

# Diritto Penale Classico *versus* Diritto Penale Moderno: cambi di paradigma nel sistema Penale attuale?

Carlo Enrico Paliero\*

Summario: Indroduzione; I. Il ruolo del diritto penale nell' "età della transizione"; II. I punti di crisi del tipo penale di tutela; III. Dai "nuovi paradigmi" criminologici al "modello nuovo" di Tatbestand penale; IV. Riforma anzichè rivoluzione: le rapide dell'Interventionsrecht.

## Introduzione

1. Premessa - "La riforma del dirito penale é antiga quanto il diritto penale stesso".

Questa vecchia sentenza che sentivo ripetere all'inizio degli anni 70 dal mio Maestro tedesco Hans-Heinrich Jescheck é oggi di sorprendente atualitá.

(a) In Europa le riforme più risalente (dell'inizio degli anni 70 hanno subito *novele* radicalmente innovative dalla fine degli anni 80 (si pensi Anderungsgesetze della *Germania Federale* giunte ala número di 20 ed alla novella generale *austriaca* del 1988). La *Svezia* ha un nuovo codice penale entrato in vigore il 1º gennaio 1989. La *Francia* ha sostituito il bicentenário *Code Napoleon* con um codice nuovo di zecca entrato in vigore il 1º março 1994.

(aa) Anche nella area di Common law il processo di codificazione timidamente importato dal Continente nel 1960 è in pieno svoltimento e la Inghilterra ha varato una importante riforma della Parte Generale - soprattutto sanzionatorio - con il Criminal Justice Act 1991.

\* Ordinario di Diritto Penale nell'Università di Pavia, Italia.

(bb) Persino nelle tradizionalmente immobilistiche Italia e Spagna qualcosa si muove: due criticatissimi progetti organici di riforma dell'*intero codice* sono sul tapeto.

(b) Anche in America, il Brasile ha un nuovo codice penale entrato in vigore dal 1985 e ha codificato penalmente persino nella Costituzione del 1988; e gli USA fra l' 1986 e il 1992 hanno provveduto alla fondamentale *Sentencing Reform* che ha coinvolto gli Stati più importanti, partendo dal Minnesota e hanno riguardato già nel 1984 l'ordinamento federale.

2. *Quesito* - Questa premessa per sottolineare che il *metodo della codificazione* è più vitale che mai - ma il *metodo* della codificazione presuppone una grande *omogeneità* socio-institutionale e una grande *estabilità* della materia che si codifica.

Dobbiamo dedurne che il diritto penale - diversamente dagli altri rami dell'ordinamento, dove è iniziata l'"era della decodificazione" e la parola d'ordine è "deregulation" - il diritto penale è rimasto *uguale a se stesso*, nella sostanza, negli ultimi (quasi) 300 anni?

3. *Tesi* - Mi permetto di dubitare di tutto ciò.

La mia tesi, del resto non solo mia, è viceversa che è in atto un processo di Modernizzazione del diritto penale che ne sta sconvolgendo i fondamenti e le strutture.

## I Ruolo del diritto penale nell'"età della transizione"

1. Interrogarsi sul perdurante ruolo di "un" diritto penale in stagione di rinnovati impulsi codificatori è un paradosso solo apparente: significa nè più nè meno interrogarsi sul *modello* di diritto penale che ora come ora il nostro sistema esprime, con il quale *per il momento* ci troviamo ad operare e dobbiamo fare i conti - giacchè in proposito, per stupefacente che possa apparire, non esiste più univocità.

Come si presenta, oggi, questo modello? È ancora quello del "vecchio buon, sano diritto penale" che la tradizione illuministica ci ha consegnato? Quello, per intenderci, che ha avuto nelle grandi codificazioni liberali dell'ottocento la sua consolidazione normativa pressochè insuperabile, sotto il profilo tecnico; ed ha trovato in Beccaria e in Carrara, in Feurbach

e Klein i suoi primi teorizzatori ed architetti, con una tradizione che si perpetua senza reali soluzioni di continuità teoretica nella “grande” dommatica del ‘900 (quella dei Binding e dei Beling; di von Liszt in Germania, di Delitala e di Bettoli in Italia, di Nelson Hungria, di Anibal Bruno, di Jimenes di Asua in Latinoamerica).

E’ ancora questo - ripeto - il modello del ‘nostro’ diritto penale - o si è trasformato, nel frattempo, in qualcosa di diverso?

