

Michele Papa

***LAUDATIO DEL PROF. GEORGE
P. FLETCHER IN OCCASIONE DEL
CONFERIMENTO DELL'VIII
PREMIO SILVIA SANDANO
(ROMA, 4 DICEMBRE 2015)***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LAUDATIO DEL PROF. GEORGE P. FLETCHER IN OCCASIONE
DEL CONFERIMENTO DELL’VIII PREMIO SILVIA SANDANO

(Roma, 4 dicembre 2015)

Abstract

George P. Fletcher, Cardozo Professor of *Jurisprudence* nella Columbia University School of Law di New York, si staglia nel panorama penalistico internazionale quale magistrale figura di “sintesi” tra sistemi penali di *common law* e di *civil law*, sistemi che l’insigne giurista ha indagato nell’arco di quarant’anni circa, esercitando una significativa influenza sullo sviluppo delle discipline penalistiche a livello mondiale; basti menzionare i fondamentali volumi *Rethinking Criminal Law* (1978), *Basic Concepts of Criminal Law* (1998) e *The Grammar of Criminal Law* (2007). La *laudatio* tenuta dal Prof. Michele Papa, il 4 dicembre 2015, in occasione del conferimento dell’VIII Premio Internazionale Silvia Sandano nella Sala Zuccari di Palazzo Giustiniani (Senato della Repubblica), ripercorre l’esperienza scientifica e umana di Fletcher, restituendo l’immagine di uno studioso dal profilo unico e di respiro autenticamente universale.

*Laudatio of Prof. George P. Fletcher on the Occasion of the Conferment of
the VIII Silvia Sandano International Prize - Rome, 4 December 2015*

Abstract

George P. Fletcher, Cardozo Professor of Jurisprudence at the Columbia University School of Law, stands out among criminal law scholars, as a magisterial “synthesis” between common law and civil law legal cultures. Fletcher has investigated both cultures for about forty years, exerting a significant influence on the development of the procedural and criminal law worldwide. It is enough to mention here his fundamental books Rethinking Criminal Law (1978), Basic Concepts of Criminal Law (1998) and The Grammar of Criminal Law (2007). The laudatio pronounced by Prof. Michele Papa on 4 December 2015 in the Sala Zuccari of Palazzo Giustiniani (Senate of Italian Republic), on the occasion of the conferment of the VIII Silvia Sandano International Prize, traces the scientific and human experience of Fletcher, highlighting his unique and truly universal profile.

SOMMARIO: 1. Nella prestigiosa cornice del Premio Silvia Sandano. — 2. *Laudatus et (licet indignus) laudator*. — 3. *Common Law e Civil Law*. — 4. Un maestro della buona comparazione. — 5. Le tappe significative della storia personale e accademica. — 6. Il percorso scientifico attraverso le opere. — 7. L'opera penalistica. — 7.1. *Rethinking Criminal Law*. — 7.2. Dopo *Rethinking*. — 7.3. Le opere sul diritto penale internazionale. — 7.4. La riflessione biblica. — 8. *Verum ipsum factum*.

1. *Nella prestigiosa cornice del Premio Silvia Sandano*. — Desidero innanzitutto ringraziare l'Associazione Silvia Sandano per l'onore riservatomi, affidandomi, nel conferimento dell'VIII edizione del Premio, l'impegnativo ruolo di *laudator* di George Fletcher.

Un ringraziamento veramente particolare va al Presidente Nicolò Cavalcanti di Verbicaro, cui va il merito di aver creato questa straordinaria iniziativa, che prevede, ogni anno, l'incontro con uno dei massimi protagonisti della cultura giuridica mondiale. Incontri di festa accademica, ma non meramente celebrativi: penso innanzitutto al legame che l'iniziativa si propone di saldare tra il grande personaggio che riceve il premio e un giovane studioso, al quale viene offerta, come seguito del Premio e grazie al contatto con chi lo riceve, una successiva opportunità di alta formazione individuale.

Infine voglio esprimere la mia gratitudine al professor Alfonso Stile, la cui sapiente regia scientifica ha guidato, anche quest'anno, la progettazione del Premio e quella del convegno ad esso collegato: *Civil law e Common law: quale "grammatica" per il diritto penale?*

2. *Laudatus et (licet indignus) laudator*. — Il *laudator*, come si sa, deve astenersi da qualunque forma di narcisismo: non deve parlare mai di se stesso. Ma non è facile risultare emotivamente invisibili. E le emozioni sono, per forza di cose, personali.

Non posso dunque nascondere l'immenso piacere che provo a trovarmi in queste vesti di apologeta, piacere che deriva dalla profondissima stima, dalla devozione e dall'affetto sincero che nutro per George Fletcher, il grande giurista che oggi celebriamo.

