ordinamento. Ecco nel

³⁷ Moro A., 2005, 116. Sul tema torna Corleone, 2012, 136, che commentando la lezione universitaria di Moro ai suoi studenti contro l’ergastolo commenta: «Le parole di Aldo Moro sono forti e chiare, traduzione di un pensiero limpido». Sulla indiscutibile e chiara posizione di Moro cfr. Contento, 1998, 1158.

l'Italia democratica del 1978, nell'Italia del Beccaria, come in secoli passati, io sono condannato a morte. Che la condanna sia eseguita, dipende da voi. A voi chiedo almeno che la grazia mi sia concessa; mi sia concessa almeno, come tu Zaccagnini sai, per essenziali ragioni di essere curata, assistita, guidata [che] ha la mia famiglia». Poi ancora nella lettera del 23 aprile 1978 spedita al Presidente del Senato Amintore Fanfani, Moro afferma: «Lo spirito umanitario che anima il Parlamento ebbe già a manifestarsi in sede di Costituente, alla quale anche in questo campo ebbi a dare il mio contributo, e si è fatto visibile con l'abolizione della pena di morte ed in molteplici leggi ed iniziative»³⁸.

4. L'epoca in cui Aldo Moro svolge la sua ricerca sulla parte generale del diritto penale appartiene al periodo di rielaborazione scientifica della materia che concentra la sua attenzione sugli elementi costitutivi del reato, dando vita alla disputa sulla teoria analitica del reato. Disputa che vedeva su diversi fronti chi coltivava l'idea della concezione bipartita, elemento oggettivo ed elemento soggettivo filtrando in termini moderni l'endiadi "forza fisica e forza morale" progettata dalla scuola classica di Francesco Carrara; contro coloro che erano approdati alla configurazione belinghiana di tipo tripartita, avendo tracciato in maniera del tutto autonomo il requisito dell'antigiuridicità. Proprio su quest'ultimo elemento si aprono i maggiori contrasti in dottrina, dove alcuni Autori ne sostengono una natura oggettiva e delineano un modello di accertamento della responsabilità penale fondato sulla verifica prima della tipicità del fatto (sussumibilità della fattispecie concreta sotto l'articolazione normativa della fattispecie astratta); per poi passare alla sussistenza dell'antigiuridicità oggettiva (la contraddizione tra fatto e apparato normativo dell'intero ordinamento delle leggi); per giungere, infine, alla verifica della colpevolezza dell'agente (consapevole e volontaria realizzazione dell'illecito penale il cui livello di partecipazione psichica contribuirà a commisurare la pena da irrogare).

La questione della concezione del reato seguita dai penalisti dell'epoca (oggi si registra una quasi unanimità di intenti sulla teoria tripartita con antigiuridicità oggettiva) diventa il punto di discriminazione e allo stesso tempo connotativo di tutto ciò che scaturisce dalla ricostruzione degli elementi del reato e delle sue conseguenze, caratterizzando anche la scuola di appartenenza. Sull'antigiuridicità, infatti, convergerà, anche se non sempre in maniera coerente e univoca al suo interno, la scuola di pensiero che faceva capo al Petrocelli che conferisce una diversa valenza al requisito del reato e riconosce una diversa dinamica ricostruttiva al fatto di reato. Moro in particolare ipotizza, contro le dominanti concezioni bipartite e tripartite del reato, che: «fatto e antigiuridicità non sono elementi né momenti né aspetti del tutto unitario che è il reato». La naturale conseguenza, come osserva Giuliano Vassalli, è che:

³⁸ Si tratta della lettera inviata al Presidente del Senato Amintore Fanfani, recapitata il 28-29 aprile e scritta a partire dal pomeriggio del 23 aprile (foglio 1 recto e verso).

«nell'antigiuridicità egli assorbe integralmente anche la colpevolezza, vista come il momento soggettivo della prima, e vigorosamente ripudia la concezione di una antigiuridicità oggettiva; così come rigetta ogni distinzione tra tipicità e antigiuridicità perché il fatto ed il suo significato di disvalore sono in realtà tutt'uno»³⁹.

A ben vedere si tratta di una disputa teorica di tipo meramente formale, perché la metodologia dell'indagine sulla struttura del reato porta naturalmente a prospettare la sussistenza di una vicenda statica (il fatto tipico) e una dinamica, in cui si intrecciano i momenti valutativi dell'antigiuridicità e della colpevolezza, momenti di giudizio nei quali si verifica il contrasto tra volontà e norma e tra condotta e norma. Naturalmente quest'indagine analitica non è fine a se stessa, poiché costituisce il fondamento del rimprovero e, al tempo stesso, il parametro per individuare la misura della pena adeguata al reato commesso. Torna in questo modo e prepotentemente il tema delle garanzie della persona da cui si snoda il percorso dei principi costituzionali. Il fondamento della *subiettivazione* del comando, dunque, prende atto che il parametro della condotta non è più una generica indicazione di tipo etico morale, ma la norma giuridica scritta che nel momento in cui determina il comportamento destinatario lo vincola. Solo un comando formale, a un tempo garanzia di oggettività giuridica e garanzia per la persona, è in grado di stabilire anche l'orientamento culturale di un diritto della punizione in uno Stato democratico a sovranità popolare.

Va anche detto che la costruzione teorica avanzata da Moro, non solo non collide con le prospettazioni teoriche dei sostenitori della teoria tripartita (nelle sue varie declinazioni), ma pone all'evidenza del suo lettore una "scelta di scuola", un'opzione scientifica frutto di un ampio e condiviso dibattito all'interno del gruppo che faceva capo a un comune Maestro. Biagio Petrocelli, infatti, ritornando dopo circa un decennio (quando era professore fuori ruolo e giudice della Corte costituzionale) proprio sulla concezione "unitaria" del reato sostenuta da Moro, afferma in maniera incontrovertibile che la lettura morotea del reato non contrasta con la dottrina dominante e questa sorta di esegesi suona, a nostro avviso, come una sorta di interpretazione autentica del suo stesso pensiero che passa per gli scritti di Aldo Moro. Petrocelli sostiene: «La considerazione analitica, come ogni operazione della mente, tende a una finalità; e questa è appunto la considerazione, meglio ancora, la visione unitaria del reato, cioè la visione della sintesi e dell'unità attraverso l'analisi». E volendo chiarire che la posizione di Moro è quella ufficiale ed è perfettamente coincidente con il suo pensiero, precisa: «Ogni tendenza, in fondo, che volesse adottare una considerazione unitaria invece di quella analitica si ridurrebbe sempre, inevitabilmente, a sottintendere, o ad accogliere parzialmente, mai negare del tutto, la necessità dell'analisi» e nella nota 13 che aggiunge al testo, riporta proprio il passo tratto dalla monografia di Moro sull'antigiuridicità penale. E chiude: «Il reato (in astratto) non è conforme al tipo, ma è il tipo».

³⁹ Vassalli, 2003b, 22.

Quanto esposto è utile per comprendere da dove assumono le premesse metodologiche e motivazionali i primi lavori di Moro, dei quali con *La capacità giuridica penale* analizza il soggetto passivo del rapporto penale e le condizioni che lo rendono destinatario della norma; mentre con il secondo *La subiettivazione della norma penale* prende cura di indagare sullo Stato come soggetto attivo di tale rapporto. Con l'opera di subiettivazione Aldo Moro individua il momento di passaggio del diritto dalla dimensione astratta e oggettiva a quella concreta e soggettiva, in cui il destinatario si trova nella condizione di vivere uno stato di restrizione per la violazione del divieto o dell'obbligo eluso e dall'altro nella garanzia di vedere salvaguardati beni e diritti significativi e importanti per la vita della collettività⁴⁰. E non a caso Moro coltiva la convinzione che la subiettivazione della norma giuridica avvenga per due contemporanee linee direttrici, la fase precettiva e la fase sanzionatoria: con la prima si *indirizza* la vita sociale; con la seconda si *re-indirizza* il soggetto alla vita sociale⁴¹.

Il punto di saldatura che sembra emergere nella dottrina di Moro è proprio il concetto di colpevolezza, non come contraddizione tra atteggiamento psicologico e fatto, ma come contrasto tra volontà dell'agente e norma, come violazione di un obbligo al di fuori dell'elemento psicologico, vale a dire un comportamento riprovevole, in quanto immorale e quindi antiggiuridico, tenuto dalla persona: «Ed è impensabile che il soggetto possa essere considerato autore di un fatto riprovevole, e che egli stesso sia riprovato, qualora egli non abbia una consapevolezza, almeno sommaria, del significato negativo del fatto, del complesso delle valutazioni etico-giuridiche che si esprimono tecnicamente attraverso le norme di diritto penale, ma sono vive nella coscienza della società»⁴².

L'apparato argomentativo che fa da supporto al ragionamento che Aldo Moro sviluppa nelle sue opere si ritrova limpidamente riportato nella sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, che dichiara parzialmente illegittima una parte dell'art 5 c.p., al punto da non esitare di definire Moro come l'autore indiretto di quella storica decisione che mette un punto fermo proprio sul rapporto tra colpevolezza normativa e pena. Il tema è quello dell'ignoranza del diritto che l'art. 5 del codice penale impedisce di riconoscere come ipotesi di non punibilità per l'autore di un reato, sul presupposto che nessuno possa invocare a sua scusa la mancata conoscenza di un precetto penale.

La vera novità introdotta dalla sentenza della Consulta consiste nell'aver ritenuto del tutto equivalente l'ignoranza e l'errore sul divieto, determinato proprio

⁴⁰ Gargani A., 2006, 1015.

⁴¹ Moro A., 2005, 220.

⁴² Moro A., 2005, 563. A questo proposito è interessante notare come la riflessione sull'elemento della colpevolezza è un dato comune alla scuola di Petrocelli. Sarà, infatti, un altro allievo napoletano, Dario Santamaria, a chiarirne ulteriormente i termini, anche attraverso un'indagine comparata con la letteratura tedesca, in Santamaria, 1960, 646. Gli altri allievi del Biagio Petrocelli, Angelo Raffaele Latagliata, Michele Massa, Vincenzo Scordamaglia, Andrea Dalia e Antonio Pecoraro Albani, spaziarono su temi comuni alla scuola, come il caso del carattere sanzionatorio del diritto penale su cui ritorna Moro A., 2005, 153 e Pecoraro Albani, 1959, 762.

dall'inevitabile mancata conoscenza della legge. Coticché, la nuova trama esegetica che si sviluppa da questo moderno approdo individua un collegamento funzionale all'interno dell'art. 27 Cost. che regola il fondamento della responsabilità penale: "Dal collegamento tra il primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, altresì, insieme con la necessaria "rimproverabilità" della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali.

Non è un caso che nel corso di lezioni del 1975-1976 Moro percorre proprio il contenuto dell'art. 5 c.p. attraverso la lente della legalità penale costituzionale, osservando esattamente quanto la Corte costituzionale stabilirà in maniera definitiva, ma purtroppo successivamente per lui, nel famoso collegamento tra il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost. e precisando che "la volontà colpevole si afferma come volontà normativa", da qui la pena come risposta che costituisce il rimprovero per la condotta consapevole e colpevole tenuta dall'agente⁴³.

