

## *F o r u m*

“I Modelli di codice penale e la loro circolazione: il codice penale di Napoleone per il regno d’Italia (1811); il *Model Penal Code* (1962)”

Padova, Auditorium Cedam, 28-29 Settembre 2001

S i l v i o R i o n d a t o

### **Model Penal Code statunitense e <<ragionevole>>.**

Ringrazio il Presidente e ringrazio moltissimo il prof. Vinciguerra. Gli sono molto grato per avermi invitato a manifestare la mia opinione in questo autorevolissimo Convegno che è di grande interesse anche in questa giornata che ci vede alle prese con esperienze giuridiche che *prima facie* risultano assai diverse dalle nostre. In realtà non sono poi così diverse in essenza. Sono, nonché i contenuti, le forme, in particolare le forme di manifestazione del diritto, che assumono diversi valori, come avrò modo di accennare anche in questo mio contributo dedicato al rapporto tra Model Penal Code e ragionevolezza e a qualche correlato spunto comparatistico.

1. Il Model Penal Code statunitense (1962), coperto da copyright dell’American Law Institute, è per noi uno stupefacente caso di prodotto squisitamente dottrinale affermatosi senz’altro tal quale come diritto positivo, dopo un periodo di “positivizzazione *in progress*”, se così posso esprimermi, nel quadro di un sistema che coniuga strutture di *common law* con strutture di *civil law*. E’ un caso forse unico almeno per l’ampiezza dei risultati: due terzi degli Stati (uniti) hanno adottato codici più o meno ispirati al Modello; si calcolano migliaia di decisioni giudiziali fondate sul Modello anche a prescindere da previe recezioni ufficiali di esso.

Questo Modello ha poi ispirato, tra l’altro, il Proposed New Federal Criminal Code (1971) che, a sua volta, se pur è rimasto allo stadio progettuale rispetto al diritto federale, si è tuttavia imposto come modello per successive codificazioni di singoli Stati, per esempio il North Dakota, ed è termine di riferimento giurisprudenziale. Inoltre, sul Model si è innestato un certo Commentario anni ‘80 che opera consustanziato, funzionalmente, allo stesso Model, tanto da costituire oggetto di immediata considerazione in sede giudiziale.

Il risultato, dunque, è imponente. Di certo supera di gran lunga le speranze dei suoi compilatori, in termini quantitativi di effettività.

Per converso, non direi che esso abbia conseguito più di tanto gli originari scopi di unificazione chiarificante. Emerge infatti, almeno a posteriori, e a parte considerazioni sui contenuti, un

significativo paradosso per cui il Model è stato al contempo fattore di codificazione e fattore di decodificazione, per così dire, non fosse altro che per lo sdoppiamento anche dei modelli. Ma a parte ciò è fattore paradossale nel senso soprattutto che: il suo influsso si radica in un impianto che già nei fondamentali – per intenderci, nella c.d. precomprensione - rimane (soltanto, a ragione, e inevitabilmente, a mio avviso) di *common law*, e quindi non è in grado di impegnarsi in intense riduzioni del valore del Modello stesso, nonostante l'eventuale difformità tra quest'ultimo e il codice derivato; di conseguenza, il Codice di uno Stato sono almeno due – e per quanto detto sopra diventano in realtà di più. Lo stesso codice militare, che pure ha una sua storia a parte, si trova immediatamente a fare i conti, senza cioè mediazioni di recezioni formali, col Model Penal Code, e cede alquanto (come p. es. nel recentissimo caso Rivera, 2 maggio 2001, in tema di *jus corrigendi*).

Tutto questo pluralismo è ben distinguibile da quello sotteso alla pluralità degli Stati (uniti) e quindi anche dei correlati codici, la quale è scontata in partenza come si dirà; è distinguibile, però, in una prospettiva che riconosca nel primo una derivazione della seconda, e intenda quest'ultima come pluralità, appunto, degli Uniti. Un fattore al contempo unificante la, e prodotto da, l'Unione, per quanto qui rileva, è il *common law* in cui il Modello è riuscito ad inserirsi proponendosi in sostanza come suo strumento di manifestazione.