Senza indulgere in ricordi personali, desidero condividere con chi mi ascolta un sentimento di ammirazione che scaturisce non solo dalla imponente produzione scientifica di Fletcher, ma anche da una antica frequentazione e da una sincera amicizia.

Ho conosciuto George molti anni fa, direi alla fine degli anni Ottanta, quando ero ancora nella prima fase del mio percorso scientifico e accademico. Ho ricevuto allora un'attenzione che mi parve sorprendente e che mi onorava; un'attenzione che posso solo imputare alla curiosità del suo poliedrico intelletto. Il nostro rapporto scientifico e la nostra amicizia sono cresciuti durante gli anni, ma con un salto di scala dovuto a due momenti particolari: la preparazione della versione italiana di *Basic Concepts of Criminal Law*, all'inizio degli anni 2000, e poi i due semestri in cui sono stato *visiting professor* presso la *Columbia Law School* di New York, nel 2011 e nel 2013.

Accanto a queste occasioni, ve ne sono state tante altre, che mi fa piacere ricordare perché, oltre che nelle sedi accademiche, ci hanno visto conversare nei contesti e nei luoghi più disparati: a Firenze, certamente, dove George Fletcher è

venuto varie volte per insegnare corsi all'Istituto Universitario Europeo di Fiesole e per tenere conferenze nella nostra Facoltà, ma anche a Gerusalemme, a Friburgo, nella quiete di Bellagio sul lago di Como, sul lago Trasimeno, sulla costa marchigiana.

Abbiamo avuto modo di discorrere appassionatamente di mille argomenti; discorrere, ma non solo: c'è una esperienza, tra tutte, che George ama spesso ricordare e che credo lo abbia spinto a ripensare ancora, alla fine degli anni Novanta, la teoria generale del rischio. Fu un tragitto in moto nel traffico fiorentino impazzito, nelle tarde ore del pomeriggio; tragitto cui lo costrinsi, sul sellino posteriore, dovendoci spostare rapidamente dal centro della città alla nostra sede universitaria di Novoli. Un uomo dalla vita avventurosa come George, mi disse allora, e me lo ripete spesso: "è stata la cosa più rischiosa che ho fatto nella mia vita!".

Indulgo sulle battute e gli aneddoti in quanto, a dire il vero, George Fletcher non ha proprio bisogno di presentazioni scientifiche e di lodi accademiche: le sue opere sono note nel mondo e circolano da decenni in Italia, sia in lingua originale che nelle varie traduzioni; il suo nome, come quello d'altri grandi giuristi del mondo anglo-americano, è potente come un logo: esso proietta sul referente reale un'autorevolezza indiscussa, una autorevolezza rimasta a lungo — e mi riferisco al mondo dell'altro secolo, quello ancora privo degli strumenti di comunicazione immanente e pervasiva che abbiamo oggi — fascinosamente remota.

George Fletcher è un "*institutional author*" dei nostri tempi, uno di quei personaggi che, come i grandi *common lawyers* del Sei-Settecento, penso a Coke, Hawkins, Blackstone, Hale, giganteggiano in quella che un tempo potevamo chiamare l'"altra metà" dell'esperienza giuridica; giganti di un mondo, appunto quello del *common law*, ove la nostra dottrina penalistica raramente s'addentrava.

3. *Common Law e Civil Law*. — Suggestionato dalla lettura di Marcel Proust, ho spesso pensato all'esperienza giuridica dei paesi di *common law* come una sorta di *côté de Guermantes*: una strada, una passeggiata, la cui esistenza è ben conosciuta, ma alla quale, i penalisti europei, hanno per tanto tempo preferito il più tradizionale e affollato *côté de chez Swann*, vale a dire la familiare frequentazione dei codici e della dottrina continentali.

Côté de Guermantes e *côté de chez Swann*: l'evocazione della dicotomia descritta da Marcel Proust nel ricordo dell'irriducibile alternativa tra le due passeggiate di *Combray* non è gratuita. L'ho sempre avuta in mente, e ne ho già parlato altre volte (1), per la sua straordinaria capacità di cogliere un approccio spirituale che ha a lungo caratterizzato, e un poco caratterizza ancora oggi, l'atteggiamento dei giuristi italiani: abbiamo concepito per tanto tempo le due grandi "parti" dell'esperienza giuridica occidentale, *common law* e *civil law*, come entità autonome, attribuendo a ciascuna di esse quella unità e coesione che non appartiene se non alle creazioni del nostro spirito.

Ricordando i pomeriggi estivi della sua infanzia, nella casa di campagna di *Combray*, e profondamente colpito, nel suo immaginario di bambino, da quella

(1) V. M. PAPA, *Presentazione dell'edizione italiana*, in G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 5 ss.

alternativa tra le due passeggiate — una alternativa secca, radicalmente, categorialmente antitetica — Marcel Proust dice: “la nostra abitudine di non andare mai da entrambe le parti in uno stesso giorno...le chiude..., per così dire, lontano l’una dall’altra, inconoscibili l’una all’altra, nei vasi chiusi e non comunicanti di due pomeriggi diversi” (2).