5. Quello stesso spirito di coerenza intellettuale che si coglie nella sua attività scientifica e in quella politica Moro la conserva anche nell'attività didattica, svolta nel segno di un impegno sociale verso i giovani, come si nota nelle lezioni del corso di Istituzioni di diritto e procedura penale che tenne nell'anno accademico 1975-1976⁴⁴. Un metodo originale per arricchirsi e seguire insieme ai giovani i segni di una realtà sociale in continuo cambiamento che impone alla visione filosofica della vita di aggiornare il suo percorso ideale⁴⁵.

Nel rileggere i testi delle lezioni di Moro, scolpite nella fluidità della sua esposizione convincente, appassionata, mai retorica e per nulla "oscura", contrariamente a quanto veniva riferito della sua oratoria politica pubblica, colpisce l'ampiezza degli argomenti trattati, in pratica tutto il diritto penale della parte generale e alcuni principi del diritto processuale penale, e la metodologia con cui procedeva la sua didattica⁴⁶. Va detto, come già si è rilevato, che forse manca un aggiornamento sull'evoluzione della dottrina penalistica la cui prospettiva scientifica risaliva a epoche precedenti, ma vi si ritrova invece un profondo e sicuro ancoraggio alla legalità penale di conio costituzionale, accompagnato dall'assoluto rispetto per il diritto

⁴³ Moro A., 2005, 562.

⁴⁴ La continuità e l'assiduità del Corso di lezioni, la partecipazione intensa (basta ascoltare la registrazione sonora), restituisce l'immagine di un impegno generoso e sempre disponibile di Moro A., 2005.

⁴⁵ Francesco Tritto ricorda il rapporto profondo seppure breve nel tempo che legava Moro ai suoi studenti e le visite "a casa o in Ospedale del Professore" quando uno dei suoi studenti era ammalato, in Moro A., 2005, 85.

⁴⁶ Bisogna riconoscere che la didattica odierna impallidisce per contenuti e durata rispetto allo svolgimento di un corso di diritto penale tenuto presso una facoltà di Scienze Politiche che non lascia nulla di insondato sulla parte generale del codice penale e su molti aspetti del diritto processuale penale (soprattutto l'azione penale).

positivo in cui, anche nella veste di legislatore, rivedeva il fondamento di quel vincolo ai superiori principi di garanzia.

Appare soprattutto agevole rilevarlo nella registrazione sonora di quelle lezioni come Moro fosse in grado di tenersi lontano dalla retorica, anche se l'enfasi oratoria può trarre in inganno, l'esposizione è sempre tesa a dimostrare il dato prospettato nell'ipotesi, in grado di innovarsi progressivamente, e non come trasmissione di un dato *ossificato* precedentemente acquisito.

Il corso delle lezioni di Moro vedeva il suo inizio con i principi generali dello Stato e dell'ordinamento giuridico, a conferma della sua vocazione filosofica, per poi passare al problema della pena, le varie teorie formulate nel tempo, fino a tracciare le coordinate costituzionali della pena.

La teoria della pena nel pensiero di Aldo Moro rappresenta una delle occasioni di analisi più interessanti nell'ambito della sua attività didattica, il modo migliore per tornare a riflettere ogni anno sul suo progetto costituzionale di sanzione penale, allontanandosi dal pensiero unico della retribuzione e validando un nuovo percorso penale che spettava al legislatore ordinario proseguire e reindirizzare.

L'umanesimo penale come cifra identificativa dell'uomo e del filosofo Aldo Moro è tutto racchiuso nel commiato agli studenti di quel corso 1975-1976, ai quali raccomanda di non dimenticare quella comune esperienza di un diritto della paura e dell'intimidazione che getta contemporaneamente uno sguardo di speranza sull'uomo autore di un crimine e su chi ne è vittima⁴⁷.

Quanto ci viene riferito da Francesco Tritto sul tipo di relazione che Moro intratteneva con i suoi studenti, consente di ricostruire a tutto tondo una metodologia didattica viva, umana ed efficace. La formazione culturale nella disciplina del diritto penale di Aldo Moro era integrata anche da visite e partecipazione alle sedute in Parlamento quando egli stesso era chiamato a intervenire.

Del suo impegno didattico perfino nella giornata del suo rapimento ne dà pieno e commosso conto Giuliano Vassalli: «Quelle tesi di laurea rimaste abbandonate nella macchina insanguinata di Via Fani all'inizio di quella che avrebbe dovuto essere una pur decisiva giornata della sua attività politica al servizio del paese sono il simbolo di questo impegno supremo e uniscono idealmente Aldo Moro a tutti i cultori del diritto

⁴⁷ «Io ho cercato di stabilire un rapporto di confidenza e di amicizia con voi; non sono forse riuscito anche perché siete tutti molto impegnati perché i nuovi ordinamenti vi fanno avere un atteggiamento più vicino alla laurea di quanto avvenisse in passato, quindi siete presi da altre cose. Ma se anche io non ho potuto dimostrare sempre, come avrei voluto, dimostrare a tutti individualmente il mio apprezzamento, il mio rispetto, il mio affetto, la mia amicizia, io desidero dirvi, in questo momento, che questi sentimenti sono quelli che hanno dominato il corso di questa esperienza. Sono venuto sempre, anche in giorni assai pieni di cose però non solo per una lezione, ma per un incontro che mi ha fatto sentire vicino a persone amiche e spero che mi permetterete, quindi, di considerarvi tali anche per l'avvenire, quando andrete percorrendo le vie del mondo per realizzare le vostre aspirazioni, per le quali tutte io esprimo il più fervido augurio. Io mi ricorderò ancora; qualche volta in modo approssimativo, qualche volta in modo preciso, ma mi ricorderò ancora di coloro che hanno riempito un anno della mia vita», in Moro A., 2005, 590.

penale e non solo, a tutti gli studiosi di diritto e a tutta l'Università italiana, e per sempre»⁴⁸.

Riferimenti bibliografici

Alessandri A. (1989). Commentario alla Costituzione - Art. 27, 1° comma. Volume Rapporti civili, IV, Bologna: Zanichelli.

Bettiol G. (1982). *La concezione della pena in Aldo Moro, in Aldo Moro e il problema della pena*, Il Mulino: Bologna.

Bettiol (1982). *Diritto penale*. Padova: Cedam.

Bobbio N. (1982). *Diritto e stato negli scritti giovanili. Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*. Milano: Giuffrè.

Cattaneo M.A. (1978). *Il problema filosofico della pena*. Ferrara: Libreria Ed. Universitaria

Cattaneo M.A. (1998). *Pena, diritto e dignità umana*. Torino: Giappichelli

Contento G. (1998). Il volto umano del diritto penale di Aldo Moro. *Riv.it.dir. e proc.pen.*, p. 1156.

Corleone F. (2012). *La parola all'autore, in Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di Franco Corleone e Andrea Pugiotto, Roma: Ediesse.

Eusebi L. (1998). *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello Stato laico. Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, a cura di A. Acerbi - L. Eusebi. Milano: Vita e Pensiero.

Formigoni G. (2016). *Aldo Moro. Lo statista e il suo dramma*. Bologna: Il Mulino.

Gargani A. (2006). *Diritto penale e verità morale. Una teologia della 'vita sociale'* (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro). Quaderni fiorentini, II, p. 1010.

Loiodice A. - Pisicchio P. (1984). *Moro costituente. Principi e libertà*. Napoli: Esi.

Moro A. (1939). *La capacità giuridica penale*. Padova: Cedam.

Moro A. (1942). *La subiettivazione della norma penale*. Bari-Città di Castello, Istituto di diritto penale della R. Università di Bari - Bari: Luigi Macrì Editore.

Moro A. (1943). *Lo Stato. Corso di lezioni di Filosofia del diritto tenute presso la R. Università di Bari nell'anno accademico 1942-'43, raccolte a cura e per l'uso degli studenti*. Padova: Cedam.

Moro A. (1947). *L'antigiuridicità penale*. Palermo: Priulla.

Moro A. (1948). *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipa reati propri*. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese.

Moro A. (1951). *Unità e pluralità di reati*. Padova: Cedam.

Moro A. (1954). Osservazioni sulla natura giuridica dell'"exceptio veritatis". *Riv.it.dir.pen.*, p. 3.

⁴⁸ Vassalli G., 1982a, 39.

- Moro A. (1955). Ancora sulla natura giuridica dell'“exceptio veritatis”. *Arch.pen.*, I., p. 233
- Moro A. (1978). *Lezioni di filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari. Il Diritto 1944-1945. Appunti sull'esperienza giuridica. Lo Stato 1946-1947*. Bari: Cacucci.
- Moro A. (1982). *Scritti e discorsi*, vol. I, 1940-1947. Roma: Cinque Lune.
- Moro A. (2005). *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma - A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, presentazione di Giuliano Vassalli. Bari: Cacucci.
- Moro R. (2001). *La formazione giovanile di Aldo Moro. Dall'impegno religioso a quello politico*. Convegno di Studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa. Bari 28 maggio 1998, Bari: Servizio Editoriale Universitario.
- Pannain R. (1955). La natura giuridica dell'exceptio veritatis in un recente studio di Aldo Moro. *Archiv.pen.*, I., p. 17.
- Pecoraro Albani A. (1959). Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco, *Riv.it.dir. e proc.pen.*, p. 762.
- Pecorella G. (2007) Intervento al Convegno Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro, Palazzo Montecitorio, II Commissione giustizia, Roma, 9 maggio 2007.
- Petrocelli B. (1938). *La funzione della pena. Scritti giuridici in memoria di Massari*. Napoli: Jovene.
- Ronco M. (2007). L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte. *Criminalia*, p. 148.
- Santamaria D. (1962). Il fondamento etico della responsabilità penale. Discorso pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Siena in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico 1962-1963, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica (1996). Kluwer Ipsoa: Milano.
- Troncone P. (2012). *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*. Roma: Aracne.
- Vassalli G. (1982). *L'opera penalistica, in Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*. Milano: Giuffrè.
- Vassalli G. (1982). Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro, Aa.Vv. *Aldo Moro e il problema della pena*. Il Mulino: Bologna.
- Vassalli G. (2003). Intervento alla “Aldo Moro. Commemorazione per i venticinque anni dalla scomparsa”. Palazzo Montecitorio, Sala della Lupa, 9 maggio 2003. Roma.

Umberto Violante

SOCIETÀ DI REVISIONE E MERCATO FINANZIARIO

Approfondimento svolto nel corso di Sistemi Giuridici Comparati¹

1. Il 21 luglio 2016 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d. lgs. n. 135 del 17 luglio, attuativo della direttiva n. 2014/56/UE² che ha modificato la precedente direttiva 2006/43/CE concernente la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati³. Il richiamato intervento normativo ha introdotto, a sua volta, modifiche al d. lgs. n. 39/2010 finalizzate ad incrementare, in conformità agli obiettivi del regolatore europeo, la qualità della revisione, in particolare attraverso il rafforzamento: 1) del c.d. ‘scetticismo professionale’ dei revisori e delle imprese di revisione contabile nei confronti dell’ente sottoposto a revisione⁴; 2) dell’indipendenza dell’*auditor* dalla società revisionata⁵.

Tant’è che il novellato d.lgs. n. 39/2010, in punto di scetticismo professionale, ha previsto adesso una specifica norma (l’art. 9)⁶, che impone al revisore legale di operare

¹ Il presente contributo trae spunto da un approfondimento svolto nell’ambito del corso di Sistemi Giuridici Comparati impartito nell’anno accademico 2016/2017 al quale sono state aggiunte le note bibliografiche che seguono.