In fondo, solo in quest'ambito giuridico, che rimane “naturalmente” aperto-elastico, io direi più ragionevole, potevano attribuirsi *chances* di successo ad un modello di fonte dottrinale. Con ciò non intendo sminuire il ruolo decisivo riconoscibile all'indiscussa bravura degli Autori che hanno saputo dar vita ad un ampio tentativo di razionalizzazione del diritto allora esistente orientandolo sulla premessa di all'epoca condivisi risultati e previsioni forniti dalle scienze sociali, e in complesso curando di evitare inadeguate forzature. Ma certo questi Autori non potevano non essere sorretti da una considerazione del valore giuridico attuale e potenziale della loro opera, una considerazione ben diversa - mi pare - da quella che ci si può aspettare animi i nostri, odierni professori-codificatori, per quanto ottimisti siano. A noi oggi manca, tra l'altro, l'ausilio di una componente autoritativa, quanto meno sotto il profilo dell'affidabilità. E per la verità vedo mancare anche l'imprescindibile condivisione di qualsivoglia premessa, nonché la capacità di armonizzare l'esistente. E questa è anche la situazione in cui oggi versa l'america penalistica in USA, che pure tende al New Model Penal Code e quindi ripropone lo stesso percorso – ma lo ripropone acriticamente, mi sembra, in ordine all'*an* sulla pedissequa ripresa della vecchia via, e oltretutto mutua suggestioni codificatorie di ispirazione europeo-continentale, prevalentemente di marca tedesca e connotate dalle ben note, aspre rigidità dogmatiche che certo nel mondo tedesco possono andare benissimo –ammesso e non concesso-, ma che secondo me anche negli U.S.A., che come noi non sono la Germania, stanno ormai producendo effetti non produttori rispetto allo scopo. Per

esempio, mi par degno di miglior causa lo spirito di malintesa geometria con cui si pretenderebbe di sdoppiare il nuovo Model Penal Code (Robertson), così oltretutto ammettendo la pluralità in principio: da un lato, cioè, - primo codice - quanto attiene alla c.d. funzione ex ante, ovvero quella di render chiaramente conoscibile ciò è che vietato; dall'altro lato la c.d. funzione ex post che riguarderebbe l'aggiudicazione della responsabilità. A me sembra invece che semmai, almeno da noi, dovrebbe imporsi un'operazione contraria che inoltre dovrebbe coordinare al sostanziale tutti gli assetti processuali che hanno diretta o indiretta influenza sul messaggio penale che l'individuo e la collettività ricevono.

Sotto questi profili prevedo longevità per l'attempato Model Penal Code.

2. Passo ad altro ma correlato punto. Di questo monumento giuridico, crederei di poter affermare che il suo largo effetto è frutto anche della sua grande ragionevolezza all'epoca, ragionevolezza intesa quale criterio di opportunità razionale empirica. Ragionevolezza degli Autori e, al contempo, del Sistema in cui il loro prodotto pretendeva di inserirsi. Invero, non tutto è da buttare, se non l'eccesso, del c.d. pragmatismo che da parte nostra (ma sempre meno) viene rimproverato alle soluzioni statunitensi. Può darsi che i contenuti delle soluzioni fossero/siano per noi qui irragionevoli, mentre oltreoceano risultavano (e ai più dotti non più risultano) ragionevoli. Per esempio, a qualcuno potrebbe sembrare ragionevole che nella situazione statunitense si accolgano, come si pretende, in un New Model, almeno moderatamente, certe istanze del neo-retribuzionismo, che da noi suonerebbero senz'altro impertinenti, e invece là tendono a veicolare anche non trascurabili momenti di garanzia. Ma, comunque, riguardo al principio che ha animato la soluzione c'è forse qualcosa da imparare qui in Europa continentale (e forse anche in USA, per altri versi), o meglio: a mio avviso già sappiamo che le istanze codificatorie intese nel senso utopico vetero-illuministico non sono riproponibili e che le vie del diritto penale ragionevolmente sono quantomeno anche altre; solo che per varie ragioni e interessi, più o meno degni, rifiutiamo la ricerca di praticabili soluzioni alternative al vigente (ma non altrettanto vivente) diritto delle fonti (penali). I codici della grande codificazione si inserivano in un processo di giuridificazione che tanto più si è posto come progetto generale della società quanto più si è autodefinito come un meccanismo di unificazione dei particolarismi giuridici, unificazione oggi impensabile di fronte al particolarismo legislativo – che ha anche le sue buone ragioni – e allo spostamento di piano dell'unificazione giuridica che oggi trova spazio, semmai, nei grandi processi economici governati da soggetti e scambi transnazionali, al di fuori degli Stati e, spesso, del loro controllo<sup>1</sup>.