“...dans les vases clos et sans communication entre eux d’après-midi différents”.

4. *Un maestro della buona comparazione.* — Il merito principale di George Fletcher è stato, credo, quello di avere trovato un passaggio segreto tra questi due “vasi chiusi e non comunicanti”: *common law* e *civil law*; un passaggio tra due creazioni della *narrativa* giuridica, prima ancora che dell’*esperienza* giuridica; un passaggio che, a differenza di tanti tunnel, viadotti o ponti ad alto impatto ambientale, non minaccia mai la bellezza olistica dei due habitat.

Pur essendo un profondo conoscitore di molteplici sistemi giuridici e pur essendo uno dei fondatori del diritto penale comparato, George Fletcher non è mai stato un comparatista eco-distruttivo, un esploratore nocivo per la biodiversità dei sistemi visitati. Nelle sue opere, non si fa mai del superficiale turismo giuridico; non si propongono trapianti o deportazioni di istituti da un mondo all’altro, sventramenti e cementificazioni di disciplina destinati a realizzare una modernizzazione globalizzante del diritto penale. George Fletcher è l’antidoto contro l’edilizia comparatistica grossolana.

Con la sua riflessione egli ci ha mostrato, infatti, i nessi profondi, le antinomie, ma anche le prospettive di comunicazione filosofica, di ricostruzione teorica, rintracciabili attraverso il confronto tra l’esperienza di *common law* e la cultura giuridica del continente europeo. Nel pensiero di questo autentico maestro della comparazione, il confronto ispira, completa e avvalorava una visione profonda — forse giusnaturalista — dell’esperienza giuridica, una visione capace di fondare — come si dirà meglio al convegno di oggi pomeriggio — una grammatica universale del diritto penale.

5. *Le tappe significative della storia personale e accademica.* — Anche di questa storia personale e accademica si è occupata la feconda vena di scrittore del giurista che oggi celebriamo.

Una originalissima e appassionante biografia di George Fletcher è offerta difatti dal suo stesso libro: *My life in seven languages* (3), del 2011. Pagine assai significative sono pure quelle della *Prefazione* che apre *The Grammar of Criminal Law* (4), del 2007, ove Fletcher ripercorre la sua storia accademica: dall’incontro con il suo maestro Herbert Morris, alle tappe del dialogo con le varie personalità scientifiche, ma direi meglio: con le persone, che hanno contribuito allo sviluppo del suo pensiero.

Più complesso è valutare in che termini vi siano note autobiografiche anche

(2) M. PROUST, *La strada di Swann*, trad. di Natalia Ginzburg, Torino, 1973, 144.

(3) G. P. FLETCHER, *My Life in Seven Languages. A Linguistic Memoire*, Mazo Publishers, 2011.

(4) G. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, Volume I: *Foundations*, Oxford University Press, 2007, IX ss.

nella letteratura fiction di cui George Fletcher è celebrato autore, in particolare nell'apprezzatissimo e originale romanzo: *The Bond*, il legame (5).

Certamente, il protagonista è un personaggio familiare: un professore di diritto che insegna in una prestigiosa università *Ivy League*, università che è possibile riconoscere come *Columbia*. Tuttavia, trattandosi di letteratura, la decifrazione dei tratti autobiografici è ovviamente più complessa ed ambigua: come si sa, nei romanzi ogni personaggio può essere l'autore (“madame Bovary sono io!”, disse Flaubert); d'altro canto, lo stesso “io narrante” può talora porsi come soggettività aggiuntiva rispetto all'autore, e quest'ultimo può addirittura comparire nominalmente ed esplicitamente nelle vesti di un autonomo personaggio (ciò accade ad esempio in taluni passi finali della *Recherche* proustiana).

George Philip Fletcher nasce, negli Stati Uniti, in una famiglia di origine ebraica ungherese, trasferitasi oltre oceano tra le prima e la seconda guerra mondiale. L'ambientazione multiculturale e multilinguistica segnerà sin da subito la sua maturazione, sebbene vi sia stata, per quanto oggi possa sembrare impossibile, anche una fase storica in cui George Fletcher parlava solo inglese.

Dopo aver frequentato la *Cornell University* e la *University of California, Berkeley*, Fletcher consegue la laurea in Giurisprudenza presso la *University of Chicago*. Subito dopo, siamo a metà degli anni Sessanta, effettua il primo soggiorno di studio presso l'Università di Friburgo. Sarà una delle esperienze più significative della sua vita, soprattutto per i vasti orizzonti scientifici dischiusi dall'apprendimento della lingua e della dogmatica tedesca.