² Si tratta più precisamente della Direttiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, pubblicata in GUUE del 27 maggio 2014, L 158/196.

³ La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006, n. 2006/43/CE, relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati è stata recepita in Italia con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

⁴ Si veda in particolare il *Considerando* n. 5 della Direttiva 2014/56/UE, in cui, dopo la specificazione che «se la principale responsabilità di fornire informazioni finanziarie dovrebbe competere ai dirigenti delle società sottoposte a revisione contabile, i revisori e le imprese di revisione contabile dal canto loro potrebbero avere il ruolo di chiedere attivamente conto ai dirigenti del loro operato, ponendosi dal punto di vista dell’utilizzatore», si afferma testualmente immediatamente dopo che: «per incrementare la qualità della revisione, è pertanto importante che venga rafforzato lo scetticismo professionale esercitato dai revisori legale e dalle imprese di revisione contabile nei confronti dell’ente sottoposto a revisione. È opportuno che i revisori contabili e le imprese di revisione contabile riconoscano la possibilità che si verifichi un’inesattezza rilevante attribuibile a frode..., nonostante l’onestà e l’integrità a essi dimostrata in passato dalla direzione dell’ente sottoposto a revisione».

⁵ Cfr. in particolare i *Considerando* nn. 6, 7, 8 e 10 della Direttiva 2014/56/UE, in cui, si afferma chiaramente la necessità di rafforzare l’indipendenza dei revisori e delle società di revisione contabile dalla società revisionata, attraverso l’adozione di misure idonee a mitigare i rischi, ivi incluso quello attinente ad eventuali conflitti di interessi, suscettibili di compromettere l’indipendenza medesima.

⁶ Posto che la precedente direttiva comunitaria 2006/43/CE (adesso modificata dalla direttiva 2014/56/UE) nulla aveva previsto in tema di scetticismo professionale, nessuna norma del previgente d.lgs. n. 39/2010 ne faceva menzione. Per il profilo dello scetticismo professionale si veda invece il

nel corso dell'intera revisione con atteggiamento caratterizzato da approccio dubitativo, dal costante monitoraggio delle condizioni che potrebbero indicare una potenziale inesattezza dovuta anche a frode, da una valutazione critica della documentazione inerente la revisione.

Per dare attuazione, invece, all'obiettivo dell'incremento dell'indipendenza del revisore, sono stati introdotti nuovi obblighi, divieti in precedenza non contemplati e previsti rimedi per conferire maggiore effetto dissuasivo alle sanzioni amministrative pecuniarie. Più precisamente il d.lgs. n. 39/2010, così come riformato per effetto del recepimento della direttiva europea, ha stabilito: *a)* l'obbligo di adozione di misure dirette ad evitare l'esercizio della revisione in condizioni di conflitto d'interessi, anche solo potenziale (art. 10, comma 1-*ter*); *b)* il divieto per il revisore (e/o la società di revisione e il responsabile chiave della revisione) di negoziare strumenti finanziari emessi, garantiti o sostenuti dall'ente sottoposto a revisione (art. 10, comma 3), di effettuare (e/o influire su) la revisione, nei casi in cui sussista un interesse commerciale o finanziario nell'ente da sottoporre a revisione legale (art. 10, comma 5) nonché il divieto di rivestire cariche sociali negli organi di amministrazione dell'ente, che ha conferito l'incarico di revisione o di prestare lavoro autonomo o subordinato per suo conto (art. 10, comma 7); *c)* il criterio della parametrizzazione (art. 25, comma 3) dell'entità della sanzione amministrativa da irrogare alla solidità finanziaria del responsabile (es. fatturato complessivo della società responsabile) e la pubblicazione delle sanzioni irrogate in via definitiva sul sito internet del Ministero dell'economia e della finanze (art. 24, comma 8).

In relazione, poi, allo specifico profilo della responsabilità dei revisori per danno a terzi, originato dall'inadempimento ai loro doveri, non avendo il regolatore europeo espresso alcuna preferenza per un regime piuttosto che per un altro, è stata confermata l'opzione (già in precedenza manifestata dal legislatore del d. lgs n. 39/2010) per la regola della solidarietà tra la società di revisione, i revisori e gli amministratori dell'ente sottoposto a revisione⁷.

principio di revisione internazionale Isa 240, al cui rispetto i revisori erano tenuti in forza del disposto contenuto nel previgente art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 39/2010.

⁷ In punto di responsabilità dei revisori l'art. 15 del d.lgs. n. 39/2010, modificato per effetto dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 135/2016, risulta così riformulato: «1. I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. 2. Il responsabile dell'incarico ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. 3. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento». La modifica non ha tuttavia influito sulla regola della solidarietà nei rapporti esterni, già prevista in precedenza.

2. Il rinnovato contesto normativo, nella misura in cui, per un verso, esige dall'*auditor* sistematicità nell'adozione di 'approccio dubitativo' e nella 'valutazione critica' della documentazione inerente la revisione e, per altro verso, introduce incisivi divieti, al fine di neutralizzare il rischio che la prestazione sia espletata in condizioni di conflitto d'interesse tra il controllato (l'ente sottoposto a revisione) e il controllore (il revisore), il quale dal primo è stato scelto, evidenzia l'attitudine ad incrementare (rispetto alla disciplina ante recepimento della direttiva n. 2014/56/UE) l'affidamento dei terzi destinatari delle informazioni del bilancio revisionato. Al cospetto di regole, tutte propense ad esaltare lo scetticismo e la effettività della terzietà-obiettività del controllore, c'è da attendersi, infatti, che dai terzi (destinatari dell'informazione finanziaria) la certificazione positiva del revisore sia intesa e metabolizzata sempre più come garanzia della corrispondenza delle informazioni, emergenti dal bilancio della società revisionata, alla reale situazione economica e patrimoniale, da quest'ultima posseduta⁸.

Ciò si presta a configurare una situazione capace di agevolare lo spostamento sulle società di revisione delle conseguenze negative delle scelte d'investimento, a cui il terzo investitore sia stato indotto (non rileva se in misura esclusiva) per l'affidamento riposto sulle informazioni di tipo economico-patrimoniale contenute nel bilancio, assistito dallo *statement* positivo del revisore, poi rivelatesi false.

D'altro canto, ad una traiettoria da *over-reliance* orienta proprio il *Considerando* n. 31 della direttiva n. 2014/56/UE, allorché afferma che l'obiettivo della direttiva consiste nel «rafforzare la fiducia degli investitori nella veridicità e nella correttezza del bilancio pubblicato dalle imprese»⁹.

In un contesto simile torna d'attualità la questione della responsabilità dell'*auditor* nel considerare le frodi; la quale, poi, è problematica ricadente nell'ambito della misurazione del livello di diligenza ragionevolmente esigibile dal revisore.

⁸ In tutti casi in cui l'informazione, proveniente dalla società emittente, è rivolta al mercato finanziario, è necessario che sia filtrata e verificata dagli informatori c.d. secondari, tra i quali possiedono un ruolo di primo piano le società di revisione legale. Quest'ultima è chiamata ad esprimere con apposita relazione un giudizio sul bilancio dell'emittente in conformità e secondo le indicazioni previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 39/2010. Per un'accurata ricostruzione dei momenti informativi che caratterizzano la vita delle società che fanno ricorso al mercato dei capitali cfr. V. Caridi, 2012, 77 ss.; F. Sartori, 2011, 71 ss. ed in particolare p. 90.

⁹ Il *Considerando* n. 31 va, peraltro, posto in stretto rapporto con il *Considerando* n. 11 della stessa direttiva 2014/56/UE che, nella misura in cui afferma che «al termine della revisione legale dei conti viene espresso un giudizio sul fatto se il bilancio presenti un quadro fedele e corretto degli enti sottoposti a revisione», è suscettibile di accreditare con forza nei destinatari dell'informazione finanziaria la percezione che il bilancio (*rectius*, la fonte d'elezione delle informazioni sulla situazione economico-patrimoniale della società emittente) positivamente revisionato, contenga informazioni che rispecchiano esattamente lo stato di salute della società emittente.

Il che, a sua volta, sollecita una riflessione sulla capacità delle regole, nell'impianto riformato in seguito all'intervento del legislatore europeo, di indurre il revisore all'adozione di condotte efficienti¹⁰.

Tra vecchia regola, quella che pone il vincolo della solidarietà tra revisori e amministratori della società revisionata (sulla cui operatività la regolamentazione europea non ha per nulla inciso) nel risarcire il danno a terzi (ivi compresi i soci) e nuove regole (quelle di matrice europea, relative rispettivamente allo scetticismo professionale e all'indipendenza del revisore), il nostro diritto positivo manifesta un *trend* decisamente orientato ad agevolare la tutela del potenziale danneggiato. Con inevitabili ricadute sull'individuazione del livello di diligenza in grado di comportare l'esonero da responsabilità della società di revisione, che diviene profilo ancor più spinoso, in particolar modo allorché ci si debba misurare con uno scenario di questo tipo: quello del danno subito dagli investitori, i quali abbiano acquistato titoli emessi da un certo emittente, riponendo affidamento nel giudizio positivo espresso dall'*auditor* sui suoi conti, poi rivelatosi inesatto a causa della frode del redattore del bilancio.

3. Il tema se l'*auditor* sia o meno tenuto alla 'ricerca' dei falsi e/o delle frodi contabili è sempre stato centrale nei dibattiti in dottrina. Tant'è vero che l'interrogativo, se il revisore sia tenuto ad accertare l'esistenza di fatti di gestione non contabilizzati (benché accaduti) o la non rispondenza al vero di situazioni rappresentate contabilmente in modo infedele, è stato risolto non univocamente o con sfumature differenti.

Secondo una prima e più rigorosa impostazione tra i compiti della società di revisione rientrerebbe anche quello di farsi carico di verificare, se le rilevazioni contabili della società assoggettata a revisione abbiano riprodotto tutti i fatti aventi effetti patrimoniali. Con la conseguenza che l'*auditor* avrebbe l'obbligo di accertare

¹⁰ Gli approcci che s'ispirano a valutazioni in chiave di efficienza, partendo dal presupposto che il diritto costituisce un insieme di incentivi rivolti ai consociati e l'osservanza della regola giuridica implica per il suo destinatario la sopportazione di costi, si prefiggono di valutare l'idoneità della regola giuridica a propiziare l'assetto allocativo ottimale. È questa, in una parola, la prospettiva di *Law & Economics*, il cui oggetto è proprio lo studio, attraverso le griglie interpretative mutuata dalle teoria economica, degli effetti delle norme e della loro capacità di realizzare determinati fini. In proposito cfr. Arcuri e Pardolesi, 2002, 7 ss.; Pardolesi, 1987, 309 ss.; Cooter, Mattei, Monateri e Ulen, 1999, 11 ss.; Alpa-Chiassoni, 1998; Landes e Posner, 1987; Polinsky, trad. it. con postfazione di R. Pardolesi, 1992, 9. Per quel che riguarda il sistema di responsabilità civile va osservato che le regole da cui quest'ultimo è costituito dovrebbero indurre gli agenti alla minimizzazione dei costi sociali. In termini economici gli agenti possono pervenire alla minimizzazione dei costi sociali adottando cautele coincidenti con il c.d. *optimal care level* che rappresenta il livello in cui il costo (marginale) dell'ultima dose di prevenzioni eguaglia la riduzione del danno atteso. Ne consegue che sino a che non sia stata raggiunta la soglia dell'*optimal care level* vi è convenienza ad investire in precauzioni, perché il costo di ogni dose aggiuntiva di investimento in cautele è minore del valore della riduzione nel danno atteso; a partire dal momento in cui quest'ultimo valore diviene inferiore al costo della dose aggiuntiva di misure preventive non vi è più una situazione ottimale ed è sconveniente ogni investimento addizionale in cautele.

