

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

---

2024

---

●  
**Primo piano**

*Per una rifondazione della scienza penalistica.  
Ricordando Franco Bricola*

●  
**I grandi orizzonti penalistici**

*Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo  
La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente  
La riparazione: una giustizia senza toga?  
Le finalità della pena per l'offesa involontaria  
La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"  
Un 'penale' più 'civile'?*

●  
**Il punto su...**

*Prova e verità nel processo penale*

●  
**Opinioni a confronto**

*I diversi volti della violenza digitale di genere  
nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela  
La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione  
e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*

●  
**Antologia**

Edizioni ETS

---



# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

## *Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,  
Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,  
Daniele Negri, Renzo Orlandi,  
Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri, Antonio Vallini,  
Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Niccolò Decorato, Gianfranco Martiello,  
Claudia Mazzucato, Gherardo Minicucci, Caterina Paonessa

## *Coordinatore*

Caterina Paonessa

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2024



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2024  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884677449-1  
ISSN 1972-3857

## INDICE

Sommari	7
<b>Primo piano</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Per una rifondazione della scienza penalistica. Ricordando Franco Bricola</i>	31
<b>I grandi orizzonti penalistici</b>	
LUCIANO EUSEBI <i>Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo</i>	45
ALBERTO GARGANI <i>La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente</i>	59
GRAZIA MANNOZZI <i>La riparazione: una giustizia senza toga?</i>	77
DARIO MICHELETTI <i>Le finalità della pena per l'offesa involontaria</i>	99
MICHELE PAPA <i>La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"</i>	113
CARLO PIERGALLINI <i>Un 'penale' più 'civile'?</i>	131
<b>Il punto su... Prova e verità nel processo penale</b>	
FRANCESCO BARTOLO MORELLI <i>L'esame incrociato non equivale al contraddittorio nella formazione della prova. Per una revisione del rapporto tra incidente probatorio e dibattimento</i>	155

RENZO ORLANDI  
*Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione* 175

**Opinioni a confronto** *La violenza digitale*

COSTANZA BERNASCONI  
*I diversi volti della violenza digitale di genere nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela* 207

CATERINA PAONESSA  
*La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “deepfake” nella direttiva (UE) 2024/1385* 229

**Antologia**

NICCOLÒ DECORATO  
*Nomina nuda tenemus: la confusione del legislatore fra oggetto materiale ed oggetto giuridico nel diritto penale dei beni culturali* 251

ARIANNA FESTINESE  
*Quale lessico per un nuovo bene giuridico? Il caso del “clima”* 279

OTAVA PIHA  
*Il mio corpo è il mio tempio? Il raffronto fra reati sessuali e patrimoniali nell’alveo di una tradizione basata sui diritti umani* 297

SARA RICCARDI  
*Violenza di genere. Il motivo misogino e omotransfobico nel quadro degli hate crimes. Trama del diritto penale de jure condito e de jure condendo* 323

**Alla ricerca della “parola giusta”. Incontro con Gabrio Forti**

CRISTINA DE MAGLIE  
*Il “tempo” della parola giusta* 355

MARIO ROMANO  
*Per Gabrio Forti* 363

## **Sommari**



LUIGI FERRAJOLI

PER UNA RIFONDAZIONE DELLA SCIENZA PENALISTICA.  
RICORDANDO FRANCO BRICOLA

*L'articolo, muovendo dall'eredità della "penalistica civile" di Franco Bricola, propone una rifondazione della scienza penalistica a fronte della crisi di legittimazione del diritto penale odierno e capace di affrontare le tre divaricazioni deontiche intrinseche ad ogni ordinamento: tra giustizia e validità, tra validità costituzionale e vigenza, tra vigenza ed effettività. Attraverso un approccio attento alla filosofia politica, alla sociologia ed alla criminologia, nonché contrario al ritorno di una dottrina di carattere descrittivo, etichettabile come "civilistica penale", l'auspicio è quello di una netta inversione di tendenza e, dunque, di un definitivo abbandono della disuguaglianza penale e della soggettivizzazione del diritto.*

PAROLE CHIAVE "Penalistica civile" – Giurisprudenza penale – Disuguaglianza penale – Diritto penale minimo

LUCIANO EUSEBI

PROSPETTIVE DI UN SISTEMA SANZIONATORIO RIPARATIVO

*Il testo individua l'orientamento a realizzare una giustizia di natura riparativa – da non identificarsi soltanto con i "programmi di giustizia riparativa" di cui al d.lgs. n. 150/2022 – quale fattore che dovrebbe contraddistinguere l'intero sistema sanzionatorio penale, sostituendo al modello della pena c.d. principale ex art. 17 c.p. concepita come corrispettivo del reato il modello di una risposta sanzionatoria intesa come programma, conforme al dettato dell'art. 27, terzo comma, Cost. Di tale impostazione vengono illustrate le motivazioni di ordine politico-criminale, secondo una finalità di prevenzione generale "reintegratrice". Su questa base, si delineano le caratteristiche di un apparato sanzionatorio che superi lo schema carcerocentrico.*

PAROLE CHIAVE Nozione di giustizia riparativa – Riforma del sistema sanzionatorio penale – Pena a contenuto prescrittivo – Prevenzione generale e speciale dei reati

ALBERTO GARGANI

LA RECIDIVA NELL'INDAGINE DI GIACOMO MATTEOTTI, TRA PASSATO E PRESENTE

*Dopo alcune considerazioni sulla disciplina in tema di recidiva e sul dibattito di fine Ottocento e inizio Novecento in ordine al fondamento di tale istituto, si illustra il pensiero di Giacomo Matteotti in merito alla ricaduta nel reato. In primo piano si pone l'idea che la pena debba essere adeguata e proporzionata alla causa personale permanente sottesa alla recidiva, dal punto di vista quantitativo e qualitativo. All'esito della sintetica ricognizione dell'evoluzione dell'istituto nell'epoca repubblicana, si*

*evidenziano le plurime linee di tendenza politico-criminali e i profili di tensione con i principi di garanzia, valorizzando, conclusivamente, i profili di interesse e di persistente attualità degli spunti di riflessione di G. Matteotti.*

PAROLE CHIAVE *Reclutiva – Reato – Pericolosità – Giacomo Matteotti*

## GRAZIA MANNOZZI

### LA RIPARAZIONE: UNA GIUSTIZIA SENZA TOGA?

*Il contributo esplora, in chiave simbolica e teorico-giuridica, le differenze profonde tra il paradigma della giustizia penale retributiva e quello della giustizia riparativa. Vengono analizzati il rituale della toga, i tempi del processo, i luoghi della giustizia e i ruoli dei soggetti coinvolti, evidenziando la tensione tra autorità e prossimità, potere e responsabilità, decisione e trasformazione. La riflessione si conclude con una rappresentazione evocativa del carattere "senza toga" della giustizia riparativa, intesa non come alternativa oppositiva al diritto penale, ma come forma integrativa fondata sull'etica della responsabilità e sull'elaborazione trasformativa del conflitto.*

PAROLE CHIAVE *Giustizia riparativa – Toga giudiziaria – Simbolismo giuridico – Etica – Responsabilità – Conflitto – Mediazione – Tempo – Processo – Spazi giudiziari – Giudice – Mediatore – Potere – Sacro – Violenza*

## DARIO MICHELETTI

### LE FINALITÀ DELLA PENA PER L'OFFESA INVOLONTARIA

*L'approfondimento teorico dello scopo pena ha sempre avuto quale oggetto esclusivo il reato doloso. Mancano studi relativi alle finalità della pena delle offese involontarie, che nondimeno mettono in crisi le più diffuse impostazioni teoriche, come la prevenzione generale mediante intimidazione e le concezioni retributive. La pena per le offese involontarie si spiega meglio alla luce delle teorie espressive, secondo cui essa sarebbe volta a placare la reazione emotiva suscitata dal reato nella collettività. Ciò richiede tuttavia un profondo ripensamento di questo settore del diritto penale onde evitare che la sofferenza del singolo, indicato come responsabile, sia strumentalizzata in favore della rassicurazione del gruppo sociale.*

PAROLE CHIAVE *Scopo della pena – Colpa – Prevenzione generale – Concezioni retributive*

## MICHELE PAPA

## LA FATTISPECIE INCRIMINATRICE COME “FORMA SIMBOLICA”

*Il saggio esplora il rapporto tra simboli e diritto penale, proponendo una visione estetica e semiotica della parte speciale. Dopo aver distinto tra simboli che parlano del diritto e diritto che parla per mezzo dei simboli, l'autore si concentra sulla fattispecie incriminatrice come “forme simbolica” e come “narrazione plastica” dell'ingiusto. Le definizioni di reato sono interpretate come racconti “bonsai” e “profetici” che evocano, attraverso tecniche retoriche come l'ipotiposi, immagini iconiche dell'ingiusto. L'analisi prosegue identificando diverse modalità stilistiche nella rappresentazione dell'illecito, tra realismo mimetico e fiction letteraria, fino alla stilizzazione tecnica e concettuale. Si affronta poi la crisi contemporanea della fattispecie incriminatrice, resa problematica dalla smaterializzazione della realtà e dalla crescente complessità sociale. Le prospettive future vanno da una “codificazione” digitale delle norme, a nuove forme sinestetiche con il supporto dell'IA e della realtà aumentata, fino alla valorizzazione dell'aspetto creativo e metaforico del diritto penale come “arte plastica”. L'idea centrale è che il legislatore agisca come un artista, forgiando forme simboliche dell'ingiusto per comunicare efficacemente il divieto e indirizzare l'interpretazione giudiziaria.*

PAROLE CHIAVE *Diritto penale – Parte speciale del diritto penale – Simbolismo giuridico – Fattispecie incriminatrice – Diritto e letteratura – Estetica del diritto – Metafora – Giustizia digitale – Intelligenza artificiale*

## CARLO PIERGALLINI

## UN ‘PENALE’ PIÙ ‘CIVILE’?

*Assai frequentemente si assiste a fenomeni di ‘civiltà’ del ‘penale’. Ciò avviene in due direzioni: per un verso, le giustificazioni esterne che fondano lo ius puniendi tendono a dissolversi; per altro verso, nel ‘penale’ permeano logiche proprie del ‘civile’. Rifiutando posizioni trincerate dietro alcuni baluardi garantistici ormai confinanti con l'utopia, il contributo si propone di approfondire e ‘gestire’ tali influssi, in parte inevitabili alla luce della complessità postmoderna. In tal guisa, vengono proposte soluzioni quanto più coerenti al dettato costituzionale, variamente modulate all'interno delle distinte aree della produzione ed esegesi della norma penale, della riparazione e dello strumentario (di ‘privatizzazione’) processuale.*

PAROLE CHIAVE *Diritto penale – Diritto civile – Iperrofia penalistica – Interpretazione creativa – Processo penale – Deflazione processuale – Principi fondamentali*

## FRANCESCO BARTOLO MORELLI

L'ESAME INCROCIATO NON EQUIVALE AL CONTRADDITTORIO  
NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA.  
PER UNA REVISIONE DEL RAPPORTO  
TRA INCIDENTE PROBATORIO E DIBATTIMENTO

*In questo scritto si intende fondare l'idea per cui il contraddittorio costituzionalmente legittimo è esclusivamente quello dibattimentale. Di conseguenza, il contraddittorio espresso dall'incidente probatorio non riesce a legittimare l'acquisizione dei relativi verbali al dibattimento, ciò che la disciplina oggi prevede. Si propone che essi diventino acquisibili al dibattimento solo dopo che la prova relativa sia concretamente diventata irripetibile.*

PAROLE CHIAVE *Contraddittorio – Incidente probatorio – Immediatezza – Irripetibilità*

## RENZO ORLANDI

ITINERARI PROCESSUALI SULLE VIE DELLA VERITÀ.  
QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE

*Il saggio richiama sinteticamente il concetto di verità nell'ordinamento processuale italiano. L'autore muove dalla tradizionale teoria carneluttiana che distingue fra prova storica (o narrativa) e prova logica (o critica). Rileva la crescente marginalizzazione della testimonianza (prototipo della prova storica) a vantaggio della prova digitale (un esempio moderno di prova critica) e la conseguente maggior importanza dell'iniziativa ufficiale nella formazione del convincimento giudiziale. Il contributo illustra poi i numerosi limiti che l'attività del giudice incontra nell'accertamento di responsabilità penali, soffermandosi altresì sulle molteplici facce che la ricerca della verità assume nel rito ordinario e nei riti alternativi al dibattimento. Un cenno, infine, è dedicato alla "verità" nelle procedure di giustizia riparativa.*

PAROLE CHIAVE *Verità processuale – Prova storica – Prova critica – Divieti probatori – Regole di giudizio – Riti alternativi al dibattimento – Giustizia penale riparativa*

## COSTANZA BERNASCONI

I DIVERSI VOLTI DELLA VIOLENZA DIGITALE DI GENERE  
NELLA CORNICE DEGLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI DI TUTELA

*Il contributo ha l'obiettivo di analizzare le peculiari caratteristiche della dimensione digitale della violenza, resa possibile dalla diffusione delle nuove tecnologie. In tale*

*prospettiva, ci si soffermerà, in particolare, sulla declinazione di detta violenza come violenza di genere, nel quadro delle fonti sovranazionali che, di recente, a più riprese, stanno sollecitando i legislatori dei diversi Paesi ad introdurre strumenti di contrasto nei confronti di siffatte nuove fenomenologie criminose.*

PAROLE CHIAVE *Violenza digitale – Violenza di genere – Violenza contro le donne – Obblighi sovranazionali di tutela*

### CATERINA PAONESSA

#### LA DIFFUSIONE DI CONTENUTI ILLECITI ONLINE. OBBLIGHI DI INCRIMINAZIONE E CONTRASTO DEL “DEEPPFAKE” NELLA DIRETTIVA (UE) 2024/1385

*La direttiva (UE) 2024/1385, finalizzata al contrasto della violenza contro le donne e della violenza domestica, attribuisce particolare rilievo alla repressione di diverse forme di “violenza digitale”, con un’esplicita apertura alla punibilità anche della diffusione di contenuti falsificati ma verosimili (deepfake), purché idonei a far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti. Sul piano attuativo, alcune incertezze interpretative, da un lato, e la necessità di riconoscere appieno la specificità manipolativa di tali condotte, estremamente pervasive e lesive della sfera identitaria, dall’altro, impongono un delicato bilanciamento tra gli obblighi derivanti dal diritto eurounitario e i principi costituzionali.*

PAROLE CHIAVE *Condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato – Deepfake – Violenza contro le donne e violenza domestica – Cyberviolenza – Obblighi di tutela penale – Dignità umana*

### NICCOLÒ DECORATO

#### NOMINA NUDA TENEMUS: LA CONFUSIONE DEL LEGISLATORE FRA OGGETTO MATERIALE ED OGGETTO GIURIDICO NEL DIRITTO PENALE DEI BENI CULTURALI

*L’introduzione del Titolo VIII-bis del Codice penale, asseritamente dedicato al bene giuridico rappresentato dal patrimonio culturale, sembrerebbe piuttosto sintomatica di un modo diverso di concepire ed usare il diritto penale da parte del legislatore, tipico di uno Zeitgeist che appare diffuso in ambito internazionale e che vede nel diritto penale uno strumento ancipite: da un lato, tecnologia di lotta alla criminalità organizzata; dall’altro, ingranaggio di un più vasto sistema di regolamentazione. Tra le righe del tessuto normativo traspare la volontà non di tutelare il valore culturale rappresentato dal bene giuridico, quanto una politica di regolamentazione dell’uso degli oggetti materiali che lo incarnano, così realizzando una preoccupante inversione di priorità dal punto di vista della logica penalistica: l’oggetto materiale del reato assume primazia*

*rispetto all'oggetto giuridico, che è (era?) invece il pilastro dell'architettura codicistica e della teorica erede del diritto penale liberale. Il contributo intende evidenziare tali aspetti, concentrandosi in particolare sulla questione definitoria della nozione cardine del Titolo VIII-bis, cioè quella di bene culturale, oltre che sui problemi di coordinamento fra procedimenti penali ed amministrativi.*

PAROLE CHIAVE *Patrimonio culturale – Diritto penale dei beni culturali – Bene culturale – Processo penale – Coordinamento fra procedimento amministrativo e penale*

## ARIANNA FESTINESE

### QUALE LESSICO PER UN NUOVO BENE GIURIDICO? IL CASO DEL “CLIMA”

*Il presente lavoro analizza la possibilità di estendere la tutela penale anche al clima. A tal fine, si esplora, in un primo momento, il grado di sviluppo della nozione di “clima”, sia nella scienza giuridica che in quella classica, si da valutare l'opportunità di considerarlo un bene giuridico a sé. Successivamente, l'indagine si sposta sugli strumenti scientifici oggi disponibili per ricostruire la dinamica causale condotta umana-fenomeno meteorologico estremo, in modo da vagliare anche l'ipotesi di una responsabilità penale che prescindendo dalla creazione di un nuovo bene giuridico. La riflessione si conclude con i vantaggi che una tutela del clima, perseguita per il mezzo del diritto penale dell'ambiente, presenterebbe, segnatamente in termini di offensività.*

PAROLE CHIAVE *Clima – Bene giuridico – Cambiamento climatico – Causalità – Attribution science – Carbon footprint – Ambiente – Offensività*

## OTAVA PIHA

### IL MIO CORPO È IL MIO TEMPIO? IL RAFFRONTO FRA REATI SESSUALI E PATRIMONIALI NELL'ALVEO DI UNA TRADIZIONE BASATA SUI DIRITTI UMANI

*Nonostante recenti riforme volte a ridefinire la violenza carnale mediante il requisito della mancanza del consenso, residuano quesiti pratici circa la regolazione delle diverse forme di aggressione all'autodeterminazione sessuale. Molti contributi dottrinali nell'area di common law hanno ritenuto illuminante quanto più estesa e facilmente accettata sia la tutela dei diritti patrimoniali rispetto a quella dell'autodeterminazione sessuale. Eppure, laddove si fondi la ratio della criminalizzazione nella teorica dei diritti umani tale raffronto appare alieno; la tutela della dignità umana appare separata dalla tutela dei diritti patrimoniali, la cui natura è strumentale. Considerare la violenza carnale una sovversione del nostro diritto di proprietà sul nostro corpo (modello proprietario della violenza carnale) è giustamente ritenuto problematico.*

*L'articolo sostiene che il raffronto fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio non presupponga il modello proprietario, bensì, piuttosto, l'autodeterminazione. Un raffronto basato su tale concetto potrebbe aiutare a risolvere i dilemmi di ordine pratico che affliggono le fattispecie di violenza carnale basate sul consenso senza mancare di rispetto della dignità umana. Simili prospettive appaiono pertanto fruttuose per una ricerca che voglia rimanere nell'alveo di una tradizione basata sui diritti umani.*

PAROLE CHIAVE *Autodeterminazione – Violenza carnale – Violenza sessuale – Reati sessuali – Reati contro il patrimonio – Dignità*

SARA RICCARDI

IL MOTIVO MISOGINO E OMOTRANSFOBICO NEL QUADRO DEGLI HATE CRIMES.  
TRAMA DEL DIRITTO PENALE DE JURE CONDITO E DE JURE CONDENDO

*Il recente disegno di legge volto a introdurre una nuova fattispecie rubricata "femminicidio", la quale intende punire l'uccisione di una donna "in quanto donna", si inserisce nella più generale categoria dei "gender hate crimes", ove si collocano quei crimini d'odio motivati da un pregiudizio legato al genere, orientamento sessuale e identità di genere. Al di fuori dei casi in cui tra vittima e autore sussista una relazione "famigliare-affettiva", nessuna disposizione è dedicata ai crimini motivati da odio omofobico o transfobico, né guadagna una qualificazione penale differenziata il crimine dettato da odio misogino, realizzato al di fuori di un rapporto affettivo, (c.d. femminicidio "non intimo"). Tali lacune hanno sollevato un intenso dibattito circa le soluzioni normative più idonee a supplirne l'assenza: dalla largamente condivisa opinione per cui non sarebbe necessario adottare una fattispecie autonoma (e da qui le aspre critiche mosse da larga parte della comunità accademica al disegno di legge in materia di "femminicidio"), le soluzioni divergono per quanto concerne l'individuazione della fattispecie circostanziale in grado di accogliere il motivo/finalità incentrato su genere, sesso e orientamento sessuale. Mentre taluni propongono un'attenuante "comune", sulla falsariga dei "motivi" abietti ex art. 61 n. 1 c.p., oppure proprio l'estensione di suddetta aggravante, altri sollecitano una riformulazione dell'art. 604-ter c.p., ad oggi limitato ai fattori discriminatori quali etnia, razza, nazionalità e religione. Accolta la tesi che rifiuta la necessità di una fattispecie autonoma, un particolare spazio sarà dedicato alle impostazioni che propongono la creazione di una fattispecie circostanziale: invero, al di là del dato topografico, esse sottendono una diversa qualificazione della motivazione discriminatoria ora come "finalità-idoneità offensiva" ora come motivazione soggettiva particolarmente biasimevole. La questione non è relegata ad un ambito meramente teorico, ma indurrà a rassegnare alcune riflessioni in merito al carico sanzionatorio da irrogare al cospetto di simili ipotesi, alla luce dei principi di colpevolezza, proporzionalità e ragionevolezza.*

PAROLE CHIAVE *Violenza di genere – femminicidio – Crimini d'odio*

## CRISTINA DE MAGLIE

## IL "TEMPO" DELLA PAROLA GIUSTA

*"Attenzione" è la "parola giusta", che meglio identifica Gabrio Forti, come individuo, come intellettuale, come penalista. In particolare, rileggendo i suoi scritti, colpisce l'"attenzione" che egli dedica alla costruzione della fattispecie penale. Il legislatore, nella sua attività di "cura delle norme", non deve puntare solo sulla sanzione e sulla sua misura. Deve invece concentrarsi anche sulla formalizzazione del precetto, sulle parole che lo compongono.*

PAROLE CHIAVE *Gabrio Forti – Attenzione – Cura delle norme*

## MARIO ROMANO

## PER GABRIO FORTI

*L'articolo celebra la figura di Gabrio Forti riflettendo sul suo stile capace di coniugare diritto, criminologia, filosofia e letteratura, nonché discutendo il volume di prossima uscita che raccoglierà una selezione dei suoi scritti.*

PAROLE CHIAVE *Gabrio Forti*

## TABLE OF CONTENTS

Abstracts	19
<b>On the front page</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Towards a Reconstitution of Criminal Science. In remembrance of Franco Bricola</i>	31
<b>The far-reaching horizons of Criminal Law</b>	
LUCIANO EUSEBI <i>Perspectives of a Restorative Sanctioning System</i>	45
ALBERTO GARGANI <i>Recidivism in the Thought of Giacomo Matteotti, between Past and Present</i>	59
GRAZIA MANNOZZI <i>Reparation: Justice Without the Judge's Robe?</i>	77
DARIO MICHELETTI <i>Punishment Goals for Involuntary Offences</i>	99
MICHELE PAPA <i>The Offense Definition as "Symbolic Form"</i>	113
CARLO PIERGALLINI <i>A Criminal Law Increasingly Similar to the Tort Law?</i>	131
<b>Focus on... Evidence and Truth in Criminal Trials</b>	
FRANCESCO BARTOLO MORELLI <i>Cross-Examination is Not Equivalent to Adversarial Proceedings in the Taking of Evidence. Towards a Reconsideration of the Relationship Between Pretrial Evidentiary Hearings and the Trial</i>	155

---

RENZO ORLANDI  
*Procedural Pathways in the Pursuit of Truth: Some Reflections* 175

**Confronting opinions** *Cyberviolence*

COSTANZA BERNASCONI  
*The Different Faces of Digital Gender-Based Violence Within the Framework of Supranational Protection Obligations* 207

CATERINA PAONESSA  
*The Spread of Illegal Online Content. Criminalization Obligations and Measures Against “Deepfakes” in EU Directive no. 2024/1385* 229

**Anthology**

NICCOLÒ DECORATO  
*Nomina Nuda Tenemus: the Italian Legislator’s Conflation of Material Object and Rechtsgut in the Offences Against Cultural Heritage* 251

ARIANNA FESTINESE  
*Which Terminology for a New Legal Good? The Case of “Climate”* 279

OTAVA PIHA  
*My Body Is My Temple? Comparing Sexual Crimes and Property Crimes in a Human Rights Tradition* 297

SARA RICCARDI  
*Misogynistic and Homotransphobic Hate Crimes: Criminal Law Perspectives De Jure Conditio and De Jure Condendo* 323

**In search of the “right word”. A meeting with Gabrio Forti**

CRISTINA DE MAGLIE  
*The “Time” of the Right Word* 355

MARIO ROMANO  
*To Gabrio Forti* 363

## *Abstracts*



LUIGI FERRAJOLI

TOWARDS A RECONSTITUTION OF CRIMINAL SCIENCE.  
IN REMEMBRANCE OF FRANCO BRICOLA

*The paper, moving from Franco Bricola's legacy, argues for a refounding of criminal jurisprudence to face the growing crisis of legitimacy of contemporary criminal law and the three deontological gaps that every legal system faces. These three gaps are between justice and validity, between the constitutional legitimacy of norms and whether they are in force, between norms being in force and norms being enforced. By adopting a rigorous approach rooted in political philosophy, sociology, and criminology – while opposing a descriptive doctrine that could be labeled as 'civil criminal law' – the aspiration is to achieve an immediate reversal of the current trend, leading to the definitive rejection of penal inequality and the subjectivization of law.*

KEYWORDS “Civil Criminal Law” – Criminal Jurisprudence – Inequality in the Criminal Justice System – Minimal Criminal Law

LUCIANO EUSEBI

PERSPECTIVES OF A RESTORATIVE SANCTIONING SYSTEM

*The paper argues that the goal to implement a restorative justice system – not to be reduced to just the “restorative justice programmes” pursuant Legislative Decree No. 150/2022 – is one of the elements that should characterise the entire sanctioning system in criminal law. This could be achieved by replacing the model based on the so-called “main penalty” pursuant to Art. 17 of the Italian Criminal Code – a punishment conceived as a hard treatment equivalent to the crime – with a model based on a sanctioning response to an offence conceived as a programme in accordance with Art. 27(3) of the Italian Constitution. The paper examines the penal policy arguments in favour of this approach, which pursues the aim of general prevention premised on social reintegration. The features of a sanctioning system capable of going beyond the prison-centric paradigm are then presented and discussed.*

KEYWORDS Restorative Justice (Concept of) – Criminal Sanctions Reform – Injunctions as Punishment – General and Special Prevention

ALBERTO GARGANI

RECIDIVISM IN THE THOUGHT OF GIACOMO MATTEOTTI,  
BETWEEN PAST AND PRESENT

*After some general observations on the recidivism, the Author illustrates the nineteenth-century and early twentieth-century debate regarding the basis of this concept. The focus is, then, on Giacomo Matteotti's original and interesting work on*

*the recidivism. In particular, the attention is directed towards the idea that, in case of relapse into crime, the permanent personal cause, the inclination to commit crime, should be identified, with the consequent need for a specific and correlative punitive treatment. After a brief description of the legal evolution of recidivism in contemporary times, the attention is directed towards the distortions of the 2005 Law Reform and the tension with the Criminal Law principles about the punishment.*

KEYWORDS *Recidivism – Crime – Dangerous Offender – Giacomo Matteotti*

## GRAZIA MANNOZZI

### REPARATION: JUSTICE WITHOUT THE JUDGE'S ROBE?

*This contribution explores, through a symbolic and legal-theoretical lens, the profound differences between the paradigm of retributive criminal justice and that of restorative justice. It examines the ritual of the judge's robe, the waiting for justice, the spaces of justice, and the roles of the actors involved, highlighting the tensions between authority and proximity, power and responsibility, decision and transformation. The reflection concludes with an evocative depiction of the "robe-free" nature of restorative justice – understood not as an oppositional alternative to criminal law, but as a complementary form grounded in an ethics of responsibility and the transformative elaboration of conflict.*

KEYWORDS *Restorative Justice – Judicial Robe – Legal Symbolism – Ethics – Responsibility – Conflict – Mediation – Time – Trial – Judicial Spaces – Judge – Mediator – Power – Sacred – Violence*

## DARIO MICHELETTI

### PUNISHMENT GOALS FOR INVOLUNTARY OFFENCES

*Theoretical investigation into the purpose of punishment have traditionally focused almost exclusively on intentional offences. There is, however, a notable lack of scholarship addressing the purpose of punishing involuntary offences, which present significant challenges to dominant theoretical frameworks, such as general deterrence through intimidation and retribution. The punishment of involuntary offences is better understood through the lens of expressive theories, which view such punishment as a means of addressing the emotional response elicited by the offence within the community. However, adopting this perspective necessitates a fundamental re-evaluation of this area of criminal law. It is essential to ensure that the suffering of the individual deemed responsible is not instrumentalised merely to provide reassurance to the public.*

---

KEYWORDS *Purpose of Punishment – Negligence – General Deterrence – Retributive Theories*

MICHELE PAPA

THE OFFENSE DEFINITION AS “SYMBOLIC FORM”

*This essay explores the relationship between symbols and criminal law, offering an aesthetic and semiotic interpretation of the special part of the criminal law. After distinguishing between symbols that speak “about” the law and law that speaks “through” symbols, the author focuses on offense definitions as “symbolic forms” and “plastic narratives” of injustice. Definitions of crimes are seen as “bonsai” and “prophetic” stories that, through rhetorical devices like “hypotyposis”, evoke iconic images of wrongdoing. The analysis identifies various stylistic approaches in the representation of illegality – ranging from mimetic realism to literary fiction, and from narrative figuration to technical, conceptual abstraction. The essay then addresses the contemporary crisis of criminal lawmaking, driven by the dematerialization of reality and increasing societal complexity. Future trajectories may include a move toward digital, coded, and visually opaque norm creation, synesthetic representations enhanced by AI and augmented reality, or a renewed focus on the creative, metaphorical nature of criminal law as a “plastic art”. At its core lies the idea that legislators act as artists, shaping symbolic forms of injustice to effectively communicate prohibitions and guide judicial interpretation.*

KEYWORDS *Criminal Law – Special Part of the Criminal Law – Legal Symbolism – Criminal Offense – Legal Narrative – Legal Aesthetics – Metaphor – Digital Justice – Artificial Intelligence – Augmented Reality*

CARLO PIERGALLINI

A CRIMINAL LAW INCREASINGLY SIMILAR TO THE TORT LAW?

*Phenomena of ‘civilianization’ of criminal law are increasingly frequent and manifest in two directions: on the one hand, the external justifications that traditionally ground the *ius puniendi* tend to erode; on the other, reasoning and mechanisms typical of civil law permeate the domain of criminal law. Rejecting positions entrenched behind guarantee-based bulwarks – now bordering on the utopian – this contribution seeks to critically examine and manage such influences, which appear partly unavoidable in light of the complexity of the postmodern legal landscape. Accordingly, the paper proposes disenchanting yet constitutionally consistent responses, tailored to the distinct domains of norm production and interpretation, reparative justice, and procedural*

*tools marked by increasing degrees of 'privatization'.*

KEYWORDS *Criminal Law – Tort Law – Overcriminalization – Judicial Creativity – Criminal Trial – Judicial Deflation – Fundamental Principles*

### FRANCESCO BARTOLO MORELLI

#### CROSS-EXAMINATION IS NOT EQUIVALENT TO ADVERSARIAL PROCEEDINGS IN THE TAKING OF EVIDENCE. TOWARDS A RECONSIDERATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN PRETRIAL EVIDENTIARY HEARINGS AND THE TRIAL

*This paper argues that the only constitutionally legitimate form of adversarial procedure is that which takes place during the trial. As a result, the cross-examination provided by pretrial evidentiary hearings (incidente probatorio) cannot by itself justify the admission of their transcripts into the trial phase – contrary to current procedural rules. It is proposed that such transcripts should only become admissible at trial once the relevant evidence has become factually unrepeatable.*

KEYWORDS *Adversarial Proceedings – Pretrial Evidentiary Hearing – Immediacy – Unrepeatable Evidence*

### RENZO ORLANDI

#### PROCEDURAL PATHWAYS IN THE PURSUIT OF TRUTH: SOME REFLECTIONS

*This essay offers a concise overview of the concept of truth within the Italian criminal procedure system. The author begins with the traditional Carneluttian theory, which distinguishes between historical (or narrative) evidence and logical (or critical) evidence. The essay highlights the growing marginalization of witness testimony – considered the prototype of historical evidence – in favor of digital evidence, a contemporary form of critical evidence, and notes the resulting increase in the role of court-initiated initiatives in shaping judicial conviction. The contribution then explores the many constraints faced by judges in the process of determining criminal liability, and reflects on the multiple dimensions that the search for truth assumes in both ordinary trials and alternative procedures. Finally, it touches on the notion of "truth" within restorative processes.*

KEYWORDS *Procedural Truth – Historical Evidence – Critical Evidence – Evidentiary Prohibitions – Standards of Proof – Alternative Proceedings – Restorative Justice*

---

COSTANZA BERNASCONI

THE DIFFERENT FACES OF DIGITAL GENDER-BASED VIOLENCE WITHIN THE  
FRAMEWORK OF SUPRANATIONAL PROTECTION OBLIGATIONS

*The paper examines the distinctive features of the digital sphere, enabled by the proliferation of new technologies. It focuses in particular on framing such conduct as gender-based violence, situating the analysis within the context of supranational legal frameworks. Recent developments have repeatedly urged national legislators to adopt effective measures to address emerging forms of cyberviolence, especially those targeting women.*

KEYWORDS *Cyberviolence – Gender-Based Violence – Violence Against Women – Supranational Protection Obligations*

CATERINA PAONESSA

THE SPREAD OF ILLEGAL ONLINE CONTENT. CRIMINALIZATION OBLIGATIONS AND  
MEASURES AGAINST “DEEPFAKES” IN EU DIRECTIVE NO. 2024/1385

*EU Directive No. 2024/1385 on combating violence against women and domestic violence places particular emphasis on repressing various forms of cyberviolence, explicitly including the criminalization of disseminating fake yet plausible content (deepfakes) that create the impression that a person is engaged in sexually explicit activities. At the implementation level, interpretative uncertainties on the one hand, and the need to fully acknowledge the manipulative nature of such behavior – both highly pervasive and deeply harmful to personal identity – on the other, require a careful balancing of obligations arising from EU law and constitutional principles.*

KEYWORDS *Non-Consensual Sharing of Intimate or Manipulated Material – Deepfakes – Violence Against Women and Domestic Violence – Cyberviolence – Criminalization Duties – Human Dignity*

NICCOLÒ DECORATO

NOMINA NUDA TENEMUS: THE ITALIAN LEGISLATOR’S CONFLATION OF MATERIAL  
OBJECT AND RECHTSGUT IN THE OFFENCES AGAINST CULTURAL HERITAGE

*The new Title VIII-bis of the Italian Criminal Code is allegedly dedicated to offences against Cultural Heritage but appears to be an example of a different model of Criminal Law rather than being geared towards the protection of a Rechtsgut. Indeed,*

*the new offences seem to fall under the kind of Criminal Law favoured by the current Zeitgeist in International Law. On the one hand, Criminal Law is conceived as a technology for combatting organised crime; on the other hand, it is seen as only one tool in a vaster regulation toolbox. Reading between the lines of the new provisions we get the impression that the legislator did not mean to protect the cultural value underlying Cultural Heritage as a Rechtsgut but rather meant to regulate the material objects that embody it. This represents a worrying inversion of priorities from the point of view of Criminal Law, as the material object of the crime overtakes the Rechtsgut, which is (was?) the pillar of the Italian Criminal Code and of the Liberal Criminal Law theoretical framework. The paper aims to highlight these aspects, focussing in particular on the definition of the cardinal legal notion of these offences, i.e. that of "bene culturale" (literally "cultural good"). Issues arising from the lack of coordination between administrative and criminal proceedings will also be discussed.*

KEYWORDS *Cultural Heritage – Cultural Heritage and Criminal Law – Criminal Trial – Coordination Between Administrative and Criminal Proceedings*

#### ARIANNA FESTINESE

##### WHICH TERMINOLOGY FOR A NEW LEGAL GOOD? THE CASE OF "CLIMATE"

*The paper explores the possibility of extending criminal law protection also to the climate. It begins by examining the concept of "climate" as understood in both legal discourse and classical science, with the aim of assessing whether it can be regarded as a distinct legal good. The analysis then turns to the scientific methods currently available to establish causal links between human conduct and extreme weather events, in order to evaluate the potential for criminal liability even without the formal recognition of climate as a new legal good. The paper concludes by considering the benefits of climate protection through environmental criminal law, particularly with regard to the harm principle.*

KEYWORDS *Climate– Legal Good – Climate Change – Causality – Attribution Science – Carbon Footprint – Environment – Offensiveness*

#### OTAVA PIHA

##### MY BODY IS MY TEMPLE? COMPARING SEXUAL CRIMES AND PROPERTY CRIMES IN A HUMAN RIGHTS TRADITION

*Despite recent criminal law reforms to define rape through the lack of consent, practical questions remain about how to regulate different kinds of violations of sexual autonomy. Many common law scholars have found it eye-opening how much more extensive and*

*easily accepted the protection of property rights is compared to the protection of sexual autonomy. But when the rationale of criminalization resides in human rights, such a comparison is alien; protecting human dignity appears separate from protecting instrumental property rights. Considering rape a subversion of our ownership rights to our bodies (the property model of rape) is rightly regarded as problematic. This article argues that comparing sexual crimes and property crimes is not predicated on the property model but rather on autonomy itself. Comparisons based on autonomy could help resolve practical dilemmas of consent-based rape laws while respecting human dignity and thus be fruitful research pursuits within a human rights tradition.*

KEYWORDS *Autonomy – Rape – Sexual Crimes – Property Crimes – Dignity*

SARA RICCARDI

MISOGYNISTIC AND HOMOTRANSOPHOBIC HATE CRIMES:  
CRIMINAL LAW PERSPECTIVES DE JURE CONDITO AND DE JURE CONDENDO

*The recent bill aimed at introducing a new criminal offense classified as “femicide”, which seeks to punish the killing of a woman “as a woman”, falls within the broader category of gender hate crimes, encompassing those hate crimes motivated by prejudice related to gender, sexual orientation, and gender identity. Beyond cases where a “familial-affective” relationship exists between victim and perpetrator, no provision is dedicated to crimes motivated by homophobic or transphobic hatred, nor does crime driven by misogynistic hatred committed outside of an intimate relationship (so-called “non-intimate” femicide) receive differentiated criminal qualification. These gaps have generated intense debate regarding the most suitable normative solutions to address their absence: from the widely shared view that adopting an autonomous criminal offense would be unnecessary (hence the harsh criticism leveled by a significant portion of the academic community against the femicide bill), solutions diverge concerning the identification of circumstantial provisions capable of accommodating motives/purposes centered on gender, sex, and sexual orientation. While some propose a “common” mitigating circumstance, following the model of the abject “motives” under Article 61, No. 1 of the Criminal Code, or the extension of said aggravating circumstance, others advocate for a reformulation of Article 604-ter of the Criminal Code, currently limited to discriminatory factors such as ethnicity, race, nationality, and religion. Having accepted the thesis rejecting the necessity of an autonomous criminal offense, particular attention will be devoted to approaches proposing the creation of circumstantial provisions: indeed, beyond topographical considerations, these approaches imply different qualifications of discriminatory motivation, either as “offensive purpose-suitability” or as particularly blameworthy subjective motivation. This issue is not relegated to a merely theoretical realm but will lead to reflections on the sanctioning burden to be imposed in such cases, in light of the principles of culpability, proportionality, and reasonableness.*

KEYWORDS *Gender-Based Violence – Femicide – Hate Crimes*

## CRISTINA DE MAGLIE

## THE "TIME" OF THE RIGHT WORD

*"Attention" is the word which qualifies Gabrio Forti as a human being, intellectual, jurist. Attention as diminution of oneself in favor of the other. Attention for the formalization of the criminal law rule.*

KEYWORDS *Gabrio Forti – Attention – Formalization of the Rule*

## MARIO ROMANO

## TO GABRIO FORTI

*The paper celebrates Gabrio Forti, reflecting on his peculiar style, capable of successfully mixing law, criminology, philosophy and literature. A to be published selection of his writings is also discussed.*

KEYWORDS *Gabrio Forti*

## **Primo Piano**



LUIGI FERRAJOLI

PER UNA RIFONDAZIONE DELLA SCIENZA PENALISTICA.  
RICORDANDO FRANCO BRICOLA <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il progetto di una penalistica civile. – 2. Tre punti di vista critici, generati dalla divaricazione tra giustizia e validità, tra validità costituzionale e vigenza, tra vigenza ed effettività. – 2.1. Giustizia e validità. – 2.2. Validità costituzionale e vigore. – 2.3. Vigore delle norme e loro effettività. – 3. I rapporti che una penalistica civile deve intrattenere con la filosofia politica e con la sociologia. – 4. Due aspetti della disuguaglianza penale: l'aumento della durezza delle pene e l'abbandono del diritto penale del fatto in favore del diritto penale dell'autore.

