

Annexe B17 Publique : Copie des références doctrinales

**MEMOIRE D'APPEL DE LA DEFENSE DE M. FIDELE BABALA WANDU
CONTRE LA SENTENCE PRONONCEE PAR LA CHAMBRE DE PREMIERE
INSTANCE VII (ICC-01/05-01/13-2123-Corr)**

DOMENICO PULITANÒ

DIRITTO PENALE

Seconda edizione

ICC Library - Bibliothèque CPI



3 2004 00013674 1



DOMENICO PULITANÒ

DIRITTO PENALE

Seconda edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2007 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-7501-8



Cour
Pénale
Internationale
International
Criminal
Court

Library | Bibliothèque

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

nel progetto Grosso (art. 69), va incontro ad obiezioni forti². L'idea che esista una pena corrispondente al fatto colpevole, giusta in assoluto, non può essere legata a criteri di giustizia 'giusti in assoluto'; evoca suggestioni retribuzioniste; non offre criteri di controllo sulle politiche penali del legislatore. La 'giustizia' della commisurazione della pena, in un sistema di legalità formale, dipende da criteri di legalità formale, consistenti non solo negli eventuali criteri di commisurazione, ma innanzi tutto nel sistema delle pene edittali.

Il limite della colpevolezza è un'idea regolativa forse necessaria, ma non trova garanzie sufficienti nella legalità formale, e non è sufficiente a condurre a risultati condivisi sul piano dei significati di giustizia. I criteri di commisurazione possono valere (se riescono a funzionare) a collocare il fatto concreto su una scala di gravità fra le diverse possibili modalità di realizzazione di un dato tipo di reato, e a collegarlo con una misura di pena in una posizione corrispondente fra il minimo e il massimo edittale. In presenza di difformi concezioni di giustizia, relative al tipo di reato, o al fatto concreto, o alle politiche penali, la stessa tenuta del sistema di commisurazione diviene incerta, anche per le tensioni fra la legalità formale e valutazioni di giustizia, e gli esiti sono comunque discutibili (e di fatto discussi, come l'esperienza quotidiana attesta). Al di là dell'impegno della dottrina per la costruzione di modelli razionali di commisurazione della pena, l'idea della pena giusta è un mito, e sulla commisurazione della pena, in senso stretto ed in senso lato, si addensano tutte le tensioni che attraversano il sistema penale.

3. Criteri fattuali di commisurazione della pena.

3.1. La gravità del reato.

Nella commisurazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 il giudice deve tenere conto, innanzi tutto, della *gravità del reato*. Il riferimento, è, ovviamente, alla gravità del fatto concreto: *del singolo fatto di reato* per cui è stata riconosciuta la responsabilità della persona cui si deve applicare e commisurare la pena. Teoricamente, il giudice è chiamato a valutare a quale livello di gravità il fatto concreto si collochi, nell'ambito dei fatti riconducibili a un determinato tipo di reato, cui corrisponde una determinata cornice edittale di pena.

La gravità del fatto, dice l'art. 133, deve esser desunta:

1. *dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;*

² Nella dottrina italiana recente, cfr. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale conciliativa*, a cura di Picotti e Spangher, Milano, 2002, p. 17 s.

ezioni forti². L'idea che esista in assoluto, non può essere una suggestione retribuzionista; di del legislatore. La 'giustizia' di legalità formale, dipende da gli eventuali criteri di commi- edittali.

forse necessaria, ma non trova sufficiente a condurre a risul- ti. I criteri di commisurazione scarse il fatto concreto su una realizzazione di un dato tipo una posizione corrisponden- za di difformi concezioni di eto, o alle politiche penali, la ene incerta, anche per le ten- zia, e gli esiti sono comunque quotidiana attesta). Al di là

modelli razionali di commi- mito, e sulla commisurazio- i addensano tutte le tensioni

a.