«che non vi siano falsificazioni sia sotto il profilo dell'alterazione dei dati contabili sia sotto quello dell'omissione di rilevazione di fatti aventi incidenza patrimoniale»¹¹.

Altra parte della dottrina, pur non aderendo all'orientamento che pone tra i compiti del revisore la ricerca di 'qualsiasi' tipo di falsificazione, ha sostenuto, valorizzando l'esigenza di "protezione" che il mercato si attende dall'attività del revisore, che il controllo esercitato dall'*auditor* non possa prescindere da una verifica integrale dell'*iter* seguito dai redattori del bilancio, dalla rilevazione dell'evento di gestione sino alla sua iscrizione in bilancio. Il che, in concreto, porta a ritenere che il giudizio sulla veridicità del bilancio sia *in obligatione*, con la conseguenza di dover presumere la colpa del revisore, tutte le volte in cui sia stato certificato un bilancio falso (o non sia stato certificato un bilancio vero) ed il revisore non sia stato in grado di provare che la frode (non smascherata) è stata commessa con «tecniche particolarmente sofisticate»¹².

Facendo leva sui profili inerenti la natura del controllo del revisore e le caratteristiche dei suoi poteri, altra impostazione dottrinale ha preso le distanze dall'approccio diretto a tipizzare in via generale tra i doveri dell'*auditor* anche quello di cercare e/o scoprire la frode¹³. È stato osservato, infatti, che l'esercizio di un controllo c.d. a posteriori sui documenti contabili, ovvero effettuato quando i fatti di gestione si sono già verificati, non consente al revisore di controllare che nella documentazione primaria e secondaria siano stati rappresentati soltanto accadimenti della vita d'impresa realmente prodottisi oppure fatti artatamente registrati, benché mai verificatasi, né tanto meno di avere contezza di fatti accaduti ma occultati¹⁴. Così come i poteri istruttori, astrattamente esercitabili dal revisore, risultano all'atto pratico di modesta incisività, se si considera che nella maggior parte dei casi le informazioni di

¹¹ Cfr. Rossi, 1985; nello stesso senso Id., 1999, 1034. Non diversa appare la posizione di Bonelli, 1979, 994 ss.

¹² Si veda Bussoletti, 1990, 1090 ss. e già prima Id., 1985; su posizioni sostanzialmente non diverse appare Valensise, 1996, 497.

¹³ Si veda Maggiolino, 2005, 423; Salerno, 2013, 1033, il quale in nota 133, rileva che: «...l'attività di revisione non è impostata al precipuo scopo di individuare frodi, dovendosi perciò escludere la condivisibilità di quelle impostazioni volte ad equiparare il ruolo dei revisori a quello di novelli investigatori alla ricerca di illeciti degli organi di amministrazione: fermo restando, in ogni caso, che l'esistenza di frodi non implica di per sé esonero del revisore da responsabilità»; Sangiovanni, 2011, 366 ss.; Montalenti, 2004; S. Fortunato, 2004, 818, il quale, rispetto al quesito se la ricerca del vero rientri nell'obbligazione del revisore, l'A. afferma che «è ovvio...che sul revisore non possa gravare un generale obbligo di scoprire circostanze non documentate o di accertare la falsità dei fatti risultanti dalla documentazione. Tuttavia, è altrettanto chiaro che il revisore sarà obbligato ad appurare l'esistenza delle prime o la falsità dei secondi, tutte le volte che ciò costituisca il prevedibile esito dei controlli a cui lo stesso è o sarebbe stato tenuto in base al criterio della diligenza professionale, specificato tramite i principi tecnici che presiedono al corretto svolgimento dell'attività di revisione contabile». Ma si veda anche G. E. Colombo, 2002, 1297, in cui l'A. afferma, tra l'altro, «l'impossibilità per il revisore, non dotato dei poteri di Polizia Giudiziaria, di smascherare sempre e comunque le frodi poste in essere con artifici e manipolazioni dagli stessi amministratori, proprio al fine di rendere sterili i controlli».

¹⁴ Il profilo è evidenziato in particolare da M. Maggiolino, 2005, 423 ss.

cui l'*auditor* può disporre provengono o dagli amministratori o da terzi ma per il tramite dei primi¹⁵.

In questa prospettiva, pertanto, il controllo affidato alla società di revisione non può che risolversi nel riscontro della esattezza della rappresentazione nelle poste di bilancio dei dati emergenti dalle scritture contabili¹⁶. Più specificamente il revisore sarà, dunque, tenuto a verificare: se l'appostamento di bilancio (curato dagli amministratori con il controllo dei sindaci), che riflette il fatto di gestione emergente dalla documentazione di riferimento, sia stato effettuato in conformità ai criteri previsti dalle regole vigenti ed in caso di rilevata erroneità (nell'esposizione del dato in bilancio) ad intervenire, al fine di riclassificarlo in base alla corretta applicazione dei principi contabili; se sia stata omessa l'annotazione in bilancio di una posta, che, invece, avrebbe dovuto esservi inserita in base alla corretta interpretazione delle registrazioni contenute nelle scritture contabili.

Ciò non toglie, tuttavia, che al cospetto di situazioni (e/o *rumors*) che abbiano palesato il pericolo di frodi, il revisore sia tenuto a svolgere indagini più approfondite, così da spingersi oltre il mero controllo tecnico attinente alla corretta trasposizione e rappresentazione (nelle scritture contabili) del fatto, della cui irregolarità abbia avuto percezione¹⁷. Ne deriva che la scoperta della falsità di un bilancio (per frode degli amministratori), dotato di *statement* positivo della società di revisione, non implica responsabilità per colpa del revisore, ogni volta che non sia stata offerta prova da parte del danneggiato, che al momento della valutazione dell'*auditor* sussistevano indici sintomatici della frode di agevole percezione.

Anche l'interpretazione dei giudici di merito in punto di inquadramento teorico delle prestazioni della società di revisione non è apparsa univoca. Chi ha valorizzato il profilo della "qualificazione professionale" e della "sostanziale struttura e attrezzatura", di cui disporrebbe la società di revisione, si è mostrato propenso ad attribuirle poteri di controllo ben più ampi e penetranti della formale verifica della corrispondenza delle poste di bilancio ai fatti di gestione risultanti dalle scritture contabili¹⁸. Che la prestazione dell'*auditor* non debba ridursi ad attività volta soltanto ad accertare la correttezza della trasposizione in bilancio degli atti di gestione (o che tali si vorrebbero far apparire) risulta affermato anche dalle corti di merito, che hanno inteso esaltare l'importanza dell'effettività dell'informazione destinata agli investitori dei mercati

¹⁵ Cfr. ancora Maggiolino, 2005, 324; ma nello stesso senso sostanzialmente anche F. Salerno, *op. cit.* e Sangiovanni, *op. cit.*

¹⁶ Che il soggetto incaricato della revisione contabile debba limitarsi a verificare la legalità della rappresentazione contabile appare opinione maggioritaria in seno alla dottrina, cfr. M. Maggiolino, *op. cit.*, 437 s.; Radaelli, 1997, 230; Quattrocchio, 1999, 311. Ne riferisce in questi termini anche Paiardini, in nota a Trib. Milano 25 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, p. 109.

¹⁷ In questo senso appaiono orientati un po' tutti gli autori citati in nota 13, secondo i quali in sostanza la responsabilità dei revisori, in caso di bilancio positivamente revisionato, di cui sia poi emersa la falsità a causa di frode contabile, potrebbe sussistere soltanto se siano stati trascurati sospetti ed indizi già presenti e di agevole percezione.

¹⁸ Cfr. Trib. Milano, 18 giugno, 1992, in *Giur. it.*, I, 2, 1993, c. 1 ss.

finanziari, in procinto di effettuare consapevoli scelte di investimento. In questa dimensione, la diligenza esigibile dal revisore implicherebbe anche il compimento dei necessari approfondimenti sulla fonte dell'informazione (ricavabile dal bilancio) e sui fatti in quest'ultima rappresentati, che sia spinto sino al sindacato nel merito del dato di bilancio, proprio al fine di verificarne la veridicità¹⁹.

Secondo altro e diverso approccio ermeneutico, invece, la relazione della società di revisione non deve qualificarsi alla stregua di un giudizio di legalità e veridicità del bilancio ma deve essere intesa, piuttosto, come opinione professionale sulla capacità del bilancio di rappresentare correttamente la situazione economico patrimoniale della società sottoposta a revisione. Conseguenza di tale impostazione è che l'inattendibilità (rispetto alla situazione economico finanziaria effettivamente esistente) delle poste di un bilancio positivamente valutato, la quale sia stata scoperta in base a valutazione *ex post*, resa possibile all'esito di accertamenti compiuti dall'autorità giudiziaria (dotata di poteri investigativi ben più incisivi di quelli di cui dispone il revisore), non è di per sé idonea a fondare il giudizio di responsabilità dell'*auditor*²⁰. Proprio quest'ultima sembra essere la prospettiva condivisa da una recente decisione della Corte di legittimità²¹, la quale (sia pure al cospetto di fattispecie di responsabilità del revisore da valutarsi in base al previgente d.p.r. n. 136 del 1975) ha affermato che le relazioni periodiche della società di revisione e quella annuale sul bilancio d'esercizio, in quanto volte ad esprimere un'opinione in ordine all'attendibilità del bilancio, non attribuiscono alle relative risultanze un carattere di certezza né configurano "un'attestazione legale d'idoneità"²² dei dati contabili a rappresentare fedelmente la situazione economico-patrimoniale e finanziaria della società.

¹⁹ Si veda Trib. Milano, 25 luglio 2008, consultabile all'indirizzo www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1645; nello stesso senso sostanzialmente Trib. Milano, 04 novembre 2008, consultabile in *DeJure*.

²⁰ Cfr. App. Roma, 19 gennaio 2006, *Giur. it.*, 2006, p. 2331, che in modo emblematico in motivazione ha così affermato: «per affermare la responsabilità della società di revisione ... non è sufficiente accertare – in base ad una valutazione *ex post* formulata, oltretutto, all'esito di accertamenti compiuti dall'autorità giudiziaria, munita di poteri investigativi ben più incisivi e penetranti rispetto a quelli riconosciuti alle società di revisione – che alcune poste di bilancio ... erano in effetti inattendibili, essendo piuttosto necessario accertare che la società di revisione, pur essendo in grado di percepire, agendo con la dovuta diligenza, l'irregolarità delle appostazioni ... abbia espresso ciò non di meno una valutazione positiva...».

²¹ Si veda Cass., 7 maggio 2015, n. 9193, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015. La sentenza ha affermato con valenza generale il principio riportato nel testo in occasione di un giudizio, in cui la società di revisione è stata chiamata in causa da un amministratore per essere tenuto indenne dalla pretesa risarcitoria nei suoi confronti azionata dalla curatela fallimentare della società per azioni, che aveva amministrato per un certo periodo.

