

L'OPINIONE

PAOLA COCO

Il pensiero di Alfredo de Marsico nel dibattito dottrinale del '900¹

Alfredo De Marsico fu insigne docente di diritto penale e processuale penale in varie Università d'Italia (da ultimo presso la Sapienza di Roma dove subentrò ad Arturo Rocco nella cattedra di diritto penale); fu celebre avvocato del foro napoletano (e non solo); fu infaticabile studioso in molte branche del diritto (nella specie penale e processuale penale) come testimonia un'infinità di pubblicazioni lungo un arco di tempo di circa settant'anni.

Eppure, il suo nome rimane legato prevalentemente ad una pagina della nostra storia nazionale; e quando, cioè, il 25 luglio del 1943, fu tra i firmatari di quell'Ordine del giorno "Grandi" con cui il Gran Consiglio del fascismo decretò la fine del regime.

Il presente lavoro si propone, perciò, di portare a conoscenza delle nuove generazioni, sia pure con la dovuta sintesi, l'opera scientifica di un personaggio che, per la mole della produzione, e soprattutto per talune lungimiranti intuizioni, va senza dubbio annoverato tra i maggiori esponenti della nostra dottrina.

Alfredo De Marsico was a distinguished professor of criminal law and criminal procedure in various universities of Italy (most recently at the Sapienza University of Rome where he took over from Arturo Rocco the professorship of criminal law). Alfredo De Marsico was a famous lawyer in the Neapolitan court (and not only), he was also a tireless scholar in many fields of law (criminal law and criminal procedure) as evidenced by an infinite number of publications during the period of about seventy years.

Yet, his name remains tied mainly to a page of our national history when on 25 July 1943 he was among the signers of Grandi's Agenda with which the Grand Council of Fascism decreed the end of the regime.

Therefore, the present book proposes to bring to the knowledge of the new generations the synthesis of scientific work of a character who must be undoubtedly seen among the greatest representative of our doctrine for his numerous publications, and, especially, for his certain forward-looking intuitive thinking.

SOMMARIO: 1. Biografia di un protagonista della storia nazionale, della scienza penalistica e dell'agone forense. - 2. Il percorso scientifico di un "Maestro" "senza Maestri". - 3. Il dilemma tra retribuzione e difesa sociale agli inizi del XX secolo. - 4. Il contributo di De Marsico alla opzione codicistica del 1930. - 5. Il De Marsico *precursore*: a) Sul tema della responsabilità degli enti. - 6. Segue: b) *Sui rapporti tra psicopatologia e diritto penale*. - 7. Segue: c) *Sui limiti del diritto a vivere e del diritto a morire*.

1. Biografia di un protagonista della storia nazionale, della scienza penalistica e dell'agone forense.

Alfredo De Marsico nasce a Sala Consilina (Salerno) il 29 maggio 1888, da Alfonso, archivista di prefettura, ed Emilia Rossi.

¹ Il lavoro riproduce in parte i contenuti di una lezione dal titolo *L'opera scientifica di Alfredo De Marsico*, tenuta dall'A. il 13 marzo 2018 presso l'Università di Roma "La Sapienza" nell'ambito del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico.

Studia giurisprudenza presso l'Università di Napoli, dove si laurea il 15 luglio 1909 con una tesi in diritto civile su *La compravendita di cosa futura*.

Intraprende la professione di avvocato penalista che svolgerà ai più alti livelli per tutta la vita.

Parallelamente, inizia a collaborare con la rivista *La Scuola positiva* di Enrico Ferri; in particolare, avendo un'ottima conoscenza del tedesco, viene incaricato di curare la Rubrica delle recensioni alla letteratura tedesca.

Nel 1915 pubblica il suo primo, organico lavoro su *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, ottenendo, così, la libera docenza in diritto e procedura penale presso l'Università di Roma.

Nel novembre 1922 è vincitore del concorso per la cattedra di diritto e procedura penale presso l'Università di Camerino.

Benché di idee liberali, la crisi del primo dopoguerra lo induce a vedere con favore il nuovo movimento fascista come l'unico rimedio al disordine e alle minacce di una rivoluzione socialista.

Eletto deputato nelle elezioni del 1924, è membro di varie Commissioni parlamentari: per la riforma del codice penale e del codice di procedura penale (essendone Relatore); per la riforma dell'ordinamento giudiziario e della legge elettorale; per l'esame del progetto di legge sul Gran Consiglio².

Nel frattempo, viene chiamato ad insegnare presso varie Università: nel marzo 1926 vince il concorso per la cattedra nell'Università di Cagliari; dal novembre 1926 è straordinario di diritto e procedura penale nell'Università di Bari; dal novembre 1931 è ordinario a Bologna; dal giugno 1935 è ordinario nell'Università di Napoli; da ottobre 1938 è ordinario di diritto e procedura penale presso l'Università di Roma, dove, succedendo ad Arturo Rocco, nel giugno 1940 diviene ordinario di diritto penale, insegnando, con la sospensione di sette anni conseguente all'epurazione, fino al 1958.

Fra il 1934 e il 1936 collabora al Commento del codice appena uscito, diretto da Ugo Conti *Il codice penale illustrato articolo per articolo* in tre volumi.

Il 5 febbraio 1943 viene nominato ministro di Grazia e Giustizia³; appena cinque mesi dopo (il 25 luglio) è tra i 18 firmatari del c.d. *Ordine del giorno*

² Fra gli altri temi trattati: i bilanci dell'Interno e della Giustizia, l'Università, i Patti del Laterano, i Lavori Pubblici nel Mezzogiorno, la cultura italiana all'estero.

³ Dei pochi mesi in cui ricopre tale carica, vanno segnalate alcune coraggiose prese di posizione: come quando si oppone ad un decreto-legge per imporre ai cittadini riformati a causa di talune infermità l'obbligo di sottoporsi ad operazioni chirurgiche che li rendessero idonei al servizio militare; o parimenti, si oppone ad altro decreto-legge che, per le aziende private aventi forma di società commerciali, conferiva la nomina di parte dei membri del consiglio di amministrazione alla Confederazione dei datori di lavoro e a quella dei lavoratori.

Grandi che decreta la fine del regime.

Nel gennaio 1944, perciò, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato della Repubblica Sociale Italiana lo condanna a morte nel processo celebrato a Verona contro i “traditori del 25 luglio”.

Paradossalmente, un anno dopo, nell'Italia ormai liberata, sarà sottoposto a giudizio di epurazione amministrativa ai sensi degli artt. 11 e seguenti del d.lgs. lt. 27 luglio 1944, n. 159 (*Sanzioni contro il fascismo*), e per conseguenza “dispensato” dalla professione forense per quattro anni (fino al 1949), e dall’insegnamento universitario per sette anni (fino al 1952)⁵.

Nel 1953 viene eletto senatore per il Partito monarchico.

Negli anni '70 conduce su vari quotidiani due battaglie da lui molto sentite, rispettivamente contro la politicizzazione della magistratura e contro il terrorismo.

Muore a Napoli l'8 agosto 1985 all'età di novantotto anni⁶.

⁴ In esso si invocava un *ritorno allo Statuto*, ossia la restituzione alla Corona di tutte le sue prerogative, fra cui il comando supremo delle Forze Armate. De Marsico ne aveva curato, in particolare, i profili costituzionali.

⁵ Ricorderà in proposito VASSALLI (*Alfredo De Marsico* in *Arch. pen.* 1986, 157-158): «Non gli fu risparmiata [...] l'epurazione amministrativa [...] Da essa conseguì, come per molti altri, la dispensa dal servizio. E qui avvenne un altro di quegli episodi che descrivono l'uomo De Marsico, il suo orgoglio e la sua coerenza. Unico fra tutti i professori colpiti da analogo provvedimento, non produsse ricorso avverso la decisione. A seguito dei ricorsi dinanzi ad una commissione di secondo grado, prevista dall'art. 20, tutti o quasi, nel 1947, si trovarono ad essere rientrati in servizio. Per De Marsico ciò non era possibile, e l'Università avrebbe dovuto restarne priva, nel caso specifico, la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, dove egli era stato chiamato, all'indomani della prematura scomparsa di Arturo Rocco, nella primavera del 1942, a coprire la cattedra di diritto penale passandovi da quella di procedura penale conseguita l'anno precedente. Ciò sembrava sommamente ingiusto. Fu allora che mio padre (*N.d.R.* Filippo Vassalli), che di quella Facoltà fu Preside dalla liberazione di Roma fino alla morte, scoprì in qualche vecchia legge del Regno una disposizione secondo la quale, chiunque fosse stato una volta professore in una Università, poteva esservi richiamato: e di quella legge promosse ed ottenne, per il caso specialissimo di De Marsico, l'applicazione».

⁶ Nello stesso scritto commemorativo a un anno dalla scomparsa, citato alla nota precedente, Vassalli ne tracciava un toccante profilo: «Alfredo De Marsico fu soprattutto, in politica, e non solo in politica, dominato dall'amor di patria. Questo egli volle ricordare - e rivendicare come linea costantemente ispiratrice della propria vita - anche in occasione del saluto che gli rivolgemmo nell'aula dell'Istituto di diritto penale dell'Università di Roma in una semplice ma commovente cerimonia del 1963, in occasione del suo collocamento a riposo, quando egli era già da cinque anni fuori ruolo ed io gli ero succeduto nell'insegnamento del diritto penale, dopo la parentesi di un anno, segnata dall'insegnamento del grande penalista sardo Giacomo Delitala, che dall'esperienza romana se n'era subito voluto tornare a Milano. Dopo avere ascoltato il saluto mio e degli altri discepoli presenti, De Marsico prese la parola e ci incantò, come altre volte, col suo dire su tante e tante cose della materia insegnata e dell'insegnamento di essa e delle esperienze della propria vita. Ma al termine, con una semplicità che destò in noi commozione (mi pare ancora di vederlo e di sentirlo), egli ci disse che in tutto il corso della sua vita, qualunque cosa studiasse o facesse, egli aveva visto sempre, come su uno sfondo permanente e mai offuscabile, la patria, la nostra nazione italiana.» (VASSALLI, *op. cit.* 156).

2. Il percorso scientifico di un “Maestro” “senza Maestri”.

In una raccolta di scritti celebrativi, pubblicata nel 1960 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma, Altavilla⁷ si domandava a quale Scuola appartenesse Alfredo De Marsico.

Muovendo i primi passi, con il ricordato lavoro sulla rappresentanza, non v’è dubbio che Egli abbia attinto dai fermenti del tempo: dalla Scuola Classica la fede nella libertà della volontà dell’uomo; dalla Scuola Positiva i nuovi postulati che si accentravano sulla personalità del soggetto; dall’insegnamento di Rocco il monito all’intransigenza nel rispetto del metodo giuridico.

Ma a tali movimenti, e ai contrasti insorti fra i rispettivi fautori, De Marsico rimase sostanzialmente estraneo, cercando, da solo, senza guide o maestri, senza assumere mai la marca ufficiale di una Scuola, la sua strada, ovvero quella di tentare una conciliazione, ardita, ma proprio perciò più apprezzabile.

Così nella disputa, più filosofica che giuridica, che era intercorsa alla fine del secolo precedente tra Classicisti e Positivist, tra la fedeltà ai canoni tradizionali della libertà umana e della connessa configurazione classica dell’imputabilità e le nuove prospettive che dal Positivismo venivano a delinearsi verso i nuovi orizzonti della eziologia del delitto e della lotta alla criminalità. Una disputa il cui esito, agli esordi di De Marsico, rimaneva ancora incerto.

La ricerca di una sintesi fra due tendenze che fino a quel momento sembravano condannate alla più irrimediabile inconciliabilità, suscitò in chi la proponeva incertezze iniziali e soprattutto perplessità nell’opinione degli studiosi; tutti, però, consapevoli della necessità di superare un conflitto (dai toni spesso molto accesi) quantomai nocivo alla scienza giuridica.

Parimenti dicasi di un’altra battaglia che si stava combattendo in quello stesso periodo, per portare il diritto penale all’altezza e maturità di sviluppo sistematico conseguito dalle altre branche del diritto (diritto privato e diritto pubblico), allorchè Rocco, preoccupato dal confuso e indifferenziato magma sociologico-filosofico in cui si dibatteva il diritto penale per effetto del Positivismo, si era fatto promotore di quel movimento di pensiero detto *Tecnicismo giuridico*.

Vero è che, con l’adozione della metodologia propria del diritto pubblico, già

⁷ ALTAVILLA, *Orientamenti di scuola* in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico* (a cura di G. LEONE), Milano, 1960, 3 ss..

sperimentata dalla dottrina tedesca tra la fine dell'800 e l'alba del '900, il tecnicismo giuridico era riuscito a conferire al diritto penale autonomia rispetto alla sociologia e alla filosofia, e dunque valore e dignità di scienza giuridica⁸. Ma se ciò segnava nel campo strettamente giuridico un enorme progresso, ugualmente grande era al contempo il regresso di questa scienza nel campo politico e deontologico, ossia nel campo della politica criminale, tanto caro ad Enrico Ferri e ai suoi seguaci.

Con il che, il conflitto tra tecnicisti (ostili al Positivismo) da un lato e positivisti (critici nei confronti dell'eccessivo formalismo dei tecnicisti) dall'altro, rimase aperto almeno fino ai primi anni '20, ossia al c.d. *Progetto Ferri*⁹. Ma anche qui De Marsico mantenne una posizione intermedia, prendendo le distanze tanto dagli "idolatri della dogmatica", quanto dai positivisti a oltranza, considerati più dissenzienti da recuperare, che non avversari da sconfiggere¹⁰.

Questa aspirazione costituirà anche per il futuro il baricentro del pensiero di De Marsico, volto costantemente a conquistare un composto e stabile equilibrio fra le più diverse posizioni dottrinali.

Degli oltre settant'anni di una produzione multiforme e poliedrica, di Esso ci rimangono numerose monografie, corsi di lezioni universitarie ed una infinità di articoli, note e discorsi raccolti in più volumi.

a) Dalle opere giovanili al primo saggio monografico (1911-1915)

La rassegna prende avvio dalla pubblicazione, nel 1911 della tesi di laurea su *La compravendita di cosa futura* (in *Il Filangieri* 1911, n. 5-6) e nel 1912 di uno scritto su *La poesia di G. Carducci* (Avellino, 1912).

Segue una serie di articoli e note (ben 26 in appena quattro anni) pubblicati prevalentemente sulle due riviste più quotate del tempo: la *Rivista di diritto e procedura penale* e *La Scuola Positiva*¹¹.

Nella maggior parte, l'interesse del giovane studioso appare concentrato, da un lato, sui problemi della professione forense nel processo penale, e, più

⁸ Per una completa ricostruzione del pensiero di Arturo Rocco rinviamo al ns. *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice* in *Arch. Pen.* 2018 Fasc. n. 1 - Gennaio-Aprile 2018 (web).

⁹ Sul quale v. *infra* par. 3.

¹⁰ Così LATAGLIATA, *I docenti di Diritto penale della Facoltà giuridica romana e la loro incidenza sull'attività legislativa nell'ultimo cinquantennio* in *Giur. merito* 1986, IV, 761.

D'altronde, ha osservato LEONE, «[...] è significativo che sulla cattedra di Roma, sulla quale si erano succeduti i due più eminenti Maestri dell'opposto indirizzo: Enrico Ferri ed Arturo Rocco, sia salito un giorno Alfredo De Marsico, come a raccogliere dall'uno e dall'altro l'eredità per gli aspetti essenziali del loro pensiero e della loro scuola, per consegnare agli allievi ed agli studiosi un esperimento di sintesi e di cauta ed equilibrata conciliazione» (*Alfredo De Marsico* in *Scritti giuridici cit. II ss.*).

¹¹ Le due riviste si fonderanno nel 1921.

precisamente, sul delicato rapporto tra la parte e il difensore; dall'altro, sul diritto penale comparato, con particolare riguardo alle riforme, proposte o attuate all'estero, in nome della difesa sociale.

Altri lavori riguardano temi minori, ma sempre dettati dall'esperienza forense.

(1912) *Un caso di truffa in atti illeciti* in *Supplemento alla Rivista penale* 1912, 27.

- *Le misure di sicurezza nei progetti preliminari germanico, austriaco e svizzero* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, 65.

- *Chi sia tenitore del giuoco d'azzardo* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, II, 333.

- *Sul diritto delle associazioni a costituirsi parte civile nei procedimenti per contravvenzioni lesive dei loro scopi* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, I, 353.

- *Se chi giuoca al lotto clandestino sia responsabile di delitto o di contravvenzione* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, II, 463.

- *Sul concetto di proporzionalità fra la reazione del privato e l'atto arbitrario del pubblico ufficiale* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, II, 560.

- *La legge 19 giugno 1912 modificatrice del Cod. pen. dell'Impero* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1912, I, 557.

- *Il diritto penale turco* in *La Scuola positiva* 1912, 492.

(1913) *Parte civile ed unità sociali* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1913, I, 335.

- *Le nullità* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1913, I, 513.

- *Sulla rappresentanza delle società di commercio nei giudizi penali* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1913, II, 705.

- *Ratto nell'interesse altrui* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1913, II, 92.

- *Due anni di giurisprudenza e di dottrina sul "divieto presunto" nel delitto di violazione di domicilio* in *La Scuola positiva* 1913, 154.

- *Oltraggio con violenza all'autorità* in *La Scuola positiva* 1913, 274.

- *Le leggi belga e francese, e i progetti di legge germanico e spagnolo circa la delinquenza dei minorenni* in *La Scuola positiva* 1913, 506.

- *Una pericolosa similitudine fra Giunta Comunale e Camera di Commercio, in relazione all'art. 400 Cod. pen.* in *La Scuola positiva* 1913, 639.

(1914) *Sulla insindacabilità dei provvedimenti disciplinari in giudizio penale*

in *Rivista di diritto e procedura penale* 1914, II, 443.

- *Azione individuale e azione sociale contro amministratori di un'anonima responsabili di falsità in bilancio* in *La Scuola positiva* 1914, 280-292; 488-496.

(1915) *Concorso di volontà e complicità corrispettiva* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1915, II, 208.

- *L'amministrazione della giustizia penale comune durante la guerra (D. L. 10 agosto 1915)* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1915, I, 461.

- *Sull'appello e il ricorso per cassazione proponibili dal difensore per l'imputato* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1915, II, 392.

- *Se la sentenza di condanna, nulla per incompetenza "ratione materiae", interrompa la prescrizione dell'azione penale* in *La Scuola positiva* 1915, 644.

- *L'elemento soggettivo e la provocazione nel delitto di diffamazione* in *La Scuola positiva* 1915, 734.

- *Bernardino Alimena* in *L'eloquenza* 1915, 401.

Conclude questo primo periodo *La rappresentanza nel diritto processuale penale* (Milano, 1915) già ricordata, dove l'A. si cimenta nella prima delle sue fondamentali monografie. In essa la pratica forense già si coniuga alle costruzioni dogmatiche¹².

b) Il periodo intermedio tra vigenza (ancora) del codice Zanardelli e preparazione dei nuovi codici (1916-1929)

Agli interessi coltivati negli anni giovanili, in età più matura se ne affiancano di nuovi.

Ritroviamo, perciò, affrontati, e più di una volta, i temi delle nullità processuali e i loro effetti, quelli della competenza, dell'ordinanza nel processo penale, i principi della difesa sociale, specialmente contro le nuove forme di delitto collettivo¹³, le infermità mentali, e soprattutto la pericolosità criminale che, prima e dopo l'introduzione di questa categoria nel codice del 1930, sarà, per tutta la vita dell'A., uno dei motivi più ricorrenti.

¹² De Marsico ha dato un importante contributo anche agli studi sul processo penale.

Del resto, esordisce come processualista, e l'opera più importante della sua giovinezza è - appunto - quella sulla rappresentanza nel diritto processuale penale.

Aggiungiamo che un tempo didatticamente le due materie non si distinguevano; fino al 1938 si diventava Professori di "Diritto e Procedura penale".

¹³ Sull'argomento, v. più diffusamente *infra* al par. 5.

In occasione del primo conflitto mondiale, poi, l'orizzonte d'indagine si allarga alla giurisdizione militare e ai problemi del diritto penale internazionale, di cui, nel 1929, traccia i *Principi informativi*; con questo lavoro De Marsico darà un contributo decisivo a quella parte iniziale del codice del 1930 (artt. 6 e seguenti), la cui ispirazione, sotto il profilo della cooperazione internazionale nella lotta contro il delitto, ma anche del rispetto di alcune garanzie fondamentali, gli viene universalmente riconosciuta¹⁴.

Sempre del 1929 è *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, seconda importante monografia nella quale l'A. si confronta con la dottrina penalistica straniera, soprattutto tedesca, con un approfondimento dei suoi risultati essenziali, ma senza lasciarsene dominare¹⁵.

Benché elaborata sul codice Zanardelli, l'opera pone le premesse alla definizione che del dolo, come delitto intenzionale anche rispetto all'evento, sarà data in quegli anni dal codice Rocco: il dolo - afferma De Marsico - è «la volontà non coartata di compiere un fatto commissivo od omissivo che la legge contempla come reato, con la previsione dell'evento che deriva dalla propria azione e l'intenzione di produrlo con essa»¹⁶. E a quest'ultimo proposito, aggiunge che «il punto di inserzione della rappresentazione nella volontà è dato precisamente dalla intenzione. Quando una rappresentazione ha impresso alla volontà quel particolare atteggiamento che la fa convergere al conseguimento di un certo fine, quando cioè, è diventata intenzione, allora ed allora soltanto, il dolo sussiste in tutti i suoi elementi costitutivi. Il dolo dunque non si definisce al di fuori dell'intenzione. Il dolo non si definisce che dall'intenzione.»¹⁷.

¹⁴ Come detto *retro*, infatti, De Marsico fu Relatore per le modificazioni al Codice penale alla Camera dei Deputati.

¹⁵ Lo stesso De Marsico ne illustra il metodo nelle prime pagine: «Tale studio svolgeremo prescindendo da indagini storiche, limitandoci al minimo possibile, ma necessario, di investigazioni nel diritto comparato, con l'occhio fisso al diritto positivo, quello codificato e quello in elaborazione. Il nostro sarà dunque studio dogmatico perché mirante a fissare un concetto, ed il suo posto nel sistema della scienza del diritto penale, e sarà tutto sperimentale, perché getterà le sue radici nella legislazione, che è la più alta e vera delle esperienze, e verso la legislazione protenderà i suoi risultati. Lascerà da parte ogni tesi e pregiudizio di scuola, come si addice agli studi giuridici di questo tempo, che quanto le scuole hanno fin qui seminato tenta non conciliare in compromessi ma mieterne e tradurre in verità utili e durature» (*Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1929, 7).

¹⁶ DE MARSICO, *op. cit.* 163-164.

¹⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 147-148.

Fermo restando il principio della immanenza del dolo durante tutto lo svolgimento del processo causale, tale principio - a suo avviso - deve assumersi con taluni temperamenti: ad es., Tizio delibera di uccidere Caio, gettandolo dal terrazzo, ritenendo che egli si fracasserà il capo sulle sporgenze della rupe; invece Caio o morrà lungo la caduta per asfissia, o giungerà vivo alle falde, ma morrà travolto da un torrente, che scorre nel fondo. In entrambi i casi l'evento avveratosi è quello voluto, ma si sarà verificato

(1916) *La competenza istruttoria nel caso di gravame contro sentenza di proscioglimento del Giudice Istruttore* in *La Scuola positiva* 1916, 264.

- *“Postilla” all’articolo di Giulio Paoli “Un’altra idea sul fondamento del diritto di querela”* in *La Scuola positiva* 1916, 294.

- *L’ordinanza nel processo penale* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1916, II, 332.

- *Sull’applicazione dell’art. 176 C. p. al cancelliere, addetto all’ufficio graduazioni, che formi, dietro compenso, una liquidazione consensuale* in *Giustizia penale* 1916, 1308.

(1917) *Sugli atti processuali dipendenti da un atto nullo* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1917, II, 419.

(1918) *La giurisprudenza di guerra e l’elemento sociale nel diritto* in *Supplemento alla Giustizia penale* 1918, 1.

- *Sul gravame interposto dal difensore dell’imputato per mezzo di mandatario speciale* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1918, II, 304.

(1919) *Legittimazione processuale del difensore ai fini del ricorso per cassazione* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1919, II, 25.

- *Perenzione di arresto e giurisdizione militare* in *La Scuola positiva* 1919, 413.

(1920) *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo* in *Rivista penale* 1920, 201.

- *Motivi di gravame concernenti l’infermità mentale dell’imputato. Facoltà e doveri del difensore e del giudice* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1920, II, 49.

- *La così detta ripresa “ex novo” del dibattimento e la composizione del collegio* in *Rivista di diritto e procedura penale* 1920, II, 161.

(1921) *Impugnazione delle ordinanze concernenti la libertà personale*

non per frattura del capo, come l’agente aveva preveduto, bensì per asfissia o per annegamento. Questa variante - secondo De Marsico - non è sufficiente a escludere il dolo. Non così se nel processo causale si inserisce una causa diversa e autonoma (ad esempio Caio resta sospeso ad un cespuglio, dove, poi, un fulmine lo ucciderà).

dell'imputato emerse nel dibattito in *La Scuola positiva* 1921, I, II, 40.

(1922) *Il concorso di più persone in uno stesso reato nelle questioni ai giurati* in *La Scuola positiva* 1922, II, II, 1.

(1923) *Eccesso nel fine e concausa nelle lesioni* in *La Scuola positiva (e Rivista di diritto e procedura penale)* 1923, II, 55.

- *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative* in *Giustizia penale* 1923, 289.

(1925) *Relazione parlamentare sul disegno di legge per la delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale*, Roma, 1925.

(1926) *Arringhe*, Napoli, 1926.

(1927) *I delitti contro lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico*, Bari, 1927.

- *Violenza privata* in *Digesto Italiano*, vol. XXIV, Torino, 1927, 1211.

(1929) *Principi informativi del diritto penale internazionale*, Bari, 1929.

- *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1929.

c) Studi e commenti sui codici Rocco dall'entrata in vigore fino ai primi anni del secondo conflitto mondiale (1930-1943)

In questo periodo, particolarmente fecondo, gli studi spaziano dal diritto penale (sostanziale e processuale) al diritto comparato, alla storia. La pratica forense continua a offrire spunti di riflessione, tanto più trattandosi delle prime applicazioni dei due nuovi codici.

Fra i temi privilegiati, comunque, rimangono quelli della pericolosità e delle misure di sicurezza.

