

SERATA TERZA

La Tirà è un dolce piemontese molto semplice, ma, opportunamente annaffiato di alcoolici di varia gradazione, è la dimostrazione di come la complicazione possa non essere necessaria.

M. Finora abbiamo parlato piuttosto in generale e seguendo le divagazioni dell'amico Testainaria. Dare un taglio alle seconde credo che sia impossibile, ma potremmo per esempio stringere un poco il campo e parlare del diritto penale vigente in Italia?

T. Ma perché? Hai intenzione di commettere qualche delitto ovvero contravvenzione in Italia, per cui il Kiribati non ti interessa?

M. E piantiamola con questo Kiribati! Non so neanche dove sia.

T. Bada, che ci potresti finire in vacanza. Io no, perché in vacanza non ci vado più.

B. Ma sì, torniamo ai nostri montoni. *La sociologia criminale o la criminologia* possono immaginare azioni “antisociali”, considerate tali da una data società, che fa suo il patrimonio di idee (ideali, scopi, timori, consuetudini, tradizioni etc.) di una data cultura. Invece, per *l’ordinamento giuridico* devono essere considerati reati solo quelle azioni antisociali, in realtà azioni o omissioni , che una legge dichiara espressamente tali. Naturalmente, tra reati e azioni antisociali la barriera è permeabile, permeabilissima.

T. Oh, vedo che ti sei preparato!

B. Più di quanto tu non creda. E vorrei chiariti un altro dubbio. Tu ieri mi dicesti: “E poi, se una sentenza è promulgata in nome di un cittadino, vuol dire che il cittadino deve poterla comprendere”. Ora, sono lieto di dirti che è così anche per la legge italiana.

T. Questa da un lato è una buona notizia, dall’altro è pessima. Buona, perché l’assurdità di condannare un imputato per una legge non chiara è eliminata; Pessima, perché sembra che si preveda il caso che una legge sia formulata in modo oscuro.

B. Non sarei così ferreo. Ci possono essere vari motivi per cui una legge è o diventi poco chiara. A me pare un’ottima cosa che quindi esista un rimedio già pronto

nella nostra legislazione. In ogni caso, la risposta sta in altro principio, detto di *tassatività o sufficiente determinatezza*, che recita: *“il fatto che dà luogo all’applicazione della pena, deve essere previsto dalla legge in modo ‘espresso’ e quindi, mentre esso non può desumersi implicitamente da norme che concernono fatti diversi (divieto di analogia), la fattispecie che lo descrive deve essere formulata con sufficiente determinatezza (principio di tassatività)”*.

T. Non potresti essere più chiaro.

B. Non fare dello spirito su quello che non capisci. Rifletti un momento: il principio afferma che la legge deve riferirsi precisamente al caso in esame e non lasciar dubbi su questo punto.

T. Va bene. Ci penserò.

M. Alla buonora!

T. Ma torniamo al punto da cui eravamo partiti, prima che tu incominciassi con le tue precisazioni.

Tu dicevi che “per *l’ordinamento giuridico* devono essere considerati reati solo quelle azioni antisociali, in realtà azioni o omissioni , che una legge dichiara espressamente tali”. Questo significa che nella pratica domina la scuola che avevi chiamato del “formalismo giuridico”?

B. Non è proprio la stessa cosa, ma la puoi anche mettere così. In realtà, questo principio, *il principio di legalità*, può essere considerato come una delle grandi conquiste della società moderna ed è un elemento essenziale dello stato di diritto.

T. Stato di diritto! Tutti parlano di Stato di diritto, ma che cosa è precisamente?

B. Oh, ma qui mancano proprio le basi! Per così dire, mancano le “quattro operazioni” dell’aritmetica, per uno che vuol pontificare in matematica.

T. Io non voglio pontificare proprio per niente. Mi basta capire, anzitutto capire se c’è qualcosa da capire o che valga la pena capire.

B. Lo Stato di Diritto è quella forma di Stato che assicura la salvaguardia e il rispetto dei diritti e delle libertà dell'uomo, insieme alla garanzia dello stato sociale. Se vuoi una regola pratica, guarda a come funzionava uno stato assoluto, per esempio la Francia del Re Sole o il regime degli Zar, almeno fino al 1861, anno dell’emancipazione dei servi, e cerca di immaginare il contrario.