²² Che la relazione del revisore non si configuri come 'attestazione legale di idoneità' dei dati contabili a rappresentare fedelmente la situazione economico-patrimoniale e finanziaria della società appare principio già affermato da qualche pronuncia di merito, che, già prima, ha osservato che «al termine relazione di certificazione ... non può attribuirsi, come da tempo chiarito dalla migliore dottrina, un significato assimilabile a quello di un "attestato notarile", nel senso che la "relazione di certificazione" (ora la relazione della società di revisione), lungi dal costituire "un giudizio di legalità e veridicità" del bilancio, rappresenta piuttosto, un "giudizio professionale sulla attendibilità del documento contabile, intesa come

4. L'opzione interpretativa in favore di una regola che, come quella da ultimo segnalata, non attribuisce all'*opinion* positiva del revisore la funzione di garantire la certezza della corrispondenza delle risultanze di bilancio, giudicate attendibili, agli atti di gestione, sembra poter accreditare la conclusione che il revisore non sia tenuto alla ricerca dei falsi e/o delle frodi contabili. Quanto meno di quelli (e) che non appaiono di conclamata percepibilità. Un simile approccio si rivela idoneo a:

1) ridurre l'affidamento che i terzi (es. gli investitori in titoli negoziabili) potrebbero riporre sulla veridicità delle informazioni contenute in un bilancio certificato dal revisore sino al punto da ritenerlo immune da frodi;

2) contenere il rischio dell'adozione di misure precauzionali eccessive da parte dell'*auditor*²³, in grado di connotare il suo agire tutte le volte in cui sussista il timore di restare coinvolto in responsabilità, per non aver posto in essere una condotta idonea a scongiurare l'accadimento di frodi contabili, anche se non conclamate.

L'attitudine che una simile regola mostra a stemperare situazioni da *overreliance* nonché a contenere la tensione all'*overdeterrence* non appare privo di immediati riflessi sulla condotta del revisore.

In punto di diligenza esigibile dai revisori contabili, la corretta applicazione della regola appena segnalata, dovrebbe orientare a ritenere che: nessun rimprovero potrà muoversi all'*auditor*, per non aver tenuto una condotta improntata a prevenire inesattezze attribuibili all'agire fraudolento dell'ente sottoposto a revisione, tutte le volte in cui siano mancati elementi capaci di costituirne all'evidenza spia sintomatica.

Per gli inevitabili riflessi che è suscettibile di produrre sul piano processuale, appare capace di influire in modo non secondario sul livello di diligenza da adottare anche la propensione della regola a stemperare il materializzarsi dell'incondizionato affidamento nella valutazione positiva dell'*auditor*. Che avrebbe, invece, decisiva rilevanza in un contesto regolamentare, in cui risulti prevalente e diffusa la consapevolezza che la certificazione del bilancio sia idonea a garantire la fedele rappresentazione nelle poste contabili della situazione economico-finanziaria della società revisionata. In altri termini, in condizioni in cui lo *statement* positivo del revisore sia percepito come fattore di azzeramento del rischio di frode (anche se sofisticata).

Vero è, infatti, che nel giudizio risarcitorio, promosso nei confronti del revisore ad iniziativa del terzo investitore, potrebbe non giovare a quest'ultimo (per ritenere

capacità dello stesso di rappresentare correttamente la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società sottoposta a revisione» (sono le testuali parole di App. Roma, 19 gennaio 2006, cit., in motivazione).

²³ Si tratta del problema dell'*overdeterrence*, che è profilo 'storicamente avvertito' nel settore dell'*auditing*, per dirla a parole di Sartori, 2011, 249. In ogni caso sul rischio di *overdeterrence* in relazione all'attività dell'*auditor*, soprattutto allorché non risulti definito con precisione ex ante lo standard di diligenza, cfr. Schafer, 2004, 181. Ma si vedano altresì Craswell e Calfee, 1986, 279 - 281; Schwartz 1998, 183, 183-207; Rose, 2010, 2173.

raggiunta la prova del nesso causale) la semplice allegazione di essere stato indotto ad effettuare l'investimento (non andato a buon fine, per la falsa rappresentazione nella realtà contabile della effettiva situazione economica non rilevata) per l'affidamento riposto nel giudizio positivo dell'*auditor* sul bilancio della società emittente i titoli, rivelatasi poi incapace di ripagare il debito. Con intuibili minori assilli per l'*auditor* verso la ricerca di condotte capaci di evidenziare il compimento (anche) di attività (piuttosto) di tipo investigativo, per l'aspettativa di poter così sfuggire più efficacemente a responsabilità, nell'ipotesi in cui sia emersa una situazione di frode, non contornata da sospetti evidenti, che ne avrebbero reso possibile la scoperta già al momento del rilascio dell'*opinion*.

Una volta, infatti, che sia stato incrinato il binomio *statement* positivo (del revisore) – veridicità assoluta (dei dati contabili), in caso di frode contabile (rispetto alla quale non sia ravvisabile collusione dell'*auditor*) potrà attribuirsi rilevanza causale alla condotta della società di revisione soltanto se, in presenza di situazioni di falsità conclamata delle risultanze contabili (e/o di sospetti di falsità agevolmente rinvenibili), sia mancato al riguardo ogni suo rilievo. In un contesto simile la condotta del revisore diviene, invero, rilevante non per l'affidamento, che sia stato originato nei terzi dalla validazione del bilancio dell'emittente e, comunque, per l'inosservanza di presunti obblighi, che avrebbero dovuto imporre la ricerca (e la scoperta) delle frodi in tutti i casi, ma per l'omissione in cui sia incorsa, per non aver segnalato la situazione fraudolenta agevolmente percepibile. Ciò tanto più, qualora possa ritenersi diffusa nei più (in ragione della preferenza che la prassi operativa ha accordato ad una certa opzione ermeneutica) la consapevolezza che l'*opinion* del revisore è priva dell'attitudine a divenire attestazione legale dell'idoneità delle risultanze di bilancio a rappresentare fedelmente la situazione economico patrimoniale della società. E così, dunque, proprio perché il rischio di frode non potrà considerarsi azzerato, pur in caso di *statement* positivo, sia normale attendersi che:

a) il giudizio positivo dell'*auditor* non possa percepirsi come elemento capace di determinare di per sé solo la decisione d'investimento (per il fatto che);

b) la convenienza dell'investimento (da valutarsi non soltanto in base al giudizio del revisore) è frutto di apprezzamento conseguente all'aggregazione di più fattori e circostanze, nessuno dei quali isolatamente considerato idoneo a generare affidamenti rilevanti (al fine della opzione d'investimento in concreto poi compiuta, posto che);

c) la scelta d'investimento in concreto effettuata (che non può presumersi determinata dalla distorsione informativa imputabile all'*opinion* del revisore) è da intendersi ponderata all'esito della disamina complessiva delle informazioni acquisite da più fonti²⁴ e così (non solo e non tanto dal giudizio che sul bilancio sia stato dato

²⁴ Al riguardo si rivela interessante la pronuncia del collegio B della sezione specializzata in materia di impresa del Trib. Milano 4 dicembre 2014, disponibile all'indirizzo <http://www.diritto bancario.it>, la quale (nell'analizzare il tema del danno lamentato dall'investitore, per aver confidato nelle informazioni

dal revisore ma) anche in base ad es. alle informazioni ricavabili: dagli studi e dalle ricerche degli analisti finanziari sull'emittente; dalle tendenze di borsa che hanno interessato quest'ultimo; dall'indice di rischio dell'emittente segnalato dai c.d. *credit default swaps*²⁵; dalle valutazioni compiute dalle società di *rating*; dall'eventuale interesse che sia stato mostrato dai grossi investitori istituzionali; dagli eventuali comunicati stampa; dalla contendibilità sul mercato della società emittente etc.

In un contesto regolamentare in cui possa ritenersi, per un verso, acquisito con certezza che il *placet* della società di revisione non si atteggi come garanzia assoluta della veridicità delle informazioni risultanti dal bilancio e, per altro verso, che non rientri tra i compiti del revisore quello di (ricercare per) scongiurare l'accadimento di frodi contabili (fermo restando il limite della manifesta falsità delle informazioni contenute nelle poste contabili), il vincolo di solidarietà (tra società di revisione e amministratori) non appare capace di stimolare più di tanto condotte contrassegnate da *overdeterrence*.

È verosimile ritenere, infatti, che l'aspettativa di non dover rispondere del danno nel caso di frode sofisticata non tempestivamente rilevata (con i riflessi, poco più avanti segnalati, che le indicate regole sono idonee a generare sulla condotta da tenere, anche in ragione delle ricadute di tipo processuale) sia capace di attenuare nell'*auditor* la percezione del rischio di trovarsi coinvolto in responsabilità per le maggiori, se non esclusive, colpe altrui. Ovvero per le colpe imputabili ad amministratori e sindaci della società emittente, il cui bilancio (benché assistito da valutazione positiva dell'*auditor*) sia risultato falso, rispetto al cui operato si possa rimproverare alla società di revisione l'esercizio di un controllo negligente, per non aver smascherato la frode contabile anche se non conclamata²⁶.

5. La situazione si presta ad essere riconsiderata, allorché l'*auditor* debba misurarsi con una diversa disciplina e così con regole che gli richiedano espressamente di valutare le informazioni di rilevanza economico finanziaria con l'approccio di chi:

di bilancio che rappresentavano condizioni patrimoniali della società non corrispondenti a quelle realmente esistenti) bene evidenzia il profilo che l'induzione all'investimento è originata non da una sola informazione ma da un 'insieme di informazioni' (es. corsi di borsa, contendibilità, dinamiche dei gruppi di potere etc.).

²⁵ In relazione ai c.d. CDS, contratti concepiti per il trasferimento del rischio di default da una parte (colui che acquista la protezione) ad un'altra (colui che vende la protezione), e aventi ad oggetto il rischio di credito, cfr. Hull, 2005, 479 ss.; Hull e White, 2000, 9-40. Si consideri che i modelli di *pricing* dei cds prendono in considerazione la probabilità che si verifichi l'insolvenza dell'emittente entro la data di scadenza del cds stesso; proprio per questo il cds avrà un prezzo tanto maggiore quanto più elevata sia la probabilità di default dell'emittente.

²⁶ Il che ovviamente presupporrebbe che l'attività di revisione sia attività impostata al precipuo scopo di individuare le frodi indipendentemente dalla loro natura o caratterizzazione. Il che non sembra trasparire dal quadro regolamentare delineato dal precedente legislatore e vigente almeno sino al recente intervento di recepimento in Italia della direttiva europea 2014/56/UE.

1) sia sempre tenuto a sospettare che le stesse possano celare irregolarità dovute (anche) a condotta fraudolenta del *management* della società revisionata, quand'anche manchino conclamati indizi di possibile frode²⁷;

2) sia chiamato a svolgere indagini sull'operato della dirigenza per ottenere riscontri puntuali sulla corrispondenza al vero dei fatti di gestione contabilmente rappresentati, quand'anche non siano emerse evidenze allarmistiche sull'attendibilità delle informazioni²⁸;

3) debba compiere verifiche nell'ottica delle aspettative dell'utilizzatore delle informazioni (e così anche del potenziale investitore) e, dunque, di chi confidi di poter disporre di informazioni economico-finanziarie immuni da rappresentazioni fuorvianti dovute a frodi. Proprio per il fatto che il bilancio, una volta che abbia acquisito il sigillo dell'*auditor*, sarà percepito dai destinatari delle informazioni ivi contenute come "quadro *fedele* e corretto" della situazione patrimoniale-finanziaria effettivamente esistente²⁹.