Tornato negli USA, consegue il *Master in Comparative Law* presso la *University of Chicago*. Inizia quindi la sua carriera accademica insegnando dapprima alla *University of Florida*. Dalla Florida si trasferisce a Washington, poi a Boston ed approda infine a Los Angeles, dove nel 1969 inizia ad insegnare presso la *University of California Los Angeles (UCLA)*: siamo nel pieno dei fermenti sociali e culturali di fine anni Sessanta.

Fletcher vivrà appieno quella stagione, rimanendo a UCLA dal 1969 al 1983. Passa quindi, nel 1983, alla *Columbia Law School* di New York, ove, a partire dal 1994, assume la prestigiosa *Chair* di *Cardozo Professor of Jurisprudence*.

Intensi e frequentissimi sono stati negli anni i viaggi e le occasioni di ricerca e insegnamento all'estero: per limitarsi agli impegni didattici più significativi e di più lungo periodo ricordo quello presso la *Hebrew University of Jerusalem*, la *Free University of Brussels*, la *University of Frankfurt*, e la *Yale Law School*.

Numerosissimi i riconoscimenti accademici e i prestigiosi riconoscimenti ricevuti (6).

Molto significativo, sia per l'impatto realizzato sia per l'arricchimento esperienziale ricevuto, è stato il coinvolgimento di Fletcher nel patrocinio di alcuni importanti casi giudiziari: da quello, dei primi anni Settanta, concernente due dissidenti nella Russia sovietica, al caso “*Agent Orange*”, di una decina d'anni fa, in cui si poneva la questione — rilevante per la possibilità che ciò costituisse uso di armi chimiche ai sensi del diritto internazionale — relativa all'uso dei defolianti da parte dell'esercito americano in Vietnam. Molto significativo anche il contributo

(5) G.P. FLETCHER, *The Bond: A Novel*, Hart Publishing, 2009.

(6) V. https://en.wikipedia.org/wiki/George_P._Fletcher.

prestato da George Fletcher nella controversia concernente la costituzionalità delle Commissioni militari, istituite dopo l'11 settembre 2001 per processare i sospettati di terrorismo detenuti a Guantanamo. Il *brief* presentato da George Fletcher alla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Hamdan v. Rumsfeld* [548 U.S. 557 (2006)] costituisce un essenziale riferimento per la pronuncia di incostituzionalità.

La storia intellettuale di George Fletcher è tuttavia anche, come si accennava, la storia della sua iniziazione poliglotta, del suo apprendimento delle lingue e della sua esplorazione dei mondi che stanno dietro ciascuna di esse. È una storia raccontata nel ricordato volume autobiografico *My life in Seven Languages*, una mirabile narrazione di sé attraverso la storia delle lingue via via imparate: Ungherese, Tedesco, Russo, Spagnolo, Francese, Ebraico oltre naturalmente alla madre lingua inglese. In apertura, Fletcher ricorda una frase suggestiva ripetuta sovente dal padre Miklòs: “*You are as many people as languages you speak*” (7). Una perla di sapienza ungherese espressa in inglese.

Dalla conoscenza delle lingue e dalla possibilità di comparare la diversa visione del mondo che ciascuna di esse dischiude, si sviluppa in Fletcher — mi pare — qualcosa di più profondo: la consapevolezza filosofica del complesso rapporto tra il linguaggio e il mondo.

Ogni lingua apre una prospettiva sul mondo, ma al tempo stesso costruisce la realtà oggetto di conoscenza. È una via d'accesso, ma è anche il limite della conoscenza.

Padroneggiare più lingue, come padroneggiare più sistemi giuridici, moltiplica le possibilità di confrontare queste diverse costruzioni e dunque di conoscere meglio la realtà che è sullo sfondo. Tuttavia, le potenzialità epistemologiche del multilinguismo, come quelle della comparazione giuridica, non determinano in Fletcher una irragionevole attrazione verso “la realtà effettiva delle cose”; Fletcher evita accuratamente la discesa irrefrenabile nel gorgo che porta alla brutta materialità del reale. Egli è molto lontano dal realismo giuridico. Non è incantato dal freddo mondo della denotazione, dalla fattualità materiale e barbarica che sta oltre il linguaggio e, nel caso del diritto, oltre il discorso giuridico.

Al contrario, la comparazione linguistica, come quella giuridica, è diretta, nel pensiero di George Fletcher, verso la ricchezza semantica della connotazione, verso i profili intensionali del linguaggio: la bellezza di ciascuna lingua è la bellezza del suo discorso, del suo essere una peculiare narrazione del mondo.

Ciascuna lingua promette, attraverso l'universo che racconta, una diversa entusiasmante avventura. Ciascuna lingua consente di sviluppare, all'interno dell'avventura che propone, aspetti della nostra personalità che rimarrebbero altrimenti inespressi.

6. *Il percorso scientifico attraverso le opere.* — Assai più complesso, ovviamente, è ricostruire lo sviluppo del pensiero scientifico e della riflessione filosofica di Fletcher (8).