3. La ragionevolezza gioca un ruolo anche all'interno del Model Penal Code, a partire dalle ipotesi in cui il <<ragionevole>> è (testualmente) previsto. A parte pure i quattro-cinque casi in cui

---

<sup>1</sup> RESTA E., Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto, in BESSONE M. (a c. di), L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività, Torino (Giappichelli), 1997, 22

si tratta di norme aventi natura almeno in parte processuale, e sulle quali non mi soffermo solo per economia espositiva (v. §§ 1.07; 1.12; 4.06; 4.07), merita segnalazione un non piccolo gruppo di fattispecie in cui si versa in materia sostanziale.

- 1) Ricca di suggestioni è la previsione, all'interno del per altri versi criticatissimo § 1.02 , contenente le finalità generali delle descrizioni di reato e i principi dell'interpretazione (le prime essendo annoverate tra i criteri di interpretazione), dell'obbiettivo di << differenziare su basi ragionevoli i reati gravi dai reati minori >>. Con ciò si innestano in sede interpretativa criteri sostanziali di distinzione.
- 2) In tema di applicabilità territoriale della legge penale (§1.03) riguardo al caso di condotta tenuta fuori dello Stato, si richiede tra l'altro un ragionevole collegamento con un legittimo interesse dello Stato, collegamento che mi pare debba risolversi in un giudizio di offensività.
- 3) Per definizione generale (§1.13), il << credere ragionevolmente >> o la << ragionevole convinzione >> indicano un convincimento esente da *recklessness* e senza colpa. Tutto sommato è un'indicazione ragionevole.
- 4) Se una legge non è << resa ragionevolmente conoscibile >> prima della condotta incriminata, allora vale, in senso scriminante, il convincimento che la propria condotta non costituisca reato (§2.04). Nel 1962 si dava al problema una soluzione di sintesi ben più praticabile degli arzigogoli dogmatici che ancor oggi affliggono tra l'altro la nostra corte costituzionale.
- 5) Le stesse conclusioni valgono riguardo al previsto, ragionevole affidamento in una disposizione normativa ufficiale errata o invalida (§2.04).
- 6) La scriminante del consenso non opera se l'assenso è dato da chi è incapace di esprimere un giudizio ragionevole circa la natura o la lesività della condotta che costituisce reato (§2.11). Qui potrei notare una certa incuria, anche se la norma ha un alto significato nel momento in cui responsabilizza con peculiare intensità il recettore del consenso altrui.
- 7) L'uso dell'imprigionamento come autodifesa è giustificato ma col limite, tra l'altro, che l'agente abbia preso tutte le ragionevoli misure per porvi fine non appena sappia di poterlo fare senza pericolo (§3.04).
- 8) Analoga previsione opera nel caso di imprigionamento come misura preventiva di suicidio o di commissione di un reato (§3.07, che contiene un ulteriore rinvio alla ragionevolezza in tema di limiti all'uso della forza).
- 9) Riguardo allo jus corrigendi rispetto a minori da parte di maestri e simili, vale la nozione di ragionevole disciplina scolastica o di gruppo (3.08).

10) Riguardo al trattamento medico, il correlato consenso presunto in caso di emergenza è quello che qualsiasi persona ragionevole presterebbe, volendo salvaguardare il benessere del paziente.