Da tale quesito a mio giudizio non si può prescindere. E qui il riferimento - e il referente culturale - direttamente si connetta al ‘dibattito in corso, un pò in tutta Europa, sulla c.d. *modernizzazione* del diritto penale, su un diritto penale “di nuovo conio” che va sostituendo, forse in alcuni gangli vitali ha già sostituito, la *concezione classica* di “diritto penale”.

La tematizzazione, in proposito non è ancora avanzatissima: vi ha molto contribuito, in Germania, la “scuola di Francoforte”, ne ha acutamente, *ex professo*, trattato sia pure sotto altra etichetta (“*le flut du droit*”) la Delmas-Marty nei suoi ultimi lavori; ne ritrovo consistenti sviluppi nel recente libro di Zaffaroni, “*En busca de las penas perdidas*”; in Italia, se ne è proficuamente discusso - appunto con i colleghi francofortesi - nel Convegno di Pavia di due anni orsono. Tutto ciò per dire che alcuni punti fermi, in proposito, possono dirsi acquisiti.

## Modello attuale : diritto penale “classico” o “moderno”?

Perdita di legittimazione del diritto penale nato dall’illuminismo e dalla rivoluzione borghese; congedo dal suo fondamento giusfilosofico originario, cioè la “tutela della libertà” del cittadino (valorizzata in drastica antitesi con la *ratio assendi* del “precedente” diritto penale, cioè la ragion di Stato assolutistica); “spostamento dei punti cruciali” della tutela all’interno del sistema penale, che evolve i suoi fini, “da una repressione limitata di illeciti alla prevenzione illimitata dei comportamenti”. Questo ed altro ancora - ma essenzialmente questo - esprime il concetto di *modernizzazione* del diritto penale. Un concetto dinamico, non ancora stabilizzato in uno stampo positivo, così come in fondo mai si è positivizzato un modello “puro” di diritto penale “classico”, razionalmente dedotto dai teoremi, illuministici e dalla filosofia kantiana. Ciò che felicemente esprime, questo

concetto, è l'idea della *trasformazione in atto*: una metamorfosi di cui possiamo aver colto la stadio di partenza ma di cui ancora ci è ignoto l'approdo finale.

## Idealtipi di diritto penale

Due "tipi" di sistema penale si stanno nella realtà giuridica italiana, confrontando e combattendo un 'idealtipo' "classico" di diritto penale che tutti conosciamo e che continuiamo ad illustrare ai nostri studenti, non foss'altro perchè è su *quello stampo* che la dommatica penalistica ha forgiato i suoi modelli, e, di contraltare, un 'idealtipo' "moderno" di diritto penale, che l'evoluzione legislativa, e la società stessa in evoluzione, stanno colando sotto i nostri occhi entro stampi che, senza la mediazione della lenta dommatica, sono ancora tutti da modellare.

Pur scontando tutti i limiti concettuali di una sintesi estrema è opportuno descrivere incidentalmente questi due idealtipi attraverso quattro capisaldi: (a) *finalità*; (b) *fulcro d'azione*; (c) *dinamica del conflitto*; (d) *regole rituali*.

Se ne ricava il seguente quadro sinottico.

### Diritto penale "classico"

L'idealtipo che in modo più ortodosso esprime la tradizione liberale del diritto penale presenta le seguenti note dominanti:

(a) ha come *finalità* essenziale la conservazione degli assetti consolidati attraverso la tutela delle sfere di libertà già acquisite dai cittadini. Si definiscano queste "sistema dei beni giuridici", "condizioni minime di convivenza sociale", o quant'altro: è certo che qui si insedia è il diritto penale "della repressione di illeciti"- non necessariamente conservatore, ma di sicuro *conservativo*, nella misura in cui reagisce in posizione di retroguardia solo ad attacchi, previamente ipostatizzati, al "sistema delle libertà";

(b) conseguentemente, tale diritto penale ha il suo *fulcro d'azione* nella *lesione*, o quantomeno nell'aggressione lesiva agli oggetti materializzati della tutela - quando arretra la sua area di tutela si arresta, *al più tardi*,

alla soglia del pericolo concreto espresso dal prototipo plurisecolare del tentativa: magari, per motivi politici criminali *presunto*, *mam mai astratto*;

(c) come idealtipo "classico", è concepito per formalizzare una *dinamica del conflitto* sociale imperniata sulla *separazione antitetica* fra autore e vittima - destinati, in un sistema così congegnato, ad essere "mantenuti ben separati" "sia in termini spaziali che emozionali";

La posizione della *vittima* in questo modello sistemico è definita una volta per tutte *ex ante*, nella formalizzazione ipostatizzata e preventiva del conflitto attuata attraverso il tipo penale. Successivamente, essa perde ogni ruolo in virtù della totale assunzione in carico della sua tutela da parte dello Stato, quale *assoluto monopolista* della pretesa penale.