(7) G.P. FLETCHER, *My life*, cit., 6.

(8) Segnalo in proposito, il volume *Fletcher's Essays on Criminal Law*, a cura di Russell L. Christopher, Oxford University Press, 2013.

Impressionante la varietà dei suoi interessi e, più ancora che questo, dei generi letterari e delle prospettive culturali tramite cui sviluppa le sue riflessioni. Difficile dire quale sia la vocazione prevalente: se è innegabile che le questioni della responsabilità penale e della pena occupano un posto centrale nel suo pensiero, egli non può essere riduttivamente considerato un penalista: la riflessione filosofica, sia morale che politica, illumina infatti costantemente la sua visione, mentre l'oggetto dei suoi studi va ben oltre la materia del diritto criminale.

Fletcher ha pubblicato, difatti, opere fondamentali anche in ambito non penalistico.

Innanzitutto in tema di responsabilità civile da *Tort law*. Basti pensare al saggio giovanile, ma non questo meno autorevole, *Fairness and Utility in Tort Theory* (9), pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1972, oppure al volume del 2008 *Tort Liability for Human Rights Abuses* (10), dedicata alla possibilità di utilizzare la *tort law* e in particolare l'*Alien Tort Statute* statunitense per reprimere la violazione dei diritti umani nel mondo.

George Fletcher ha pubblicato opere fondamentali nell'ambito del diritto costituzionale. Ricordo qui il volume: *Our Secret Constitution* (11), del 2001, dedicato alla complessa rifondazione dell'ordine costituzionale statunitense dopo la guerra civile, ed al progressivo emergere di una costituzione materiale che, assai diversa da quella formale originaria di fine Settecento, darà corpo ad una sorta di Seconda repubblica, tuttora vivente. Nella ricostruzione del sistema, i valori del contratto sociale si sposano con l'idea di nazione; la libertà diventa anche uguaglianza; l'elitismo del 1787 diventa democrazia. È una lettura di grande fascinazione.

Venendo all'opera penalistica di Fletcher, si deve subito notare come essa prenda corpo nelle forme e seguendo i generi letterari più disparati. Del trattato, della monografia, del libro di vasta diffusione, al saggio di estrema complessità teorica, ma anche dell'articolo di giornale e, come abbiamo accennato, del romanzo. Si tratta di un *corpus* imponente, che non è evidentemente possibile sintetizzare in queste poche battute.

Prima di soffermarmi su alcuni aspetti del pensiero di Fletcher, come espresso dalle sue pubblicazioni a stampa, credo sia importante sottolineare come la parola scritta non costituisca la sola via attraverso cui il suo insegnamento ha preso, e prende, corpo.

Il punto è di estremo rilievo e costituisce uno dei passaggi su cui questo *laudator* vuole esprimere con forza un suo convincimento personale. La grandezza di George Fletcher non sta solo negli scritti, ma sta anche nella sua *parola parlata*; in particolare nella sapienza con cui sa costruire il dialogo, nel senso che a tale forma di insegnamento dava la filosofia greca. Un dialogo ove la parola orale, la locuzione interattiva e la capacità maieutica del maestro sanno esprimere una potenzialità euristica che — come insisteva a dire Platone nel Fedro — è preclusa alla forme pietrificate della scrittura.

(9) G.P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, in *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, 537 ss.

(10) G. P. FLETCHER, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Hart Publishing, 2008.

(11) G.P. FLETCHER, *Our Secret Constitution. How Lincoln Redefined American Democracy*, Oxford University Press, 2001.

7. *L'opera penalistica*. — 7.1. *Rethinking Criminal Law*. — Dovendo riassumere in pochi minuti l'opera di Fletcher, credo che il punto di partenza sia necessariamente il monumentale volume *Rethinking Criminal Law* (12), del 1978.

Se Fletcher avesse scritto solo questo libro sarebbe per ciò solo uno dei penalisti più autorevoli e famosi dell'ultimo secolo. *Rethinking* è uno dei libri di diritto penale più citati; allo stesso sono stati dedicati innumerevoli commenti e simposi celebrativi, se ne festeggiano i compleanni, più di quanto si festeggino quelli del suo autore. In concomitanza con il 25mo anniversario della pubblicazione si è svolto un grandioso convegno internazionale dal titolo: *Twenty-Five Years of George Fletcher's Rethinking Criminal Law* (13).

Rethinking è una rivisitazione profonda e integrale della teoria generale del diritto penale e presenta, quando esce, due caratteristiche di eclatante novità: da un lato, si tratta della prima risistemazione complessiva del diritto penale fondata su una autentica base comparatistica. Possiamo dire che è il primo trattato di diritto penale comparato, un trattato dove, questa sottolineatura è essenziale, la comparazione non è, come già si diceva, superficiale turismo giuridico, né mira a presentare il campionario per un facile shopping di formule linguistiche per la riforma del diritto positivo. La comparazione sviluppata in *Rethinking* è la conoscenza profonda e dettagliata della diversità, che consente di sviscerare e reimpostare fruttuosamente i problemi fondamentali del diritto penale.