T. Spiacente di importunarti ancora, ma che cosa è lo “stato sociale”?

B. Ti basta se ti dico che lo stato sociale, caratteristica dei moderni stati di diritto, si basa sul principio di eguaglianza? Lo stato sociale si propone di garantire a tutti i cittadini tutti i diritti e servizi sociali, dall'assistenza sanitaria all'istruzione all'ambiente sano, e chi più ne ha più ne metta. Ma se mi interroghi su ogni parola non arriviamo più alla fine.

T. Fai bene a dirmelo, perché la mia domanda successiva sarebbe “Chi definisce quali sono i diritti e servizi sociali?”. Per esempio, mangiare tartufi, è un diritto sociale? Sospetto di no, ma vorrei essere sicuro. Guarda che potresti leggere domani “Rissa in negozio di funghi. Anziano pensionato esige il tartufo come suo diritto sociale”.

B. Alla base dell'elenco dei diritti ci sono degli atti internazionali: La *Dichiarazione universale dei diritti umani* adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* sono i più importanti. Te ne consiglio la lettura (magari seduta stante, così intanto ci lascerai continuare). Non tutti i Paesi riconoscono formalmente questi diritti, il che li impegnerebbe a realizzarli, ma tutti i Paesi firmatari del Patto devono quanto meno procedere sulla strada della loro realizzazione ed esistono meccanismi di verifica, soprattutto per i diritti politici e civili. La Costituzione della Repubblica Italiana afferma che

“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Non enumera però subito questi diritti, che emergono a poco a poco dagli articoli successivi, fino all'Art.51.

T. Devo dire che questo mescolare la Costituzione a quella che potremmo chiamare “ Carta dei Diritti” mi sembra promettere confusione.

B. Non sei il solo a pensarlo, ma in molte Costituzioni è così. Tanto per dire, la prima parte della Costituzione USA, che secondo gli Americani è più importante della Bibbia, è la Carta dei Diritti.

Ma per rispondere alla tua domanda specifica sui tartufi, sappi che il diritto di mangiare tartufi non è contemplato. E' quindi più facile che leggiamo: “Rissa in negozio di funghi. Anziano pensionato condotto alla Neurodeliri. Mordendo un terroso tartufo gridava: E' un mio diritto sociale”.

T. Grazie. Peccato, però. E il diritto di mangiare il Tirà?

B. Ma con te non si può mai fare un discorso serio?

M. Ma sì, T. Alle volte non ti pare di esagerare?

B. Lasciatemi aggiungere che il principio di legalità è assai importante. Solo la legge, come espressione del Potere Legislativo, può definire una determinata azione od omissione come reato. Mi piacerebbe che a seguito di questa serata almeno ti entrasse in testa l'idea che *il principio di legalità è una grande conquista della società moderna*. I cosiddetti tribunali politici delle dittature violavano per prima cosa questo principio, ed attribuivano ai Giudici, che in tal caso erano l'espressione del potere politico, il potere di condannare o assolvere caso per caso, in base a criteri generici, come quello di interpretare la volontà del popolo o altri interessi. Ad ogni modo la nostra Costituzione, per conto suo, all'Art. 25 dichiara: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". E il nostro Codice Penale nel suo art. 1 esprime il principio di legalità con queste parole: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come *reato* dalla legge, né con *pene* che non siano da essa stabilite".

Vi basti meditare sul fatto che questo articolo risale al codice penale del 1930, vale a dire che il regime fascista non osò toccare questa conquista (mentre il regime nazista non ebbe scrupoli a farne piazza pulita).

M. Va bene, mediteremo, ma di quale legge stiamo parlando? Capisco che quando tutti gli stati erano monolitici, indipendenti e non legati l'uno all'altro da vincoli volontari o involontari, si poteva parlare di leggi dello stato e basta. Ma adesso ci sono leggi internazionali che vincolano dall'esterno e leggi regionali che vincolano dall'interno. E poi ci sono i decreti di vario tipo.