L'*autore*, dal canto suo, dapprima *oggetto* della definizione sociale negativa che è frutto della criminalizzazione, diviene ben presto - e *al più tardi* con l'instaurarsi del processo - *soggetto di diritti*, come esclusivo titolare delle garanzie incarnate dal *due process*, nel quale il reo distaccato nello spazio e nel tempo dalla vittima, oramai definitivamente uscita di scena perché surrogata dal monopolio punitivo dello Stato - si appropria pienamente del suo ruolo protagonistico di destinatario del "Codice-Magna Charta";

(d) in quanto tipizzazione di forme 'elitarie' e 'intollerabili' di aggressione alle sfere di libertà, il modello "classico" di diritto penale si affida, infine, a *regole processuali* rigorosamente ed esclusivamente improntate al *principio di legalità*. Su questo terreno, la dialettica dei ruoli fra autore e vittima si equilibra e si ricompone: "l'ingiusta violazione della libertà dalla vittima da parte del reo e la violazione autorizzata della libertà del reo da parte dello Stato si deducono entrambe dalla legge."

Essendo in gioco sfere giuridiche in definitiva di pari dignità, l'unico criterio regolatore del loro conflitto può esser-la legge, ed una legge indefettibile: universale, astratta e inderogabile. Se *non* una qualsiasi aggressione merita la pena statuale, ma *solo* l'aggressione che coinvolga i beni supremi del "sistema dalle libertà", il monopolio punitivo che in tale contesto lo Stato si autoassume, no può, per essere legittimo, che essere inderogabile, e secondo regole rituali *obbligatorie*. Nessun margine di manovra resta più in *sede processuale* - né fratautore e vittima, né fra rea e Stato punitivo - per assestamenti della dinamica del conflitto diversi da

quelli ipostatizzati, una volta per tutte, nel conflitto-modello raffigurato dal tipo delittuoso.

## Diritto penale "moderno"

L'idealtipo che possiamo contrassegnare con questa formula scarsamente specifica si caratterizza per la verità per ora solo *in negativo*, come tentata razionalizzazione di tutto ciò che nello schema precedente non entra affatto o vi esorbita.

Scorrendo la legislazione penale e la prassi di oggi indubbiamente molto c'è d'estraneo e molto di esorbitante rispetto al modello anche più aggiornato di sistema penale che "diamo per vigente" ai nostri studenti. L'idealtipo di "diritto penale" che se ne ricava 'per astrazione' ha anzi i seguenti, precisi, caratteri d'identità.

(aa) persegue come *finalità* precipua la prevenzione *generalizzata*: ad ogni costo e 'a tutto campo'. In molti settori giuridici, 'nuovi' ed anche 'vecchi', il diritto penale viene invocato e, spesso, conseguentemente utilizzato *non* come mezzo di risoluzione (preventiva) di *specifici conflitti sociali*, bensì come sistema di *prevenzione* (generalizzata) della *conflittualità sociale*. Come dimostra, ad esempio, la moderna politica criminale in materia ambientale, o di tutela della salute da danni autoinferti (miriferisco alla criminalizzazione generalizzata del consumo di droga ed altre), il diritto penale non funge più da presidio della stabilità sociale acquisita dalla collettività, bensì da *strumento di socializzazione*, da vettore di *stabilizzazione sociale* - si porta cioè all'avanguardia, per indurre *ex novo*, con l'arma della pena, processi di 'civilizzazione' del costume sociale, ovvero per cauterizzare profilatticamente focolai di possibili conflittualità *future*.

(bb) colloca, questa enclave 'modernizzata', il suo *fulcro d'azione* non nel danno né nel pericolo, bensì nel *rischio*. Mai come in questo frangente storico, il concetto di "rischio" tanta parte ha avuto - più o meno fruttuosamente - nell'elaborazione dommatica e nella stessa prassi giurisprudenziale.

(a) In effetti, il "rischio" si è fatto largo tra i consolidati paradigmi della causalità, proponendo la sua formula per sostituire: sostitui: alla *certezza nomologico-deduttiva dell'evento (ri)descritto* la *plausibilità congetturale* della condotta quale creazione del "*rischio di lesione*".

(b) Ancóra, il “criterio del rischio” costituisce il perno ermeneutico principale nella c. d. “teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento”, che ormai uscita dall’originario alveo causale, ambisce a fungere da criterio generale di ascrizione della responsabilità penale.