eri di cui all'art. 133 il giudi- del reato. Il riferimento, è, ov- o fatto di reato per cui è stata leve applicare è commisurare itare a quale livello di gravità conducibili a un determinato ice edittale di pena. desunta.

to, dal tempo, dal luogo e da

il sistema sanzionatorio penale: una tiva, a cura di Picotti e Spangher,

2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;
3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Queste formule abbracciano qualsiasi elemento del fatto di reato, conside- rato nella sua concretezza di fatto della vita. Si tratta, in definitiva, di valutare il fatto che costituisce oggetto del giudizio di colpevolezza, nei suoi aspetti ca- ratterizzanti: le modalità della condotta, la gravità dell'offesa all'interesse pro- tetto, la pregnanza dei profili soggettivi da cui dipende il rimprovero di colpe- volezza. La valutazione di gravità del fatto non è e non può essere, ai fini della commisurazione della pena, una valutazione puramente obiettiva, di gravità dell'offesa; *oggetto di valutazione è la realizzazione colpevole del fatto concreto, nei diversi aspetti da cui dipende la misura della colpevolezza per il fatto*, la qua- le dipende sia dalla gravità oggettiva del fatto, sia dalla natura del rapporto soggettivo dell'agente con il fatto commesso. La valutazione di obiettiva gravi- tà dell'offesa va dunque bilanciata e completata con la valutazione dei profili soggettivi: intensità del dolo o del grado della colpa.

L'intensità del dolo dipende, innanzi tutto, dal ruolo che la rappresentazione del- l'evento ha avuto nella decisione del soggetto agente, secondo una scala discendente di intensità che va dal dolo intenzionale al dolo eventuale; altri elementi di particolare rilievo sono la complessità del processo di deliberazione, secondo una scala che va dalla premeditazione al dolo d'impeto, nonché la coscienza dell'illiceità del fatto. Il grado della colpa dipende dalla misura in cui l'agente si è discostato dagli standard di comportamento doverosi e per lui esigibili in relazione al fatto realizzato.

Nei casi concreti è possibile una qualche tensione fra aspetti obiettivi e soggettivi. Soprattutto in materia di delitti colposi, accade che eventi di notevole gravità siano cagionati da colpe di per sé modeste, e forte è il rischio di spinte rigoriste, che in una considerazione unilaterale della gravità del fatto lasciano indebitamente in secondo piano il profilo soggettivo.

Un modello di commisurazione della pena centrato sulla gravità del reato è coerente con una concezione retributiva del diritto penale; ma anche in un'ottica diversa, finalizzata alla prevenzione e ancorata a principi garantisti, il riferimento alla gravità del fatto di reato (meglio: alla gravità della realizzazio- ne colpevole del fatto) non può non essere il punto di partenza e il criterio di base. Se la pena in tanto si legittima in quanto risposta al reato, sia a livello di previsione normativa sia nelle concrete applicazioni, una commisurazione del- la pena che ecceda la valutazione di gravità del fatto concreto non ha alcuna legittimazione entro l'orizzonte di un diritto penale liberale.

3.2. La capacità a delinquere.

Nel sistema del codice, un criterio aggiuntivo di commisurazione della pe- na è definito come *capacità a delinquere* dell'autore del reato, da desumere

1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;
2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;
3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;
4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

La formula codicistica della capacità a delinquere ha innescato un ampio dibattito dottrinale, in cui quella formula è stata interpretata alla luce delle diverse ideologie del diritto penale. Dal fronte più legato all'idea retributiva, è stata interpretata come una valutazione proiettata sul passato: 'attitudine al fatto commesso', ricostruita alla luce non solo del fatto commesso, ma dall'insieme di elementi attinenti alla personalità del soggetto, ai motivi a delinquere, alle sue condizioni di vita. Così intesa, però, la valutazione di 'capacità a delinquere' si risolverebbe in un duplicato, o più facilmente in una deformazione del giudizio sulla misura della colpevolezza, introducendo elementi estranei al piano della 'colpevolezza per il fatto'. Ciò sarebbe, ad un tempo, irrazionale ed incompatibile con i principi costituzionali.