1. *Il progetto di una penalistica civile*

Ho già avuto occasione di parlare del pensiero di Franco Bricola dieci anni fa, nel convegno svoltosi il 7 e l'8 marzo 2014, a 20 anni dalla sua morte. La mia relazione di allora era intitolata *Per una penalistica civile. In ricordo di Franco Bricola*<sup>1</sup>: fu infatti la fondazione di una penalistica civilmente impegnata il progetto di studio di Bricola. A distanza di dieci anni, le ragioni di quel progetto sono più attuali che mai, a causa delle pesanti regressioni intervenute frattanto nella legislazione, nella giurisdizione e nella cultura penalistica.

Cosa dobbiamo intendere con penalistica civile<sup>2</sup>? Deve intendersi, con questa espressione, una penalistica che – esattamente all'opposto del metodo tecnico-

<sup>(\*)</sup> Testo della relazione tenuta al convegno “Ricordando Franco Bricola. L'eredità scientifica e culturale di un Maestro”, Bologna, 28-29 maggio 2024.

<sup>1</sup> *Per una penalistica civile. In ricordo di Franco Bricola*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. Donini e L. Stortoni, Bononia University Press, Bologna, 2015, 125-152.

<sup>2</sup> Mario Sbriccoli chiamò “penalistica civile” l'approccio critico e progettuale al diritto penale inaugurato da Cesare Beccaria e poi sviluppato dalla Scuola classica di Francesco Carrara e caratterizzato – non diversamente dall'opposto orientamento della Scuola positiva – dalla ricerca di una fondazione filosofica del diritto penale. E raffigurò il passaggio da tale approccio, basato sull'impegno civile della penalistica nel disegnare le fonti di legittimazione del diritto penale, a una scienza penale quale analisi puramente tecnica e descrittiva del diritto vigente, chiamando questa “civilistica penale” perché modellata sul metodo tecnico-giuridico affermatosi nella cultura civilistica di fine Ottocento e importata prima nella scienza del diritto pubblico, ad opera di Vittorio Emanuele Orlando, e poi nella scienza penalistica ad opera di Arturo Rocco e di Vincenzo Manzini (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, 224).

giuridico promosso da Arturo Rocco nella sua celebre prolusione sassarese del 15 gennaio 1910 – assuma, nei confronti del proprio oggetto, cioè del diritto penale vigente, un approccio non solo descrittivo, come è tornata tendenzialmente ad avere la dottrina penalistica odierna, ma anche critico e progettuale: critico nei confronti dei profili di ingiustizia, di invalidità costituzionale e di ineffettività del diritto vigente, e progettuale delle riforme in grado di correggere o superare questi diversi profili di illegittimità.

Un simile approccio, critico e progettuale, è essenziale all'elaborazione di un diritto penale minimo e garantista, basato su quella che, a mio parere, è l'unica fonte di legittimazione del diritto penale: il suo ruolo di legge del più debole, che nel momento del reato è la parte offesa, nel momento del processo è l'imputato e nel momento dell'esecuzione penale è il detenuto.

## 2. *Tre punti di vista critici, generati dalla divaricazione tra giustizia e validità, tra validità costituzionale e vigenza, tra vigenza ed effettività*

Alla base di questo ruolo critico e progettuale, che deve caratterizzare una penalistica civile, c'è la consapevolezza delle tre divaricazioni deontiche che, a mio parere, segnano ogni sistema di diritto positivo e, in particolare, ogni sistema di diritto penale.

### 2.1. *Giustizia e validità*

La prima divaricazione è tra diritto e morale, ovvero tra sistema penale e giustizia, o tra punto di vista giuridico interno e punto di vista morale esterno. Una divaricazione prodotta dalla prima modernità, cioè dalla nascita, in Europa, dello Stato moderno quale fonte esclusiva ed esaustiva della produzione giuridica. Da questo primo mutamento di paradigma del diritto, nasce la politica moderna quale creazione e trasformazione del diritto.

Ne consegue la *separazione tra diritto e morale*, ossia *tra diritto e giustizia*, e perciò la radicale autonomia critica, dal diritto positivo vigente, del punto di vista ad esso esterno della morale e della politica. Se è vero che il diritto è tutto e solo quello prodotto dal legislatore, cioè dalla politica, allora la sua esistenza e la sua validità giuridica sono altra cosa rispetto alla giustizia, nel senso che la validità giuridica delle norme non ne implica la giustizia, né tanto meno viceversa. La tesi della separazione tra diritto e morale comporta peraltro un atteggiamento critico nei confronti del diritto ben più radicale della tesi opposta della connessione tra le due sfere, oggi purtroppo dominanti nella filosofia del diritto. L'enunciazione più semplice di questa connessione, quella espressa dalla famosa formula di Rad-

bruch – “se una norma è intollerabilmente ingiusta, allora non è valida” – equivale a un moderato legalismo etico, cioè alla tesi che se una norma è valida, allora non è intollerabilmente ingiusta. E questo equivale a una sostanziale legittimazione etico-politica del diritto esistente, pur se tollerabilmente ingiusto.

Per effetto del principio di legalità generato dal positivismo giuridico si produce invece una netta divaricazione tra il diritto giusto e il diritto esistente. E si crea lo spazio autonomo – quello che chiamerò lo spazio Beccaria – della teoria del garantismo quale riflessione e teorizzazione delle fonti di legittimazione della giustizia penale e di quel terribile potere, come lo chiamò Montesquieu, che è il potere dei giudici. Con la separazione tra diritto e giustizia, si impone infatti alla riflessione filosofica il problema della giustificazione di quell’artificio giuridico che sono lo Stato e le sue istituzioni, il cui terreno privilegiato è il diritto penale, quale luogo del massimo conflitto tra Stato e persona, tra autorità e libertà. Si afferma, con la consapevolezza di questa separazione, il punto di vista critico e progettuale – il punto di vista di Cesare Beccaria, di Gaetano Filangieri, di Mario Pagano, di Giandomenico Romagnosi e di Francesco Carrara – espresso da quello che possiamo chiamare il modello garantista del diritto penale.

## 2.2. Validità costituzionale e vigore

La seconda divaricazione – prodottasi con quel secondo positivismo giuridico che è il costituzionalismo rigido, cioè con la positivizzazione dei principi di giustizia cui deve informarsi il diritto positivo – è tra la validità costituzionale e l’esistenza o vigenza delle norme di legge. È una divaricazione prodotta dalla seconda modernità del gius-positivismo, consistente nella stipulazione di costituzioni rigide sovraordinate alla legislazione ordinaria.

Grazie a questo secondo mutamento di paradigma del diritto, la politica si sottopone al diritto e la legislazione alla costituzione e si produce una seconda separazione: la separazione tra la validità sostanziale delle norme di legge e la loro validità formale o vigenza. Se è vero che viene comunque ad esistenza tutto e solo il diritto prodotto nelle forme stabilite dalle norme sulla sua formazione, allora l’esistenza delle norme si dissocia anche dalla loro validità giuridica, oltre che dalla loro giustizia. È ben possibile, infatti, che vengano ad esistenza norme incompatibili con i principi costituzionali, e perciò invalide, e non vengano invece ad esistenza le norme di attuazione implicate ed imposte da tali principi. È possibile, in breve, che venga ad esistenza il *diritto illegittimo* o per commissione o per omissione, cioè per l’esistenza di *antinomie* o di *lacune*: una figura, questa del diritto illegittimo, che il vecchio positivismo giuridico dello stato legislativo di diritto

to misconosceva come una “contraddizione in termini”<sup>3</sup> e che oggi è invece il tratto caratteristico e prezioso delle odierne democrazie costituzionali.

Di qui un secondo punto di vista critico e progettuale, non più solo politico o esterno, ma giuridico e interno al diritto positivo: il punto di vista, appunto, dei principi costituzionali, critico nei confronti del diritto esistente se con tali principi in contrasto, e progettuale delle loro norme di attuazione. Da questa virtuale divaricazione è direttamente la dottrina giuridica, e non la filosofia politica o della giustizia, che viene investita, sul piano scientifico ancor prima che su quello civile e politico, di un ruolo critico e progettuale. Sono infatti le odierne costituzioni rigide che impongono questo ruolo alla scienza del diritto, alla giurisdizione e alla legislazione: da un lato la critica delle norme invalide perché con esse in contrasto, affinché le antinomie che ne conseguono siano annullate dalla giurisdizione; dall'altro la progettazione delle loro norme di attuazione, cioè delle loro garanzie, affinché le loro lacune siano rimosse dalla legislazione.

### 2.3. *Vigore delle norme e loro effettività*

La terza divaricazione è tra normatività ed effettività delle norme di legge, tra ciò che le norme dicono e ciò che di fatto accade all'interno della stessa sfera pubblica. Possiamo infatti ben dire che le prassi – poliziesche, giudiziarie, amministrative – sono quasi sempre a un gradino inferiore della legalità che dovrebbero attuare o rispettare. Questa terza divaricazione deontica consiste dunque nell'ineffettività del diritto vigente. Talora si manifesta in attività palesemente invalide, destinate ad essere corrette dalle procedure giudiziarie di impugnazione o da quelle amministrative di controllo. Ma spesso essa permane, a causa dell'inefficienza o della sordità degli apparati. Di qui il ruolo critico cui è chiamata la cultura giuridica, sulla base dell'indagine sociologica sul funzionamento di fatto delle istituzioni. I penalisti, e in generale i giuristi, in breve, non possono limitarsi a interpretare le norme. Devono anche abbassare i loro occhi sulla realtà sottostante alle norme medesime: sullo stato delle carceri, sugli arbitri e gli abusi che purtroppo inquinano le prassi poliziesche e giudiziarie e le attività della politica e della pubblica amministrazione.

<sup>3</sup> Così Hans Kelsen: “Se però esistesse qualcosa di simile a un diritto antiggiuridico, sarebbe annullata l'unità del sistema di norme, quale trova espressione nel concetto di ordinamento giuridico. Ma una norma contraria a una norma è una contraddizione in termini” (*La dottrina pura del diritto* [1960], tr. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, § 35, I, α, 298). Ho criticato queste tesi kelseniane, mantenute da Kelsen anche dopo l'introduzione in Germania e in Italia di costituzioni rigide assistite dal controllo di costituzionalità, in *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, cap. IV, 66-88.

Ma soprattutto la riflessione sociologica sulla realtà effettiva del diritto penale deve indagare la natura e i criteri che informano i processi di criminalizzazione in atto nei nostri sistemi politici. Come noto, la popolazione carceraria è formata, in Italia, per il 97 o il 98% di povera gente – migranti, tossicodipendenti, delinquenti per ragioni di sussistenza – mentre i colletti bianchi, cioè i condannati per corruzione e malaffare, che producono gravi ben più gravi alla convivenza civile, sono solo il 2% o il 3% della popolazione carceraria. Sono i meccanismi politici, sociali e culturali che determinano una simile sproporzione che vanno indagati e quanto più possibile corretti da un adeguato sistema di garanzie.

### 3. I rapporti che una penalistica civile deve intrattenere con la filosofia politica e con la sociologia

Ebbene, il progetto di rifondazione della scienza penale promosso da Franco Bricola e da Alessandro Baratta, a metà degli anni Settanta, con la rivista *La questione criminale*, si caratterizzò precisamente con l'assunzione dei tre punti di vista critici e progettuali generati dalle tre divaricazioni deontiche appena illustrate.

Il vecchio metodo tecnico-giuridico aveva prescritto una scienza penalistica auto-referenziale, basata, sul modello della scienza civilistica, sulla sua "autonomia" da tutti gli altri saperi, quale condizione della sua "scientificità": una *civilistica penale*, appunto, autonoma sia dalla filosofia politica, e perciò dalla riflessione sulle fonti e sulle condizioni di legittimità del diritto penale esistente, sia dalle indagini sociologiche e criminologiche sul funzionamento effettivo e sui meccanismi selettivi delle istituzioni punitive.

Con *La questione criminale*, pubblicata dal 1975 al 1981, fu invece promossa una *penalistica civile* basata, all'opposto, sull'apertura alla filosofia politica, alla sociologia giuridica, alla criminologia, alla storiografia sia del diritto penale che della cultura penalistica. Furono promosse, su queste basi, la critica e la progettazione di un diritto penale conforme ai principi costituzionali e perciò alternativo all'ancora vigente codice Rocco e, più in generale, ai processi di criminalizzazione dei soggetti deboli operanti nella società capitalistica.

Si trattò di un progetto di rifondazione epistemologica delle discipline penali che incontrò l'ostilità della dottrina dominante, la quale si manifestò anche all'interno della redazione della rivista, fino a provocarne la chiusura. Il progetto fu ripreso nel 1983 da Alessandro Baratta con la rivista *Dei delitti e delle pene* e proseguito, dal 2006, con la rivista *Studi sulla questione criminale*, le quali da allora, tuttavia, si sono avvalse dell'apporto soprattutto di sociologi della devianza e di filosofi del diritto e assai meno di quello dei penalisti.

Nelle discipline penalistiche, infatti, quei tre punti di vista critici sul diritto penale sono oggi, in gran parte, venuti meno. Gran parte della dottrina penalistica è nuovamente regredita alla *civilistica penale*, o peggio – come del resto gran parte delle discipline giuridiche, a cominciare dalle stesse discipline civilistiche – a un sapere prevalentemente tecnico e sostanzialmente indifferente alla crisi crescente delle fonti di legittimità del diritto penale e del diritto in generale: alla crisi della legalità conseguente alla deriva inflazionistica della legislazione, al dissesto del linguaggio legale e, insieme, alla perenne emergenza e alle pressioni del populismo punitivo. Certamente di questa crisi, che è crisi della ragione giuridica, le principali responsabilità vanno addebitate alla politica. E tuttavia non possiamo ignorare la sostanziale inerzia, di fronte all'attuale deriva del diritto penale, di gran parte della cultura penalistica, che ad essa ha assistito acriticamente, accordandole, con il proprio disimpegno "scientifico", una tacita legittimazione.

Il presupposto di questo sostanziale ritorno alla "civilistica penale" e al metodo tecnico-giuridico è stato un malinteso giuspositivismo, in forza del quale compito della scienza giuridica sarebbe unicamente interpretare il diritto vigente, senza farsi carico della sua crisi di legittimazione, cioè dei suoi profili di ingiustizia, di invalidità e di ineffettività quali possono essere rilevati sulla base delle tre divaricazioni deontiche illustrate nel paragrafo che precede. Ne è seguita una perdita di autorevolezza della scienza penalistica: un'autorevolezza che proviene precisamente dal suo ruolo critico nei confronti sia della legislazione che della giurisdizione, cioè della sua capacità di orientare e richiamare sia l'una che l'altra all'osservanza dei principi garantisti, in gran parte costituzionalizzati.

#### 4. *Due aspetti della disuguaglianza penale: l'aumento della durezza delle pene e l'abbandono del diritto penale del fatto in favore del diritto penale dell'autore*

Quali sono gli aspetti più rilevanti ed iniqui della crisi in atto del nostro sistema penale, che rendono oggi più attuale che mai il progetto di una "penalistica civile" formulato da Franco Bricola negli anni Settanta e diretto a una rifondazione del diritto penale, in accordo con il modello del diritto penale minimo e garantista?

Questi aspetti sono molti. Ne indicherò due, che sono entrambi responsabili di una tendenziale soggettivizzazione del diritto penale e di una crescita della disuguaglianza di fronte alla legge.

Il primo consiste nel maggior peso che nella giustizia penale hanno di fatto, rispetto ai fatti oggetto del giudizio, le condizioni di debolezza e povertà dei loro autori.

Il secondo consiste nell'esplicita assunzione, da parte del nostro sistema penale, del modello del diritto penale dell'autore anziché del diritto penale del fatto voluto dall'art. 25 della nostra Costituzione. Sono aspetti che contraddicono entrambi il principio di uguaglianza di fronte alla legge, il cui fondamento risiede nel modello costituzionale del diritto penale del fatto, costantemente difeso da Franco Bricola, con lucidità e rigore, contro le tante forme involutive del diritto penale dell'autore<sup>4</sup>.

Le cifre che attestano il primo aspetto della crisi sono impressionanti. Nonostante la diminuzione della criminalità, è enormemente aumentata la popolazione carceraria, composta quasi interamente da persone povere ed emarginate, e si è quadruplicato il numero degli ergastoli. Nel 1991 i detenuti erano 31.053 e i condannati all'ergastolo erano 408. Oggi la popolazione carceraria è più che raddoppiata e gli ergastoli, secondo i dati dell'agosto 2023, sono 1867. È una popolazione formata quasi interamente da persone povere, condannate in gran parte per reati di sussistenza, e solo in minima parte da condannati per delitti di corruzione o bancarotta o malaffare.

Questa disuguaglianza è il prodotto di molteplici meccanismi selettivi, di carattere sia sostanziale che processuale. Ne indicherò tre, che segnalano tutti la prevalenza che sul principio di uguaglianza, assicurato dall'esclusiva rilevanza del "fatto commesso" richiesto dal già citato art. 25 della Costituzione, hanno le diverse condizioni economiche dei loro autori.

Il primo è la maggiore facilità, rapidità ed efficienza con cui vengono celebrati i processi per i reati dei poveri rispetto a quelli per i reati dei ricchi.

Il secondo è il disuguale diritto di difesa: processi brevi e sommari per i reati di sussistenza contro il patrimonio, celebrati di solito con la difesa d'ufficio; processi lunghi e complessi per i reati dei colletti bianchi, le cui agguerrite difese puntano alla prescrizione.

Il terzo è il diverso ruolo svolto dai patteggiamenti della pena: utilizzati dai ricchi colpevoli per evitare una più grave condanna al dibattimento e la pubblicità del processo con conseguente lesione della reputazione; subiti dai poveri che, in assenza di garanzie, sono indotti ad accettare una pena senza processo, anche se innocenti.

Il secondo aspetto e fattore della disuguaglianza di fronte alla legge penale è lo sviluppo di un incontrollato diritto penale dell'autore. Ricorderò, di questo sviluppo, quello prodottosi, negli ultimi trent'anni, nella fase dell'esecuzione della pena, dove hanno fatto la loro comparsa ben due forme di carcere duro, ossia di

<sup>4</sup> Si ricordi, ovviamente, il classico saggio di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, 7-93.

pena nella pena. Il primo carcere duro è quello introdotto nel 1991, ma largamente ampliato nel trentennio successivo, dall'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. È detto "ostativo" perché esclude la concessione dei benefici ai detenuti e agli internati che non collaborino con la giustizia. Affligge, sempre secondo i dati dell'agosto 2023, ben 9.369 persone, di cui 1.267 ergastolani.

Il secondo è il carcere, ancora più duro, introdotto nell'agosto 2023 nell'art. 41-*bis* con il decreto n. 306 del 1992 e anch'esso successivamente ampliato. Entrambi questi tipi di carcere duro violano l'art. 25 della Costituzione, che condiziona la pena a un "fatto commesso", non essendoci tra i presupposti della loro applicazione nessun fatto commesso, né tanto meno il fatto offensivo e tassativamente previsto dalla legge, secondo quanto giustamente sostenuto da Franco Bricola<sup>5</sup>. Il carcere duro previsto dall'art. 41-*bis* è poi una misura incredibilmente in contrasto con la separazione dei poteri e con l'art. 13, 2° comma della Costituzione secondo cui "non è ammessa forma alcuna di detenzione... né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria". Con esso la maggiore afflittività della pena viene stabilita da un provvedimento del Ministro della giustizia, cioè da un atto amministrativo che interferisce nell'esecuzione penale sospendendo – "nei confronti di detenuti o internati" per determinati delitti, dice il comma 2 dell'art. 41-*bis* – "l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge".

Infine, entrambi i regimi speciali sono il prodotto di un nuovo metodo legislativo diretto a soddisfare il punitivismo compulsivo indotto dal populismo penale: la legislazione punta ad aggravamenti ed espansioni crescenti, in forza dei quali, a partire da una prima legge repressiva, di solito in materia di mafia o di terrorismo, le leggi successive infieriscono sempre più crudelmente estendendone i presupposti ben al di là dei reati di mafia e di terrorismo, allargandone i destinatari e accentuandone l'afflittività.

Ma il diritto punitivo dell'autore, sempre duramente stigmatizzato da Bricola, ha avuto la sua principale espressione nello sviluppo in Italia, in questi ultimi decenni, di un sistema repressivo parallelo e complementare a quello del diritto penale del fatto: il sistema delle misure di prevenzione. Credo che la maggior parte dei cittadini italiani associ il confino al regime fascista. Il nostro ordinamento è invece tuttora dotato di un corposo e fiorente sistema di misure di prevenzione personali, trascurate dai penalisti e ignorate dal dibattito pubblico, legittimate dalla loro configurazione come misure contro la criminalità mafiosa ma destinate, di fatto, soprattutto a persone emarginate – vagabondi, prostitute, immigrati, tossicodipendenti – ed estese, in questi ultimi anni, alle forme del dissenso nelle ma-

<sup>5</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., § 5-9, 48-88.

nifestazioni di protesta. Contro queste misure fu esemplare la dura critica di Franco Bricola<sup>6</sup>, quando esse erano ancora ben lontane dallo sviluppo odierno. Sono figure di punizione *ante delictum*, contro pericolosi o sospetti, cioè in assenza, di nuovo, di qualunque “fatto commesso” e perciò in violazione dell’art. 25 della Costituzione: la sorveglianza speciale, con o senza divieto di soggiorno in uno o più comuni, e l’obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, affidati alla competenza dei giudici, e inoltre il foglio di via obbligatorio fino a tre anni nei luoghi di residenza del malcapitato, affidato alla competenza del Questore. Dunque, un corposo sistema di misure limitative della libertà, costantemente aggravatosi negli anni della Repubblica, fino alla loro sistemazione organica con il decreto legislativo n. 159 del 6.9.2011, serenamente intitolato “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”.

A questo sistema si è poi aggiunta di recente un’altra lunga serie di misure: i cosiddetti “daspo”: dapprima il cosiddetto “daspo sportivo” introdotto nel 2001 e nel 2005 quale “divieto di accesso alle manifestazioni sportive” dei violenti, ma poi estesosi con il decreto-legge Minniti n. 14 del 20.2.2017 quale “daspo urbano”, a tutela della “sicurezza urbana” e del “decoro” delle città. Quest’ultimo consiste in svariate misure, accomunate dall’indeterminatezza sia dei loro presupposti che dei loro destinatari: l’ordine municipale di allontanamento per 48 ore; il divieto di accesso ad uno o più spazi ordinato dal Questore; il divieto di accedere o di avvicinarsi a locali pubblici da uno a 5 anni. Anche i destinatari di queste misure sono persone emarginate – prostitute, mendicanti, immigrati, tossicodipendenti – oppure attivisti politici colpevoli di manifestazioni di protesta in tema di ambiente o in difesa dei diritti dei migranti o del diritto alla casa<sup>7</sup>.

Infine, la misura più penosa, perché non giustificata neanche dalla pericolosità o dal sospetto: la “detenzione amministrativa” dei migranti. Prevista inizialmente, dalla legge n. 40 del 1998, per soli 30 giorni nel caso di volontaria inottemperanza o di impossibile esecuzione dell’ordine di espulsione, si è poco dopo trasformata in ordinaria segregazione la cui durata è stata prolungata più volte, fino ai diciotto mesi del 2011, poi ridotti nel 2014 e nel 2017 e poi nuovamente aumentati a sei mesi dal decreto-legge Salvini n. 113 del 2018 e da ultimo, con il decreto-legge n. 124 del 19.9.2023, di nuovo a 18 mesi. Si tratta di una segregazione di persone che non hanno fatto nulla di male, ben più afflittiva e incivile della stessa reclu-

<sup>6</sup> F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionale della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Giuffrè, Milano, 1975.

<sup>7</sup> Su queste misure la letteratura è deplorabilmente scarsa. Meritano perciò di essere segnalati F. BORLIZZI, *Daspo urbano e governo delle città: riflessioni a margine di una ricerca empirica*, nel Blog di “Studi sulla questione criminale”, 2023, e ID., *Daspo urbano: uno sguardo sulle questioni giuridiche controverse e un’indagine empirica*, in *Antigone*, 2023, fasc. n. 1.

sione carceraria, se non altro perché ogni abuso o vessazione che in essa si verifici è sottratto al controllo dei giudici di sorveglianza. Evidentemente non vale per i migranti la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 1996, secondo cui la libertà personale è un “diritto inviolabile, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell’individuo”. La libertà personale dei migranti – questo il tratto razzista e classista di questa detenzione riservata non agli stranieri ricchi ma agli stranieri poveri – è altra cosa dalla libertà personale dei cittadini.

È peraltro contro i migranti che soprattutto ha infierito la nostra legislazione: con la dichiarazione dello stato d’emergenza, con gli ostacoli opposti al salvataggio dei naufraghi e poi all’approdo nei nostri porti delle navi che li hanno salvati e con le ridotte protezioni degli immigrati. Non è una vergogna solo italiana. Queste politiche accomunano tutta l’Europa, dove le leggi contro i migranti – le odierne leggi razziste – stanno mostrando il riemergere di un’antropologia della disuguaglianza, alimentata da ossessioni nazionaliste e identitarie. Non dimentichiamo che l’Europa ha un debito enorme nei confronti del resto dell’umanità. Per secoli, proprio in nome del diritto di emigrare in essa teorizzato cinque secoli fa e rivendicato a fondamento delle sue conquiste e colonizzazioni, gli Stati europei hanno invaso, occupato, dominato, depredato e sfruttato gran parte dei paesi del mondo. Oggi che l’asimmetria si è ribaltata e sono i disperati della terra che fuggono da quegli stessi paesi da noi ridotti in miseria, l’esercizio di quel diritto si è tramutato in delitto. Militarizzazione dei confini, penalizzazione dei soccorsi in mare, sequestro dei migranti finché non ne avvenga il rimpatrio o l’accoglimento delle domande d’asilo, hanno blindato la fortezza Europa, dove è riapparsa la figura della “persona illegale”, clandestina o detenuta unicamente per ragioni di nascita. A causa dell’*apartheid* dei poveri del pianeta, il genere umano è così spaccato in due: un’umanità che viaggia liberamente nel mondo, per turismo o per affari, e l’umanità dei sommersi e degli esclusi, costretti dalla miseria e dalla fame a terribili odissee, fino a rischiare la vita nel tentativo di arrivare in Europa dove sono destinati a detenzioni illegittime o a sfruttamenti come non-persone.

Un aspetto di questa crescita dell’afflittività delle pene e delle vessazioni contro i migranti merita di essere illustrato. È l’ostentazione demagogica della disumanità, diretta evidentemente ad acquisire il consenso degli elettori. Purtroppo, bisogna ammetterlo, tale è il risultato politico di queste misure. Si tratta però di un consenso avvelenato, che segnala un abbassamento del senso morale a livello di massa e il venir meno, nel senso comune, dei valori costituzionali dell’uguaglianza e della pari dignità delle persone sui quali si fonda la democrazia. Queste misure alimentano e legittimano il razzismo latente che tuttora inquina le nostre società. Quando la disumanità viene esibita a livello istituzionale, infatti, essa viene legittimata e diventa contagiosa. Non capiremmo, altrimenti, il consenso di massa di cui godettero il fascismo e il nazismo.

L'abbassamento del senso morale è d'altro canto aggravato dallo spettacolo della disuguaglianza di fronte alla legge penale proveniente da quello che chiamerò *garantismo della disuguaglianza e del privilegio*. Ricorderò, tra le tante, una sola norma di questo garantismo della disuguaglianza: la legge di conversione n. 199 del 30.12.2022 con cui l'attuale governo ha inaugurato la sua politica penale. Questa legge contiene da un lato l'aumento da 26 a 30 anni della pena espiata dagli ergastolani prima che si possa concedere loro la liberazione condizionale e la pena da 3 a 6 anni per le occupazioni "di terreni o edifici altrui al fine di realizzare un raduno musicale" e, dall'altro, un regalo ai soli corrotti – i condannati per peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione – consistente nella soppressione, per costoro, del regime del carcere ostativo previsto dall'art. 4-*bis*, che era stato ad essi esteso dalla legge n. 3 del 9.1.2019. Direi, più in generale, che tutte le riforme della giustizia proposte da questo governo, dalla limitazione delle intercettazioni all'abolizione del reato di abuso d'ufficio fino all'ultimo decreto in tema di sicurezza, sono dirette a favorire la criminalità dei potenti e ad aggravare le pene per la criminalità di sussistenza e per il dissenso politico.

Franco Bricola – ne sono sicuro – avrebbe considerato un'offesa alla ragione chiamare "garantismo" questo garantismo della disuguaglianza e del privilegio, che mentre persegue l'impunità dei potenti, ignora il carcere duro che affligge migliaia di detenuti, la detenzione illegittima dei migranti, le misure di prevenzione contro tossicodipendenti, prostitute, immigrati, mendicanti e le tante norme penali contro quanti esercitano i loro diritti fondamentali di riunione e di manifestazione del dissenso.



## **I grandi orizzonti penalistici**



LUCIANO EUSEBI

PROSPETTIVE DI UN SISTEMA SANZIONATORIO RIPARATIVO <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Giustizia riparativa e teoria della pena. – 2. Modello progettuale *vs* modello ritorsivo. – 3. Sul collasso del sistema carcerocentrico. – 4. Riformulare la nozione di giustizia, oltre i confini del sistema penale. – 5. Appunti per un'inversione di tendenza. – 6. Tracce di riforma del sistema sanzionatorio penale.

1. *Giustizia riparativa e teoria della pena*

Ha senso riflettere su un possibile rilievo sistematico della giustizia riparativa con riguardo all'apparato sanzionatorio penale se, in proposito, non ci riferisce soltanto ai *programmi di giustizia riparativa* introdotti dal d.lgs. n. 150/2022.

Il rischio, diversamente, è che l'implementazione di quei programmi (ne sono, beninteso, fautore) venga utilizzata come alibi per mettere la pietra tombale su qualsiasi prospettiva di riforma delle pene definite *principali* dall'art. 17 c.p.; o anche per lasciar cadere quanto sin qui s'è acquisito facendo leva sul fine rieducativo onde rendere modulabile l'esecuzione delle pene rispetto alla loro determinazione *ex art. 133 c.p.*: come avverrebbe nel caso in cui si sostituisse il rilievo, nel sistema penale, del concetto di rieducazione con quello dell'esito positivo di un programma di giustizia riparativa (sulla base all'assunto per cui potrebbe darsi rieducazione esclusivamente a seguito dello svolgimento e del successo di un simile programma).

In effetti, la nozione di giustizia riparativa si manifesta capace di favorire l'evolversi del sistema sanzionatorio penale ove comporti un approccio nuovo alla configurazione della pena *in quanto tale*, e non ove si limiti a introdurre un fattore ulteriore – sebbene espressivo di una modalità diversa e da incentivarsi del *fare giustizia*, come accade con i programmi suddetti – tra quelli valutabili ai fini delle scelte circa l'entità e le modalità esecutive della pena così come tradizionalmente concepita.

<sup>(\*)</sup> Testo riveduto della relazione svolta il 20 settembre 2024 al convegno *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive* tenutosi presso l'Università di Trento e destinato al volume dei relativi *Atti*.

## 2. Modello progettuale vs modello ritorsivo

In tale contesto, possiamo riassumere nel concetto di giustizia riparativa qualsiasi forma d'intervento che assuma contenuti di ricomposizione rispetto a fratture prodottesi nei rapporti interpersonali o sociali: contenuti, quindi, non aventi carattere ritorsivo rispetto ai fatti che le abbiano originati.

A monte di simile impostazione vi è la consapevolezza per cui i fatti umani, e pertanto anche quelli di portata negativa, sono irrevocabili, non esistendo alcuno strumento che, in modo materiale o metaforico, sia in grado di controbilanciarli, rendendoli come non avvenuti (le pene del resto, per quanto usualmente applicate secondo intenti di deterrenza e neutralizzazione, non hanno mai rinunciato a proporsi verso l'immaginario collettivo quali *giuste* modalità soddisfattive del *vulnus* insito nel reato).

Una frattura, dunque, non può essere revocata, bensì soltanto *superata*: promuovendo l'attivarsi, da parte di chi ne sia stato artefice, in senso opposto rispetto alla condotta illecita pregressa. Sia attraverso il riconoscimento del suo disvalore relazionale e la disponibilità ad agire per il futuro nella legalità, sia attraverso l'assunzione di impegni in favore del bene giuridico offeso. Caratteristiche le quali identificano quella portata *restaurativa* o *ricostruttiva* che dovrebbe essere propria della giustizia, come si evince dalla locuzione *restorative justice*.

Tutto questo vale per qualsiasi forma di risposta al reato che si configuri quale percorso o accadimento riparativo – sul piano materiale o su quello personale – in rapporto ai beni offesi o alla frattura di legami intersoggettivi.

Ma vale altresì per il tempo che precede l'eventuale commissione di un fatto criminoso e, in genere, di qualsiasi fatto illecito: è dunque giustizia riparativa anche l'adoperarsi onde depotenziare i fattori economici e sociali, nonché i contrasti tra le persone, suscettibili dar luogo a comportamenti antiggiuridici.

C'è dunque da *sanare* pure, e in larga misura, anteriormente al verificarsi dei reati. Superando, in tal modo, il classico disinteresse per la prevenzione *primaria*, la quale può incidere su illegalità ed egoismi diffusi con efficacia maggiore della stessa prospettiva incerta di una pena applicabile, nel futuro, ove ne derivino condotte criminose. Si tratta di un ambito cardine della prevenzione, eluso e, per così dire, fagocitato nel nome dell'idea secondo cui *fare giustizia* sarebbe (null'altro che) applicare contrappassi.

Con riguardo, invece, al reato ormai commesso, la giustizia riparativa slega la pena dal paradigma commutativo, cioè dal suo essere intesa come applicazione deliberata di un danno per il suo destinatario: danno mirante a riprodurre nella sua entità, in termini analogici, il disvalore ravvisato nel fatto colpevole (senza che ciò sia smentito, ai nostri fini, dai margini in cui quell'entità può essere modulata *ex art. 133, co. 2, c.p.*: norma, peraltro, volta soprattutto a consentire, nell'impianto

originario del codice Rocco, esiti *in malam partem* rispondenti a prospettive di colpa d'autore, oggi da ritenersi incostituzionali).

Non si tratta, dunque, dell'ovvio costituire ogni sanzione qualcosa d'impegnativo per il soggetto cui viene applicata, bensì del fatto che la pena rispondente a criteri di ritorsione estromette il condannato dall'orizzonte degli effetti positivi che ritiene di poter conseguire: di modo che essa, in tale contesto, resta pensata nel solo interesse della società, rendendo la stessa finalizzazione rieducativa irrilevante quanto ai contenuti del punire, cioè privandola del ruolo strategico nella configurazione delle «pene» – e non soltanto nella fase esecutiva di pene retributive – che palesemente le assegna l'art. 27, co. 3, Cost.

Simile modello ritorsivo tiene bloccato il sistema sanzionatorio penale, risultando espressa la corrispettività, che gli è propria, fra reato e pena – una volta dismesso il taglione – attraverso la pena detentiva e, in modo marginale, attraverso quella pecuniaria, essendo entrambe dosabili aritmeticamente: l'una con riguardo alla sua durata temporale, l'altra con riguardo all'entità della somma in danaro da corrispondere.

Tanto che l'apertura a esiti della condanna penale di natura, invece, *programmatica* è stata ancor di recente respinta, in sede d'introduzione del d.lgs. n. 150/2022, pur nella forma compromissoria rappresentata dalla proposta applicabilità dell'affidamento in prova al servizio sociale come pena sostitutiva: nonostante l'enorme giovamento che una simile scelta avrebbe prevedibilmente comportato in termini di deflazione del successivo contenzioso giudiziario e nonostante il fenomeno che ne deriva costituito dalla produzione di un numero quasi incalcolabile di c.d. *liberi sospesi*.

Così che gli stessi provvedimenti a indirizzo rieducativo adottabili dopo la *commisurazione* della pena principale (di fatto introdotti, peraltro, onde far salvo un livello minimo di tenuta del sistema esecutivo penale, più che per un'effettiva sensibilità politica verso la finalità rieducativa) vengono sovente percepiti, nel sentire comune, come una rinuncia ad applicare la pena “giusta” ed efficace, piuttosto che come espressione di una motivata strategia preventiva.

Un sistema sanzionatorio che identifica la pena quale corrispettivo omogeneo – secondo una medesima moneta – di qualsiasi reato, differenziandola solo nel *quantum*, lascia avvertire la pena stessa, inoltre, come il mero prezzo dovuto ai pubblici poteri per il reato e quest'ultimo, a sua volta, come mera disubbidienza nei confronti dell'autorità: senza che dal contenuto della pena editale e, altresì, della pena applicata in sede giudiziaria possa evincersi, dunque, indizio alcuno circa le ragioni del divieto e, pertanto, circa le ragioni suscettibili di motivare i consociati al rispetto della norma penale per scelta personale e non per mere ragioni contingenti di timore rispetto all'applicabilità incerta della pena nel caso di trasgressione. Orientamento, questo, del tutto controproducente dal punto di vista dell'efficacia generalpreventiva.

### 3. *Sul collasso del sistema carcerocentrico*

Orbene, gli effetti di un sistema carcerocentrico delle pene principali non possono più essere tollerati.

La prima ragione, inevitabilmente, risulta costituita dal dato di fatto delle condizioni ordinariamente drammatiche che caratterizzano la vita penitenziaria: non soltanto, dunque, dal sovraffollamento. Con ciò dovendosi sfatare l'idea secondo cui basterebbe avere più posti-carcere per risolvere ogni problema.

Ne costituisce tragica controprova – che non può essere mero oggetto di una pur compunta lamentazione – il tasso intollerabile di suicidio tra i detenuti, che nel 2024 risulta essersi tradotto in novanta casi (con un numero complessivo di morti in carcere vicino alle duecentocinquanta unità): cui si aggiunge il numero enormemente maggiore dei tentati suicidi e degli atti di autolesionismo, nonché quello, altrettanto drammatico, dei molteplici suicidi riscontrati tra gli agenti della polizia penitenziaria. L'indifferenza rispetto a questa realtà verrebbe a costituire una gravissima responsabilità morale.