Proprio in contemporanea con l'emanazione del codice penale, De Marsico, fermo oppositore della pena di morte¹⁸, entra in aperta polemica con Francesco Carnelutti, indirizzandogli una lettera pubblicata sul *Giornale dell'Avvocato* del 1931 sotto il titolo *Pena di morte ed espropriazione per pubblica utilità*. In essa Egli critica quella decisa connotazione di tipo pubblicistico in forza della quale Carnelutti è pervenuto ad assimilare la pena capita-

¹⁸ Alla quale, peraltro, sarà condannato Egli stesso al processo di Verona del 1944, v. *retro*.

le all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, e a conferire alla persona condannata addirittura la qualifica di *servo di pena*¹⁹.

Secondo De Marsico non può esservi alcuna analogia tra pena di morte ed esecuzione per pubblica utilità, laddove nel primo caso non v'è questione di diritto da esercitare, perché è lo stesso titolare di quel diritto che viene ad essere soppresso²⁰.

Nel 1938 contribuisce agli *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari* con una commemorazione dell'illustre giurista e con uno studio su *Il dolo nei reati di falsità in atti*, nel quale contesta la dignità di bene giuridico riconosciuta dalla dottrina dominante alla fede pubblica, considerandola piuttosto alla stregua di un predicato di relazione tra determinate cose materiali e la generalità dei cittadini.

Del 1940 è un articolo (pubblicato in *Annali*) sulla *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, nel quale affronta il tema dell'*aberratio ictus* con pluralità di eventi o plurilesiva, assai problematico quanto al titolo di responsabilità per l'evento non voluto. Diversamente da chi parla al riguardo di responsabilità obiettiva, o di vera e propria colpa, l'A. ritiene trattarsi di una specie di *preterintenzione nella quantità degli eventi*, mai ipotizzata, ma non inammissibile, nella misura in cui il paradigma dell'art. 43 non esaurirebbe tutte le forme di elemento psicologico.

Sempre nel 1940 pubblica le *Lezioni* sui delitti contro il patrimonio tenute negli AA. 1939 e 1940 presso l'Università di Roma. In esse le norme di legge vengono trattate secondo le esigenze dei penalisti, ma con profonda penetrazione dei presupposti civilistici propri di ogni singolo delitto e di quella categoria di reati in generale²¹.

Il 16 gennaio 1941 apre il Corso ufficiale di procedura penale presso l'Università di Roma con una Prolusione, poi pubblicata in *Annali* dello stesso anno sotto il titolo *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale*.

Il titolo è inesatto, poiché la Prolusione (d'altronde pronunciata in un corso

¹⁹ CARNELUTTI, *La pena di morte nel diritto pubblico* in *Riv. di dir. pubbl.* 1931, 349.

²⁰ Con ciò De Marsico riaffermava la convinzione che il delitto non si dovesse combattere con il rigore esasperato delle pene, ma piuttosto con l'elevamento delle idee e della funzione di recupero delle strutture pubbliche, perché, come sottolineava «il diritto di uccidere porta i deboli che abbondano ed i perversi che non difettano ad una svalutazione del concetto della vita».

Anche se questa polemica registrò l'iniziale prevalenza dell'opinione di Carnelutti a sostegno della pena di morte (siamo nel 1931), la tesi di De Marsico tornerà a rivelare «l'incontaminata grandezza del suo valore morale soprattutto in coincidenza con l'entrata in vigore della nuova Costituzione repubblicana» (LATAGLIATA, *op. cit.* 760).

²¹ Il successo è tale che se ne renderà necessaria una ristampa nel 1951.

di procedura penale), in realtà, riguarda il diritto processuale penale, del quale, anzi, l'A. si propone un vero e proprio riscatto, mirando alla costruzione di un sistema il più possibile svincolato dalla scienza del processo civile, alla quale pure il processo penale è oltremodo debitore. Ciò in quanto «Siamo [...] al momento di massima maturazione della nostra scienza, nel quale queste esigenze bisogna tener presenti e cercare di comporre: non perdere di vista la originalità del processo penale; non rinunciare, finché possibile, alla adozione dei criteri e dei metodi dei processualisti civili, potendo essi prestare punti di appoggio preziosi, talora insostituibili, per le strutture essenziali dell'edificio; vigilare l'accordo fra costruzione giuridica e principi politici. La prima assicurerà l'autonomia della costruzione; la seconda, la sua esattezza dogmatica; la terza, la sua utilità attuale nel quadro dell'intero ordinamento giuridico»²².

Questo lavoro, oltre ad un elevato livello qualitativo, mostra la straordinaria modernità del pensiero di De Marsico, nel formulare, in merito al rapporto processuale, taluni principi del tutto inimmaginabili per quell'epoca: «che l'imputato non si muove già in uno stato di soggezione nei limiti di ciò che la legge gli *concede*, nell'esercizio di semplici facoltà o di oneri, ma ha *diritti* processuali verso il giudice simmetrici a quelli di cui il pubblico ministero è titolare; che l'attività processuale dell'imputato non può essere delegata ad alcun altro soggetto del processo; che l'accertamento della volontà di legge, la sentenza, non è concepibile come punto terminale dell'attività esplicata da un soggetto solo, sotto la direzione o il controllo del giudice, ma è necessariamente la risultante delle due accennate attività simmetricamente operanti»²³.

Con l'ultimo scritto del 1943 (*L'Italia in guerra e la sua giustizia*), De Marsico sembra presagire gli eventi che seguiranno di lì a poco, determinando per qualche anno una battuta d'arresto della sua produzione scientifica.

(1930) *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930.

- *Arringhe*, vol. II, Napoli, 1930.

(1931) *Pena di morte ed espropriazione per pubblica utilità* in *Giornale dell'Avvocato*, Milano, 1° settembre 1931, 1.

(1932) *Se sia punibile la determinazione a falsa testimonianza non punibile per ritrattazione* in *Rivista italiana di diritto penale* 1932, 3.

²² DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale* in *Annali* 1941, 474.

²³ DE MARSICO, *op. cit.* 486.

- *Circa i rapporti fra appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta: il concetto di "attivo del commerciante"* in *Rivista italiana di diritto penale* 1932, 3.

- *La scienza, lo Stato, la carità : i tre spalti della lotta contro la tubercolosi*, Roma, 1932.

- *Moniti della Corte Suprema circa la motivazione delle sentenze delle Corti di Assise* in *Il Tribunale* 1932, 2.

(1933) *Il sistema delle misure di sicurezza* in *Il Tribunale* 1933, 1.

- *Natura e scopi delle misure di sicurezza* in *Rivista di diritto penitenziario*, 1933, 1259.

- *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale* in *Annuario della R. Università di Bologna per l'a.a. 1932-33*, Bologna, 1933, 67.

- *Contributo alla determinazione del concetto di danni da reato risarcibili* in *Annali di diritto e procedura penale* 1933, 425.

(1934) *Commento ai Titoli VII ed VIII del Libro I Cod. pen.* in *Il codice penale illustrato articolo per articolo* (a cura di U. CONTI), vol. I, Milano, 1934, 727.

- *La riforma della legislazione*, Milano, 1934.

- *Prime linee di una riforma hitleriana del diritto penale* in *Rivista penale* 1934, I, 15.

(1935) *L'unità del diritto penale* in *Foro italiano* 1935, IV, 24.

- *Su alcuni aspetti delle notificazioni plurime in rapporto ai termini* in *Annali di diritto e procedura penale* 1935, 94.

- *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali* in *Rivista di diritto penitenziario* 1935, 108.

- *Orazio* in *L'eloquenza* 1935, fasc.7-8-9.

- *Diritto penale: parte generale*, Napoli, 1935.

- *La réforme des Codes en Italie* in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1935, n. 6.

- *Les Accords de Latran*, Bruxelles, 1935.

- *Unità o dualismo?* in *Rivista penale* 1935, I, 289.

(1937) *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1937; ristampa 1938.

- *Il rifiuto del coniuge alla comunione del talamo* in *Foro italiano* 1937, II, 267.

(1938) *Eduardo Massari* in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, 9.

- *Il dolo nei reati di falsità in atti* in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, 413.

- *Le conseguenze del reato nel diritto penale sostantivo e processuale, Lezioni universitarie (1937-1938)*, Napoli, 1938.

- *Norme penali applicabili in tema di naufragio per colpa del capitano* in *Rivista di diritto della navigazione* 1938, II, 285.

- *Eventi ed artefici. Discorsi*, Napoli, 1938.

- *Etiologia e dogmatica della criminalità minorile e influenza dei risultati di tali ricerche sugli ordinamenti giuridici* (in collaborazione con i Professori DE CASABIANCA e PISANI), Relazione al I Congresso internazionale di Criminologia, Roma, 1938.

(1939) *Legislazione e giustizia nel fascismo*, Milano, 1939.

- *Le misure di sicurezza nel nuovo codice penale svizzero* in *Rivista di diritto penitenziario* 1939, 912.

- *I Doria: Oberto, Luciano, Andrea, Gian Andrea* in *Celebrazioni liguri*, Urbino, 1939, vol. I, 171.

(1940) *L'idea del diritto in Tacito. Quaderni di Studi Romani*, Roma, 1940.

- *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante* in *Annali di diritto e procedura penale* 1940, 237.

- *Delitti contro il patrimonio, Lezioni universitarie 1939-40*, Napoli, 1940.

- *Frode processuale e giurisdizione volontaria* in *Rivista penale* 1940, I, 1107.

- *I Garibaldini della Sicilia* in *Celebrazioni siciliane*, Urbino, 1940, vol. I, 285.

(1941) *Ancora sulla colpa per «inosservanza di leggi» e sul reato aberrante* in *Annali di diritto e procedura penale* 1941, 773.

- *Il primo decennale del Codice penale fascista* in *Annali di diritto e procedura penale* 1941, 859.

- *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale* in *Annali di diritto e procedura penale* 1941, 473.

- *L'inganno al giudice. Truffa e frode processuale in tema di giurisdizione volontaria* in *Rivista penale* 1941, I, 683.

(1942) *Arturo Rocco* in *Annali di diritto e procedura penale* 1942, 469.
Per il caso Mulas in *Giustizia penale* 1942, IV, 48.

(1943) *L'Italia in guerra e la sua giustizia* in *Rivista di diritto penitenziario* 1943, 149.

d) Dal dopoguerra ai primi anni '70 (1945-1971)

Gli eventi storici che lo hanno visto protagonista rendono difficile per De Marsico il ritorno alla consuetudine, nel campo professionale e degli studi.

Dopo due anni di silenzio, nel 1945, la *Rivista Archivio penale*, appena fondata da Remo Pannain, pubblica un eccellente articolo sul tema della latitanza firmato da un certo Aldo Dems. Sorprende la capacità speculativa di un autore a tutti sconosciuto, ma in realtà, lo scritto è di Alfredo De Marsico il quale, d'accordo con Pannain, ha adottato quello pseudonimo.

L'ostracismo, comunque, dura poco, perché già dal 1946, soprattutto su *Archivio penale*, l'A. pubblica di nuovo una serie di scritti a sua firma. Fra essi, in particolare, spicca quello (dai toni fortemente critici) sul teleologismo di Bettiol del 1947, nell'ambito di una contesa senza esclusione di colpi²⁴.

Nei venticinque anni che seguono troviamo: due edizioni del Manuale di diritto processuale penale, un caleidoscopio di argomenti di diritto penale sostanziale, spesso incontrati nelle aule di tribunale, nonché le prime riflessioni su eventi e personaggi di un passato per lui sempre più presente²⁵.

Molti gli studi di pregio prodotti in questo periodo. Uno fra i tanti, del 1952,

²⁴ A BETTIOL (*Il problema penale*, Trieste, 1945) «il penalista napoletano, pur senza abbandonare mai i canoni fondamentali del positivismo, aveva attribuito l'elogio di aver vissuto il diritto penale 'fuori del freddo teoricismo per indirizzarlo verso una più feconda fase finalistica, o, come oggi si direbbe, contentutistica, ricca di promesse per la dignità dell'uomo, della legge e della scienza'. E Bettiol, nel rispondere, non manca sua volta di annoverare De Marsico fra i suoi 'correligionari' per avere inserito il problema penale nel quadro di tutte le componenti morali, sociali e politiche che caratterizzano il singolo momento storico, e gli riconosce espressamente il merito di non essere stato mai un adoratore della 'forma' o della 'formula' [...] Da parte sua [...] De Marsico attenua la difesa del positivismo di fronte agli attacchi frontali di Bettiol [...]» (LATAGLIATA, *op. cit.* 761).

²⁵ Così, ad esempio nella *Prefazione* al 3° volume di *Arringhe* del 1952 intitolata *Quarantennio* (di vita forense, ma non solo): «Ripiegandomi su un passato che non è ancora cenere io ritrovo, e quasi scopro, le ragioni di qualche orientamento che credo definitivo nell'animo mio. La fede nel diritto mi ha educato al distacco dell'io contingente dall'idea che l'uomo, per esser tale, deve professare; mi ha dato l'asse intorno a cui ogni mutamento, se necessario, deve avvenire, e l'indipendenza per passare, quando occorra, dalla linearità dell'asse allo slancio della spirale. Ciò mi trasse a dichiarare il 28 maggio 1925 alla Camera: 'Se un momento giungesse in cui mi toccasse scegliere tra la mia coscienza giuridica e la ragione di parte, io non esiterei a scegliere sacrificando questa per non piegare un lembo solo della mia libertà di cultore del diritto'».

si intitola *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*.

In esso De Marsico ravvisa il *punto di emersione* del concetto di *reato apparente* nella teoria dell'agente provocatore con riferimento ai c.d. *reati-contratto*, ossia a quella particolare categoria di reati plurisoggettivi in cui viene incriminata la conclusione stessa dell'accordo negoziale (a titolo - per esempio - di acquisto di cose di sospetta provenienza o di ricettazione).

Poiché in questi casi, l'agente provocatore agisce quale *falsus emptor*, fingendo, cioè, di voler comprare cose la cui vendita è vietata al solo fine di raccogliere prove a carico dell'alienante, fino a tempi recenti²⁶, il problema era quello di poter dichiarare non punibile l'agente medesimo.

Nello scritto in esame De Marsico aderisce alla soluzione, allora prevalente in dottrina, in chiave di reato impossibile per inidoneità dell'azione, ma, anche in questa occasione, in modo del tutto peculiare, teorizzando una particolare *species* di reato impossibile, detta *reato apparente*, caratterizzata dal fatto che la condotta astrattamente idonea a concludere il contratto e ad integrare la fattispecie delittuosa viene predisposta solo apparentemente dal provocatore²⁷. L'intervento fittizio dell'infiltrato, afferma qui De Marsico²⁸, comporta, dun-

²⁶ L. 16 marzo 2006, n. 146 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*) così come modificata dall'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 196, dove, all'art. 9 si dichiarano espressamente non punibili «a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego o compiono attività prodromiche e strumentali; b) gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei carabinieri specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione e del Corpo della guardia di finanza competenti nelle attività di contrasto al finanziamento del terrorismo, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione, anche per interposta persona, compiono le attività di cui alla lettera a)».

²⁷ DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato* in *Studi in memoria di Arturo Rocco* 1952, 322 ss..

²⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 326.

que, la realizzazione di una mera *ombra di reato* e non l'effettiva realizzazione dello stesso.

Il seguito del lavoro è, poi, volto a verificare l'influenza della nozione di *reato apparente* sui vari tipi di reato (semplice, permanente, continuato, progressivo, complesso) e nel concorso eventuale, nonché a ipotizzare casi di apparenza nell'ambito delle circostanze aggravanti e delle cause di giustificazione.

Da segnalare, ancora, due scritti, l'uno del 1959 *Sui rapporti fra psicopatia e diritto penale* e l'altro (una Relazione congressuale del 1963 ma pubblicata nel 1971) su *La lotta contro il dolore e la legge penale*. Già la scelta di questi due argomenti dimostra come - nonostante l'età abbastanza avanzata - De Marsico conservi la capacità di riconoscere i temi più sensibili della contemporaneità; ma ciò che sorprende, in entrambi i casi, è soprattutto la lungimiranza nell'avanzare determinate soluzioni con largo (o addirittura larghissimo anticipo) sui tempi²⁹.

Nel 1967 si appassiona nuovamente ad un tema trattato trent'anni prima, ovvero la falsità in atti, proponendosi per la relativa *Voce* sull'*Enciclopedia del diritto*³⁰.

Fra i punti qualificanti di questo nuovo cimento è, anzitutto, l'identificazione della fede pubblica come buona fede in senso oggettivo, nel senso di «fiducia in certe forme determinate, che, imponendo di ritenere rispondenti al vero certe situazioni, condizionano od agevolano lo svolgersi della vita economica e giuridica fra i consociati, finisce così per essere fiducia nel traffico»³¹. Particolare attenzione è riservata, poi, all'oggetto della tutela, ossia al documento: ai contenuti (estricazione di un pensiero), al concetto di *incorporazione*, alla conservazione (c.d. *persistenza*) etc..

(1945) (A. DEMS) *La latitanza" di G. Foschini e la concezione generale del processo penale* in *Archivio penale* 1945, I, 386.

²⁹ V. *infra*, rispettivamente, i parr. 6 e 7.

³⁰ «In un giorno del 1965 il professore mi telefonò: ed essendo io direttore, fin dalla fondazione, del settore penale della 'Enciclopedia del diritto', mi comunicò che avrebbe desiderato provvedere alla redazione della voce 'Falsità in atti'; un settore tra i più ardui e tormentati del diritto penale, una delle voci più difficili anche quanto alla necessaria sicurezza dell'affidamento. E avuta la mia entusiastica adesione il maestro allora settantottenne portò a termine quell'opera egregia, di cui oggi si fregia il volume XVI dell'Enciclopedia, con una pertinenza ed una puntualità di cui non sempre si dimostrano capaci studiosi con cinquant'anni di meno e con carico minore di impegni. Un altro segno - fummo in più a dirlo - di quella giovinezza e di quel vigore intellettuale, che sembravano dovere non potere avere mai fine.» (VASSALLI, *op. cit.* 164).

³¹ DE MARSICO, *Falsità in atti* in *Encicl. del dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 561.

(1946) *In tema di disfattismo politico: commenti della guerra in una cella carceraria* in *Archivio penale* 1946, II, 441.

- *Nino Levi* in *Archivio penale* 1946, I, 158.

- *Aspetti dell'esecuzione nel IV volume del "Manuale pratico" di Ugo Aloisi* in *Archivio penale* 1946, I, 33.

(1947) *I problemi penali nel teleologismo del Bettiol* in *Archivio penale* 1947, I, 537.

- *Una dubbia figura di pubblico ufficiale: il rappresentante del Banco di Napoli in un comune* in *Giustizia penale* 1947, II, 380.

- *Impossessamento mediante consegna coatta nel delitto di rapina* in *Archivio penale* 1947, I, 275.

- *Contributo del Pannain alla nozione di "possesso" nel diritto penale* in *Archivio penale* 1947, I, 293.

(1948) *Voci e volti di ieri*, Bari, 1948.

- *Sul valore dell'iniziativa nella differenza tra concussione e corruzione* in *Archivio penale* 1948, I, 204.

(1949) *Questioni in tema di legittima difesa putativa e di eccesso di difesa* in *Rivista penale* 1949, I, 545.

- *L'elemento soggettivo del reato ed i poteri della Corte di Cassazione nella risoluzione dei conflitti* in *Archivio penale* 1949, I, 223.

(1950) *Premessa dogmatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata: artt. 302-9 Cod. pen.* in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti* vol. IV, Padova, 1950, 476.

- *Sul concetto di "cosa" nel delitto di peculato* in *Archivio penale* 1950, I, 157.

- *I processi dei veleni* in *Archivio penale* 1950, II, 448.

(1951) *Sul fine di profitto nel furto* in *Archivio penale* 1951, I, 370.

- *La nozione di "segreto" nei delitti contro la personalità dello Stato* in *Giustizia penale* 1951, II, 189.

- *Note in tema di calunnia* in *Rivista penale* 1951, I, 377.

- *Falsità in atti non sottoscritti* in *Giustizia penale* 1951, II, 1369.

- *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1951.

- *Facoltà del P.M. di richiedere sequestro conservativo contro il responsabile* in *Rivista penale* 1951, II, 833.

- (1952) *Arringhe*, vol. III, Bari, 1952.
- *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a edizione completamente riveduta, Napoli, 1952.
- *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato* in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, 319.
- (1953) *Questioni in tema di truffa, bancarotta fraudolenta e concorso fra i due reati* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 1953, II, 589.
- *Al vertice della giustizia* in *Giustizia penale* 1953, I, 161.
- *Orientamenti sulla riforma penale* in *La Scuola positiva* 1953, 405.
- (1954) *Concorso di bancarotta fraudolenta e truffa* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 1954, I, 53.
- *Per un "casellario delle parti lese"* in *Giustizia penale* 1954, III, 47.
- *Il danno patrimoniale nel peculato* in *Rivista italiana di diritto penale* 1954, 564.
- *Sull'idoneità dell'immutazione a trarre in inganno nella frode processuale* in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 149.
- *Sul valore probatorio dei processi verbali di denuncia dei reati doganali* in *Vita doganale* 1954, 120.
- (1955) *Il processo Lo Verso in Cassazione* in *Giustizia penale* 1955, III, 332.
- *Introduzione generale al problema dei rapporti tra personalità e delitto (Prolusione al Corso internazionale di Criminologia presso l'Università di Roma, 1955)* in *La Scuola positiva* 1955, 31.
- *Filippo Grispigni* in *Rivista penale* 1955, I, 569.
- (1956) *Enrico Ferri* in *L'eloquenza* 1956, 466.
- (1958) *Premeditazione e vizio parziale di mente* in *Archivio penale* 1958, I, 405.
- (1959) *Sui rapporti fra psicopatia e diritto penale* in *La Scuola positiva* 1959, 5.
- *Semi-imputabilità e premeditazione nelle osservazioni di Francesco Carnelutti* in *Archivio penale* 1959, I, 333.
- (1960) *Sulle manifestazioni attuali del traviamiento e della delinquenza mino-*

rile in *La Scuola positiva* 1960, 3.

- *Enrico De Nicola* in *L'eloquenza* 1960, 1.

- *Penalisti italiani*, Napoli, 1960.

(1961) *Legalità della elezione di più domicili da parte di imputati* in *Archivio penale* 1961, II, 319.

(1963) *Il divieto di reformatio in peius come principio generale nel sistema delle impugnazioni* in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti* 1963, 585.

(1965) *Eventi ed artefici*, Seconda serie, Napoli, 1965.

(1966) *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966.

(1967) *Falsità in atti* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, 560.

- *La vicenda giudiziaria di Dante. Valutazione complessiva della sua personalità come "imputato" nei processi del 1302 e del 1315* in *Il processo di Dante*, Firenze, 1967, 146.

(1968) *Sul peculato per distrazione con particolare riguardo al peculato bancario* in *Giustizia penale* 1968, II, 129.

- *Il progetto di riforma del codice di procedura penale* in *Rivista penale* 1968, I, 637.

(1969) *Sull'estremo della distrazione nel peculato* in *La Scuola positiva* 1969, 107.

(1971) *Natura giuridica del verbale di ricovero d'urgenza in ospedale e della cartella clinica. I controlli e la loro influenza sulla classificazione delle falsità in atti* in *Giustizia penale* 1971, II, 97.

- *La lotta contro il dolore e la legge penale* in *Archivio penale* 1971, 209.

- *Arringhe*, vol. IV, Napoli, 1971.

e) Gli ultimi scritti (1973-1983)

Nell'ultimo decennio non troviamo più commenti o riflessioni di carattere giuridico. De Marsico sembra piuttosto voler tracciare un bilancio della sua vita, raccogliendone le memorie in varie opere a testimonianza per le generazioni future.

(1973) *Il cittadino, l'avvocato e il giudice* in *Atti del Congresso XII Nazionale Giuridico-Forense*, Perugia, 1973, 97.

(1975) *Arringhe*, vol. V, Napoli, 1975.

(1978) *Prefazioni*, Fasano, 1978.

(1980) *Discorsi e scritti* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Bari, 1980.

(1982) *Lo Stato nella difesa dalla violenza. Discorsi e scritti 1961-1974*, Roma, 1982.

- *Le toghe d'Italia*, Bari 1982.

- *Biblioteche forensi e cultura*, Napoli, 1982.

(1983) *25 luglio 1943. Memorie per la storia* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Bari, 1983.

f) Le pubblicazioni postume

Il catalogo si completa con le pubblicazioni *post mortem*³², degli ultimi appunti, discorsi e difese penali.

(1989) *Il sole tramonta sul tavolo di questa Corte d'assise: pagine da un diario epistolare* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Fasano, 1989.

(1994) *Arringhe: dal processo del CNEN a quello della Lockheed* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Fasano, 1994.

(1997) *Discorsi sull'unità d'Italia* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Fasano, 1997.

(2000) *Tra cattedra e foro. Problemi e speranze dal tramonto del secolo all'alba del terzo millennio* (a cura di M. A. STECCHI DE BELLIS), Fasano, 2000.

³² Tutte a cura di Maria Antonietta Stecchi De Bellis, allieva e biografa di De Marsico.

Come abbiamo visto, gli interessi coltivati da De Marsico nel corso della sua lunghissima vita furono molteplici, spaziando dalla letteratura alla storia, dalla psicologia al diritto: diritto penale internazionale, diritto processuale penale e soprattutto diritto penale, generale e speciale, anche qui toccando una serie vastissima di argomenti, spesso affrontati in occasione della sua professione forense, e contestualmente, o successivamente, approfonditi in specifici studi. In così vasta panoramica, però, spicca un tema che, in un certo senso, ha rappresentato lo sfondo di tutta la sua produzione scientifica, ovvero il fondamento della pena, sul quale - che trattasse della pericolosità, delle misure di sicurezza o di singole incriminazioni - non ha mai mancato di interrogarsi, all'angoscioso bivio tra retribuzione e difesa sociale.

3. Il dilemma tra retribuzione e difesa sociale agli inizi del XX secolo.

Il primo apparire del pensiero scientifico sul problema fondamentale del diritto penale, ossia la giustificazione del *diritto di punire*, viene fatto risalire alla filosofia greca, e, più precisamente, al Pitagorismo, il quale denominò la pena *taglione morale*, affermando che «la pena è giusta, in quanto retribuisce il male col male».

Platone sviluppò nel *Gorgia* il suddetto enunciato pitagorico; ma, in seguito, nelle *Leggi*, spostò il fondamento del diritto di punire dalla retribuzione del male col male alla prevenzione ed intimidazione, dichiarando che non si punisce perché si è compiuto un crimine, ma per intimidire i potenziali delinquenti.

Questa seconda dottrina dell'intimidazione fu recepita da Aristotele nel suo trattato dell'*Etica* e la si ritrova affermata, in età romana, da Cicerone (nel *De officiis*) e da Seneca (nel *De ira*).