(c) Infine, anche sul piano soggettivo l’esito definitivo di un “diritto penale del rischio” potrebbe essere facilmente pronosticabile: una crescente ‘smaterializzazione’ del disvalore penale, che lasciato il fondamento oggettivo dell’offesa si affida al criterio soggettivo dell’atteggiamento personale nei confronti del rischio. Una sorta di responsabilità “*di opinione*” di tipo civilistico che soppiante il principio di colpevolezza.

(cc) diversamente dal ‘classico’, il diritto penale ‘moderno’ imposta la *dinamica del conflitto*, non più sulla separazione antitetica fra due ‘mondi’ diversi, ma sul *patteggiamento* fra autore e vittima, alla stregua di un modello che *non è più conflittuale*

Dal punto di vista strutturale, questa variazione rispecchia, nel mondo del diritto penale, il modello habermasiano dell’“agire comunicativo”: una sorta di “ricerca comunicativa del diritto” (*kommunikative Rechtsfindung*), in cui nulla può essere realmente prefissato - come il canone del *nullum crimen* in modo assoluto pretende - ma tutto nasce dal *bargaining* di volta in volta intavolato dalle parti in conflitto.

L’orientamento ‘vittimologico’ di questa trasformazione si coglie oggi soprattutto sul terreno delle “istanze risarcitorie” che il sistema penale moderno sempre più sembra valorizzare - si badi - non (più) come finalità ulteriore o ultima della pretesa punitiva, ma come surrogato “interno” di essa, come strumento appunto di *privatizzazione* del conflitto penalistico. Di tale monetizzazione delle la cune precise tendenze politico-legislative, talora formalmente strutturate (vedi il “progetto *Wiedergut - machung*” degli *Alternativ-Professoren*), talaltra solo embrionalmente presenti nel sistema (si veda il *refrain* in Italia ormai consueto delle proposte di soluzione *confiscatoria* riferite alla criminalità politico-economica, in sintonia con lo slogan “restituzione del maltoatto *versus* impunità penale per i corrotti”).

(dd) è dotato, ancora, come variante “moderna”, di *regole processuali* sempre più spesso ancorate al *principio di opportunità*. Un diritto penale “della prevenzione generalizzata” e “del rischio”, che compartisce con i privati la sua posizione di dominio per andare in avanscoperta a neutralizzare le fonti di “rischio sociale” e garantirsi così la panopsia del sistema

socio-politico - un diritto penale siffatto mal si adegua alla rigida griglia della legalità processuale che, come il diritto penale "classico" che l'ha pretesa, guarda intransigentemente dietro di sé, senza concessioni al contingente. Necessita, piuttosto, di ben più elastiche reti di principî, consegnate alle manovre orientatrici che solo un'ampia discrezionalità giudiziale può regolare sull'opportunità punitiva del "contingente". Ecco dunque che "le norme penalistiche europee si sono ormai dotate di molteplici scappatoie, di casi di non perseguimento, di sospensione del procedimento, di non punibilità, in breve si sono munite di un vitalissimo principio di opportunità".

Gli esempi sono così evidenti da non meritare citazioni specifiche. Due fra tutti, giustificano l'eccezione: la resistibile ascesa delle *misure cautelari* nella fase odierna di gestione della criminalità - arginabilissimo con la mera applicazione delle garanzie tradizionali, lo strumento cautelare ha però due straordinari vantaggi: realizza la pretesa punitiva, per così dire, *a credito e a discrezione* del titolare. L'uso sempre più disinvolto dell'*agent provocateur*, che ha il grande vantaggio di far chiarire i reati senza comparne per dover testimoniare direttamente nel dibattimento.

A quest'elenco di tratti mutanti, nel fenotipo penalistico, aggiungerei un elemento di ulteriore novità:

(ee) la forte *spinta moralizzatrice*, o neo-moralizzatrice, che il diritto penale si vede oggi crescentemente attribuire, come unico strumento efficace di pedagogia politico-sociale.

La realtà italiana, sia pur per contingenze epocali forse irripetibili, è in proposito davvero rivelatrice. Penso ovviamente alla vicenda "Tangentopoli" - un banco di prova a mio avviso straordinario per rivedere molte delle nostre tesi quando, decantata la cronaca, si comincerà a studiarla *ex professo* sotto il profilo soprattutto criminologico, ma anche tecnico-dominatico. Da questa vicenda mi sembra emergere una decisa presa in carico, da parte del diritto penale di una funzione moralizzatrice che, superato il confine dei conflitti interpersonali, punta direttamente a una vera e propria palingenesi sociale. Non era mai capitato che un'intera nazione vedesse in un giudice penale il risolutore di conflitti che non sono individuali, o di gruppo, o - anche - diffusi, bensì dell'intera *società*: meglio, del *sistema sociale*.