Va considerato, peraltro, come sussistano indizi gravi del fatto per cui questa situazione penitenziaria stia favorendo l'aggregarsi, nelle istituzioni detentive, di forme del potere criminoso che sono di ostacolo circa l'emergere stesso della disponibilità, da parte di singoli detenuti, a intraprendere seri percorsi risocializzativi. E, in questo senso, non può non preoccupare fortemente l'affermazione del procuratore nazionale antimafia, l'11 febbraio 2025 a Palermo, secondo cui nientemeno che «il sistema di alta sicurezza è assoggettato al dominio della criminalità». Secondo un'espressione in voga anni orsono, deve pertanto evitarsi che il carcere funga da *università del crimine*.

Si ha l'impressione, del resto, che quel tanto constatabile del reinserimento sociale di *ex* detenuti sia dovuto più all'impegno personale di una parte almeno degli addetti ai lavori nella fase esecutiva delle condanne detentive e all'apporto relevantissimo – la cui assenza condurrebbe il sistema penitenziario all'esplosione – offerto dal volontariato (in netto contrasto con l'immagine strumentale di una società civile univocamente forcaiola), che non a un orientamento di sistema degli apparati penali verso il *recupero* dei condannati: tanto più alla luce del profluvio recente e *in itinere* della c.d. legislazione securitaria.

Il fatto è, inoltre, che l'applicabilità di misure alternative successivamente a un'avvenuta reclusione e gli strumenti volti a evitare l'ingresso in carcere pur dopo la fissazione di un'entità medio-lieve della pena principale detentiva (o anche in vista di un tale possibile esito, come accade con la messa alla prova) non hanno assolto al compito di ridurre la popolazione penitenziaria, che – sebbene il numero dei provvedimenti in esecuzione extradetentiva superi ormai di moltissimo il numero dei reclusi – rimane in crescita.

Si assiste, dunque, all'incremento dei sottoposti a provvedimenti penali fuori dal carcere e, nel contempo, all'aumento del numero di coloro che si trovano in carcere (anche per reati nient'affatto rientranti fra i più gravi): nonostante il riscontro, negli ultimi anni, di una costante diminuzione dei tassi complessivi della criminalità.

Un dato, questo, che ribadisce l'esigenza di agire finalmente sulla tipologia delle pene inflitte, e non soltanto sulla disciplina della loro esecuzione (o di quella relativa agli strumenti di estinzione del reato). Ma che richiede altresì di sollevare in modo serio, nonostante i richiami in sede accademica al principio di *extrema ratio*, l'interrogativo circa i limiti di utilizzabilità del diritto penale. Anche al fine di superare lo *status quo* secondo cui, in molti casi, solo l'incriminazione penale riflette un intento realistico, coinvolgendo la magistratura, del contrasto di determinate attività offensive e secondo cui, del pari, condotte non punibili vengono ritenute automaticamente esenti da una riprovazione etico-sociale.

Risulta, comunque, da molti decenni indiscusso che il ricorso *generalizzato* alla detenzione non costituisce affatto lo strumento elettivo onde evitare le recidive e favorire percorsi di ritorno alla legalità: come si evince dai tassi di recidiva, intorno al settanta per cento, relativi alla detenzione scontata in assenza di misure che progressivamente ne allentino il contenuto e dall'importanza che assume, piuttosto, l'assicurare al condannato (ma le cose, salvo eloquenti eccezioni, stanno ben diversamente) l'opportunità di acquisire abilità professionali qualificate, il che comporta un quasi totale abbattimento di quei tassi.

Da tutto questo può desumersi, in sintesi, l'urgenza che dalla comunità penalistica in tutte le sue articolazioni provenga un messaggio quanto più possibile concorde – dinnanzi al *collasso* in cui si trova l'istituzione carceraria – circa l'esigenza, oggi ancor più di ieri, della riforma relativa alla gamma delle pene editali. Pur nella lucida consapevolezza di poter non essere oggi ascoltati: talora infatti, per una ragione morale, bisogna saper essere *vox clamantis in deserto*. L'esistente ormai, come si diceva, non è più accettabile.

#### 4. *Riformulare la nozione di giustizia, oltre i confini del sistema penale*

Il problema sul tappeto, tuttavia, è più complessivo di quanto concerne il (solo) diritto penale: in quanto l'idea della giustizia intesa come corrispettività, conforme all'immagine della bilancia, rischia di condurre l'intera umanità nel baratro. Una digressione, pertanto, si rende necessaria.

La logica di tale modello, infatti, è quella che fonda i rapporti in ambito umano su giudizi di positività o negatività nei confronti dell'*altro* (agli antipodi della prospettiva espressa dall'art. 3, co. 1, Cost.): giudizi cui si ritiene di far corrispondere condotte speculari.

Per cui se l'*altro* è percepito come un ostacolo rispetto agli interessi, alle aspettative di ordine o alle visioni del giudicante oppure del gruppo o dello Stato cui egli appartiene, e se, in tal senso, egli viene considerato portatore di un (ritenuto) male per chi si rapporta con lui, sarà giocoforza agire contro di lui per debellarlo, vincerlo, sottometterlo, emarginarlo, distruggerlo: fino agli estremi di Auschwitz, dei gulag, dei genocidi e delle vicende belliche attuali.

Tuttavia, l'umanità possiede, da circa ottant'anni, gli strumenti della distruzione totale: così che il mancato abbandono della logica summenzionata può costituire la fine per tutti. Non dimenticando che, nel corso della storia, le giustificazioni della c.d. guerra *giusta* sono state le medesime di quelle utilizzate in rapporto alla c.d. pena *giusta*.

Occorre, allora, un mutamento di paradigma: fare giustizia non è rispondere col male a giudizi (sempre possibili) di male, bensì agire per *rendere giuste* o *tor-nare a rendere giuste*, con riguardo a tutti i soggetti coinvolti, relazioni personali o sociali (il reato stesso costituisce una frattura relazionale) che non lo siano state.

##### 5. Appunti per un'inversione di tendenza

Come già in parte s'è detto, un'evoluzione coerente in senso riparativo del sistema penale appare presupporre una serie di assunti teorici. Senza con ciò escludere, peraltro, che taluni almeno fra i passaggi innovativi ipotizzabili possano essere accolti in sede politica – ove si fosse disposti a superare certi irrigidimenti, motivati da finalità di ricerca demagogica del consenso – per ragioni di sostenibilità pratica dell'impianto sanzionatorio e processuale, nonché per evitare ulteriori (e costose) condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo: secondo quanto, in effetti, è accaduto per il passato.

Tra quegli assunti, appare importante individuare alcuni temi di fondo.

Va anzitutto posto in rilievo come la prevenzione, generale e speciale, che abbia ambizione di risultare stabile nel tempo in quanto slegata da meri fattori coattivi contingenti – sempre in predicato di soccombere dinnanzi a opportunità criminose percorribili con significative prospettive di impunità oppure dinnanzi a fattori psico-emozionali o ideologico-culturali – è solo quella che si fonda sulla *motivazione*: cioè sulla considerazione del destinatario di norme e provvedimenti penali come un interlocutore libero, cui si prospettano argomenti e percorsi che possano costituire il *background* per scelte personali di adesione alla legalità, nelle forme democraticamente sancite conformi alla Costituzione.

In tal senso, la prevenzione è una continua partita che si gioca tra le ragioni dell'ordinamento giuridico proposte all'insieme dei consociati, come pure a ciascun destinatario di un provvedimento penale, e l'autonomia dei medesimi, onde

guadagnarne il consenso. Così che, ad esempio, la tutela di beni giuridici attraverso modalità sanzionatorie le quali di fatto contraddicano i diritti umani intangibili (come osservava Cesare Beccaria con riguardo alla pena di morte) finisce per destabilizzare, nel sentire comune, l'intangibilità di quei beni e per indurre, nei condannati, risentimento e desiderio di rivalsa.

Tutto questo, dunque, risulta pertinente anche con riguardo alla prevenzione speciale. Del resto, le politiche fondate sulla neutralizzazione, se possono certamente inibire le recidive dei singoli destinatari (paradigmatico il caso della pena di morte), non hanno mai dimostrato alcuna incidenza significativa sui tassi di criminalità: posto che, in assenza di altri tipi d'intervento, le compagini criminali si ricostituiscono attraverso nuovi adepti. Laddove, invece, un autore di reato il quale assuma una presa di distanze critica dalla pregressa esperienza criminosa, anche attraverso impegni riparativi, e avvii (talora non senza rischi) una nuova fase della vita conforme a legalità contribuisce a chiudere, sul territorio, posti di lavoro criminale, incrinando l'attrattiva degli stili comportamentali antigiuridici e rafforzando l'autorevolezza delle norme stesse in precedenza violate. Ma altresì rivelando percorribile la strada del rientro nella legalità ad altri membri di un'eventuale organizzazione criminosa, cioè contribuendo a minare (ben diversamente da chi ne resti membro pur scontando la pena) la solidità dei vincoli tra i suoi appartenenti.

Il che significa riconoscere come la prevenzione speciale (positiva) produca, in realtà, prevenzione generale, vale a dire come si tratti di rivalutare l'idea rieducativa di cui all'art. 27, co. 3, Cost. entro l'ambito di una visione *unitaria* di prevenzione generale e speciale, che superi la tradizionale separazione fra di esse nel quadro di quella che potrebbe definirsi una *prevenzione generale reintegratrice*<sup>1</sup>.

Ne deriva l'esigenza di reinterpretare la struttura di fondo della pena principale secondo un modello programmatico, piuttosto che corrispettivo, che inglobi lo stesso condannato tra i destinatari delle finalità positive che essa persegue, nel solco dell'art. 27, co. 3, predetto.

Come se a suo tempo Antolisei, invece di scrivere «il termine pena è sinonimo di castigo, indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha violato un comando»<sup>2</sup>, avesse scritto qualcosa del tipo: «la pena rappresenta il percorso che l'ordinamento giuridico, nel quadro di una prevenzione generale reintegratrice, ritiene adeguata ai fini di una credibile responsabilizzazione del soggetto ritenuto colpevole di un reato, percorso ricomprendente impegni riparativi e supporto, in quanto necessario, per la sua riabilitazione alla vita sociale».

<sup>1</sup> Si consenta il rinvio, sul tema, a L. EUSEBI, *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, in questa *Rivista*, 2023, 139 ss.

<sup>2</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, sedicesima edizione aggiornata e integrata da Luigi Conti, Giuffrè, Milano, 2003, 675.

Se così fosse, del resto, muterebbe anche il senso del ricorso alla pena detentiva, nei casi in cui la si considerasse irrinunciabile: una volta, infatti, che fossero previste pene principali prescrittive e, pertanto, non si reputasse più coesistente al diritto penale la logica della corrispettività tra reato e pena (*negativo per negativo, tanto quanto*), l'infissione stessa di una pena detentiva non potrebbe più essere intesa come condanna *giusta* in sé, bensì dovrebbe considerarsi pur sempre quale strumento contingentemente necessario onde dar luogo a un percorso progettuale orientato in senso rieducativo.

In contrario, non si potrà utilizzare l'argomento garantistico. Certamente, infatti, anche nell'ambito di pene aventi natura progettuale la tipologia delle prescrizioni andrebbe definita, sul piano legislativo, secondo limiti massimi della loro entità e della loro estensione temporale. E lo stesso giudice chiamato a concretizzare simili contenuti in rapporto alle caratteristiche del reato e alla condizione personale dell'autore sarebbe tenuto a non superare il massimo rappresentato dalle caratteristiche del programma prescrittivo riferibile agli elementi che siamo soliti identificare come caratterizzanti la colpevolezza del fatto.

Non si vede, del resto, perché tali massimi dovrebbero essere ritenuti affidabili se costruiti in base a ineffabili criteri di corrispondenza retributiva tra reato e pena, ma non se identificati, in modo ben più controllabile e razionale, come espressione di quanto si ritenga sufficiente, per date tipologie del reato e dati elementi della colpevolezza, a perseguire il suddetto intento di prevenzione generale reintegratrice, minimizzando il rischio stesso di recidiva.

Tenuto conto della circostanza per cui la garanzia effettiva dell'agente di reato rispetto alla potestà punitiva statale non sta nell'individuare limiti retributivi estrinseci rispetto a intenti di prevenzione pensati secondo la logica dell'intimidire e del neutralizzare, posto che proprio la visione retributiva della giustizia implica un tale modello della prevenzione: la minaccia e la messa in opera di un male ritorsivo, infatti, possono agire soltanto in termini di deterrenza e incapacitazione. Piuttosto, quella garanzia dipende dall'opzione a monte per un modello preventivo il quale, come s'è detto, miri alla reintegrazione sociale del condannato.

Si tratta, dunque, di non utilizzare l'argomento relativo alla salvaguardia delle garanzie in termini tali da ostacolare la discussione sulla realtà – nel nostro caso le modalità del punire – cui esse dovrebbero applicarsi: non dimenticando che si può infliggere in maniera del tutto garantistica anche la pena di morte.

Ciò nella consapevolezza della circostanza per cui le garanzie – beninteso indispensabili rispetto a provvedimenti che impongono obblighi e divieti – finiscono per assolvere contemporaneamente a una funzione di limite e di legittimazione indiretta dell'esercizio del potere che intendono governare.

Per cui talune critiche, sovente aprioristiche e ingenerose, nei confronti delle diverse forme in cui può manifestarsi la giustizia riparativa lasciano l'impressione

di una ben scarsa consapevolezza di quale sia, oggi, il livello del degrado inerente alla salvaguardia dei diritti umani nell'ambito penitenziario.

#### 6. *Tracce di riforma del sistema sanzionatorio penale*

Quanto sin qui s'è detto può tradursi in alcune ipotesi propositive, per punti, circa quella riforma del sistema sanzionatorio penale che deve rimanere pervicacemente negli intenti della dottrina penalistica.

Il primo nodo, tuttavia, costituisce una premessa da anteporre alle stesse proposte suddette, data l'urgenza che la motiva.

È dunque indispensabile che nella situazione attuale si cerchi, anzitutto, di assicurare il rispetto, prima ancora che dell'art. 27, co. 3, Cost. nella sua seconda parte, della prima parte di tale norma, secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», e con essa dell'art. 3 CEDU, secondo cui nessuno può essere sottoposto, oltre che alla tortura, «a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Ma poiché – onde far sì che questo avvenga già con riguardo alla situazione penitenziaria attuale e, pertanto, senza dilazioni temporali ormai intollerabili – appare necessario riportare la popolazione detenuta entro i limiti dei posti-carcere disponibili, si tratta di pensare urgentemente a un provvedimento normativo specifico. Il quale, sussistendo attualmente circa sedicimila detenuti con pena detentiva residua inferiore a due anni e altri settemila con pena residua inferiore a tre anni (per reati nella netta maggioranza non riconducibili alle casistiche di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.), potrebbe per esempio consistere in una forma di liberazione condizionale speciale, tale da non richiedere il complesso *iter* parlamentare oggi necessario onde introdurre provvedimenti di amnistia o indulto.

Ciò precisato, sarebbe importante, onde pervenire a una riorganizzazione complessiva delle sanzioni penali, sistematizzare l'apparato degli illeciti e delle sanzioni amministrative, nonché delle procedure connesse, data l'estrema frammentazione delle casistiche in materia.

Non poca parte, infatti, degli illeciti che restano di competenza penale potrebbero essere gestiti sul piano amministrativo se le procedure a ciò deputate fossero omogenee, riconoscibili da parte della cittadinanza e tali da consentire, con le debite garanzie, un intervento tempestivo e credibile circa le trasgressioni cui siano riferite.

Ai fini, invece, di una riforma del sistema delle pene principali, appare ragionevole contemplare tre livelli, nel cui ambito sia attribuita centralità, piuttosto che alla condanna detentiva, a una risposta, nei confronti del reato, che assuma carattere *programmatico-prescrittivo*:

*i)* Un livello base – di rilievo ordinario – costituito da una pena principale unitaria di natura prescrittiva. Non appare infatti opportuno, anche per ragioni di nitidezza sul piano teorico, moltiplicare le tipologie sanzionatorie non detentive, come era nel progetto – cui pure chi scrive aveva contribuito – della commissione di riforma Pisapia: posto che entro il quadro delle prescrizioni potrebbero essere di volta in volta ricompresi, anche secondo una modulazione giudiziaria dei diversi strumenti nel caso concreto, sia programmi di affidamento riabilitativo, sia prestazioni *lato sensu* riparative o di pubblica utilità, sia limitazioni o divieti (come interdizioni oppure obblighi di permanenza domiciliare). In ogni caso, andrebbe previsto il supporto, nella fase esecutiva di tale modalità sanzionatoria, da parte dell'Ufficio per l'esecuzione penale esterna e andrebbe garantito che l'accesso alla medesima non resti precluso – come oggi accade sovente per il complesso dei c.d. benefici penitenziari – ai condannati i quali non dispongano di un proprio domicilio o, comunque, di un contesto ambientale che li sostenga in modo conforme alla legalità. Andrebbe valutata, inoltre, la collocazione più opportuna di eventuali sanzioni meramente pecuniarie: se solo nell'ambito amministrativo, oppure, sulla base dell'esperienza positiva di molti paesi europei in forza del modello per tassi, quale forma a sua volta autonoma di pena o, pur sempre, come modalità della pena prescrittiva;

*ii)* Un secondo livello in cui si affidi al giudice, come avviene ampiamente in Germania, la scelta legislativamente governata tra il ricorso alla pena prescrittiva o a quella detentiva: con verifiche predefinite, nel secondo caso, circa la possibilità in corso di esecuzione del passaggio alla modalità sanzionatoria prescrittiva (e salvo sempre l'accesso alle misure alternative);

*iii)* Un terzo settore, infine, rappresentato dalla pena di natura detentiva, concernente tipologie di reato e, nell'ambito di queste ultime, caratteristiche soggettive rispetto alle quali si ritenga che il progetto reintegrativo penale non possa prescindere, per essere credibile, dalla privazione temporalmente definita della libertà personale (con riguardo, essenzialmente, a contesti di sottomissione altrimenti insuperabile dell'agente di reato nei confronti di organizzazioni criminali pericolose o al pericolo concreto della reiterazione, altrimenti, di reati gravi): anche in questo settore prevedendo verifiche predefinite in corso di esecuzione circa l'esigenza di mantenere lo stato detentivo, in rapporto all'evolversi del percorso rivolto, secondo la terminologia costituzionale, alla rieducazione del condannato.

Rimarrebbero in ogni caso da prevedere, per i primi due settori, le conseguenze in tema di ridefinizione del percorso sanzionatorio connesse a trasgressioni gravi degli impegni prescrittivi: le quali, secondo l'esperienza maturata circa misure programmatiche già in uso (messa alla prova, affidamento in prova, lavoro di pubblica utilità, e non solo), sembrano prevedibili, tuttavia, in termini alquanto contenuti.

Un quadro, quello tratteggiato, rispetto al quale sembra realistico ritenere che la popolazione penitenziaria possa non superare le quindici/ventimila unità circa, con evidenti effetti quanto alla serietà dell'impegno rieducativo attivabile in carcere.

Tale quadro implica peraltro che si compiano alcuni passaggi ulteriori.

In primo luogo, che si superi rispetto alla determinazione della pena il ruolo meramente ragionieristico-routinario finora svolto dal giudice, dato che un orientamento programmatico-progettuale della risposta al reato esige la rivalutazione dei giudizi prognostici relativi all'autore del medesimo: giudizi, finora, resi inutili poiché assorbiti nell'ambito del rapporto di formale corrispettività fra reato e pena.

Non si tratterà, pertanto, di fissare la pena che si supponga compensativa rispetto al reato, né di riguardare il condannato dal punto di vista della sua supposta pericolosità (al modo di quanto avviene per le misure di sicurezza), bensì di definire, già a livello legislativo e poi sul piano giudiziario, le caratteristiche di un percorso ritenuto adeguato/sufficiente rispetto alla finalità costituzionale di prevenzione reintegratrice.

Ma si tratterà anche, in tale quadro, di trasferire risorse dalla (costosissima) esecuzione penale penitenziaria al sistema della esecuzione penale non detentiva.

Emerge, inoltre, la necessità di un mutamento della prospettiva con cui si è soliti riguardare il rapporto tra processo e pena, prospettiva la quale, di fatto, vede il processo come strumento per così dire *ancillare* alla condanna, cioè inteso soltanto a verificare il sussistere di certi presupposti onde poter addivenire alla condanna stessa, ravvisandosi in essa il fulcro dell'intervento penale: col rischio che, per tale via, si tenda a fare di tutto pur di (simbolicamente) condannare. Andrebbero dunque rovesciati i termini: è la condanna che dovrebbe risultare *ancillare*, cioè consequenziale nelle forme che assume, rispetto al fulcro costituito da quel tanto di verità che il processo, laicamente, può fare sulla realtà storica del reato e sulla condizione personale del suo autore.

Andrebbe poi valorizzata ed estesa l'apertura, sebbene minimale, alla *bifasicità* del processo introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 con riguardo all'applicazione delle pene sostitutive diverse da quella pecuniaria. Per tale via, infatti, viene a configurarsi un inedito profilo di dialogo tra autore di reato e ordinamento giuridico già nella fase del processo, specie in considerazione della possibilità attribuita alla difesa di formulare osservazioni e proposte sul percorso sanzionatorio: il che è in grado di assumere notevole rilievo sia a fini rieducativi, sia a fini di contenimento dei carichi giudiziari.

Parallelamente alla auspicata riforma – nella loro gamma e nella loro *ratio* – delle pene principali andrà mantenuto aperto, peraltro, il rapporto tra sistema sanzionatorio penale e programmi di giustizia riparativa condotti attraverso forme dirette d'incontro tra la «persona indicata come autore dell'offesa» e la vittima del reato.

Se, infatti, il ristabilimento di relazioni personali precedentemente ferite dal reato non può costituire la finalità propria di provvedimenti penali, poiché non coinvolge la sola volontà dell'autore e si sostanzia in atti i quali si radicano nella sfera più intima dei soggetti interessati, né potrebbe avere per costo il venir meno dei diritti difensivi dell'imputato in sede processuale, resta il fatto che la riconciliazione tra chi più direttamente ha prodotto e chi più direttamente ha subito la frattura insita nel reato rappresenta la forma più *umana*, più matura e meglio rispondente all'autonomia individuale di superamento delle capacità di prevaricazione che constatiamo nei rapporti intersoggettivi: con un impatto special- e generalpreventivo evidente<sup>3</sup>.

Per cui resta importante che il diritto penale favorisca la possibilità del conseguimento di un simile risultato nella sede extraprocessuale propria dei suddetti programmi – necessaria onde garantire la riservatezza del dialogo tra le parti – e ne possa tener conto: così da realizzare un raccordo per molti versi inedito tra diritto e società nella gestione dei fatti di reato, secondo caratteristiche del tutto diverse da quelle espresse, a suo tempo, in favore del recepimento in sede penale di istanze sociali, vere o presunte, aventi carattere neoretributivo.

Sebbene, invero, già il diritto penale conosca delle aperture al rilievo favorevole di fatti successivi al compimento del reato maturati al di fuori di una normazione giuridica, come di evince dall'art. 133, co. 2, n. 3 c.p. e, almeno per alcuni profili, dall'art. 62, n. 6, c.p.

Dovendosi riflettere, semmai, circa la possibilità che un programma di giustizia riparativa concluso in modo positivo – secondo un *iter*, come si sa, rigidamente normato anche in rapporto alla competenza dei mediatori – possa condurre in certi casi alla stessa estinzione del reato (oltre, dunque, l'ambito in cui determini la non presentazione o la remissione della querela relativamente ai reati che la richiedano o contribuisca all'effetto estintivo quale elemento del percorso di una messa alla prova). E, altresì, dovendosi valutare la possibilità di riconoscere l'esito positivo del programma anche nel caso in cui la persona alla quale il reato è attribuito abbia fatto tutto quanto in suo potere per addivenire a simile esito, ma abbia trovato una totale indisponibilità nell'altra parte.

Si noti, infine, come l'orientamento riparativo, e tanto più la praticabilità dei programmi di giustizia riparativa, comporti una profonda rivisitazione dell'approccio penale alla vittima del reato: che, in tal modo, viene affrancata dal *vicolo cieco* per cui nell'ambito del sistema punitivo classico è costretta a richiedere, on-

<sup>3</sup> Cfr. in proposito R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *sistemapenale.it*, 28 luglio 2023 (1-21).

de far valere l'ingiustizia di quanto subito e rimarcare l'inaccettabilità, il danno – il massimo danno – da applicarsi al condannato.

Laddove, invece, la giustizia riparativa cerca di dare risposta al bisogno della persona offesa, e della stessa comunità civile, di constatare un'attivazione concreta, da parte di chi abbia commesso un reato, in senso antitetico al disvalore posto in essere e di vedere auspicabilmente riconosciuto, ad opera del medesimo, tale disvalore. Evitando che la risposta al reato assuma un carattere ritorsivo-simbolico, il quale nulla offre di effettivo alla vittima e la svaluta, piuttosto, a fautrice di conseguenze meramente negative verso un altro individuo.

Conclusivamente, è opportuno, peraltro, tornare a rimarcare che una riforma organica di orientamento riparativo circa il contrasto delle condotte criminose non può prescindere, oggi, da una visione estesa di politica criminale: da intendersi non soltanto nel senso classico di una gestione in tal senso degli strumenti penali (per esempio attraverso norme premiali, cause di non punibilità *et similia*), ma altresì, secondo quanto già in precedenza evidenziato, come prevenzione primaria di carattere interdisciplinare.



ALBERTO GARGANI

LA RECIDIVA NELL'INDAGINE DI GIACOMO MATTEOTTI,  
TRA PASSATO E PRESENTE <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le due spiegazioni del significato della ricaduta nel reato. – 3. L'acceso dibattito tra fine Ottocento e inizio Novecento. – 4. L'elaborazione di G. Matteotti in materia di recidiva. – 4.1. "I dati della recidiva". – 4.2. "Le teoriche della recidiva". – 4.3. "I mezzi penali contro la recidiva". – 4.4. Considerazioni di sintesi. – 5. Dal codice Rocco alla "ex-Cirielli". – 6. Sviluppi successivi e prospettive. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L'art. 99 comma 1 c.p. definisce "recidivo" il soggetto che, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo con sentenza definitiva e irrevocabile, ne commetta un altro.

In conseguenza della ricaduta nel reato, il reo può essere sottoposto ad un aumento di pena<sup>1</sup>, suscettibile di assumere una diversa misura, in dipendenza di taluni indici di gravità ovvero delle forme di recidiva previste dal legislatore: semplice, aggravata (specifica oppure infra-quinquennale) e reiterata.

La recidiva comporta ulteriori conseguenze sfavorevoli in tema di sospensione condizionale della pena, di liberazione condizionale, di amnistia e indulto, di prescrizione del reato e della pena; nonché restrizioni per quel che riguarda il giudizio di bilanciamento delle circostanze ed effetti peggiorativi in ordine alle modalità di esecuzione della pena.

La recidiva è generica – in quanto inerente a qualunque delitto non colposo – e perpetua, giacché la condanna subita mantiene rilevanza in rapporto alla successiva dichiarazione di recidiva senza limiti temporali<sup>2</sup>.

<sup>(\*)</sup> È il testo della relazione, corredato di note, svolta il 4 giugno 2024 nel Dipartimento di Giurisprudenza, Sede di Rovigo, dell'Università di Ferrara, nell'ambito della "Macrocrimes Spring School 2024" su "Giustizia e società contemporanea. Sulle orme di Giacomo Matteotti penalista" e destinata alla pubblicazione nel volume degli atti di tale iniziativa, curato dai proff. Donato Castronuovo e Daniele Negri; si ringraziano i curatori per aver autorizzato la pubblicazione del contributo su questa *Rivista*.

<sup>1</sup> A seguito dell'intervento della C. cost. (sent. n. 185/2015), l'aumento di pena è in ogni caso facoltativo.

<sup>2</sup> Nella prassi applicativa la categoria dei recidivi comprende, perlopiù, condannati per delitti

Si tratta di una circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, di non agevole inquadramento scientifico e dogmatico, sulla cui natura giuridica e sul cui fondamento si registrano risalenti ed accese controversie.

Ci si chiede, infatti, per quale ragione il responsabile di un delitto non colposo debba subire un aggravamento della pena in conseguenza di una precedente condanna, che a sua volta aveva comportato l'inflizione di una pena per delitto non colposo<sup>3</sup>.

La "ratio" della recidiva nell'ordinamento penale costituisce, in effetti, un tema al centro di un dibattito plurisecolare, che attraversa la storia del diritto penale e della criminologia<sup>4</sup>.

## 2. Le due spiegazioni del significato della ricaduta nel reato

Intorno al fondamento giustificativo dell'aumento di pena in caso di ricaduta nel reato si rilevano vivaci contrasti e dispute tra scuole del diritto penale, nonché plurimi e discordanti orientamenti della dottrina penalistica. Al di là del diverso assetto costituzionale e del differente contesto ordinamentale, schematizzando è possibile individuare due modalità di inquadramento del fondamento dell'istituto.

Ad assumere rilievo è, in primo luogo, la visione *diagnostico-retributiva* della ricaduta nel reato, influenzata dalla Scuola Classica del diritto penale e, prima ancora, dalle impostazioni abolizionistiche dei c.d. Preclassici (ad es., Pagano).

Nella prospettiva illuministico-liberale risultava, in effetti, difficile giustificare la previsione di un istituto squisitamente soggettivo, destinato ad incrinare la visione oggettivistica dell'illecito e, al contempo, a mettere in discussione il necessario nesso di proporzionalità tra gravità del reato e pena da applicare, quale retribuzione per il singolo fatto illecito.

Pur escludendosi che le condanne per precedenti reati potessero incrementare il livello di gravità del reato successivamente commesso, non si poteva fare a meno di riconoscere l'inadeguatezza della sanzione inflitta per il primo reato.

Si tratta di un orientamento ispirato alla retribuzione, che trova riscontro nei codici preunitari e, soprattutto, nella disciplina del codice Zanardelli, nel cui Li-

contro il patrimonio o in materia di sostanze stupefacenti.

<sup>3</sup> Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2022, II ed., 575.

<sup>4</sup> *Ex multis*, v. E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, *passim*; R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 14 ss.; ID., *La recidiva*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, 2014, 887; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, *passim*; F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive di indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020, *passim*.

bro I, Titolo VIII (*Della recidiva*), agli artt. 80 e ss., ci si limita a prevedere l'aumento obbligatorio della pena in caso di recidiva specifica (condanna per un reato della stessa indole di quello per il quale si era stati già condannati) e che il recidivo generico non possa essere punito col minimo della pena comminata per il nuovo reato.

Gli sviluppi successivi dell'impostazione retributiva riflettono la tendenza a considerare la recidiva quale fattore di maggiore colpevolezza e rimproverabilità: la ricaduta nel reato quale indice di insensibilità alla precedente condanna e alla pena già sofferta.

Quella del recidivo è una colpevolezza di grado superiore che rimane, comunque, perimetrata e legata al fatto commesso e, in particolare, al canone di proporzione tra gravità del fatto e quantità della pena, che prescinde dalla rimproverabilità d'autore o per la condotta di vita.

A tale concezione si è opposta – e continua a opporsi – la linea di pensiero volta ad individuare la funzione e l'essenza della ricaduta nel reato nell'ambito della prevenzione speciale: in questa prospettiva, a giustificare l'aumento di pena sarebbe l'elevata capacità a delinquere dell'autore del reato.

È muovendo da tale presupposto che, negli ultimi decenni del secolo XIX, sotto l'influenza del positivismo criminologico, si afferma la visione *prognostico-preventiva* della recidiva, quale sintomo di maggiore pericolosità sociale dell'autore del reato, nel più ampio quadro di valorizzazione delle istanze di difesa sociale e dell'individualizzazione della risposta punitiva tramite l'ausilio delle scienze extragiuridiche (sociologia, antropologia, psicologia, psichiatria, statistica, ecc.).

Nell'ottica positivistica, l'attenzione si sposta dal fatto al reo e alla sua personalità: si ritiene necessario analizzare la natura e l'indole del singolo delinquente, al fine di individuarne e misurarne il livello di pericolosità sociale. In un simile contesto, la recidiva non assume, *a priori*, un significato univoco: essa può assumere il ruolo di indice della delinquenza abituale, dell'indole malvagia del reo o, al contrario, rivelare il carattere contingente ed occasionale della ricaduta nel reato. Si affida al giudice il compito di procedere ad un'indagine di fatto, finalizzata a decifrare l'accidentalità o meno del ritorno al delitto.

Gli sviluppi successivi dell'impostazione volta a considerare la recidiva quale sintomo di maggiore capacità a delinquere riflettono, complessivamente, concezioni soggettivistiche del reato, che privilegiano esigenze di difesa sociale e di prevenzione<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., 25.7.2023, n. 32318, in *Giur. it.*, 2024, 1158, con nota di F. ROCCHI, *La "recidiva del recidivo": verso un fondamento sempre più specialpreventivo*, *ivi*, 1159.

Simili tendenze si alimentano oggi dell'istanza predittiva e, cioè, della crescente esigenza securitaria di prevenire la commissione di reati, di predeterminare la capacità a delinquere del singolo e controllarne i comportamenti, mediante l'ausilio di saperi extra-penalistici e, *in primis*, delle neuroscienze e dell'intelligenza artificiale.

### 3. *L'acceso dibattito tra fine Ottocento e inizio Novecento*

La tensione dialettica tra diagnosi retributiva e prognosi preventiva si è evoluta nel corso del tempo, assumendo forme cangianti, ma mantenendo un'identità di base: le due diverse e fondamentali modalità di considerazione della ratio e delle funzioni della recidiva si fronteggiano ancora oggi, a conferma della difficoltà di individuare un univoco fondamento dell'istituto e delle persistenti divisioni ideologico-dogmatiche.

Il periodo storico nel quale il dibattito tra le Scuole penalistiche in tema di recidiva ha raggiunto una straordinaria intensità, se non, addirittura, un particolare livello di tensione, è quello a cavaliere tra Ottocento e Novecento, allorché la ricaduta nel reato assurge, in effetti, a questione cruciale e, al contempo, divisiva: basti pensare agli accesi contrasti tra post-classici e positivisti<sup>6</sup>.

Le divergenze in ordine alla definizione e alle modalità di disciplina dell'istituto si estendono, da un lato, al profilo dei c.d. delinquenti incorreggibili, irrecuperabili dal punto di vista sociale, dall'altro, alla teorizzazione di pene di natura indeterminata, finalizzate a contenerne la pericolosità: a divenire prioritaria è l'esigenza di "trovare pene che rendano assolutamente impossibile la recidiva, cioè a dire i mezzi che rendano il delinquente innocuo"<sup>7</sup>.

### 4. *L'elaborazione di G. Matteotti in materia di recidiva*

È questo il peculiare contesto storico-dottrinale nel quale si inserisce la produzione scientifica di G. Matteotti in materia di recidiva: un fenomeno, quest'ultimo, che, come osserva l'Autore, "dilaga invadente, e assorbe quasi in sé tutto il problema penale"<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> *Amplius*, v. P. PASSANITI, *Giacomo Matteotti e la recidiva. Una nuova idea di giustizia criminale*, Milano, 2022, 57 ss.

<sup>7</sup> R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, 54.

<sup>8</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, in G. MATTEOTTI, *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo II, Pisa, 2003, 401.

Sul versante del diritto penale sostanziale, è proprio dell'istituto in esame che trattano i due principali contributi di G. Matteotti: da un lato, la monografia del 1910 su *“La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici”*, Torino, 1910<sup>9</sup>; dall'altro, il saggio *“Il progetto Luzzatti per la riforma degli artt. 81-83 c.p.”*, pubblicato nel 1911 sulla *Rivista di diritto e procedura penale*<sup>10</sup>.

Rielaborazione della tesi di laurea su *“I principi generali della recidiva”*, discussa nel 1907 con il maestro Alessandro Stoppato, la monografia del 1910 rappresenta l'opera più nota e significativa di G. Matteotti<sup>11</sup>: un'indagine di ampio respiro e di indubbia complessità che, nonostante la diversità del contesto disciplinare e costituzionale, presenta, tuttora, profili di attualità e motivi di interesse.

L'Autore dimostra di possedere elevate capacità di impostazione multidisciplinare dell'analisi e di comparazione dei sistemi giuridici europei: il metodo di indagine, debitore del positivismo criminologico, viene temperato dal distacco dall'assunto deterministico nell'individuazione delle cause del reato, in ossequio all'inclinazione classica e liberale ereditata dal maestro<sup>12</sup>.

La monografia si articola in tre parti, precedute da un'introduzione: la prima parte ha ad oggetto *“I dati della recidiva”*; la seconda concerne *“Le teoriche della recidiva”*; la terza attiene a *“I mezzi penali contro la recidiva”*.

L'intenzione dell'Autore, esplicitata al termine delle pagine introduttive su *“La definizione della recidiva”*, è quella, anzitutto, di “conoscere il nemico, le forze, i fattori e i mezzi di cui dispone, con l'aiuto dei dati statistici”, per poi risalire da questi “alla interpretazione della natura del fenomeno, e del valore che esso deve assumere nei nostri ordinamenti” e, infine, stabilire “i mezzi più acconci a prevenire e combatterne l'esistenza, o almeno le sue manifestazioni dannose”<sup>13</sup>.

#### 4.1. *“I dati della recidiva”*

Nella prima parte dell'indagine vengono riportate ed analizzate le statistiche europee in tema di ricaduta nel reato: al centro dell'attenzione si pone, dunque, la “quantità delle manifestazioni criminose in recidiva in genere”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 395 ss.

<sup>10</sup> G. MATTEOTTI, *Il progetto Luzzatti per la riforma degli artt. 81-83 c.p.*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1911, 203 ss., pubblicato in *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo I, Pisa, 2003, 195 ss.

<sup>11</sup> Per una recente ed accurata analisi in chiave storico-dogmatica, v. P. PASSANITI, *Giacomo Matteotti e la recidiva*, cit., 113 ss.; 151 ss.

<sup>12</sup> In dottrina, sul pensiero di G. Matteotti in tema di recidiva, v. D. CASTRONUOVO, *La concezione della recidiva in Giacomo Matteotti*, in *Giacomo Matteotti tra diritto e politica*, a cura di D. Negri, Rovigo, 2022, 33 ss. e, volendo, A. GARGANI, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2003, 559 ss.

<sup>13</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 401.

<sup>14</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 489.

La “comparazione internazionale delle statistiche penali” e l’osservazione delle dinamiche della criminalità a livello europeo danno modo all’Autore di illustrare la dimensione statistico-quantitativa del fenomeno “recidiva”: dalla distinzione tra rei primari e recidivi alla rappresentazione sinottica delle specifiche tipologie di delitti commessi da quest’ultimi.

Si tratta di un apporto di estremo interesse dal punto di vista metodologico, tenuto conto del *deficit* di studi empirico-criminologici e di ricognizioni statistiche che tuttora affligge lo studio del fenomeno in esame.

Si passa, quindi, all’analisi “eziologico-qualitativa”, ossia all’individuazione dei fattori e delle cause della recidiva in prospettiva criminologica, antropologica e sociologico-criminale, coniugando il concetto di “*libertà limitata*” dell’individuo con la multifattorialità della ricaduta nel reato.

Matteotti individua nell’inefficacia del sistema penale (dipendente anche dalle pene detentive di breve durata) e nell’effetto criminogeno della detenzione carceraria due tra i fattori principali di recidiva: “che invero le prigionie attuali anziché impedire la recidiva riescano a fomite di nuovi delitti e a peggiorare le tendenze criminose dei reclusi è cosa fuori discussione”<sup>15</sup>.