Dall'altro lato, e questa è la seconda novità dell'opera, *Rethinking* presenta una struttura, ed una traiettoria complessiva del ragionamento, davvero inedite. Realizzando una felicissima fusione tra la potenza teorica della dottrina continentale e l'approccio casistico, induttivo, anche empirista, proprio della tradizione di *common law*, *Rethinking* prende infatti le mosse dalla parte speciale.

L'incipit è anche stilisticamente memorabile; il lettore è proiettato immediatamente nel cuore pulsante della parte speciale: quella dei reati contro il patrimonio. È investito dalle luci stroboscopiche dell'incrocio tra diverse tipologie criminali, dell'intersecarsi tra i possibili schemi di qualificazione che caratterizzano, nei vari sistemi giuridici, la tutela patrimoniale.

Partendo, più in particolare, dalla evoluzione storica e dalla metamorfosi del reato di furto, Fletcher enuclea subito due fondamentali paradigmi di criminalità: da un lato, quello fondato sul *pattern* di "criminalità manifesta" (*pattern of manifest criminality*) cioè, potremmo dire, sul disvalore evidente della condotta; e, dall'altro, il *pattern* di "criminalità soggettiva" (*pattern of subjective criminality*), ove la responsabilità è legata alla presenza di una dimensione soggettiva più complessa, in quanto non immanente nella realizzazione della condotta, ma espressione piuttosto di uno stato interiore, della coscienza e volontà di ledere l'interesse giuridicamente tutelato.

Attraverso l'analisi del reato di omicidio, Fletcher individua poi un terzo paradigma, quello fondato sulla "causazione di un evento dannoso" (*the pattern of harmful consequences*). I tre paradigmi hanno una funzione descrittiva, ma anche

(12) G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown, 1978; rist. Oxford University Press, 2000.

(13) Si veda: *Twenty-Five Years of George Fletcher's Rethinking Criminal Law*, a cura di Russell Christopher, in, *Tulsa Law Review*, Vol. 39, 2004, pp. 757-994.

in un certo senso prescrittiva, suggerendo ad ogni possibile legislatore che il ventaglio delle opzioni è governato da una sottostante struttura ontologica dell'illecito e che questa non può essere alterata, se non a prezzo di innumerevoli conseguenti aporie. Dall'analisi dei tre citati paradigmi, Fletcher procede alla ricostruzione della parte generale, individuandone i due pilastri fondamentali nei concetti di *wrongdoing* e *attribution*: da un lato, ci sono i problemi dell'illecito, dall'altro quelli dell'imputazione.

L'illecito si articola nella *conformità al tipo* e nel giudizio di *antigiuridicità*, mentre l'imputazione necessita di una sofisticata teoria della *colpevolezza*, a base normativa.

All'interno di tale cornice, del tutto inedita per il mondo angloamericano e profondamente rivisitata anche rispetto alla dogmatica tedesca, Fletcher procede ad una ricostruzione di tutta la teoria generale del diritto penale: non solo del reato dunque, e della fondamentale distinzione tra giustificanti e scusanti, che sarà ripresa in tante altre sue opere, ma anche delle forme di manifestazione, della complicità e del reato tentato; della pena.

Peraltro è significativo notare come, proprio in ordine alla pena, emerga chiaramente, sin da *Rethinking*, la valorizzazione della natura anti-autoritaria della retribuzione. Criticando Andrew von Hirsch e la sua teoria del giusto merito, Fletcher nota come sia del tutto improprio riferire alla retribuzione gli incrementi di pena dovuti alla recidiva. Ciò che la recidiva esprime è solo una ulteriore ribellione all'autorità del comando; come tale essa non può, in una società liberale, essere giustificata in termini retributivi, ma solo pragmatici. A tale incremento di pena va dunque trovato un fondamento empirico, che consenta di discutere apertamente, e dati alla mano, sulla reale efficacia deterrente del sovrappiù sanzionatorio.

La profonda consapevolezza della struttura profonda del reato consente a Fletcher di costruire come un luogo speculare rispetto a quello dove domina la distinzione tra *wrongdoing* e *attribution*. È una sorta di universo parallelo e simmetrico, dove i problemi fondamentali della teoria del reato si possono vedere in una "prospettiva rovesciata". Questo mondo speculare è quello dei rapporti tra giustificanti e scusanti (*justification and excuse*): una distinzione sviluppata e approfondita da Fletcher nella ferma convinzione che l'esclusione dell'antigiuridicità (*wrongfulness*) sia cosa profondamente diversa rispetto alla esclusione della colpevolezza (*culpability*).