## II I punti di crisi del tipo penale di tutela.

Anche dal punto di vista dommatico, il modello penalistico di tutela non incontra difficoltà meno gravi. Qui va considerato il *reato* come modello-tipo di elaborazione dei conflitti e di canalizzazione dei bisogni punitivi della società - e anche in questa dimensione strutturale, io vedo almeno tre punti di crisi che un riformatore non può trascurare nel momento in cui si accinga a riformare un codice.

1. *Crisi da trasparenza* - È emersa in questo scorciò una problematica, a prima vista "di parte speciale" - riguardando un novero circoscritto di *tipi delittuosi*; nella realtà, "di parte generale", non partenendo tanto alla *costruzione del tipo*, quanto all'assetto dei meccanismi della *punibilità*. Parlo di quella crisi "da trasparenza" che il nostro sistema penale sta vivendo (il riferimento, ovviamente, è ancora a "Tangentopoli") per la insostenibile leggerezza della *cifra bianca* - il repentino e simultaneo aggallare, cioè, dei carichi sommersi che in un determinato settore gravano il sistema penale (la *cifra nera*, appunto!), per la rottura improvvisa della rete di omertà e connivenza reciproche che avviluppava un intero sistema politico-sociale. Una rete fittissima ed impenetrabile - finché intatta - che, smagliatasi in un punto, con rapidità incontrollabile si è dissolta abbandonando il sistema penale all'inarginabile trasparenza della cifra bianca, attraverso meccanismi di "impulso a confessare" assolutamente inediti, che certo farebbero riscrivere, oggi, a Theodor Reik il suo bellissimo libro degli anni '40.

È un fatto, però, che gli stessi giudici che hanno provocato questa "frattura nel sistema" vanno da mesi reclamando una "soluzione politica" dicendosi, altrimenti, certi dell'impossibilità di celebrare i relativi processi. Dal momento che sidi comportamenti criminali generalizzati, ma pur sempre di XXX élites (non di vera e propria "criminalità di massa"), che inoltre le cifre dell'indotto penitenziario di questa nuova fenomenologia sono piuttosto modeste (circa duemila indagati ristretti, a fronte dei ventimila prevenuti costantemente presenti nel sistema carcerario) tutto ciò significa che il sistema processuale, concepito per gestire l'ordinaria amministrazione della criminalità da strada o da cortile, non è in grado di affrontare neppure in misura - in cifre assolute - ridotta il *white-collar - crime*, una volta che sia privato del suo naturale guscio protettivo rappresentato dalla cifra nera. Non si può pensare, pertanto, di codificare in questi - come in

altri analoghi - settori senza un previo restauro di collegamenti funzionali fra delittuosi e modelli processuali.

2. *Crisi da incontenibilità* - Con questa formula voglio alludere al recente insorgere di fenomeni criminosi che il diritto penale classico non è materialmente in grado di *contenere* per il loro carattere *macroscopico*, in termini non tanto di diffusione del comportamento, quanto di *enormità* degli eventi lesivi. Rispetto a queste fenomenologie, il nostro diritto penale non riesce ad essere - come si suol direcalibrato, dà risposte sporporzionate per *dimensione*: o irrisorie, o soltanto teoriche perchè impossibili nello Stato di diritto. Penso a un caso preciso: lo scandalo francese dell'AIDS - le trasfusioni infette, consentite e coperte per almeno un biennio degli organi nella pubblica sanità.

Non si è trattato di un disastro colposo: i responsabili, a livello apicale, delle "banche-sangue" ed alcuni politici di spicco hanno agito per anni *dolosamente*, dando vita ad un crimine di massa che in altri contesti storici avremmo definito "contro l'umanità". Orbene, un sistema penale dopotutto abbastanza duttile e notoriamente "pragmatico" come quello francese di questo, alle condotte di questi autentici "*Massenmörder*" ha dato una risposta ai limiti del ridicolo - ma le condanne da due a quattro anni di detenzione nella especie inflitte hanno paradossalmente una loro logica, imposta dall' *incontenibilità* del crimine nei tradizionali schemi penalistici. Esclusa infatti la possibilità di punire se non a titolo di dolo diretto - secondo una scelta legislativa in linea di principio encomiabile - i reati di avvelenamento, omicidio, lesioni volontarie, la diabolica macchinazione al centro dell' "*affaire S.I.D.A.*" ha potuto essere sussunta soltanto sotto la fattispecie - extracodistica - della vendita di prodotti dannosi per la salute. Risultato pratico: un genocidio trattato come lo smercio truffaldino di yogurth scaduti!