L’Autore è convinto, però, che il fenomeno abbia “altre radici che non siano quelle del carcere”<sup>16</sup>. Sono, infatti, presi in considerazione e censurati sia il trattamento riservato al soggetto che abbia espiato la pena in carcere, sia gli strumenti di contrasto della ricaduta nel reato: la sorveglianza speciale, che rende intollerabile la condizione di liberato dal carcere e il domicilio coatto, ritenuto “colonia del vizio e della delinquenza”<sup>17</sup>.

Lo sguardo si estende, poi, agli altri fattori incidenti sul fenomeno in esame, tra i quali l’“economia” – Matteotti sottolinea l’“influsso nefasto degli squilibri, delle disuguaglianze, delle crisi economiche”<sup>18</sup> – i fattori professionali in rapporto ai vari tipi di reato, i flussi migratori, i “vizi sociali” (ad es., l’alcoolismo). Sono, altresì, presi in considerazione i “fattori fisico-sociali”, lo stato civile e il sesso dei recidivi, le degenerazioni psico-fisiche ereditarie e acquisite, il livello di istruzione.

#### 4.2. “Le teoriche della recidiva”

Dopo aver illustrato le principali teoriche in ambito penalistico (classica, neo-classica, soggettivistica, positivista) e aver individuato nella tutela giuridica e

<sup>15</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 511.

<sup>16</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 514.

<sup>17</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 526.

<sup>18</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 738.

nella difesa sociale la duplice funzione del diritto penale, Matteotti esamina la recidiva in rapporto alle finalità della sanzione penale.

Si sostiene la necessità che la funzione generalpreventiva della pena (c.d. “*codice preventivo*”) sia integrata dalla “*prevenzione tutta particolare*”, conseguente alla commissione del reato e teleologicamente orientata al “*fattore personale permanente*” insito nel reo.

Nella prospettiva dell’Autore, finalità e tipologia della pena dipendono strettamente dall’esito della ricerca della “causa” del reato: “quando il delitto è avvenuto, e l’azione intimidatrice del limite legale s’è dimostrata insufficiente, in quel caso pratico, eccezionale, si cerca subito, come per ogni altro fatto, la causa, l’agente, cui imputare il delitto”<sup>19</sup>.

Secondo Matteotti, la ragion d’essere del “*criterio penale*” non può che essere la “*causa individuale*”, il “*fattore personale permanente*”, sul presupposto che l’autore dell’illecito penale debba essere punito in modo proporzionale a quella che è, per l’appunto, la “*causa personale*” del reato.

Si rende, dunque, necessario un giudizio individualizzato, incentrato sulla valutazione della personalità del soggetto e orientato sia alla “causa” del delitto, insita nel medesimo, sia al correlativo grado di antisocialità: scopo dell’individualizzazione punitiva è, infatti, quella dell’inflizione di una pena efficace e commisurata alla causa personale di delinquenza, all’inclinazione permanente al crimine, alle caratteristiche e al livello di antisocialità palesati dall’autore del reato.

A differenza della sociologia e della politica – volte allo “*studio complesso*” dei fatti umani, ricercando in varia guisa la “*felicità dei consociati*” – al diritto penale “importa più che tutto (...) considerare il fattore permanente, la volontà, la tendenza delittuosa, permanente nell’individuo, nel momento del delitto, comunque, essa sia stata acquistata, per eredità o per azione posteriore d’ambiente, e in contrapposto alla semplice occasione, ultima esterna determinatrice, e passeggera”<sup>20</sup>.

Matteotti sottolinea come il diritto penale “si rivolge al mondo delinquente, riuscendo a una azione preventiva generale, nel tempo stesso in cui esercita la particolare specifica sua azione verso il colpevole, esplorandone l’intima permanente criminalità e adeguando ad essa la pena”<sup>21</sup>.

Siamo di fronte al tratto qualificante, alla “cifra” dell’intera indagine monografica, ovvero all’idea secondo cui, in caso di recidiva, il giudice debba verificare l’influenza assunta in concreto, da un lato, dalla “causa personale individuale” (il “Me”) e, dall’altro dalle cause esterne (c.d. fattore occasionale esterno: il non “Me”)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 683.

<sup>20</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 497.

<sup>21</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 497.

<sup>22</sup> V. G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 499.

Ad assumere rilievo è la dialettica tra “temibilità”, quale fattore permanente e ultimo del carattere individuale e “fattore esterno”: è tra questi due poli che si deve dipanare la ricerca delle cause del delitto.

Si tratta, dunque, di indagare la causa individuale, il fattore personale permanente, al netto dei condizionamenti esterni e di misurare la temibilità del recidivo. In questo senso, Matteotti salda determinismo e libertà morale, senza, peraltro, rinunciare al ruolo centrale dell’elemento obbiettivo, giacché è sempre dalla gravità dell’offesa, dalla violazione giuridica che deve prendere le mosse il giudizio sulla responsabilità e sulla pericolosità del reo.

Come osserva l’Autore, “allora la scienza del diritto penale tiene conto della gravità del reato come prima presunzione, ma poi investiga caso per caso e distingue sempre le cause esterne, occasionali dal fattore personale permanente, dalla temibilità del delinquente e a questa applica e commisura la pena. Essa distingue l’impulso isolato, accidentale passeggero e più facilmente perdonabile da quello più legato alla trama intera della vita, più concorde con tutto l’individuo e quindi più rigorosamente punibile”<sup>23</sup>.

L’indice più affidabile della permanenza della tendenza specificamente anti-giuridica, il massimo sintomo della “temibilità”, viene, per l’appunto, individuato nello stato di recidiva: è proprio da tale dato che si può inferire nel modo più sicuro “una permanente tendenza antiggiuridica” del soggetto, ovvero quel modo costante del carattere interno (temibilità), che comprova la causalità individuale del delitto commesso e l’ininfluenza dei fattori esterni, imponendo una più energica reazione penale<sup>24</sup>.

Il manifestarsi del fattore individuale in modo permanentemente contrario al diritto attraverso la recidiva viene considerato elemento idoneo ad attestare l’incorreggibilità e, al contempo, sufficiente all’inflizione di trattamenti penali di significativa durata: l’eventuale fallimento del tentativo di emenda rende, infatti, “razionale e necessario” il passaggio all’isolamento perpetuo, “quale unico mezzo ormai di impedire i nuovi delitti dell’incorreggibile”<sup>25</sup>.

La *distinctio* fondamentale tra delinquenti correggibili (occasionalmente e abituali) e delinquenti incorreggibili presuppone, in ogni caso, la presenza, in varia guisa e intensità, del presupposto dello “speciale fattore permanente”. Quest’ultimo può, talora, concorrere con circostanze esterne e, per il livello di tenuità, essere riformato e riportato alla “normalità giuridica”; in altri casi, invece, per la propria gravità e abitualità, tale fattore può assumere un peso prevalente e, come tale, risultare meritevole di un trattamento di lunga durata. Nel caso di incorreggibilità,

<sup>23</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 690.

<sup>24</sup> V. G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 692.

<sup>25</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 699.

lo “*speciale fattore permanente*” non può, invece, essere ricondotto entro i limiti giuridici, rendendo necessario l’isolamento perpetuo (sia pure, come vedremo, non in senso assoluto).

In difetto di tale fattore, l’autore non può e non deve essere punito, in quanto non ha bisogno di correzione: “la pena non si applica mai a chi non ne abbisogna per semplice scopo di intimidazione altrui”<sup>26</sup>.

Al variare della posizione antiggiuridica del fattore permanente del singolo individuo corrisponde la diversificazione di regimi sanzionatori e della loro durata nel tempo: lungi dall’essere un’utopia, l’individualizzazione penale si impone come soluzione razionale e imprescindibile.

Man mano che si individuano “*speciali cause*” della delinquenza, si rende necessario specializzare e diversificare la pena, nell’intento di contrastare gli specifici fattori che inducono a comportamenti illeciti; laddove, invece non risulti ancora possibile, per limiti cognitivi, individuare la “*prevalente causa specifica*”, si deve ricorrere al trattamento generico.

Il ricorrente riferimento alla necessità di valutazione della personalità del reo e di diagnosi personologica – da parte del giudice – finalizzata alla ricerca del dato recondito, rimanda a quello che può considerarsi il “*mistero psicologico*” della causa che risiede nell’individuo che delinque e che deve essere neutralizzato dall’ordinamento.

In definitiva, alla recidiva quale indice di “maggior temibilità” del reo si collegano le finalità e le modalità di espiazione della pena.

#### 4.3. “*I mezzi penali contro la recidiva*”

Nella terza ed ultima parte dell’indagine monografica Matteotti prende in esame i possibili rimedi penali avverso la ricaduta nel reato.

Si propone un programma di riforma delle comuni pene detentive, orientato a combattere la tendenza alla recidiva: il tipo, il modo e la durata della privazione della libertà personale devono essere individuati in rapporto all’esigenza di ricondurre il soggetto a “*a posizione normale di fronte al delitto, con probabilità di non più ricadere*”.

Quello che viene delineato è un ampio ed articolato programma trattamentale, incentrato su di un paradigma gradualistico e progressivo degli scopi della pena – *intimidazione-emenda-eliminazione* (da intendersi come isolamento temporaneo o perpetuo) – conforme alla distinzione criminologica tra rei primari, recidivi e incorreggibili.

<sup>26</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 708.

Prendendo le mosse dai *rei primari*, Matteotti distingue tra misure riservate ai minorenni – ai quali, tenuto conto della più agevole riformabilità, si addicono la rimessione in libertà condizionata e il rinvio a un istituto di educazione e correzione – e misure applicabili agli adulti.

L'esigenza di evitare il ricorso a pene detentive di breve durata induce l'autore ad auspicare per i *rei primari* meno temibili l'applicazione – alternativa – di misure restrittive della libertà personale di natura extracarceraria, quali l'arresto in casa, l'esilio e il confino, l'inflizione di misure interdittive o sospensive (da pubblici uffici o da professioni, diritti, ecc.) o di pene pecuniarie. Un "*mezzo penale*" avente il preciso ed esplicito di contrastare la recidiva viene, quindi, individuato nella "*condanna condizionale*".

*Extrema ratio* dell'esecuzione effettiva della pena carceraria in caso di "*lieve anormalità*" insita nel reo primario e detenzione in carcere, in caso di rilevante fattore personale permanente, rappresentano i profili qualificanti il trattamento del reo primario.

Per i *delinquenti recidivi* Matteotti ritiene, invece, necessaria la pena detentiva.

Si distingue a seconda che si conosca o meno la causa specifica (o preminente) della ricaduta nel reato.

Nel primo caso si reputano necessarie misure detentive volte a contrastare lo specifico fattore personale di inclinazione alla commissione di reati. Ad assumere rilievo, in caso di infermità di mente, è il ricovero in manicomio criminale – "primo quanto a specifica ed esatta corrispondenza tra la natura dell'anormalità giuridica individuale e il trattamento applicabile, tra la genesi e la terapia del delitto"<sup>27</sup> – cui si affiancano gli "asili di bevitori, di degenerati, epilettici, nervosi, case di custodia, ricoveri, case di lavoro per oziosi e vagabondi, e altri simili istituti"<sup>28</sup>.

Nel secondo caso si ritiene, invece, necessario applicare il "*regime carcerario ordinario*"; si censura, peraltro, il ricorso alla segregazione cellulare in forma integrale – "dannosa e preparatrice di nuove recidive"<sup>29</sup> – ritenendo indispensabile che, ai fini dell'emenda, il detenuto recidivo sia ammesso al lavoro penitenziario o alla colonia penitenziaria agricola.

Si giunge, quindi, al cuore del problema: la durata delle pene riservate ai soggetti che ricadano nel reato. Matteotti distingue tra "*recidivi*" e "*incorreggibili*": se per i primi, in considerazione dei margini di intimidazione e di emenda, si ritiene preferibile una pena detentiva temporanea e di lunga durata, per i secondi, si ritiene che la pena non possa "*avere altro scopo che quello di metterli nell'impossibilità di nuocere*" e che non vi siano alternative all'"*eliminazione*"

<sup>27</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 781.

<sup>28</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 783.

<sup>29</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 790.

perpetua ovvero all'isolamento *sine die* dalla società, in corrispondenza alla perpetua permanenza del fattore personale di antiggiuridicità.

Matteotti auspica, dunque, la separazione definitiva del soggetto incorreggibile dal corpo sociale; come rilevato da D. Castronuovo<sup>30</sup>, quella dell'eliminazione perpetua dell'irriducibile è, in effetti, una prospettiva difficilmente accettabile oggi nella sua assolutezza.

A temperare il rigore del programma riformatore contribuiscono sia il ripudio della pena di morte – “è una questione di sentimento e di educazione quella che ci fa avversari della pena di morte; poiché questa ci sembra repugnante all'odierna civiltà, e atta a sminuire l'apprezzamento della vita umana, supremo bene intangibile, e non mai sacrificabile quando con un minor mezzo si può raggiungere un egual fine”<sup>31</sup> – sia l'idea che la durezza della pena a tempo indeterminato possa essere corretta dalla dolcezza di “*uno spiraglio luminoso di speranza*”, rappresentata dalla liberazione dal carcere.

Matteotti considera, infatti, sempre possibile la riforma del detenuto: quella qualsiasi misura, che il diritto penale riterrà poi opportuno di applicare all'incorreggibile, non dovrà avere un'applicazione assoluta, senza eccezioni; ma, per quella possibilità ideale che nell'uomo peggiore tornino a rivivere in un qualsiasi momento i sentimenti migliori, dovrà concedersi una corrispondente possibilità di sospendergli il trattamento degli incorreggibili e di rimetterlo nella società degli onesti<sup>32</sup>.

In questa prospettiva, si individua nella liberazione condizionale “una misura di giustizia, e utile nel tempo stesso contro la recidiva”<sup>33</sup>: *giusta*, nella misura in cui conseguirà alla presa d'atto, in corso di pena, del minore livello di antiggiuridicità del fattore personale permanente proprio del detenuto; *utile*, quale incentivo a tenere condotte osservanti, che favorisce l'emenda.

L'Autore ritiene tale misura un “*mezzo normale*” del diritto penale: “lontana dall'essere una misura eccezionale e graziosa, la liberazione condizionale richiede per natura sua propria di essere considerata come un mezzo normale del diritto penale e di essere fornita di tutte le garanzie che alla nostra disciplina convengono e non più oltre abbandonata indifferente a questo o quel ministro o autorità lontana e incompleta”<sup>34</sup>.

Un'affermazione, quest'ultima, di particolare pregnanza e attualità, che, come rilevato da G. Vassalli, precorre “le future riforme repubblicane degli anni Ses-

<sup>30</sup> V. D. CASTRNUOVO, *La concezione della recidiva in Giacomo Matteotti*, cit., 40.

<sup>31</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 802.

<sup>32</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 700.

<sup>33</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 812.

<sup>34</sup> G. MATTEOTTI, *La recidiva*, cit., 813.

santa, Settanta e Ottanta, che hanno profondamente inciso sull'estensione di tale istituto e sugli organi competenti alla concessione"<sup>35</sup>.

Il progettato "*sistema integrale della pena a tempo indeterminato*" presuppone sia un carcere idoneo all'emenda, sia l'eliminazione del carattere arbitrario che l'esecuzione della pena indeterminata tendeva allora ad assumere, essendo affidata all'amministrazione carceraria, anziché al potere giudiziario, con grave *vulnus* alle garanzie fondamentali<sup>36</sup>.

#### 4.4. *Considerazioni di sintesi*

Nel saggio pubblicato nel 1913 Matteotti torna ad occuparsi del tema della recidiva, confrontandosi con il progetto Luzzatti, che prevedeva l'abolizione del domicilio coatto e l'introduzione della classe di delinquenti recidivi abituali cui applicare la pena della relegazione perpetua.

L'Autore ribadisce l'orientamento a favore della pena a tempo indeterminato, criticando l'incertezza del metodo casistico impiegato per fissare i caratteri della recidiva abituale.

Oggetto di censura è, altresì, la commistione di pene e di misure di sicurezza, nel convincimento della maggiore razionalità ed efficacia di un unico binario di misure punitive: una visione, invero, anticipatrice di soluzioni propugnate nell'esperienza contemporanea.

Privilegiando l'impostazione criminologica e penologica a scapito della dimensione esegetico-interpretativa e coniugando il metodo positivistico con la concezione neoclassica di reato, Matteotti mette a punto un modello di giustizia punitiva teleologicamente orientato alla riforma del delinquente e alla difesa sociale.

Nell'insieme, il programma di riforma delle pene poggia, infatti, su un sistema "gradualistico" di misure, volto ad adattare quantità e qualità del trattamento penale alla natura personale del delinquente: si mira alla ricerca di un punto di equilibrio tra garanzie e prevenzione, nella consapevolezza della difficoltà di misurare il tasso di anti giuridicità del fattore personale permanente e dell'imprevedibilità della fenomenologia criminale.

Alla base del "sistema" di contrasto delle cause personali del reato si rinviene l'inesausta dialettica tra contingenze esterne e indole criminale, tra necessità e libertà, con spunti di particolare interesse e attualità, tra cui la necessità di prevedere misure alternative alla detenzione in grado di temperare l'afflittività della

<sup>35</sup> G. VASSALLI, *Presentazione*, in G. Matteotti, *Scritti giuridici*, cit., 27.

<sup>36</sup> Cfr. D. PIFFERI, *Giacomo Matteotti e il riformismo penale europeo*, in *Giacomo Matteotti fra diritto e politica*, cit., 22 ss. e, volendo, A. GARGANI, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivism*, cit., 571 ss.

sanzione e il primato attribuito al rispetto del principio di legalità dell'esecuzione penitenziaria.

### 5. Dal codice Rocco alla "ex-Cirielli"

Con l'avvento del codice Rocco, la disciplina della recidiva viene piegata ad esigenze di maggiore rigore rispetto alle soluzioni adottate in precedenza, in linea con la visione sintomatico-presuntiva, che riflette il crescente peso attribuito al profilo soggettivo-personologico nella dosimetria della pena: il fulcro della valutazione sanzionatoria si sposta dal fatto all'autore.

La ricaduta nel reato, regolata all'art. 99 c.p., viene, non a caso, collocata accanto alle figure di pericolosità qualificata (delinquente abituale, professionale e per tendenza): aumento di pena per tutte le ipotesi di recidiva, previsione di casi di recidiva aggravata e reiterata e obbligatorietà dell'applicazione, costituiscono i profili qualificanti la nuova disciplina, espressione di sintesi tra i postulati della Scuola Positiva e gli orientamenti della Scuola Classica<sup>37</sup>.

Come è noto, la disciplina dell'art. 99 c.p. è stata, in seguito, oggetto di due fondamentali e antitetici interventi di riforma.

Il primo è stato operato con la l. n.220/1974 con finalità di maggiore flessibilizzazione e mitigazione applicativa della circostanza aggravante in esame: da un lato, si ripristinò l'integrale facoltatività dell'aumento di pena, affidando al giudice la valutazione discrezionale in ordine all'applicabilità dell'aggravante, dall'altro, si introdusse il limite generale agli aumenti di pena, tuttora vigente (art. 99 comma 6 c.p.).

Agli inizi del nuovo millennio, si registra un'inversione di tendenza, indotta dalla riconsiderazione e rivalutazione della recidiva in ottica securitaria: anche per la suggestione esercitata dalla c.d. "Three-strikes law" vigente a partire dal 1994 in alcuni Stati degli USA, i legislatori europei individuano nel recidivo – e, in particolare, in quello reiterato – l'obiettivo prioritario e privilegiato dell'azione di contrasto alla criminalità.

La riforma operata con la l. n. 251/2005 (c.d. "ex Cirielli"), con cui il legislatore modifica in modo penetrante l'art. 99 c.p., recepisce il nuovo indirizzo politico-criminale, in antitesi alla strategia adottata nel 1974.

Circoscritta la sfera di applicazione dell'aggravante ai soli delitti non colposi, viene aumentato il livello di afflittività dell'aumento di pena: con la sola eccezione

<sup>37</sup> *Amplius*, v. D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del codice Rocco. Spunti di riflessione*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2011, 333 ss.

della figura mono-aggravata, si prevede un aumento fisso, predeterminato dal legislatore; inoltre, al comma 5 dell'art. 99 c.p. si reintroduce un'ipotesi di incremento obbligatorio della pena, collegata alla commissione di determinati reati ritenuti di particolare gravità; infine, avuto riguardo alla recidiva reiterata, si introducono limitazioni alla bilanciabilità (art. 69 c.p.) e restrizioni all'ammissione alle misure alternative alla detenzione.

Predetti interventi sono il risultato di un disegno riformatore volto a ripristinare l'ottica sintomatico-presuntiva e, cioè, a recuperare e a valorizzare sul piano sanzionatorio e penitenziario le presunzioni legali di pericolosità che, negli anni Ottanta, la C. cost. aveva provveduto a bandire dall'ambito delle misure di sicurezza.

La figura del "recidivo reiterato" diviene, in tal modo, oggetto di una articolata e mirata strategia di neutralizzazione e di incapacitazione, ispirata al modello del "diritto penale del nemico" o "dell'autore". Come è stato rilevato in dottrina, con la riforma del 2005 la repressione della recidiva assurge a strumento di controllo della pericolosità sociale: alla pena sono attribuite funzioni di difesa sociale contro gli autori di reato ritenuti pericolosi, in conseguenza del fallimento applicativo delle misure di sicurezza custodiali<sup>38</sup>.

## 6. *Sviluppi successivi e prospettive*

L'assetto che la disciplina della recidiva presenta attualmente diverge sotto molteplici profili da quello introdotto dalla c.d. ex-Cirielli.

Nei diciannove anni successivi le disposizioni restrittive e repressive introdotte dalla l. 251/2005 in tema di ricaduta nel reato sono state, infatti, in parte abrogate (è il caso, ad es., della l. n.94/2013 che, in conseguenza dell'emergenza provocata dal sovraffollamento carcerario, ha rimosso le presunzioni e gli automatismi che precludevano l'accesso del recidivo alle misure alternative), in parte, corrette o ridimensionate da parte di sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>39</sup> e, soprattutto, di dichiarazioni di illegittimità da parte della C. cost.<sup>40</sup>, che hanno inciso – e continuano ad incidere – in modo assai significativo sulla fisionomia legislativa della recidiva.

<sup>38</sup> V. I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022, 147 ss.

<sup>39</sup> Ci si riferisce, soprattutto, alla sentenza Cass. pen., Sez. Un., n. 35738/2010, che ha inquadrato come circostanza aggravante facoltativa l'ipotesi di recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

<sup>40</sup> È il caso, ad es., della sent. C. cost. n. 291/2010, per quel che concerne l'interpretazione dell'art. 58 *quater* comma 7 *bis* l. 354/1975 e della sent. C. cost. n. 56/2021, avente ad oggetto l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter*, comma 1, l. 354/1975, che escludeva gli ultrasessantenni recidivi dall'applicabilità della misura alternativa della detenzione domiciliare.

In ossequio al principio di uguaglianza, alle esigenze di proporzionalità della risposta punitiva, di individualizzazione e personalizzazione del trattamento sanzionatorio e penitenziario, predetti interventi “correttivi” della giurisprudenza costituzionale mirano ad evitare che il potere discrezionale del giudice – in sede di commisurazione della pena o di applicazione di misure alternative – sia condizionato o limitato da presunzioni preclusive e da automatismi sanzionatori.

Avuto riguardo alle pronunzie della Consulta in tema di recidiva che hanno modificato l'assetto disciplinare introdotto nel 2005, è possibile distinguere tre aree di intervento: il comma 5 dell'art. 99 c.p., quella inerente alle circostanze attenuanti generiche e quella relativa al giudizio di bilanciamento delle circostanze.

In primo luogo, assume rilievo la sentenza n. 185/2015 con la quale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., la C. cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99 comma 5 c.p., nella parte in cui prevedeva il regime di obbligatorietà nella rilevazione della qualità di recidivo e nel conseguente aumento sanzionatorio, in riferimento ai delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.

In secondo luogo, occorre fare riferimento alla sentenza n. 183/2011, con la quale la Consulta, per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 2 dell'art. 62 *bis* c.p., nella parte in cui – in caso di recidiva reiterata e in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lett. a), c.p.p. – impediva al giudice di concedere le attenuanti generiche sulla base della condotta del reo susseguente al reato.

Non vi è dubbio che, dal punto di vista quantitativo, si rivelino nettamente preminenti le pronunzie aventi ad oggetto i limiti apposti dalla l. 251/2005 alla bilanciabilità della recidiva reiterata. Il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti su predetta circostanza aggravante è, in effetti, oggetto di una lunga sequenza di pronunzie che hanno dichiarato illegittimo l'art. 69 comma 4 c.p., nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza di talune circostanze attenuanti<sup>41</sup> sulla recidiva reiterata, per contrasto con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 27 comma 3<sup>42</sup>. Comune a tali sentenze è la considerazione della pena quale risposta ad un determinato “fatto” di reato – e non già come misura di controllo della pericolosità sociale del suo autore, disvelata dalle sue qualità personali – in ossequio al principio di offensività e alla necessità della proporzionalità del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del reato<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Si tratta di circostanze attenuanti incentrate ora sulla tenuità dell'offesa, ora sul danno patrimoniale di particolare tenuità, ora sul ravvedimento post-delittuoso, ora sul vizio parziale di mente, ora sulla posizione di colui che volle il fatto meno grave, in caso di concorso anomalo.

<sup>42</sup> Si tratta delle sentenze n. 251/2012; n. 74/2016; n. 105/2014; n. 106/2014; n. 205/2017; n. 73/2020; n. 55/2021; n. 143/2021; n. 94/2023; n. 141/2023; n.188/2023; n. 197/2023 e n. 217/2023.

<sup>43</sup> V., ad es., C. cost. sent. n.188/2023.

Come osservato in dottrina, la Consulta non ritiene che il divieto di prevalenza sancito dall'art. 69 c.p. si ponga in ogni caso in contrasto con predetti parametri costituzionali: predetto divieto viene, piuttosto, ritenuto illegittimo in rapporto a specifiche circostanze attenuanti – ritenute particolarmente significative – sulla base dell'analisi quantitativa delle cornici edittali e, sul piano qualitativo, attraverso la valorizzazione dei differenti nuclei criminologici sottesi ai reati base e alle corrispondenti ipotesi di minore gravità<sup>44</sup>.

L'enfaticizzazione – da parte del legislatore del nuovo millennio – delle componenti soggettive del reato e la tendenza a investire la recidiva del ruolo di equivalente funzionale delle misure di sicurezza custodiali in rapporto al contrasto della pericolosità sociale, hanno indotto a ritenere opportuna – in prospettiva di riforma<sup>45</sup> e in funzione di riequilibrio – la riconsiderazione della collocazione sistematica e della strategia punitiva della recidiva<sup>46</sup>.

Secondo una condivisibile ricostruzione, essa dovrebbe operare quale fattore di commisurazione della pena in senso stretto, quale criterio infra-edittale da valorizzare in relazione alla capacità a delinquere<sup>47</sup>; in questa direzione si è, ad es.,

<sup>44</sup> A. MANNA, *La recidiva*, in A. Manna-A. Sereni, *Diritto penale. Parte generale. Teoria e prassi*, Padova, 2024, 654 s., secondo il quale ciò non pone l'art. 69 comma 4 c.p. al riparo da nuove ipotesi di violazione costituzionale, che potrebbero ulteriormente presentarsi.

<sup>45</sup> Nell'articolato dello schema di delega per un nuovo codice penale elaborato dalla Commissione Pagliaro, l'art. 21 co. 2 stabilisce di “Prevedere quali circostanze aggravanti la recidiva, l'abitudine e la professionalità nel reato, subordinandole a limiti cronologici e alla medesima indole dei reati. Stabilirne l'esclusione, qualora i presupposti su cui si fondano non siano significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto”; nella Relazione al progetto di codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, si prevede “una recidiva: a) obbligatoria (per garantire a tutti i recidivi eguale trattamento e per rispettare il diritto di difesa attraverso precise garanzie processuali); b) specifica (in base alla antica convinzione che recidivo sia solo chi ricade in un reato della stessa natura, in quanto, solo in presenza di un nuovo reato omogeneo, si può ritenere che la pena sofferta si è rivelata insufficiente); c) temporanea (l'astensione dal delitto per un certo numero di anni depone a favore della sufficienza della pena)”; la recidiva non viene estesa ai reati colposi e viene considerata una circostanza comune in senso tecnico; nella proposta di articolato elaborata dalla Commissione Pisapia, l'art. 18 co. 3 stabilisce di “Prevedere che: a) la pena sia aumentata da un sesto a un quarto nei confronti di chi, dopo aver riportato una condanna per reato doloso, nei cinque anni successivi alla sentenza irrevocabile commetta un reato doloso della stessa indole; b) siano considerati reati della stessa indole quelli che costituiscono violazione della medesima disposizione di legge ovvero offendono il medesimo bene giuridico ovvero, per la natura dei fatti o dei motivi che li hanno determinati, presentano in concreto caratteri fondamentali comuni”.

<sup>46</sup> *Ex multis*, v. F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., 557 ss.; secondo una ricostruzione dottrinale, in prospettiva di riforma “si dovrebbe scindere la questione della rilevanza dei precedenti in sede di commisurazione dalle esigenze di pericolosità sociale che il rischio di recidiva pone in sede di esecuzione” (R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1721 s.).

<sup>47</sup> In questa direzione, v. M. ROMANO, Pre-art. 99, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1996, 86; analogamente, v. I. MERENDA, *Le circostanze del rea-*

orientato il legislatore tedesco che già nel 1986 aveva abrogato la recidiva come circostanza aggravante (§ 48 StGB), conferendole rilievo come fattore di commisurazione della pena.

### *7. Considerazioni conclusive*

Al termine di questo intervento, è possibile osservare come nel diritto vivente prevalga la tendenza ad attribuire alla ricaduta nel reato un duplice significato funzionale: quello di indice di maggior colpevolezza, in conseguenza della dimostrata insensibilità alla precedente condanna e quello di fattore di più accentuata capacità a delinquere, avuto riguardo alla pericolosità sociale.

Predetta ambivalenza è destinata a perpetuare le difficoltà di inquadramento dogmatico e sistematico dell'istituto e, al contempo, ad accentuare il rischio di sbilanciamenti e di eccessi punitivi, con inevitabili profili di contrasto con molteplici parametri costituzionali.

Ebbene, in questo senso – e al di là del diverso contesto codicistico e costituzionale – la complessa ed articolata elaborazione di Giacomo Matteotti in tema di recidiva si distingue, tuttora, per l'adozione di una chiave di lettura volta a coniugare e a “tenere insieme” i due volti dell'istituto e a giustificarne l'intrinseca “bidimensionalità”.

Nel valorizzare il principio del personalismo, la centralità della discrezionalità giudiziale e la necessità di corrispondenza della qualità e della quantità della pena al disvalore oggettivo e al livello di anti giuridicità del fattore personale permanente, il sistema di prevenzione e repressione della recidiva elaborato da G. Matteotti si rivela anticipatore di istanze e prospettive che, per molti versi, attendono ancora di essere conciliate e soddisfatte.

Al netto delle preoccupazioni di carattere preventivo e delle esigenze di difesa sociale, l'attenzione rivolta dall'Autore all'osservazione della complessa individualità del delinquente e all'individualizzazione del trattamento penale costituisce un motivo di interesse che trascende la mera prospettiva storica.

Considerate le cicliche tendenze legislative a ricorrere a presunzioni di pericolosità e a indebite omologazioni punitive, l'indagine di Matteotti presenta, tuttora, molteplici profili di attualità e di valore.

*to*, op. cit., 155 ss.; 160 ss., che sottolinea la necessità di rivedere il rapporto pena-misure di sicurezza, al fine di garantire l'introduzione di specifici percorsi trattamentali in grado di corrispondere realmente alle esigenze di prevenzione della pericolosità sociale del reo; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010, 210 ss.

Il rigoroso ed originale approccio socio-criminologico al ‘mistero’ dell’inclinazione alla commissione di reati, la tensione dialettica tra condizionamento e responsabilità, il rilievo fondamentale attribuito alla proporzionalità della risposta punitiva, sottendono, in definitiva, la primazia valoriale e teleologica assegnata alla persona umana e la necessità di preservare quest’ultima da automatismi sanzionatori e livellamenti punitivi.

GRAZIA MANNOZZI

LA RIPARAZIONE: UNA GIUSTIZIA SENZA TOGA? (\*)

«Ogni linguaggio è un alfabeto di simboli  
il cui uso presuppone un passato che gli  
interlocutori condividono»<sup>1</sup>.

(J.L. Borges)

«L'immagine, per sua natura,  
è litera, ma anche sensus»<sup>2</sup>.

(M. Sbriccoli)

SOMMARIO: 1. Rituale della toga e linguaggio giuridico. – 2. Il nero e il porpora: cromatismi della giurisdizione. – 3. La toga come dispositivo simbolico. – 4. I luoghi della giustizia: spazio, potere, relazione. – 5. I tempi del processo e i tempi della giustizia riparativa. – 6. Il ruolo del giudice e quello del mediatore: paradigmi a confronto. – 7. Una visione grottesca.

1. *Rituale della toga e linguaggio giuridico*

Tra le più antiche consuetudini rituali ancora in vigore, l'uso della toga si distingue per la straordinaria continuità storica e la resistenza al mutamento. Raramente messa in discussione, la toga si è mantenuta quale segno visibile della sacralità del giudicare<sup>3</sup>. Garapon ricorda al riguardo come, nel 1992, la Camera dei Lord fosse chiamata a decidere in merito al mantenimento della toga e della parrucca nei tribunali inglesi: la deliberazione finale fu favorevole alla conservazione di tale tradizione, riconosciuta quale emblema di stabilità e autorevolezza del potere giudiziario<sup>4</sup>.

(\*) È il testo della relazione tenuta al Convegno “Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea”, svoltosi a Firenze il 17 e 18 ottobre 2024.

<sup>1</sup> J.L. BORGES, *L'Aleph*, in *Tutte le opere*, Milano, 1984, 897.

<sup>2</sup> M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, 47.

<sup>3</sup> R. GIRARD, *La Violence et le Sacré*, Paris, 1972, trad. it. di O. Fatica e E. Czerkl, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980.

<sup>4</sup> A. GARAPON, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 2001, trad. it. di D. Bifulco, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 1999.

La toga, in quanto elemento rituale e simbolico, si integra in un più ampio sistema comunicativo che include le architetture, gli spazi, gli arredi, le cadenze temporali della liturgia processuale e, soprattutto, le specificità del linguaggio giuridico. Quest'ultimo, nel suo essere tecnico-specialistico, per un verso include parole dal campo semantico normativamente definito, ma anche espressioni gergali e metafore spesso comprensibili solo ai giuristi; per altro verso, si caratterizza per una più generale opacità derivante dal ricorso abbondante a latinismi, arcaismi, formule cristallizzate e brocardi i quali segnano la distanza tra l'esperto e il profano. Come osserva Mattila<sup>5</sup>, il linguaggio giuridico assume tratti quasi *esoterici* – veicolando un *sensu di appartenenza* esclusiva e una *visione conservatrice* del sapere giuridico – e può finire con il costituire un ostacolo all'accesso alla giustizia.

In ambito penalistico, peraltro, il diritto non soltanto si esprime attraverso la parola, scritta o pronunciata, ma si incarna anche in un linguaggio non verbale, fatto di segni, immagini, allegorie, tempi, pause e gesti codificati: tra questi, l'iconografia della giustizia, i luoghi "sacralizzati" del processo, l'architettura austera delle corti, la coreografia dell'udienza, la liturgia processuale e il cerimoniale della toga. Elementi che costituiscono un linguaggio *visuale e rituale* (che è anche parte del performativo linguistico tipico del diritto penale e declinato nel processo) atto a comunicare, e prima ancora a "identificare", il ruolo dell'autorità giudiziaria e la solennità dello *jus dicere*.

Toga e linguaggio appartengono, dunque, per molti aspetti, allo stesso universo simbolico. La prima è fatta di materia – seta, lana leggera, ermellino – mentre il secondo trae, come osserva ancora Garapon, da quella stessa materia una gamma di metafore che caratterizzano a diversi livelli il discorso giuridico: si costruisce una "trama argomentativa", si "imbastisce" o si "tiene il filo" del discorso, si "dà filo da torcere" all'avversario<sup>6</sup>. Tali espressioni rivelano il legame profondo tra il vestito e la parola, la concretezza dell'abito giudiziario e l'immaterialità della concatenazione delle parole e del discorso. È una "fusione" tra materia e pensiero che dà forma visibile a concetti altrimenti astratti. «Parlano in modo esoterico gli uomini in toga»<sup>7</sup>, osserva icasticamente Cordero.

Come in ambito ecclesiastico, in relazione all'abito clericale, la toga (parola che deriva il suo etimo dal latino *tegere*, ossia coprire) è funzionale al nascondimento della persona in sé, al fine di poter mettere in rilievo la sua vocazione speciale, l'appello al quale risponde<sup>8</sup>. Avvolgendo completamente il corpo del magi-

<sup>5</sup> H. MATTILA, *Comparative Legal Linguistics: Language of Law, Latin and Modern Lingua Franca*, Aldershot, 2006.

<sup>6</sup> A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 72.

<sup>7</sup> F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Milano, 2000, 51.

<sup>8</sup> J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 2002, 91 ss.

strato, la toga crea una *retorica somatica*<sup>9</sup> e produce una *metamorfofi simbolica*: trasforma la persona fisica in *corpo istituzionale*, dotando quest'ultimo di una dimensione pubblica e rappresentativa. Non solo, essa opera una sorta di "purificazione"<sup>10</sup>, sottraendo il giudice, sia pure temporaneamente, alla condizione di comune mortale<sup>11</sup>. In siffatta "transustanziazione", il corpo individuale si sublima in *corpo sociale*, incarnando l'autorevolezza della funzione giudiziaria e legittimando visivamente l'esercizio della giurisdizione. La toga, pertanto, più che un abito formale è un segno visibile dell'autorità, e anche una forma di continuità tra passato e presente, oltre che una cifra rituale capace di resistere alle trasformazioni del diritto e della società, con ciò rappresentando la stabilità dell'ordine giuridico.

## 2. Il nero e il porpora: cromatismi della giurisdizione

Nel cerimoniale giudiziario, i colori delle toghe e dei relativi accessori – come la cordoniera, la pettorina, il tocco e i guanti – non sono l'esito di mere scelte stilistiche relative a elementi ornamentali, ma hanno soprattutto la funzione di veicolare un linguaggio ancestrale, complesso e stratificato, che affonda le proprie radici nelle più remote rappresentazioni del potere e del sacro. Il tocco, in particolare, è un copricapo rituale; desueto nell'ordinaria pratica d'udienza, è ancora utilizzato in talune cerimonie solenni, come l'apertura dell'anno giudiziario, quale segno di continuità con una tradizione che travalica il diritto positivo<sup>12</sup>.

Le origini cromatiche dell'abbigliamento giudiziario vanno rintracciate nel mondo liturgico e sacrale, dove l'abito non è mai un semplice involucre, bensì un *medium* rappresentativo e costitutivo dell'autorità.

Nel cristianesimo, infatti, fin dalle sue origini, i ministri – coloro che esercitano un servizio a favore della comunità – indossavano vesti rituali atte a manifestare la natura teandrico-relazionale della loro funzione, cioè la mediazione tra l'umano e il divino. La stessa etimologia della parola liturgia – dal greco antico *λειτουργία* –, composta da *λήϊτον* ("pubblico") e *ἔργον* ("opera"), rinvia a

<sup>9</sup> Sull'uso di questa espressione cfr. P. WATZLAWICK, *Die Moglichkeith des Andersseins. Zur Technik der therapeutischen Kommunikation*, Bern, 1977, trad. it. di L. Cornalba, *Il linguaggio del cambiamento*, Milano, 1980, 16.