7.2. *Dopo Rethinking*. — Dopo *Rethinking Criminal Law*, e sull'onda del dibattito che tale libro accende, George Fletcher continua la riflessione sulla parte generale del diritto penale, esplorando a tutto tondo l'immagine speculare che dei problemi di illiceità e colpevolezza (*wrongdoing and attribution*) si trova nella teorica delle scriminanti (*justification*) e delle scusanti (*excuse*).

L'approfondimento del tema delle esimenti (*defenses*) si collega peraltro con un suo crescente interesse: quello per la vittima. L'interesse per la vittima non era ancora popolare a metà degli anni Ottanta. Alla scoperta e valorizzazione dei diritti della vittima Fletcher giunge attraverso due strade: da un lato, come naturale esito dello studio delle scriminanti, in particolare della legittima difesa. Dall'altro lato, come risultato di una scoperta linguistica: quella concernente l'uso del termine "vittima", *korban*, in ebraico; un termine che accomuna la "vittima del reato" e la

“vittima sacrificale”. Le accomuna nell’essere entrambe “senza colpa”, “immacolate”. Solo alcuni “animali puri” sono utilizzabili nel sacrificio religioso; solo nel diritto penale una delle parti in conflitto, la “vittima” appunto, è per definizione senza colpa.

Il primo grande risultato di questa nuova linea di pensiero è il celebratissimo saggio sul caso Goetz, il giustiziere della metropolitana di New York: *A Crime of Self Defense, Bernard Goetz and the Law on Trial* (14), è del 1988. In questo libro, che segue peraltro la assidua frequenza e il costante monitoraggio del *trial* ove è processato il giustiziere Goetz, Fletcher misura in concreto la tenuta della teoria delle esimenti (*theory of justification and excuse*), in particolare i limiti di rilevanza dell’errore nella legittima difesa (*mistake in self defense*). Tale analisi viene calata nel contesto del processo con giuria, il cui verdetto immotivato non consente di cogliere appieno le ragioni della non punibilità.

Al tema delle vittime è poi dedicato, in modo ancora più mirato il volume: *With Justice for Some: Victims’ Rights in Criminal Trial* (15), del 1995.

Tralasciando i numerosi saggi che prendono corpo in articoli pubblicati su le più prestigiose riviste giuridiche, conviene citare, tra le opere della seconda metà degli anni Novanta, *Basic Concepts of Criminal Law* (16). Una ricapitolazione e sviluppo del pensiero sino ad allora maturato.

Basic Concepts vede la luce come testo destinato inizialmente ai paesi dell’Est europeo. La lunga transizione verso i modelli giuridici occidentali richiedeva una letteratura scientifica che ponesse ben in chiaro le fondamenta e i principi basilari del diritto penale, anche in vista della sua ricodificazione.

Ecco dunque l’idea di Fletcher: raccogliere tali dati fondamentali in un libro costruito attorno a dodici poli dialettici, dodici coppie antinomiche capaci di esprimere il tessuto grammaticale e metastorico del diritto penale.

La tesi centrale del libro è che le possibili scelte del legislatore storico non dovrebbero mai discostarsi dalle soluzioni teoriche delineabili sul piano concettuale, pena l’irragionevolezza del diritto positivo. Esempio: non essendo ipotizzabile la commissione meramente accidentale dei reati di mera azione od omissione (come il furto, la violenza carnale e tutti gli altri illeciti che non richiedono la produzione di un evento), la stessa categoria dei reati colposi di mera condotta sarebbe radicalmente inconcepibile. Il legislatore è sì libero di decidere diversamente, forzando la mano alla natura; tuttavia la previsione positiva di simili forme di imputazione colposa introduce nel sistema un elemento teoricamente antinomico e operativamente disfunzionale.

Si tratta di un libro che ha avuto una fortuna straordinaria, segnata anche dalla numerosissime traduzioni, compresa quella italiana, che compare con un titolo diverso: “Grammatica del diritto penale” (17). Sembrerebbe una re-intitolazione simile a quella che, negli anni Sessanta, caratterizzavano le “cover” italiane dei più celebri successi musicali inglesi o americani. Ma in realtà quel titolo italiano, come

(14) G.P. FLETCHER, *A Crime of Self Defense, Bernard Goetz and the Law on Trial*, The University of Chicago Press, 1988.

(15) G. P. FLETCHER, *With Justice for Some: Victims’ Rights in Criminal Trial* Addison Wesley, 1995.

(16) G. P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.

(17) V. *retro*, nota 1.

si vedrà, piace all'autore, che infatti lo utilizzerà, qualche tempo dopo, per inaugurare una nuova feconda fase della sua storia scientifica: quella degli studi di diritto penale internazionale.