Si tratta di un fenomeno in parte già emerso nel dibattito europeo, soprattutto in Germania con riferimento alle condanne per i criminali nazisti. Là - e il recente, bellissimo saggio di Jäger sulla *macrocriminalità* lo conferma - la *querelle* si offuscava di valutazioni ideologiche e del rischio - stigmatizzato da Jäger - di assolutoria banalizzazione del "potenziale criminale della normalità. Ma il problema esiste, ed è quello di una criminalità diffusa in dimensioni tali da non poter essere contenuta da una risposta penale che sia anche razionale e non di mera esorcizzazione tabuisitica.

3. *Crisi da complessità* - Ci sono, infine, al presente delle fenomenologie criminose che appaiono - nella loro eziologia e nelle loro modalità esecutive - talmente *complesse* da non poter essere dominate dai modelli tradizionali di responsabilità penale: diciamo, per intenderci, dei *titoli* di responsabilità penale (individuale e collettiva) che sono famigliari all'esperienza codicistica.

Faccio un esempio per tutti, quello della *responsabilità del produttore*.

Nell'ambito della responsabilità per lesioni di beni giuridici provocate dalla produzione industriale, il penalista moderno incontra enormi difficoltà già sul piano dell'*oggettività giuridica*, perchè qui il modello della lesione mostra davvero tutte le sue rughe, forzando già ora, forse, il passaggio al modello del *rischio*, che in questa sfera specifica ha dato felici risultati sul terreno civilistico, ma che sul terreno penalistico ci costringerebbe a rifondare il nostro sistema in punti assolutamente cruciali. Quanto meno, si dovrebbero rivedere molte delle nostre idee sugli istituti di parte generale che ottengono più direttamente all'ascrizione della responsabilità: primo fra tutti, un serissimo ripensamento - ed un'analitica riformulazione - meriterebbe il *paradigma omissivo*, in questi frangenti non più sorreggibile attraverso formule pigre od obblighi vaghi di tutela bensì da formalizzarsi una volta per tutte in modelli specifici ed articolati di responsabilità per omesso impedimento dell'evento - *rectius*, per omessa minimizzazione del rischio.

### III Dai "nuovi paradigmi" criminologici al "modello nuovo" di Tatbestand penale.

Attualmente, ho la sensazione di vivere in un momento epocale: è gioco-forza ripartire dall'"inizio" per riscrivere una "parte generale" muovendo da quei *tipi* di fenomeno criminoso che "non stanno più dentro" a questa parte generale sublimata soltanto dall'omicidio, dal furto o dall'incendio. Le fondamenta del *nuovo* codice, perchè esso sia veramente "nuovo", vanno gettate sul terreno perimetrato da quelle tipologie innovative di "reato" che non possiedono elementi di analogia, e meno che mai di comunanza, non i vecchi modelli "classici" di reato. Perchè di questo dobbiamo prendere definitivamente atto: i "cambi di paradigma" crimi-

nologico testè laconicamente evocati hanno privato le strutture tradizionali del Tatbestand (e la sua teoria) del loro referente naturale.

Un primo elemento di conferma delle mie riflessioni a prima vista vista improbabili lo traggo dalla società in cui viviamo e dal suo incessante ‘movimento’: è sufficiente una rapida occhiata per constatare che oggi giorno il referente criminologico di ogni sistema penale razionalmente possibile è irrimediabilmente mutato, diversificandosi fino ai limiti della diaspora.

Tutto ciò non può che condurmi ad una conclusione univoca, ma non per questo già consolidata: le costanti “vecchie” non sono più presenti nel sistema o lo sono in maniera soltanto sporadico - è pertanto indispensabile ripartire dalle “nuove” costanti per riformulare - sempre “per astrazioni”, almeno fin tanto che non si trova una tecnica migliore - la “parte generale” che ci dovrebbe traghettare verso il terzo millennio. Altrimenti, avremo una parte generale anche molto buona, forse tecnicamente raffinata ma - come dire - “nata vecchia”.

## **Progetti di ristrutturazione: tre Punti di riforma del pensiero penale**

### **(A)**

La prima disamina concerne il problema della responsabilità nei sistemi complessi. Un’indicazione essenziale mi sembra acquisibile dall’esperienza francese, ove già si prevedono, accanto ad una più analitica - e razionale - tipizzazione delle figure “classiche” di partecipazione, svariati modelli, penalisticamente rilevanti, di trasferimento di funzioni, di deleghe di doveri - in una parola, di parcellizzazione formalizzata della responsabilità penale, fondata, quel che più conta, su sfere obiettive di attività o funzioni, e non su caratteristiche soggettive di “tipo d’autore”. Ritengo che un simile archetipo possa fornire, in Italia, una prima solida base per riteorizzare il sistema del concorso sulla base della massima tipicizzazione possibile delle figure concorsuali.

