

DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

(Collezione legislativa fondata da Guido Zanobini)

LEOPOLDO ELIA

GIUSEPPE GUARINO

CODICE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Vol. I:

1. Costituzione della Repubblica Italiana
 2. Leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali
- LIBRO I: Stato italiano; elementi costitutivi
- LIBRO II: Diritti e doveri dei cittadini
- LIBRO III: Organizzazione dello Stato
- Vol. II:
- LIBRO IV: Regioni, province, comuni
- LIBRO V: Norme generali ed atti costituzionalmente rilevanti
- LIBRO VI: Ordini cavallereschi
- LIBRO VII: Stato e Chiese cattoliche
- LIBRO VIII: Rapporti con gli ordinamenti
- LIBRO IX: Giustizia costituzionale
- Appendice di aggiornamento

Seconda edizione interamente rivista

1974, volume I: Libro I-III, pp. CCXXXI-1883

1974, volume II: Libro IV-IX, da pp. 1884 a 4394

1/2 due volumi in 16°, carta India, rif. tela, L. 50.000

R. Legnani - Rivolgerti alla Sede in Milano - Cas. postale 3.11986 - tel. 02/7600.41/42/43/44/45

NUOVA SERIE - ANNO XVII
Distribuzione trimestrale Fasc. 2 - Aprile-Giugno 1974
UNIDADE IV

Letture obbligatorie
AMODIO, Prove legalim, legalità
probatoria e politica processuale, p. 373-6

RIVISTA ITALIANA

DI

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

FONDATA DA

GIACOMO DELITALA

DIRETTA DA

- B. PETROCELLI - G. BETTIOL - T. DELOGU
G. VASSALLI - P. NUVOLONE - P. FRISOLI
G. BELLAVISTA - G. GUARNERI - G. SABATINI
G. D. PISAPIA - M. G. A. L. L. O. - G. C. O. N. S. O.
A. G. R. E. S. P. I. - G. P. E. D. R. A. Z. Z. I. - G. D. E. L. U. G. A.
M. S. I. N. I. S. C. A. L. C. O. - D. S. I. R. A. C. U. S. A. N. O. - F. B. R. I. C. O. L. A.
V. C. A. V. A. L. L. A. R. I. - G. F. G. R. O. S. S. O. - G. L. C. Z. Z. I.
G. M. A. R. I. N. U. C. C. I.



22/15-12

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

cui la pena sia applicata in misura sensibilmente superiore al minimo edittale, sussisterebbe secondo il Supremo Collegio il pericolo che il potere discrezionale del giudice sia degenerato in arbitrio (99). Affermazione, quest'ultima, estremamente discutibile: la stessa applicazione della pena nel minimo edittale può essere frutto di un arbitrio, ancorché perpetrato a favore del reo. D'altra parte, quand'anche la garanzia della motivazione si intendesse come esclusivamente rivolta a tutela del condannato, una motivazione del tipo accennato risulterebbe carente, e quindi la sentenza nulla, tutte le volte che la pena fosse applicata in misura anche inferiore alla media edittale, ma superiore al minimo, potendo appunto risiedere l'arbitrio nella mancata applicazione della pena minima.

Che nella pratica giurisprudenziale la motivazione sia idonea a soddisfare una qualsiasi funzione di garanzia, deve pertanto escludersi. D'altra parte, non segnerebbe di per sé un sostanziale progresso neppure l'abbandono delle « formulette pigre » (100) dietro cui i giudici trincerano le proprie scelte ex art. 133 c.p. L'obbligo della motivazione, infatti, garantisce soltanto l'enunciazione in sentenza dell'*iter* attraverso il quale il giudice ha stabilito l'ammontare della pena per il caso concreto; ora, se i criteri sui quali il giudice può fondare le proprie scelte sono del tutto liberi, come risulterebbe dal 133, non interpretato alla luce dei principi costituzionali, sarebbe sufficiente, al limite, che il giudice si appellasse ad uno qualsiasi di tali criteri, affermandone la preminenza nel caso concreto rispetto a tutti gli altri, per applicare la pena sulla base di quell'unico parametro (101), e porsi nel contempo al sicuro da qualsiasi censura di legittimità. Solo in quanto si individuino nel sistema legislativo indicazioni circa l'uso che il giudice debba fare dei dati emersi ex art. 133 c.p., si delinea netto il confine fra discrezionalità ed arbitrio, e la motivazione, acquistando un preciso termine di riferimento, diventa efficace strumento di controllo, per assicurare il rispetto di quella linea di demarcazione.