7.3. *Le opere sul diritto penale internazionale.* — La prospettiva della tutela delle vittime, unita ai mutamenti globali che si realizzano tra la fine del secolo scorso e l'avvio del nuovo, conducono George Fletcher verso i temi del terrorismo e poi del diritto penale internazionale.

Costituisce tappa fondamentale di tale percorso il volume *Romantics at War, Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (18), che inizia la riflessione sui rapporti tra guerra e diritto e sulle mutazioni dei concetti di responsabilità e colpa, temi che si trovano ad oscillare, siamo a cavallo dell'11 settembre 2001, tra la faticosamente acquisita dimensione personalistica e una nuova dimensione collettiva.

Costituiscono sviluppo di questa linea di pensiero anche due volumi che vedono la luce nella seconda metà degli anni 2000: *Defending Humanity* (19), e soprattutto: *The Grammar of Criminal Law*, del 2007 (20). *The Grammar*, che recupera, come si diceva, il titolo della "cover" italiana di *Basic concepts*, non si presenta come *sequel* di *Rethinking Criminal Law*. I tempi sono troppo mutati ed ora c'è bisogno di dedicarsi ad una impresa del tutto impensabile negli anni Settanta: l'esplorazione degli aspetti teorici connessi alla lotta al terrorismo e alla affermazione del diritto penale internazionale. Inoltre, va ricordato che George Fletcher giunge a questa nuova rivisitazione dei fondamenti del diritto penale dopo essere passato dagli studi sulla vittima e dunque in una prospettiva che, rispetto a *Rethinking*, dedica grande attenzione all'istanza di giustizia oltre che a quella di garanzia.

Il libro, che si presenta come il primo di una trilogia, affronta il problema delle fondamenta del diritto penale, nella prospettiva di una base giuridica comune che possa essere il riferimento per la costruzione del diritto penale internazionale. Esso affronta dunque, innanzitutto, il rapporto tra diritto penale e filosofia politica, poi quello tra diritto penale e morale, per giungere nuovamente ai temi della pena e della colpa, della responsabilità.

Ed è singolare come, proprio nel contesto tumultuoso dei nostri tempi, Fletcher sottolinei il nesso tra la fondazione retributiva della pena e la necessità che essa sia utilizzata come *extrema ratio* e solo rispetto ad una gamma di illeciti di rilevante gravità. Quanto alla tutela delle vittime, anche vittime di serie violazioni dei diritti umani, suggerisce una attenta considerazione anche per forme di tutela diversa da quella propriamente penalistica, sulla scia ad esempio del *Tort Alien Act* statunitense.

7.4. *La riflessione biblica.* — Questo breve sintesi dell'opera di George Fletcher sarebbe gravemente incompleta senza il cenno ad un filone di studi che, sebbene non appartenga all'ambito del diritto penale vigente, cionondimeno vi si

(18) G.P. FLETCHER, *Romantics at War, Glory and Guilt in the Age of Terrorism*, Princeton University Press, 2002.

(19) G.P. FLETCHER-J.D. OHLIN, *Defending Humanity: When Force Is Justified and Why*, Oxford University Press, 2008.

(20) V. *retro*, nota 4.

collega sostanzialmente, stante la rilevanza dei temi della responsabilità e della colpa. Alludo alla riflessione sulla Bibbia e in particolare a quella disciplina che George ha coltivato negli ultimi anni, denominandola *Biblical Jurisprudence*.

A prescindere dalla dimensione religiosa dello studio, ciò che suscita ammirazione è la combinazione tra la generale prospettiva filosofico-penalistica e la dimensione linguistica e filologica dell'analisi. Particolarmente avvincente è la trattazione della soggettività giuridica, con il progressivo trasformarsi di Adamo, da nome di genere in nome proprio; oppure il tema di Caino e della sua responsabilità per l'omicidio di Abele, in un mondo ancora privo di leggi e in cui proprio l'analisi linguistica della risposta di Caino, con una correzione del tempo verbale: "Non sapevo di essere il guardiano di mio fratello", consente di invocare comunque un *error iuris* scusabile.

8. Verum ipsum factum. — *L'opera di George Fletcher* è un'opera di straordinario valore scientifico, ma è anche un'opera artigianale di cesello: un manufatto di estrema raffinatezza profondamente genuino e personale.

Tale opera merita, come principale parametro di valutazione, il criterio vichiano secondo cui *verum et factum reciprocantur, seu convertuntur*: "nella conoscenza della genesi delle cose, cioè nella guisa in cui esse si vengono facendo, consiste la scienza" (21).

George Fletcher ci conferma che conoscere si risolve nel conoscere i modi della nascita, nel cogliere la genesi delle cose; e che tale conoscenza è possibile solo *facendo*, ricreando cioè con le proprie mani, quel che si vuol conoscere.

MICHELE PAPA
Ordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Firenze

(21) Giambattista Vico, *De antiquissima italorum sapientia* (1710), in *Opere*, Napoli 1953, p. 248-49.