Una valutazione di 'capacità a delinquere', fondata su elementi attinenti alla personalità e alle condizioni di vita del soggetto, acquista un senso ben comprensibile (coerente con il senso più plausibile dei concetti usati e con l'origine storica della norma) se riferita al futuro, nell'ottica di concezioni 'preventive' del diritto penale. Capacità a delinquere come *capacità di commettere futuri reati*. Eventuale capacità, dovremmo precisare: la formula è aperta, atta a comprendere capacità le più diverse, dall'estremo di una spiccata pericolosità criminale a quello opposto, di una sostanziale prognosi positiva sul futuro comportamento del condannato.

È questo l'orizzonte della razionalità rispetto allo scopo, proprio del diritto penale moderno. Con riguardo specifico al momento della commisurazione della pena, è un orizzonte che va precisato con una chiara selezione degli scopi e degli strumenti ammissibili. Non ogni scopo, non ogni strumento può venire in legittima considerazione, come abbiamo visto nella discussione sui criteri finalistici di commisurazione della pena.

La valutazione sulla 'capacità a delinquere' del condannato, nel contesto della commisurazione della pena, può (deve) essere legata esclusivamente alla finalità di prevenzione speciale, entro il limite invalicabile segnato dalla proporzione con la colpevolezza per il fatto. Nessuno spazio può essere concesso per una eventuale forzatura del limite, né (come già si è detto) nell'ottica della prevenzione generale, né nell'ottica del contrasto alla (eventuale) pericolosità soggettiva del condannato.

Gli elementi di fatto, da cui desumere la capacità a delinquere, sono indicati nell'art. 133 con formule che comprendono qualsiasi elemento attinente alla personalità del condannato, alla sua condotta prima e dopo il reato per cui v'è condanna, alle sue condizioni di vita. Vengono menzionati anche i motivi a delinquere, che meglio sarebbero ricollegati al giudizio di colpevolezza per il fatto.

L'onnicomprendività delle formule riduce la capacità di orientamento della norma, e pone problemi di selezione. Davvero tutto ciò che ha a che fare con la persona e con

dalla condotta e dalla vita

reato;
sociale del reo.

innescato un ampio dibattito delle diverse ideologie del reato, è stata interpretata come una 'causa commessa', ricostruita alla luce di elementi attinenti alla personalità del reo. Così intesa, però, la valutazione, o più facilmente in una seconda fase, introducendo elementi estranei, ad un tempo, irrazionale

elementi attinenti alla personalità, in un senso ben comprensibile con l'origine storica della 'causa preventiva' del diritto penale. Eventuale capacità, do-
capacità le più diverse, dal-
posto, di una sostanziale

scopo, proprio del diritto
della commisurazione
selezione degli sco-
ogni strumento può ve-
nella discussione sui cri-

condannato, nel contesto
esclusivamente alla
segnato dalla pro-
può essere concesso
detto) nell'ottica della
(eventuale) pericolosità

delinquere, sono indicati
attinente alla persona-
per cui v'è condanna, alle
delinquere, che meglio

mentamento della norma,
con la persona e con

la vita del condannato può essere valutato ai fini della pena? Il problema si pone, in particolare, per la condotta processuale dell'imputato, che è un elemento più di altri accessibile al giudice, e che di fatto viene spesso valutato ai fini della commisurazione della pena, come indice della personalità del reo e del suo atteggiamento di fronte ai valori legali. In senso contrario, è stato rilevato che non possono essere valutati a sfavore dell'imputato comportamenti che costituiscono esercizio di un diritto, quali il non presentarsi al processo, il tacere e anche il mentire. Se pure (anche indipendentemente dalle norme 'premiali' di cui diremo) possono essere valutati a favore dell'imputato comportamenti di collaborazione processuale o anche di semplice confessione, l'esercizio di diritti riconosciuti dalla legge non può essere valutato come ragione di aggravio. Ciò vale per i diritti processuali, e vale, dobbiamo ritenere, per l'esercizio di qualsiasi libertà riconosciuta dall'ordinamento.