EMILIO DOLCINI

Assistente ordinario di diritto penale
nell'Università di Pavia

(99) Cfr. Cass. 6 aprile 1970, in *Riv. ult. cit.*, 1972, p. 203, m. 165; Id. 1° febbraio 1966, *ivi*, 1967, p. 162, m. 196.

(100) Così BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, 1939, p. 99.

(101) Cfr. Cass. 14 ottobre 1971, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1972, p. 1649, m. 2362 (con nota di precedenti conformi).

PROVE LEGALI, LEGALITÀ' PROBATORIA
E POLITICA PROCESSUALE

Non è in omaggio ad uno scontato *fair play* accademico che ringrazio MAURO CAPPELLETTI per il commento critico che ha voluto dedicare al mio scritto su *Libertà e legalità della prova nella disciplina nella testimonianza* apparso in questa *Rivista*, 1973, pp. 310-339 (cfr. *Ritorno al sistema della prova legale?*, *ivi*, 1974 p. 139). In una stagione culturale come quella che attraversano attualmente gli studi sul processo penale — piuttosto avare di confronti e dibattiti su temi attorno ai quali l'incalzare delle vicende giudiziarie suscita invece « all'esterno » sempre più vivaci polemiche — l'accendersi del contraddittorio sulle pagine di questa *Rivista* grazie alla voce di uno studioso della sensibilità e dell'impegno di CAPPELLETTI costituisce qualcosa di più di un fatto salutare. Direi quasi che è un avvenimento. Il suo intervento vale a confermare l'ineliminabilità del dissenso come dato vivificatore di un operare giuridico che non deve ridursi a solitario esercizio mentale inteso come tappa forzata dell'itinerario accademico.

La finalità del mio scritto era del resto anzitutto « provocatoria ». Concepito inizialmente come discorso da svolgere in una comunicazione congressuale, una volta trasfuso in articolo esso ha conservato un poco di quella voluta accentuazione del *novum* che è artificio « retorico » richiesto dall'esigenza di guadagnarsi l'attenzione di un uditorio. Ha finito così per risultare più marcata quella tendenza a definire nettamente i contorni, a preferire le luci piene ai chiaroscuri, che considero irrinunciabile anche nel lavoro « scientifico ». La tecnica del levigare, smussare, sfumare asperità e opinioni eterodosse non solo tradisce l'etica professionale del *libera lingua loqui*, ma soffoca la funzione dello scrivere come stimolo alla partecipazione altrui. A nessuno vien voglia di dialogare con chi finisce per dar ragione a tutti e ricopre con la cortina dei « forse » e dei « potrebbe » le punte più avanzate del suo pensiero.

Il ruolo « provocatorio » era nel mio scritto affidato al concetto di « prova legale ». Ero perfettamente consapevole di quel che significasse una riesumazione anche solo lessicale di questa formula: c'era da attendersi che essa evocasse risposte emotive in una cultura, come quella processualistica moderna, che vi associa l'idea di anticaglie conoscitive degne — come scrive ora CAPPELLETTI — di un « legislatore fannullone » e di « corti sfaccendate » (*op. cit.*, p. 140). Ma a me interessava in primo luogo far intendere, prospettando una terapia estrema, la gravità del male ormai dilagante nel diritto delle prove penali, male tanto più insidioso perché dissimulato nella forma benigna del libero convincimento.

Mi sembra che l'operazione sia sostanzialmente riuscita: ancorché critica, la « risposta » di CAPPELLETTI mostra come il concetto di prova legale sia capace di risvegliare interessi sopiti (in campo processualpenalistico) e con ciò di sollecitare la riflessione su insufficienze della normativa e degenerazioni della prassi.