<sup>10</sup> Sulla componente della purificazione come dinamica consustanziale all'esperienza di giustizia, almeno stando alle radici della lingua, v. l'analisi di B. LINCOLN, *Iūs e i suoi paralleli iranici. Dalla purezza alla giustizia*, in A. McCLINTOCK (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna, 2016, 55 ss. La purificazione alluderebbe al «rinnovamento dello stato ideale dopo che esso è stato turbato dalla morte, dal disordine, dall'immoralità e dal male» (65).

<sup>11</sup> A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 67.

<sup>12</sup> A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 60.

un'“opera per il popolo”, una forma di servizio comunitario che può ben essere estesa, per analogia, anche all'esercizio della funzione giurisdizionale: anch'essa, infatti, si configura come azione pubblica in favore del consorzio civile<sup>13</sup>.

Riletti in tale prospettiva, l'abito clericale e quello del magistrato si rivelano vettori convergenti del medesimo simbolismo, entrambi preposti a marcare una separazione e una vocazione: quella dell'uomo chiamato a rappresentare un ordine superiore – divino o giuridico – dinanzi alla comunità. Un legame, quello con la comunità, di certo non offuscato dall'avvento dello Stato laico aconfessionale, ove si replicano linguaggi altrettanto solenni – emblematico l'art. 101 Cost., secondo cui “la giustizia è amministrata in nome del popolo” – nonché forieri di quella stessa capacità rappresentativa comunque riferibile alla *ratio essendi* della giurisdizione.

Nel sistema giudiziario italiano, la toga nera è indossata dai magistrati ordinari, mentre coloro che appartengono alle giurisdizioni supreme – come la Corte di cassazione – vestono la toga porpora, bordata di ermellino, completata, nelle occasioni solenni, da guanti bianchi e da un copricapo cerimoniale. Le due cromie – il nero e il porpora – non rappresentano dunque semplici variazioni cromatiche, ma archetipi visuali che incarnano due differenti declinazioni storiche della sovranità: l'una, fondata sull'autorità spirituale e sull'ascesi morale; l'altra, sulla regalità secolare e sulla dignità pubblica.

Il porpora, in particolare, richiama la regalità dell'antichità classica: la porpora imperiale dei Cesari, il manto solenne dei senatori romani, le vesti liturgiche dei dignitari ecclesiastici. Tale colore deriva la propria preziosità anzitutto dalla difficoltà di estrarre il pigmento, sicché nella Fenicia, dove è stato per la prima volta utilizzato nel bacino del Mediterraneo, e in Persia, esso era un privilegio riservato ai sovrani (come lo era, appunto, nell'antica Roma)<sup>14</sup>.

Nel porpora si riflette la sacralità del potere temporale, il riconoscimento pubblico di una funzione che si eleva sopra l'ordinario: la “giurisdizione”. Quest'ultima, infatti, è rappresentata dal Ripa come «Uomo vestito di porpora, nella destra tenga uno scettro, qual è vero indizio di natural giurisdizione, e nell'altra i fasci consolari, che si portavano per segno di questo medesimo»<sup>15</sup>.

È in tale accezione che il porpora è presente nelle toghe dei magistrati superiori, e non già nella prospettiva tipica del sacro, ove pur sempre risulta legato al

<sup>13</sup> Cfr. A. G. MARTIMORT, *Vesti e insegne liturgiche*, in ID. (a cura di), *La Chiesa in preghiera. Introduzione alla liturgia*, Roma, 1966, 29 ss.

<sup>14</sup> M. LURKER, *Dizionario delle immagini e dei simboli biblici*, Milano, 1990, con prefazione di G. Ravasi, 161.

<sup>15</sup> C. RIPA, *Iconologia*, a cura di S. Maffei, Torino, 2012, 150 Giurisdizione, 229.

ruolo del sommo sacerdote<sup>16</sup>. Il porpora è altresì il colore della veste dell'Eloquenza, nella descrizione che ne fa Cesare Ripa, il quale, richiamando Platone, lo associa alla *regia dignitate*<sup>17</sup>. Detto colore va distinto dal rosso, che è rappresentativo dell'«infinito amore di Dio, per il quale egli ha creato il mondo e l'ha redento»<sup>18</sup>. Osserva al riguardo Lurker: «Secondo la tradizione, la porpora cardinalizia nella sua sfumatura più accesa è segno di dignità, e in quella più cupa di disponibilità al martirio»<sup>19</sup>. Laicamente, il rosso è anche il colore delle passioni, del dire eloquente «concitato e affettuoso»<sup>20</sup>.

Il colore nero della toga rinvia ad altro e diverso universo simbolico, per lo più legato all'abito clericale: alla sobrietà del chiostro, alla penombra del confessionale, alla concentrazione del teologo. È il colore dell'umiltà e della temperanza, dell'astensione dalla mondanità e dell'interiorità riflessiva; evoca l'essenza etica e contemplativa del giudizio, quale atto di coscienza prima ancora che di diritto<sup>21</sup>.

Non a caso il Ripa, nel descrivere il *Giudizio giusto*, richiama proprio la contemplazione della *verità*. Afferma al riguardo come necessario che il giudice «tenga a' piedi alcuni libri di Legge aperti, il che denota che il vero e perfetto giudice deve esser integro, e non deve mai per qualsivoglia accidente rimuovere gli occhi dal giusto delle sante Leggi, e dalla contemplazione della pura et intera verità».

Ma il nero è anche – come ricorda sempre il Ripa – il colore della nobiltà: «il vestito nero conviene al nobile per mostrare che senza splendore de' vestimenti è chiaro et illustre per sé medesimo»<sup>22</sup>. Così come attributo di nobiltà è la lunghezza dell'abito, in questo caso, della toga<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Si veda Es, 28,2-5; 31; 36. Lurker ricorda che «Anche le cortine del tempio avevano questo colore, che era simbolo di sovranità tanto divina quanto umana» (*Dizionario delle immagini e dei simboli biblici*, cit., 161).

<sup>17</sup> C. RIPA, *Iconologia*, cit., 107.1 Eloquenza, 158.

<sup>18</sup> M. LURKER, *Dizionario delle immagini*, cit., 176. L'A. prosegue affermando che: «Quale creatore, Dio Padre porta sovente un manto rosso. I due colori dello sposo del Cantico dei cantici (5, 10) riletto in chiave cristologica, sono interpretati dal vescovo Ambrogio come il bianco della gloria divina e il vermiglio (o rosa) dell'incarnazione. Il colore del mantello del Risorto in Matthias Grünewald è il rosso del sole invitto. Nella pittura medievale il colore dell'amore si incontra quasi sempre in Maria Maddalena, la grande peccatrice e penitente, e del prediletto discepolo di Cristo, Giovanni. Nella liturgia il rosso è il colore dello Spirito Santo della passione e dei martiri» (176).

<sup>19</sup> M. LURKER, *Dizionario delle immagini*, cit., 161.

<sup>20</sup> C. RIPA, *Iconologia*, cit., 107.2 Eloquenza, 159.

<sup>21</sup> C. RIPA, *Iconologia*, cit., 147.3 Giusto giudizio, 227 s.

<sup>22</sup> C. RIPA, *Iconologia*, cit., 427. La Nobiltà è infatti rappresentata come «donna di età matura mostrandosi nella faccia alquanto robusta, e ben disposta di corpo; sarà vestita di nero onestamente, porterà in mano due corone, l'una d'oro, l'altra d'argento (...). Per le due Corone si notano i beni dell'anima e quelli del corpo, che insieme fanno la nobiltà» (260.3 Nobiltà, 427).

<sup>23</sup> Al riguardo osserva il Ripa «La veste lunga presso a' Romani non era lecito portarsi da ignobili». (*Iconologia*, cit., 26.1 Nobiltà, 426).

Nella dialettica cromatica descritta si riflette una tensione profonda e strutturale del diritto stesso: da un lato, la sua dimensione normativa, visibile e formalizzata; dall'altro lato, la sua aspirazione all'ideale, all'invisibile, al giusto. Se il porpora incarna l'aspetto ieratico e cerimoniale della giustizia, il nero ne rappresenta la postura etica, silente, quasi ascetica. Non è un caso, dunque, che la toga nera sia rimasta, tutt'oggi, l'abito rituale del magistrato: essa si raccorda all'antica dimensione ecclesiale del potere giudiziario e comunica, con sobria eloquenza, la serietà del ruolo, l'assenza di vanità, l'autoesclusione dall'effimero. Il nero è un "non-colore", un assorbente della luce: separa il giudice dalla quotidianità, lo "isola" nell'esercizio della ponderazione, lo riconduce a una dimensione altra, consacrata alla neutralità, all'imparzialità, alla riflessione silenziosa, alla dedizione alla legge.

Indossare la toga nera – «abito grave»<sup>24</sup> o meglio «longo e grave»<sup>25</sup> – significa, in tal senso, compiere un atto di *kénosis* simbolica: svuotarsi della propria soggettività per assumere una funzione pubblica, espressione di una responsabilità esercitata *in nome del popolo*. È un gesto che trasfigura: la persona diviene istituzione<sup>26</sup>. La toga non veste, *trasforma*; ed è in questa trasfigurazione che la giurisdizione assume piena visibilità come epifania del principio di giustizia.

Ben diversa è la valenza comunicativa e rappresentativa della toga porpora, arricchita fastosamente dall'ermellino, il cui candore non è esente da ambiguità. Come osserva Garapon, l'ottenimento della pelliccia impone la soppressione dell'animale che la produce: ciò evoca, in chiave metaforica, il lato oscuro della sovranità giudiziaria, che può fondarsi – anche nella forma più civilizzata del diritto – su una violenza istituzionalizzata<sup>27</sup>. I guanti bianchi e il cappello completano il cerimoniale: la mano che giudica si riveste di purezza, il capo che decide si adorna di segni esteriori di distinzione. Tali accessori esprimono l'"altrove" del diritto, il suo carattere sacrale e separato, la sua estraneità rispetto alla vita comune.

Nella simbologia dei colori nero e porpora si riflette, in definitiva, la tensione tra laicità e sacralità, tra invisibile e visibile, tra formalità e solennità. La toga di-

<sup>24</sup> Così, Ripa, *Iconologia*, cit., 148 Giudice, 228. L'abito grave è immagine dei costumi: «La gravità dell'abito significa le maniere et i costumi gravi che nella persona nobile si ricercano» (*Iconologia*, cit., 260.2 Nobiltà, 426). Si noti come nell'*Iconologia* di Cesare Ripa l'aggettivo *grave* assume un significato oggi percepito come arcaico: nel contesto della cultura umanistica e simbolica rinascimentale e barocca, esso rimanda a qualità come la dignità, la serietà, la compostezza, la maestà e l'elevazione morale, soprattutto in relazione all'abito e ai costumi di figure allegoriche come il giudice o il nobile.

<sup>25</sup> L'endiadi è associata da Ripa all'iconografia del *Giudizio giusto* (*Iconologia*, cit., 147.3 Giudizio giusto, 228).

<sup>26</sup> A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 69.

<sup>27</sup> E. GRECO, *Diritto e violenza: mimesi, auto-inganno, misconoscimento*, in G. FORTI, G. ROTOLÒ, A. VISCONTI (a cura di), *Tra giustizia e letteratura. Un'avventura del pensiero*, Milano, 2023, 21-30.

venta, in tal modo, sintesi della giurisdizione, cifra rituale e “immagine” in cui il potere del giudicare si fa carne, gesto, rappresentazione. Il giudizio penetra la scena pubblica non solo come parola performativa, che si fa azione<sup>28</sup>, ma come scena figurata e cerimoniale. In esso si congiungono, riprendendo la dicotomia di Kantorowicz sul corpo naturale e il corpo politico del sovrano<sup>29</sup>, i due “corpi” del magistrato. Il giudizio diventa *locus* ove la società celebra le sue tradizioni più risalenti, rafforza i suoi legami più profondi<sup>30</sup> e consacra i suoi valori supremi.

### 3. La toga come dispositivo simbolico

Seguendo la scia delle riflessioni di Garapon, è possibile ora tirare le fila del discorso sin qui sviluppato. La toga, lungi dall’essere un mero orpello formale, si configura come un dispositivo simbolico centrale del cerimoniale giudiziario, profondamente radicato nella grammatica del rito e nel lessico del potere. Essa partecipa di un ritualismo corale, che coinvolge giudici, pubblici ministeri, avvocati, imputati e, talora, anche le vittime. Ogni toga reca con sé tratti distintivi – formali, cromatici, tessili – che rendono immediatamente riconoscibile il ruolo dell’attore processuale, in perfetta coerenza con la topografia consolidata dell’aula di giustizia, uno spazio rigidamente strutturato secondo precise gerarchie, nel quale a ciascuno è attribuito un posto, un compito, una funzione.

Le funzioni della toga, quale abito rituale, possono essere così riassunte:

a) partecipa alla semantica del processo, incarnando la solennità del giudicare e accompagnando visivamente l’atto decisionale;

b) legittima l’esercizio della violenza punitiva<sup>31</sup> – dato che ogni autorità necessita di segni visibili per essere creduta – e svolge una funzione pedagogica, colpendo l’immaginazione<sup>32</sup> della collettività quanto alla *potestas* del giudicante;

<sup>28</sup> Cfr. A. VISCONTI, «Con quale viso ci staremmo a fronte?». *Parola, silenzio, responsabilità, giudizio*, in G. DONATI, G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI (a cura di), *L’esercizio del ‘giusto giudizio’. Dialoghi manzoniani sull’idea di responsabilità e i fondamenti della giustizia*, Milano, 2025, 46-48.

<sup>29</sup> E. H. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, 1985, trad. it di G. Rizzoni, *I due corpi del Re. L’idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, 2012.

<sup>30</sup> Sul rapporto tra nascita della giustizia e coesione sociale v. le considerazioni di J. NIEVA FENOLL, *El origen de la justicia*, Valencia, 2023, trad. it di P. Comoglio *Le origini della giustizia. Perché desideriamo che vinca il più giusto e non il più forte*, Bologna, 2025, in part. 52 e 146 ss.

<sup>31</sup> A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., 67, ove si afferma: «il ricorso alla violenza legittima, da parte del giudice, non ne contamina l’azione, poiché è il rituale stesso che lo autorizza a quella violenza».

<sup>32</sup> Riferimenti alla “pompa” dei signori fiorentini usata, parimenti, per «impressionare la fantasia del popolo» in J. BURCKHARDT, *Il rinascimento italiano. Civiltà e arte*, Torino, 2023, 12. Cfr. anche B. PASCAL, *Pensieri*, Ariccia, 2019, XIX.42, ove si afferma, a proposito dell’immaginazione:

c) rende tangibile la dimensione coercitiva del diritto penale, il quale rappresenta uno degli ultimi retaggi della violenza fondativa e costitutiva dell'ordinamento<sup>33</sup>;

d) consolida l'autorevolezza della giurisdizione, inscrivendosi nell'iconografia della Giustizia, accanto a iconemi potenti ed espressivi come la bilancia, la spada e la benda sugli occhi.

A partire da tali premesse – che inducono a considerare la toga come manifestazione del potere giudicante, tale da iscrivere la giurisdizione nella dimensione del rito e di sancirne la distanza e la verticalità – si impone un interrogativo cruciale: la giustizia riparativa è forse una giustizia “senza toga”?

Il quesito presuppone un altro e più radicale interrogativo, concernente la *natura* del simbolo. In sintesi: il simbolo è ciò che *mette in relazione* due entità o è *esso stesso la relazione* (anteriore ai termini della relazione data)? In quest'ultimo senso si orienta Panikkar quando afferma che il simbolo non ha in sé oggettività e non necessita di ermeneutica, perché quando ha bisogno di una spiegazione vuol dire che ha cessato la propria funzione simbolica<sup>34</sup>. E non è neppure soggettività pura, non potendo essere espressione di un vissuto singolo e interiore<sup>35</sup>. Il simbolo interpreta qualcosa che è *conosciuto* e gli *preesiste*<sup>36</sup>.

Quando si ipotizza che la giustizia riparativa sia una *giustizia senza toga* cosa si intende, allora, evocare? La mera esclusione della dimensione simbolica della giustizia – e cioè il rifiuto dell'apparato formale legato al rito che, in quanto espressione del mito, si avvale di simboli<sup>37</sup> – o il desiderio, forse utopico, di uno “strappo” deciso con il passato?<sup>38</sup> Il rifiuto della toga, cioè, può dirsi espressione di una rottura paradigmatica profonda rispetto alla violenza sacrale del penale e alla “sacralità” laicizzata del potere giudiziario?

«Ma, pur essendo il più delle volte falsa, non lascia alcuna traccia di questa sua qualità, indicando indifferentemente il vero e il falso. Non parlo dei folli, parlo di quelli più saggi, perché proprio presso di loro l'immaginazione si arroga il diritto di persuadere gli uomini. La ragione ha un bel reclamare, essa non può conferire valore alle cose».

<sup>33</sup> W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 47, 1920-1921, trad. it. *Per la critica della violenza*, Trieste, 2020.

<sup>34</sup> R. PANIKKAR, *L'arte del simbolo*, Milano, 2020, 20.

<sup>35</sup> *Ibidem*, 16.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 18 ss. Scrive Panikkar: «Ciò con cui spiego il significato di “simbolo” è, evidentemente, qualcosa di precedente al simbolo e che accetto senza che siano necessarie ulteriori spiegazioni».

<sup>37</sup> Ancora una volta il riferimento è a R. PANIKKAR, *L'arte del simbolo*, cit., 22.

<sup>38</sup> Abolire magistratura e avvocatura è tra i sogni di Gonzalo, il vecchio consigliere di Re Alonso, ne *La tempesta* di Shakespeare. Lo ricorda F. GHIA, «Non un solo capello di coloro che tu udisti gridare è andato perduto...». *Marginalia filosofici al rapporto danno-riparazione*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Napoli, 2025, 22.

Per tentare una risposta, occorre delineare, sia pure per cenni, le coordinate fondamentali della giustizia riparativa attraverso la lente normativa della riforma Cartabia, introdotta con il d.lgs. n. 150/2022<sup>39</sup>, con la quale, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano, la giustizia riparativa è stata oggetto di una disciplina organica che la riconosce quale paradigma di gestione del conflitto autonomo ma *complementare*<sup>40</sup> a quello penale.

L'attuale disciplina in materia di giustizia riparativa si configura come un testo normativo avanzato, che si distingue per un impianto strutturale solido e innovativo, il quale, da un lato, introduce un apparato definitorio ampio, comprendente i principi, gli obiettivi, i metodi e le garanzie fondamentali della giustizia riparativa, e, dall'altro, delinea con precisione l'assetto istituzionale e operativo del sistema. In tale contesto, viene disciplinata in modo puntuale anche l'istituzione dei centri pubblici per la giustizia riparativa, riconosciuti come fulcro delle attività sul territorio. Ampio spazio è dedicato alla formazione dei mediatori, con indicazioni dettagliate riguardanti il monte ore, le materie da trattare e le modalità di svolgimento dei percorsi formativi. Viene inoltre definito il procedimento per l'iscrizione agli elenchi dei mediatori esperti e dei mediatori formatori, assicurando criteri trasparenti e standard qualitativi elevati. Infine, particolare attenzione è riservata alle ricadute della giustizia riparativa sul sistema penale, sotto il profilo sia sostanziale che processuale, sancendo un'integrazione concreta tra la formalizzazione dell'esito riparativo di un programma e le possibilità di accesso a meccanismi di *diversion*, di estinzione del reato, o alle dinamiche tipiche dei riti differenziati, del rito ordinario e dell'esecuzione della pena.

Realizzata in attuazione della legge delega n. 134/2021 e in coerenza con le indicazioni di fonte sovranazionale<sup>41</sup>, la disciplina organica della giustizia riparativa

<sup>39</sup> Per una disamina della disciplina organica della giustizia riparativa, nei principi e nelle sue articolazioni interne, si rimanda a A. CERETTI, G. MANNOZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, vol. IV di G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Torino, 2024.

<sup>40</sup> Sulla complementarità, tradotta operativamente nei tre modelli della complementarità sostitutiva, attenuante ed esecutiva, v. le osservazioni di R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa. Ovvero una replica alle critiche mosse alla giustizia riparativa*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Napoli, 2025, 77-105.

<sup>41</sup> In materia di giustizia riparativa, a livello sovranazionale, per limitarsi a un *excursus* delle fonti principali e specificatamente "dedicate", si succedono: la *Raccomandazione R(99)19 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia penale*, disponibile a: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-better-impleme/16807882a7>; i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC Resolution 2002/12): <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-use-of-restorative-justice-programmes-in-criminal-matters/>; la *Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre*

si articola lungo due direttrici fondamentali, entrambe in linea con le fonti sovranazionali, in particolare la Direttiva 2012/29/UE e la Raccomandazione CM/Rec(2018)8 del Consiglio d'Europa.

In primo luogo, si sancisce il principio di accessibilità universale ai programmi di giustizia riparativa: l'accesso non è subordinato, infatti, alla natura o alla gravità del reato, né limitato a una determinata fase del procedimento. Il percorso di giustizia riparativa che vede coinvolti l'autore del reato, la vittima e, eventualmente, componenti della comunità può avvenire in relazione a qualsivoglia reato e in ogni stato e grado del procedimento penale, dalla fase delle indagini preliminari sino all'esecuzione della pena<sup>42</sup>.

In secondo luogo, alla luce del rinnovato quadro normativo, si riconosce la piena autonomia metodologica e strutturale della giustizia riparativa, disciplinandone i presupposti, i principi fondanti, i soggetti coinvolti, le modalità di svolgimento dei programmi e gli effetti che tali percorsi possono produrre nel procedimento penale.

Si può pertanto affermare come, nel quadro del sistema penale, coesistano due modelli generalisti, entrambi statuali e potenzialmente applicabili in modo trasversale:

a) da un lato, il *diritto penale classico*, di matrice retributiva e fondato sulle logiche della colpevolezza e della pena, storicamente radicato nelle codificazioni ottocentesche, consolidato dal Codice Rocco e dalla legislazione penale complementare e costituzionalmente aperto alla rieducazione del condannato;

b) dall'altro lato, il paradigma della *giustizia riparativa*, orientato al dialogo, alla responsabilità riconosciuta attraverso modalità dialogico-relazionali e alla trasformazione del conflitto, che il d.lgs. 150/2022 ha positivizzato e reso implementabile attraverso un *iter amministrativo ad hoc*<sup>43</sup>.

2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (mai attuata dall'Italia): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>; la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale CM/Rec (2018)8: <https://rm.coe.int/168091ebf7>; la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec(2023)2 sui diritti, i servizi e il supporto alla vittime di reato: <https://search.coe.int/cm?i=0900001680aa8263>, che recepisce *in toto* e, per certi aspetti, rafforza la Raccomandazione del 2018.

<sup>42</sup> Sui rapporti tra giustizia riparativa e prospettiva rieducativa v. A. MENGHINI, *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione. Rapporti e implicazioni in fase esecutiva*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Napoli, 2025, 203-223.

<sup>43</sup> A. MARRA, P. TANZARELLA, *I servizi per la giustizia riparativa. Una visione d'insieme*, in A. CERETTI, G. MANNOZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, vol. IV di G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Torino, 2024, 321-334. Da ultimo, M.E. MASTROJANNI, *La creazione della rete dei servizi per la giu-*

In tale orizzonte duale, la toga – simbolo per eccellenza del giudizio come atto solenne e unilaterale – si rivela congrua rispetto al processo ma incongrua nel contesto riparativo, ove la centralità non è più dell'autorità che decide ma delle persone che si incontrano per elaborare, insieme, le ferite derivanti dall'offesa.

Per verificare se effettivamente la giustizia riparativa possa dirsi una giustizia “senza toga” è opportuno richiamare allora, sinteticamente, le caratteristiche dei luoghi, dei tempi e degli attori del sistema penale e della giustizia riparativa, attraverso una lettura sinottica dei due paradigmi.

#### 4. I luoghi della giustizia: spazio, potere, relazione

I luoghi della giustizia non sono mai neutrali. Essi riflettono, incarnano e talvolta amplificano la visione del diritto che li ha generati, rendendosi specchio di una determinata concezione del potere e della sua rappresentazione. Particolarmente significativo, da questo punto di vista, è il confronto tra l'architettura del palazzo di giustizia e quella, radicalmente differente, dei centri di giustizia riparativa.

La giustizia penale viene tradizionalmente amministrata all'interno del *palazzo di giustizia*, espressione lessicale fortemente evocativa, già sul piano etimologico, della regalità. Il palazzo, storicamente, è sede del potere sovrano; si configura come luogo della maestà e della distanza, dove si manifesta l'autorità in una forma solenne e separata dalla vita dei sudditi.

Nell'architettura contemporanea, l'edificio giudiziario conserva una funzione comunicativa, veicolando austerità, formalità, verticalità e controllo. Il palazzo di giustizia è assimilabile a un *topos* della ierofania laica, uno spazio in cui si manifesta un potere sacralizzato, che tende a imporsi più che a proporsi<sup>44</sup>.

L'architettura giudiziaria moderna si fa vettore di una retorica della distanza e della segmentazione: è uno spazio denso, compartimentato, labirintico. Gli uffici amministrativi si affiancano a sale destinate alle udienze progettate per garantire funzionalità, ordine e gerarchia. L'aula giudiziaria stessa è un microcosmo simbolico: il giudice siede su uno scranno elevato, che evoca il trono<sup>45</sup>, alle cui spalle campeggia la scritta “La legge è uguale per tutti” o, in forma più essenziale, “La legge”. Ai lati, spesso compaiono allegorie scolpite o affrescate della Giustizia,

*stizia riparativa. Una sfida complessa*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Napoli, 2025, 273-289.

<sup>44</sup> J. DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, 1994, trad. it. di A. Di Natale, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, 2003.

<sup>45</sup> V. ancora M. LURKER, *Dizionario delle immagini*, cit., 219: «sedere in trono è l'atteggiamento caratteristico della divinità, e il trono stesso è simbolo della sua dignità sovrana».

con bilancia, spada, benda, le quali rafforzano la “teatralità” del potere giudicante. La balastra che separa i giudicanti dal pubblico richiama la palizzata che, nelle forme arcaiche di amministrazione della giustizia, delimitava lo spazio sacro della giurisdizione. Il diritto penale moderno conserva sia i retaggi di un diritto nato dalla vendetta e dalla violenza<sup>46</sup>, contenute e frenate attraverso l’esternalizzazione del conflitto<sup>47</sup>, sia le scansioni procedurali della fabbrica<sup>48</sup>: entrambi i “formanti” si sostanziano di componenti che imprimono *forma e senso* agli spazi del giudizio.

Ben altra natura assumono, invece, gli spazi della giustizia riparativa, i quali si sottraggono deliberatamente alla monumentalità del potere per radicarsi nel tessuto vivo delle comunità. I centri di giustizia riparativa si collocano in luoghi accessibili, prossimi a quelli della vita quotidiana, integrati nei quartieri in cui operano e, proprio per questo, sono portatori di un significato e di una funzionalità relazionali.

L’architettura dei Centri si distingue per sobrietà e accoglienza. Priva di simbologie imponenti, statue o motti solenni, essa rinuncia consapevolmente a ogni spettacolarizzazione, privilegiando ambienti di tipo comune, intimi, non intimidatori, creati per favorire l’ascolto, la prossimità e la partecipazione attiva alla gestione delle conseguenze di un conflitto. Le stanze dedicate alla mediazione o al *circle* – per citare i principali programmi di giustizia riparativa – sono volutamente organizzate in modo da garantire flessibilità. Prive di arredi fissi, con sedie mobili che possono essere disposte in cerchio o a doppio cerchio, si adattano al numero e alle esigenze dei partecipanti, nonché al metodo riparativo prescelto e allo stile di conduzione di quest’ultimo<sup>49</sup>. In tali spazi, che possono avere al loro interno la varietà dei colori della vita, nessuno occupa una posizione di supremazia; la geometria circolare riflette e traduce una concezione orizzontale, dialogica e relazionale della giustizia.

<sup>46</sup> Cfr. U. CURI, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019.

<sup>47</sup> J. NIEVA FENOLL, *Le origini della giustizia*, cit., 90.

<sup>48</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, trad. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976. Alla fabbrica come termine di comparazione si riferiscono anche D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 2018.

<sup>49</sup> Di straordinario interesse è il saggio di S. VAN MASTRIGT, H. STRANG, L.W. SHERMAN, K. BRO WELLNITZ, C. GADE, *Victim and Offender Rating of Mediations and Restorative Justice Conferences: Findings from a Danish Randomized Controlled Trial*, in *Victim & Offenders. An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, 2024, 1-31, ove si confrontano due modelli di giustizia riparativa di larga applicazione – la mediazione e le *restorative conferences* – valutandone in modo rigoroso i risultati attraverso la lente della *percezione* di entrambe le parti coinvolte (e non, come avviene nella maggior parte delle indagini empiriche, delle sole vittime di reato).

Il cerchio, in particolare, si configura come figura simbolica, archetipica<sup>50</sup>, di grande forza evocativa: rappresenta equidistanza, inclusione, reciprocità. Esso consente a ogni partecipante di vedere e incontrare lo sguardo dell'altro, cogliendone non solo le parole, ma anche il linguaggio non verbale: la postura, il tono, i gesti, i silenzi. È in questo spazio che la giustizia si trasforma: da imposizione a incontro, da giudizio a dialogo, da punizione a cura.

Se l'architettura della giustizia riflette la forma del potere – poiché fare giustizia è intrinsecamente una questione di *potestas* –, là dove cambia la forma del potere, muta anche la conformazione dello spazio. I centri di giustizia riparativa, lungi dall'essere paragonabili a “non luoghi”, si pongono come spazi significativi e identitari, capaci di incoraggiare riconoscimento, ricomposizione e rigenerazione all'interno delle comunità.

### 5. I tempi del processo e i tempi della giustizia riparativa

Il confronto tra la temporalità del processo penale e quella propria della giustizia riparativa mette in luce l'eterogeneità strutturale tra due paradigmi di gestione del conflitto penalmente rilevante, fondati su presupposti antropologici, epistemologici e istituzionali distinti.

Nel processo penale, il tempo è scandito da una sequenza cronologica rigidamente normata: termini perentori e ordinatori regolano lo svolgimento delle udienze, le notifiche, il deposito degli atti, la possibilità di accedere ai riti differenziati<sup>51</sup>, l'esercizio dei mezzi di impugnazione. La complessa “ingegneria” temporale pensata per essere strumento di efficienza procedurale è sempre a rischio di malfunzionamento e di inefficienza<sup>52</sup>. Tuttavia, la definizione normativa dei tempi è presidio irrinunciabile delle garanzie processuali, in particolare del diritto dell'imputato a una decisione giudiziale entro un termine ragionevole, come sancito dall'art. 111, comma 2, della Costituzione e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La durata effettiva del procedimento dipende, tuttavia, da molteplici fattori extraprocessuali: l'organizzazione degli uffici giudiziari, l'entità del carico di lavoro

<sup>50</sup> Si vedano, al riguardo, le considerazioni di A. JAFFÉ, *Il simbolismo nelle arti figurative*, in C.G. JUNG *et al.*, *L'uomo e i suoi simboli*, Milano, 1991, 225 ss.

<sup>51</sup> Per una valutazione dell'impatto dei riti alternativi sulla ragionevole durata del processo penale, con riflessioni sulla misurabilità della “ragionevolezza”, v. l'analisi empirico-normativa di T. DI CANDIA, *La tartaruga giudiziaria penale e la vela dei riti alternativi. Principio della ragionevole durata e statistica applicata*, Torino, 2024.

<sup>52</sup> M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, *passim*, ma in part. 199-232.

ro, la dotazione di risorse umane e materiali, l'efficienza del singolo ufficio giudicante<sup>53</sup>. Il legislatore interviene per regolare gli effetti del decorso del tempo sia sul piano sostanziale, mediante l'istituto della prescrizione<sup>54</sup>, sia su quello processuale, prevedendo strumenti volti a contenere la durata dei procedimenti entro limiti ragionevoli<sup>55</sup>. Tuttavia, la prescrizione, pur funzionale a evitare processi di lunghezza indefinita, può condurre all'estinzione del reato in assenza di un accertamento di merito, producendo frustrazione nell'aspettativa di verità<sup>56</sup> e di giustizia, specie da parte della vittima.

All'opposto, nel paradigma della giustizia riparativa, il tempo si struttura secondo logiche profondamente diverse. Non si tratta di un tempo oggettivo, lineare e scandito da norme, bensì di un tempo soggettivo, qualitativo, relazionale. È un tempo che si modella sui bisogni, sulle disponibilità interiori e sulla capacità emotiva delle parti di un conflitto. Si tratta, dunque, di un tempo vissuto, che sfugge alla misurazione standardizzata e trova legittimità nella profondità dell'esperienza più che nella sua durata<sup>57</sup>. Può persino essere un tempo circolare<sup>58</sup>, laddove un percorso di giustizia riparativa venga interrotto, abbandonato e poi ripreso. Non operano, per i percorsi di giustizia riparativa, gli sbarramenti del *ne bis in idem*.

<sup>53</sup> La questione dell'efficienza è stata affrontata, nell'ambito del PNRR e della riforma Cartabia, tramite l'istituzione dell'Ufficio per il processo, sulla cui struttura e funzionalità v. le considerazioni di M. MIRAGLIA, *L'Ufficio per il processo penale*, in M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO (a cura di), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, vol. I di G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Torino, 2024, 135-164.

<sup>54</sup> F. GIUNTA, *La prescrizione deflativa. Una rivisitazione*, in questa *Rivista* 2021, [https://discrimen.it/wp-content/uploads/6554-3\\_Criminalia-2021\\_interno-con-copertina.pdf#page=276](https://discrimen.it/wp-content/uploads/6554-3_Criminalia-2021_interno-con-copertina.pdf#page=276); R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sistema penale*, 7 aprile 2020: [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1586196024\\_bartoli-2020b-nuovo-volto-prescrizione-concezioni-stataliste-garantiste.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1586196024_bartoli-2020b-nuovo-volto-prescrizione-concezioni-stataliste-garantiste.pdf).

<sup>55</sup> M. CAIANIELLO, G.L. GATTA, M. GIALUZ, *Ragionevole durata del processo, improcedibilità per superamento dei termini e riforma della prescrizione*, in M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO (a cura di), *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, vol. I di G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Torino, 2024, 75-118.

<sup>56</sup> Sul rapporto tra dimensione accertativa del processo e verità sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in G. MANNOZZI, R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, 161-184.

<sup>57</sup> Cfr. UNODC, *Handbook on restorative justice programmes*. Second edition, United Nations, Vienna, 2020: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146\\_Handbook\\_on\\_Restorative\\_Justice\\_Programmes.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf), 86 (con riferimento all'approccio e allo stile di conduzione di un programma restorative).

<sup>58</sup> Cfr. C. RIPA, *Iconologia*, cit., ove la simbologia del cerchio è associata al tempo circolare e alla conservazione delle cose (v., in part., 63 Conservazione, 111; 145.1 Giorno naturale, 224).

L'accesso e lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa, dunque, sono insuscettibili di essere incardinati in una tempistica rigida e predeterminata, poiché ciò rischierebbe di snaturarne l'autenticità, l'utilità per le parti e l'efficacia. Quando, tuttavia, la giustizia riparativa si innesta nel procedimento penale e aspira a produrre effetti giuridici, come nei casi della messa alla prova<sup>59</sup> o dell'estinzione del reato per condotte riparatorie<sup>60</sup>, essa deve necessariamente articolarsi entro i limiti temporali imposti dalla procedura. Il compromesso è inevitabile: per essere "accolta" nelle categorie giuridico-temporali del processo penale, la giustizia riparativa deve rinunciare a parte delle sue dimensioni qualitative.

È importante, inoltre, riconoscere che i tempi "adeguati" alla partecipazione a un percorso di giustizia riparativa possono non essere simmetrici per le parti. In alcuni casi, il tempo del responsabile dell'offesa può risultare accelerato dall'incalzare del processo, inducendo a richieste di accesso a percorsi riparativi formulate con urgenza e, talvolta, con scarsa maturazione o, finanche, in modo strumentale. Viceversa, specie nei reati che implicano una dimensione relazionale profonda, come i reati sessuali o gli abusi intrafamiliari<sup>61</sup>, è il tempo della vittima a dilatarsi e a presentare complessità decisionali. L'elaborazione dell'offesa, la disponibilità al dialogo, la volontà di entrare in una dimensione riparativa richiedono, a volte, una lunga gestazione interiore, soprattutto quando si tratta di *child victims*.

Emblematica è la differenza tra il vissuto di una vittima di furto, che può desiderare sin da subito di incontrare "chi" abbia perpetrato il fatto e di superare l'immediato senso di vulnerabilità, e quello di una persona offesa da un reato contro l'integrità fisica o sessuale, la cui ferita interiore richiede, talvolta, tempi lunghi per poter essere nominata, narrata, affrontata.

Neppure la chiusura del processo rappresenta un limite invalicabile. La prescrizione del reato, pur segnando l'estinzione del procedimento, non esclude che,

<sup>59</sup> In generale, sulla messa alla prova, V. BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2023.

<sup>60</sup> Sui risvolti critici dell'art. 162-ter con riguardo alla giustizia riparativa, v. i seguenti saggi di C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, (10) 2017, 1278; *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter cp: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in *Leg. Pen.*, 2018, 1-18; *Condotte riparatorie e giustizia riparativa davanti al Giudice di pace penale*, in S. DALLA BONTÀ, G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Mediare, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al Giudice di pace*, Trento, 2024, 9-27, quest'ultimo con specifico riferimento alla normativa sui reati di competenza del giudice di pace. In argomento, v., da ultimo, C. GRANDI, *Evoluzione e disciplina dell condotte riparatorie nel sistema penale*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, Napoli, 2025, 71-75.

<sup>61</sup> In materia v. S. JÜRlich, M. BRADY-CLARK, P. YEUNG, F. LANDON, *Restorative Justice Responses to Sexual Violence: Perspectives and Experiences of Participating Persons Responsible and Persons Harmed*, in *Victim & Offenders. An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice*, 19(7) 2024, 1424-1449.

successivamente, si creino le condizioni per un percorso di giustizia riparativa: un dialogo privo di effetti giuridici ma denso di significato sul piano umano, relazionale e comunitario.

Ma chi è chiamato a valutare il tempo “giusto” per avviare un programma di giustizia riparativa? In base alla normativa vigente, il giudice, quale autorità inviante, può trasmettere il caso al Centro di giustizia riparativa in qualsiasi stato e grado del procedimento. Sarà poi il Centro, attraverso i mediatori, a valutare in modo indipendente, mediante colloqui preliminari con ciascuna parte, la sussistenza delle condizioni per l’attivazione del percorso, tra le quali, di fondamentale importanza, la genuinità del *consenso*. La valutazione deve tenere conto non solo della disponibilità delle parti, ma anche della compatibilità con i limiti normativi: assenza di pregiudizio per l’accertamento dei fatti e salvaguardia della sicurezza delle persone coinvolte (d.lgs. 150/2022, artt. 5 e ss.).

In definitiva, il tempo della giustizia riparativa non è un tempo che scorre, ma un tempo che *accade*. È un tempo opportuno, *kairos*, più che *chronos*: un tempo della possibilità, che si apre solo quando le persone sono pronte a sostenere l’incontro, ad attraversare il conflitto e, forse, a trasformarlo<sup>62</sup>.

## 6. Il ruolo del giudice e quello del mediatore: paradigmi a confronto

Mettere a confronto il ruolo del giudice con quello del mediatore significa, in realtà, interrogarsi non solo sull’operatività di due distinti paradigmi di gestione dei conflitti aventi rilevanza penale, ma anche sulla loro diversità ontologica<sup>63</sup>. Si tratta di modelli che, pur potendo coesistere all’interno di un sistema penale pluralista, si fondano su principi distinti, perseguono finalità differenti e si avvalgono di logiche dissimili<sup>64</sup>.