## (B)

Non meno imprescindibile, nella prospettiva in cui mi pongo, è la configurazione di un *modello omissivo* che sia finalmente adeguato alla realtà criminologica che scorre davanti ai nostri occhi.

E' questo un settore che abbisogna di un intervento creativo così imponente da non poter essere che accennato, e liquidato in poche righe, in una sede così inadeguata.

La competenza a intervenire, in tale ambito, può essere indifferentemente della "parte generale" o della "parte speciale" (il dibattito tedesco *de lege ferenda* in materia ci ha pure insegnato qualcosa): ma si tratta di scelte tecniche che oserei definire, a questo punto, secondarie. Ciò che è primario, invece, è il *contenuto* della riforma, e si compendia nella seguente parola d'ordine: abbandono delle fruste "clausole generali" (si ricavino esse dall'art. 40 comma II cod. pen. o dal § 13 *StGB*) per applicarsi con la massima acribia alla gettata di modelli formalizzati di *Garantenstellung* finalmente adeguati ai nuovi centri di imputazione penale "per omesso impedimento dell'evento" emersi soprattutto nei sistemi complessi e, segnatamente, nell'impresa e nella *societas*. Tali modelli andranno *positivizzati* direttamente nel codice penale o, alternativamente, in paralleli "codici di comportamento" da assumersi come fonte normativa ad "alto tasso" di tipicità dell'*obbligo* - come integratori, pertanto, degli altrettanti "reati d'*obbligo*" in cui finalmente, le fattispecie omissive potranno, anche formalmente, tradursi, acquistando così quella piena outonoma strutturale, a livello del tipo, che a loro compete, che la dottrina è da qualche tempo disposta a riconoscergli, ma che la prassi ostinatamente persevera a conciliare (si pensi, un esempio per tutti, al problema della causalità omissiva).

Una via praticabile, per raggiungere *intra moenia codicis* tale autonomia, mi sembrerebbe quella che da un sessantennio almeno (dalle ricerche di Engisch in poi) ha imboccato, non senza frutti, la *teoria della colpa*: ipostatizzazione di modelli di comportamento-tipo dedotti per individualizzazione-astrazione-concretizzazione dalla tipologia dei fenomeni sociali che *hic et nunc* gemmano doveri di intervento e doveri di impedimento penalmente rilevanti. Solo seguendo la via del consolidamento *tassativo* di una costellazione di "regole di garanzia", in qualche misura parallele alle "regole di diligenza" che contribuiscono a tipizzare il *fatto colposo*, potremo dare infine il meritato benservito allo stuolo di *baby-sit-*

ters, di bagnini e di guide alpine che giocano tuttora il ruolo del servo sciocco nelle nostre quotidiane rappresentazioni *in amphitheatro academiae*. Consegnandoli definitivamente - mi sembra sia giunta l'ora - a qualche collega dotato di istinto teatrale, che li volesse rianimare in *pieces* di stile più moderno, magari à la Jonesco, insieme al nipote ansioso di far viaggiare il vecchio, riluttante zio, ed al coro delle madri dal sonno agitato che soffocano implacabilmente i loro figli neonati.

### (C)

*Last but not least:* l'individuazione di una *responsabilità penale della persona giuridica*, anzi, dirò di più, la creazione, cominciando dalla parte generale, di un "diritto penale dell'impresa" un *tertium genus* idealmente collocato "a metà strada", fra il diritto criminale ed il diritto penale-amministrativo, che como tale abbisogna appunto di una "parte generale" sua propria. Un esame comparato delle esperienze europee mi suggerisce di pensare ad ipotesi di corresponsabilizzazione dell'ente per gli illeciti di impresa, che superi sia gli schemi di "responsabilità (meramente) solidale" tipici dei sistemi sanzionatori italiano ed austriaco, sia il modello, troppo formalistico, di "responsabilità concorrente" implementato nella legislazione delle *ordnungswidrigkeiten* tedesche, modello funzionale di corresponsabilizzazione della persona giuridica. Ed è altrettanto chiaro che negli ambiti fenomenici della criminalità dell'impresa, una volta archiviato l'archeologico brocardo "*societas delinquere non potest*", vengono meno in misura pressochè totale quelle esigenze di garanzia che da sempre il diritto penale ha pensato per l'individuo. La maggior parte degli illeciti non sarebbero più imputabili a soggetti-persone fisiche, bensì direttamente ascrivibili alla società, consentendo un trattamento sanzionatorio e criteri di imputazione a questo punto indifferenziati - penali, penale-amministrativi o "sanzionatori" *tout court* -; ontologicamente assente dal gioco la libertà personale, perde importanza la sacralità (e la genuinità) delle etichette, nè ha più molto senso erigere steccati fra diritto penale-criminale e diritto penale-amministrativo, fra garanzie di stretta legalità penale e garanzie parapenali. Un anadino *Sanktionsrecht* può ben fungere allora da categoria di riferimento - da contenitore omogeneizzante di più forme e più livelli di responsabilità per linpesa.