Con i filosofi del cristianesimo (in particolare Tommaso d'Aquino e la sua *Summa theologica*), però, si ritorna al vecchio concetto pitagorico della retribuzione e del taglione morale.

Nel secolo XVII, Ugo Grozio, fondatore della c.d. *Scuola del diritto naturale*, propone una conciliazione eclettica tra il principio platonico-pitagorico della retribuzione e quello aristotelico della intimidazione. Ma successivamente le due dottrine si biforcano nuovamente: Leibniz³³ e Vico³⁴ sono per la retribuzione; Locke³⁵ e Hobbes³⁶ per la intimidazione; e successivamente ancora (se-

³³ LEIBNIZ, *Politische Schriften*, Potsdam, 1667-1694.

³⁴ VICO, *De universi iuris uno principio et fine uno*, Napoli, 1720.

³⁵ LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1689.

³⁶ HOBBS, *Leviathan*, London, 1651.

colo XVIII) Emanuele Kant³⁷ è per la prima, Bentham³⁸ e il nostro Romagnosi³⁹ per la seconda.

Nel XIX secolo altre teoriche si affiancano alle due tradizionali: quella della pena come *vendetta pubblica* (Vecchioni, Brückner, Schmalz); la teoria della *reciprocenza* (Borst, Fichte, Tissot); la teoria dell'*emendamento* (Roeder); quella della *riprovazione morale* (Von Bar).

Il sistema della giustizia punitiva, però, si impernia ancora, sostanzialmente, sui due principi di retribuzione (*punitur quia peccatum est*) e di intimidazione (*punitur ne peccetur*).

Muovendo dall'idea-base, secondo cui l'essere umano è libero e cosciente delle sue azioni e, quindi, sempre imputabile dei suoi atti, salvo che cause morbose non ne aboliscano o diminuiscano la coscienza e la libertà, i due principi della retribuzione e della intimidazione funzionano come i due *muri maestri* dell'*edificio penale*: l'uno è il principio repressivo, l'altro il principio preventivo. Con l'uno la giustizia penale punisce il reo, adeguando la pena alla gravità del delitto e dando soddisfazione alla vittima e alla società; con l'altra la giustizia penale previene il *maleficio*, minacciando pene ai violatori delle sue leggi.

Le leggi penali adempiono ad entrambi gli scopi: col fatto stesso della loro emanazione adempiono allo scopo preventivo, in quanto intimidiscono i delinquenti eventuali, i futuri colpevoli; con la loro applicazione al caso concreto adempiono allo scopo retributivo o repressivo, irrogando al delinquente la pena adeguata al suo delitto.

Di qui i concetti informativi della giustizia penale millenaria e tradizionale: I. Soltanto gli imputabili sono responsabili, essendo l'imputabilità il presupposto della responsabilità; II. Due criteri stanno alla base della commisurazione della responsabilità e quindi della pena: il dolo (o la colpa) e il danno. La pena cresce col crescere del dolo e del danno, diminuisce con il loro diminuire. III. Adeguata la pena al dolo e al danno, cessa il magistero punitivo, e, con l'espiazione della pena, il delinquente è restituito alla società: quindi pene fisse e determinate, mai indeterminate e incerte.

Verso la fine del secolo XIX si colloca la Scuola Positiva di diritto penale, la quale, sul presupposto del determinismo universale, nega il concetto di responsabilità morale, ponendo il fondamento del diritto penale nel principio della difesa sociale dal delinquente.

³⁷ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1797.

³⁸ BENTHAM, *A Fragment on Government*, London, 1776.

³⁹ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, S. Salvatore, 1791.

Per il Positivismo penale, che trova i suoi fondamenti nell'antropologia criminale di Cesare Lombroso⁴⁰ e nella sociologia criminale di Enrico Ferri⁴¹, il delinquente non va punito in quanto moralmente colpevole del delitto commesso, ma in quanto *temibile*.

Quindi, la legge penale prima e la sentenza del giudice poi, non dovranno più preoccuparsi, come era secondo la vecchia concezione penale, del grado di morale responsabilità del delinquente, bensì unicamente del suo grado di *temibilità*: non si dovrà guardare tanto al reato e alla sua entità (ossia gravità), quanto alla personalità del suo autore e al suo grado di temibilità e di pericolosità⁴².

Una tale visione, rigidamente naturalistica e deterministica dell'uomo in genere, e del delinquente in specie, conduce alla negazione radicale dell'imputabilità intesa alla maniera tradizionale, a cui viene sostituita la pericolosità; e, mutata l'idea-base dell'edificio penale, ne vengono a mutare tutti i principi informatori.

La responsabilità non è più proporzionata al dolo e al danno, ma appunto alla maggiore o minore pericolosità, e il dolo e il danno che erano, nel vecchio edificio penale, i criteri commisuratori della responsabilità e della pena, diventano sintomi rivelatori della maggiore o minore pericolosità. La pena non è più fissa o determinata, ma indeterminata, cioè subordinata al venir meno della pericolosità.

Accenni al concetto positivista della difesa sociale, peraltro, si ritrovano in molti penalisti del secolo XIX, come ad esempio nel già citato Romagnosi, il cui volume *Genesi del diritto penale* è essenzialmente positivista⁴³. Ma anche

⁴⁰ « Il delinquente - affermava Lombroso - costituisce uno speciale tipo antropologico»; e quali fossero i caratteri peculiari di siffatto delinquente, cercò di mostrare nella sua opera più importante e famosa *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie* che, uscita per la prima volta nel 1876, fu notevolmente ampliata, integrata e corretta, fino alla quinta edizione del 1896-97.

⁴¹ Con Enrico Ferri la Scuola Positiva giunge alla sistemazione più completa: non più diritto, non più antropologia, non più psicologia, ma *Sociologia Criminale*, teorizzata ne *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (Bologna, 1884) e in seguito ulteriormente sviluppata.

⁴² Per un'analisi più dettagliata della teorica positivista v. il ns. *Il Positivismo secondo Enrico Ferri* in *Giust. Pen.* 2016, I, 228.

⁴³ Ciò è posto bene in luce da SPIRITO (*Storia del diritto penale italiano*, p. 1[^], Roma, 1925, 101): «Riportata la concezione giusnaturalistica del Romagnosi alla stessa finalità della teoria contrattualistica, è chiaro che le loro conseguenze per quello che concerne più particolarmente il problema del diritto penale devono anch'esse sostanzialmente coincidere. E infatti per il Romagnosi il fine della pena è ancora quello e soltanto quello della *difesa sociale*.

Escluso il concetto di vendetta, il fine della pena è riposto, come per il contrattualismo, nella necessità di difendere il rapporto sociale. Che tale rapporto sia di carattere naturale o convenzionale è questione affatto secondaria: l'importante è che la sua esistenza non sia messa in pericolo e che chiunque ad essa

prima di Romagnosi, se si guarda a fondo la dottrina del diritto penale come strumento di prevenzione e intimidazione in contrapposto a quella della retribuzione, si scorgono in essa elementi non tanto dissimili dal concetto della difesa sociale.

Il codice Zanardelli, redatto nel 1889, quando i cardini intangibili dell'imputabilità, della responsabilità e della pena erano ormai messi in discussione, cionondimeno ha rappresentato il massimo sforzo del pensiero italiano diretto a conciliare le opposte Scuole e le opposte dottrine; suoi precursori erano stati i penalisti della teoria c.d. *mista*⁴⁴, i quali (per l'Italia Pellegrino Rossi⁴⁵, Pasquale Stanislao Mancini⁴⁶ e vari altri), avevano cercato di armonizzare e riunire in una sintesi più o meno felice le varie concezioni penali⁴⁷.

In esso, infatti, si avverte già la penetrazione di principi diversi, non esclusi taluni influssi del Positivismo, con le prime, timide applicazioni delle c.d. *misure di sicurezza*: la consegna del prosciolto per infermità di mente all'autorità competente per il ricovero in manicomio (art. 46, 2° comma)⁴⁸;

attenti venga punito. E la pena non può avere nessun altro criterio che trascende la necessità della pura difesa. Il Romagnosi si pone esplicitamente la domanda se il diritto penale sia *unicamente* diritto di difesa e dopo una laboriosa dimostrazione conclude affermativamente.

La pena si determina come *controspiuta* alla *spiuta criminosa* e trova nel concetto di controspiuta il suo limite insuperabile [...] Concepito in tal guisa il diritto di punire è logico che il perseguimento della sua finalità deve prospettarsi come una funzione di non esclusiva spettanza della legge repressiva. Il vero fine della pena si consegue meglio quando la pena stessa è prevenuta ed è eliminata in precedenza la sua necessità [...] Prevenire il delitto significa realizzare sempre più il perfezionamento della società e quindi migliorare e svolgere tutti i fattori della vita sociale: politica, religione, giustizia, educazione, etc. Troviamo così nel Romagnosi quella stessa esigenza che sarà poi il maggior valore della scuola positiva, in quanto anch'essa e soprattutto essa ha richiamato più esplicitamente l'attenzione degli studiosi sulla necessità di prevenire più che di punire il delitto.»

⁴⁴ BERNER (*Lehrbuch des Strafrecht*, Leipzig, 1857) aveva distinto le teorie sulla pena in tre categorie: teorie *assolute* quelle dalle quali la pena era fondata sulla necessità etica e trovava quindi lo scopo in se stessa; *relative* quelle per cui la pena derivava dall'utilità e poneva quindi il proprio scopo fuori di sé; *miste* quelle che cercavano di armonizzare variamente i due diversi principi.

⁴⁵ Secondo Pellegrino ROSSI (*Traité de droit pénal*, Paris, 1829), fine diretto ed essenziale della giustizia umana non poteva essere che il *ristabilimento dell'ordine sociale turbato dal delitto*, senza escludere, però, che la pena potesse produrre effetti diversi più o meno legati alla sua natura, come l'intimidazione e l'emenda.

⁴⁶ In una polemica tutta interna alla Scuola Classica, MANCINI (*Fondamento della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*. Lettere di T. Mamiani e di P. S. Mancini, Napoli, 1841) aveva criticato l'identificazione della morale e del diritto sostenuta da Terenzio Mamiani, optando, piuttosto, per un sistema penale in cui i due diversi principi dell'utile e del giusto venivano fusi insieme alla maniera eclettica.

⁴⁷ La teoria cd. *mista* - che fu detta *giuridica* - ebbe seguaci in Francia (Ortolan), in Belgio (Nans) ed in Germania (Wirth, Abegg, Berner, Merkel).

⁴⁸ Art. 46 codice Zanardelli: «Non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti. /Il giudice, nondime-

l'espiazione della pena afflittiva irrogata ad un affetto da ubriachezza abituale in stabilimenti speciali (art. 48, 3° comma)⁴⁹; i provvedimenti di vigilanza o di ricovero predisposti per i minori autori di delitti (artt. 53-55)⁵⁰ ed altri istituti vari, sparsi qua e là nel codice penale suddetto.

Oggi possiamo dire che questa crisi del diritto penale ebbe, comunque, un effetto benefico nel denunciare che su tutta una categoria di esseri umani i precetti e le sanzioni penali non avevano quell'efficacia intimidatrice sulla quale si fondava (o per meglio dire, confidava) il sistema penale tradizionale; e ciò in quanto il presupposto dell'imputabilità - verità od ipotesi filosofica che fosse - era in essi palesemente smentito.

Parliamo dei minori, dei malati di mente, dei recidivi, degli abituali e dei professionali del delitto; averli studiati, aver stabilito l'inefficacia, se non addirittura il fallimento per essi, del vecchio concetto di pena (come retribuzione e intimidazione) e la necessità - piuttosto - di un trattamento di cura e di risanamento, è stato il grande merito del Positivismo. Il suo limite fu quello di

no, ove stimi pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto, ne ordina la consegna all'Autorità competente per i provvedimenti di legge.».

⁴⁹ Art. 48, 3° co. codice Zanardelli: «Se l'ubriachezza sia abituale, la pena restrittiva della libertà personale può essere fatta scontare in uno stabilimento speciale.».

⁵⁰ Art. 53 codice Zanardelli: «Non si procede contro colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i nove anni. /Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il presidente del tribunale civile, sulla richiesta del pubblico ministero, può ordinare, con provvedimento revocabile, che il minore sia rinchiuso in un istituto di educazione e di correzione, per un tempo che non oltrepassi la maggiore età; ovvero può ingiungere ai genitori, o a coloro che abbian obbligo di provvedere all'educazione del minore, di vigilare sulla condotta di lui, sotto pena, in caso d'inosservanza ed ove il minore commetta un delitto qualsiasi, di un'ammenda sino a lire duemila.».

Art. 54 codice Zanardelli: «Colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i nove anni, ma non ancora i quattordici, se non risulti che abbia agito con discernimento, non soggiace a pena. Nondimeno, ove il fatto sia preveduto dalla legge come un delitto che importi l'ergastolo o la reclusione, ovvero la detenzione non inferiore ad un anno, il giudice può dare l'uno o l'altro dei provvedimenti indicati nel capoverso dell'articolo precedente. /Qualora risulti che abbia agito con discernimento, la pena stabilita per il reato commesso è diminuita secondo le norme seguenti: 1. all'ergastolo è sostituita la reclusione da sei a quindici anni; 2. le altre pene si applicano con le diminuzioni determinate nei numeri 3° e 4° dell'articolo 47. /Se la pena sia restrittiva della libertà personale, ancorché sostituita ad una pena pecuniaria, il colpevole, che al tempo della condanna non abbia ancora compiuto i diciotto anni, la sconta in una casa di correzione [...]».

Art. 55 codice Zanardelli: «Colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, è punito secondo le norme seguenti: 1. all'ergastolo è sostituita la reclusione da dodici a venti anni; 2. ove si tratti di pena temporanea che oltrepassi i dodici anni, essa si applica nella durata da sei a dodici anni; se oltrepassa i sei ma non i dodici, si applica nella durata da tre a sei anni; e negli altri casi la pena è ridotta alla metà; 3. la pena pecuniaria è diminuita di un terzo. /Se al tempo della condanna il colpevole non abbia ancora compiuto i diciotto anni, il giudice può ordinare che la pena restrittiva della libertà personale sia scontata in una casa di correzione [...]».

spingersi oltre, fino a proporre la soppressione, per tutti indistintamente i partecipanti al consorzio sociale, del presupposto dell'imputabilità, indicando come unico criterio per la determinazione della qualità e della durata della sanzione penale la pericolosità del delinquente⁵¹.

L'esperimento del c.d. *Progetto Ferri*⁵², incarnò la pretesa, dopo mezzo secolo di predicazione e di proselitismo, di tradurre in formale legislazione la deontologia positivista. Esperimento illusorio, essendo il Positivismo un sistema sostanzialmente filosofico, e nessun sistema filosofico, come tale, ha mai aspirato a diventare legge.

Ancora ai primi del '900, comunque, il punto fondamentale della disputa era

⁵¹ Cfr. le allarmate riflessioni di ANTOLISEI (*Pene e misure di sicurezza in Annuario Univ. Sassari*, Sassari, 1933, 18 dell'estratto): «La pericolosità riguarda il futuro, e se si considera soltanto essa, il delitto compiuto non ha e non può avere altro valore che quello di un semplice sintomo rivelatore della personalità dell'individuo. Il delitto, in sé e per sé, passa in seconda linea e ciò, a mio avviso, porta a due conseguenze gravissime. Anzitutto si aprono le porte all'arbitrio, perché, ridotto il delitto a un indice rivelatore dell'individualità psichica del soggetto, viene a mancare una base concreta per l'applicazione della sanzione e il giudizio deve fondarsi su apprezzamenti individuali, non poco incerti e variabili. In secondo luogo - e ciò è anche più decisivo - si sacrificano quasi completamente alle esigenze della prevenzione speciale, e cioè della prevenzione di nuovi delitti da parte del reo, le esigenze non meno importanti della prevenzione generale e si annulla un criterio che per me è ineliminabile dal diritto criminale: quello della retribuzione giuridica».

⁵² Si trattava del primo incarico per una riforma del codice *Zanardelli*, conferito sotto il segno della Scuola criminologica positiva in esplicito accoglimento delle critiche che quest'ultima rivolgeva alla legislazione allora vigente, ritenuta presidio assolutamente insufficiente contro la delinquenza, e del tutto impari ai compiti di prevenzione, soprattutto di prevenzione individuale o speciale, che un diritto penale fondato su meri criteri repressivi non poteva appagare.

Ne derivò il Progetto di Codice penale del 1921, noto come *Progetto Ferri*, in quantochè Enrico Ferri ne aveva presieduto la Commissione, oltre ad esserne l'effettivo autore.

Come ha sottolineato VASSALLI (*Codice penale in Encicl. del dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 270), il Progetto, che riguardava la sola parte generale (131 articoli), appariva orientato nel modo più integrale secondo tutti i postulati filosofici e politico-criminali della Scuola Positiva: «Esso proclamava infatti apertamente il principio della responsabilità legale o sociale di tutti gli individui per i fatti da loro commessi e conformi al modello legale d'un reato, tranne i casi di giustificazione [...] Negava l'imputabilità e conseguentemente la distinzione tra imputabili e non imputabili e considerava il delitto esclusivamente in funzione del suo valore sintomatico per la pericolosità del soggetto. In relazione a tale pericolosità [...] stabiliva le rispettive 'sanzioni criminali' [...] La sanzione detentiva diventava ovviamente, almeno in molti casi, una segregazione a tempo indeterminato assolutamente o relativamente [...] veniva abolita la distinzione tra delitto tentato e delitto mancato e si ammetteva la possibilità di applicare la stessa pena che per il delitto consumato [...] veniva parificata la responsabilità di tutti compartecipi materiali o morali a quella degli autori principali, le circostanze, concepite tutte in funzione della pericolosità del delinquente».

Il 12 gennaio 1921 Enrico Ferri trasmetteva al Guardasigilli Fera i risultati dei lavori della Commissione (Relazione e testo del Progetto).

Di esso, ben presto archiviato senza rimpianti, sopravvive tuttora qualche traccia nel codice vigente, come, ad es. nella controversa previsione del c.d. *delinquente per tendenza* (art. 108 c.p.).

il seguente: quale che sia la soluzione filosofica del problema della libertà e conseguente responsabilità morale dell'uomo (libero arbitrio) - problema che le varie epoche storiche e i vari sistemi filosofici hanno diversamente risolto - può lo Stato, di fronte al fatto che la grande maggioranza degli uomini sente i freni della coscienza morale e quindi è fisicamente e moralmente capace di regolare la sua condotta alla stregua della legge penale, rinunciare agli effetti, sia etici sia giuridici, di detta legge? Può - come il Positivismo vorrebbe - confondere il fanciullo con l'adulto e il malato di mente con l'uomo sano? O non è, piuttosto, da preferire un sistema, in parte già attuato, in cui, ferma restando la pena per l'uomo sano di mente e normale, si applichi al malato, all'immaturo, al pazzo, al recidivo, all'abituale etc. una sanzione diversa dalla pena (c.d. *misura di sicurezza*)?

Lo stesso dilemma si presenterà in quel periodo al legislatore italiano, all'atto di porre mano ad una nuova codificazione penale. Se, cioè, proseguire sui vecchi binari concettuali zanardelliani del 1889, che poggiavano sulla base tradizionale della imputabilità e dei principi correlativi della retribuzione e della intimidazione, con piccoli accenni frammentari ai metodi di cura e di risanamento del delinquente organicamente immaturo o refrattario per cause sociali o congenite ai freni della legge penale, oppure adottare, nella pienezza dei suoi postulati, dei suoi assiomi e dei suoi corollari, l'impalcatura concettuale del Positivismo penale.

Due vie, almeno in assoluto, impraticabili: impossibile, da un lato, mantenere o anche soltanto in parte modificare la vecchia codificazione del 1889 dinanzi al dilagare della delinquenza minorile, del recidivismo, dell'abitualità, e dinanzi al pericolo costituito, nella società dell'epoca, dalla criminalità dovuta alla malattia mentale e alla intossicazione (da alcool o stupefacenti); altrettanto impossibile, dall'altro, adottando le premesse integrali del determinismo positivista, rinunciare a quella che, dalle origini stesse della civiltà umana fino ai nostri giorni, ha sempre costituito e costituisce ancora l'arma più formidabile di difesa della società, ossia il comminare ed infliggere pene ai trasgressori delle sue leggi.

Una terza via era quella di contemperare e di amalgamare i due sistemi: conservando i cardini tradizionali del magistero penale, senza alcuna rinuncia ai medesimi, anzi rafforzandone l'efficacia, e utilizzando al tempo stesso l'esperienza culturale e pratica del Positivismo per i delinquenti pazzi, abituali, professionali e minorenni.

Naturalmente, questo contemperamento dell'imputabilità con la non imputabilità, e delle pene con le misure di sicurezza non sarebbe stato impresa facile, laddove, da un limite-base in cui basta l'efficacia della pena a rieducare, si

va gradatamente verso l'estremo opposto in cui la pena non ha alcuna efficacia e deve essere sostituita da misure di diverso tipo: nel primo caso v'è solo retribuzione, nella cui sufficienza è insita l'attitudine a rieducare socialmente il colpevole; nel secondo v'è solo difesa sociale, senza proporzione retributiva con l'obiettività del reato.

Nei gradi intermedi si associano la considerazione del reato e quella della pericolosità, cosicché, tanto più la legge dovrà mantenere la proporzione fra il reato e la sanzione, quanto meno di pericolosità, cioè probabilità di ricadervi, si riscontri nell'autore, e viceversa. E, quindi, tanto più la pena dovrà far posto alla misura di sicurezza, quanto meno sia possibile sperare il riadattamento sociale dell'autore dalla equazione tra il fatto e la pena.

Al riguardo, comunque, De Marsico aveva le idee chiare.

4. Il contributo di De Marsico alla opzione codicistica del 1930.

Siamo ai primi anni '20 del secolo scorso. In Italia si è registrato il fallimento del *Progetto Ferri* (1921), anche perché, nel frattempo (1922), è mutato lo scenario politico.

Sotto l'impulso del movimento positivista, però, si è ormai aperto ovunque un vivace dibattito sul tema della difesa sociale, con particolare attenzione al concetto di *pericolosità*⁵³.

L'appuntamento, per quanto riguarda l'Italia, è con la nuova codificazione, non più prorogabile vista l'inadeguatezza del codice Zanardelli rispetto al recidivismo, alle malattie mentali e, in generale ad una criminalità già molto diversa da quella di fine '800⁵⁴.

Alfredo De Marsico non vuole mancare (e non mancherà) a questo appuntamento, in preparazione del quale scende in campo nel 1923⁵⁵, prendendo posizione sulle teorie formulate dalla dottrina più autorevole del momento. A

⁵³ Un dibattito a livello continentale, come dimostra una serie di congressi tenuti in quello scorcio di tempo: V Congresso internazionale di antropologia criminale (Colonia 1911); Congresso penitenziario internazionale (Londra 1925); 1° Congresso internazionale di diritto penale (Bruxelles 1926); VII Congresso internazionale di antropologia criminale (Vienna 1926). Notevole il successo che riscuotevano in quelle sedi le Relazioni presentate da Enrico Ferri.

⁵⁴ «Il codice Zanardelli fu la più matura ed alta espressione del diritto penale governato unicamente dal dogma della imputabilità e dal criterio della retribuzione; durante il suo impero divampò nella sua tragica luce la insufficienza di esso ad arginare il fenomeno delittuoso, specie per alcune categorie di delinquenti (recidivi, abituali, folli ecc.) e la necessità di inserire nell'organismo del diritto penale un nuovo principio: quello della difesa sociale.» (DE MARSICO, *Diritto penale: parte generale*, Napoli, 1935, 352).

⁵⁵ DE MARSICO, *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative* in *Giust. pen.* 1923, 289 ss..

cominciare da quella di Sabatini⁵⁶, il quale distingue una causalità criminosa contingente da un'altra immanente: la prima si rapporterebbe, a titolo di dolo o di colpa, al fatto specifico proprio dell'uomo normale; la seconda al comportamento anormale del soggetto, conforme alla sua personalità psichica quale stato soggettivo criminoso. Stato soggettivo che consisterebbe nella pericolosità criminale e che assurgerebbe non a circostanza del reato, ma a forma speciale di reato.

Di tale reato, l'A. identifica l'*elemento materiale* nel complesso dei fatti rivelatori della soggettività; l'*elemento psichico* nello stato di immanenza criminale; l'*elemento oggettivo formale* nella violazione della norma che disciplinerebbe come reato lo stato di pericolosità criminale; l'*elemento oggettivo sostanziale* nell'offesa attuale o potenziale agli interessi della società e nel danno attuale o potenziale al mondo esteriore.

Questa opinione - obietta però De Marsico⁵⁷ - sta soltanto a dimostrare le aberrazioni cui si perviene dimenticando che la sanzione ha nel reato la sua base insopprimibile, e che l'efficacia della difesa sociale è anch'essa proporzionata all'importanza che, nella disciplina delle sanzioni, si attribuisce al reato.

Secondo altra teoria⁵⁸, opposta alla precedente, la pericolosità aderirebbe così tanto al concetto di reato, da essere "una potenza antropologica, apprezzata *nel* reato, come probabile attuazione di reati ulteriori": una possibilità da considerarsi sempre e solo *nel* reato già commesso. Legata così indissolubilmente al reato, la pericolosità non sarebbe che una *circostanza* atta a produrre le variazioni pratiche necessarie, distribuendo "ai casi la repressione dovuta", e adattando la sanzione alle note personali del delinquente.

Ad avviso di De Marsico⁵⁹, l'errore di questa teoria è, da un canto, nel fare della pericolosità un *quid inviscerato nel reato*, e dall'altro, nello scindere il giudizio sul reato dal giudizio sulla pericolosità; cosicchè quest'ultimo, emesso dall'organo peritale giurisdizionale, potrebbe essere consultato e tenuto presente dal giudice del reato, ai fini della sanzione, solo in caso di affermazione della responsabilità.

La ricognizione prosegue con l'esame della teoria c.d. *sintomatica del reato*

⁵⁶ SABATINI, *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso* in *Riv. di dir. e proc. pen.* 1921, I, 253 ss..

⁵⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 292.

⁵⁸ CIGNA, *Positivismismo e diritto*, Palermo, 1921, 143 ss..

⁵⁹ DE MARSICO, *op. e loc. cit.*

sostenuta da Grispigni⁶⁰, per la quale il reato è il sintomo della personalità psichica del suo autore, ed è perciò l'elemento precipuo ai fini del giudizio sulla pericolosità, che consiste nella molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato. Non ogni anormalità è un reato, ma ogni reato è una anormalità, deficienza di adattamento alle norme della convivenza sociale: ogni reato, nel momento in cui avviene, è un difetto psichico, che, raggiunta la prova del reato, viene posto a carico dell'agente, salvo alla difesa dimostrare, in via di eccezione, che, nella fattispecie, nonostante il reato, mancava la pericolosità.