La riforma Cartabia ha sancito la loro complementarità, ma tale coesistenza non ne cancella le divergenze profonde. Al contrario, le valorizza, affidando a

<sup>62</sup> G. FORTI, *Tempo del processo e tempo della persona: scorci prospettici dalla giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, F. RUGGIERI (a cura di), *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo Millennio*, Varese, 2005, 95-109, ora anche in G. FORTI, *Il tempo della parola giusta. Scritti di diritto penale, criminologia e letteratura*, a cura di M. Caputo e A. Visconti, Milano, 2025, 109-125.

<sup>63</sup> DI CHIARA, “*Ci incontreremo lì*”. *Giustizia riparativa, tecniche del processo, valori di fondo, sfide*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. speciale, 2023, 73 ss.

<sup>64</sup> Parlano di «ecosistema» onticamente autonomo», richiamando il pensiero di Bonini, G. DI CHIARA, B.C. ALONGI, *Per un nuovo habitus: contesti culturali e itinerari operativi della Restorative Justice nel «tempo delle giustizie»*, in *JUS*, (1) 2024, 39.

ciascuno paradigma un compito specifico nel disegno complessivo di una giustizia penale rinnovata.

È bene iniziare con il giudice, il quale, nel nostro ordinamento costituzionale, è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) e agisce nel rispetto di rigorose garanzie: l'imparzialità, la naturalità e la precostituzione dell'organo giurisdizionale (art. 25, comma 1, Cost.). Non si tratta di meri formalismi, bensì di pilastri del giusto processo e di un presidio imprescindibile dei diritti delle parti. Il giudice esercita un potere decisionale capace anche di orientare l'ermeneutica normativa: le sue pronunce, emesse "in nome del popolo italiano", acquistano forza cogente e concorrono alla formazione del c.d. diritto vivente.

Nel processo penale, la funzione giudicante è ancorata tendenzialmente a una logica binaria: verità/falsità, colpevolezza/innocenza, pena/rinuncia a punire<sup>65</sup>. Sebbene il giudice sia tenuto a un prudente apprezzamento delle prove e delle circostanze e possa discostarsi dalle perizie con motivazione adeguata, in quanto *peritus peritorum*, la sua funzione è comunque orientata all'accertamento dei fatti secondo criteri probatori e regole predefinite.

La centralità del giudice nella scena processuale non implica, tuttavia, necessariamente un contatto vivo e diretto con le persone coinvolte: l'imputato può essere contumace o avvalersi della facoltà di non rispondere; la persona offesa, costituita parte civile, può limitarsi a partecipare attraverso il proprio difensore o a mezzo di memorie scritte; solo se escussa come testimone viene sentita e ha l'obbligo di dire la verità.

Nei percorsi che concretizzano tecniche di *diversion*, l'ascolto diretto della vittima resta eventuale, o del tutto marginale. Anche quando il giudice dispone l'invio del caso a un Centro di giustizia riparativa, può prescindere da una previa interlocuzione con la vittima, contrariamente a quanto richiesto dalla logica relazionale e dialogica propria della *restorative justice*. In questo senso, si intravede una frizione tra le dinamiche del processo – che privilegia la certezza e la formalità – e la natura comunicativa, esperienziale e accogliente della giustizia riparativa.

Alla luce di ciò, l'analisi del ruolo del mediatore si rivela illuminante, proprio perché introduce a un paradigma "altro". Anche il mediatore è figura "istituzionale", prevista da una normativa che ha "statalizzato" la giustizia riparativa<sup>66</sup>, ma non da fonti di rango costituzionale. Il decreto legislativo n. 150/2022 lo definisce

<sup>65</sup> Ma v., ora, le aperture a logiche diverse da parte del sistema dei riti differenziati e delle tecniche di *diversion*. In argomento E. DOLCINI, A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020.

<sup>66</sup> Sia consentito il rinvio a G. MANNOZZI, *Le sfide poste dall'istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismi*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa*, Torino, 2024, 1-23.

*imparziale* ma, come del resto accade nelle fonti sovranazionali<sup>67</sup>, non *neutrale*. La sua posizione è di *equiprossimità*: egualmente *vicino* a ciascuna delle parti coinvolte, nella misura in cui è chiamato a riconoscere la dignità, i bisogni, le sofferenze e le aspirazioni di ciascuno<sup>68</sup>.

In tale orizzonte relazionale, la competenza del mediatore si fonda anziché sulla titolarità di un potere decisionale – che gli è estraneo –, sulla capacità di accompagnare le persone in un percorso di *riconoscimento reciproco*<sup>69</sup>.

Il mediatore non decide, non impone soluzioni, non persegue l'obiettivo dell'accordo ad ogni costo. Piuttosto, si pone come figura terza, separata ma emotivamente prossima, perché capace di farsi *spazio tra le parti*<sup>70</sup> per facilitare l'incontro, accogliere le emozioni, ascoltare le narrazioni e le memorie, rispettare i silenzi e creare le condizioni per una comunicazione autentica tra i partecipanti, senza distribuire la ragione o il torto, ma favorendo l'emersione di verità soggettive. Si forma costantemente per esercitare un ascolto attivo, empatico e non giudicante, all'interno di uno spazio protetto ove devono essere allontanate le insidie della possibile "ri-scrittura" di una memoria unificante del fatto, per agevolare la condivisione di memorie plurali, anche confliggenti, nella consapevolezza che la verità del vissuto è sempre complessa e relazionale.

Tale configurazione del ruolo del mediatore si iscrive perfettamente nello spirito della giustizia riparativa, dialogico, comunicativo, generativo. In tal senso, il paradigma riparativo si propone come integrazione – non surrogato – dell'ordinamento punitivo, rendendo possibile l'emersione del dolore e del conflitto in una forma tale da valorizzare la responsabilità personale e, auspicabilmente, la ricostruzione se non delle relazioni infrante, di condizioni per una nuova convivenza pacifica.

<sup>67</sup> Si vedano: l'art. 2.1 lett. d) della Direttiva 2012/29/UE, cit.; il punto II.3 della Raccomandazione CM/Rec (2018)8.

<sup>68</sup> Cfr. E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *Leg. pen.*, (4) 2023, 52.

<sup>69</sup> Sia consentito rinviare a G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2025, 183-204 (capitolo interamente dedicato al "riconoscimento dell'altro").

<sup>70</sup> Il concetto è esplorato, a partire dal pensiero di De Kerchove e Ost, nel mio precedente volume *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 353 s. Ivi: «Ciò che manca, dunque, una volta instauratosi un conflitto è appunto uno 'spazio' comune – che è stato definito, rispetto alla dialettica della conoscenza, come spazio "entre-deux" – in cui far incontrare le 'esigenze' di ciascuna delle parti. (...) il mediatore dovrebbe riuscire ad "insinuarsi nel nodo della controversia per 'triangularla': vale a dire conferirle il campo necessario per rilanciare la comunicazione dall'uno all'altro». Il virgolettato all'interno della citazione è tratto da M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou le paradoxes du jeu*, Paris, 1992, trad. it. di S. Andrini e G. Lucidi, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano, 1995.

## 7. Una visione grottesca

Affido le conclusioni di questo lavoro a una visione grottesca, paradossale e, proprio per questo, forse, rivelatrice. I paradossi, si sa, palesano talvolta verità profonde per il tramite del rovesciamento della verità “riconosciuta”.

Lasciamo che a guidarci sia l’immaginazione per evocare la figura del mediatore attraverso quella lente simbolica e allegorica che il diritto penale, da sempre, custodisce. Immaginiamo un mediatore in toga, seduto sullo scranno dove campeggia la scritta: “La giustizia riparativa è uguale per tutti” – o, più sobriamente: “Giustizia riparativa”. È attorniato da ausiliari diligenti, interloquisce con altre e diverse figure istituzionali ma non con le parti direttamente; il contesto in cui opera è un’aula affollata; la mediazione è una scena vociferata; il pubblico entra ed esce dal “Palazzo della Giustizia riparativa”.

È, questa, ovviamente, una scena surreale, una rappresentazione grottesca, in cui la giustizia riparativa si attua in forme caricaturali, irrigidite, snaturate. È – appunto – una giustizia *con la toga*, dove la toga diventa emblema di un potere legittimato da forme, rituali, abbigliamento e lessico, un potere che giudica, decide, separa, definisce e prescrive.

E allora sì: la giustizia riparativa è una giustizia *senza toga*. Lo è nella struttura, nei principi, nei metodi e nei valori che incarna. Lo è nella misura in cui non pretende di decidere, ma di *comprendere*; non si fonda sul comando, bensì sulla *relazione*; non mira a sanzionare, ma ad attivare il potenziale *trasformativo* del conflitto presente nella situazione data<sup>71</sup>.

Eppure, la giustizia riparativa consegnataci dal d.lgs. n. 150/2022 non si pone ai margini dell’ordinamento penale, né lo contraddice. Vive, anzi, in una complementarità profonda, sorretta da ragioni logiche, normative e costituzionali.

Per poter esistere davvero, ha bisogno di radicarsi in un’etica della *responsabilità*: un’etica, tuttavia, che non implode nella responsabilità per il fatto commesso, e quindi è retrospettivamente indirizzata al sé medesimo, ma si apre ad essere sempre responsabilità *verso* l’altro<sup>72</sup>. Responsabilità che si nutre dell’incontro, della prossimità, dello sguardo che riconosce e non elude l’umanità dell’altro da sé<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Esplorano il potenziale *trasformativo* della giustizia riparativa, con particolare riguardo più che alla gestione e alla prevenzione dei conflitti, alle dinamiche di giustizia sociale, legate in particolare alle questioni etniche e di genere e alla “cura” del trauma anche intergenerazionale, M. ROSSNER, H. TAYLOR, *The Transformative Potential of Restorative Justice: What the Mainstream Can Learn from the Margins*, in *Annual Reviews Criminology*, (7) 2024, 357-81.

<sup>72</sup> Il riferimento è a E. LÉVINAS, *Éthique at Infini. Dialogues avec Philippe Nemo*, Paris, trad. it. di M. Pastrello e F. Riva, *Etica e infinito. Il volto dell’altro come alterità etica e traccia dell’Infinito*, Roma, 1984.

<sup>73</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*,

È fuorviante l'idea che si voglia, in tal modo, "eticizzare" il diritto penale, come si teme senza fondamento<sup>74</sup>; la questione è restituire all'esperienza di giustizia – anche attraverso il penale – una profondità antropologica<sup>75</sup>. Operare nella giustizia riparativa significa agire nell'orizzonte della responsabilizzazione e dell'autoresponsabilizzazione: due condizioni essenziali per la *restorative justice*, che trova il proprio *ubi consistam* più che nella compensazione materiale, nella valenza simbolica e relazionale della riparazione<sup>76</sup>.

La giustizia riparativa elabora il conflitto là dove esso brucia di più: nel suo *nucleo incandescente*, dove si annidano le sofferenze più acute per la vittima e i meccanismi più profondi di disumanizzazione e di senso di colpa per l'autore del reato. È da lì che possono nascere tanto la recidiva quanto il trauma reiterato; ma è sempre da lì che un lavoro attento all'intelligenza emotiva e relazionale<sup>77</sup>, condotto nel contesto dei diritti umani e alla luce dei nuclei valoriali delle norme penali, può far "germogliare" i primi segnali di trasformazione<sup>78</sup>.

In questa giustizia "senza toga", le vittime non sono interrogate: possono parlare. Possono *raccontare*. Lo *storytelling* assume una funzione identitaria, relazionale e, talvolta, terapeutica<sup>79</sup>. È narrazione che attraversa emozionalmente il passato, che dà forma all'esperienza, che consente, in alcuni casi, di raggiungere una *closure*: un voltare pagina senza rimozione, ma con la consapevolezza conquistata nella sofferenza<sup>80</sup>. Ricordare, per poter dimenticare<sup>81</sup>. Fare pace con ciò che è ac-

Frankfurt, 1979, trad. it. di P. Rinaudo, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002.

<sup>74</sup> O. MAZZA, *Delitto e morale nella nuova sintassi penale della giustizia riparativa (in margine all'ordinanza del Tribunale di Genova)*, in *Diritto di difesa*: <https://dirittodidifesa.eu/wp-content/uploads/2024/05/MAZZA-DELITTO-E-MORALE-NELLA-NUOVA-SINTASSI-PENALE-DELLA-GIUSTIZIA-RIPARATIVA-1.pdf>. V., per contro, le considerazioni di J. CLAESSEN, *The role of restorative justice inside and outside criminal law*, in *The International Journal of Restorative Justice*, 6(3) 2023, 415-425.

<sup>75</sup> R. ROSS, *Returning to the Teachings: Exploring Aboriginal Justice*, Penguin Books Canada, 1996. Ma si vedano anche le considerazioni di J. NIEVA FENOLL, *Le origini della giustizia*, cit., soprattutto in relazione al ruolo del linguaggio, della memoria a lungo termine e del gruppo (specie rispetto alle dinamiche ancestrali legate alla sopravvivenza, all'onore e alla nascita delle regole).

<sup>76</sup> Sui molteplici profili della riparazione v. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024, 3-13.

<sup>77</sup> M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001, trad. it. di R. Scognamiglio *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2024.

<sup>78</sup> L. PEZZOLI, *Vendetta e/o perdono. Dinamiche psicologiche tra ferita, vendetta e perdono*, in *Cura e Giustizia*, 2025, vol. 1, n. 1 (in corso di pubblicazione).

<sup>79</sup> K. PRANIS, *Restorative values and confronting family violence*, in J. BRAITHWAITE, H. STRANG (a cura di), *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge, 2002, 30.

<sup>80</sup> Cfr. *Handbook on restorative justice programmes*, cit., 5 s. e 45. In generale, J. SHAPLAND, G. ROBINSON, A. SORSBY, *Restorative Justice in Practice. Evaluating what works for victims and offenders*, London-New York, 2011.

caduto, senza negarlo, per non essere soggiogati da un trauma giuridicamente chiarito ma emotivamente irrisolto.

Questa giustizia senza toga è, dunque, essenzialmente una *transformative justice*<sup>82</sup>, nel senso più genuino che le comunità native – prime custodi dei formanti della giustizia riparativa – le hanno attribuito. Una giustizia che crede nella possibilità di cambiare: non solo le persone, ma le relazioni, i contesti, gli assetti di potere. Una giustizia, per dirla con Roberto Mancini, che deve farsi *riparativa, restitutiva e generativa*<sup>83</sup>.

È in questa giustizia “senza toga” che la riparazione trova il suo luogo più umano e più vero. Dove il diritto si fa relazione e la parola genera riconoscimento, la riparazione diventa possibile.

<sup>81</sup> A. ASSMANN, *Formen des Vergessens*, Göttingen, 2016, trad. it. di T. Cavallo, *Sette modi di dimenticare*, Bologna, 2019.

<sup>82</sup> J. LLEWELLYN, *Transforming restorative justice*, in *The International Journal of Restorative Justice*, 6(3) 2023, 374-395.

<sup>83</sup> R. MANCINI, *Giustizia*, Padova, 2025, 69 ss.



DARIO MICHELETTI

LE FINALITÀ DELLA PENA PER L'OFFESA INVOLONTARIA <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La carenza di specifiche analisi funzionalistiche riservate alla punizione dei reati involontari. – 2. Funzione motivante della pena e responsabilità penale non intenzionale: una inconciliabilità antropologica. – 3. La radicale ingiustificabilità funzionalistica del *versari in re illicita*. – 4. L'ontologica incompatibilità tra lo *Zufallskomponente* della responsabilità non dolosa e le finalità specialpreventive. – 5. La punizione dei reati involontari nel quadro delle teorie espressive. – 6. Una presa d'atto bisognosa di molteplici profondi correttivi.

1. *La carenza di specifiche analisi funzionalistiche riservate alla punizione dei reati involontari*

Non diversamente dalla teoria del reato, elaborata a partire dal paradigma del delitto doloso d'evento, *in primis* dall'omicidio, anche la teoria della pena soffre, da sempre, di un'identica forzatura prospettica. Anzi, la monofocalità è in quest'ultimo caso addirittura maggiore. Se infatti la colpa e la preterintenzione hanno col tempo contribuito a implementare la teoria del reato<sup>1</sup>, nella letteratura sulle finalità della pena si fatica invece a rinvenire anche solo dei cenni al fondamento della punizione dei comportamenti involontari<sup>2</sup>. Sino al punto che persino i pochi teorici che, di recente, propongono una diversificazione degli scopi della pena in relazione alle varie forme d'illecito si riferiscono, pur sempre, solo alle diverse tipologie di reati dolosi<sup>3</sup> scordandosi il problema finalistico della pena nelle restanti ipotesi di reato.

Una siffatta carenza ha molteplici ripercussioni, tutte di carattere negativo.

<sup>(\*)</sup> È il testo della relazione tenuta al convegno “Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea”, svoltosi a Firenze nei giorni 17 e 18 ottobre 2024.

<sup>1</sup> Basti considerare il contributo euristico fornito dall'imputazione obiettiva dell'evento, in relazione al quale v. per tutti M. DONINI, *Imputazione obiettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 37 ss., *passim*.

<sup>2</sup> Fra le poche eccezioni v. di recente L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. dir., I tematici - Vol. II, Il reato colposo*, a cura di M. DONINI, 2021, 1200 ss. che sottolinea il carattere sorprendentemente inesplorato della materia: *ivi*, 1201, 1207.

<sup>3</sup> Cfr. per esempio T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 112 ss. in relazione al quale si veda nella nostra letteratura di recente A. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024, 106 ss.

Anzitutto, essa sottende l'idea che le teorizzazioni funzionalistiche elaborate per il reato doloso valgono a giustificare anche la punizione degli illeciti involontari, quando invece questi ultimi hanno una struttura e una matrice sociale e psicologica completamente diverse, che li rende *ictu oculi* refrattari a un'acritica estensione<sup>4</sup>. Basti pensare alla prevenzione generale fondata sulla deterrenza, magari plausibile rispetto a comportamenti razionalmente controllabili come quelli dolosi, ma del tutto incongrua – come meglio si chiarirà – rispetto a quelli involontari. Il risultato è che un intero e crescente settore del diritto penale rimane completamente carente di approfondimento sulle ragioni ultime della sua esistenza, dandosi così per scontato che sia giustificato punire la colpa, la preterintenzione, i delitti aggravati dall'evento, la cripto-responsabilità oggettiva o gli illeciti a responsabilità alternativa come le contravvenzioni nelle forme previste oggi dal nostro sistema positivo.

Ma la mancanza di riflessione sulle finalità della punizione del reato involontario non ha un'incidenza negativa solo sul piano politico-criminale. Dallo scopo della pena dipende infatti, come noto, anche la morfologia del fatto punibile, che tende per l'appunto a strutturarsi in consonanza con le finalità perseguite dall'opzione punitiva<sup>5</sup>. Donde la conseguenza che la mancanza di approfondimento sugli scopi della pena nella colpa e nella preterintenzione, da un lato priva questi modelli d'illecito di un contributo morfologico di matrice funzionalistica, e dall'altro lato finisce per mostrare acquiescenza ad ogni struttura di reato involontario che il legislatore ritenga di confezionare. Ci si dovrebbe invece chiedere se ha ancora senso punire tutte le forme di colpa attualmente previste dal nostro sistema positivo; o quale finalità persegua la comminazione della medesima pena per un comportamento volontario o involontario come nel caso delle contravvenzioni o nelle circostanze? E ancora quale scopo persegua la punizione di un modello preterintenzionale ridotto al solo dolo del fatto base così come predica la nostra Corte di Cassazione<sup>6</sup>. E dunque che senso abbia la previsione di una pena da 10 a 18 anni di reclusione irrogata a un soggetto che voleva solo percuotere la vittima nell'ipotesi in cui, indipendentemente da un sovrappiù di colpevolezza, quest'ultima sia deceduta. È razionalmente e teoricamente giustificabile uno scarto sanzionatorio così elevato come quello che intercorre tra le pene previste dall'art. 581 e 582 c.p. da un lato e l'art. 584 c.p. dall'altro lato, se la colpevolezza

<sup>4</sup> *Amplius* L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1202 ss.

<sup>5</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche. Tra fonti europee e Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 161 ss., spec. 173 ss.

<sup>6</sup> Cfr. per tutte Cass., Sez. V, 9 novembre 2023, n. 4564, Rv. 286014-01. Si veda però per qualche increspatura garantista N. GRANOCCHIA, *Prevedibilità ex lege dell'evento mortale e responsabilità oggettiva nell'omicidio preterintenzionale. un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della quinta sezione*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 7, 117 ss.

preterintenzionale si riduce al solo dolo di lesioni o percosse come sostiene la giurisprudenza prevalente?

Da ultimo, ma non per rilevanza, la mancanza di una riflessione specifica sulle finalità della pena per il reato involontario pregiudica anche la riflessione sul tipo di pena preferibilmente e specificamente applicabile ai reati colposi e, più in generale, involontari<sup>7</sup>. È adeguata in questi casi una risposta custodiale identica a quella prevista per i reati dolosi o l'afflizione non dovrebbe avere un diverso oggetto, e magari incidere in termini inabilitativi sul tipo di attività nel cui ambito l'illecito è stato realizzato? Una sanzione pecuniaria non sarebbe maggiormente congrua o essa trascinerrebbe il reato involontario nell'orbita della rilevanza civilistica?

Sono tutti interrogativi lasciati senza risposta dalla indifferenza della dottrina per il tema specifico di questo intervento, che non si presta certo a colmare una lacuna tanto ampia del pensiero penalistico mirando semplicemente a intraprendere taluni percorsi esplicativi.

## *2. Funzione motivante della pena e responsabilità penale non intenzionale: una inconciliabilità antropologica*

Il primo punto che merita chiarire è la tendenziale inidoneità delle tradizionali teorie funzionalistiche a giustificare con plausibilità la punizione degli illeciti involontari. Omettendo di approfondire l'argomento ed assumendo la delinquenza dolosa quale unico terreno di riflessione, i teorici della pena non sembrano essersi avveduti che gli elementi strutturali della colpa, della preterintenzione e della responsabilità oggettiva sono radicalmente refrattari all'accoglimento delle principali spiegazioni funzionalistiche.

Il primo ostacolo da considerare, che accomuna tutte queste forme d'illecito, è all'evidenza l'involontarietà dell'offesa: un elemento che si pone in netta antitesi all'accoglimento della tesi tuttora maggioritaria della prevenzione generale mediante intimidazione, secondo cui la minaccia della pena servirebbe a distogliere/disincentivare i consociati dal tenere determinati comportamenti. Postulando una mente razionale che prima di agire soppesa i pro e i contro dell'opzione criminale, una siffatta teoria è distonica ontologicamente, o meglio antropologicamente, rispetto alla punizione dell'illecito involontario. Invero: anche a voler prescindere dalla falsificante semplificazione che vede nell'agire illecito il risultato di una scelta razionale quando invece chi delinque è spesso preda di spinte impuls-

<sup>7</sup> V. ancora L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1207 ss. che riscontra, in modo condivisibile, plurimi profili di illegittimità costituzionale.

ve e indominabili<sup>8</sup>, è certo che nei casi di non intenzionalità, mancherebbe la stessa premessa logica e psicologica della prevenzione generale negativa, ossia il controllo volontaristico del fatto che la pena dovrebbe distogliere dal compiere. Di più: se l'essenza della prevenzione generale negativa è quella di voler condizionare i comportamenti degli esseri razionali, e se la colpa origina per definizione da distrazione, disattenzione, involontarietà, occorrerebbe concludere che esiste una irrimediabile incomunicabilità tra i due piani<sup>9</sup>. Cosicché continuare a giustificare la pena della colpa con la teoria della deterrenza non ha maggiore plausibilità di chi ipotizza che anche gli analfabeti possano essere condizionati da messaggi testuali.

D'altro canto, si potrebbe obiettare che quanto si è sinora osservato varrebbe solo per la colpa incosciente, ma non per quella cosciente, che postulando la consapevolezza della trasgressione, ben sarebbe compatibile con politiche di prevenzione generale negativa. Da tale angolazione, si potrebbe infatti supporre che la minaccia di una pena afflittiva servirebbe a disincentivare gli aspiranti trasgressori per lo meno dal tenere una consapevole violazione delle regole cautelari. Una supposizione assai diffusa, tanto da avere giustificato la politica criminale degli ultimi decenni in materia di reati colposi (si pensi ai reati di omicidio e lesioni stradali), il cui inasprimento sanzionatorio è stato esplicitamente motivato, in ambito politico, proprio con la necessità di disincentivare l'assunzione del rischio illecito connesso alle violazioni cautelari realizzate consapevolmente<sup>10</sup>.

Eppure, anche questa diffusa convinzione altro non sottende se non un luogo comune privo di supporto logico e riscontro effettuale.

Si rifletta: puntando a ridurre i reati colposi inasprendo le pene, ci si dimentica che tali più aspre pene non potranno mai applicarsi "a tutte" le violazioni cautelari realizzate consapevolmente: vuoi perché il loro numero è così elevato da rendere impraticabile qualunque politica che si prefigga di contenerle tramite l'irrogazione di sanzioni di natura carceraria; vuoi perché se così fosse si colpirebbero in realtà reati dolosi di pura condotta anziché fatti colposi. Vero ciò, occorre prendere atto che sussisterà sempre uno scarto, ed uno scarto enorme, tra l'elevatissimo numero di infrazioni volontarie e i pochi casi in cui esse sono punite perché hanno cagionato l'evento infausto. Un ineliminabile e gigantesco differenziale tra il grande numero d'infrazioni e le poche applicazioni della pena che costituisce il più esiziale *vulnus* delle politiche di deterrenza applicate alla colpa

<sup>8</sup> In merito alle tipologie di delitto doloso "resistenti" alla prevenzione generale negativa v. ad esempio T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., 112 ss.

<sup>9</sup> Così già D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 254 s.

<sup>10</sup> Per questa ennesima giustificazione si veda di recente: *Nuovo Codice della Strada: sanzioni più severe per guida in stato di ebbrezza e uso del cellulare*, in *Quotidiano Nazionale*, 14 dicembre 2024.

cosciente<sup>11</sup>. Tale scarto altro non serve infatti che ad alimentare un atteggiamento psicologico di assuefazione e conseguente sciatteria, che è facilmente riscontrabile anche in ciascuno di noi, convinto di poter scansare l'applicazione della pena pur violando consapevolmente la regola cautelare vuoi contando sul fatto che l'evento non si verificherà vuoi per particolari abilità proprie o anche semplicemente contando sulla sorte. È per questo che gli individui tornano a casa la sera dopo cene in cui si sono consumate bevande alcoliche indipendentemente dalla gravità della pena prevista per l'omicidio stradale aggravato dalla guida in stato di ebbrezza; ed è per questo che i datori di lavoro continuano a sottovalutare l'importanza dell'adozione di misure cautelari malgrado il continuo inasprimento delle sanzioni stabilite dal comma 2 dell'art. 589 c.p. Perché tutti i potenziali trasgressori sanno che la sanzione non scatta per la semplice violazione cautelare, ma opererebbe solo nel caso di verifica di un evento remoto niente affatto connesso in modo automatico alla condotta, che si conta comunque di schivare.

In conclusione, chi propone di spiegare la pena della colpa cosciente tramite la prevenzione generale mediante intimidazione si scontra con un ineliminabile e gigantesco scarto statistico tra l'enorme numero dei comportamenti deliberatamente trasgressivi della regola cautelare e l'esiguissimo numero delle pene applicabili in questi casi. Il che ingenera fatalmente nella collettività una condizione di superficialità e assuefazione alla violazione che ha sinora determinato, e non può che determinare anche per il futuro, il fatale fallimento di ogni politica che s'illuda di far leva sulla deterrenza per ridurre la realizzazione di offese involontarie.

Non è questo, si badi, un rilievo pratico banale né teoricamente aggirabile. In particolare, rispetto ad esso non vale l'espedito argomentativo utilizzato dai sostenitori della prevenzione generale negativa che, posti di fronte al problema dei delinquenti irriducibili e refrattari a ogni stimolo sanzionatorio, tendono a escludere l'*omnimodo facturus* dal raggio della deterrenza, circoscrivendo la validità della propria tesi a quella parte della popolazione che resta comunque sensibile al (e condizionabile dal) timore della pena. Nel caso della responsabilità colposa, il *vulnus* della prevenzione generale negativa non sta nell'indole dei destinatari, talché sarebbe possibile suddividerli in sensibili o meno. È la meccanica della deterrenza applicata alla colpa che è affetta da un baco nella misura in cui essa ambirebbe a distogliere i consociati dall'assumere i rischi connessi alla violazione cautelare, ma si è costretti ad attendere i rari casi in cui da tale violazione scaturisce l'offesa per poter applicare finalmente la pena. Di qui un ritardo funzionalistico, cui corrisponde un imponente scarto statistico e psicologico, che finisce per ren-

<sup>11</sup> Sulla valenza sistematicamente trascurata della c.d. *cifra oscura* nella giustificazione funzionalistica della punizione della colpa v. L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1205.

dere strutturalmente inadatta la prevenzione generale negativa a giustificare e conformare la punizione dei reati colposi. Per questo tutti gli ordinamenti che tendono con serietà a ridurre specifiche forme di delinquenza colposa, come per esempio quella connessa alla circolazione stradale o alla sicurezza sul lavoro, hanno puntato sulla patente a punti o sulla patente a crediti, ossia su meccanismi che impediscono al destinatario di continuare a svolgere una determinata attività in funzione del numero di infrazioni riscontrate a proprio carico. Questa sì che è un provvedimento in grado di condizionare il comportamento degli operatori nella misura in cui le conseguenze sanzionatorie sono connesse direttamente alla semplice trasgressione; anche se occorre riconoscere che la patente a crediti e meccanismi analoghi finiscono a ben vedere per sanzionare illeciti di mera condotta realizzati volontariamente: il che è la riprova che per adattarsi ai fatti involontari, la prevenzione generale negativa è costretta a trasformare tutti i reati in dolosi.

### 3. *La radicale ingiustificabilità funzionalistica del versarsi in re illecita*

D'altro canto, un'analoga e ancor maggiore asimmetria funzionalistica rivela la prevenzione generale negativa rispetto ai modelli preterintenzionali o, più in generale, ai casi di colpa nell'agire illecito<sup>12</sup>, specie se interpretati quali forme di responsabilità oggettiva occulta come avviene da parte della nostra giurisprudenza<sup>13</sup>.

Se, infatti, come sostiene la Cassazione l'elemento soggettivo della preterintenzione sta tutto nella volontà della condotta base che è già sanzionata con una sua autonoma pena, solitamente molto più lieve rispetto a quella derivante dalla causazione dell'evento involontario (come accade per esempio nell'art. 584 c.p.), l'inasprimento sanzionatorio, per di più draconiano, previsto nel caso in cui si verifichi l'evento non voluto smarrisce completamente ogni funzione orientativa. Postulando un condizionamento sulla volontà, l'effetto generalpreventivo è predicabile solo rispetto alla pena riservata alla parte del fatto preterintenzionale realizzata consapevolmente (vale a dire dalla pena prevista per le percosse e le lesioni), mentre l'ulteriore trattamento sanzionatorio che scatta nel caso di verificazione dell'evento non voluto, pur essendo assai più severo, non può prestarsi a distogliere l'agente dal realizzarlo perché per definizione esso è privo di quella connotazione psicologica, la volontà, passibile di condizionamento.

<sup>12</sup> Così D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 255 s.

<sup>13</sup> In argomento, v. anche per gli ampi riferimenti M. NICOLINI, *La Cassazione ancora sull'autonomia dell'elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 7-8, 153 ss.

D'altronde, l'autore dell'illecito base (nella rissa, nell'omissione di soccorso, nell'abbandono di minori, nell'omicidio preterintenzionale, ecc.), innescando l'*iter* causale che dà corpo alla condotta tipica autonomamente sanzionata in forma più lieve, ha già perso definitivamente la dominabilità del fatto: talché la più severa pena comminata nell'ipotesi in cui si verifichi l'evento aggravatore (per definizione) involontario non può certo dirsi che discenda dalla necessità di distogliere con maggior efficacia il soggetto agente dal realizzare l'ulteriore lesione. Più semplicemente, se la sorte gli è favorevole, verrà chiamato a rispondere del solo fatto base. Altrimenti, verificandosi il successivo evento lesivo a lui ascrivibile egli incorrerà nel più severo regime sanzionatorio, la cui irrogazione – non essendo suffragata da un livello di dominabilità maggiore rispetto a quello che caratterizza la realizzazione della condotta base – non può certo giustificarsi, a questo punto, sulla base di un aggiuntivo atto di ribellione del soggetto agente rispetto a una distinta e ulteriore norma-precetto sottostante alla “disposizione aggravatrice”.

Certo: si potrebbe obiettare che in realtà tutti questi inasprimenti sanzionatori rimarrebbero comunque spiegabili in termini generalpreventivi perché fungerebbero da monito per gli individui di non oltrepassare la soglia dell'illiceità, avvertendoli che ove lo facessero anche il verificarsi di ulteriori conseguenze dannose non volute li esporrebbe a punizioni severissime, secondo la nota logica del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*<sup>14</sup>. Una siffatta spiegazione, magari anche rispondente al pensiero del legislatore storico, non pare tuttavia compatibile con il volto costituzionale della pena, la quale non può tollerare una qualunque spiegazione funzionalistica della pena che risulti indipendente e non calmierata dalla colpevolezza<sup>15</sup>. Specie nel caso della prevenzione generale negativa, la minaccia di una pena grave per un evento che si postula non voluto, lungi dal sottendere una forma di orientamento, altro non esprimerebbe che terrorismo sanzionatorio tipico di uno stato autoritario.

#### 4. *L'ontologica incompatibilità tra lo Zufallskomponente della responsabilità non dolosa e le prospettive risocializzatrici*

Esiste una seconda nota strutturale della colpa, e più in generale di ogni forma di illecito non volontario, che entra in tensione con le teorie specialpreventive,

<sup>14</sup> S. CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, 1997, 111.

<sup>15</sup> T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss. Sulla incostituzionalità di questi modelli sanzionatori ispirati alla logica del *versari v.* nello specifico L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1209 s.

retributive, neutralizzative, dell'emenda e, in termini più generali, con tutte quelle molteplici concezioni funzionalistiche che esigono un nesso di appartenenza dell'offesa al suo autore, quasi che essa ne esprimesse l'indole, il carattere, l'essere. La si coglie riflettendo sul fatto che solo l'intima appartenenza dell'illecito all'agente è ciò che, da queste molteplici angolazioni, sorregge e giustifica la prospettiva risocializzatrice, così come ogni forma di prevenzione speciale e di matrice retributiva.

Se così è, non potrà allora sfuggire come la colpa – al pari di qualunque forma di responsabilità penale involontaria – rechi in sé un elemento strutturale ineliminabile, che impedisce *ab imis* la possibilità di considerare l'offesa involontaria come una diretta e pregnante proiezione esistenziale del suo autore. Il riferimento è all'ineliminabile componente di fortuito che contraddistingue la verifica dell'evento offensivo involontario (non per caso a lungo considerato una sorta di condizione obiettiva di punibilità); uno *Zufallskomponente* che solo seleziona, tra la moltitudine di violazioni cautelari, quelle che hanno in sorte di rientrare nel raggio operativo della pena<sup>16</sup>. Come già annotava Gustav Radbruch a supporto di una simile componente aleatoria, tra due individui egualmente imprudenti nel maneggiare un lume solo quello rispetto al quale la “malvagità dell'oggetto” ha determinato lo sviluppo dell'incendio risponderà del fatto mentre l'altro andrà esente da qualunque sanzione penale<sup>17</sup>. Ma lo stesso dicasi per due automobilisti che feriscano colposamente due pedoni in modo ugualmente grave. Nel caso in cui sopraggiungesse un solo medico in grado di salvare una sola delle vittime, dalla scelta del medico finirebbe per dipendere l'applicazione della pena dell'omicidio colposo ad uno o all'altro dei trasgressori<sup>18</sup>. A parità d'infrazione – in breve – la pena non dipenderà solo dalla maggiore colpevolezza e censurabilità del soggetto, ma da un preponderante elemento di casualità tale da aver fatto affermare che la colpa penale è una «*vergognosa responsabilità per il caso*»<sup>19</sup>. Una responsabilità per il caso che raggiunge livelli esponenziali nel concorso colposo di persone, o di concorso di contributi colposi indipendenti allorché s'intrecciano tra loro in modo ancor più casuale molteplici elementi di fortuito<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Su tale caratteristica è tornato ripetutamente soprattutto L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1070 ss.; ID., «*Gestire* il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena «ritorsione»», in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 965; ID., voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, cit., 1204 s.

<sup>17</sup> Per tale citazione v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 106.

<sup>18</sup> L'esempio proposto da Bloy è ripreso da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 332 s.

<sup>19</sup> L'espressione è ancora di Guastav Radbruch: D. CASTRONUOVO, *op. loc. cit.*

<sup>20</sup> V. da ultimo F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 197 ss.

Ma lo stesso dicasi, a ben vedere, anche per la colpa nell'agire illecito, come la preterintenzione o i delitti aggravati dall'evento. Anche in questi contesti, a parità di condotte basi dolose, la verifica dell'evento ulteriore, non essendo automatica, dipenderà sempre anche da una componente di fortuito ulteriore (si pensi alla preterintenzione da spinta o ai maltrattamenti aggravati dall'evento suicidio della vittima), tale da non potersi ritenere che la sanzione prevista per l'evento più grave si ponga in un rapporto di esclusiva e stretta correlazione con l'agente: il quale, non solo non l'ha voluto, ma percepisce appieno che in un altro contesto storico, con altri interlocutori comportamentali e in diverse circostanze concrete, l'evento più grave non si sarebbe realizzato. Emblematica, sotto questo profilo, la persistente e assoluta inoperatività giurisprudenziale dell'art. 41, comma 2, c.p. nei casi in cui l'input causale derivi da una condotta volontaria: tanto basta secondo la giurisprudenza per ascrivere all'autore qualunque epilogo letale quand'anche derivante da una grave colpa medica nella fase delle cure<sup>21</sup>.

Un simile scarto non ha ovviamente una rilevanza meramente statistica. Esso riflette e alimenta una precisa condizione psichica dell'autore dell'evento involontario che, non a torto, si sente fors'anche responsabile della violazione base (dolosa o colposa), ma al contempo vittima della sorte che ha contribuito a produrre il danno. Si pensi ad alcuni eclatanti casi giudiziari come quello dell'amministratore delegato delle Ferrovie dello Stato chiamato a rispondere del disastro della stazione di Viareggio per talune carenze del sistema di prevenzione che sono state a lui attribuite. Ma si consideri ancora il Componente della Commissione Grandi Rischi condannato per la morte di alcune vittime del terremoto de L'Aquila per avere rilasciato dichiarazioni rassicuranti sulla situazione sismica del litorale. Per non parlare della moltitudine di Consiglieri di amministrazione oramai in pensione condannati nel corso di questi anni per la morte da mesotelioma di lavoratori che inalarono amianto tra la fine degli anni '70 e i primi anni '90, il tutto reso ancor più casuale, almeno un tempo, dalla sostanziale irrilevanza ai sensi dell'art.