B. Su questo si discute, ma direi che al momento i decreti legislativi e decreti legge hanno valore di legge, le leggi regionali no, mentre per le "leggi" internazionali (Nazioni Unite, Unione Europea) non è chiaro.

Forse l'Art.25 della Costituzione sembra dire qualcosa in più, parlando di legge entrata in vigore prima del fatto commesso, ma in realtà questo punto è assai meglio chiarito dall'Art.2 del CP.

Intanto però voi vedete che, nelle sentenze, il Giudice per prima cosa elenca le leggi che sarebbero state violate. Non è uno sfizio del Giudice. Lo deve fare, perché se risultasse che l'imputato non ha violato alcuna legge, non avrebbe commesso nessun reato e non potrebbe essere condannato. Non avete idea di quanti ricorsi siano stati fatti contro sentenze in cui l'impianto legale era traballante.

T. Ma scusa un momento. Un mio conoscente è stato tirato in ballo in un processo per omicidio colposo, e mi ha raccontato che il suo avvocato gli aveva parlato di colpa generica e colpa specifica.

B. Intanto, quando si parla di colpa si parla di un preciso tipo di reato, un reato colposo, non un reato doloso.

T. Grazie per questa informazione, che complica ulteriormente la situazione. Che differenza c'è fra i due? Mica me lo hai detto.

B. Mi devi scusare se la nostra discussione non è strutturata come un corso di Diritto, ma la colpa di questo è soprattutto tua, con le tue continue interruzioni più o meno a vanvera.

A farla breve, un reato è colposo se chi lo ha commesso non aveva intenzione di commetterlo; è doloso se intendeva commetterlo, ed è quindi più grave.

Tuttavia, non basta: La colpa consiste *sempre* nella violazione di una regola cautelare, ossia *la violazione di un comportamento attento alle conseguenze della propria azione*. Le regole cautelari possono essere di due tipi: anzitutto le colpe generiche. Qui si fa riferimento alla frase dell'art.43 del CP dal quale

risulta, che le colpe generiche, in pratica, sono di tre tipi: negligenza, imprudenza, imperizia.

T. A me sembrano colpe di natura diversa: negligenza e imprudenza dipendono dall'imputato, ma quanto all'imperizia, mi pare che non sia sempre dovuta al medesimo. Per esempio, può esser stata scelta la persona sbagliata per fargli le domande sbagliate.

B. Possibile. Ma lasciami continuare. Oltre alle colpe generiche ci sono le colpe specifiche, che consistono nell'inosservanza di: leggi (atti del potere legislativo); regolamenti (atti del potere esecutivo), eccetera. Se vuoi saperle tutte, leggi l'Art. 43 del CP, che ne fa un elenco.

Ad ogni modo, Leggi, regolamenti et similia sono scritti, e vanno precisate nella sentenza. In quanto alle regole cautelari non scritte, lì, come ci si può immaginare, il Giudice deve fare ricorso a concetti non solo complicati (rischio, probabilità, o addirittura libero arbitrio e via dicendo), ma anche assai dibattuti.

T. Ma insomma, uno può essere unicamente condannato per una colpa generica?

B. Se uno prende gli scritti per quel che c'è scritto, secondo la Costituzione e il Codice Penale no, secondo la Cassazione sì (Cass. 1544/81; Cass. 1652/71).

T. E dove andrebbe a finire il principio di legalità? Le sentenze di Cassazione sono elencate dal CP Art. 43 tra le fonti che rendono una colpa specifica?

B. No. Ripeto che la discussione sulle cosiddette regole cautelari non scritte è ancora in corso, e immagino che lo sarà per un pezzo.

T. Insomma, che cosa devo credere?

B. Quello che ti ho detto, senza andar sempre a cercare il pelo nell'uovo.

T. Non lo cercherei sempre se non lo trovassi mai. Meglio, non lo cercherei mai se non lo trovassi sempre. O insomma, credo che sia chiaro quel che dico.

Ma torniamo al nostro principio di legalità. Dunque la legge deve essere in vigore prima del fatto commesso? E se per caso avviene il contrario, cioè una legge viene abrogata, per cui il reato non esiste più?