Secondo Grispigni, la classificazione legislativa dei reati nei codici agevola e fissa la classificazione dei reati secondo la gravità, e quindi, secondo la pericolosità; ma questa è altresì dipendente dalla varietà di atteggiamenti subiettivi (dovendosi pur sempre distinguere chi agisca con dolo da chi agisca per colpa e, nel dolo, il grado di esso ed i motivi); come dal vario grado dell'azione punibile (reato consumato o tentato), o del concorso (correatità o complicità); nonché dall'insieme dei dati rivelatori della vita anteatta, del contegno posteriore al reato, della personalità psichica del soggetto (mediante perizia antropologica o psichiatrica).

Tuttavia - osserva De Marsico⁶¹ - di reato come *sintomo del carattere*, può parlarsi nei casi di criminalità cronica, professionale, abituale, o anche di criminalità acuta o delinquenza di occasione, colta nei reati di maggiore gravità che siano col carattere dell'agente in tale rapporto da designare una pericolosità cronica: «All'infuori di queste due forme di criminalità - conclude -, la teoria sintomatica del reato non ha valore che per lo studio delle modalità del delitto, per la valutazione psicologica del fatto, ai fini della scelta e della misura della sanzione [...] Il nucleo essenziale della teoria - classificazione dei delinquenti secondo la gravità dei reati e secondo la varietà dell'elemento subiettivo quale oggi è disciplinato - sta a dimostrare che la teoria ora discussa mette capo ad una *riforma delle pene e degli istituti penitenziari piuttosto e prima che a quella del diritto penale*.».

Fin qui l'A. si è limitato, sostanzialmente, ad una critica delle teoriche sopra ricordate. Passando ad esaminare i contenuti del *Progetto Ferri*, però, ha modo di esprimere il suo pensiero in proposito⁶²: «Nel complesso, la disciplina della pericolosità nel Progetto Ferri [...] si manifesta collocata su basi multiforme e varie. Il concetto di anormalità spezzato nelle specie, non definite e

⁶⁰ GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato* in *Scuola pos.* 1920, 104 ss..

⁶¹ DE MARSICO, *op. cit.* 295.

⁶² DE MARSICO, *op. cit.* 301-302.

malcerte, di anomalia e malattia, e soprattutto da intenti di dubbia opportunità proprio sul terreno dei delinquenti folli; non fissati nè ricercati i rapporti fra le varie circostanze di maggiore o minore pericolosità, né i rapporti fra le circostanze di maggiore e minore pericolosità quando insieme concorrono. Ne viene soltanto, di certo, una dosimetria nelle sanzioni che, astratta ed empirica insieme, ridurrebbe ancora una volta il delinquente al punto di applicazione della formula [...] Il progetto, mentre stabilisce sanzioni di estesa latitudine, finisce poi per irrigidirne il criterio di applicazione imponendo al giudice di irrogarle quasi per frazioni, in ragione delle circostanze che possono concorrere in un delitto (artt. 74-77). E ciò, è evidente, ripugna ad un'esatta individuazione della pena, ed aggrava gli errori e le tristezze di cui la via della giustizia è stata finora cosparsa, poiché, se è arduo ed impossibile, per codici fondati sul principio della retribuzione, determinare l'entità del fatto obiettivo e ad essa proporzionare la pena, infinitamente più arduo è proporzionarla aritmeticamente a un attributo psicologico quale la pericolosità. Pur senza aggiungere che da questa rispondenza aritmetica studiosamente escogitata, la sanzione pare ricevere note vendicative anche più bieche che non siansi deplorate per la pena retributiva.».

Se questa è la *pars destruens*, segue la *pars construens*⁶³: «A mio avviso, il concetto della pericolosità non deve essere denominazione riassuntiva di un dato gruppo di norme; ma informare tutto il sistema delle norme giuridiche penali; non isolarsi in un capitolo, ma circolare per tutto l'organismo, alimentarlo, animarlo interamente di sé. Tutti gli istituti di diritto penale devono essere disciplinati nel modo che esso suggerisce e richiede [...]

Delinquenti normali sono quelli capaci di delinquere con dolo, delinquenti anormali quelli in cui il meccanismo della volontà è infermo, per alterazioni che esso direttamente invalidano o che attaccano invece l'insieme dell'individualità fisio-psichica. Assunto così il dolo a indice di normalità, esso deve anche essere circoscritto, nella sua nozione fondamentale, alla consapevole e libera rappresentazione degli effetti della propria azione. Aggiungere a questa nozione il fine, la intenzione, è un dippiù che non occorre a completare il dolo, già completo, ma a graduarlo: il fine in generale non deve individuare il dolo del reato, ma la maggiore pericolosità del reo [...] Io sono in ciò fermamente per la teoria rappresentativa del dolo [...]

Per i delinquenti anormali, io propugno da tempo una netta distinzione fra i *totalmente* e i *parzialmente anormali*, distinzione che avrebbe ripercussione immediata nel diritto processuale, con quella fra soggetti privi di capacità pro-

⁶³ DE MARSICO, *op. cit.* 302 ss..

cessuale e soggetti a capacità processuale incompleta o parziale, bisognosi di organi sussidiari o integratori della personalità. Il primo gruppo dovrebbe comprendere i minorenni fino a una certa età, che, variabile secondo le legislazioni, è fissata nel Progetto Ferri al 12^o anno; gli infermi di mente, compresi gli alcolizzati cronici (o dipsomani), e i delinquenti abituali; il secondo gruppo, i minorenni dall'età limite di quelli compresi nel primo, in poi; i semi-infermi di mente; gli alcoolisti non rientranti nel primo gruppo; gl'ignavi e i repugnanti al lavoro. Pel primo gruppo dovrebbero predisporre misure di sicurezza o di protezione della società, e, per i casi di massima pericolosità, misure di eliminazione; pel secondo, misure di miglioramento [...]

Così, la responsabilità penale si specifica o dualizza: per l'individuo normale, fondasi sul dolo, e, specificata precipuamente dai motivi, è determinata dalla pericolosità; per gli anormali, fondasi sul fatto obiettivo e si determina dalla pericolosità, desunta dalla struttura fisio-psichica.».

Date simili premesse, si può facilmente immaginare quale sia l'opinione di De Marsico in merito alla funzione della pena⁶⁴: «Oggi, non solo per effetto di una tendenza scientifica che accentua il bisogno di individualizzare la pena, ma per il crescente prevalere dei diritti dello Stato su quelli dell'individuo, il concetto della pena-retribuzione sbiadisce a vantaggio della pena come mezzo di difesa sociale [...] E' del tutto ovvio che alle esigenze della difesa sociale risponda l'applicazione della legge penale all'agente non solo pel fatto che egli compie, ma per il carattere psicologico che esso, in concorso di altri coefficienti, sta ad indicare: non solo pel *reato*, ma per la *pericolosità*. Per siffatta via, non si punisce l'infrazione della legge, ma l'energia che l'infrange, in tutta la sua efficienza; e la punizione potendo solo concernere un avvenimento verificatosi, non una virtualità, è intuitivo che, messa in relazione alla pericolosità, la funzione della pena si trasformi in funzione di miglioramento dell'individuo o di protezione della società e la retribuzione in difesa, avente nel reato la *occasione* per esplicarsi.».

Nel frattempo (1925), Alfredo Rocco, assunta la direzione del Ministero della giustizia⁶⁵, ha dato inizio ai lavori per la riforma del codice penale e del codice di procedura penale, richiedendo al Parlamento i necessari poteri di delega. Nel fare ciò, non presenta un Progetto vero e proprio, ma ne indica, in una

⁶⁴ DE MARSICO, *op. cit.* 290.

⁶⁵ Esponente del movimento nazionalista, aveva aderito al fascismo nel 1923. Dal 1924 al 1925 fu Presidente della Camera. Insegnò diritto commerciale a Urbino e a Macerata, diritto processuale civile a Parma e a Palermo, diritto commerciale a Padova, legislazione del lavoro e poi diritto commerciale a Roma, dove fu Rettore dal 1932 alla morte (1935).

Relazione, i punti fondamentali, affinché il Parlamento su di essi possa ampiamente discutere ed esprimere i voti relativi.

Alla Camera dei Deputati De Marsico è nominato “Relatore per le modificazioni al Codice penale” e ha modo, così, di portare il suo contributo all’introduzione delle misure di sicurezza e al sistema del c.d. *doppio binario*⁶⁶.

Cruciale è la giornata del 28 maggio 1925 in cui presenta la sua *Relazione parlamentare sul disegno di legge per la delega al governo del re della facoltà di emendare il codice penale*⁶⁷, trattando proprio questo argomento: a partire dal fondamento della pena, considerata non in se stessa ed isolatamente, ma in rapporto - per l’appunto - alla introduzione delle misure di sicurezza, il cui sistema - esordisce De Marsico - «costituirà la pietra angolare del nuovo edificio del diritto punitivo, e darà la precisa misura della innovazione che il nuovo Codice penale italiano segnerà nel diritto punitivo del mondo»⁶⁸.

Già dalle prime parole si può riconoscere quel cauto equilibrio che gli è proprio: «Dichiaro subito che sono lontano da affermazioni di infallibilità. Nella scienza non può essere possibile altro atteggiamento che la ponderazione disposta al ravvedimento, ma la perplessità del teorico non può essere causa di ritardo per riforme di cui nessuno disconosce l’urgenza. Anche se fosse incerta la definizione e l’intima natura delle misure di sicurezza, da ciò non resterebbe diminuita l’urgenza di introdurle. I fatti e le cose prima nascono, poi si

⁶⁶ Uno dei punti più contestati da sempre del codice Rocco, anche dopo la costituzionalizzazione all’art. 25, 3° comma Cost..

La legge delega (n. 2260) fu votata il 24 dicembre 1925. Il Guardasigilli incaricò poi un Comitato di giuristi, da lui personalmente diretto, di redigere il Progetto preliminare di riforma del codice penale, che, a ottobre 1927, venne sottoposto all’esame di una Commissione ministeriale, e sul quale furono richiesti anche i pareri della magistratura, delle Università e dei Consigli forensi.

In seguito a ciò, lo stesso Comitato che aveva compilato il Progetto preliminare, con l’aggiunta di altri membri, ebbe l’incarico di procedere alla stesura del Progetto definitivo da presentare all’esame della Commissione parlamentare.

Tale Commissione (che esaurì i suoi lavori il 22 marzo del 1929) era stata suddivisa in tre Sottocommissioni, delle quali, in particolare, quella per l’esame del Libro I del Progetto era composta, fra gli altri, da De Marsico.

Il Guardasigilli, tenendo conto delle osservazioni della Commissione parlamentare, apportò numerosissime modifiche al Progetto, sia formali che sostanziali, e si pervenne, così, alla pubblicazione, avvenuta il 26 ottobre 1930, del nuovo codice penale, che sarebbe entrato in vigore il 1° luglio 1931.

⁶⁷ Consultabile negli Atti Parlamentari della Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, 1^a Sessione, Discussioni, Tornata Del 28 Maggio 1925, 3859 ss. in *storia.camera.it*.

⁶⁸ DE MARSICO, *Relazione parlamentare sul disegno di legge per la delega al governo del re della facoltà di emendare il codice penale*, Atti Parlamentari della Camera dei Deputati, Legislatura XXVII, 1^a Sessione, Discussioni, Tornata Del 28 Maggio 1925, 3859 in *storia.camera.it*.

lasciano definire. Sono come l'io di Fichte: prima si pone, poi si oppone.»⁶⁹. Sembra, infatti, che uno dei maggiori problemi, tanto nella Relazione del Guardasigilli, quanto nel dibattito su di essa, fosse quello relativo alla natura di codeste nuove misure, le quali, nel momento in cui se ne dichiarava la sostituibilità alla pena per alcune categorie di delinquenti (minorenni, delinquenti affetti da alcune forme di squilibrio psichico, ignavi, *repugnant* al lavoro, delinquenti abituali), si ammetteva una sostanziale identificazione fra pene e misure di sicurezza.

In Commissione, poi, era stata avanzata la proposta, accolta dal Ministro, di far espriare la pena ai semi-infermi di mente dopo la misura di sicurezza, o comunque, di lasciare al giudice la facoltà di applicare l'una o l'altra. «Su questa via - osserva De Marsico⁷⁰ - , la differenza tra pena e misura di sicurezza non è più distacco incolmabile, ma agevole trapasso, e la questione relativa alla loro natura, restando sempre degna dello studio più attento, si avvicina oltremodo ad una soluzione che dissuade dal ritenerle di una assoluta eterogeneità.

La stessa conclamata necessità di predisporre le più severe cautele per l'applicazione delle misure di sicurezza - aggiunge poi - avvicina ad una soluzione simile. Poiché, basta considerare che esse possono produrre per la libertà ed i diritti dell'individuo limitazioni a volte più gravi che non la pena nella sua nozione classica, per dover esigere garanzie proporzionate.».

Quest'ultimo punto merita attenzione: *necessità di predisporre le più severe cautele; esigenza di garanzie proporzionate*.

E' lo stesso De Marsico a spiegare come soddisfare entrambe⁷¹: «Ma di garanzie adeguate non conosciamo che una sola, la giurisdizionalità, e chi dice misura affittiva o, comunque, restrittiva giurisdizionalmente applicata dice in fondo misura penale. Il divario tra misure d'indole amministrativa ma di applicazione giurisdizionale, e misure così d'indole come di applicazione giurisdizionale è sottilissimo: piuttosto che di distacco può parlarsi di contatto.

Non che differenze non esistano, ma trattasi, a nostro avviso, di differenze che non scalfiscono la sostanza delle cose.».

Il Ministro aveva manifestato al riguardo qualche perplessità a motivo di taluni caratteri delle misure di sicurezza non riscontrabili anche nelle pene, come la discrezionalità, la revocabilità e l'indeterminatezza, ma - replica De Marsico

⁶⁹ DE MARSICO, *Relazione cit.* 3859.

⁷⁰ DE MARSICO, *Relazione cit.* 3860.

⁷¹ ID., *ibid.*

- non è così⁷²: «Noi pensiamo [...] che su queste basi non può istituirsi un contrapposto reciso, perchè neanche in rapporto alle misure di sicurezza si può parlare di discrezionalità pura né di revocabilità assoluta né di indeterminatèzza indefinita. Si tratterà sempre di una discrezionalità fondata sugli accertamenti compiuti in rapporto alla materialità del fatto ed al complesso degli elementi subiettivi, per la scelta della opportuna misura di sicurezza; di una revocabilità sottoposta alla condizione che la società non abbia più bisogno di difendersi dal condannato, per il suo avvenuto riadattamento sociale, che toglie alla misura di sicurezza il suo fondamento di necessità; si tratterà sempre di una indeterminatèzza limitata dalla medesima necessità, in quanto la indeterminatèzza della durata al momento della inflizione della misura di sicurezza diverrà una determinatèzza graduale e progressiva, man mano che il condannato, attentamente studiato durante la espiazione, lascerà sorprendere l'attitudine o l'inettitudine al riadattamento e prevedere il periodo di tempo necessario a conseguirlo o stabilire il momento in cui bisognerà disperare. *La misura di sicurezza, insomma, al pari della pena, non potrà durare un'ora di più né un'ora di meno di quanto il bisogno della difesa sociale strettamente imponga.*»⁷³.

Come sappiamo, nel codice le misure di sicurezza saranno definite *amministrative*, nonostante la giurisdizionalità, perché questa era l'opinione del Guardasigilli che finirà col prevalere da ultimo. Diverso è, invece, da sempre, il pensiero di De Marsico, convinto che⁷⁴ «Avvicinate [...] secondo l'essenza delle cose le due categorie di sanzioni, il legislatore potrà introdurre le misure di sicurezza senza la preoccupazione di menomare la purezza del sistema fin oggi disciplinato dal Codice penale; potrà introdurle anzi con la coscienza di consegnare al domani un sistema completo in cui pene e misure di sicurezza concorreranno armonicamente a soddisfare la stessa necessità giuridica e sociale.».

Infatti, prosegue, «Neanche può nettamente dirsi che la differenza riposa nell'essere le pene mezzi di repressione e prevenzione insieme, le misure di sicurezza mezzi di prevenzione soltanto. Se da una parte le pene sono le tipiche misure mediante le quali si provvede ai bisogni della prevenzione speciale e della prevenzione generale, cioè alla intimidazione del colpevole ed alla soddisfazione dell'offeso, all'intimidazione dei terzi ed alla soddisfazione della

⁷² ID., *ibid.*

⁷³ Il corsivo è nostro. Qui forse prevaleva il garantismo dell'avvocato, o forse, più semplicemente la coscienza civile.

⁷⁴ DE MARSICO, *op. e loc. cit.*

collettività, anche le misure di sicurezza provvedono insieme agli scopi della prevenzione speciale e della prevenzione generale.».

Con l'occasione, De Marsico ritorna sull'eterno dilemma fra retribuzione o difesa sociale, esprimendo, ancora una volta, un giudizio per molti versi *salomonico*⁷⁵: «Non occorre che superare un ultimo traguardo fra la Scuola Classica e la Scuola Positiva. Trattasi di stabilire se ai fini della prevenzione speciale e generale occorre provvedere informando il sistema delle sanzioni al principio retributivo od a quello della difesa sociale. Io credo però che la Scuola Positiva, lungi dal respingere il principio della retribuzione, lo faccia suo integrandolo. Se la Scuola Classica vede nella pena il mezzo retributivo del male rappresentato dal reato, ugualmente per la Scuola Positiva così la pena come la misura di sicurezza, guardate nella integrità delle loro efficienze, restano mezzi retributivi. Con una sola differenza: che, mentre la retribuzione per i Classici si opera con una equazione fra il reato (considerato prevalentemente nella sua materialità, nella gravità del bene giuridico offeso) e la pena; per i Positivisti invece la retribuzione si opera con una equazione fra il reato (considerato non solo e non tanto nella sua gravità obiettiva, ma prevalentemente nel lato subiettivo, nel fattore dinamico, come sintomo insomma della personalità dell'agente) e la sanzione applicabile. E' evidente che dando la prevalenza alla considerazione del fattore subiettivo, della potenzialità del colpevole di nuocere ulteriormente, la retribuzione si trasforma in difesa, e la sanzione da mezzo retributivo diviene anche e sopra tutto mezzo di difesa sociale contro il dinamismo nocivo del colpevole.».

A questo punto, dovremmo domandarci quanta parte abbia avuto il pensiero di De Marsico studioso, nonché Relatore, sul testo poi diventato legge.

Lo sottolinea Egli stesso in un lavoro pubblicato due anni dopo l'entrata in vigore del codice⁷⁶: «[...] non si può fare a meno di riconoscere che il concetto della pena retributiva è per lo meno svigorito, qualunque i limiti che alla retribuzione vogliamo darsi [...] si potrà parlare, secondo il punto di vista dell'interprete, di una maggior prevalenza del criterio retributivo su quello della difesa sociale, ma è certo che quello è profondamente scalfito da questo, o che questo è inserito in quello in tal misura che la pena è orientata verso una funzione complessa, della quale non è possibile dire che la difesa sociale è l'effetto della prevenzione generale e speciale esercitata mercè alla retribuzione, ma è proseguita come scopo autonomo e diretto della pena.

⁷⁵ DE MARSICO, *Relazione cit.* 3861.

⁷⁶ DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza* in *Riv. di dir. penit.* 1933, 1259 ss..

E' innegabile inoltre che il codice comprende tra i coefficienti di determinazione della pena la pericolosità dell'autore del reato (art. 133), ma comprende tra i coefficienti di determinazione delle misure di sicurezza il reato, considerato anche nella sua entità materiale (art. 133, 222 ecc.). Ora prescrivendo che, nel determinare fra il minimo ed il massimo la pena da applicare in concreto, il giudice debba tener conto della capacità a delinquere del colpevole, desunta dalle circostanze di cui all'art. 133, e che di queste medesime circostanze debba tener conto per stabilire la pericolosità dell'agente e sottoporlo a misura di sicurezza, il codice non si limita a stringere un nesso fra due misure ed un'unica personalità, nè cade nell'errore di sottoporre i medesimi elementi di questa personalità ad una duplice sanzione; ma con la pena prepara, per i delinquenti pericolosi, la misura di sicurezza, e con la misura di sicurezza continua per essi, e sostituisce per i pericolosi non imputabili, la pena; e, se è vero che la retribuzione guarda al passato e poggia sulla giustizia, mentre con la cura della pericolosità si guarda al futuro e si poggia sull'utilità, dà anche alla misura di sicurezza una portata retributiva e di giustizia»⁷⁷.

Le polemiche, tuttavia, non dovevano essersi sopite, se ancora, due anni dopo⁷⁸, De Marsico sarà costretto di nuovo a ribadire l'unità del sistema contro l'opinione dei c.d. *dualisti*, ossia, di chi afferma che all'infuori dell'unificazione, anzi della riduzione, tentata dal Positivismo fra pene e misure di sicurezza nel concetto di *sanzione criminale*, altra non ne sia possibile⁷⁹ o di chi sostiene che nessuno dei provvedimenti previsti dalla nuova legge sui minorenni abbia minimamente scalfito il concetto classico della pena⁸⁰.

«Ciò che trae i dualisti a serbar fede alla loro opinione - commenta De Marsico⁸¹ - è una distinzione su cui s'insiste: ufficio della pena è la retribuzione, ufficio della misura di sicurezza la prevenzione. Distinzione così netta da potersi soggiungere che la pena non difende, non previene, non cura, non guarisce, non riabilita: punisce.

Ora, essa è nella letteratura, come nel diritto positivo, un anacronismo».

Se così fosse, osserva De Marsico⁸², «non si comprenderebbe un indirizzo di-

⁷⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 1275-1276.

⁷⁸ DE MARSICO, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali* in *Riv. di dir. penit.* 1935, 108 ss..

⁷⁹ MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza* in *Riv. di dir. penit.* 1934, 964.

⁸⁰ PAOLI, *La nuova legge penale sui minorenni e il solito positivismo* in *Riv. di dir. penit.* 1934, 1285, nonché PETROCELLI, *La nuova legislazione sui minorenni e il principio della imputabilità morale* in *Riv. di dir. penit.* 1934, 1294.

⁸¹ DE MARSICO, *op. ult. cit.* 109-110.

⁸² DE MARSICO, *op. cit.* 111.

verso della dottrina allo stato attuale della legislazione e precisamente della nostra. Se fosse vero che pena significa e non può significare altro che retribuzione, la pena non potrebbe avere altro termine di misura che il reato, od anche, se si voglia, la colpa contenuta nel fatto che si punisce. Il limite inderogabile della retribuzione insomma dovrebbe essere nel singolo fatto che si punisce, visto nella sua obiettività od anche nella colpa ch'esso realizza. Se ciò fosse, dunque, la pena di morte, che è tutta fondata sull'intimidazione e che annienta nello scopo di essa la funzione della retribuzione, non potrebbe avere giustificazione di sorta; l'aggravamento di pena per la recidiva, per l'abitudine, per la professionalità, fondato sulla difesa sociale, rappresenterebbe una violazione del principio per eccesso, iniquo anche se autorizzato, anzi imposto dalla legge; e, per l'opposto, la sospensione della pena, il perdono giudiziale, la liberazione condizionale fondata sulla inutilità di una difesa sociale effettiva e sull'emenda, rappresenterebbero altrettante violazioni del principio per difetto o per rinuncia, iniqui egualmente. Fatti ed aspetti, questi, così numerosi e di così larga applicazione che, lungi dall'essere semplici elementi accidentali della pena, ne stabiliscono, ne rivelano e ne attuano la ragione d'essere e le finalità.».

«D'altra parte - aggiunge⁸³ -, le misure di sicurezza non si presentano come puri mezzi diretti alla prevenzione speciale, ed al riadattamento sociale, od alla eliminazione, degli autori di reato pericolosi. Servono anch'esse a scopi di prevenzione generale, con quell'elemento afflittivo che specie dalle misure di sicurezza detentive è inseparabile e che solo chi lascia soggiacere la realtà alle tesi, anziché queste modellare su quella, riesce a negare.

In questo incidere delle pene in funzioni che *non* sono la retribuzione, e delle misure di sicurezza in funzioni che sono *anche* retribuzione, od altre ch'erano già proprie, anzi esclusive delle pene, è già un nucleo dell'unità del diritto penale [...] Al reato *senza* pericolosità corrisponde la pena senza misura di sicurezza, e, quando la capacità a delinquere (art. 133 cod. pen.) sia minima, può corrispondere anche la rinuncia alla esecuzione della pena. Al reato che *coesista* con la pericolosità corrisponde la pena associata (nel nostro sistema) alla misura di sicurezza. Alla pericolosità che, in mancanza del requisito della imputabilità nel soggetto od in situazioni di particolare rilevanza abbia il suo sintomo in un fatto non costituente reato (pericolosità extra-delittiva: art. 49 ult. cpv., 115 cod. pen.) corrisponde la sola misura di sicurezza. Ciò che unifica questi tre rapporti in una sola direzione dall'illecito penale, genericamente detto, alla sanzione penale, comprensivamente intesa, sono: la dipendenza di

⁸³ DE MARSICO, *op. cit.* 111-112.

qualunque di dette sanzioni da un fatto previsto, normalmente, come reato; il compenetrarsi degli scopi delle varie misure; la inutilità, e perciò ingiustizia, di chiedere all'esecuzione di una seconda sanzione l'attuazione di uno scopo già raggiunto dall'unico soggetto passivo delle varie sanzioni, con altra precedentemente eseguita».

5. Il De Marsico *precursore*: a) Sul tema della responsabilità degli enti.

Contrariamente a quanto potrebbe pensarsi, la questione di una eventuale responsabilità degli enti collettivi è tutt'altro che recente, avendo occupato a fasi alterne (nel senso che *universitas delinquere et puniri potest* o *societas delinquere non potest*), un arco temporale di circa quindici secoli⁸⁴.

Ai primi del '900, quando De Marsico si accosta a questo argomento, nei si-

⁸⁴ Sembra, infatti, che già in età romana tardo-imperiale le collettività fossero passibili di provvedimenti che oggi diremmo *di polizia*, dunque di natura perlopiù amministrativa, i quali comportavano, in caso di violazione, sanzioni pecuniarie.

Era, invece, di natura sicuramente penale la responsabilità degli enti collettivi (capitoli, conventi, congregazioni etc.) prevista dal diritto canonico, come, in genere, da tutto il diritto medievale, che risentiva in ciò dell'influenza del diritto germanico, incapace di distinguere le *universitates* dalle persone fisiche.