La riproposizione della formula è poi servita a dare al dibattito un « taglio » inconsueto. Quando CAPPELLERLI bolla come « erroneo » e « pericoloso » un « ritorno al vecchio e superato sistema della prova legale » (op. cit., p. 141) quale avrei propugnato, si colloca nell'ambito di un discorso che non involge né l'interpretazione di norme, né la ricostruzione di un sistema. Il dissenso verte su scelte di *polices*, si sposta cioè sul terreno della politica processuale. E non è certo cosa di poco conto se si considera che il dialogo nel settore probatorio — anche quando ha investito profili stimolanti come quello delle prove illecite — si è in passato mantenuto, almeno in sede processuale penale, esclusivamente a livello interpretativo. Ora invece non si fa questione del modo in cui possono essere utilizzate le norme vigenti per risolvere questo o quel problema: si va al fondo delle scelte politiche per trarne le linee programmatiche di interventi di ristrutturazione, mediante il ricorso a strumenti che prescindono persino, in certa misura, dall'appello ai valori costituzionali per rivolgersi alle risorse della logica e delle ideologie, le armi dell'ingegneria sociale.

Al di là dell'obiettivo di riaccendere interessi, il mio scritto tentava di porre le basi per una operazione di *societal engineering* con il proporre una versione della vecchia formula « prove legali » in quella « moderna » — e non solo nel significato descrittivo del termine — di « legalità della prova ». Sarebbe gioco di etichette? Non direi dal momento che nel valore della legalità affiora una dimensione garantisca della regolamentazione del procedimento probatorio che non si risolve affatto in un « ritorno » alla antica aritmetica delle prove, ma si innesta con una forte carica riformatrice nelle strutture attuali del nostro processo penale.

La stessa riflessione sul diverso modo di atteggiarsi del rapporto tra regola legale e poteri del giudice nei vari settori dovrebbe suggerire una risposta meno liquidatoria verso un programma di espansione dell'intervento legislativo in campo probatorio. La legalità operante a livello di diritto penale sostanziale, il rifiuto del principio di opportunità nel promovimento dell'azione penale, lo sbarramento legislativo nella individuazione delle ipotesi di invalidità (c.d. principio di tassatività): ecco cospicue attestazioni — diverse s'intende tra di loro sul piano operativo — del significato favorevole che modernamente riveste la delimitazione legislativa dei poteri del magistrato nel processo.

Con ciò non voglio affatto dire che il chiudere la valvola del potere giuridiziale si colori oggi costantemente di progressismo. Basterebbe, a smentirlo, l'evoluzione recente della normativa in materia di libertà personale: nel riconoscere al magistrato il potere di concedere la libertà provvisoria anche per i reati che comportano la cattura obbligatoria, si è proceduto nella direzione dell'allargamento della discrezionalità secondo una linea di tendenza da tempo patrocinata, in questo settore, dalla stessa dottrina. La verità è che si deve rifuggere da ogni discorso aprioristico ed astratto: guardarsi bene dal mltizzare la legalità così come dal far assumere un valore incondizionatamente positivo alla discrezionalità. Anche questa seconda tendenza trova modo spesso di emergere nell'atteggiamento di chi ritiene che l'allargamento dei poteri del giudice, sia sinonimo di progresso, quale che sia la natura dei beni su cui l'intervento giudiziale viene ad incidere. Si giunge persino a dare una valutazione favorevole al « governo » della famiglia da parte del giudice senza avvedersi della portata autoritaria che assume un simile programma politico.

Anche in sede di politica processuale merita dunque di essere definitiva-mente liquidata l'inclinazione ad ipostatizzare i principi fino a dar loro una valenza rigida e refrattaria al terreno particolare in cui sono chiamati ad operare. Mi sorprende che proprio CAPPELLERLI che con DENRI ha insegnato a noi più giovani a riesaminare i principi processuali « alla luce di criteri o *polices* concreti e pragmatici » (cfr. CAPPELLERLI, *La « miseria » del giuramento della parte davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1973, IV, c. 153), si sia lasciato catturare da una « trappola emotiva » — quella evocata dalla formula delle « prove legali » — che gli ha impedito di scorgere l'atteggiamento pragmatico al quale si ancorava il mio discorso. Lo sforzo teso a rivendicare il valore attuale della legalità probatoria era nel mio scritto rigorosamente contenuto entro i confini del processo penale. Soltanto il corrompersi della regola del libero convincimento, ormai saldata al principio inquisitorio, quale si riscontra nell'esperienza processuale penale giustifica l'adozione di un programma di contenimento e di regolamentazione dei poteri di iniziativa e di valutazione del giudice in campo probatorio. Nel processo civile non si rinviene questa smisurata signoria giudiziale sulla prova. Anzi, il giudice appare relegato in un ruolo fin troppo neutrale. Ed in questa differente struttura risiede la matrice di scelte politiche che non possono non muoversi in direzioni diverse.