B. Finalmente una domanda chiara e intelligente! Lascia che mi congratuli. Bene. Nella legge dei Paesi civili esiste una dissimmetria a favore dell'imputato che si manifesta in vari modi. Qui, ad esempio vediamo che vale la cosiddetta "Irretroattività", nel senso che se un atto od omissione diviene reato dopo

che l'imputato l'ha commessa, egli non è perseguibile, perché, quando lo ha commesso, non ha commesso un reato. Viceversa, se una nuova legge abroga la precedente, per cui il reato scompare dalla legislazione, vale la piena retroattività e la pena a cui l'imputato è condannato cessa immediatamente. Con un *distinguo*, però: se la legge non elimina il reato, ma ne modifica la definizione e la pena, si usa la legge più favorevole all'imputato solo se la sentenza non è ancora divenuta definitiva.

T. Mi sembra una buona ragione per aver abolito la condanna a morte. Forse con l'ibernazione si potrebbe...

M. Piantala, Testainaria. L'esser stato scienziato non ti autorizza a dire cavolate a tutto spiano.

B. Ma vorrei sottolineare un fatto importante. La dissimmetria in favore del reo esiste dal tempo dei Romani, ed ha un bel nome: "*favor rei*". Questo vuol dire tra l'altro che nel corso di un processo l'interpretazione delle leggi, delle prove, delle deposizioni, di tutto insomma, deve essere indirizzata nel modo più favorevole al reo. Sfortunatamente, in certi casi, in cui la *vox populi* ha già deciso i rei e le condanne, avviene che il giudice si lasci convincere da questi giudizi popolari e li faccia propri.

T. Ammetto che talvolta ci vuole un bel coraggio da parte di un giudice, specialmente in Appello , davanti ad un pubblico ostile, magari in seguito ad un giudizio diverso emesso in Primo Grado, ad attenersi al *favor rei*.

B. Tuttavia questo è quello che dovrebbe fare. E nondimeno ho letto ricorsi di fior di Procuratori Generali che protestavano perché il Giudice di Appello aveva *costantemente adottato l'interpretazione dei fatti più favorevole all'imputato o agli imputati*.

T. Davvero?

B. Yes. Un aspetto pratico interessante è che la condanna può essere emessa solo se il Giudice è *certo al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza* dell'imputato (Legge 46/2006, detta “Legge Pecorella”, criticata, discussa, modificata – ma non in questo punto, recepito dall'Art. 533 del CP). Non c'è però scritto da nessuna parte che il Giudice per *assolvere* un imputato deve essere *certo al di là di ogni ragionevole dubbio della sua innocenza*. Naturalmente questa certezza “al di là di ogni ragionevole dubbio” ha qualcosa di soggettivo che in genere fa infuriare il pubblico, se non è d'accordo. Ma il Giudice non è lui.

T. Già, come si può definire il “ragionevole dubbio”? Quando è che un dubbio diventa irragionevole? Capisco che ci siano dei casi estremi, come invocare

l'intervento degli Alieni, ma immagino che ci sia un'infinità di casi di confine.

B. Indubbiamente. E ancora una volta centri una domanda a cui non c'è, che io sappia, una chiara risposta. Ti stupirà sapere che per questa definizione il Diritto italiano si rifà a paesi di Common Law o quasi...

T. Common Law?

B. Parliamone un'altra volta, magari con un altro dolce, per favore. Ad ogni modo per il ragionevole dubbio "la dottrina" si rifà sostanzialmente all'articolo 1096 del codice penale californiano...

T. Californiano?

B. È quel che ho detto.

T. Una volta era Roma che insegnava il diritto al mondo....ma ovviamente l'impero Romano è caduto prima che gli spagnoli arrivassero in California...

B. Al solito, questo tipo di definizione mutuata dal CP Californiano per chiarire che cos'è il "ragionevole dubbio", ci lascia col problema di chiarire che cosa è la "convinzione incrollabile prossima alla certezza morale" (che compare nel CP Californiano). E questo mi sembra, ma io sono un vecchio, un concetto ancora più fumoso. Ho come principio che se per spiegare due

parole oscure ne occorrono quattro a loro volta altrettanto oscure, la spiegazione è inutile.