La teoria del *delitto corporativo*, vale a dire il riconoscimento della capacità criminale alle corporazioni, e il loro assoggettamento a sanzioni di natura penale, durò pressoché inalterata sino alla seconda metà del '700, allorché il sistema medioevale delle corporazioni fu soppresso.

L'illuminismo prima, e la Rivoluzione francese poi, determinarono, infatti, una decisa inversione di rotta, che comunque, non impedì l'avvio di un dibattito, seppure prevalentemente orientato in senso negazionista; per tutti v. VON MALBLANC, *Observationes quaedam ad delicta universitatum spectantes*, Erlangen, 1792.

Sempre nella stessa direzione, il 1840 segnò una tappa fondamentale, allorché VON SAVIGNY (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840), riprendendo la vecchia tesi della finzione, propria della romanistica medievale, propose a riguardo delle *persone giuridiche* (espressione, peraltro, da lui stesso coniata), un nuovo concetto: quello di *factio legis*, ovvero di un'artificiale equiparazione di esse alle persone fisiche.

Naturalmente, tutto ciò portava ad escludere una capacità penale di tali soggetti; cosicché, con il diffondersi della *Fiktionstheorie* di SAVIGNY, si consolidò la convinzione della irresponsabilità penale delle corporazioni, tanto in Francia (ORTOLAN, *Elements de droit pénal*, Paris, 1886; LABORDE, *Cours de droit criminel*, Montpellier, 1911; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, 1913), quanto in Germania (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; e FEUERBACH nelle edizioni del *Lehrbuch* successive al 1840).

In contrapposizione alla teoria della finzione, nel 1868 VON GIERKE (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868) formulò la teoria c.d. *della realtà* o *organica*, nella quale, invece, la persona giuridica veniva presentata come un'entità realmente esistente, capace di azione e di volontà attraverso i propri organi, e dunque, come possibile centro di imputazione di attività giuridiche.

Von Gierke, tuttavia, si era fermato a tale enunciazione, senza pronunciarsi in merito al profilo politico-criminale. Solo ai primi del '900, con VON LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911), si comincerà ad ammettere la possibilità logica e giuridica di riconoscere alle corporazioni la capacità di agire in senso penalistico.

stemi di *common law* la responsabilità penale è già principio consolidato⁸⁵, mentre nell'Europa continentale molta parte della dottrina continua ancora a ritenere inammissibile un tale sovvertimento nelle regole dell'imputazione penale⁸⁶.

Diverse le motivazioni.

V'è chi sostiene l'incapacità delle persone collettive a compiere quei processi volitivi che mettono capo all'elemento subiettivo del reato, e quindi, anche a subire la pena come *coazione psicologica*, secondo il tradizionale concetto⁸⁷; chi si richiama al diritto positivo vigente⁸⁸; chi, pur considerando giuridicamente ammissibile la responsabilità penale delle corporazioni, nega che ve ne sia necessità sul piano politico-criminale⁸⁹; chi paventa il rischio di una *giustizia sommaria* ai danni dei soci incolpevoli⁹⁰; chi propone di limitare l'eventuale responsabilità delle persone giuridiche al settore dell'illecito con-

⁸⁵ Nel Regno Unito con l'*Interpretation Act* (Sect. II) del 1889 e negli USA a partire dalla celebre sentenza *New York Central & Hudson River* del 1909 che - richiamandosi all'*Elkins Act* del 1903, ai cui sensi «de azioni e le omissioni realizzate da un rappresentante che opera per conto dell'ente, devono essere attribuite all'ente, che ne subirà conseguenze penali» - è giunta a proclamare il principio generale della responsabilità penale degli enti collettivi.

⁸⁶ In sorprendente sintonia sul punto, tanto la Scuola Classica, quanto la Scuola Positiva: per la prima v. CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, vol. I, Lucca, 1872), sia pure con qualche riserva, e soprattutto PESSINA (*Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882); per la seconda FERRI (*Principii di diritto criminale*, Torino, 1928).

⁸⁷ BRUSA (*Sulla responsabilità delle persone morali secondo Achille Mestre* in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. XXXV, 1899-1900, 616 ss.) per il quale è sufficiente l'utilizzo di sanzioni civili o amministrative; BINDING (*Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885); FLORIAN (*Dei reati e delle pene*, Milano, 1906); MARCUSE (*Die Verbrechenfähigkeit der Juristischen Person*, in *Golt. Arch.*, 1917, 478 ss.).

⁸⁸ Fra i tanti, MANZINI (*Trattato di diritto penale italiano*, 1^a ed., vol. I, Torino, 1908, 383-384): «Senza dubbio la volontà sovrana potrebbe attribuire alle persone collettive la personalità di diritto penale: ma a quale scopo? La loro attività eventualmente lesiva di diritti o di potestà di terzi trova un'idonea ed adeguata reazione nelle sanzioni di diritto privato e di diritto amministrativo, e non vediamo perché si dovrebbero alterare i principi fondamentali della personalità e dell'imputabilità penale per ottenere infine un risultato meno efficace e meno giusto. Il risarcimento del danno, la sospensione e lo scioglimento sono sufficienti al bisogno.

Nel nostro diritto positivo la questione è risolta nel senso da noi propugnato: le regole sull'imputabilità e sulla responsabilità, quelle sulla pena, sul concorso di delinquenti e sull'associazione per delinquere non lasciano dubbi in proposito. Neppure in materia disciplinare si considerano pene i provvedimenti che vanno a colpire un'associazione o un collegio.».

⁸⁹ LONGHI (*La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. Pen.* 1906, 401 ss.), il quale, come Brusa, ricorda che ad esse sono già applicabili sanzioni civili e amministrative.

⁹⁰ In particolare ALIMENA (*Principi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1910, 275-277), che si dichiara contrario alla repressione degli enti proprio perché colpirebbe tanto quelli che vollero, quanto quelli che non vollero il fatto.

Lo stesso A., peraltro, se ne domanda l'effettiva utilità, visto che nessuno fino a quel momento ha mai pensato che fosse opportuno istituirla.

travvenzionale⁹¹; chi auspica l'adozione di misure di sicurezza per la prevenzione o la rimozione (nel caso) di situazioni obiettivamente pericolose⁹²; chi, non ammettendo sanzioni punitive di carattere non strettamente penale⁹³, è costretto - conseguentemente - a riconoscere all'ente la qualità di soggetto attivo del reato: «Nel campo del diritto - ed anche del diritto penale - è sempre l'uomo il *soggetto*, non mai la *cosa*. Questa può essere *obietto* di *diritti* e di *rapporti giuridici*, ma solo l'uomo, o meglio, la *persona* (individuo o ente collettivo) può esserne il soggetto, *attivo o passivo*»⁹⁴.

V'è, infine, una ristretta minoranza che, per converso, si dichiara favorevole ad una responsabilità autenticamente penale delle persone giuridiche⁹⁵. De Marsico si schiera - coraggiosamente - fra questi ultimi, con uno scritto⁹⁶ che, come vedremo, anticipa di 80 anni la *rivoluzione copernicana* del 2001.

A ciò, comunque, lo ha indotto il suo consueto pragmatismo, a fronte di due contingenze: l'una di carattere politico, l'altra di carattere - potremmo dire - storico.

Gli enti dai quali trae la convinzione di tale necessità, per poi estenderla a tutti gli altri, sono, infatti, quelli per i quali oggi meno ci aspetteremmo rappresentare un *casus belli*: ovvero, i sindacati e - addirittura - lo Stato⁹⁷.

Per quanto riguarda i primi, dobbiamo riportarci al clima degli anni '20, ai disordini politici determinati, in parte dal deludente esito del conflitto bellico appena concluso⁹⁸, in parte da rivendicazioni salariali incoraggiate (per non dire fomentate) proprio dai sindacati di allora: «In questo accentuarsi del corporativismo - premette De Marsico⁹⁹ -, ben grave diviene anche il compito della scienza del diritto penale, che, scienza per definizione, della difesa sociale, è necessariamente costretta ad allargare la cerchia dei suoi principi nella misura stessa in cui le nuove correnti delle energie agglomerate danno incre-

⁹¹ JELLINEK, *System der subjektiven, öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1919; TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, vol. I, Paris, 1854; FERRARA, *La responsabilità delle persone giuridiche* in *Riv. Dir. Comm.* 1914, 489 ss.. Obietta, però, MANZINI (*op. cit.* 282) che anche nelle contravvenzioni è doverosa la ricerca della volontarietà del fatto, cioè di una volontà che una persona creata unicamente per fatti illeciti non può avere.

⁹² HACKER, *Les corporations et le problème de leur activité et responsabilité pénale* in *Rev. Int. Dr. Pén.* 1924, 128 ss..

⁹³ ROCCO Art., *Sul così detto diritto penale amministrativo* in *Riv. Dir. Pubbl.* 1909, 385 ss..

⁹⁴ ROCCO Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 9.

⁹⁵ Ad es. MANASSERO, *Il delitto collettivo e la teoria del concorso*, Milano, 1914.

⁹⁶ DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo* in *Riv. pen.* 1920, 201 ss..

⁹⁷ Le due associazioni maggiori che - come afferma De Marsico - «nelle società organizzate oggi coesistono, e domani se ne contenderanno forse il potere direttivo» (*op. cit.* 202).

⁹⁸ La c.d. *vittoria mutilata*, essendo state disattese le richieste avanzate dall'Italia, come nazione vincitrice.

⁹⁹ DE MARSICO, *op. cit.* 201.

mento alla vita del diritto»; salvo solo, nel caso specifico, accertare preliminarmente il grado di importanza sociale della tendenza sindacalista, e la probabilità di collisioni fra la funzione dei sindacati e quei diritti o interessi pubblici a difesa dei quali sta la sanzione penale.

In particolare, Egli ipotizza conflitti, da un lato con quelle che chiama *frazioni di classe*, come il piccolo commercio o l'azienda privata, dall'altro con le esigenze economiche dello Stato stesso¹⁰⁰.

Circa la prima eventualità, infatti, ritiene che la libertà commerciale debba rimettersi al gioco spontaneo delle forze economiche, e non alla violenza degli organismi maggiori, e che dunque il giurista non possa lasciare i piccoli organismi senza tutela, in specie senza tutela anche penale.

Circa la seconda eventualità, osserva De Marsico, «basterà riflettere come, assunta da un solo organismo produttivo la fornitura di una serie di prodotti, e, spesso, il possesso, lo sviluppo e lo sfruttamento anche di quelli strumentali o complementari, la forza preponderante di un sindacato possa essere adoperata a schiacciare le produzioni concorrenti, che, in un regime di raggruppamento degl'interessi, rispondono pur esse a necessità di consumo, ovvero impiegata a imporre col rifiuto della fornitura la legge del prezzo. Ora la gravità delle esigenze statuali che il puntuale adempimento delle forniture dovrebbe soddisfare, è sufficiente a stabilire e graduare la gravità del conflitto che l'inadempimento apre fra sindacato e Stato».

Interessante, inoltre, quello che l'A. definisce *l'aspetto internazionale della questione, economico e giuridico insieme*¹⁰¹: «Quando il mondo sarà divenuto un solo organismo di produzione, nel quale ogni gruppo etnico o politico sarà chiamato, non alla produzione tumultuaria del tutto occorrente ai suoi bisogni, ma di ciò che può ottenere, con un minore sforzo energetico e finanziario, mediante l'impiego delle sue possibilità peculiari, dalle materie prime alla capacità degli uomini che lo compongono, in guisa che ciascun gruppo sarà contemporaneamente, in questa organica ripartizione di compiti, fornitore e cliente degli altri gruppi: allora, la precisione, la complessità, la delicatezza di un tale organismo potranno far dipendere dall'arresto di una parte sola di esso la paralisi dell'insieme [...] se i termini iniziali del conflitto sono fra sindacato e Stato, i termini finali, risultanti dal conflitto, sono fra sindacato statale e società degli Stati, fra Stato e ordinamento internazionale. E non essendo impossibile che lo Stato, come normalmente si serve del sindacato per una

¹⁰⁰ DE MARSICO, *op. cit.* 204.

¹⁰¹ DE MARSICO, *op. cit.* 205.

politica di cooperazione internazionale, se ne serva, a un momento dato, per una politica di ostilità, nasce l'esigenza di un ordine di sanzioni internazionali, accanto a quello delle sanzioni statuali, contro la condotta antiggiuridica dei nesi sindacali».

Si riconosce, tra le righe, la recente esperienza del primo conflitto mondiale, come del resto, ammette lo stesso De Marsico: «Queste, a mio avviso, le grandi linee di uno tra i massimi problemi che la scienza del diritto trae dal rinnovamento sociale di cui la guerra è stata, se non apportatrice, impulso poderoso» e fa l'esempio della vendita al di sopra del prezzo convenuto, quello di chi rifiuti i mezzi di produzione dovuti ad un altro sindacato, o di chi riduca volontariamente e per un disegno illecito la propria produttività etc..

Connessa alla precedente è un'altra questione, per lui cruciale, relativa alla difesa stessa dello Stato¹⁰², ossia quella di «provvedere a che i sindacati non cadano nelle mani di stranieri a segno da diventare prima mezzi di disnazionalizzazione delle industrie, poi armi di guerra contro lo Stato». E osserva: «Da tutti gli studiosi della materia è ammesso ormai che la forma giuridica migliore del sindacato è la società commerciale. Ebbene, s'immagini che cosa sarebbe un sindacato le cui azioni fossero per la maggior parte proprietà straniera, peggio di stranieri con cui l'amichevole intesa non fosse il legame normale. Sarebbe un paese alla mercé di un altro per tutto un ramo d'industria, ad esempio per la produzione dei tessuti, della forza motrice, delle armi. E, se si trattasse di un nesso economico fra industrie diverse, sarebbe un paese alla mercé di un altro per molti, forse per tutti i rami della sua industria!».

Ora - prosegue¹⁰³ -, se già la libertà economica è disciplinata da sanzioni non penali, ma pur sempre giuridiche (amministrative, civili, commerciali), «la sanzione penale non creerebbe intorno al fascio delle energie economiche un freno di natura così assolutamente nuova da temere nella sua applicazione un danno sicuro o, quanto meno probabile. Poiché, fra le sanzioni penali e le altre sanzioni giuridiche - tutte quelle che vanno sotto il nome di riparazioni, nullità, decadenze, provvedimenti di polizia e simili - non esiste differenza di natura ma di grado. Sicché, aggiungere a questa catena di sanzioni un altro anello non significa se non adeguare alla maggiore importanza e pericolosità degli agglomerati, di cui discutiamo, i mezzi per la difesa della compagine statale dalle loro eventuali trasgressioni alla legge, attuando il criterio generale, che a ogni aumento della sfera della personalità giuridica deve corrispondere

¹⁰² DE MARSICO, *op. cit.* 206.

¹⁰³ DE MARSICO, *op. cit.* 207.

un aumento della sfera di responsabilità».

Tale responsabilità, pertanto, secondo De Marsico non dovrebbe essere limitata «a quelle poche figure di reati contravvenzionali che le leggi speciali già pongono a carico di società e che, nell'insieme del sistema, rappresentano eccezioni dissonanti, se non addirittura illegali»¹⁰⁴, bensì estesa a tutte quelle figure di delitti «che, ove il codice vigente non fosse imperniato sul canone della personalità psichica individuale, sarebbero, in astratto, imputabili anche a enti collettivi. Così i delitti contro la libertà del lavoro (art. 165-167); la fraudolenta alterazione dei prezzi, la contraffazione o alterazione di nomi, marchi o segni distintivi di prodotti industriali, il commercio di prodotti siffatti, la rivelazione di segreti industriali, la turbativa di pubblici incanti (art. 293, 296-299 cod. pen.). E ciò a prescindere anche dall'estensione che in rapporto agli enti potrebbe darsi alle contravvenzioni, ai reati di fallimento, falsificazione di libri commerciali ecc.».

Tutto ciò, comunque - spiega l'A. - non vuol dire che «io [...] concepisco la sanzione penale come freno alla evoluzione del sindacato, cioè l'attività sindacale, *qua talis*, come illecita e punibile, ma che (*N.d.R.* ed) è ben diverso, ravviso la necessità di prevedere il suo sviamento dal diritto, statale e internazionale, e preparare i mezzi per reprimerlo e prevenirlo.»¹⁰⁵.

Il secondo ente per il quale De Marsico reclama una responsabilità penale è - come detto - lo Stato, ma su un piano del tutto diverso rispetto a quella dei sindacati.

Lo spunto è dato dalle vicende post-belliche, che hanno visto il Kaiser Guglielmo II di Prussia posto in stato di pubblica accusa per violazione della *moralità internazionale* e della *sacra autorità dei trattati* (art. 227 del Trattato con la Germania)¹⁰⁶. A tale riguardo, De Marsico, pure riconoscendo il fon-

¹⁰⁴ ID., *ibid.* n. 2. Il riferimento è agli artt. 42 e 58 del Regolamento ferroviario 31 ottobre 1873, n. 1687 e agli artt. 78 e 121 del Regolamento sugli infortuni nel lavoro 13 marzo 1904, n. 14 che sembravano derogare ai principi generali. Quanto di più errato secondo MANZINI (*op. cit.* 384-385), essendo «manifesto che, anche dato il carattere di 'pena' a quelle sanzioni, un regolamento esecutivo non ha l'autorità di derogare alle leggi generali, quando la legge che lo richiede non vi deroghi essa stessa espressamente. E ciò era tanto vero, che la legge 21 dicembre 1899, n. 446, sui ritardi dei treni, all'art. 2, venne a levare ogni incertezza in proposito. Quel che si è detto del citato reg. ferroviario, vale anche per il regolamento sugli infortuni nel lavoro 13 marzo 1904, n. 14, il quale [...] commina pene a persone morali. In questa parte esso è senza dubbio illegale, perché la legge 31 gennaio 1904, n. 51, non gli dà alcuna facoltà di derogare alle regole del diritto penale generale. Altre sanzioni comminate da leggi amministrative contro persone morali, o non hanno carattere penale, o la comminatoria è soltanto apparentemente diretta contro di quelle.».

¹⁰⁵ DE MARSICO, *op. cit.* 206.

¹⁰⁶ Fino al Trattato di Versailles, che concluse il primo conflitto bellico, era d'uso includere nei trattati di pace un'apposita clausola di amnistia volta ad assicurare la non punibilità degli individui che avevano agito al servizio del proprio Stato; vale a dire che la guerra veniva considerata un *affare di Stato*.

damento giuridico dell'accusa¹⁰⁷, ossia di una responsabilità penale del sovrano-persona fisica, si domanda se ad essa non possa affiancarsene altra a carico dello Stato di cui la persona fisica è sovrano; si pone - in altri termini - il problema di una eventuale *responsabilità internazionale dello Stato per delitto*, ovviamente di natura penale.

Passa, così, ad esaminare i mezzi coattivi per indurre uno Stato a troncare una condotta internazionalmente illecita o a dare esecuzione a determinati accordi, riconoscendo in tali mezzi vere misure di punizione¹⁰⁸: «Le restrizioni sugli approvvigionamenti, il rifiuto delle materie prime indispensabili alla produzione, l'esclusione dal godimento di particolari vantaggi internazionali, ecc., sono mezzi di coazione che da un lato non hanno nulla da vedere con lo scopo della riparazione del danno (tipico dei provvedimenti che recano l'impronta della sanzione civile) e dall'altro contengono in sé tale energia da denunciare un evidente scopo punitivo»¹⁰⁹.

Allo stesso modo, ha indubbio carattere penale l'indole dei fatti che danno luogo all'impiego di detti mezzi: la violazione dei trattati, l'arbitrario turbamento della pace mondiale, l'infrazione delle leggi della guerra, con l'uso di proiettili vietati, con l'assalto per mare di città indifese, con la violenza agli abitanti di Paesi conquistati etc.; fatti che «rispecchiano tutti i caratteri del torto punibile, sì da reclamare mezzi penali e non di semplice riparazione patrimoniale»¹¹⁰.

Ma v'è di più: «Risalendo dalla natura delle sanzioni a quella delle riparazioni del diritto internazionale, si può anzi constatare come anche in questo si veri-

Nel Trattato di Versailles troviamo un abbozzo di quello che saranno gli sviluppi futuri, poiché vi si prevedeva che il Kaiser Guglielmo II fosse processato da un tribunale speciale. Cosa che non avvenne, ma si gettarono così le basi per quella prima esperienza di tribunale penale internazionale che si avrà dopo il secondo conflitto mondiale, con la creazione dei Tribunali di Norimberga e Tokio.

¹⁰⁷ Se infatti - osserva - secondo i principi più certi del diritto internazionale, il sovrano esercita il potere come incaricato, legittimato a dichiarare la volontà dello Stato di fronte agli altri Stati, non v'è dubbio che egli agisca quale *organo* e non quale semplice *nuncius* dello Stato, e dunque non possa essere sottratto, individualmente, alle responsabilità che, nell'esercizio del potere delegatogli, incontra o liberamente assume (*op. cit.* 211).

¹⁰⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 213.

¹⁰⁹ A quell'epoca De Marsico non poteva certo immaginare che proprio l'Italia ne sarebbe stata colpita 15 anni dopo.

Il 18 novembre 1935, infatti, la Società delle Nazioni decretò l'applicazione di sanzioni all'Italia in quanto responsabile di un atto d'aggressione contro l'Etiopia (il 3 ottobre dello stesso anno).

Fu così vietata l'importazione di prodotti italiani e l'esportazione verso l'Italia di armi, munizioni e, più in generale, di materie prime utili alle operazioni militari come il ferro, l'acciaio, il rame, il piombo, lo zinco, il petrolio, nonché di prodotti di largo consumo. In conseguenza, il regime avviò una politica di autosufficienza economica (c.d. *autarchia*).

¹¹⁰ DE MARSICO, *op. cit.* 206.

fichi quella tripartizione del campo della responsabilità che si osserva nel diritto di ogni Stato: responsabilità per dolo, responsabilità per colpa, responsabilità meramente obiettiva. La prima ha i suoi esempi in quelli ora citati; la seconda si riscontra nella responsabilità in cui lo Stato incorra per mancata predisposizione di cautele contro azioni illecite dei propri sudditi, abitanti nel proprio territorio, dannose per altri Stati; la terza sorge, tipicamente, per fatti commessi da organi incompetenti in danno di un altro Stato. Ed è notevole, dal punto di vista formale, che è tanta parte di quella che io chiamerei la semiotica giuridica, poiché tanta luce può proiettare sull'analisi degli istituti giuridici, che gli internazionalisti postulano dal diritto penale le categorie della legittima difesa e dello stato di necessità, per sistemare comprensivamente le ragioni di esenzione da responsabilità internazionale».

In conclusione, tanto i sindacati, quanto lo Stato - secondo De Marsico - dovrebbero poter essere chiamati a rispondere penalmente.

Il problema è, a monte, e cioè, se in generale gli enti possano essere ritenuti *imputabili di reato*, e, in caso affermativo, *se e di quali sanzioni penali* siano capaci¹¹¹: «L'opinione prevalente, che nega che le persone collettive (intese largamente, e non come enti forniti di personalità giuridica) possano essere soggetti di responsabilità penale - osserva De Marsico -, si fonda soprattutto nel concetto della incapacità delle persone collettive a compiere quei processi volitivi che mettono capo all'elemento subiettivo del reato, e quindi, anche, a subire la pena, secondo la classica tradizione dei nostri giuristi, come *coazione psicologica*. I due aspetti della questione si unificano nel concetto che la norma penale, come comando o divieto giuridico, non possa essere rivolta alle persone collettive, per la stessa ragione che osta, secondo la maggior parte degli scrittori, a ritenerla rivolta agl'individui invalidi, es. il bambino o il folle». In realtà, a suo avviso, tutto ciò è null'altro che una *superstizione scientifica*, dovuta all'esagerato ossequio prestato al concetto della *coazione psicologica*, e del diritto, in genere, come motivo agente sulla volontà dei sudditi. «Ma, anche a non voler considerare superato [...] il problema della volontà dei gruppi - ammonisce -, bisogna ormai riconoscere come una certezza scientifica l'esistenza di una vera e propria volontà sociale. Il dogma della volontà privilegio dell'individuo è caduto sotto i risultati ben diversi delle indagini sociologiche»¹¹². «D'altra parte, nelle più recenti autorevoli elaborazioni scientifiche

¹¹¹ DE MARSICO, *op. cit.* 214.

¹¹² Invero, «Se l'unione di individui per il conseguimento di fini comuni crea, in date circostanze, un *quid* giuridico che è più della loro somma, crea, insomma, una monade nuova che oltrepassa il totale delle unità che la compongono, non si comprendeva come questa unificazione della pluralità si estendesse fino alla produzione di una individualità giuridica nuova, ma si arrestasse per quanto concerne la

sul dolo l'elemento della volontà si è notevolmente assottigliato. Al contenuto intenzionale si è via via, e più esattamente, sostituito il contenuto conoscitivo. La intenzione comprende profili volitivi, come il *motivo* e il *fine*, nei quali talvolta minaccerebbe di svanire il dolo più evidente, mentre è più conforme alla realtà fissare il momento essenziale del dolo nella consapevolezza della contraddizione tra il fatto e la legge [...] E anche oltre è pervenuta, nella elaborazione dottrinale moderna, la riduzione del coefficiente volitivo della imputabilità. V'è stato chi (*N.d.R.* Carnevale), ricordando come il nostro codice, con la precisa locuzione dell'art. 45, preveda la imputabilità come semplice conseguenza dell'azione od omissione, indipendentemente dall'essere stato voluto il fatto che costituisce il delitto, ha dimostrato come il principio della volontarietà non sia affatto alla base assoluta della imputabilità penale e ammetta al contrario deroghe assolute»¹¹³.

Ora, secondo De Marsico, questa evoluzione del concetto di dolo e di imputabilità dovrebbe rendere agevolmente superabili i tradizionali ostacoli alla responsabilità penale per delitti corporativi, senza dover più tornare sulla questione relativa all'essenza delle persone giuridiche, ripudiando la teoria della finzione (manifestamente incompatibile), in favore di quella realistica o organica¹¹⁴, anche perché, «in questo collaudo di teorie giuridiche al fine di respingere o ammettere la imputabilità e la responsabilità degli agglomerati, si resterebbe sempre nell'ambito delle persone giuridiche, troppo ristretto oggi in cui la vita associazionistica si espande sopra tutto in forme, strutture, nuclei, enti di fatto, che, sebbene privi della così detta personalità giuridica, soddisfanno a concrete esigenze sociali e reclamano quindi il loro posto nell'ordinamento giuridico»¹¹⁵. Tanti gruppi che, da un lato sono ritenuti capaci di coordinare al raggiungimento dei loro scopi i mezzi leciti, e dall'altro non si comprende perché non dovrebbero invece, per definizione, esser ritenuti incapaci di coordinarvi i mezzi illeciti; e neppure tutti, ma soltanto quelli vietati da sanzioni penali.