<sup>21</sup> Cfr. per tutte Cass., Sez. V, 4 aprile 2022, n. 18396, Rv. 283216-02, con nota di I. MOTTA, *La colpa medica non è idonea di per sé ad interrompere il nesso causale*, in *Cass. pen.*, 2022, 3508 ss., secondo cui «In tema di lesioni personali volontarie seguite dal decesso della vittima, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici, ancorché di elevata gravità, non elide ex se il nesso causale tra la condotta lesiva e l'evento morte, in quanto l'intervento dei sanitari costituisce, rispetto al soggetto leso, un fatto tipico e prevedibile, anche nei potenziali errori di cura, mentre ai fini dell'esclusione del nesso di causalità occorre un errore del tutto eccezionale, abnorme, da solo determinante l'evento letale. (Fattispecie in cui si è ritenuto che la serie causale, innescata dalle percosse che avevano determinato la frattura della vertebra sacrale della vittima, non fosse stata interrotta dalle negligenze omissioni dei sanitari, che – unitamente ad altre concause, quali le prolungate carenze di alimentazione e di idratazione della vittima – avevano favorito e accelerato, ma non autonomamente determinato, lo scompenso cardiaco risultante, infine, fatale)».

41, comma 2, c.p. di qualunque concausa posteriore alla condotta avesse codeterminato la verifica dell'offesa involontaria<sup>22</sup>.

In tutta onestà, si può seriamente ritenere che in questi casi le persone condannate si sentano intimamente responsabili del fatto, vedendo quelle offese come espressione del loro essere, così da sussistere i presupposti affinché la sanzione si presti alla riappropriazione da parte del soggetto agente del valore che egli ha offeso sino a imporgli un forzato percorso di risocializzazione?

Vero è che le astrazioni teoriche tendono non di rado a perdere contatto con la realtà e sintonia con il senso comune, ma la giustificazione in termini specialpreventivi delle sanzioni concernenti fatti involontari finisce per scadere nell'ipocrisia, o quanto meno per risultare urtante, tanto è l'incidenza del fortuito nei presupposti di quella singola responsabilità individuale.

Non è un caso dunque che i pochi teorici della colpa che si sono sforzati di conciliarla con istanze retributive e specialpreventive hanno proposto di incentrare la responsabilità colposa, non già sulla verifica dell'evento che deriva fortuitamente dalla trasgressione, bensì sulla concretizzazione della situazione di pericolo che segue alla trasgressione della regola cautelare<sup>23</sup>. Ma si tratta di una soluzione di ripiego tutt'altro che soddisfacente, sia per la disagiata messa a punto di quella precisa situazione di pericolo che solo legittimerebbe l'an della pena, sia perché tale prospettiva finisce *more solito* per trasformare la colpa in una fattispecie dolosa di pericolo ribadendo così, indirettamente, che in mancanza di una completa volontarietà di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico non risulta appagante nessuna delle comuni spiegazioni funzionalistiche chiaramente ideate solo in relazione alla responsabilità dolosa.

##### 5. *La punizione dei reati involontari nel quadro delle teorie espressive*

Piaccia o non piaccia, interrogandosi sulle teorie della pena in grado di spiegare la punizione dei reati non volontari, presto ci si accorge che nessuna delle concezioni più accreditate in dottrina si presta ad offrire una soddisfacente spiegazione. Non solo. Una simile analisi, oltre a rivelare i limiti delle impostazioni classiche mette al contempo in risalto come altre teorie funzionalistiche, proprio

<sup>22</sup> Per questo rigoristico orientamento v. Cass., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 9967, Rv. 246797-01, con nota di G. MARTIELLO, *A proposito dell'errore medico quale causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ai sensi dell'art. 41 cpv c.p.*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 527 ss.

<sup>23</sup> B. SCHÜNEMANN, *Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft. Eine Bestandsaufnahme*, in E. GRAUL, G. WOLF, *Gedächtnisschrift für Dieter Meurer*, Berlin, Boston, 2002, 44 s.

quelle che nel nostro contesto culturale sono oggetto di maggiori critiche, paiono invece offrire una spiegazione della punizione dei reati involontari molto più pertinente e logica. Il riferimento è alle c.d. concezioni espressive della pena, un coacervo teorico molto ampio, eterogeneo e oggetto di crescente consenso, specie nella cultura giuridica anglosassone, accomunato dalla accentuazione della valenza comunicativa che la pena esplica quale denuncia enfatica del crimine<sup>24</sup>.

Una denuncia che si rivolge, volendo, anche al reo. Ma i destinatari privilegiati di questa espressività punitiva volta a placare la reazione emotiva suscitata dal reato nella collettività sono soprattutto la società e le vittime, di cui occorre *in primis* scongiurare ogni pulsione vendicativa (Durkheim). Di qui la necessità della pena e della sofferenza del reo che si presta a ristabilire il sentimento di fiducia delle persone oneste, di chi non intende delinquere, corroborando la bontà delle loro scelte di vita e dei valori che le ispirano enfatizzando la capacità dell'ordinamento di preservarle dal pervasivo rischio esistenziale che la criminalità, specie quella colposa, rappresenta.

Mai come nel caso dei reati colposi si è in grado di cogliere la richiesta del gruppo sociale di una risposta punitiva rassicurante che si presti a fronteggiare lo sgomento che ciascuno avverte quando si percepisce quale potenziale vittima. Tanto più che il reato colposo, proprio per quella componente di fortuito di cui si è detto, è strutturalmente dotato di una pervasività lesiva straordinariamente maggiore rispetto alle offese mirate che contraddistinguono l'azione dolosa. Non solo: la colpa è statisticamente più ricorrente, così come in forte crescita sono i fattori di rischio che la modernità impone di sorvegliare. Di qui un sentimento collettivo e generalizzato d'insicurezza che è molto meno avvertito rispetto ai reati dolosi, e che funge da ideale premessa psico-collettiva per il radicamento di una politica di assicurazione sociale tramite la pena.

E che sia proprio questo il principale scopo della pena nei reati involontari è chiaramente intelligibile tanto dalle scelte di politica legislativa che li riguardano, quanto dalle dinamiche giudiziali che contraddistinguono l'accertamento della responsabilità colposa.

Basti pensare alla estrema riluttanza per le istanze di depenalizzazione della responsabilità colposa, che s'infrangono di fronte al crescente numero di atti colposi offensivi e alla diffusa convinzione che solo la pena sia in grado di fronteggiarli mentre serve solo a controbilanciare quel sentimento di indignazione collettiva e di risentimento che la criminalità colposa alimenta. Di qui l'inarrestabile incremento sanzionatorio comminato ai reati colposi più ricorrenti e di maggiore allarme sociale. Un livello, come si è chiarito, del tutto inutile in termini general-

<sup>24</sup> V. da ultimo diffusamente A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit.

preventivi, ma escogitato *ad hoc* per assicurare il gruppo della serietà dell'impegno profuso dall'ordinamento nel combattere queste forme di criminalità. L'effetto nel tempo è quello di una spirale viziosa tale per cui ad ogni emergenza le pene vengono inasprite senza che migliori di nulla la spinta generalpreventiva, ma incrementando solamente il rischio di strumentalizzazione del potenziale autore colposo, che sentendosi assediato dal "fortuito" chiede tramite le proprie categorie sempre più "scudi penali" e baluardi da un sistema giudiziario talmente incombente da condizionare, in chiave difensiva, anche il *modus operandi* delle categorie più esposte.

Se possibile, ancora più evidente è la finalità espressiva della pena che emerge nei processi riguardanti i reati involontari, assediati da vittime che reclamano a priori una punizione esemplare. Una punizione che, per di più, si pretende rivolta ai vertici delle organizzazioni coinvolte, vuoi per una loro assiomatica responsabilità morale in relazione ai fatti accaduti, vuoi per la maggiore capacità risarcitoria che i vertici sono in grado di assicurare. Non v'è allora da sorprendersi per il clamore e le proteste suscitate dai casi in cui il filtro processuale attuato da magistrati resistenti alle pressioni esterne ha deluso le aspettative iniziali delle sedicenti vittime. Pure questa, sebbene in negativo, è la prova che la pena dei reati involontari persegue una mera finalità espressiva tale da innescare ingiustificate ribellioni ogni qual volta l'assioma di partenza non trova conferma giudiziale.

#### 6. Una presa d'atto bisognosa di molteplici profondi correttivi

Di fronte a queste conclusioni, si possono assumere due opposti atteggiamenti. Il più istintivo per un giurista è impuntarsi sull'inaccettabilità delle teorie espressive della pena che pure tendono a crescere di numero e di sostenitori, deprecando l'intollerabilità della strumentalizzazione della singola persona punita o, meglio, immolata per la assicurazione del gruppo<sup>25</sup>. L'epilogo di un siffatto atteggiamento è però il nobilissimo quanto vacuo ritorno alle dottrine classiche della pena, nel tentativo – a ben vedere impossibile (v. *supra* § 2 ss.) – di adattare alla spiegazione funzionalistica della pena per le offese involontarie.

Oppure, con disincanto e pragmatismo, occorre prendere atto che la pena nei reati involontari (ma forse non solo in essi) altro non esplica se non una funzione espressiva e di conferma sociale dei valori offesi dal reato e dalle norme poste a loro presidio<sup>26</sup>. Una funzione quanto mai pericolosa se non addirittura odiosa –

<sup>25</sup> In questo senso A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit., 143 ss.

<sup>26</sup> Per una personale lettura in questa direzione v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 281 ss.

un'altra espressione di quell'immoralità ineluttabile che il diritto penale incarna – di fronte alla quale non resta però al penalista che mettere in campo tutti gli strumenti di cui egli dispone per restringere quanto più possibile le derive di una siffatta meccanica punitiva.

Ecco allora in breve, e in modo per nulla esaustivo, alcuni provvedimenti che si potrebbero adottare nel campo dei reati involontari.

Anzitutto, la prima misura da attuare è senza dubbio l'eliminazione di ogni forma di responsabilità oggettiva e di *versari in re illicita*. Meccanismi come l'art. 116, comma 2, c.p. o quello delineato dall'art. 588, comma 2, c.p., o le condizioni obiettive di punibilità intrinseche, non possono avere alcuna legittimazione in un sistema costituzionalmente orientato al principio di personalità della responsabilità penale. Non rispondendo ad alcuna sensata logica funzionalistica, tali strumenti altro non servono che a dare libero sfogo alla funzione espressiva della pena consentendone un'applicazione tanto sbrigativa quanto strumentalizzante.

Beninteso: la repulsione per il *versari* dovrebbe coinvolgere non solo il piano legislativo ma ancor più la giurisprudenza, quanto mai incline a trasformare in cripto-responsabilità oggettiva molti reati non volontari. Valga per tutti il riferimento alla giurisprudenza sulla preterintenzione, indegna di un ordinamento che ha prodotto le sentenze della Corte cost. n. 364/88 e 1085/88. Ma tutto questo richiederebbe una dottrina compatta, che riprendesse con convinzione il suo nobile compito di "cane da guardia" delle garanzie anziché compiacere la giurisprudenza nella speranza di trarre un lustro riflesso o, peggio, condividendone lo spirito liberticida.

In secondo luogo, andrebbero eliminate le ipotesi di responsabilità colposa operanti solo come forme di semplificazione probatoria del fatto di reato e, in particolare, dell'elemento soggettivo. Si pensi alle contravvenzioni, in cui l'incriminazione colposa, assoggettata alla medesima comminatoria edittale della corrispondente incriminazione dolosa, ha l'unico scopo di consentire l'applicazione di quest'ultima senza appesantire il processo di accertamento con la prova del dolo. Ma si consideri anche il criterio d'imputazione delle aggravanti dei reati dolosi che, negli stessi termini, si prefigge di incrementare la risposta sanzionatoria, spesso in modo considerevole, senza richiedere al giudice di subordinarne l'applicazione alla prova della volontarietà dell'elemento aggravatore, creando così un ibrido strutturale di difficile giustificazione.

Una volta ristrette le ipotesi di responsabilità per offese involontarie solo a quelle che sono in astratto conciliabili con il quadro di valori cui s'ispira il nostro sistema, occorrerebbe intervenire sulla loro interpretazione, al fine di adottare tutte le soluzioni teoricamente fondate che ne restringono la portata applicativa.

Il riferimento è – solo per citare alcuni temi – all'abbandono delle tesi creazionistiche della regola cautelare tramite il giudizio di prevedibilità in favore dell'ancoraggio della tipicità colposa solo ai modelli cautelari radicati nel gruppo

di riferimento<sup>27</sup>. Ma si consideri la doverosa ricerca di una maggiore personalizzazione della responsabilità colposa, che sia in grado per lo meno di ridurre la dipendenza dal caso, non solo e non tanto tramite la velleitaria ideazione di “scusanti implicite” corrispondenti all’incapacità del singolo di rispettare la regola cautelare<sup>28</sup>, quanto imponendo l’accertamento processuale dell’effettiva conoscenza da parte dell’agente dei segnali d’allarme (c.d. *Anlass*) che imponevano l’adozione della regola cautelare<sup>29</sup>.

Ma più di ogni altra cosa, s’impone un’assimilazione funzionalistica dell’incriminazione colposa a quella dolosa in termini di tutela del bene giuridico.

È agevole avvedersi, infatti, come nell’ambito dei reati dolosi la sanzione miri a dissuadere l’individuo dal tenere le condotte più gravi e offensive della vita in comune secondo una logica di sussidiarietà e frammentarietà. Viceversa, seguendo le tradizionali concezioni della colpa che sono scaturite dalla prevedibilità e dall’agente modello, la pena tenderebbe a far sì che il singolo migliori lo standard di tutela assicurato dalla collettività al bene giuridico. Come a dire che per la dottrina tradizionale l’incriminazione dolosa si presterebbe ad afferrare il “male” (peraltro debitamente selezionato dal legislatore), mentre l’incriminazione colposa si prefiggerebbe di sanzionare anche “il mancato incremento del bene”, sotto forma di maggiore tutela.

È una discrepanza funzionalistica intollerabile, che solo una convinta e coerente concezione normativa della colpa è in grado di correggere. Questa, tra gli altri pregi, ha proprio il merito di riallineare funzionalmente l’incriminazione colposa a quella dolosa, senza che il titolo d’imputazione soggettiva finisca per modificare il fine dello strumento punitivo. In ambo i casi, infatti, la sanzione criminale non ambirebbe a rendere i singoli individui migliori di quanto sia la collettività cui appartengono, ma a presidiare una comune soglia di tutela, così da far sì che l’imputato per un reato colposo possa trovare la propria difesa nel rispetto del comportamento cautelare consuetudinariamente adottato in quel determinato contesto operativo cui esso appartiene. Diversamente, la funzione espressiva della pena finirebbe sempre per esporlo a una strumentalizzazione della sua posizione processuale in vista del miglioramento degli standard di tutela a cui il gruppo sociale anela, specie nei momenti in cui è assillato dalla percezione del rischio esistenziale che il ripetersi di fatti involontari alimenta.

<sup>27</sup> V. *amplius* volendo D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Siena, 2021, 117 ss.

<sup>28</sup> V. diffusamente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., 560 ss.; A. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss., *passim*; M. DONINI, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, spec. 144 ss.

<sup>29</sup> Cfr. D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 98 ss., 110 ss.

MICHELE PAPA

LA FATTISPECIE INCRIMINATRICE COME “FORMA SIMBOLICA” (\*)

SOMMARIO: 1. Simboli e diritto: una strada a doppio senso di marcia. – 1.1. Simboli che parlano del diritto. – 1.2. Diritto che parla attraverso i simboli. – 2. La parte speciale del diritto penale come archivio di “forme simboliche”. – 2.1. La fattispecie incriminatrice come testo letterario. – 2.2. Un “racconto bonsai”. – 2.3. Un “racconto profetico”. – 2.4. Apocalissi immaginarie. – 2.5. Racconto realista e *fiction*. – 3. Sviluppare una “poetica”: ovvero la necessità di una teoria estetica per la costruzione dei fatti tipici come forme simboliche. – 3.1. Evoluzione dello stile narrativo: risultati, simboli e dimensione psicologica. – 4. Crisi della fattispecie incriminatrice nei sistemi di giustizia penale contemporanei. – 5. Forme simboliche senza luce: la sparizione della realtà fisica dalla fattispecie incriminatrice. – 6. Forme sinestetiche: fattispecie incriminatrici rinnovate dall’intelligenza artificiale e dalla realtà aumentata. – 7. Forme poetiche: le fattispecie incriminatrici come metafore dell’ingiusto.

(\*) Il presente scritto costituisce una versione ampliata del mio contributo per gli *Scritti penalistici italiani per Manfred Maiwald*, a cura di D. Fondaroli, G. Fornasari e V. Militello, di prossima pubblicazione per l’editore Giappichelli. Le riflessioni si pongono in stretto collegamento con una serie di miei lavori recenti, sviluppati a partire dal volume *Fantastic Voyage*, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2019 e delle sue traduzioni in francese (2020), spagnolo (2021) e rumeno (2022). Si tratta di: ID., *La fattispecie come sceneggiatura dell’ingiusto. Ascesi e crisi del diritto penale cinematografico*, in questa *Rivista*, 2019, 2020, 181 ss.; ID., *The Offense Definition as a Screenplay of Evil: The Rise and Fall of Visual Criminal Law*, in *Católica Law Review*, 2020, vol. 4, n. 3, 145 ss.; ID., *Appearance in Criminal Law. Illusion and Reality in the Description of Evil*, in *Aparenta in Drept. In Honorem Flavius Antoniu Baias*, Bucharest, 2021, 682 ss.; ID., *La créativité imaginante du droit pénal*, in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty. Mélanges ouverts en l’honneur de Mireille Delmas-Marty*, Le Kremlin-Bicêtre, 2022, 83 e ss.; ID., “Speciale”, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, vol. III, Milano, 2022, 1885 ss.; e da ultimo: ID., *La forza immaginante del diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 14.02.2025. Segnalo poi, in modo particolare, ID., *La définition de l’infraction comme “forme symbolique”*, in *L’Irascible*, 2022, 259 ss., saggio da cui sono riprese, dopo una ragionata traduzione, alcune parti del presente testo.

La scelta della espressione “forma simbolica”, presente nel titolo, è ispirata dal celebre saggio di E. Panofsky, *Die Perspektive als «symbolische Form»*, (1927), trad. it., Milano, 1961. Erwin Panofsky (1892-1968) è stato un importante storico dell’arte tedesco naturalizzato statunitense, tra i massimi teorici dell’iconologia. Torneremo diffusamente sull’argomento in un prossimo studio. Ci limitiamo qui a sottolineare l’importanza della intuizione di Panofsky che, con riferimento all’arte figurativa, sostiene la rilevanza “stilistica” della prospettiva. Il modo di rappresentare lo spazio e di collocarvi le figure è frutto di una vera e propria scelta estetica, che riflette in modo molto significativo la cultura del tempo in cui opera l’artista. Crediamo che una simile chiave interpretativa possa essere applicata anche al diritto e in particolare ai modi attraverso cui, nel corso dei secoli, sono stati rappresentati i reati: innanzitutto, nelle fattispecie di origine legislativa, ma anche nel diritto giurisprudenziale e nella trattatistica della dottrina.

## 1. *Simboli e diritto: una strada a doppio senso di marcia*

Il mondo complesso e affascinante dei simboli interagisce con quello della giustizia sotto molteplici punti di vista.

### 1.1. *Simboli che parlano del diritto*

Esiste, innanzitutto, un simbolismo che parla del diritto, e ne parla, per così dire, da un punto di vista esterno. Mi riferisco al simbolismo legato a oggetti o segni che evocano la giustizia senza farne formalmente parte: ecco la dea Dike con gli occhi bendati, ecco la bilancia e la spada; ecco gli emblemi, gli stemmi araldici, le visualizzazioni allegoriche, l'iconologia variopinta di Andrea Alciato o di Cesare Ripa, le incisioni con cui Jos Damhouder illustra la sua *Praxis rerum criminalium* del 1554<sup>1</sup>.

Avvicinandosi più in concreto all'amministrazione quotidiana della giustizia, notiamo poi una serie di altri simboli: "oggetti semiotici" concepiti e costruiti per esprimere significati e valori legati alla pratica giudiziaria. Pensiamo all'architettura e agli arredi dei palazzi di giustizia, agli abiti e agli ornamenti (toghe, cappelli, parrucche ecc.), ma anche ad alcune formule linguistiche (ad esempio: "La legge è uguale per tutti") che, pur non essendo ancora un esercizio della giustizia, ne parlano simbolicamente quando sono incise nelle aule d'udienza o sui frontoni degli edifici<sup>2</sup>.

### 1.2. *Diritto che parla attraverso i simboli*

Questo saggio non si concentrerà sul mondo affascinante dei simboli che parlano del diritto, ma piuttosto *sul diritto*, in particolare sul diritto penale, *che parla attraverso i simboli*.

È tuttavia necessario circoscrivere meglio l'oggetto della nostra analisi. Quando diciamo che il diritto parla attraverso i simboli, pensiamo anzitutto al rapporto tra il diritto e il linguaggio, ossia al fatto stesso che il diritto viene espresso, o

<sup>1</sup> Si veda, M. DESMET-E. DE WILDE, *The Art of Law: Three Centuries of Justice Depicted*, Tielt, 2017; P. GOODRICH, *Legal Emblems and the Art of Law*, Cambridge Mass., 2014; V. HAYAERT, 'Mens emblematica' et humanisme juridique. Le cas du «Pegma cum narrationibus philosophicis» de Pierre Coustau (1555), Genève, 2008; ID., *Mens emblematica et humanisme juridique: l'insertion d'emblemata dans l'édition Senneton du Corpus Juris Civilis (1548-1550)*, in *Journal de la Renaissance*, 2007, V, 3 e ss.; F. JÄGER, *Framing the Law: Joos de Damhouder and the Legal Iconology of the Grotesque*, in S. HUYGEBART-G. MARTYN-V. PAUMEN-E. BOUSMAR-X. ROUSSEAU (dir.), *The Art of Law: Artistic Representations and Iconography of Law and Justice*, Cham, 2018, 223 e ss.; J. RESNIK-D. CURTIS, *Representing Justice, Invention, Controversy, And Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, Bew Haven and London, 2011.

<sup>2</sup> P. es. V. HAYAERT-A. GARAPON, *Allégories de Justice: le décor de la Grand'Chambre du Parlement de Flandre*, Douai, 2014.

rappresentato, da parole e più precisamente da parole scritte. Anche questa è in fondo una variabile contingente, poiché il diritto può servirsi di simboli diversi dal linguaggio: può essere “muto” (nel diritto consuetudinario)<sup>3</sup> oppure esprimersi con modalità di comunicazione come immagini, segni (si pensi ad esempio alla segnaletica stradale), suoni (come gli ordini impartiti a voce) o gesti (quelli di un vigile urbano che dirige il traffico)<sup>4</sup>.

Si potrebbe discutere a lungo – e farlo in termini molto attuali – delle scelte a favore del linguaggio scritto (necessarie in diritto penale per il principio di legalità) o, in alternativa, del ricorso al potenziale semiotico di altre e più elaborate forme di comunicazione: visiva, auditiva e persino sinestetica.

A questo proposito, è molto importante segnalare i profondi cambiamenti che il diritto sta affrontando in relazione alla sua digitalizzazione e all’interazione con l’intelligenza artificiale. La giustizia digitale comporta un mutamento radicale nella struttura, nella costruzione e nella formulazione delle norme giuridiche<sup>5</sup>. Si assiste infatti al passaggio dalla tradizionale e millenaria “*text driven law*”, fondata sul “testo” e sulle parole (dunque fortemente influenzata dalla semantica del linguaggio naturale), alla “*code driven law*”, basata invece sull’elaborazione di dati informatici, cioè su un nuovo sistema di simboli<sup>6</sup>.

È una rivoluzione epocale, il cui probabile sviluppo sarà la produzione di regole giuridiche create sin dall’origine come codici informatici. Si parla, a questo proposito, di “*Rules as code*”, immaginando regole concepite e formulate in un linguaggio formalizzato e, proprio per questo, immediatamente utilizzabili dai sistemi di intelligenza artificiale e, più in generale, dalle “macchine”<sup>7</sup>. Torneremo brevemente su questi nuovi linguaggi simbolici alla fine di questo saggio.

Ma non è tutto: parlando della comunicazione del diritto attraverso i simboli, sarebbe interessante – ma non lo faremo qui – approfondire come le “cose” e la stessa

<sup>3</sup> Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015.

<sup>4</sup> P.L. LECIS-G. LORINI-V. BUSACCHI-P. SALIS-O. LODDO (dir.), *Verità, immagine, normatività / Truth, Image, and Normativity*, Macerata, 2017; G. LORINI, *Praxeografia. Descrivere un’azione v. descrivere un atto costituito da regole*, in G. LORINI, *Il senso e la norma*, Torino, 2016, 3 ss.; ID., *La norma disegnata*, *ivi*, 67 ss.

<sup>5</sup> A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018.

<sup>6</sup> L. LESSING, *Code is law. On Liberty in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 2000 (<https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>); M. HILDEBRANT, *Law for Computer Scientists and Other Folks*, Oxford, 2020; ID., *Code-driven law. Freezing the future and scaling the past*, in S. Deakin-C. Markou (eds.), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, London, 2020, 67 e ss.

<sup>7</sup> J. MOHUN-A. ROBERTS, *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, OECD Working Papers on Public Governance, 42, Paris, 2020. V. anche, M. PAPA-G. TAVELLA, *Intelligenza artificiale e legislazione penale*, in *disCrimen*, 22 giugno 2023.

architettura del mondo possano prescrivere o parlare direttamente del diritto. Sappiamo che gli oggetti possono “produrre normatività” vincolandoci in modo diretto, cioè con la loro stessa struttura e la loro “*forcing function*”, e possono trasmetterci, intenzionalmente ma senza parole, messaggi su cosa possiamo o non possiamo fare<sup>8</sup>.

Dobbiamo però lasciare da parte queste interessanti questioni e concentrarci su un tema più specifico: i simboli attraverso i quali il linguaggio del diritto penale indica ciò che è vietato. Entreremo dunque nella parte speciale del diritto penale, ossia nel luogo ove sono descritti i diversi reati e le sanzioni che ne conseguono.

## 2. La parte speciale del diritto penale come archivio di “forme simboliche”

Qual è dunque l’uso dei simboli che qui ci interessa? Rispondiamo nel modo più semplice: ci interessa riflettere sulle definizioni dei reati, sulle fattispecie incriminatrici, intese come “forme simboliche”. Le fattispecie descrivono il «fatto tipico» dando corpo alle varie norme di parte speciale: furto, rapina, violenza sessuale, corruzione ecc.<sup>10</sup>.

Come accade nell’arte narrativa e figurativa, la rappresentazione normativa è frutto di una determinata concezione dello “spazio” e dei criteri stilistico-espressivi attraverso cui vengono raffigurate, in tale spazio, le forme del giuridicamente rilevante. Le definizioni dei reati, contenute nella parte speciale, sono dunque “forme simboliche” in quanto *rappresentazioni* (di ciò che è vietato), rappresentazioni condizionate da premesse epistemologiche, da scelte valoriali, da scelte ideative e da opzioni “stilistiche” riguardanti il modo di descrivere la realtà rilevante per il diritto.

Nel costruire la parte speciale del diritto penale e nel definire i singoli reati, il legislatore compie – lo vedremo più in particolare tra qualche pagina – *un’opera*

<sup>8</sup> M. HILDEBRANDT, *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*, in *Legisprudence*, 2011, 223 e ss.; ID., *Saved by Design? The Case of Legal Protection by Design*, in *Nanoethics*, 2017, n. 11, 307 e ss.; S. GEASON-P.R. WILSON, *Designing out Crime. Crime prevention through environmental design*, Canberra, 1989; G. LORINI-O. LODDO-S. MORONI, *Regolare con artefatti*, in *Sociologia del diritto*, 2022, 174 ss. Per alcune premesse teoriche fondamentali e sulla nozione di «*forcing function*» di cui le cose sono capaci con il loro *design*, D. NORMAN, *The Design of Everyday Things, Revised and Expanded Edition*, New York, 2013, 141 ss.

<sup>9</sup> Come si diceva retro, nella nota di apertura, la scelta di questa espressione è ispirata dal titolo del celebre saggio dello storico dell’arte E. PANOFSKY, ivi citato.

<sup>10</sup> Per i riferimenti bibliografici mi permetto di rinviare alle parti pertinenti del mio libro, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., nonché M. PAPA, *The Offense Definition as a Screenplay of Evil: The Rise and Fall of Visual Criminal Law*, cit., 145 ss.; ID., *Appearance in Criminal Law. Illusion and Reality in the Description of Evil*, cit., 682 ss. Alcune di queste riflessioni sono già state formulate in ID., *La créativité imaginante du droit pénal*, cit., 83 e ss.

di invenzione e produzione letteraria. È una letteratura che ha molto in comune con l'arte figurativa o plastica. Il legislatore tenta infatti di raffigurare, di modellare, con le parole del diritto positivo, le forme visibili, le figurazioni che ritiene espressive dell'ingiusto<sup>11</sup>.

Preme tuttavia sottolineare subito che le definizioni dei reati non riflettono immagini del mondo catturate a caso da una macchina fotografica impazzita. Sono, piuttosto, raffigurazioni di fatti create intenzionalmente per veicolare un messaggio normativo. Proprio perché conseguenti a precise scelte ideative e stilistiche, queste raffigurazioni hanno natura di forme simboliche. Il legislatore elabora una forma di fatto, modellandola così da rappresentare un “tipo” di ingiusto. Questo “tipo” viene poi comunicato ai cittadini, indicandolo come paradigma vietato di condotta.

Le fattispecie incriminatrici sono dunque il frutto di una composizione. Proprio come avviene nell'arte figurativa, la rappresentazione della realtà sensibile è contenuta all'interno di una “cornice” che, fisicamente o idealmente, separa la “rappresentazione” dalla “vita” nella sua concretezza storica.

È interessante sottolineare come la rappresentazione risulti capace di trasmettere un messaggio assai più ricco e pregnante rispetto a quello “letterale” che si collega all'oggetto rappresentato. Il fenomeno è notissimo nell'arte: la *Monna Lisa* di Leonardo da Vinci “dice molto di più” di quanto possa comunicare la mera immagine di un volto che guarda nel vuoto (la nostra foto sul passaporto, per esempio). Allo stesso modo, la “*Nature morte aux pommes et aux oranges*” di Paul Cézanne ha una capacità comunicativa molto più ricca e potente rispetto alle immagini di mele e di arance esibite nel volantino pubblicitario di un supermercato.

Se ciò accade, è perché l'artista risulta capace, attraverso le sue scelte ideative, pittoriche e stilistiche, di caricare l'immagine di una intensità comunicativa straordinaria. Questa capacità semiotica deriva proprio dalla particolare connotazione “simbolica” che l'artista riesce a conferire all'immagine. Proprio perché simbolica, l'immagine artistica è fonte di svariati collegamenti emotivi e intellettuali con qualcos'altro che sta fuori e altrove rispetto all'oggetto disegnato. È proprio questa, d'altronde, la magia dei simboli<sup>12</sup>.

Qualcosa di simile accade nel caso delle fattispecie incriminatrici.

Se la legge fa riferimento alla condotta di chi “si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene”, il significato della rappresentazione va ben oltre quello dell'oggetto descritto: un agente che sposta fisicamente la cosa altrui.

<sup>11</sup> L'argomento è affrontato nei miei saggi citati *retro* alla nota di apertura, cui rimando anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> Per una interessante teorizzazione della funzione simbolica e per aggiornati riferimenti bibliografici, v. S. CALAMANDREI, *L'identità creativa. Psicoanalisi e neuroscienze del pensiero simbolico e metaforico*, Milano, 2016, spec. 50 ss., 148 ss.

Ciò per la ragione decisiva che il contenuto della rappresentazione è il risultato di una operazione creativa diretta a raffigurare un “paradigma tipico”, a tal fine inserendo “dentro una cornice” particolari dati di realtà accuratamente selezionati. Il paradigma tipico è dunque un simbolo. L’opera così forgiata, la “fattispecie di furto” è una forma simbolica al pari di un quadro o di una scultura.

Ripetiamolo: la fattispecie è forma simbolica in quanto è pensata, modellata e confezionata alla stregua di precise scelte epistemologiche, valoriali e stilistiche. Scelte motivate dalla volontà di comunicare, ai cittadini e ai giudici, un messaggio riguardante la tutela di beni significativi; nell’esempio del furto: il patrimonio.

### 2.1. *La fattispecie incriminatrice come testo letterario*

Nella tradizione giuridica continentale, la fattispecie incriminatrice è chiamata, a seconda della lingua e del contesto scientifico, “*Tatbestand*”, “*tipo penal*”, “*fait typique*”<sup>13</sup>. Molto spesso, la fattispecie incriminatrice è, con il suo testo narrativo, una vera e propria “sceneggiatura del male”. È una sceneggiatura costruita dal legislatore attraverso processi ideativi ed espressivi non troppo dissimili – lo abbiamo già rilevato – da quelli che guidano la creazione artistica. Infatti, il legislatore è chiamato a svolgere un difficile compito di “*rendering*”, dovendo dare forma al volto di ogni illecito penale.

La definizione del reato consegue ad una ideazione e modellazione, ad una figurazione plastica che funziona come formidabile strumento per rivelare l’essenza di ogni illecito. Questa sceneggiatura, questa realizzazione plastica, trasmette messaggi normativi a un duplice pubblico: le persone comuni e i giudici. Il racconto genera regole di condotta destinate ai cittadini e, contemporaneamente, regole di giudizio rivolte ai giudici (e alla giuria popolare, ove il particolare sistema giuridico la preveda).

Nella prima parte di questo saggio ci concentreremo sulla semiotica della fattispecie, analizzando la crisi del tradizionale modo di rappresentare, “sceneggiare” e comunicare l’ingiusto, il “male”. Nei tempi più recenti, tuttavia, ideare e descrivere il “fatto tipico” è diventato un compito estremamente arduo per il legislatore.

Nella seconda parte del lavoro, cercheremo di capire le ragioni di questa crescente difficoltà e proveremo a ipotizzare i possibili scenari futuri del “lavoro letterario” che attende il legislatore quando si trova a definire il volto dei reati: quale tipo di drammatizzazione, di figurazione plastica del male, quale tipo di forma simbolica caratterizzerà il diritto penale dell’avvenire?

<sup>13</sup> La nozione è ormai consolidata anche nella dottrina penalistica francese: X. PIN ricorda, in *Droit pénal général*, Parigi, 2018, 161, che: «L’espressione ‘tipo’ è presa dalla dottrina tedesca che parla di *Tatbestand* e di *Tatbestandmässigkeit*, per designare la conformità dell’infrazione al comportamento espressamente incriminato».

## 2.2. Un "racconto bonsai"

La ideazione e formulazione della fattispecie incriminatrice è destinata, come sappiamo, alla descrizione degli elementi costitutivi del reato. Le parole della definizione normativa tracciano il volto delle varie tipologie di aggressione: omicidio, violenza sessuale, corruzione, furto, ecc. È curioso constatare come la descrizione della condotta vietata non sia veicolata da verbi all'imperativo. Il diritto penale enuncia regole di condotta fondamentali per tutti i membri della società e tuttavia, in modo sorprendente, non utilizza imperativi diretti. A differenza dai dieci comandamenti non si esprime con comandi diretti del tipo: "Non uccidere!", "non rubare!" ecc.

Il diritto penale non emana ordini perentori, ma, piuttosto, racconta: "dice", attraverso la narrazione, ciò che si deve o non si deve fare. Le regole di condotta più importanti per la vita della società vengono concepite e comunicate illustrando tramite il racconto ciò che è radicalmente ingiusto e dunque penalmente vietato. È una narrazione composta da microstorie, "racconti bonsai" capaci di generare una visione iconografica delle condotte vietate. La *short story* del furto (art. 624 c.p.) racconta la storia di chi "si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene al fine di realizzare un profitto per sé o per altri". La violazione di domicilio (art. 614 c.p.) narra di chi "si introduce nell'abitazione altrui... o nelle appartenenze di essi contro la volontà espressa o tacita di chi ha diritto di escluderlo..." o di "chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà..."; nell'incendio boschivo (art. 423-bis c.p.) va in scena il "dramma" di "Chiunque cagioni un incendio su boschi, selve o foreste ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento, propri o altrui, ...", e così via.

È importante notare come il "racconto bonsai" narrato dalla fattispecie incriminatrice acquisti compiuto significato soltanto attraverso una lettura d'insieme. Il racconto va letto nella sua totalità. Presa come somma di singole parole, la definizione di un reato non trasmette informazioni compiute in merito al "tipo" di fatto vietato. È la storia globalmente intesa, con la sua trama e il suo tratto descrittivo unitario, a fornire l'immagine del reato.

Ciascuna storia, complessivamente intesa, produce una descrizione di natura fortemente iconografica, quasi sceneggiata: ecco l'icona del furto, della violazione di domicilio, dell'incendio! Ma lo stesso fenomeno si verifica per moltissimi altri reati. Ogni icona di illecito prende forma o agisce come "forma simbolica". Ed è proprio di questo, come il lettore avrà ormai compreso, che vogliamo occuparci.

## 2.3. Un "racconto profetico"

La fattispecie incriminatrice ha una funzione prescrittiva, naturalmente orien-

tata verso il futuro<sup>14</sup>. La forma simbolica del fatto tipico svela una profezia. Le storie narrate nella parte speciale del diritto penale hanno la natura di un'“apocalisse”, se utilizziamo questo termine nella sua etimologia originaria, ossia come rivelazione, svelamento che riguarda eventi futuri. L'apocalisse, cioè l'annuncio di avvenimenti futuri, funziona come avvertimento: cercate di non esserne coinvolti, di non farvi raggiungere dalla profezia! Infatti, al momento in cui il fatto illecito previsto dovesse realizzarsi, se ne dovranno trarre le conseguenze: sottoporre il sospettato a giudizio e infliggergli una sanzione.

#### 2.4. *Apocalissi immaginarie*

Qual è la natura esatta di questa apocalisse? La narrazione delle fattispecie incriminatrici è molto particolare. La sua caratteristica principale è la capacità di produrre, attraverso la forma simbolica del fatto tipico, un pensiero immaginante. Il “racconto bonsai” veicolato dalle parole del legislatore è in grado di creare, in chi legge, l'immagine mentale di un fatto. Le fattispecie incriminatrici, utilizzando questo stile particolare di narrazione, ricorrono sistematicamente alla figura retorica nota come “ipotiposi”<sup>15</sup>.

L'ipotiposi è una tecnica di comunicazione che impiega la narrazione per evocare un'esperienza visiva, mettendo il lettore nella condizione di “vedere attraverso le parole”. Il racconto delle fattispecie incriminatrici riesce così a evocare un'“azione drammatica”, una vera e propria “visione cinematografica” dell'atto riprovevole, un breve video del male.

La retorica dell'ipotiposi genera un pensiero immaginante. Questo stile letterario crea una sorta di conoscenza “gestaltica”, una visione olistica e visibile del fatto delittuoso. Permette al lettore di cogliere un “tutto” (il fatto tipico, l'immagine del divieto), che è ben più della somma delle singole parti, della semplice sequenza di parole che lo compongono. La capacità dei fatti tipici di generare un'“iconografia del male” rivela il senso più autentico dell'aggettivo “speciale”, che connota la parte speciale del diritto penale. In effetti, la parola “speciale” deriva etimologicamente dal verbo latino *specio/spicio*, che significa “guardare”, “vedere”. Dunque, “speciale” richiama la natura visiva, immaginativa e “spettacolare” della descrizione contenuta nella “fatti-specie”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, (2013), in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, 37 e ss. (2013), poi in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 19 ss.

<sup>15</sup> Su tale figura retorica si veda U. ECO, *Metafore scientifiche, ekfrasi, ipotiposi*, in *Metafore e simboli della scienza*, Roma, 2014, 77 ss.; A. PRATO, *L'ipotiposi retorica. Il far vedere e l'effetto di presenza*, in *Lexia, Rivista di semiotica*, vol. 27-28, 2017, Aspectuality, 267-280.