M. Però, seguendo qualche processo di mio interesse e leggendo le Motivazioni (la cui esistenza, se ben ricordo, è richiesta dalla Costituzione [art.111]), delle volte si vede che le Motivazioni sembrano esser scritte dal Giudice o dalla Corte quasi solo per convincere se stessi al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato.

B. Delle volte può sembrare così, soprattutto quando una determinata ideologia viene fatta propria dal Giudice, ma, credimi, i casi in Italia oggi non sono così frequenti. Forse sono più frequenti i casi opposti, in cui si motiva l'assoluzione. Anche perché c'è un altro punto da sottolineare.

T. E sarebbe?

B. In una sentenza di assoluzione emessa perché il Giudice non è convinto al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato, *il Giudice stesso può provare rincrescimento per un'assoluzione che manda libero un essere odioso*, magari un criminale che è già stato condannato per altro delitto. L'assoluzione non implica necessariamente alcuna particolare stima o simpatia per l'imputato. Il Giudice può essere certo al 90% della colpevolezza

dell'imputato, ma, se resta quel dieci per cento di ragionevole dubbio ha il dovere di proscioglierlo.

T. Di qui schiamazzi del pubblico, articoli di “opinion makers”, dimostrazioni in piazza, dichiarazioni demagogiche di rappresentanti politici, interrogazioni parlamentari.

B. I politici dichiarerebbero qualcosa in ogni caso, e se vogliono essere rieletti non possono fare a meno, oggidì, di essere demagogici. Tanto più che ho l'impressione che il Demo si annoi, come nell'antica Grecia.

T. Devo ammettere che alcuni di questi punti non mi erano chiari e ti sono grato per aver fatto lo sforzo di chiarirli. Spero soltanto che tu mi abbia detto le cose giuste, e non abbia espresso concetti che non sono più validi.

B. Faccio anch'io quello che posso.

T. A proposito, che cosa è questa “dottrina” che viene comunemente citata in Diritto?

B. Di nuovo, sembra una domanda semplice, ma non lo è. Per dottrina si intende, in campo giuridico, l'insieme del sapere e della speculazione *teorica* proveniente dagli studiosi del diritto.

T. Anche se gli studiosi non sono d'accordo?

B. Sì, in tal caso si qualifica con un aggettivo, come prevalente, minoritaria etc. L'assenza di un aggettivo indica che si tratta della dottrina prevalente.

T. Ma esistono dei testi di dottrina?

B. Evidentemente esistono più testi di più dottrine. E poi, guarda che esiste un altro concetto, che è spesso citato in contrapposizione alla “dottrina”, ed è la “giurisprudenza”. Questa è in ultima analisi lo studio della pratica, cioè, in soldoni, delle sentenze emesse dai giudici e delle loro motivazioni. Questa introduce un elemento di Common Law nel nostro Diritto. Ma per favore, ripeto, lasciamo la Common Law per un altro dolce.

Testainaria resta pensoso, sorseggiando una grappa.

M. Che ti succede, T? Come mai taci? L'ultima volta mi pare sia successo il 12 agosto 2003.

T. Non far dello spirito. Ma è mai possibile che il Diritto debba essere così complicato?

M. Non è il Diritto, che è complicato, ma sono gli uomini.

T. Ma non dovrebbe bastare il buonsenso?

M. Il buon senso, senso comune, Common Sense è un'invenzione anglosassone che copre le stesse manchevolezze del nostro Diritto ed altre peggiori., Pensa al linciaggio, che bella trovata! Quello era senso comune.

T. Va bene. Ho capito. Fortuna che nulla di quello che discutiamo uscirà da queste mura.

M. Al contrario, io spero che qualche esperto legga e corregga. Forse queste cose le dovremmo far leggere ad Adriano.

T. E' un'idea. Ma il mio cervello sta fumando. Direi di dichiarare una moratoria per questa sera, e magari per qualche giorno. Che ne dite?