Ora non è mia intenzione commentare in dettaglio queste figure, anche perché non ho che appena iniziato ad apprezzare il significato che esse assumono nella pratica giurisprudenziale statunitense. Mi interessa invece aprire, e non perciò solo problematicamente, la prospettiva comparativa, chiedendomi se il ragionevole giochi un ruolo o possa giocare un ruolo anche da noi, de iure condito e de iure condendo. So bene che è un tema di quelli spaventevoli per la complessità e il numero delle questioni, e certo non sono oggi a pretendere di esibire risultati di ricerca, che pure altrove ho almeno parzialmente comunicato. Qui si tratta solo di stimolare l'attenzione invitando a valutare la meritevolezza di un'indagine in tal senso, che io tenderei a ritenere di importanza essenziale e ancora ad uno stadio pochissimo avanzato. A tal fine mi limito ad alcune costatazioni principali, con l'occhio rivolto all'istanza di codificazione.

- a) E' noto che la Costituzione è il principale fattore di decodificazione, soprattutto perché apre una dimensione critica permanente sul codice, e ne svilisce quindi l'aspirazione gerarchica (sto pensando a Scarpelli). Non si può ricodificare senza disporre di norme costituzionali in materia penale adeguate ai tempi. Prima la Costituzione e poi il codice. In questo quadro occorre prender decisioni avvedute in punto di ruolo della ragionevolezza, identità e ruolo di chi la manifesta etc. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di controllo di ragionevolezza sul diritto penale è solo un punto di partenza. Il rapporto tra legalità e ragionevolezza deve essere per quanto possibile chiarito fin dal momento costituzionale. Qui il problema delle fonti dovrà uscire una buona volta dalle ipocrisie, seguendo la strada già indicata da Nuvoione quasi a metà del secolo scorso, quando egli lucidamente sosteneva in definitiva che la considerazione della fonti non può prescindere dalla giurisprudenza, e che al riguardo i sistemi di *common law* hanno qualcosa da insegnare.
- b) Veniamo poi al codice. Tra tanto che vorrei dire scelgo in primo luogo il rilievo che ragionevolezza e discrezionalità seguono percorsi quantomeno interferenti, se non comuni. E' opportuno riprendere gli interrotti studi sulla discrezionalità in diritto penale – ricordo quelli di Latagliata, Bricola, Dolcini, Stile - rivisitandoli sull'ipotesi della ragionevolezza in diritto penale. In secondo luogo, occorre vagliare l'ipotesi di normativizzazione definitiva della ragionevolezza; e occorre vagliare ipotesi di

aggiunta di un requisito di ragionevolezza tra gli elementi di qualche fattispecie penale.

- c) Infine un cenno agli aspetti penalistici del diritto comunitario e dell'Unione Europea, E' un diritto per il quale già si pretende l'European Model Penal Code, e il Corpus Juris 2000 ne è forse già un inizio de iure condendo, almeno nei suoi principi generali. Ma un altro inizio, che sta nel diritto invece esistente, consiste, tra l'altro, nei principi generali del diritto penale scaturiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, con i quali, oltre che con l'impianto del diritto comunitario e con quello dell'unione Europea, bisogna fare i conti già a partire dalla quasi inesplorata questione se sia davvero razionale e ragionevole proporre un Codice penale europeo. Non siamo qui per rispondere a questa domanda, quindi rinvio la risposta diretta ad altra sede. Intanto suggerisco di considerare una questione alquanto spinosa, che sia i codici nazionali che quello europeo dovrebbero ben risolvere. La Corte di Giustizia spesso individua nel giudice interno l'organo competente in tema di controllo di ragionevolezza sulla norma penale, in base s'intende al principio comunitario di ragionevolezza. Per i meno introdotti preciso che si tratta di una manifestazione del sindacato diffuso di costituzionalità comunitaria (simile a quello statunitense di costituzionalità), che spetta anche al giudice del merito, al giudice interno che è perciò giudice anzitutto comunitario. Questo sindacato è una rivoluzione che per ora ha pochi effetti solo perché i giudici penali nonché gli avvocati e i giuspenalisti in genere per la maggior parte non conoscono il diritto comunitario e tanto meno il diritto penale comunitario. La questione, dunque, è la seguente: manteniamo gli esiti penalistici di questa rivoluzione che ci è proposta dalla più penetrante esperienza giuridico-penale unificante che mai si sia data, o intendiamo limitarli oppure eliminarli?

Vi ringrazio per l'attenzione.