Non mi sembra quindi francamente fondato il rilievo critico che CAPPELLERLI muove quando parla di « pericolose generalizzazioni » in cui sarei incorso nel mio scritto. Lo stesso concetto di « flessibilità del sistema probatorio » che ho proposto mostra come mi sia attenuto ad una visuale tutt'altro che astratta ed indifferenziata: flessibilità all'interno del processo penale come ricerca di un equilibrio tra libero convincimento e legalità della prova; flessibilità nei rapporti tra i due processi come rifiuto di una univocità di impostazione del diritto delle prove in funzione delle diverse strutture (e non tanto dei diversi interessi in gioco) storicamente proprie dei due modelli. Se poi lamentando la generalizzazione CAPPELLERLI vuol alludere alla impossibilità di operare la *reductio ad unum* di regole finalizzate da un lato alla tutela di interessi endoprocessuali, dall'altro, invece, alla protezione di interessi extraprocessuali (riservatezza, libertà domiciliare, libertà morale, ecc.), basterà ricordare la distinzione tra *fondamento logico e fondamento politico* che ho prospettato come criterio discreto all'interno della categoria delle disposizioni regolatrici del procedimento probatorio, categoria che rimane unitaria per la radice comune dell'intento restrittivo dei poteri del giudice cui dovrebbero riconnettersi i diversi interventi legislativi.

CAPPELLERLI ritiene che solo le regole di esclusione dirette a proteggere valori fondamentali estrinseci alla ricerca giudiziale meritino di essere conservate in un processo moderno e democratico. Non si sente invece di condividere la tendenza a ridare vitalità — sia pure nel solo processo penale — a regole che impongono la verità « astrattamente ed a priori in forma generale ed autoritaria » secondo un metodo « scolastico e precopernicano » (Ritorno, cit., p. 140). L'idea della stretta dipendenza tra teoria della conoscenza e sistema probatorio mi pare tuttavia sia frutto piuttosto di intuizioni ricavate da quanto si sa intorno al processo antico e medioevale, che non invece di documentate ricerche sulla storia del processo moderno e contemporaneo che mancano del tutto nella nostra letteratura. L'impressione di chi ha condotto studi, con qualche apertura storica, sui temi limitrofi della motivazione e della giuria è nel senso di una maggiore

rilevanza dei fattori politici rispetto a quelli logico-filosofici in seno alla formazione del moderno diritto delle prove.

Nel processo penale attuale, comunque, la previsione di regole legali volte ad imporre in certi casi persino la rinuncia alla sperimentazione diretta in sede giudiziale diventa politicamente auspicabile quando si avverte il marcato autoritarismo nascosto nell'uso della « libertà della prova ». Contro la tendenza di una magistratura che si avvale degli « spazi » lasciati aperti dal sistema probatorio per accreditare ricostruzioni di fatti dettate dalla ragion di Stato in spregio alla verità storica, la legalità probatoria può rappresentare un baluardo di non trascurabile importanza. Più in generale si tratta di ricondurre il giudizio di fatto a quella razionalità che è negazione degli arbitri oggi consumati in nome di una equivoca esigenza di difesa della società dal delitto.