Viene in rilievo, come limite al sindacato del giudice, anche il rispetto della dignità della persona e dei divieti di discriminazione posti dal principio d'uguaglianza. Un esempio suggerito dal clima di preoccupazione per il terrorismo di matrice islamica: il professare la religione islamica e il frequentare una moschea non potrebbe essere considerato indice di capacità a delinquere, a ciò opponendosi i principi fondamentali dell'ordinamento.

4. La commisurazione in senso lato.

Valutazioni e decisioni discrezionali, non vincolate a presupposti rigidamente tipizzati dalla legge, sono richieste, come già si è accennato, non solo in sede di commisurazione della pena, ma anche ai fini dell'applicazione di altri istituti del sistema sanzionatorio: sospensione condizionale della pena, oblazione discrezionale, giudizio di pericolosità ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza, misure alternative alla detenzione, sanzioni sostitutive, e in genere gli istituti che comportano modalità alternative di definizione del processo. Problemi di orientamento del potere discrezionale del giudice si pongono nell'intero campo della commisurazione in senso lato, con effetti particolarmente rilevanti.

Un espresso rinvio all'art. 133 è effettuato negli artt. 164 (sospensione condizionale della pena), 175 (non menzione della condanna nel certificato del casellario), 203 c.p. (giudizio di pericolosità), ed inoltre nell'art. 58 della legge n. 689 del 1981 (sanzioni sostitutive). Ulteriori indicazioni specifiche per le valutazioni e decisioni del giudice, relative a singoli istituti, si trovano (non sempre) nelle rispettive discipline. Esamineremo questi punti nei capitoli dedicati ai singoli istituti.

5. Gli effetti penali della condanna. La riabilitazione.

La sentenza di condanna produce, oltre alla applicazione della pena principale, ulteriori effetti: eventuale applicazione di pene accessorie, e, secondo una terminologia ricorrente nel codice, altri *effetti penali*. Tali effetti si caratterizzano, secondo la giurisprudenza, come conseguenze *ope legis* della condanna, non dipendenti cioè da provvedimenti della pubblica amministrazione, ed aventi carattere sanzionatorio, ancorché diverso dalle pene. Ne sono esempio i vari effetti che una sentenza di con-

danna può avere rispetto all'applicabilità di dati istituiti (per es., della sospensione condizionale).

Alla sentenza di condanna conseguono anche effetti giuridici non penali, di restrizione di diritti, la cui disciplina sta al di fuori dell'ordinamento penale.

Gli effetti penali della condanna sopravvivono, di regola, alle cause di estinzione della pena, a differenza delle pene accessorie. L'estinzione degli uni e delle altre può invece aversi con la *riabilitazione* (art. 178 s.), che il codice colloca fra le cause di estinzione della pena, anche se non estingue la pena principale, e può anzi essere richiesta solo dopo decorsi cinque anni (o dieci anni, in caso di recidiva qualificata) dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o si sia altrimenti estinta.

Condizione per la riabilitazione è che "*il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta*". Sono condizioni ostative la sottoposizione a misure di sicurezza (eccettuate la confisca e l'espulsione dello straniero) e l'inadempimento delle obbligazioni civili conseguenti al reato, salva la prova dell'impossibilità di adempiervi.

La riabilitazione non ha effetto retroattivo. La sua funzione guarda al futuro, ed è di eliminazione di tutte le limitazioni derivanti dalla condanna, che possano ostacolare il pieno reinserimento del condannato nella vita sociale. È revocata di diritto (art. 180) se la persona riabilitata commette entro 5 anni un delitto non colposo per il quale sia inflitta la pena della reclusione non inferiore a 3 anni.

ICC Library
Bibliothèque - CRI