Tuttavia, anche superate le possibili obiezioni all'applicabilità della pena in

produzione di una corrispondente volontà, autonoma e distinta da quelle degli individui componenti. Ed era assurdo del pari sostenere che la volontà degli enti fosse quella dei suoi organi, poiché, data la funzione degli organi, resta incomprensibile il fenomeno d'individui chiamati ad attuare gli scopi di agglomerati che, mancando di una qualsiasi volontà, fossero incapaci di idearli e fissarli.» (*op. cit.* 215).

¹¹³ DE MARSICO, *op. cit.* 216-217.

¹¹⁴ V. *retro* n. 84.

¹¹⁵ «Da questo punto di vista - conclude l'A. -, il dolo, la volontarietà non sono che aspetti della facoltà coordinatrice di mezzi al fine: orbene, per i gruppi una facoltà simile o si nega radicalmente o non può essere limitata per virtù di arbitrio o di miope dottrinarismo.» (*op. cit.* 218).

astratto alle persone collettive, l'A. non si nasconde le non lievi difficoltà per giungere all'applicazione delle pene in concreto; a cominciare dal possibile intreccio dell'azione delittuosa dei singoli in quella corporativa, con il rischio di una dannosa e inutile sovrapposizione delle pene contro l'ente a quelle contro gli individui¹¹⁶.

Non a caso, Alimena si è dichiarato contrario alla repressione degli enti, proprio perché colpirebbe indistintamente consenzienti e dissenzienti¹¹⁷.

Un tale timore, però, secondo De Marsico è infondato, dal momento che le pene corporative colpirebbero direttamente sempre e solo l'ente; e se le conseguenze di dette pene dovessero colpire anche i dissenzienti, ciò sarebbe dovuto al principio, valido per il funzionamento di tutti gli organismi sociali, secondo cui le maggioranze ne determinano le sorti.

Detto questo, l'A. passa a regolare i rapporti fra responsabilità corporativa e responsabilità individuale, distinguendo tre categorie di reati¹¹⁸: 1) Reati imputabili solo all'ente; 2) Reati imputabili, in grado diverso, all'ente e agli organi o rappresentanti; 3) Reati imputabili solo agli organi o rappresentanti.

1) *Imputabili solo all'ente* dovrebbero essere i reati nascenti dalle finalità sociali, connessi a queste con legame di causalità, la cui risoluzione ed esecuzione richiede le deliberazioni dell'ente, e nell'esecuzione dei quali gli organi o rappresentanti non abbiano varcato i limiti imposti da siffatte deliberazioni: «Così ad esempio, la violazione delle leggi di guerra da parte dello Stato belligerante per ciò che si attiene a uso di mezzi offensivi vietati, a spoliazione di terre occupate, massacro di popolazioni inermi, di prigionieri, di feriti, ecc. e, nel campo dei sindacati, la improvvisa sospensione di una fornitura contrattualmente dovuta a scopo di rivolta o di violenta imposizione di nuovi patti, prezzi ecc., con l'effetto dell'interruzione egualmente improvvisa di tutto un ramo o di più rami di produzione e del soddisfacimento di un corrispondente bisogno collettivo.».

Nei casi suddetti - rileva¹¹⁹ - si cercherebbe inutilmente una o più responsabilità individuali in cui assorbire la responsabilità del gruppo: essendo ovvio che gli ufficiali, ad esempio, autori del massacro, invocherebbero a propria difesa il dovere di obbedienza; e lo stesso i capi di aziende sindacate, i quali invocherebbero a propria difesa l'ignoranza dei contratti, la cui conoscenza non è infatti indispensabile a dirigere tecnicamente un ramo di produzione. Senza

¹¹⁶ DE MARSICO, *op. cit.* 219-220.

¹¹⁷ *V. retro* n. 90.

¹¹⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 220.

¹¹⁹ DE MARSICO, *op. cit.* 220-221.

contare che si tratta di delitti alla cui perpetrazione è necessario l'ente, col suo patrimonio, con la forza speciale della sua minaccia e con tutti i suoi mezzi, che funzionano da mezzi peculiari per la consumazione del delitto.

2) *Imputabili, in grado diverso, agli enti e agli organi* dovrebbero essere i reati che, pur presentando gli stessi caratteri di quelli del primo gruppo, sono stati spinti sull'*iter* dell'esecuzione dall'iniziativa dell'esecutore a un *quid* ulteriore che l'ente non aveva deliberato, e che rappresenta l'azione strettamente individuale degli organi; le bande e i corpi armati dove il codice penale distingue i promotori dai partecipi e ne gradua la responsabilità, così come tutta la teoria del concorso - sottolinea - si fondano su simili distinzioni e graduazioni¹²⁰.

3) *Imputabili esclusivamente agli organi rappresentanti* dovrebbero essere, infine, quei reati che non sono stati preordinati da alcuna determinazione corporativa, vale a dire che non sono legati causalmente con gli scopi sociali: così l'agente di una fabbrica che di sua iniziativa contraffacesse il prodotto di un'altra fabbrica; il comandante che, violando i limiti delle sue attribuzioni, ordinasse di suo arbitrio l'uccisione dei feriti o stabilisse un servizio di spionaggio, o mettesse in uso proiettili vietati delle consuetudine della guerra etc.¹²¹.

A questo punto, manca ancora una parte fondamentale a completare il sistema proposto, ovvero l'apparato sanzionatorio. Ma qui il discorso si divarica, perché sanzioni da applicare allo Stato sono già quelle ricordate in precedenza, di natura penale; tanto che ne ha dedotto la natura penale anche della responsabilità cui conseguono. Sanzioni le quali - precisa - troveranno comunque base nell'ordinamento giuridico internazionale¹²².

Diversamente dicasi per i sindacati e per tutti gli altri enti giuridici equiparabili, perché in tal caso dovrà intervenire una regolamentazione completa per legge, individuando sanzioni strettamente corporative che colpiscano gli enti come tali¹²³. Ora, «posto che carattere distintivo delle sanzioni civili è la loro indole riparatrice, delle penali la loro indole preventiva, correttiva, eliminatrice; superati gli ostacoli che contro le sanzioni corporative venivano dal dogma della volontà individuale riguardata quale coefficiente essenziale della

¹²⁰ «Così (*N.d.R.* ad esempio) il comandante che abbia avuto ordine di prelevare col saccheggio sul terreno nemico occupato una determinata quantità di viveri, e lo saccheggi invece completamente [...] Di un reato a sé stante invece dovrebbe rispondere il comandante che riceva solo l'ordine del saccheggio e faccia anche, di sua iniziativa, avvelenare le sorgenti.» (*op. cit.* 221).

¹²¹ DE MARSICO, *op. cit.* 221-222.

¹²² DE MARSICO, *op. cit.* 222.

¹²³ DE MARSICO, *op. cit.* 222-223.

applicabilità delle pene; non può mettersi in dubbio che anche ai gruppi sociali possano infliggersi vere e proprie pene intese ad attuare quella prevenzione *speciale* che consiste nell'artificiale adattamento o eliminazione sociale del reo, cioè la sua rigenerazione o la sua emenda. All'una e all'altra funzione preventiva mireranno rispettivamente le pene temporanee e quelle eliminatrici».

Per quanto riguarda le prime, nel caso dei soli enti commerciali, De Marsico indica le pene pecuniarie, la confisca dei profitti di un periodo di produzione, l'interdizione di residenza, la limitazione provvisoria della capacità giuridica per tutti o alcuni diritti, la temporanea incapacità a godere determinati vantaggi economici o finanziari, la temporanea sospensione dell'esercizio etc.. Sanzioni penali di carattere eliminativo dovrebbero essere, invece: la soppressione dell'ente o la permanente sospensione dell'esercizio, il divieto di risiedere sul territorio nazionale, la limitazione permanente della capacità giuridica non estesa a tutti i diritti, nel qual caso equivarrebbe alla soppressione limitata ad una sfera determinata di diritti etc..

Per entrambi i gruppi di sanzioni, dovrebbe poi essere previsto l'obbligo di risarcire il danno, e taluni effetti penali, come la pubblicazione della sentenza di condanna. Tutte sanzioni aventi un'efficacia che supererebbe quella propria delle sanzioni civili, di mirare alla semplice riparazione o reintegrazione o ripristino del diritto offeso, e che invece coinciderebbe con l'altra, propria delle sanzioni penali, di mirare all'adattamento sociale del reo, insomma alla trasformazione sociale dell'agglomerato responsabile.

Appena tre anni dopo De Marsico torna con forza sul tema; e lo fa in quello scritto che - a proposito della pericolosità e del doppio binario - abbiamo già segnalato¹²⁴ come in un certo senso preparatorio alla imminente ricodificazione.

I concetti sono i medesimi, mentre i toni sono, se possibile, ancora più accesi rispetto a tre anni prima¹²⁵: «Io nutro la ferma convinzione che nello stato attuale della teoria della responsabilità e nelle odierne condizioni sociali è giuridicamente esatto, è politicamente improrogabile predisporre nel codice penale le sanzioni contro il delitto degli enti. Spostato il fondamento della responsabilità dal libero arbitrio individuale al fatto obiettivo, è caduto il più saldo, se non unico, ostacolo che si opponeva a riconoscere direttamente responsabili i gruppi associati. D'altra parte, ammesso ormai quasi universal-

¹²⁴ Retro alla n. 55 del par. precedente: DE MARSICO, *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative* in *Giust. pen.* 1923, 289 ss..

¹²⁵ DE MARSICO, *op. ult. cit.* 305-306.

mente, per spiegare la volontà degli enti, non la finzione, ma la realtà, la esistenza concreta ed autonoma di un 'volere collettivo' [...], anche il meccanismo volitivo del delitto di un ente, configurato in astratto, nulla deve mutuare da quello degli individui che l'ente compongono, ma appare attuazione di un'entità a parte, viva e reale».

Altro, sottolinea De Marsico, è la responsabilità delle persone fisiche, altro quella degli enti, che dalla prima deve essere tenuta distinta: «Stabilita l'autonomia del volere sociale, ne discende quella dell'atto sociale che lo concreta, e del quale non possono, senza cadere in finzioni ripugnanti al diritto penale, esser chiamati a rispondere gli organi direttivi o i rappresentanti o anche tutti i componenti del gruppo. Come responsabili dell'atto individuale non possono essere chiamate le singole cellule dell'uomo, altra essendo la sua intera personalità, così dell'atto sociale non lo possono gli individui componenti il gruppo che ne è autore, da essi affatto distinto».

Inoppugnabile, dunque, la legittimazione teorica della sanzione contro il reato collettivo. Ma non meno inoppugnabile la legittimazione politica, di fronte a quella che l'A. considera una vera e propria emergenza: «[...] nello Stato la forza dei gruppi si eleva, cresce, si estende con una tendenza che minaccia di farlo da essa sopraffare, e che accentua la loro temibilità. Sintomo allarmante, i sindacati. Dal riconoscimento dei gruppi da parte dello Stato si arriva per questa via al disconoscimento dello Stato da parte dei gruppi. Il disconoscimento che attacca uno dei beni essenziali della convivenza statale muniti di sanzione penale è reato, anche se commesso da gruppi.».

Ad un osservatore dei giorni nostri il pensiero di De Marsico, in merito alla sanzionabilità degli enti, non può che apparire profetico: nella *ratio*, nella chiara separazione fra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente, nella necessità di circoscrivere i reati ascrivibili a quest'ultimo, e soprattutto nel sistema sanzionatorio.

Tuttavia, il Congresso di Bucarest del 1929, che si chiuse nel segno del compromesso¹²⁶, dimostra come in tutta Europa i tempi non fossero ancora maturi; e questo spiega, per quanto riguarda l'Italia di quegli anni, gli esiti sul codice Rocco.

Inoltre, l'errore di De Marsico fu di centrare il tema sui sindacati e sullo Sta-

¹²⁶ Ossia con l'invito ad una sollecita introduzione negli ordinamenti penali nazionali di misure di difesa sociale realmente efficaci nei riguardi delle persone giuridiche, da affiancare alla responsabilità penale individuale, per la stessa violazione, delle persone fisiche loro rappresentanti, o agenti per loro interesse; in sostanza, una mera formula di rito. Il testo della risoluzione è consultabile in *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1930, 10 ss..

to¹²⁷: due questioni abbastanza presenti all'epoca, ma che, perdendo gradualmente di interesse, condannarono all'oblio quanto di valido portava quel sistema da lui teorizzato.

La prima, infatti, fu superata dalla l. 3 aprile 1926, n. 563, che elevò i sindacati a enti di diritto pubblico, e dalla l. 5 febbraio 1934, n. 163 che li unificò in organi dello Stato detti *corporazioni*¹²⁸.

Una volta snaturati e irreggimentati, al punto che si parlerà di *Stato corporativo*¹²⁹, quelli che un tempo si chiamavano *sindacati* erano ormai un'altra cosa, e dunque non rappresentavano più un pericolo temibile per la convivenza statale¹³⁰.

Quanto, poi, ad una ipotetica responsabilità degli Stati per fatti bellici, le sanzioni che elencava De Marsico (restrizioni sugli approvvigionamenti, rifiuto delle materie prime indispensabili alla produzione etc.) hanno continuato e continuano ancora ad essere inflitte per gli stessi fatti (uso di armi non convenzionali, violenze su civili inermi etc.)¹³¹, ma quando oggi si parla di *responsabilità degli enti*, quella dello Stato viene sempre intesa (e comunque per escluderla) in tutt'altro senso¹³².

Tornando al codice Rocco, che già alla fine degli anni '20 la questione di sanzionare gli enti, e, nella specie, i sindacati, fosse ormai definitivamente archiviata, trova conferma nella *Relazione al Progetto di codice* del Guardasigilli, dove non si fa alcun cenno ad essi quali soggetti attivi dei c.d. *reati sindacali* collocati fra i reati contro l'economia. Vale a dire, proprio di quelli per i quali (primo fra tutti, il reato di sciopero) più poteva temersi un'offesa agli interessi

¹²⁷ Salvo poi dichiarare le conclusioni applicabili anche agli altri enti.

¹²⁸ Era dunque la legge a riconoscerli e qualificarne la personalità, a fissare i limiti della loro attività, a stabilirne i compiti e le funzioni: «In regime fascista il sindacato ha mutato natura e fine; esso è uno strumento dello Stato, che si muove nella direzione dei fini dello Stato e di cui lo Stato si serve per la formazione di 'comandi giuridici' astratti, imperativi, generali per regolare un determinato settore della vita sociale. Ciò vuol dire che il sindacato ha acquistato natura statale e in questo punto consiste, in definitiva, il corporativismo, nel battesimo che lo Stato dà al sindacato per l'avallo dal peccato originale antistatale e per infondergli per tutta la vita lo spirito dello Stato» (MICELI, *Istituzioni di diritto corporativo*, Roma, 1934, 43).

¹²⁹ «Ecco perché lo Stato fascista si denomina corporativo, non dal nome di specifici organi corporativi, ma dallo spirito corporativo e dalla funzione corporativa di cui si è arricchito lo Stato» (MICELI, *op. cit.* 45).

¹³⁰ Ricorda sempre MICELI, *op. cit.* 41: «Politicamente [...] è noto che i sindacati hanno avuto la pretesa di sostituirsi allo Stato rivoluzionariamente, cioè si sono sempre presentati con un carattere antiggiuridico e la rivoluzione non è tale politicamente se non quando si trasforma in regime, altrimenti si rimane alla insurrezione, come posizione insurrezionale era quella dei sindacati prefascisti».

¹³¹ Contro l'Iran, l'Iraq, la Russia etc., e la lista è lunghissima.

¹³² Ossia, in relazione a reati di diritto penale interno commessi da suoi organi (c.d. *apici*) o persone dipendenti (c.d. *sottoposti*).

dello Stato¹³³: «La legge 3 aprile 1926, n. 563 contiene, nell'articolo 18, la dichiarazione che la serrata e lo sciopero sono vietati. Affermazione siffatta era allora politicamente necessaria, per segnare il netto trapasso fra due regimi e porre un energico disconoscimento del principio democratico, che, all'opposto, ammetteva la libertà di coalizione e di sciopero. Nel Progetto non ho ripetuto una enunciazione preliminare e generica, poiché il divieto risulta in modo concreto dalle singole previsioni delittuose, dirette a fissare il contenuto dei singoli reati.»

Di una eventuale responsabilità dei gruppi si parla, viceversa, a proposito di quello che nel *Progetto definitivo* sarà l'art. 197¹³⁴: «La sistemazione della responsabilità per fatto del dipendente (*N.d.R.* all'art. 196) è servita di base alla soluzione di altro importante ed agitato problema, quello della responsabilità delle persone giuridiche.

Per quanto nelle leggi speciali siano qualche volta contenute disposizioni, dalle quali potrebbe apparire il contrario, si può affermare che il nostro diritto positivo, almeno come regola, non riconosce negli enti collettivi la qualità di soggetti rivestiti di capacità penale.

Il Progetto del nuovo Codice penale, che conserva a base della imputabilità la volontà, non poteva, a prescindere da altre considerazioni, sulle quali non è dato qui indugiarsi, mutare indirizzo.

Ed ha stabilito per gli enti collettivi la responsabilità civile sussidiaria, analoga a quella prevista per i privati, qualora sia pronunciata condanna per contravvenzione contro chi ne abbia la rappresentanza o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di contravvenzione, che costituisce violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole.»

Evidentemente, almeno in questo caso, il pensiero di De Marsico non era riuscito a prevalere in sede di riforma.

Ottant'anni dopo, la storia gli renderà giustizia.

6. Segue: b) *Sui rapporti tra psicopatìa e diritto penale.*

Nel 1959 *La Scuola positiva*, gloriosa rivista fondata da Enrico Ferri e successivamente diretta da Eugenio Florian e Filippo Grispigni, dopo aver sospeso le pubblicazioni per due anni (1957-1958), sembra condannata alla chiusura definitiva.

¹³³ ROCCO Alf., *Relazione sui Libri II e III del Progetto in Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, 289.

¹³⁴ ROCCO Alf., *Relazione al Libro I del Progetto preliminare del codice penale in Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, 242.

De Marsico viene chiamato, perciò, ad assumerne la con-direzione, assieme ad altri nomi prestigiosi (Enrico Altavilla, Raoul Alberto Frosali, Alfredo Niceforo, Silvio Ranieri e Arturo Santoro).

Il proposito del neo-Comitato di direzione è, dichiaratamente, quello di raccogliere l'eredità dei tre grandi criminalisti che li hanno preceduti, e, dunque, nel segno di tale continuità, «coordinare le discipline scientifiche che approfondiscono la conoscenza della personalità del delinquente con la disciplina giuridica del reato»¹³⁵.

De Marsico mette subito in pratica un così ambizioso programma, pubblicando, già dalla pagina successiva, un lavoro - per l'appunto - sui rapporti tra psicopatologia e diritto penale¹³⁶, esplorando, cioè, quella zona intermedia fra soggetti imputabili e soggetti non imputabili o semi-imputabili in cui sempre più spesso viene a collocarsi la categoria degli psicopatici. Una zona incerta già per i biologi, e quindi una zona d'ombra che, nondimeno, il giurista ha il dovere di delimitare.

Tanta incertezza, peraltro, è alimentata, da un lato, dall'estremo semplicismo della giurisprudenza, e dall'altro, dalla varietà e complessità delle opinioni degli psichiatri.

La prima, infatti, si ostina aprioristicamente ad affermare che le alterazioni del carattere o del sentimento non coinvolgono quelle della volontà o dell'intelletto, mentre secondo la psichiatria, pena retributiva e psicopatologia, pur non essendo termini pienamente compatibili, finirebbero per esserlo per ragioni di utilità sociale.

Uno sguardo alla legislazione comparata conferma siffatto disorientamento e il prevalere dell'approssimativo.

Basti dire che molti codici fondano la c.d. *imputabilità diminuita* sull'esistenza di determinate anomalie psichiche in grado di diminuire la colpevolezza, ossia la possibilità di muovere al soggetto un rimprovero per l'infrazione commessa. E ciò attraverso due vie: o vincolando l'accertamento della minore imputabilità a quello di prestabiliti presupposti patologici, come nel caso del codice penale italiano; o condizionando lo stesso accertamento ad una valutazione psicologica indipendente da questi, come nel caso dei codici polacco, brasiliano, norvegese etc., con evidentemente ampia facoltà discrezionale rimessa al giudice.

Secondo De Marsico¹³⁷, non è possibile prendere posizione al riguardo senza

¹³⁵ *Premessa* in *Scuola pos.* 1959, 4.

¹³⁶ DE MARSICO, *Sui rapporti fra psicopatologia e diritto penale* in *Scuola pos.* 1959, 5 ss..

¹³⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 9.

avere prima fissato una nozione della psicopatia. Dato, però, il gran numero e la grande varietà di forme, detta nozione non potrà consistere in una enunciazione che le ricomprenda tutte, quanto piuttosto in uno schema che alla anomalia del carattere, riscontrabile in tutte, associ quegli elementi di natura patologica presenti nei gruppi fondamentali di esse.

A tale scopo, Egli ripercorre le principali teorie formulate dalla fine dell'800 intorno all'idea di psicopatia: la teoria della *degenerazione*¹³⁸; la teoria delle *costituzioni psicopatiche*¹³⁹; la teoria di Bleuler¹⁴⁰ che, ad avviso di De Marsico¹⁴¹, coglie nel segno, indicando i capisaldi della psicopatia nella prevalenza dell'affettività come aspetto singolarmente abnorme della personalità; nella presenza, tra le cause o gli sviluppi ulteriori, di entità morbose; nella inscindibilità tra deficienza intellettiva e deficienza morale nelle oligofrenie morali spinte fino alla (completa) pazzia morale.

Due aspetti della psicopatia, comunque - nota l'A.¹⁴² -, sono concordemente affermati da tutte le classificazioni proposte: «il disturbo dell'affettività o sfera del sentimento, e la difficoltà di accertare ma la impossibilità di negare la sua connessione con malattie che ne segnino l'antecedente o l'ulteriore svolgimento».

Così, la teoria di Karpmann¹⁴³, il quale, mentre definisce l'anomalia affettiva come *perversità*, cerca di stabilire una classificazione clinica delle psicopatie su una base patogenetica, giungendo ad una duplice bipartizione: quella che distingue le psicopatie a seconda che abbiano o meno un rapporto con le nevrosi; quella che distingue le psicopatie a seconda che la perversità abbia o meno rapporti con le nevrosi¹⁴⁴.

Al di là delle nozioni tecniche, difficilmente accessibili al giurista, emerge chiaramente l'inconsistenza del brocardo livellatore secondo cui «da psicopatia

¹³⁸ Sostenuta a metà '800 da MOREL (*Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine et des causes qui produisent ces variétés maladives*, Paris, 1857), e successivamente sistematizzata da MAGNAN (*Les dégénérés*, Paris, 1895), considerava la malattia mentale come l'effetto di deviazioni patologiche ereditarie.

¹³⁹ Elaborata in complesse classificazioni da MORSELLI, *Manuale di semeiotica delle malattie mentali*, vol. I, Milano, 1885; DE SANTIS, *Sulla classificazione delle malattie mentali in Riv. sperim. freniatria* 1902, 184 ss.; KRETSCHMER, *Der sensitive Beziehungswahn*, Berlin, 1918.

¹⁴⁰ BLEULER, *Lehrbuch der Psychiatrie*, Berlin, 1949 (8^a ed.).

¹⁴¹ DE MARSICO, *op. cit.* 12.

¹⁴² DE MARSICO, *op. cit.* 13.

¹⁴³ KARPMANN, *Le mythe de la personnalité psychopathique*, in *Am. J. Psych.* 1948, 523 ss..

¹⁴⁴ La prima distingue gli psicopatici sintomatici e secondari da quelli idiopatici e primari (come tali, costituzionali); la seconda distingue il perverso equilibrato da quello squilibrato. «L'equilibrato - precisa De Marsico (*op. cit.* 14) - fa sue le proprie tendenze senza esserne la vittima e non presenta squilibrio timico. Lo squilibrato, al contrario».

non incide sull'imputabilità». Questa è la direzione in cui l'A. intende incamminarsi.

In passato, ricorda De Marsico, malattia e psicopatia erano concetti incompatibili, ritenendosi la prima un'alterazione della struttura originaria dell'individuo, sopraggiunta e più o meno durevole, ed essendo, invece, la seconda ricollegata alla costituzione dell'individuo, e quindi innata e immodificabile. La realtà, tuttavia, non ha tardato ad imporre progressivamente una radicale revisione di idee, fino alla definizione della *malattia o infermità mentale* come «qualsiasi stato di deviazione dalle caratteristiche psicologiche medie che, insorgendo più o meno criticamente da una condizione precedente di relativo benessere, ed essendo riconoscibile per il suo inizio, decorso ed esito, rappresenti un episodio, nettamente individuabile nella biografia psicologica dell'individuo»¹⁴⁵.

Secondo una tale definizione, non rientrano nel campo della malattia le personalità psicopatiche in cui la deviazione dalla norma non è episodica, ma costituisce una condizione stabile e duratura, contrassegnata da un carattere di identità fenomenica e quantitativa; mentre vi rientrano quelle manifestazioni critiche ed episodiche che non infrequentemente sopraggiungono sul terreno di una personalità psicopatica, quali le reazioni abnormi, gli sviluppi psicopatici, le sindromi psiconevrotiche. Tutti casi in cui, nonostante un alto indice di pericolosità sociale, la legge non ravvisa una causa di esclusione dell'imputabilità.

Come noto, infatti, all'art. 90 c.p. gli stati emotivi e passionali sono dichiarati irrilevanti. Il che, tuttavia, ad avviso dell'A., è in palese contraddizione con la diminuzione di pena prevista all'art. 62 n. 2 per lo stato d'ira e addirittura la creazione di una diversa fattispecie di reato all'art. 587 per il delitto d'onore¹⁴⁶, dimostrando come, nel nostro diritto positivo, l'efficacia minoratrice dell'imputabilità non sia disconosciuta per tutti gli stati emotivi e passionali, ma solo per quelli che non siano determinati o qualificati da un motivo etico.

Una prima conclusione è, pertanto «la indipendenza del concetto di malattia dal sostrato anatomico-patologico, confortata dal criterio positivo che il nostro codice, e quelli dello stesso tipo, mostrano di adottare, là dove assegnano agli stati emotivi valore di causa diminutiva dell'imputabilità (e non della semplice responsabilità, come una superficiale valutazione potrebbe indurre a crede-

¹⁴⁵ CATALANO NOBILI - CERQUETELLI, *Le personalità psicopatiche*, Roma, 1953, 78.