Non credo del resto che abbia una reale consistenza — almeno nel processo penale — il rischio cui si riferisce CAPPELLETTI quando paventa un « recupero » delle regole probatorie legali « negative » da me proposte, nel senso che da questo assunto qualcuno potrebbe trarre conforto per farsi fautore di regole di segno positivo, tali cioè da « vincolare il giudice a ritenere per provato il fatto criminoso » (*Ritorno*, cit., p. 141). Avvisaglie di un simile pericolo non si intravedono: né nella dottrina, né nei principi accolti nella legge delega per la riforma del codice di procedura penale nel quadro della quale dobbiamo ormai operare per la costruzione del nuovo processo penale. La giurisprudenza continua invece ad annoverare sentenze di condanna basate su ricognizioni compiute *contra legem* mediante esibizione di fotografia, decisioni che attribuiscono valore risolutivo all'unica dichiarazione accusatoria della vittima di aggressioni sessuali ignorando quel che la psicologia insegna sulla labilità di simili dichiarazioni, pronunce che sacrificano disinvoltamente ogni divario qualitativo tra prove ed indizi sull'altare del libero convincimento. E c'è il pericolo che questo metodo... galileiano di ricerca della verità — alla stregua del quale l'unica esperienza scientifica che conta è in definitiva quella di cui è depositaria la cassazione — abbia a persistere anche nel nuovo processo penale se non ci si impegna seriamente a promuovere il valore della legalità in tutte le fasi del procedimento probatorio.

ENNIO AMODIO
prof. straord. di procedura penale
nell'Università di Parma

LA SUPREMA CORTE DEGLI STATI UNITI
E LA LIBERALIZZAZIONE DELL'ABORTO (*)

Con due decisioni pubblicate il 22 gennaio 1973, la Suprema Corte degli Stati Uniti ha notevolmente ampliato la possibilità della interruzione legale della gravidanza e ha introdotto una soluzione legata a dei termini per l'aborto (1). I due giudizi devono considerarsi come provvisoria conclusione di un processo di riforma iniziato negli anni sessanta che — considerata la forte opposizione incontrata nell'opinione pubblica americana — ha raggiunto l'obiettivo abbastanza velocemente.

La competenza legislativa per la disciplina dell'aborto appartiene secondo la Costituzione americana ai singoli Stati membri. Quasi tutti gli Stati membri hanno emanato nel corso dell'ultimo secolo leggi che permettevano l'aborto solo in caso di minaccia per la vita della donna incinta (2). A causa delle scarse conoscenze nel campo della antisepsi e della sterilizzazione, ad ogni aborto era connesso un alto grado di rischio per la vita della donna incinta, a cui essa poteva esporsi, secondo le concezioni dei legislatori americani, solo se si doveva evitare un incombente pericolo di vita.

Fino ai giorni nostri le leggi restrittive non vennero modificate nella maggior parte degli Stati membri, sebbene i progressi della medicina — e non ultimi i nuovi metodi di aborto — abbiano relativamente ristretto i rischi ad esso collegati. Col passare del tempo è stato certamente riconosciuto da alcuni Stati membri un valore di "indicazione" anche alla eliminazione di un pericolo per la salute della donna incinta (3).

L'avvio ai moderni movimenti di riforma fu dato dal Codice Penale Modello, preparato dall'Istituto americano per il diritto — un'associazione privata di giuristi americani progressisti — e pubblicato nel 1962: esso doveva servire ai legisla-

(*) Trad. it. di Enzo Musco.

(1) *Roe v. Wade*, *Supreme Court Reporter*, 93 (1973), 705 ss.; *Doe v. Bolton*, *ivi*, p. 739 ss. Vedi pure *Ellen und Klaus SESSAR, Das Abtreibungs-Urteil des US Supreme Court, Vorgänge*, 1973, p. 144 ss.

(2) Vedi le indicazioni in *Roe v. Wade*, *ivi*, p. 709, nota 2. Più da vicino *Model Penal Code, Tentative Draft Nr. 9*, Philadelphia 1959, p. 146; *The Effect of Changes in the State Abortion Laws*, edito da U.S. Department of Health, Education and Welfare, Washington, D.C. 1971, p. 2; *HANACK, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der westlichen Welt*, in *BAUMANN, Das Abtreibungsverbot des § 218, 2^e ed.*, 1972, p. 215. In altro senso *SIMONS-GEERDS, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, 1969, p. 150 per i quali una indicazione medica e quindi anche una minaccia per la salute della donna incinta (cfr., *ivi*, p. 151), è riconosciuta dappertutto negli Stati Uniti come motivo per l'interruzione della gravidanza.

(3) *Model Penal Code, Tentative Draft Nr. 9*, p. 152: *The Effect of Changes*, p. 2.