Ma anche questo sistema punitivo di nuovo conio per legittimarsi e funzionare ha bisogno di una "parte generale", ed il *fulcro* di questa è - di nuovo - rappresentato dalla griglia dei criteri di imputazione della reputa-

bilità per gli illeciti della *societas*: diviene urgente ridisegnare i moduli strutturali della corresponsabilizzazione, soprattutto per quanto riguarda i problemi di collegamento fra operare del *nuncius* e ascrizione della responsabilità penale (o comunque "sanzionatoria") al centro imputativo societario.

Per quest'ultimo problema, anche il recentissimo modello francese non è di grande aiuto, per eccessiva vaghezza, direi di primo acchito, così come vaghi e scarsamente pervi si sono dimostrati i canali di collegamento fondati (come nel modello tedesco) sull'"interesse" o sull'"agire per conto". Piuttosto, una soluzione più felice sembra rintracciabile oltreoceano, nei criteri statunitensi di *Sentencing* delle *fines*, implementati attraverso apposite *guidelines*, e - soprattutto - nel rivoluzionario sistema dei *compliance programs*: un sistema raffinato e complesso di rigidi protocolli di comportamento nello gestione degli affari e nella elezione, delegazine e vigilanza dei dipendenti, di cui le persone giuridiche devono obbligatoriamente dotarsi e scrupolosamente osservare per evitare il coinvolgimento nella corresponsabilizzazione penale. Uno spazio per il diritto penale individuale in questa sfera residuerebbe pur sempre, e dovrebbe essere ancora assoggettato alle regole più classiche del diritto penale-criminale. Ma la "separazione siugergica" fra le due aree dovrrebbe portare alla progressiva riduzione del diritto penale "classico" ad un ruolo *residuale*, perché residuali diverrebbero, sotto l'impatto preventivo dei *compliance programs*, le illegalità realizzate a titolo individuale dalle persone fisiche: per il resto l'illegalità o è fermata dal filtro preventivo dei protocolli, o è imputata direttamente alla persona giuridica.

#### IV Riforma anzichè rivoluzione: le rapide dell'*Interventionsrecht*

La "teoria della modernizzazione" ha di recente lanciato una nuova parola d'ordine: *Interventionsrecht*. Il che vuol dire: cessiamo di riformare l'irriformabile, rivoluzioniamo piuttosto il sistema del controllo sociale sostituendo all'adusto diritto penale un più fresco "diritto dell'intervento"(sociale).

E' una corrente pericolosa, che se assecondata rischia di trasformarsi presto in una rapida. Ne rifugerei ovunque, ma non in quest'ansa peculiare

- e obiettivamente importante - della nostra materia: la responsabilità penale dell'impresa. Qui, forse, eccezionalmente, il generico *Sanktionsrecht* può tradursi in un più sofisticato e preciso modello di controllo sociale - in prevalenza - preventivo: *L'Interventionsrecht*, appunto, animato in questo caso da una solida griglia di codici etici e protocolli comportamentali *normativizzati e coattivamente imposti*. Un fronte nuovo di tutela da giustapporre in sinergia al diritto penale criminale. Quest'ultimo, a sua volta, deve però restare "classico" solo nelle *garanzie* - per il resto deve comunque modernizzarsi, se non vuole davvero correre il rischio di vedersi soppiantato *ovunque* da un generalizzato - e, questo sì, angosciante - "diritto dell'intervento sociale" che si accolli per successione forzosa tutti i conflitti da due secoli a questa parte appartenuti e gestiti dal diritto penale dei codici. Per sfuggire definitivamente a queste rapide, un codice nuovo deve saper rinnovare la sua materia bruciandosi molti ponti alle sue spalle: la deve rinnovare, soprattutto, su quei terreni - se ne è individuato più d'uno - in cui il nostro vecchio, buon sano diritto penale ha davvero il fiato corto.