Questo appare il fulcro della disciplina europea contenuta nella direttiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, da poco recepita in Italia. Da essa traspare con una certa limpidezza che l'intento del legislatore europeo sia stato quello di attribuire all'*auditor* il ruolo di garante della veridicità e della esattezza delle informazioni contenute nel bilancio positivamente giudicato, attraverso l'imposizione a suo carico dell'obbligo di prevenire «che si verifichi *un'inesattezza rilevante attribuibile a frode o errore*»³⁰. Il che, tanto più allorché sia stata, nel contempo, espressamente valorizzata l'esigenza del rafforzamento (rispetto al passato) dello scetticismo professionale, appare situazione capace di incidere quanto meno sulla

²⁷ Si consideri la perentorietà della formulazione del considerando n. 5 della direttiva 2014/56/UE, in cui si afferma testualmente che «È opportuno che i revisori contabili e le imprese di revisione contabile riconoscano la possibilità che si verifichi un'inesattezza rilevante attribuibile a frode ... nonostante l'onestà e l'integrità a essi dimostrata in passato dalla direzione dell'ente sottoposto a revisione». Come può notarsi dalla formulazione appena riportata non v'è alcun riferimento alla caratterizzazione della frode, la cui evenienza si vorrebbe che fosse scongiurata dall'*auditor*.

²⁸ A tal riguardo si veda in particolare il considerando n. 5 della Direttiva 2014/56/UE, in cui si richiede espressamente che «i revisori e le imprese di revisione contabile ... potrebbero avere il ruolo di chiedere attivamente conto ai dirigenti del loro operato, ponendosi dal punto di vista dell'utilizzatore».

²⁹ La lettura congiunta del considerando n. 5 e n. 11 potrebbe accreditare quanto segnalato nel testo, allorché si consideri che il considerando n. 5 richiede espressamente che l'accertamento sull'operato dei dirigenti dell'ente sottoposto a revisione sia compiuto dalla società di revisione "ponendosi *dal punto di vista dell'utilizzatore*" e che il considerando n. 11 afferma espressamente che l'esito conclusivo dell'attività di revisione consiste in «un giudizio sul fatto se il bilancio presenti un quadro fedele e corretto degli enti sottoposti a revisione conformemente al quadro sull'informazione finanziaria pertinente».

³⁰ Si veda il *Considerando* n. 5.

connotazione da attribuire allo scopo dell'attività di revisione³¹. Da individuarsi sempre più nella ricerca delle frodi³².

Rispetto, quindi, ad una connotazione in cui il dovere di 'snidare' le frodi diviene immanente all'esercizio dell'attività di revisione, l'*auditor* d'ora in avanti sarà, dunque, sempre e comunque tenuto a compiere verifiche e accertamenti idonei a ricercare e smascherare eventuali frodi contabili imputabili al *management*³³. Quand'anche non siano apprezzabili *ex actis* elementi (e/o non siano stati registrati *rumors*) che inducano a sospettare della falsità (di fatti e/o atti) e nonostante la direzione dell'ente, sottoposto a revisione, si sia in precedenza mostrata affidabile e onesta.

In un simile contesto, vi saranno inevitabili riflessi sullo *standard* di diligenza esigibile dalla società di revisione, rispetto ad un sistema in cui l'adempimento dell'obbligo di scoprire la frode, callidamente nascosta nelle poste contabili (abilmente artefatte) dagli amministratori, di norma non costituisce parametro per misurare la diligenza professionale, perché lo diverrà, soltanto se la ricerca della frode sia stata imposta dalla presenza di elementi indiziari suscettibili di far trasparire in modo palmare la falsità o il sospetto della sua esistenza. Per rendersene conto basterebbe osservare che, pur al cospetto di un bilancio che rifletta correttamente gli effetti dei fatti di gestione (per come apprezzabili in base alle risultanze della documentazione di riferimento), in relazione ai quali manchino evidenze di conclamata falsità e/o che possano risultare indicative di condotte fraudolente, il revisore non potrà più ritenersi dispensato dal compimento di controlli, accertamenti ed approfondimenti diretti a sindacare la veridicità di questi ultimi e il merito delle scelte di gestione³⁴.

L'obiettivo (espressamente dichiarato dal regolatore europeo della nuova direttiva) del rafforzamento dello scetticismo professionale del revisore legale appare suscettibile di alimentare la preoccupazione che il ruolo del revisore sia (considerato come) equiparato a quello di un investigatore. Con la conseguenza di accreditare interpretazioni che ravvisino a suo carico la sussistenza di un vero e proprio obbligo di

³¹ L'implementazione delle nuove regole di matrice europea è suscettibile di accreditare l'idea che il revisore sarà chiamato a rispondere del suo operato anche nei casi, in cui non sia stato capace di disvelare che una data situazione, di per sé non idonea a palesare la frode, se considerata ed interpretata alla stregua di altre risultanze (non debitamente valorizzate), avrebbe consentito di inquadrarla come parte integrante di un più organico ed articolato disegno fraudolento.

³² Tale tendenza appare decisamente marcata tanto più se si tiene conto del fatto che nel considerando 11 si ravvisa come opportuno «definire con maggiore chiarezza l'ambito di applicazione della revisione legale» al fine di meglio perimetrare «i limiti» della revisione contabile e così anche per quanto riguarda ad esempio il «ruolo del revisore nell'individuazione della frode».

³³ Che l'attività di revisione si presti adesso ad essere configurata come attività volta a smascherare le frodi emerge ancor più dal raffronto tra il testo della precedente direttiva 2006/43/CE, in cui nessun riferimento espresso compare in relazione alla necessità che sia messo in debito conto dall'*auditor* il fatto che il bilancio contenga inesattezze dovute a frode, e il testo della nuova direttiva, che con il considerando n. 5, esige espressamente che tale evenienza sia opportunamente considerata.

³⁴ Ad esigere questo diverso modo di agire è proprio la necessità che sia scongiurata l'evenienza che nel bilancio, per quanto non traspaiano evidenti spie sintomatiche di falsificazione ed anzi le informazioni ivi contenute possano apparire tranquillizzanti, si annidi la frode contabile.

dover presumere l'esistenza di frodi perpetrate dagli amministratori, quand'anche la rappresentazione dei dati economico patrimoniali contenuti in bilancio possa apparire tranquillizzante.

Il che, poi, non avrebbe altro significato, se non quello, come già anticipato, di voler configurare l'attività di revisione come attività orientata allo scopo precipuo dell'individuazione delle frodi, con inevitabili riflessi sulla condotta da porre in essere.

6. In una dimensione regolamentare in cui si tende sempre più marcatamente a modificare il ruolo del revisore, da *gatekeeper* dell'attendibilità dei dati di bilancio a garante dell'assoluta ed incontrovertibile corrispondenza della rappresentazione contabile alla reale situazione economico-patrimoniale e finanziaria della società³⁵, tende ad acquisire una diversa portata il problema dell'*overdeterrence*. In particolare qualora sia preventivabile l'incapienza del (cor)responsabile principale del danno e vi sia l'aspettativa che la società di revisione resti attratta dal vincolo di solidarietà passiva (con il primo).

Una volta, infatti, che sia stato imposto in via generale alla società di revisione l'obbligo giuridico di impedire che il bilancio sottoposto a revisione contenga rappresentazioni non veritiere della situazione patrimoniale-finanziaria, dovute a frode contabile³⁶, al cospetto dell'insorgenza di situazioni di *crack* finanziario, determinate proprio da frodi (già esistenti all'epoca dello *statement* positivo e) non prevenute (e solo successivamente divenute evidenti), basterà poco all'investitore danneggiato per ritenere assolto l'*onus probandi* e così raggiunta la prova della responsabilità del revisore. Tanto più quando, proprio in ragione del nuovo ruolo che il regolatore europeo ha inteso attribuire al revisore: per un verso, la valutazione positiva, che del bilancio è stata espressa dalla società di revisione, sia in grado di ingenerare nel destinatario delle informazioni la percezione che queste ultime rispecchino fedelmente la reale situazione di salute della società revisionata e, per altro verso, i dati informativi assistiti dall'*imprimatur* del revisore siano capaci di determinare induzione all'investimento per l'affidabilità della fonte, da cui provengono.

Nel giudizio risarcitorio, invero, per ritenere provati la colpa ed il nesso di causa, secondo un principio di causalità ancorato al criterio del più probabile che non³⁷, tra la

³⁵ Posizione sostanzialmente non condivisa dalla nostra Corte di legittimità nella pronuncia Cass., 7 maggio 2015, n. 9193, cit.

³⁶ D'altro canto la direttiva non a caso parla di necessità di procedere al 'rafforzamento' dello scetticismo professionale. Il che trova senso soltanto se si muove dal presupposto che (in base a quanto se ne ricava dalla sua lettura) la precedente direttiva n. 2006/43/CE non aveva affatto posto a carico dell'auditor un obbligo di agire al fine di scoprire le frodi. Se così è, appare da escludere che fonti di tipo secondario avessero potuto dar vita ad un obbligo (*rectius* quello di scoprire le frodi) che la normativa primaria (e peraltro di impulso comunitario) non aveva affatto contemplato.

³⁷ Costituisce ormai *ius receptum* il principio secondo cui in tema di responsabilità civile l'accertamento del nesso causale vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. da ultimo Cass., 28 luglio 2015, n. 44, 59, in *Guida al dir.*, 2015; conf. Cass., 27 novembre 2012, n. 20996, in *Giust. Civ.*

condotta omissiva della società di revisione e il pregiudizio economico risentito, sarà così sufficiente per l'investitore danneggiato allegare: 1) che l'*auditor* non sia stato capace di impedire l'evento, che aveva l'obbligo giuridico di evitare³⁸ (*rectius* la frode contabile già perpetrata al momento dello *statement* ma non rilevata); 2) di aver assunto la decisione di investimento in base al convincimento della solidità della società emittente, in lui indotto dal giudizio positivo rilasciato dal revisore sul bilancio (e sulle informazioni ivi contenute), poi rivelatosi falso³⁹.

Alla società di revisione, per andare esente da responsabilità, potrebbe non bastare la valorizzazione della natura sofisticata della frode, che sia stata ben occultata dall'astuzia degli amministratori. Potrebbe, infatti, esigersi la prova, nient'affatto agevole, di aver adottato tutte le cautele astrattamente esigibili con riferimento all'attività accertativa (omessa), che avrebbe dovuto compiersi in relazione alla concreta situazione, in cui si è annidata la frode non smascherata⁴⁰. Che avrebbe dovuto essere contrastata, pur se posta in essere con meccanismi sofisticati.

La consapevolezza dell'operatività di un modello di responsabilità che, in quanto implementato su un meccanismo di presunzione di colpa della società di revisione (per certi aspetti evocativa di quella prevista dall'art. 2050 c.c. per l'esercente l'attività pericolosa), comporta in concreto un'inversione dell'*onus probandi*, appare in grado di far stimare come altamente probabile (al manifestarsi dell'evento di *default* dell'emittente) l'esposizione dell'*auditor* all'iniziativa risarcitoria. Di conseguenza ciò potrebbe avere l'effetto di determinare forte slancio ad elevare il più possibile la soglia d'investimento in misure precauzionali, per la previsione che a più elevati livelli di diligenza corrispondano maggiori garanzie di non colpevolezza.