¹⁴⁶ Fattispecie aberrante che - come tutte le altre analogamente qualificate - solo nel 1981 (l. 5 agosto 1981, n. 442 *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*) verrà espulsa dal nostro ordinamento.

re)»¹⁴⁷.

Secondo punto da precisare è la definizione di *affettività*, necessaria per determinare l'efficacia delle sue perturbazioni nella genesi del reato e le loro conseguenze rigorosamente giuridiche¹⁴⁸: «La si può definire, semplicemente, la capacità di sentire; la si può scomporre in piacere, dolore, gioia, ira ecc., ossia nei suoi modi di manifestarsi; la si può concretare, ma solo in via esemplificativa, in sentimenti ed emozioni; la si può guardare, e ne è l'aspetto meno incompleto e più utile alla nostra indagine, come l'interesse che il nostro sentimento prende ad una idea, a un bene, a un oggetto (aspetto individuale) e come l'interesse che il nostro io prende all'appagamento dell'interesse dei consociati (aspetto sociale della emotività) [...] L'affettività è insomma la risonanza che la realtà estrinseca (immateriale o materiale) e l'interesse altrui suscitano nella nostra sensibilità. Or il normale funzionamento di essa è condizionato a due elementi: che l'individuo abbia coscienza di quel *quid* esterno che si ripercuote nella sua sensibilità; che sia il processo di acquisizione di questa conoscenza sia quello attraverso cui essa si ripercuote nell'io, non subiscano perturbazioni. Dal primo deriva che l'affettività comincia con l'essere un fatto del conoscere, e, sotto questo punto di vista, può ben dirsi che la capacità di sentire è compresa nella capacità di intendere del nostro codice penale; dal secondo, che la anomalia affettiva consiste nel normale generarsi e funzionare del legame fra conoscenza e sentimento [...]».

Come tanti profili di una realtà poliedrica innegabile, diversi postulati sono contenuti in questa impostazione: anzitutto, che l'affettività non è aspetto, né funzione isolabili dalla personalità psichica; in secondo luogo, un'anomalia dell'affettività è fatalmente anomalia di altre funzioni psichiche; infine, l'anomalia dell'affettività si estrinseca come anomalia nell'orientamento e nella condotta di vita.

Secondo De Marsico¹⁴⁹, ne deriva che il collegamento fra alterazioni della sensibilità ed alterazioni della coscienza o della volontà, o di entrambe, deve essere materia di accertamento, non per il suo *essere*, ma per il suo *grado*.

Su questo tema la dottrina giuridica non sembra mostrare un particolare interesse¹⁵⁰. De Marsico, al contrario, è convinto che ormai sia tempo «di analizza-

¹⁴⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 16.

¹⁴⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 17. Con essa - avverte infatti - siamo «all'elemento nucleare del reato ed al centro di gravitazione di molti e fondamentali istituti del diritto penale», e non ad «una varietà puramente caratterologica le cui anomalie attaccano soltanto il sentimento», e che, come tale, non ha alcuna influenza sull'imputabilità.

¹⁴⁹ DE MARSICO, *op. cit.* 18.

¹⁵⁰ WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1954), ad esempio, esaminando le tipologie dei delinquenti (tipo di autore per disposizione, tipo caratterologico e tipo sociologico), si limita a ricomprendere lo

re e precisare, di delimitare e definire; che la ripartizione dell'attività psichica in compartimenti stagni - intelletto, volontà, sentimento - di cui i primi due possano essere di pertinenza dello psichiatra ed il terzo no, è un errore dal punto di vista tanto naturalistico quanto giuridico; che la separazione tra funzioni psichiche e carattere per giungere alla stessa scissione, non lo è meno; che come la psicopatia non si può concatenare all'esclusivismo della costituzione e dei fattori congeniti, così la psichiatria può intervenire nel campo della psicopatia con la stessa libertà e con le stesse cautele con cui interviene in quello delle malattie mentali, intese nel loro significato tradizionale, per ammetterle o negarle»¹⁵¹.

A suo avviso, peraltro, talune forme di psicopatia potrebbero già ritenersi influenti sull'imputabilità allo stato attuale del diritto positivo. Primi fra tutte, i complessi¹⁵²: «Queste barriere d'idee o di sentimenti che si formano e si rinsaldano, ingrossandosi di tutti i contributi intellettivi ed affettivi che le secondino e respingendo tutti gli altri ostili, ostruiscono il libero giuoco degli opposti motivi che regolano e realizzano la libertà del volere, determinano un orientamento unilaterale dell'attività psichica e della condotta, imprimono all'una ed all'altra un carattere necessitato. Un simile quadro non può non realizzare quella mancanza della libertà del volere che elimina la responsabilità [...] Se si voglia una conferma a nostro avviso inconfutabile della piena equiparabilità dei complessi alle cause eliminatrici della imputabilità basterà riflettere a ciò: che il magistero della pena come mezzo di rieducazione e di emenda non può svolgersi se non trovi aperte le vie dello spirito, mentre qui urterebbe contro l'ostacolo invalicabile dei complessi».

Minori certezze esprime l'A. in relazione alla c.d. *follia morale* od immoralità costituzionale¹⁵³, confessando di essere combattuto tra da un *esasperato bisogno di vendetta eliminatrice* (stante l'orrore del fenomeno) e l'interrogativo se realmente in tal caso possa riconoscersi la piena imputabilità e responsabilità.

In generale, però, un punto dovrebbe essere ormai pacifico, e cioè che non si possano sottrarre incondizionatamente le personalità psicopatiche alla sfera dei non imputabili e dei semi-imputabili, considerando inviolabile il solco fra psicopatia e malattia psichica. Sicché, «quando o dalle modalità del fatto delit-

psicopatico nel primo gruppo; MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, Karlsruhe, 1954), invece, pur dichiarando che anche gli affetti in alto grado possono escludere l'imputabilità, finisce poi per aderire all'orientamento comune.

¹⁵¹ DE MARSICO, *op. cit.* 19-20.

¹⁵² DE MARSICO, *op. cit.* 20-21.

¹⁵³ DE MARSICO, *op. cit.* 21 ss..

tuoso o dall'esame della personalità biologica dell'autore e dall'anamnesi familiare o individuale sorga il fondato sospetto che l'anormalità sia da connettersi con una perturbazione del settore intellettuale o volitivo, che l'anormalità insomma incapsuli la malattia, si debba anche allo stato del diritto vigente (artt. 88 e 89 cod. pen.) affidare allo psichiatra l'indagine, restando di competenza del giudice esprimere il proprio giudizio sul grado di imputabilità che, in caso di accertamento positivo, ne residui»¹⁵⁴. Con questa affermazione, inconcepibile per l'epoca in cui scrive (gli anni '50), De Marsico non sa di gettare un seme che riuscirà a dare frutti solo quarantasei anni dopo.

Altri problemi, comunque, attendono una soluzione, a cominciare da quello concernente i rapporti tra psicopatia e processo di motivazione da porre a fondamento della colpevolezza.

In quel momento sta riscuotendo un discreto successo la concezione del reato, proposta da Grispigni¹⁵⁵, come sintomo di difettosità psichica dell'agente; in conseguenza di ciò, dovrebbero considerarsi imputabili tutti gli anormali del sentimento, mentre la non imputabilità si riferirebbe solo all'esclusione della capacità intellettuale e volitiva.

De Marsico, naturalmente, è di parere opposto, e non manca di obiettare che, se - come afferma l'illustre giurista - è all'uomo medio che bisogna fare riferimento ai fini della colpevolezza¹⁵⁶, sostenere che tutti gli anormali del sentimento sono imputabili significa ricomprendere anche lo psicopatico del sentimento nel concetto di *uomo medio*.

Ora, al giudizio di colpevolezza non può rimanere estranea la constatazione dell'attitudine o meno del soggetto ad astenersi dalla condotta vietata; dunque, quando la psicopatia colpisca il senso morale, indivisibile dall'affettività, e spinga il difetto psichico, ossia la deviazione del normale giuoco delle spinte e delle contropinte, oltre il limite su cui il difetto psichico dell'imputabile si ferma, appare evidente che lo psicopatico non può essere ritenuto pienamente imputabile come vorrebbe Grispigni. E ciò, tanto per il dolo, quanto per la colpa, potendo la psicopatia nei reati dolosi elidere o ridurre grandemente la possibilità della lotta tra spinte contrastanti, e nei reati colposi ostacolare l'orientamento della condotta verso l'osservanza del dovere di prudenza¹⁵⁷.

Tutto ciò induce a rivedere l'interpretazione corrente circa la capacità di in-

¹⁵⁴ DE MARSICO, *op. cit.* 23.

¹⁵⁵ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, I, 212.

¹⁵⁶ In quanto risoluzione volontaria di porre in essere una condotta penalmente vietata che, per l'appunto, l'uomo medio e in condizioni normali non avrebbe preso.

¹⁵⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 25.

tendere e volere di cui all'art. 85 c.p. (nel senso che escluderebbe il sentimento dai fattori dell'imputabilità e dai criteri misuratori di questa), riconoscendo che tale espressione va intesa, in realtà, nel senso di *capacità media* di intendere e di volere, da escludere nel caso di chi non ne raggiunga la soglia per difettosità innate od acquisite dell'intelletto o della volontà che influiscono sul sentimento.

Secondo De Marsico, peraltro, la psicopatia può incidere anche sull'applicazione di diverse norme vigenti.

All'art. 90 c.p., ad esempio, si stabilisce l'irrilevanza degli stati emotivi e passionali; «Ma - osserva¹⁵⁸ - se l'azione si compia senza neppure un conflitto iniziale tra impulsi antagonisti, se cioè si tratti di una di quelle improvvise e cieche eruzioni di impulsività, per difetti costituzionali, che la psichiatria ha ormai con precisione descritte e definite quali 'azioni a corto circuito', l'art. 90 non può essere invocato e la valutazione del caso deve essere trasferita nel campo della non imputabilità o della semi-imputabilità.».

Lo stesso per le cause putative di giustificazione¹⁵⁹: «Si potrebbe negare la legittima difesa putativa a chi creda ad una aggressione, cui l'uomo normale non crederebbe, trascinato da uno stato permanente di allarme o da una abnorme sensibilità derivante da psicopatie che tolgono la normalità dell'apprezzamento su situazioni esteriori, producono allucinazioni, angoscia, paura? E potrebbe in casi come questi, attribuirsi a colpa l'errore di apprezzamento in cui cada l'agente? La risposta negativa non sembra dubbia, e denota come il disegno di un'esatta diagnosi della personalità dell'individuo penetri anche là dove sembrerebbe prevalere la considerazione della realtà obiettiva».

Gli stessi criteri dovrebbero valere, per De Marsico, nell'applicazione delle circostanze aggravanti¹⁶⁰, escludendo, ad esempio, quella del motivo futile allo psicopatico che, per difetto di struttura, sia incapace di proporzionare le proprie azioni all'entità degli impulsi esterni; come pure quella del motivo abietto a chi, per cecità morale non possieda l'idea del bene; o quella della crudeltà o delle sevizie a chi manchi per fatalità organica di simpatia alla sofferenza altrui e debba subire la prepotenza del suo istinto brutale.

Ugualmente da escludere, ma per i motivi opposti, l'attenuante della suggestione di una folla in tumulto, insufficiente rispetto a quella che Egli ritiene

¹⁵⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 27.

¹⁵⁹ ID., *ibid.*

¹⁶⁰ DE MARSICO, *op. cit.* 27-28.

una vera e propria infermità transitoria di mente¹⁶¹: «la psicopatia, per se stessa non costituente infermità, sotto la pressione della suggestione nascente dal tumulto, la genera, per un fenomeno non meno evidente di quello della mente sana che, per saturazione fortuita di vapori alcoolici, diviene preda di follia.».

L'A. ipotizza, poi, un concorso anomalo, quale disciplinato all'art. 116 c.p., in cui l'esecutore di un reato più grave (omicidio anziché rapina) risulti essere uno psicopatico eccitabile, nel qual caso i concorrenti non dovrebbero rispondere del reato diverso neppure nella misura prevista dalla norma suddetta, «perché questo richiede sempre il concorso in un fatto cosciente e volontario, mentre l'automatismo toglie all'azione omicida il carattere della coscienza e della volontarietà e spezza, in conseguenza, il nesso fra l'azione dell'autore e la condotta degli altri, potendo esso esistere solo se l'azione sia un reato nei confronti di tutti, mentre qui nei confronti dell'autore è un non-reato».

Infine, ovvio corollario del principio enunciato è l'esclusione della premeditazione, dal momento che questa si caratterizza per un lungo conflitto, fra spinta e controspinta, della risoluzione criminosa e per il suo persistere per un adeguato spazio di tempo fino all'attuazione di essa. Cosa che, nel caso di anomalia psicopatica, può mancare.

Questo scritto di De Marsico risale alla fine degli anni '50: un'epoca in cui gli echi di un pensiero positivista tanto indulgente sul tema delle passioni¹⁶² sono ormai lontani; e da trent'anni il binomio imputabilità-non imputabilità è ingabbiato nei rigidissimi schemi degli artt. 85 e seguenti c.p., dove spicca - su tutto - l'assoluta irrilevanza degli stati emotivi o passionali¹⁶³.

Non deve sorprendere, dunque, se, assumendo ancora una volta una posizione contro-corrente (e per di più, su una questione così delicata), ancora una volta l'A. si trovi a farlo in pressoché completa solitudine.

Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, infatti, sono e rimarranno attestate per lungo tempo su un'interpretazione restrittiva degli artt. 88 e 89 c.p., circoscrivendo, cioè, il riconoscimento dell'infermità psichica a quei soli quadri nosografici definiti che i compilatori del codice si erano prefigurati negli anni '20¹⁶⁴.

¹⁶¹ DE MARSICO, *op. cit.* 28.

¹⁶² Per approfondimenti, rinviamo a COCO, *Il c.d. 'femminicidio'. Tra delitto passionale e ricerca di un'identità perduta*, Napoli, 2016, 38 ss..

¹⁶³ Una opzione dettata dall'infelice esperienza di quella *forza irresistibile* che sotto i codici preunitari, e in parte ancora sotto Zanardelli, aveva mandato ingiustamente assolti tanti assassini; in proposito, v. sempre il ns. *Il c.d. femminicidio cit.* 49 ss..

¹⁶⁴ Così ROMANO - GRASSO (*Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 32), i quali osservano: «L'incapacità di intendere o di volere deve derivare, per l'art. 88 c.p., da una *infermità*,

Dagli anni '70, però, ha inizio nella scienza psichiatrica un graduale sviluppo del concetto di *malattia mentale*, che non viene più a fondarsi soltanto su basi biologico-somatiche, bensì anche su basi psicologiche; e questa evoluzione culminerà nel c.d. *modello integrato* attuale, in cui si tiene conto di tutte le variabili, biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinismo della malattia.

Anche la dottrina, comunque, dagli anni '80 comincia finalmente ad interrogarsi sull'effettiva portata dell'art. 88 c.p., forse anche per effetto della Sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988¹⁶⁵; tanto più che la norma non parla, come in altri casi¹⁶⁶, di *malattia*, (e dunque di una manifestazione morbosa che abbia esclusivamente basi anatomiche e substrato organico), ma più in generale di *infermità*. E così, si è costretti ad ammettere che «non vi è ragione di non includere nelle infermità di cui all'art. 88, come potenzialmente rilevanti ai fini dell'esclusione della capacità di intendere e di volere, anche quelle anomalie psichiche che, pur diverse dalle malattie psichiatriche in senso stretto, siano nondimeno riconducibili a loro volta alla psicopatologia clinica»: nella specie, talune forme di psicopatie, di nevrosi e di disturbi degli impulsi¹⁶⁷.

La giurisprudenza, invece, che da sempre vive un difficile rapporto con la scienza psichiatrica, continua a propendere per una linea di intransigenza¹⁶⁸, fatta eccezione per qualche timida apertura¹⁶⁹.

termine con cui il legislatore si proponeva di limitare la rilevanza ad una condizione del soggetto che avesse evidenza e 'sostanziosità' patologica, che fosse cioè 'clinicamente accertata'. V. altresì bibliografia ivi riportata.

¹⁶⁵ Nel senso che non può esservi responsabilità penale senza colpevolezza, e questa, a sua volta, senza rimproverabilità, ossia imputabilità, come capacità di comprendere la minaccia sanzionatoria e conseguentemente, di modificare i propri comportamenti.

¹⁶⁶ Ad es. artt. 581, 582, 583 etc. c.p..

¹⁶⁷ Per tutti ROMANO - GRASSO, *op. cit.* 33.

¹⁶⁸ Fra le tante, v. Cass. Sez. I, 25 febbraio 1985, Valentino in *Giust. pen.* 1986, II, 93; Cass. Sez. V, 10 aprile 1985, Pistillo in *Giust. pen.* 1986, II, 427; Cass. Sez. V, 19 novembre 1997, Paesani in *Giur. It.* 1999, 374; Cass. Sez. I, 29 settembre 1986, Corbato in *Giust. pen.* 1987, II, 630; Cass. Sez. III, 25 marzo 2003, Simone in *CED* 22834; Cass. Sez. I, 25 marzo 2004, Egger in *CED* 16940: «In tema di imputabilità, la malattia di mente rilevante per la sua esclusione o riduzione è solo quella medico-legale, dipendente da uno stato patologico serio che comporti una degenerazione della sfera intellettuale o volitiva dell'agente. Ne consegue che la capacità di intendere e di volere non è esclusa dal fatto che il soggetto sia affetto non da infermità mentale in senso patologico, ma solo da anomalie psichiche o da disturbi della personalità».

¹⁶⁹ Ad es. Cass. Sez. V, 29 novembre 1984, Algeri in *Cass. pen. Mass. uff.* 1985, n. 168.133; Cass. Sez. I, 17 marzo 1986 Cattaneo in *Giust. Pen.* 1987, II, 688; Cass. Sez. I, 4 marzo 1997, Chiatti in *CED* 3536; Cass. Sez. VI, 17 aprile 1997, Mariano in *Cass. pen.* 1999, 2531; Cass. Sez. I, 24 aprile 2003, De Nardo in *CED* 19532, dove si è dato rilievo a quelle situazioni che, indipendentemente dalla qualificazione clinica, assumano significato di infermità e siano idonee ad incidere sulla capacità di intendere e di vole-

Arriviamo così al 2005, allorché le Sezioni Unite della Cassazione, chiamate a dirimere un tale contrasto interpretativo¹⁷⁰, compiono un inaspettato *revirement*, affermando che «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di ‘infermità’ anche i ‘gravi disturbi della personalità’, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa».

A fondamento di ciò, viene chiamato in causa il DSM-IV (Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali messo a punto dall’*American Psychiatric Association* nel 1994), essendo il sistema diagnostico più moderno e diffuso

re; e si sono ricompresi, così, nella categoria dei malati di mente anche soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, quando tali disturbi si manifestino con elevato grado di intensità e forme più complesse, tanto da integrare le comotazioni di una vera e propria psicosi.

¹⁷⁰ Cass. Sez. Un. 25 gennaio 2005, Raso in *Giust. pen.* 2005, II, 673. Si trattava di un caso di omicidio, «maturato in un clima di ripetuti diverbi condominiali, originati da presunti rumori di un’autoclave provenienti dall’appartamento della vittima, posto al piano superiore rispetto a quello dell’omicida, che più volte avevano indotto quest’ultimo a disattivare, recandosi in cantina, l’impianto della energia elettrica: tanto era avvenuto anche quella mattina e, risalendo l’omicida al quinto piano, ove era ubicata la sua abitazione, aveva incontrato la vittima: ne era scaturita l’ennesima lite, che si era conclusa in quella maniera tragica».

Procedutosi con rito abbreviato, condizionato ad un poi espletato accertamento peritale sulla capacità di intendere e di volere dell’imputato e sulla sua pericolosità, il giudice aveva riconosciuto all’imputato la diminuzione del vizio parziale di mente.

Infatti, una prima consulenza psichiatrica disposta dal P.M. aveva individuato a carico dell’imputato «un disturbo della personalità di tipo paranoide in un soggetto portatore di una patologia di tipo organico, consistente in una malformazione artero-venosa cerebrale», ed aveva concluso ritenendo «nel soggetto la piena capacità di intendere ed escludendo invece nel medesimo la capacità di volere ritenuta ‘grandemente scemata’».

Una seconda consulenza tecnica disposta dal P.M. aveva concluso per «la sussistenza nel periziato di una parziale capacità complessiva, scaturente da una piena capacità di intendere e da una incapacità di volere limitatamente al momento della commissione del fatto, trattandosi di un soggetto non psicotico, bensì con personalità borderline di tipo paranoide».

Il perito nominato dal giudice, infine, aveva concluso nel senso di «una parziale capacità di intendere e di volere del detenuto e di una sua attuale pericolosità sociale», escludendo un disturbo borderline, e individuando invece «un disturbo paranoide frammisto ad elementi appartenenti al disturbo narcisistico di personalità».

Sui gravami dell’imputato, del Procuratore Generale della Repubblica e delle parti civili, però, la Corte di Assise di Appello di Roma aveva escluso la diminuzione di cui all’art. 89 c.p., rilevando che «né il perito nominato dal giudice, né i c.t. del P.M. hanno riscontrato nell’imputato, in sostanza, altro che disturbi della personalità, sulla cui esatta definizione non si sono neppure trovati concordi», giungendo, comunque, alla comune conclusione che «le anomalie comportamentali dell’imputato non hanno causa in una ‘alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia’, né in una ‘infermità o malattia mentale o alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica’, bensì in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall’art. 89 del c.p.».

cui fare riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo¹⁷¹.

In esso - premettono le S.U.¹⁷² - i principali disturbi mentali sono catalogati in diciassette classi diagnostiche, fra le quali l'autonoma categoria nosografica dei disturbi della personalità, che comprende, suddivisi in tre gruppi, il disturbo paranoide di personalità, quello schizoide, quello schizotipico, quello antisociale, quello borderline, quello istrionico, quello narcisistico, quello evitante, quello dipendente, quello ossessivo-compulsivo, e si rimanda anche ad una categoria residua, quella del *disturbo di personalità non altrimenti specificato*, nella quale andrebbero ricondotte *le alterazioni di funzionamento della personalità che non soddisfano i criteri per alcuno specifico Disturbo della Personalità*.

«Tali disturbi della personalità - si osserva - rientrano nella più ampia categoria delle psicopatie, ben distinta, com'è noto, da quella delle psicosi, queste ultime considerate, anche dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, vere e proprie malattie mentali, comportanti una perdita dei confini dell'Io; (*N.d.R.* laddove) il disturbo della personalità, invece, si caratterizza come modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative di cultura dell'individuo, e i tratti di personalità vengono diagnosticati come Disturbo della Personalità solo quando sono inflessibili, non adattivi, persistenti, e causano una compromissione sociale significativa o sofferenza soggettiva [...] Si tratta (*N.d.R.* dunque) di stabilire in concreto, e non in astratto, la rilevanza di alcune tipologie di disturbi mentali, sicché, quanto a quella del 'disturbo di personalità' che qui interessa, si tratta di accertare e stabilire come esso si manifesti in concreto, nel soggetto, nel caso singolo: ed ove l'accertamento svolto sia indicativo di una situazione di infermità mentale che escluda la rimproverabilità della condotta al soggetto agente, cioè la sua colpevolezza - secondo quanto si è sopra detto -, non può non trovare applicazione il disposto della norma in questione, in riferimento al generale principio indicato dall'art. 85 c.p.»¹⁷³.

«[...] anche ai disturbi della personalità può essere attribuita una attitudine, scientificamente condivisa, a proporsi come causa idonea ad escludere o grandemente scemare (in presenza di determinate condizioni [...]), in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente»¹⁷⁴. Né, ad avviso delle S.U., deve considerarsi ostativa, a tal fine, l'apparente tas-

¹⁷¹ Da precisare che il DSM viene aggiornato periodicamente (comprese parziali modifiche nelle ristampe di alcune versioni intermedie). L'ultima versione (DSM V) è del 2014.

¹⁷² Cass. Sez. Un. cit. 688.

¹⁷³ Cass. Sez. Un. cit. 689.

¹⁷⁴ Cass. Sez. Un. cit. 690.

satività dell'art. 88 c.p., la cui formulazione, in realtà, è «avvenuta con tecnica di 'normazione sintetica', adottando, cioè, una qualificazione di sintesi mediante l'impiego di elementi normativi, rinviando ad una fonte esterna rispetto alla fattispecie incriminatrice». In certi casi, infatti, «così operando, il legislatore rinuncia in partenza a definire in termini descrittivi tutti i parametri della fattispecie, ma mediante una formula di sintesi (elemento normativo) rinvia ad una realtà valutativa contenuta in una norma diversa, giuridica o extragiuridica (etica, sociale, psichiatrica, psicologica)»¹⁷⁵.

Fra l'altro, questa stessa tecnica normativa appare oggi adottata dalle più recenti legislazioni di altri Paesi¹⁷⁶, laddove, in luogo di rigidi modelli definitivi, si preferiscono clausole *aperte* che, in uno con i criteri normativi, psicologici e biologici, consentono un giudizio sulla capacità di intendere e di volere rispettoso delle esigenze garantistiche e preventive indotte dal caso concreto¹⁷⁷. A questo proposito, le S.U. non mancano di ricordare come le incertezze interpretative e conseguentemente applicative collegate alla esatta individuazione del concetto di *malattia mentale*, o di *infermità mentale*, siano state oggetto di riflessioni e di proposte nell'ambito dei progetti di riforma del codice penale degli ultimi anni. Così, nel c.d. *Progetto Pagliaro* del 1992¹⁷⁸; nel c.d. *Progetto Ritz* del 1995¹⁷⁹; nel c. d. *Progetto Grosso* del 2000-2001¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Cass. Sez. Un. cit. 685.

¹⁷⁶ L'art. 122.1 del codice penale francese, riformato nel 1993; il § 20 del codice penale tedesco, riformato nel 1975; l'art. 37 del codice penale olandese; l'art. 20 del codice penale spagnolo, riformato nel 1995; l'art. 104 del codice penale portoghese, riformato nel 1995 etc..

¹⁷⁷ «Tali formule 'aperte' ('disturbo psichico o neuro psichico', 'turbe mentali patologiche, per un profondo disturbo della coscienza, per deficienza mentale od altra grave anomalia mentale', 'condizioni psicopatologiche di carenza dello sviluppo o disturbo morboso delle capacità mentali', 'qualsiasi anomalia o alterazione psichica', 'anomalia psichica', 'infermità mentale permanente o temporanea, disturbi psichici temporanei, sviluppo psichico imperfetto o altra anomalia psichica permanente e grave', 'disturbo psichico') appaiono idonee ad attribuire rilevanza anche ai disturbi della personalità, ai fini della imputabilità del soggetto agente.

E ciò che accomuna queste disposizioni normative appare essere non solo l'adozione di formule 'aperte', elastiche, ma anche l'aver ancorato la valutazione del disturbo alla sua incidenza sulla capacità di valutazione del fatto di reato e quindi della capacità di comportarsi secondo tale valutazione, con la prospettiva, quindi, di un nesso eziologico fra infermità e reato, assunto a requisito della non imputabilità.» (Cass. Sez. Un. cit. 691).

¹⁷⁸ Dove, all'art. 34 si escludeva la imputabilità del soggetto che, al momento della condotta, «era, per infermità di mente o per altra anomalia [...], in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere». Mentre, se nei casi suddetti la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, andava diminuita la pena.

¹⁷⁹ Dove, all'art. 83 si prevedeva che «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere»; e sugli stessi presupposti era disciplinato il vizio parziale di mente (art. 84).

¹⁸⁰ Soprattutto nel testo del 2001, dove, più esplicitamente che in quello del 2000, si prevedeva all'art. 94 che «non è imputabile chi, per infermità o altro grave disturbo della personalità [...], nel momento in cui

I tempi, insomma, sono cambiati: gli esempi provenienti dalle legislazioni straniere, indicativi di un modello *aperto* di disciplina normativa, come pure i progetti riformatori citati, inducono (ormai) a riconoscere rilevanza penale anche ai disturbi della personalità. Ed è quanto si risolvono a fare le S.U., a condizione, però, che «siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere. Vuole, cioè, dirsi che i disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie, quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle 'malattie' mentali, possono costituire anch'esse 'infermità', anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e 89 c. p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive. Deve, perciò, trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi: ed a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, l'indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali.»¹⁸¹. A dire il vero, che i tempi fossero cambiati, De Marsico si era accorto già quarantasei anni prima, e con una lungimiranza perfino ulteriore rispetto all'approdo delle S.U., le quali, in chiusura del discorso, hanno cura di precisare che, «per converso, non possono avere rilievo, ai fini della imputabilità, altre 'anomalie caratteriali', 'disarmonie della personalità', 'alterazioni di tipo caratteriale', 'deviazioni del carattere e del sentimento', quelle legate 'alla indole' del soggetto, che, pur afferendo alla sfera del processo psichico di determinazione e di inibizione, non si rivestano, tuttavia, delle connotazioni testé indicate e non attingano, quindi, a quel rilievo di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente, nei termini e nella misura voluta dalla norma, secondo quanto sopra si è detto. Né, di norma, possono assumere rilievo alcuno gli stati emotivi e passionali, per la espressa disposizione nor-

ha commesso il fatto era in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere il significato del fatto o di agire in conformità a tale valutazione». E nel disciplinare la "finalità del trattamento e diminuzione di pena" (art. 100), si richiamava ancora la *infermità o altro grave disturbo della personalità*.

La sentenza non fa menzione del Progetto *Nordio*, che sarà pubblicato in quegli stessi mesi del 2005, né del Progetto *Pisapia*, la cui Commissione verrà istituita l'anno successivo.

¹⁸¹ Cass. Sez. Un. cit. 693.

mativa di cui all'art. 90 c.p. (sul quale, peraltro, pure si appuntano critiche dottrinarie, ritenendosi, fra l'altro, tale disposizione 'priva di una fondata base empirica e motivata piuttosto da mere considerazioni di prevenzione generale e per questo in contrasto con il principio di colpevolezza'), salvo che essi non si inseriscano, eccezionalmente, per le loro peculiarità specifiche, in un più ampio quadro di 'infermità', avente le connotazioni sopra indicate.»¹⁸².

Con ciò, il pensiero di De Marsico non veniva accolto in pieno. Ma forse, la Sentenza *Raso* è stata solo il primo passo¹⁸³.

7. Segue: c) Sui limiti del diritto a vivere e del diritto a morire.

Nel settembre 1963 De Marsico presenta al III Congresso italiano di Dottrina Forense, tenutosi a New York-Washington, una Relazione dedicata «all'approfondimento di alti problemi morali»¹⁸⁴; in particolare, svolgendo una duplice indagine, diretta, da un lato alla ricerca «dei mezzi idonei a liberare l'uomo dal dolore fisico nei limiti in cui il suo destino lo consenta», e dall'altro «a fissare i limiti e le garanzie a cui l'uso di tali mezzi deve essere condizionato perché dalla sfera del lecito non si passi in quella dell'illecito o addirittura del reato»¹⁸⁵.

Infiniti i problemi che possono ricollegarsi a tale argomento, e che interessano, tutti allo stesso modo, la religione e la sociologia, la patologia ed il diritto, l'etica e la politica.

Tra essi ne sceglie tre, considerandoli «i temi più urgenti sui quali sarebbe augurabile che i principi raggiungessero un accordo valido ad ispirare uniformità di leggi e di applicazioni giudiziarie negli Stati pervenuti ad uno stesso livello di civiltà giuridica». Tre temi che, fra l'altro, proprio nel Nord America costituiscono da tempo oggetto di studi.

Il criterio ispiratore - premette¹⁸⁶ - più che di contemperare le leggi dello spirito con le urgenze della realtà, è quello di spiritualizzare la realtà stessa, cercando di fissare il confine oltre il quale le leggi dello spirito non troverebbero più il loro punto di applicazione e si ridurrebbero a *vacue enunciaciones verbales*.

Il primo tema riguarda la tutela giuridica dei malformati, ossia dei neonati

¹⁸² Cass. Sez. Un. cit. 694.

¹⁸³ Conf. Sez. I, 29 aprile 2009, Broccatelli in *CED* 17853, Sez. VI, 12 novembre 2009, Bolognani in *CED* 43285.

¹⁸⁴ Come spiegheremo *infra*, la Relazione fu pubblicata qualche anno dopo sulla Rivista *Archivio penale* sotto forma di articolo, intitolato *La lotta contro il dolore e la legge penale*. Ad esso facciamo riferimento per le citazioni nel testo.

¹⁸⁵ DE MARSICO, *La lotta contro il dolore e la legge penale* in *Arch. pen.* 1971, 209.

¹⁸⁶ DE MARSICO, *op. cit.* 210.

affetti da anomalie congenite più o meno gravi, laddove, quello che un tempo poteva dirsi fenomeno rarissimo, l'incremento della farmacologia nel settore degli analgesici e dei tranquillanti ha reso di grande attualità.

Tale fenomeno - sottolinea però l'A. - «non interessa il giurista ove si tratti di esseri nati con malformazioni che non impediscano la loro integrazione fisica, la loro educazione e talvolta perfino il loro adattamento, anche se ridottissimo, alla vita di relazione. Il nucleo della discussione si restringe e precisa nel determinare quando un essere presenti queste possibilità, a cui la pietà umana e la sollecitudine degli Stati dedicano fondazioni ed iniziative che onorano l'uomo. E più ancora si restringe e precisa nel tracciare il diaframma di qua e di là dal quale possano sicuramente aggrupparsi gli esseri la cui vita costituisce un bene giuridicamente tutelabile e quelli per i quali non sia tale»¹⁸⁷.

La difficoltà di una siffatta definizione ha aperto la via alla ricerca di criteri distintivi empirici, come ad esempio, il tempo di sopravvivenza che dopo la nascita è concesso all'essere: «al mostro di solito o non lo ha o non lo avrebbe che per qualche ora»¹⁸⁸. Ma da questo elemento statistico non può derivare una legge; la pratica ha dimostrato la possibilità di una lunga sopravvivenza anche del c.d. *mostro*.

D'altro canto, la infinita possibile varietà dei casi di malformazione non si presta ad enunciazioni preliminari circa il grado necessario che questa debba presentare affinché l'essere sia posto fuori dalla protezione giuridica della vita, «e la vita - ammonisce De Marsico¹⁸⁹ - è così misteriosa e sconfinata nella rivelazione di attitudini dell'uomo non constatabili e forse neppure intuibili all'atto della nascita che ogni giudizio deve essere informato alla maggiore cautela. Bisogna quindi assegnare, nella diagnosi iniziale, alla presunzione dell'esistenza di caratteri umani dell'essere venuto al mondo un'area più ampia che alla presunzione di caratteri non umani».

Tra le idee fondamentali da cui trarre una soluzione, comunque, a suo avviso deve porsi il concetto concreto della vita come bene alla cui tutela il suo titolare abbia diritto, e correlativamente i consociati abbiano l'obbligo di provvedere o cooperare. Nella vita, cioè, intesa non come semplice capacità di respirare o vegetare, né tantomeno come aspirazione ad un complesso di valori, pretese, doveri puramente ipotetici, ma come diritto soggettivo avente ad oggetto valori effettivi ed attuali, idonei a stringere il singolo e la società che lo circonda in un continuo rapporto di aspettative, obbligazioni e diritti recipro-

¹⁸⁷ ID., *ibid.*

¹⁸⁸ DE MARSICO, *op. cit.* 212.

¹⁸⁹ ID., *ibid.*

ci.

Ciò, tuttavia, non significa subordinare la tutela della vita alla possibilità del soggetto di esercitare poteri attivi e sottostare a doveri, ma piuttosto domandarsi se l'idea e la coscienza della vita nei malformati siano identiche a quelle che ne ha il soggetto avente l'attributo certo dell'umanità. E, di conseguenza, domandarsi «se di vita non si debba parlare con riferimento ai soli soggetti che la possiedono in senso intellettuale e morale, in guisa che, dove manchi la capacità di averli come tali, non si sia in presenza di un essere umano - seppure in grado ridottissimo - come un bene da cui nasca il diritto alla vita stessa e la effettiva possibilità di esercitarlo»¹⁹⁰.

Ad avviso di De Marsico queste posizioni di pensiero, rispondenti ad un gelido razionalismo, sono umanamente inaccettabili, poiché la protezione della vita non può essere condizionata alla possibilità di goderne, più o meno largamente, i vantaggi, ma soltanto alla certezza che si tratti di vita umana, illuminata dalla coscienza. E una tale valutazione non può essere rimessa a posteriori al giudice penale, né esclusivamente ai congiunti o al medico o al solo dirigente o tecnico della clinica in cui il parto avvenne.

Così, alla nascita di un essere che sia, non semplicemente deforme, ma abnorme in tal grado da legittimare il quesito sul suo carattere umano, l'A. propone che il caso sia sottoposto all'osservazione di un organo collegiale composto da più tecnici (scelti da un albo di specialisti nella morfologia, biologia ed anatomia degli esseri umani) ed un eventuale trattamento sperimentale, su loro prescrizioni e sotto il loro controllo, per la ponderata raccolta dei dati necessari alla diagnosi; e che, alla definizione della diagnosi partecipino un rappresentante degli istituti di integrazione ed educazione degli abnormi, ove esistano, nonché i genitori del nato ed un rappresentante della religione cristiana possibilmente versato negli studi di genetica o biologia¹⁹¹.

Tale proposta - secondo De Marsico - coinvolgerebbe, oltre alla responsabilità dei familiari e dei sanitari, quella dello Stato e degli stessi depositari ufficiali dei principi religiosi. E come scopo ultimo, tenderebbe a sostituire soluzioni meditate ad altre suggerite dalla contingenza, dal perturbamento psicologico o da riserve mentali. Tenderebbe, insomma, «a verificare che il caso dubbio di vita sia un caso certo di vita umana, ed a costruire, dopo aver verificato tale premessa, le condizioni per la responsabile solidarietà dello Stato nella sua protezione e nel suo sviluppo»¹⁹².

¹⁹⁰ DE MARSICO, *op. cit.* 212-213.

¹⁹¹ DE MARSICO, *op. cit.* 214.

¹⁹² DE MARSICO, *op. cit.* 215.

Il secondo tema trattato riguarda l'eutanasia.

«Sarebbe incontestabile - riconosce l'A. - il valore preminente da assegnarsi al concetto cristiano della vita, al valore che alla speranza è da riconoscere, pur dalla scienza, nella cura degli infermi anche più gravi, alla virtù del tempo e della universalità della lotta contro il male, che includono l'eventualità di improvvise scoperte benefiche, e perfino alla possibilità di guarigione o remissione delle infermità che siano imprevedibili dalle comuni capacità umane [...] ma non può evitarsi di tenere nel massimo conto le correnti di pensiero soprattutto angloamericano e dovunque variamente diffuse, che da tempo si studiano di stabilire i limiti oltre i quali possa essere lecito eliminare la sofferenza»¹⁹³.

Bisogna, dunque, domandarsi quando questo limite di sofferenza intollerabile e inutile possa considerarsi raggiunto; e quali garanzie siano necessarie per un atto di eliminazione: due problemi «efficaci ad apprestare gli argini contro gli inconvenienti che il disinteressamento della legge per quasi tutte le ipotesi di eutanasia (che vanno molto oltre il tema dell'omicidio del consenziente) può incoraggiare»¹⁹⁴.

Quanto al primo problema relativo al limite di sofferenza, secondo De Marsico¹⁹⁵, il principio di eutanasia andrebbe limitato ai soli casi in cui la malattia sicuramente inguaribile procuri un dolore fisico; con esclusione, perciò, di quelli che consistono in stati cronici non dolorosi, di quelli in cui la malattia consista in un disadattamento sociale anch'esso non doloroso, nonché di quelli in cui il deterioramento mentale o fisico porti all'abolizione di quasi tutte le facoltà vitali fatta eccezione di quelle puramente fisiche.

La non punibilità o la minore punibilità, infatti, dovrebbero avere come condizione essenziale una malattia produttiva di sofferenze non sopportabili neppure con l'uso dei farmaci più efficaci; ciò in quanto, «finché della vita resta la ragionevole speranza di una eventuale continuazione, ossia finché l'irreparabile possa considerarsi avvenuto, come fine imminente certa della

¹⁹³ DE MARSICO, *op. cit.* 215-216.

¹⁹⁴ «Basti riflettere alla libertà che ha il medico di somministrare al sofferente o farmaci che uccidono senza lasciar tracce o farmaci che, diretti in una prima fase ad alleviare il dolore, siano somministrati in dosi progressivamente crescenti, tali da determinare la morte. Ed in secondo luogo, su un piano opposto, gli intralci, se non i ceppi che si creerebbero per il medico se, anziché disciplinare almeno con la maggiore possibile approssimazione i presupposti della sua impunità, lo si lasciasse incerto, al letto del paziente inguaribile, tra la convinzione scientifica della inutile crudeltà di lasciar soffrire e la preoccupazione di sanzioni penali che la interpretazione di norme generiche potrebbe ispirare al magistrato» (DE MARSICO, *op. cit.* 216).

¹⁹⁵ DE MARSICO, *op. cit.* 217.

vita, si deve combattere con estrema tenacia perché la vita sia salva; ma quando l'inevitabile sia sicuramente delineato e non resta che attenderne l'effettuazione, quando cioè l'atto del morire ha avuto inizio e l'opera del medico può renderlo più o meno lungo, allora ciò che egli faccia per evitare od abbreviare la durata della sofferenza (intollerabile ed inutile) non può che essere indifferente alla sanzione penale e di interesse lievissimo per la legge penale o addirittura lecito».

Quanto alle garanzie per il paziente, vale a dire alla prestazione del consenso, De Marsico si dichiara contrario a quella che definisce *autorizzazione da valere in futuro*: «Un simile consenso [...] è sempre inficiato dal dubbio che, se nel frattempo le condizioni mentali ed anche sociali del soggetto non fossero peggiorate, esso non sarebbe stato dato: la capacità a consentire deve essere accertata dal momento in cui si consente»¹⁹⁶.

D'altro lato, però, ove la capacità psichica di consentire fosse perduta o di gran lunga attenuata per effetto della stessa malattia o sofferenza, sarebbe assurdo che l'impossibilità ad ottenerlo in forma valida creasse per il paziente una coazione a soffrire. In questi casi, una volta che il medico avesse accertato con la massima approssimazione l'inguaribilità del male, l'intollerabilità del dolore e la sua invincibilità con i mezzi disponibili, dovrebbe predisporre la possibilità di sostituire altri individui al paziente, ai fini del consenso. E anche qui l'A. propone di affidare il parere ad una serie di soggetti: il medico curante, un altro sanitario (nei casi più gravi un collegio di sanitari), i congiunti secondo il grado di parentela etc..

Altro problema, distinto dal precedente, è quello dei poteri di cui il sanitario è fornito per attenuare le sofferenze, quando l'uso di certi mezzi contenga il pericolo remoto della fine del paziente: «Se per alleviare le sofferenze il medico non può far ricorso che a rimedi il cui uso prolungato implichi il diminuirsi delle resistenze vitali dell'infermo e quindi il pericolo della sua morte, questa si verificherà non in dipendenza dei farmaci prescritti ma della malattia. Una malattia che non ammette altra cura se non la diminuzione del dolore, non può condannare il medico alla inerzia; prima dei farmaci, sarebbe la sofferenza ad esaurire le energie del paziente. La morte perciò, in questi casi, deve intendersi come momento terminale del ciclo evolutivo della infermità, connesso, quanto alla causalità giuridica, solo alla infermità: l'efficacia causale dei farmaci deve invece ritenersi lecita, se non doverosa, come unico

¹⁹⁶ DE MARSICO, *op. cit.* 218. Autorizzazione da non confondere con il c.d. *bio-testamento* sul quale v. *infra*.

modo di estrinsecazione dell'ufficio professionale, ed in estremo scriminata dallo stato di necessità»¹⁹⁷.

Terzo tema, destinato ad inglobare il primo, quello dei casi di aborto non punibili. «È innegabile - ammette De Marsico¹⁹⁸ - l'influenza che nell'Italia la religione esercita per ostacolare l'accoglimento di vedute più liberali di quelle che informano il codice vigente. Può dirsi che - a parte la pena più mite prevista per l'aborto commesso a causa di onore (art. 559) - l'assoluzione dal reato di aborto non è, da noi, possibile se non quando ricorra lo stato di necessità, i limiti della cui applicazione sarebbero ristrettissimi. Da questo punto di vista la nostra legge resta tra le più severe, nè è certo che, cessata la ragione politica che animò la riforma del '30, uno spirito di maggiore indulgenza sia subentrato o si prepari a subentrare nell'interpreti. Sintomo questo non trascurabile della persistente, essenziale sanità del popolo italiano sulla quale bisogna peraltro innestare la particolare considerazione che meritano casi innanzi ai quali il giudice stesso sente il disagio di trovarsi fra la realtà che esigerebbe un più equo apprezzamento della fattispecie e la norma positiva che resiste.»

Qui l'A. svolge un'indagine comparatistica, segnalando le legislazioni straniere dell'epoca che, oltre alla protezione della vita in formazione, e quindi all'interesse dello Stato al normale andamento della situazione demografica, mirano a tutelare anche gli interessi materiali e morali della gestante¹⁹⁹, evidenziando due tendenze: quella a stabilire tassativamente i casi di aborto autorizzato, e quella ad affiancare alla sua esecuzione il giudizio di tecnici specializzati.

Talune leggi riconoscono liceità all'aborto quando sia in pericolo, non solo la vita, ma anche la salute della donna, e perfino quando vi sia il rischio di trasmissione di gravi malattie ereditarie dei genitori. Una latitudine che, peraltro, De Marsico ritiene eccessiva²⁰⁰.

A fronte di ciò, comunque, appare ancora più stridente l'estrema severità del codice penale italiano, il quale, tranne, come detto, che per la causa d'onore, determinante solo una minore pena, non dà valore ai motivi dell'aborto, salva l'eventuale applicazione delle attenuanti di cui agli artt. 62 n.1 (motivi di par-

¹⁹⁷ DE MARSICO, *op. cit.* 219.

¹⁹⁸ ID., *ibid.*

¹⁹⁹ Così il codice danese, il codice della Groenlandia, il codice norvegese, quello greco etc..

²⁰⁰ « In questo secondo caso non deve dimenticarsi che non tutte le malattie sono fatalmente trasmesse dai genitori ai figli, e nel primo bisogna aver presente che è proprio dal contrasto tra il diritto della madre alla salute e quello del nascituro alla vita che si delinea il supremo problema morale, problema che deve essere risolto senza tener conto di circostanze familiari di determinate famiglie o individui, problema da guardare cioè nella sua impostazione impersonale, e che non può, a nostro avviso, essere risolto con una generale disposizione di legge» (DE MARSICO, *op. cit.* 223).

ticolare valore morale o sociale) e 62-*bis*, oltre all'esimente dello stato di necessità.

Orbene, osserva De Marsico²⁰¹, «ad una valutazione complessiva, panoramica delle legislazioni e delle varie esigenze che urgono intorno al fenomeno sembra potersi desumere che, come eccessiva è la larghezza con cui viene disciplinata in alcuni Paesi, così un orientamento meno restrittivo è opportuno imprimere nel sistema di quegli altri che neppure il pericolo di vita della gestante considerano ragione sufficiente per scriminare la interruzione della gravidanza; che alle ragioni sanitarie bisogna concedere una valutazione molto meno angusta che alle ragioni sociali di aborto; che l'intervento di organi tecnici speciali per un giudizio preliminare debba essere ovunque la premessa costante della rinuncia alla sanzione penale o della sua attenuazione». E conclude con l'auspicio «che l'incontro tra gli studiosi delle diverse branche scientifiche rappresentate in questo Congresso ed il respiro di universalità che acquistano le idee di studiosi italiani portate ed espresse oltre l'Atlantico possano concorrere ad affrettare la traduzione in realtà delle nostre aspirazioni».

Se questo era il punto della situazione tracciato nel 1963, otto anni dopo, un tragico fatto di cronaca (uccisione di un figlio malformato)²⁰², induce De Marsico a pubblicare quella *Relazione*²⁰³ e a tornare sul primo dei temi ivi trattati.

Ancora una volta, quindi, Egli si domanda²⁰⁴: «Il problema è questo: era l'essere soppresso un essere umano? O si trattava di un essere vivente, ma non umano, che la legge penale non tutela? Problema abissale, che porrà il giudice innanzi a spaventosi interrogativi. Non basta esser nato da donna per essere uomo. Questa qualifica, titolo della tutela, deve risultare dal possesso di requisiti che anche nel deforme facciano riconoscere una creatura umana. Regole per definirli non esistono; ma se quel piccolo essere aveva appena un braccio ed un dito e mancava di entrambe le gambe, come ho letto, il problema si porrebbe in misura imponente. Il giudizio d'altra parte si complica con la ricerca di requisiti - o, meglio, delle attitudini - spirituali che possono in alcuni casi compensare a tal segno la deficienza dei requisiti anatomici e funzionali da salvare l'uomo anche in un essere estremamente deforme. E questa non è materia di accertamento, ma solo di previsione, quindi assai difficile [...] Bisogna guardarsi dal semplicismo, dietro il quale, il più spesso, si spalan-

²⁰¹ DE MARSICO, *op. cit.* 224.

²⁰² Il 27 agosto 1970 un padre, disperato per la nascita di un figlio focomelico, lo aveva ucciso gettandolo nel Tevere.

²⁰³ V. *retro* n. 184.

²⁰⁴ DE MARSICO, *op. cit.* 226-227.

ca la voragine del mistero. Nè la paurosa poliedricità del caso si ferma qui. Accertati i caratteri fisici dell'essere abnorme, chi dovrà pronunziarsi sulla loro concludenza per la scelta tra l'uomo ed il *mostrum*? Basteranno un anatomista, un fisiologo e uno psicologo, o non occorrerà anche un teologo, il cui ingresso, come tecnico, nell'ardua indagine peritale, segnerebbe una nuova svolta negli ordinamenti processuali? E quale sarebbe l'efficacia dell'opinione del padre (perché, anche se egli non riesce a dirlo, il problema deve essersi agitato, e come, nel fondo della sua coscienza o del suo inconscio), cioè il rapporto fra il reale ed il putativo, sulla sua sorte di imputato?». Ancora una volta l'A. non trovava risposta ai suoi angosciosi interrogativi. Ma era il 1971, ed il progresso tecnologico, proprio in quegli anni, comincerà a consentire indagini prenatali²⁰⁵ allo scopo di identificare eventuali malformazioni del feto. Ecco perché questo argomento finirà per confluire in quello sull'aborto, che, fra l'altro, il legislatore del 1978 renderà lecito, tenendo presenti, in primo luogo, proprio tali eventualità²⁰⁶.

In tema di eutanasia, invece, ancora si attende una soluzione.

Lo scorso anno è intervenuta la l. 2 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) a regolamentare il c.d. *testamento biologico* con riferimento all'accettazione o al rifiuto delle terapie da parte del paziente.

Tre i punti di rilievo del provvedimento: *a*) il consenso informato, ai sensi dell'art. 1, 3° comma («Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi»); *b*) il divieto di accanimento terapeutico, ai sensi dell'art. 2, 2° comma («Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporziona-

²⁰⁵ Mediante l'amniocentesi, che sarà seguita da tante altre metodiche sempre più precise e tempestive.

²⁰⁶ Il dibattito sulla regolamentazione dell'aborto vedeva da anni schierati, su fronti opposti, cattolici e progressisti. Il disastro di Seveso (fuoriuscita di una nube di diossina dall'azienda ICMESA), avvenuto il 10 luglio 1976, aveva determinato un gran numero di gravidanze a rischio malformazioni e, poiché l'aborto in Italia costituiva reato, fu necessario un provvedimento del governo per autorizzare le donne delle zone contaminate che ne avessero fatto richiesta, ad interrompere la gravidanza.

Tutto questo accelerò i tempi di approvazione della l. 22 maggio 1978, n. 194 *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, la cui *ratio*, dunque, fu anzitutto quella di consentire il c.d. *aborto terapeutico* in caso di feti malformati.

ti. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»); c) le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), ai sensi dell'art. 4, 1° comma («Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia [...] che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie»).

Come si vede, è tutt'altra cosa rispetto alla eutanasia, ossia al cagionare una morte serena e indolore a malati terminali o cronici, che ancora oggi è punita ai sensi degli artt. 579 (omicidio del consenziente) o 580 (istigazione o aiuto al suicidio) c.p..

Di recente, la Corte Costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di quest'ultima disposizione²⁰⁷.

All'udienza del 24 ottobre 2018, tuttavia, la stessa si è limitata ad affermare che «l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti». E dunque, per consentire «in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina», ha deciso di rinviare la trattazione della questione di costituzionalità dell'articolo 580 del codice penale all'udienza del 24 settembre 2019.

²⁰⁷ Caso *DJ Fabo-Cappato*, del quale i media si sono occupati a lungo negli ultimi mesi.