7. La propensione ad incrementare il più possibile l'investimento in misure preventive risulterà, poi, ulteriormente sollecitata dalla difficoltà di individuare lo *standard* di diligenza professionale, che sia (ritenuto da chi sarà chiamato a valutarlo)

Mass, 2012).

³⁸ Non sfugga che in tutti i casi di colpa omissiva consistita nel non avere impedito un evento che si era obbligati ad impedire, l'avverarsi stesso dell'evento costituisce in tesi prova dell'esistenza del nesso di causa tra la condotta omissiva ed il danno. Tale principio risulta incisivamente affermato da Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, in *Guida al dir.*, 2015, 7, p. 58, che ha altresì precisato che "in questi casi" (*rectius* di colpa omissiva) «per escludere l'esistenza del nesso di causa tra omissione e danno, è necessario dimostrare che l'evento dannoso abbia avuto una causa diversa dall'omissione, indicando quale sia stata».

³⁹ Il che appare oggi tanto più sostenibile proprio in base alla normativa di recente riformata su impulso europeo.

⁴⁰ Il che appare evenienza ricca d'insidie, allorché la valutazione di che cosa avrebbe dovuto fare l'*auditor*, debba essere effettuata ex post ovvero dopo che il danno si sia verificato (benché riportandosi al momento in cui è stata emessa l'opinione positiva) e sia ormai stata ricostruita nitidamente la frode non smascherata dal revisore. In questo caso, infatti, all'esito della ricostruzione effettuata anche con l'ausilio di strumenti di tipo investigativo.

capace di assicurare al revisore l'esonero da responsabilità, per l'incertezza sulla corretta interpretazione delle regole che ne disciplinano l'operato⁴¹.

I principi a cui l'*auditor* è tenuto ad uniformarsi nell'esercizio della sua attività, così come modificati dalla direttiva recepita, in particolare per quel che riguarda la regolamentazione del c.d. 'scetticismo professionale' (introdotta con l'inserimento del paragrafo 2 nel testo del precedente art. 21 della direttiva 2006/43 CEE), appaiono, infatti, delineati con riferimento ad un modello astratto di comportamento. Questo, poi, deve essere adeguato alla realtà e segnatamente alla situazione che in concreto diverrà oggetto di verifica, di scrutinio e di controllo, avuto riguardo, tra l'altro, alle peculiarità che di volta in volta l'avranno caratterizzata.

Ne deriva che le regole, alle quali è assoggettato il *modus agendi* del revisore, hanno portata precettiva non del tutto definita, sì da risultare connotate da una certa genericità e vaghezza, anche in punto di estensione degli obblighi di controllo, solo astrattamente delineati.

8. L'implementazione, poi, della regolamentazione europea nel contesto della disciplina di diritto interno⁴² è destinata ad incrementare ancor più il problema dell'*overdeterrence*, se si considera che la regola da applicare nelle ipotesi in cui vi siano più coautori del medesimo danno è quella della responsabilità solidale⁴³. E con riferimento al danno da informazione finanziaria può ritenersi certa per l'*auditor* l'aspettativa di restare assoggettato alla regola della solidarietà tra condebitori, posto che viene a delinearsi uno scenario da *multiple tortfeasors*. Non v'è dubbio, infatti, che in tal caso il pregiudizio sia da considerarsi causato, quanto meno astrattamente, da più soggetti: gli amministratori che hanno comunicato informazioni false e/o fuorvianti in ordine alla situazione patrimoniale della società emittente; gli organi di controllo che non hanno vigilato; l'agenzia di *rating*, per non aver vagliato accuratamente le

⁴¹ Proprio in relazione all'*auditor* evidenzia chiaramente il rischio di *overdeterrence*, allorché nella vigenza di una *negligence rule* non sia noto *ex ante* né alle Corti né al *tortfeasor* il livello di diligenza esonerante, Schafer, 2004, 181; su posizioni sostanzialmente non diverse Crasswell e Calfee, 1986, 279, 281; Schwartz, 1998, 183-207. Ma si veda anche Shavell, 2002, il quale osserva che «the reader should not be surprised, then, to learn that a fairly general consequence of uncertainty in the assessment of true levels of care is that parties will tend to take more than due care—and thus take socially excessive levels of care».

⁴² Va ribadito che né la direttiva 2006/43/CE né la successiva direttiva 2014/56/UE, che ha modificato la precedente, hanno preso posizione sul regime di responsabilità patrimoniale dei revisori.

⁴³ Che la *joint and several liability* in condizioni di vigenza di un *negligence-standard* sia capace di determinare situazioni di *overdeterrence*, allorché vi sia l'aspettativa della incapienza del corresponsabile solidale (dal quale non sia quindi possibile recuperare in via di regresso ciò che sia stato intanto pagato al danneggiato e/o ai danneggiati), si veda l'analisi condotta (sia pure in una prospettiva più generale e che dunque che non guarda in modo specifico ai rapporti tra l'*auditor* e la società revisionata) in chiave economica da Kornhauser e Revesz, 1990, 618; Id., 2000, 628. Gli A. in quest'ultimo contributo escludono, tuttavia, che in condizioni di piena solvibilità la *rule* di responsabilità solidale in caso in cui operi la colpa, come criterio di imputazione del danno, determini effetti di *overdeterrence*; cfr. altresì di recente Fauer, 2016, 603, ed *ivi* altre citazioni.

informazioni utilizzate prima di emettere il suo giudizio; i revisori che hanno violato i propri doveri di corretta attestazione del bilancio dell'emittente⁴⁴. Tant'è che, come già anticipato, il legislatore del d. lgs. n. 39/2010 con l'art. 15 aveva già (prima dell'ultimo intervento legislativo) espressamente stabilito che la società di revisione legale (e i revisori legali) risponde in solido con gli amministratori della società revisionata per il danno a terzi⁴⁵.

L'aspettativa di restare attratto dal vincolo di solidarietà, peraltro in condizioni in cui non è agevole la individuazione della soglia di diligenza esonerante, amplifica la percezione del pericolo che la società di revisione sia chiamata a risarcire l'intera posta risarcitoria⁴⁶, senza poter recuperare in regresso dai coautori ritenuti maggiormente responsabili. Pur quando sia stato accertato che la derivazione causale del danno solo in minima parte abbia rimandato alla condotta dell'*auditor*. In tutti i casi di *crack* finanziario correlato a frode, invero, il materializzarsi di una situazione contrassegnata da incapienza patrimoniale della società emittente, dei suoi amministratori e sindaci rappresenta, invero, evenienza altamente probabile (ed anzi che rasenta la certezza). Né tanto meno c'è da attendersi che possano essere messi a disposizione dei danneggiati (con intuibile beneficio per la società di revisione, che sia riuscita a conservare una certa solvibilità) i massimali di polizza assicurativa, negoziata da ciascuno dei richiamati corresponsabili a copertura di atti e fatti implicanti responsabilità civile. Vi sarà, infatti, da mettere in conto che: *a*) in ragione del dolo, inevitabilmente connaturato alla condotta fraudolenta degli amministratori e della dolosa partecipazione degli organi di controllo interni alla società emittente, che è verosimile attendersi, nessuna copertura assicurativa potrà ritenersi operante⁴⁷; *b*) in uno scenario meno pessimistico, in cui ad esempio non sia ipotizzabile dolo dei sindaci, le loro coperture assicurative potrebbero risultare insufficienti⁴⁸. In un simile contesto la solidarietà, configurando

⁴⁴ Il profilo è ben evidenziato da Alpa, 2007, 2245 ss.; Montalenti, 2013, 511 ss.; ma si veda anche Caridi, *op. cit.*

⁴⁵ Va osservato che il nostro legislatore, rifacendosi al principio affermato in termini generali per le ipotesi di condebito dagli artt. 1294-2055 c.c., aveva già espressamente previsto con l'art. 15 del d.lgs. n. 39/2010 la regola della solidarietà tra amministratori e revisori. La situazione è rimasta sostanzialmente inalterata anche in seguito alla modifica che la citata norma ha subito per effetto del d.lgs. n. 135/2016.

⁴⁶ È noto che l'operatività della regola di solidarietà passiva abilita il danneggiato a far valere la pretesa risarcitoria per l'intero nei confronti del condebitore ritenuto più solvibile e ad esigere da quest'ultimo il pagamento dell'intera posta risarcitoria. È chiaro che in un sistema in cui sia operativa la regola della solidarietà il rischio dell'insolvenza di uno dei corresponsabili del danno grava sull'altro e/o sugli altri condebitori e non v'è obbligo per l'attore danneggiato di evocare in giudizio tutti i corresponsabili del medesimo danno.

⁴⁷ Si consideri che le polizze assicurative più diffuse sono quelle c.d. globali cioè stipulate dalla società indistintamente per conto degli amministratori e/o dei sindaci. Ne riferisce in questi termini REGOLI, 2009, 122 ss.

Va osservato altresì che in caso di dolo ad esempio dei soli amministratori la polizza non potrà essere utilmente invocata per pretendere un risarcimento in via solidale (con gli amministratori il cui agire sia stato contraddistinto da dolo) dai sindaci.

⁴⁸ Se non altro perché con riferimento alle polizze assicurative individuali (e così di ciascun singolo

situazione capace di esacerbare nell'*auditor* la spinta verso la ricerca di un livello di diligenza in grado di apparire come il più elevato tra quelli esigibili (nel tentativo di sottrarsi al coinvolgimento in responsabilità senza la possibilità di un utile regresso), è in grado di generare investimenti precauzionali eccessivi⁴⁹ (non sempre, peraltro, capaci di incidere –riducendola- sulla probabilità di verifica del danno da frode).

9. Se in linea tendenziale le regole riformate si rivelano tali da indurre l'*auditor* ad atteggiamenti contrassegnati da *overdeterrence*, rispetto ai quali la regola della solidarietà passiva sembra avere effetto propulsivo⁵⁰, non è detto, tuttavia, che in concreto tale situazione si manifesti in tutti i casi. Così ad esempio in presenza di bassa e/o limitata solvibilità della società di revisione è verosimile attendersi condotte connotate piuttosto da disincentivo all'innalzamento oltre una certa misura della soglia dell'investimento precauzionale, posto che la convenienza ad incrementare quest'ultima è strettamente correlata alla consistenza del patrimonio di cui si disponga, avuto riguardo (anche) alla probabilità di verifica del danno⁵¹.

Ne è che l'aspettativa del creditore non principalmente responsabile (*rectius* la società di revisione)⁵², il quale non sia pienamente solvibile, di poter restare *judgment-proof* in caso di condanna solidale a pagare ai danneggiati in misura superiore al suo (minore) patrimonio, potrebbe indurlo a non compiere investimenti suppletivi per l'adozione di ulteriori misure precauzionali necessarie al raggiungimento di quella soglia, che potrebbe rappresentare il suo *optimal care level* in relazione allo specifico

amministratore o sindaco, per esempio) di norma dalla copertura assicurativa viene esclusa qualsiasi responsabilità solidale. Ne riferisce in questi termini ancora D. Regoli, *op. cit.*, 123.

⁴⁹ Il profilo dell'*overdeterrence* dell'*auditor*, allorché sia vigente una regola di responsabilità solidale ed in presenza di avversione al rischio (per chi è *risk-averse* l'aspettativa di vedersi allocata una responsabilità di €100.000 con la probabilità del 10% spaventa più – e quindi arreca meno utilità – di un onere da responsabilità certo di €10.000) e di *ambiguity aversion* (che è indicativa di avversione per l'incertezza in ordine alla probabilità di dover pagare danni di un certo ammontare) è stato messo bene in evidenza di recente da Koch e Schunk, 2013, 54-75, disponibile anche su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2340445>.

Il rischio dell'*overdeterrence* è segnalato anche dal *Final Report del Treasury Advisory Committee on the Auditing Profession*, dell'ottobre 2008, curato da Levitt Jr. e da Nicolaisen disponibile all'indirizzo: <https://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Documents/final-report.pdf>.

⁵⁰ Si vedano Kornhauser e Revesz, 1990, 618; Id., 2000, 628; Fauer, *op. cit.*

⁵¹ Si veda ancora Shavell 2002, 5 del capitolo 4. Mi sia consentito rinviare anche a Violante, 2004, in particolare 160 ss. in cui si argomenta a sostegno della conclusione che l'adozione del vincolo di solidarietà (in condizioni di *negligence standard*), pur concepito per assicurare effetti di deterrenza, potrebbe in concreto rivelarsi priva dell'attitudine a garantire fini di *deterrence*.

⁵² È la stessa direttiva 2014/56/UE a lasciar intendere che la società di revisione ha di norma responsabilità secondaria rispetto a chi è il principale responsabile (*rectius* i dirigenti della società revisionata). Per rendersene conto basterebbe leggere il considerando n. 5. Resta fermo, ovviamente, che la situazione sarebbe destinata ad essere apprezzata diversamente, allorché siano emersi aspetti di collusione del controllore (*rectius* il revisore).

caso. Il disincentivo all'adozione di cautele sarà tanto più marcato, quanto più limitata risulti la sua capienza patrimoniale⁵³.

D'altro canto, è noto che i revisori trans-nazionali siano abituati ad operare non come gruppi verticali bensì come *network*, nell'ambito del quale ciascuna società conserva la propria autonomia giuridica e patrimoniale. Tale propensione appare (anche) sintomatica della tendenza ad implementare schemi idonei a consentire l'espletamento della prestazione in condizioni di solvibilità limitata e/o comunque strumentali ad assicurare il contenimento del rischio (di dover sopportare l'intero fardello risarcitorio) connesso all'operatività della regola della solidarietà tra condebitori del medesimo danno e all'aspettativa dell'infruttuosità dell'azione di regresso (nei confronti dei responsabili primari cioè gli artefici della frode)⁵⁴.

Sicché, anche in presenza di una regola di *joint and several liability*, tendenzialmente rivolta, per un verso, a sollecitare più elevati livelli di diligenza (per ridurre il più possibile il materializzarsi dell'accadimento dannoso), per altro verso, al rafforzamento della tutela della vittima del danno, non può escludersi né che l'agire dei potenziali danneggianti sia incline all'*underdeterrence* né che la garanzia dell'integrale risarcimento del danno risulti compromessa. Questo rischio è proprio quello che appare potersi profilare con concretezza all'esito del recepimento della direttiva 2014/56/UE. Per tutte le ragioni dianzi esposte, che costituiscono riflesso della scelta di fondo operata dal regolatore europeo di aver posto a carico del revisore il preciso obbligo di scoprire la frode perpetrata dal *management* della società sottoposta a revisione⁵⁵. Con la conseguenza che la nuova regolamentazione europea, concepita per spronare l'*auditor* a programmare un maggior investimento in diligenza (rispetto a quanto in precedenza da lui sarebbe stato possibile esigere) in ragione dell'aspettativa del più agevole coinvolgimento in responsabilità, potrebbe produrre riflessi diametralmente opposti ovvero condurre: a non adottare precauzioni ottimali e a calibrare

⁵³ Supponiamo ad esempio che gli *assets* di chi sarà chiamato a rispondere (la società di revisione nel nostro caso) siano pari ad €20.000; che con un investimento in precauzioni di €12.500 l'agente possa prevenire una responsabilità pari ad €100.000 con la probabilità del 30% (e così di €30.000); che con un investimento suppletivo di €8.000, che consentirebbe all'agente di raggiungere il *due care level*, si potrebbe ridurre ancora di un 15% (e così divenire pari ad €15.000). In simili condizioni non sarà conveniente per l'agente procedere all'investimento addizionale in diligenza perché il costo complessivo dell'investimento precauzionale necessario per il raggiungimento della soglia di diligenza esonerante costerebbe più della sua consistenza patrimoniale.

⁵⁴ Ne dà atto in termini chiari Barcellona, 2009, 62 ss., il quale dà altresì atto che le società di revisione sono sempre tendenzialmente sotto-capitalizzate rispetto ai rischi di "macro-negligenza". L'A. incisivamente sottolinea altresì (cfr. p. 79 ss.) che il prezzo della revisione obbligatoria, proprio per le ragioni di tipo strutturale indicate, è sempre tendenzialmente opaco ovvero incapace di riflettere gli effettivi costi in termini di responsabilità che un prezzo efficiente dovrebbe invece incorporare.

⁵⁵ Non v'è dubbio che la nuova normativa, come già anticipato, abbia posto in modo rigoroso a carico dell'*auditor* l'obbligo di interrogarsi sulla possibilità che le poste di bilancio siano infedeli, a causa di frode, quand'anche non sussistano spie che ne rendano conclamata la sussistenza. Sicché andranno predisposti opportuni approfondimenti che siano capaci di verificare se una data situazione, pur non essendo sintomatica di frode di per sé sola, non costituisca però parte di una più organico disegno fraudolento.

l'investimento in misure preventive piuttosto in funzione della consistenza dell'*asset* di cui si ha la disponibilità (*rectius* che è stato scelto in quella consistenza proprio al fine deliberato di contenere il rischio di dover rispondere delle frode non scoperta, da altri posta in essere). Il che, tra l'altro, appare tanto più vero in un contesto di mercato, in cui il 'prezzo' della revisione non sconta mai in modo efficiente il costo della macro-negligenza ovvero, per dirla a parole di accorta dottrina, della mancata rilevazione di un totale non valore della società revisionata⁵⁶.

Riferimenti bibliografici

Alpa G. (2007). Deterrence e responsabilità: il caso della società di revisione, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2245 ss.;

Alpa G. - Chiassoni P. (1998). *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè;

Arcuri A. - Pardolesi R. (2002). Analisi economica del diritto, in *Enc. dir.*, Agg. VI. Milano: Giuffrè p. 7 ss.;

Barcellona E. (2009). Responsabilità proporzionale dei gatekeepers e "regime di produzione (pubblicistico, para-pubblicistico, para-privatistico" del bene informazione, in *Responsabilità societarie e assicurazione, Amministratori, Sindaci e Revisori*, a cura di P. Montalenti, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 62 ss.

Bonelli F. (1979). Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci, in *Riv. soc.*, p. 994 ss.;

Bussoletti M. (1990). Società di revisione, in *Enc. dir.* Milano: Giuffrè, p. 1090;

Bussoletti M. (1985). *Le società di revisione*. Milano: Giuffrè;

Caridi V. (2012). *Danno e responsabilità da informazione al mercato finanziario*. Milano, p. 77 ss.;

Colombo G.E. (2002). *Commento all'art. 156*, in *Testo unico della finanza*, diretto da G.F. Campobasso Torino: Utet, II, p. 1297;

Cooter R., Mattei U., Monateri P.G. e Ulen T. (1999). *Il mercato delle regole*. Bologna: Il Mulino, p. 11 ss.;

Crasswell R. - Calfee J.E. (1986). Deterrence and Uncertain Legal Standards, 2 *J L, Econ & Org*, 1986, p. 279, 281;

Fauer M. (2016). Attribution of liability: an economic analysis of various case, in 91 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2016, p. 603;

Fortunato S. (2004). Sub art. 2409 ter c.c., in *Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, II, Napoli: Jovene, p. 818,

Hull J.C. (2005). *Fondamenti dei mercati di futures e opzioni*, (traduzione di E. Barone), Pearson, 2005, p. 479 ss.;

Hull J.C. - White A. (2000). *Valuing Credit Default Swaps I: No Counterparty*

⁵⁶ Il riferimento è a E. Barcellona, *op. cit.*, p. 76 ss. ed in particolare 79.

Default Risk, in *Journal of Derivatives*, 8, 1, (Fall. 2000), p. 29-40;

Koch C. - Schunk D. (2013). Limiting liability? – Risk and ambiguity attitudes under real losses, in *Schmalenbach Business Review*, Vol. 65, 2013, pp. 54-75, disponibile anche su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2340445>.

Kornhauser L.A. - Revesz R.L (1990). Apportioning Damages Among Potentially Insolvent Actors, 19 *J. Leg. Stud.*, 1990, p. 618;

Kornhauser L.A. - Revesz R.L (2000). 3200 Joint Tortfeasor, in *International Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham, vol. II, p. 628.

Landes W.M. e Posner R.A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard: University Press;

Maggiolino M. (2005). Commento all'art. 2409 ter c.c., in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di F. Ghezzi. Milano: Giuffrè 2005, p. 423;

Montalenti P. (2004). La società quotata, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, tomo II. Padova: Cedam;

Montalenti P. (2013). Le agenzie di rating: appunti, in *Giur. comm.*, p. 511 ss.;

Pardolesi R. (1987). Analisi economica del diritto, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino: Utet, p. 309 ss.;

Polinsky A. Mitchell (1992). *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, trad. it. con postfazione di R. Pardolesi. Roma: Zanichelli, p. 9

Quattrocchio L. (1999). Commento all'art. 155, in *Legge Draghi e società quotate in borsa*, a cura di Cottino, Torino: Utet, 1999, p. 311

Radaelli F. (1997). Voce Società di revisione, in *Digesto, disc. priv. sez. comm.*, XIV, Torino: Utet, p. 230;

Regoli D. (2009). Le polizze assicurative: nuovi profili, in *Responsabilità societarie e assicurazione, Amministratori, Sindaci e Revisori*, a cura di P. Montalenti, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 122 ss.

Rose A. (2010). Protection of investors in the wake of the 2008-2009 financial crisis: article: The multienforcer approach to securities fraud deterrence: a critical analysis, 158 *U. Pa. L. Rev.*, 2010, p. 2173;

Rossi A. (1985). *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*. Milano: Giuffrè 1985;

Rossi A. (1999). Spunti sulla nuova disciplina della revisione contabile, in *Società*, p. 1034;

Salerno F. (2013). La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi, in *Riv. soc.*, p. 1033;

Sangiovanni V. (2011). Il d.leg. n. 39/2010 e la nuova responsabilità civile da revisione, in *Danno e resp.*, p. 366 ss.;

Sartori, F. (2011). *Informazione economica e responsabilità civile*. Padova: Cedam, 2011.

Schafer H.B. (2004). Efficient Third Party Liability of Auditors Tort Law and in Contract Law, in 12 *S. Ct. Econ. Rev.*, 2004, p. 181.

Schwartz R. (1998). Auditors' Liability, Vague Due Care, and Auditing Standards, in 11 *Rev Quantitative Finance & Accounting*, 1998, p. 183, 183-207;

Shavell S. (2002). *Economic Analysis of Accident Law*, paper no. 396, 12/2002, in *Harvard L. School, Cambridge, Ma 02138*;

Valensise P. (1996). *Le responsabilità delle società di revisione – Considerazioni dopo le prime pronunzie giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, II, p. 497.

Violante U. (2004), *La responsabilità parziaria*. Napoli: E.S.I.