<sup>16</sup> Tema trattato diffusamente nel nostro *Fantastic Voyage*, cit. spec. 14 ss., e successivamente in ID., *“Speciale”*, cit., 1885 ss.

## 2.5. Racconto realista e fiction

Che cosa narra e cosa rappresenta esattamente il racconto della fattispecie incriminatrice? La rappresentazione raffigura la forma del fatto vietato: il linguaggio genera una forma tipica, un modello specifico di manifestazione dell'ingiusto. Questa forma tipica è la forma simbolica di cui parliamo.

La forma simbolica dei fatti vietati e dello "spazio" in cui tali fatti sono ambientati può presentare svariati caratteri stilistici, proprio come accade per l'arte narrativa e figurativa.

Vero ciò, può essere interessante individuare alcune fondamentali opzioni stilistiche, non senza aver sottolineato che sempre, anche quando appare direttamente mimetica dell'accadere storico, *la rappresentazione è simbolica*. La rappresentazione *ha inevitabilmente natura simbolica*, proprio in quanto rappresentazione. È sempre il frutto di premesse e scelte di *rendering* espressivo, condizionate dal fatto che ciò che viene rappresentato è rappresentato intenzionalmente e "dentro una cornice". Dunque, scrivere la definizione di un reato non è mai una operazione puramente documentaristica, come quella di chi riprende a vita dei leoni nel parco del Serengeti (ammesso che anche tali documentari siano realmente tali e non siano piuttosto frutto di precise scelte narrative condizionate dalla "cornice").

Il legislatore deve sempre definire un "tipo" astratto di condotta, uno *schema paradigmatico* dell'aggressione punibile. Nessuna definizione di reato può limitarsi alla fotografia di un episodio concreto unico e specifico: l'astrazione e la tipizzazione sono sempre necessarie. Di qui la necessità di scelte ideative, espressive e stilistiche.

Come proprio la cornice ci ricorda, la rappresentazione non è viva realtà storica, ma, appunto, "rappresentazione", cioè *realtà che si fa oggetto* per essere comunicata.

2.5.1. Sulla base di quanto premesso, possiamo dunque distinguere varie modalità stilistiche, attraverso cui si può realizzare la rappresentazione dell'illecito. Consapevoli della sostanziale continuità e parziale sovrapposizione tra le categorie concettuali che proviamo a distinguere, preme qui richiamare una distinzione di fondo.

A) *L'illecito può essere rappresentato, innanzitutto, facendo dettagliato riferimento alla morfologia del mondo sensibile.*

Si possono descrivere condotte, persone e cose dalla fisionomia chiara e ben visibile, copiando le forme del mondo e ambientando la dinamica della condotta vietata in uno spazio *strutturato*; uno spazio continuo capace di legare assieme i frammenti del mondo sensibile raffigurati. In merito a tale tecnica descrittiva dell'illecito, occorre segnalare due varianti. Benché l'alternativa tra le stesse possa rivelarsi più apparente che reale, vale comunque la pena di provare a distinguerle.

A1) In primo luogo il realismo può avere un carattere fondamentalmente mimetico, *imitativo di un vero accadere storico*. La descrizione normativa riproduce le forme dell'esperienza sensibile così come concretamente si presentano nello svolgimento della vita. La fattispecie assomiglia, in questi casi a un "disegno dal vero" ovvero a una non casuale, ma ben studiata e direi fortunata "fotografia" che riproduce la condotta vietata mutuandone la morfologia dalla vita reale.

Questa modalità descrittiva dell'illecito è certamente molto antica. È stata a lungo dominante, costituendo per secoli la principale tecnica stilistica tramite cui sono stati definiti molti illeciti tradizionali: pensiamo alla minuziosa casistica del codice di Hammurabi o alla esemplare figura del *furtum manifestum* nel diritto romano<sup>17</sup>. Negli ordinamenti antichi la descrizione dei divieti e degli obblighi d'agire è caratterizzata da uno spiccato formalismo figurativo e da un forte visibilismo del tratto costitutivo dell'illecito. Costituiscono altri esempi significativi di tale modalità rappresentativa del reato le varie ipotesi criminose narrate nei testi giuridici medievali: dai c.d. "libri illuminati", in cui la descrizione degli illeciti è spesso accompagnata da vere e proprie immagini; ai vari testi giuridici il cui titolo evoca il concetto dello "specchio": il *Sachsenspiegel* (Specchio Sassone) redatto tra il 1220 e il 1230, il *Schwabenspiegel* (Specchio Svevo) del 1275, l'anglo-normanno *Le Mireur a Justices* risalente agli inizi del 1300, etc.<sup>18</sup>.

Sono precedenti rivelatori: si tratta in effetti di una modalità descrittiva dell'illecito legata ai tempi in cui *il diritto si esprimeva più nei comportamenti e nella consuetudine che nella astrazione delle formulazioni linguistiche*, limitandosi i testi scritti a raccogliere e descrivere tali comportamenti.

Come esempi di reati ispirati da tale mimesi narrativa, possiamo pensare al danneggiamento, alle percosse, alle effrazioni furtive, alla rapina, alla violenza carnale penetrativa.

A2) Dall'altro lato, il riferimento alle forme dell'esperienza sensibile può essere invece il risultato di una *più creativa invenzione letteraria*.

La finzione, come sappiamo, è componente fondamentale dell'arte: i "Promessi sposi" di cui parla Alessandro Manzoni – Renzo Tramaglino e Lucia Mondella – non sono mai esistiti, eppure le loro vicende sono raccontate con minuzioso realismo. E d'altronde, l'arte è finzione anche per gli autori che si dicono autenticamente "veristi": pensiamo, per la letteratura, a Honoré de Balzac, Charles Dickens, Giovanni Verga, Luigi Capuana e per l'arte figurativa a Gustave Courbet, Jean-François Millet, Telemaco Signorini, Giovanni Fattori. La descrizione

<sup>17</sup> M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 63 ss.

<sup>18</sup> ID., *ivi*, 48 ss.

può essere molto realistica, grafica, vedutistica; ciò non di meno essa è "finzione". È finzione perché quelle scene – due esempi tra mille: "Gli spaccapietre" di Courbet o "Le spigolatrici" di Millet – quei fatti così dettagliatamente dipinti non sono mai accaduti nei precisi termini formali in cui vengono rappresentati. Non si tratta, infatti, di disegni dal vero. Eppure, la figurazione normativa sa esprimere al meglio, con la sua iconicità simbolica, il significato saliente che si vuole comunicare. È una scena che nessuno ha mai fotografato né potrebbe fotografare: ed è proprio per questo che è necessaria l'invenzione artistica.

Molti dei reati oggi previsti, specie nel codice, sono diretta espressione di un approccio creativo, "fictional". Risultano, invece, del tutto marginali quelli ispirati, per così dire, al "disegno dal vero". Ciò non sorprende affatto, dal momento che è la stessa tipizzazione a rendere "irreale" e dunque "fittizio" l'oggetto rappresentato.

Pensiamo, ad esempio, ai reati di appropriazione indebita o a quelli fraudolenti, la cui descrizione non può contare sulla *preesistenza* di un fatto naturale da poter copiare "tale e quale" nella rappresentazione normativa. La truffa non ha un volto visibile che possa essere riprodotto mimeticamente nella fattispecie. Anzi, il più delle volte, quando tale reato viene commesso, proprio non si nota; spesso emerge solo a distanza di tempo e dopo una meditata ricostruzione di alcune dinamiche che legano falsa rappresentazione, errore della vittima, disposizione patrimoniale dannosa e profitto altrui. Lo stesso può dirsi per l'appropriazione indebita, dove l'apparenza non consente spesso di "vedere", mentre si verifica, l'interversione del possesso.

Per descrivere simili reati, il legislatore deve dunque *attivarsi creativamente* e provare a dipingere qualcosa che in natura non esiste. Al pari di un romanziere o di un pittore il legislatore si domanda: "Come posso raccontare questa storia? Quale sceneggiatura, quale metafora può rendere al meglio l'ingiusto che devo esprimere?"

Per rispondere è necessario elaborare una sapienza stilistica molto sofisticata che sia capace di ideare e rendere comprensibile il "dramma", cioè la condotta tipica, che caratterizza il reato. È un autentico lavoro di arte plastica. "Plastica" nel senso etimologico del termine, le radici del quale risalgono all'antico verbo greco *plássein* (πλάσσειν): modellare, formare. Nelle norme incriminatrici, il legislatore concepisce e forgia *plasticamente* le forme visibili dell'ingiusto. La fattispecie assume allora, in modo davvero marcato, la veste di una "forma simbolica".

B) Allo stile che utilizza – in modo più o meno *fictional* – le forme visibili della realtà sensibile si contrappone, nella descrizione dei reati, un approccio ove i riferimenti alla morfologia dell'accadere sono assai più marginali, se non del tutto assenti: la natura iconografica dell'illecito sfuma o sparisce. Tale approccio preferisce infatti descrizioni molto tecniche, concettuali, talora decisamente "criptiche". Criptiche in quanto collegate a linguaggi specialistici codificati, ove le parole non

hanno somiglianza immediata con la realtà e sono decifrabili solo grazie ad una “chiave” che ne consente la comprensione, previo svelamento del significato. Sono esempi di questo approccio stilistico molti reati contenuti nelle leggi speciali, ad esempio in materia economica o di governo dei processi produttivi, delle transazioni finanziarie, della circolazione di capitali. Torneremo sull’argomento.

A chiusura del presente paragrafo, è importante ribadire che, indipendentemente dal maggior o minor grado di iconograficità e dalla natura fittizia o reale di quanto descritto, la forma di fatto veicolata dalla descrizione normativa *ha sempre* natura simbolica. Il “se” e il “come” della rappresentazione, la modalità stilistica tramite cui il contenuto normativo è ideato, modellato, verbalizzato e collocato entro una cornice, svolgono infatti una funzione fondamentale, veicolando la parte essenziale del messaggio normativo.

### 3. *Sviluppare una “poetica”: ovvero la necessità di una teoria estetica per la costruzione dei fatti tipici come forme simboliche*

Ideazione e descrizione *fictional* della fattispecie incriminatrice rientrano in un processo di scrittura che, come spesso accade in estetica, dipende da una “poetica”. Ciò da una teoria estetica delle forme letterarie, da un insieme strutturato di intenzioni espressive, da un *corpus* di opzioni stilistiche coerenti. Proprio come avviene nell’opera di un artista. Nel diritto penale, l’artista è il legislatore. Nel momento in cui il legislatore entra nel terreno della creazione artistica, diventano sempre più importanti le preferenze estetiche e la visione stilistica adottate.

#### 3.1. *Evoluzione dello stile narrativo: risultati, simboli e dimensione psicologica*

Abbiamo fatto rapidi cenni alle opzioni stilistiche disponibili, collocabili in un crescendo che va dalla riproduzione della realtà sensibile, alla creazione di scenari realistici ma immaginari, alla sperimentazione di opzioni più sofisticate quali il concettualismo, l’astrattismo, l’informale e via dicendo. Occorre ora segnalare come un altro ordine di scelte narrative rilevanti attenga alla inclusione o meno di *un evento* conclusivo che dia senso al racconto di cui la fattispecie è portatrice.

Uno degli snodi centrali nel processo di redazione *fictional* delle fattispecie è senz’altro la decisione relativa alla inclusione, nel racconto, dei risultati prodotti dalla condotta illecita (come la “morte” di un uomo nell’omicidio, o il danno-profitto nella truffa). Tali risultati caratterizzano il racconto e gli conferiscono movimento e compiutezza. Grazie alla descrizione del risultato, il reato non consiste più soltanto nella deviazione da un modello di condotta attesa, ma richiede la produzione di un danno. Il reato non è più soltanto la violazione di una regola dell’agire, quasi si trat-

tasse di un adempimento rituale, bensì l'aggressione ad un interesse giuridicamente protetto. I risultati lesivi, gli eventi, diventano "il sugo della storia".

Questo passaggio consente al legislatore di prendere le distanze da un approccio realista e di orientarsi verso una costruzione diversa della fattispecie incriminatrice e del fatto tipico. I reati fraudolenti ne sono, ancora una volta, esempio lampante. Proteiformi per natura, possono essere definiti con successo se ci si concentra non tanto sulla forma del comportamento, ma sulla relazione causale tra la condotta e una serie di eventi (l'inganno della vittima, l'atto di disposizione patrimoniale, il danno, il profitto ingiusto).

Un altro cambiamento stilistico rilevante consiste nel porre al centro del racconto la componente soggettiva del reato: dolosa ma anche colposa. Il diritto penale diventa un dramma psicologico e il compito del legislatore si fa ancor più complesso: gli stati mentali, infatti, catalizzano in modo potente l'attenzione del lettore, ma sono al contempo difficilissimi da descrivere. Potremmo continuare, ma non è questa la sede per sviluppare una analitica rassegna degli stili, che andrebbero individuati e sistematizzati costruendo una vera e propria teoria estetica della parte speciale.

#### 4. *Crisi della fattispecie incriminatrice nei sistemi di giustizia penale contemporanei*

Negli ultimi decenni, la già complessa attività di redazione delle norme incriminatrici è divenuta particolarmente ardua. Le ragioni di questa crisi sono molteplici. La principale, la più profonda, è di ordine generale. È divenuto sempre più difficile, nel diritto come in molti altri ambiti, *ordinare il mondo a partire dalla sua apparenza fenomenica*. Quando si tratta di concepire e descrivere la condotta criminosa, i legislatori si trovano a fronteggiare una realtà le cui forme appaiono ambigue, polisemiche, sfuggenti. Reati come la frode fiscale, l'*insider trading*, il *mobbing* o le numerose fattispecie previste dalle regolamentazioni economiche non hanno un volto fisico ben definito. Sono proteiformi.

A questa mutazione proteiforme e polisemica dell'aspetto delle cose si aggiunge l'inarrestabile processo di smaterializzazione e decontestualizzazione della realtà in cui viviamo. La globalizzazione, lo sviluppo delle tecnologie informatiche e dei mondi virtuali, la migrazione continua delle nostre menti verso il *web*: tutto ciò spinge verso il superamento della materialità. Basta un *clic* sulla tastiera di uno *smartphone* per spostare illegalmente milioni di euro o di dollari.

Infine, il legislatore si confronta oggi con una molteplicità di interessi giuridici meritevoli di tutela, spesso in conflitto tra loro. In tali condizioni, è difficile redigere una definizione di reato che li concili "una volta per tutte", scolpendo una forma iconica dell'atto illecito. Spesso l'unico modo per trovare un equilibrio ac-

cettabile è stabilire, tramite regolamenti, leggi e possibilmente il coinvolgimento diretto delle parti interessate, una valutazione caso per caso.

Tutto ciò considerato possiamo chiederci: come saranno, dunque, le fattispecie incriminatrici del futuro? È ancora possibile un'iconografia che racconti in cosa consiste ogni reato?

Proviamo a considerare alcune possibili direttrici di evoluzione.

##### *5. Forme simboliche senza luce: la sparizione della realtà fisica dalla fattispecie incriminatrice*

Una prima via evolutiva potrebbe gradualmente consolidarsi in quei settori del diritto penale caratterizzati da aspetti tecnici e regolamentari – per esempio le attività commerciali, la tutela ambientale, la concorrenza leale, la sicurezza sul lavoro, il cyberspazio e così via. In questi ambiti, è già molto difficile definire i reati creando forme simboliche iconiche che facciano riferimento all'apparenza delle cose: i reati non possono essere identificati con modalità fisse di comportamento fisico. Proseguendo in questa direzione, le nuove definizioni di reato potrebbero escludere progressivamente ogni narrazione visiva e limitarsi a elencare condizioni di responsabilità, utilizzando concetti giuridici tecnici e criptati, ignorando di fatto la realtà fenomenica. Il linguaggio giuridico, pur rimanendo verbale, si "codificherebbe" sempre di più, servendosi, se necessario, persino di codici a barre o *QR code*.

Abbiamo ricordato, in apertura, il passaggio dalla "*text driven law*" alla "*code driven law*". Ebbene, questa direttrice evolutiva va proprio nella direzione di un simile epocale cambiamento. Le regole giuridiche concepite e formulate come codici ("*Rules as code*"), abbandonando il linguaggio naturale, difficilmente potranno esprimere forme simboliche capaci di generare un pensiero immaginativo.

##### *6. Forme sinestetiche: fattispecie incriminatrici rinnovate dall'intelligenza artificiale e dalla realtà aumentata*

Esistono però anche altre prospettive collegate allo sviluppo dell'informatica e dell'IA. Una seconda direttrice evolutiva potrebbe basarsi sulle nuove tecnologie digitali. Ci muoviamo qui verso un superamento del linguaggio scritto mediante il coinvolgimento di altre modalità comunicative del diritto: non solo dati informatici, ma anche immagini, filmati, suoni.

Si apre così la prospettiva di un diritto penale sinestetico, la cui forma simbolica fondamentale potrebbe essere proprio la c.d. “immagine aumentata”<sup>19</sup>. L’intelligenza artificiale e la realtà aumentata potrebbero contribuire ad “arricchire” le forme della realtà fisica, così da produrre immagini più “significative”, “ricche” e “salienti” del fatto vietato: forme simboliche multimediali. Sappiamo che gli algoritmi intelligenti possono elaborare immagini aumentate, come le applicazioni dei nostri *smartphone*. Esse possono includere informazioni di vario tipo e collegarsi a messaggi sonori e perfino tattili.

Già oggi l’IA può produrre immagini aumentate in grado di porre e risolvere dilemmi deontici. Il progetto “*Moral machine*” avviato dal M.I.T. di Boston, per esempio, delinea visivamente alcuni dilemmi decisionali legati alla “scelta giusta” da compiere in scenari di guida e traffico<sup>20</sup>.

I casi tipici riguardano scelte tragiche da fare in situazioni critiche, nelle quali il conducente è costretto a decidere chi salvare in caso di incidente. Senza dubbio, la realtà aumentata promuove nuove interazioni tra la mente (umana e artificiale) e la morfologia del mondo percepito. “Internet delle cose”, cioè la connessione globale tra oggetti-sensori, consente di inserire nella rappresentazione aumentata del mondo informazioni che la morfologia naturale non potrebbe comunicare in modo diretto. L’IA, interagendo con l’ambiente attraverso diversi tipi di sensori e combinando una grande quantità di dati, è in grado di offrire una visione potenzialmente “onnisciente” del mondo, sebbene ancora limitata dalla conoscenza umana. Questa sinestesia cognitiva e descrittiva influenzerà certamente il modo in cui le forme simboliche della normatività verranno strutturate e comunicate.

Malgrado le grandi potenzialità, la realtà aumentata non risolverà tutti i problemi di definizione dei reati. Una questione cruciale riguarda quali tipologie di reato potrebbero essere “rese” dalla nuova tecnologia visiva o multimediale. Un altro problema è quello dei destinatari della comunicazione normativa: soltanto gli esseri umani o anche le intelligenze artificiali? Forse entrambi, o una combinazione dei due.

Ma, nell’aprirsi alle potenzialità del futuro tecnologico, bisogna anche tenere presente che le definizioni di reato, le “nuove fattispecie”, dovrebbero funzionare sia come regole di condotta dirette ai cittadini, sia come regole di giudizio, capaci di indicare ai giudici quando punire.

<sup>19</sup> Per una bibliografia essenziale, si vedano: W. BARFIELD-M.J. BLITZ (dir.), *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, 2018; M. LEMLEY-E. VOLOKH, *Law, Virtual Reality, And Augmented Reality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2018, vol. 166, 1051 ss.; J. H. SØRAKER, *Virtual Worlds and their Challenge to Philosophy: Understanding the ‘Intravirtual’ and the ‘Extravirtual’*, in *Metaphilosophy*, 2012, vol. 43, n. 4, 499 ss.

<sup>20</sup> <http://moralmachine.mit.edu/>.

Coinvolgere soggetti artificiali pone interrogativi nuovi, specie se l'IA partecipa in veste di giudice. Sappiamo che, per quanto sofisticata, l'intelligenza artificiale ragiona diversamente dall'essere umano. Fra le altre cose, non è in grado di concepire il mondo come una sequenza di eventi irripetibili. Valuta la rilevanza di un fatto solo se prevista da un algoritmo. Mentre le decisioni umane, pur guidate da parametri normativi, risultano sempre dal "rapporto fertile" fra l'interprete e il caso concreto, quelle dell'IA valuteranno gli eventi sempre in base a un meccanismo di reminiscenza: se un paradigma visivo è formalizzato e memorizzato in un algoritmo, il *software* lo riconoscerà come elemento da elaborare. Si tratta di una "reminiscenza".

Per l'IA, la storia è un insieme di stimoli già predefiniti che l'algoritmo è in grado di identificare ed elaborare, sulla base dei dati archiviati e delle istruzioni ricevute. Nel momento in cui l'IA viene impiegata per giudicare, la definizione di reato cessa di essere una "profezia" sul futuro (come dicevamo prima) per ridursi a un accumulo di memoria, depositata nella mente artificiale, e recuperata quando il sistema riceve istruzioni in tal senso. Il giudizio, inevitabilmente, si trasformerà.

### 7. *Forme poetiche: le fattispecie incriminatrici come metafore dell'ingiusto*

Una terza via consisterà nel potenziare l'idea – sostenuta convintamente in questo saggio e in altri lavori che abbiamo scritto negli ultimi anni – che il diritto penale sia una forma d'arte. Il diritto penale crea forme simboliche come se fossero il frutto di un'arte plastica, un'arte che plasma le forme dell'illecito.

Le definizioni di reato sono un testo letterario, forse anche qualcosa di più: *un'arte plastica*. Nelle fattispecie il legislatore dà forma e modella le forme visibili dell'ingiusto. Le definizioni di reato cercano di visualizzare, mostrare, mediante forme chiare e manifeste, ciò che, impalpabile e privo di contorno, si cela dietro il divieto: l'ingiusto, il male.

La raffigurazione dell'illecito può essere – come nel passato remoto – quasi mimetica, ma molto spesso dev'essere letteraria, "fittizia". Rappresentare l'ingiusto richiede un atto di creazione artistica, senza il quale non è possibile rendere visibile il dramma specifico di ciascun reato.

Il diritto penale del futuro dovrebbe acquisire maggiore consapevolezza di questa sua natura artistica, puntando decisamente sulla sua natura di arte figurativa, anzi: sul suo essere *arte plastica* che ha come suo tema fondamentale la rappresentazione dell'illecito". *Arte plastica* in quanto relativa, appunto, alla modellazione formale, alla foggatura delle forme visibili del reato.

Quale poetica per quest'arte plastica?

Il diritto penale dovrà inevitabilmente operare scelte di carattere estetico, partendo da una rinnovata consapevolezza dell'importanza di questo aspetto. Potrà ispirarsi al realismo, al concettualismo, all'informale o sperimentare soluzioni più audaci. Sappiamo che, a fronte dei grandi mutamenti del mondo contemporaneo, l'arte ha imboccato, a partire dall'inizio del Novecento, strade fortemente sperimentali. James Joyce, Arnold Schönberg, Pablo Picasso sono stati, tra gli altri, pionieri di un nuovo rapporto tra mente umana e interpretazione del reale.

Non è facile, però, adattare scelte estetiche così rivoluzionarie al diritto penale. Difficilmente lo stile narrativo del "flusso di coscienza", la dodecafonìa o la destrutturazione cubista della realtà fisica potranno diventare fonte diretta di ispirazione per il rinnovamento del diritto penale.

Occorre ricordare infatti che quest'ultimo deve anche assolvere a una funzione performativa: segnalare regole di condotta ai cittadini e regole di giudizio ai giudici. Probabilmente, l'arte del diritto penale dovrà quindi sempre produrre figurazioni dotate di un tratto plastico continuo e comprensibile, indicando con precisione ciò che il sistema intende vietare e arginando, al contempo, il potere discrezionale del giudice.

Abbiamo parlato di diritto penale come "finzione" e accennato alla necessità di considerare le norme incriminanti come frutto di un'arte plastica. In questo contesto, risulterà fondamentale studiare più a fondo, riferendosi al diritto, il legame metaforico che unisce la "creazione artistica" ai contenuti che l'artista-legislatore vuole esprimere. Ed ecco che si giunge al cuore di ogni discorso estetico: la metafora. La metafora è la forma simbolica per eccellenza. Attraverso figurazioni immaginifiche, la metafora può esprimere in modo particolarmente incisivo l'essenza di qualcosa'altro che si trova altrove e che, altrimenti, non sarebbe visibile. Nel caso del diritto penale, questo "altro" è l'ingiusto, il male.

La sfida è fare in modo che, rivelandosi in quanto arte plastica e producendo buone metafore, il diritto penale possa ancora oggi, e in futuro, modellare e "mettere sotto gli occhi" dei cittadini e dei giudici l'invisibile realtà dell'ingiusto.



CARLO PIERGALLINI

UN 'PENALE' PIÙ 'CIVILE'? (\*)

SOMMARIO: 1. Suggestioni. – 2. La 'penalistica civile' e la 'civilistica penale'. – 3. 'Penale' e 'civile' nella postmodernità. – 4. Il dilavamento del 'penale' e l'incontenibilità del 'civile'. – 5. La 'civiltizzazione del penale' sul terreno dell'interpretazione. – 6. Giustizia riparativa e 'civiltizzazione del penale'. – 7. La 'privatizzazione' del processo penale. – 8. Conclusioni.

1. *Suggestioni*

'*Penalistica civile*', '*civilistica penale*', un '*penale più civile*': l'argomento di questo lavoro, dedicato a Giorgio Lattanzi, evoca suggestioni policrome, talvolta equivoche, ma che, come vedremo, inducono a riflettere, ancora una volta, sul volto dell'illecito penale, sui suoi cromosomi, allo scopo di appurare se ne abbia introiettati di nuovi, in particolare dal 'civile', aprendo il campo a fenomeni di ibridazione. Nelle espressioni poc'anzi utilizzate, è bene ribadirlo, il riferimento al 'civile' non riversa identici significati, perché risente della diversa dimensione diacronica in cui viene calato. Occorre, pertanto, distinguere *storicamente*, per scrutare la trama e il contenuto delle interferenze tra i due illeciti.

2. *La 'penalistica civile' e la 'civilistica penale'*

La '*penalistica civile*' prende forma, nel nostro Paese, tra gli anni quaranta e settanta del XIX secolo ed è stata magistralmente scolpita nei raffinati lavori di Mario Sbriccoli<sup>1</sup>. Come si sa, il Regno d'Italia nacque nel 1861 sotto il segno

(\*) È il testo dell'intervento al convegno «Un "penale" più "civile"? *Influenze e interferenze tra due discipline*», svoltosi all'Università di Firenze il 18 aprile 2024, riascoltabile al link <https://discrimen.it/videos/un-penale-piu-civile-influenze-e-interferenze-tra-due-discipline/>. Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo *Liber amicorum per Giorgio Lattanzi*, a cura di G. Fidelbo e E. Gallucci, Giuffrè, 2025, 627 ss. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione.

<sup>1</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, *Scritti editi e inediti* (1972/2007), Milano, 2009,

dell'emergenza: era il brigantaggio ad essere percepito come un fattore potenzialmente distruttivo dello Stato unitario. Inevitabili le torsioni sul sistema penale, marcato dalla ricorrenza di leggi eccezionali volte a reprimere il fenomeno. Contro questa corrente si mosse una generazione di Penalisti liberali (si pensi, su tutti, a Francesco Carrara), che fomentò una rivoluzione delle prospettive, assumendo il problema penale come un problema di *ideologie punitive*. L'esito di questa 'battaglia' condusse, come è noto, alla realizzazione del codice penale Zanardelli, di ispirazione liberale e di pregevole fattura. Accanto all'obbiettivo di assicurare uno spazio alla 'giustizia' nella vita sociale, questa generazione di Penalisti puntò ad accrescere il processo di 'incivilimento', nel cui ambito il diritto penale rivestiva un ruolo decisivo. I terreni di elezione erano essenzialmente tre: l'abolizione della pena di morte, la proporzione della pena con il delitto, il sistema delle prove<sup>2</sup>. Balza agli occhi che si era al cospetto di temi che si ponevano in linea di continuità con il riformismo illuministico del secolo precedente. In questo ambito, i criminalisti sono chiamati a riflettere sui limiti del potere punitivo, in un contesto storico contraddistinto da una costante: quella di conciliare le innovazioni di matrice liberale con i ricorrenti timori per la sicurezza e l'ordine pubblico. Significativo, in proposito, il rifiuto che Carrara oppose alla trattazione dei 'delitti politici', indicati come il risultato della «prevalenza dei partiti e delle forze», come tali inconciliabili con «i principi assoluti del giure penale»<sup>3</sup>. Di particolare interesse si rivelò, inoltre, il dibattito sulla pena di morte, che andò ben oltre la censura del suo contenuto di inciviltà. La questione della pena capitale fomentò un dibattito sulla "scala penale". Francesco Carrara sostenne che, siccome i delitti sono diversi per qualità, quantità e grado, anche le pene dovranno replicare tali diversità, ispirandosi all'idea della *moderazione*, il cui complemento era costituito dalla *certezza*<sup>4</sup>. Su questo terreno, si sviluppò, parallelamente, una contestazione alla teoria dell'«adeguazione», che sosteneva la necessità di infliggere la stessa pena per il delitto tentato e la complicità.

All'interno del descritto quadro, la parola 'civile' non qualifica il volto del 'penale' in un'ottica *infrassistematica*, che, anzi, le è del tutto estranea. L'attributo 'civile' trasuda un'istanza di 'civiltà', una visione 'filosofica' del diritto penale, contraddistinto dal perseguimento di un sistema giusto, garantito, libero, finalmente depurato dalle iniquità e dalle atrocità del passato.

495 ss.; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, 487 ss.

<sup>2</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 505.

<sup>3</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Lucca, 1871, VII, 627.

<sup>4</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, 372.

Tuttavia, all'inizio del XX secolo, la 'penalistica civile' attraversò una forte crisi unitamente alla (contrapposta) scuola dottrinale positivista, che puntava a trasformare il Paese in un immenso riformatorio. La dissoluzione del liberalismo tocca proprio il suo principale terreno di elezione, vale a dire l'esistenza di una giustificazione esterna al diritto penale, come argine della libertà contro l'arbitrio. Il 'nuovo', che si contrappone, propugna un'idea di Stato concepito come «ente originario, 'personale', capace di volontà»<sup>5</sup>. L'obbiettivo è chiaramente quello di una *desertificazione ideologica*, di una spoliticizzazione, in nome di un diritto penale «che deve prodursi da sé operando su se stesso»<sup>6</sup>. È l'abbandono del retroterra illuministico a favore della concezione dello Stato come entità neutrale, valutativa, che viene prima dell'individuo. Su questo terreno, affonda le radici la 'civiltà penale', cioè la progressiva affermazione del modello del 'diritto civile' adottato dalla scienza del diritto pubblico, per mano di Vittorio Emanuele Orlando, e, successivamente, dal diritto penale, ad opera di Arturo Rocco. Il primo, nella prolusione palermitana, sollecitava la disincrostazione del diritto pubblico dalla filosofia, dall'economia, puntando a concepirlo nello stesso modo del diritto privato, come complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati<sup>7</sup>. Il 15 gennaio 1910 Arturo Rocco, nella sua prolusione sassarese, sostiene che il compito della scienza del diritto penale è «l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale qual è, in forza delle leggi che ci governano»<sup>8</sup>. È la data di nascita del *metodo tecnico-giuridico*, che comporta la sepoltura della concezione integrata del diritto penale. Ciò che conta è la *dommatica* e, per conseguire questo obbiettivo, il diritto penale ha come *modello di riferimento esterno*, per eccellenza, il *diritto civile*, dal quale importare i metodi di analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori e le categorie esegetiche. Si vuole un diritto penale apolitico, neutrale, privilegiando la via del formalismo, a discapito dei contenuti dello *ius puniendi*.

A differenza della 'penalistica civile', la 'civiltà penale' addita esplicitamente il diritto civile come sistema di riferimento, invitando ad assimilarne i paradigmi. Dunque, il 'civile' viene invocato come strumento di elaborazione del diritto penale vigente, allo scopo di edificare la corrispondente dogmatica. Politicamente, il rinvio al 'civile' fa segnare un vistoso arretramento rispetto all'esigenza di 'civiltà' che

<sup>5</sup> P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 119.

<sup>6</sup> Lo rileva M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., 521.

<sup>7</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione palermitana del 1889, in *Archivio giuridico*, XLII, 1889, fasc. I, 20.

<sup>8</sup> AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, parte prima, 497.

permeava i penalisti liberali. È risaputo che l'indirizzo tecnico-giuridico è perdurato perlomeno fino alla fine degli anni sessanta del XX secolo. Nel 'civile', uno dei punti di riferimento più 'alti' e significativi della costruzione dogmatica è da rintracciare nella celebrata opera "*Dottrine generali del diritto civile*" di Francesco Santoro Passarelli<sup>9</sup>. Nel 'penale', merita di essere ricordata, tra le altre, per la dichiarata propensione alla costruzione di una figura unitaria di 'torto' (penale e civile), la monografia del 1926 di Francesco Carnelutti "*Il danno e il reato*"<sup>10</sup>, in cui il reato e l'illecito civile trovano una superiore sintesi nel *genus* del "torto", come atto *contra ius*. Scrive Carnelutti che «il precetto fa un corpo con tutte le sanzioni civili e penali che lo garantiscono. Non può essere collocato né nell'uno né nell'altro lato [...] perché appartiene all'uno quanto all'altro»<sup>11</sup>. Una suggestione, questa, vale la pena di annotarlo, ripresa, oggi, da un Maestro del diritto civile, Natalino Irti, che, criticando la separazione delle discipline, invita a guardare oltre, invocando un criterio superiore, vale a dire un principio giuridico capace di ristabilire l'unità (perduta) tra il reato e l'illecito civile. Tale criterio viene individuato nel concetto di ordinamento, che viene lesa, nella sua interezza, dall'azione antiggiuridica. L'illecito è pertanto tale di fronte a tutto l'ordinamento. Ne deriva che qualsiasi sanzione va considerata come 'pena', cioè come risposta afflittiva all'atto illecito<sup>12</sup>.

Ebbene, quello della 'penalistica civile' e della 'civilistica penale' può essere considerato una 'tema' del passato, da archiviare, o conserva profili di attualità?

È soprattutto la 'penalistica civile' a meritare attenzione. Una consegna ai posteri parrebbe davvero troppo disinvolta. Molti dei problemi all'epoca sollevati, sia pure con intensità e sfaccettature diverse, sono ancora sul tappeto e alimentano il dibattito. Si parla oggi di rifondazione del garantismo penale<sup>13</sup> al cospetto del populismo che domina la scena, capace di gemmare penalità a dismisura con editti sanzionatori provvisti di un vistoso gigantismo<sup>14</sup>. Per non dire dello sfigurante volto

<sup>9</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

<sup>10</sup> F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

<sup>11</sup> F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 83.

<sup>12</sup> N. IRTI, *Il ritorno all'unità*, in G. DONATI-G. FORTI-C. MAZZUCCATO-A. VISCONTI (a cura di), *L'esercizio del "giusto giudizio". Idea di responsabilità e fondamenti della giustizia nell'anniversario manzoniano*, Milano, in corso di pubblicazione. Un'aspirazione in parte 'unitaria' può pure rintracciarsi nella monografia di G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, nel cui ambito, però, è la dogmatica penalistica, imperniata sulla tripartizione, a guidare la costruzione dell'illecito civile, peraltro in controtendenza rispetto agli studi civilistici dell'epoca, che puntavano a recidere il legame edipico tra l'illecito penale e il torto aquiliano.

<sup>13</sup> Il tema del 'garantismo' è stato, di recente, rimeditato, con esiti diversi, da: V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, 2022; L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari, 2024.

<sup>14</sup> In questo quadro si iscrive l'opera della Corte costituzionale, che ha emancipato il giudizio di proporzionalità dallo schema triadico della ragionevolezza-uguaglianza, con l'effetto di poter censurare

della pena detentiva, gravata da una condizione carceraria che aggiunge la pena del degrado a quella inflitta dal giudice. Tuttora in auge il tema della sicurezza pubblica, con il quale si salda anche il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero e i discorsi d'odio: un tema, questo, delicatissimo, nel quale il 'penale' ambisce ad insinuarsi con tutto il carico di prevedibili rischi che si trascina. Per non parlare del sistema delle misure di prevenzione: formalmente 'non penale', lo supporta vigorosamente, sfruttando congegni applicativo-imputativi più laschi, che esitano in restrizioni personali e ablazioni patrimoniali di significativo impatto.

Non parrebbe azzardato, quindi, concludere che il *topos* della 'penalistica civile' è tutt'altro che defunto. I valori, che lo animavano, conservano, oggi, in forme diverse, una vivida attualità.

### 3. 'Penale' e 'Civile' nella postmodernità

Un autorevole, compianto Studioso, per descrivere la condizione attuale del 'penale', lo ha icasticamente fotografato come *'totale'*, atteso che la sua *estensione topografica non conosce più limiti*<sup>15</sup>. Proprio muovendo da tale inarrestabile estensione, si può prospettare l'idea di una sorta di 'civiltà' del 'penale': 'civiltà' non già perché faccia meno 'male', bensì perché lascia trasparire i cromosomi del diritto civile, replicandone le fattezze per lo meno su tre versanti:

a) nella *misura della sua dilatazione*: come il 'civile', il 'penale' si insinua, ormai, in ogni lacerto della nostra vita, palesando una preoccupante bulimia<sup>16</sup>;

il vizio autonomamente, ossia con riferimento esclusivo al giudizio di meritevolezza di pena riflesso nella dosimetria sanzionatoria normativamente prevista: cfr., tra le altre: Corte cost. n.236 del 2016, sul minimo di pena del delitto di alterazione di stato, dove la necessità di individuare il *tertium comparationis* riemerge *ex post* ai soli fini dell'individuazione del sostituto sanzionatorio; Corte cost. n.222 del 2018, sulla pena accessoria fissa del delitto di bancarotta fraudolenta, dove, ai fini della sostituzione della misura illegittima, ci si accontenta che il sistema fornisca precisi punti di riferimento già presenti nella legislazione ovvero soluzioni già esistenti nel sistema legislativo ancorché non costituzionalmente obbligate.

<sup>15</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019. Per una recente, acuta riflessione, condotta con un approccio multidisciplinare, sul fenomeno sociogiuridico del 'punire', v. G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024.

<sup>16</sup> Sul tema dell'ipertrofia penalistica, è fondamentale il rinvio a C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Vi è da segnalare, poi, che persino la sanzione amministrativa, da auspicato strumento di riduzione dell'ipertrofia penalistica, è diventata oggi, addirittura, una sorta di suo 'concorrente esterno', visto il proliferare di scelte legislative deliberatamente cumulative, che prevedono, cioè, la convergenza della sanzione penale e di quella amministrativa sul medesimo fatto, così da innescare preoccupanti fenomeni di *bis in idem*. Per un'accurata indagine di questo fenomeno, v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022.

b) in sede *interpretativa*, dove il ‘penale’, alla stessa stregua del ‘civile’ (autorevolmente ‘bollato’ come ‘incalcolabile’<sup>17</sup>), è attraversato da un formante giurisprudenziale non di rado creativo, che opera più per “valori” che per “fattispecie”;

c) sul piano *sanzionatorio*, dove la ridefinizione dei conflitti sociali, sottesi ad alcuni reati, non viene più conseguita con strumenti repressivi, bensì attraverso modelli ‘civilistici’ di stampo *compensativo-riparatorio*, che issano il *risarcimento del danno* a strumento di composizione dei conflitti.

Anche sul terreno *processuale*, si rileva la sua crescente ‘*negozialità/privatizzazione*’, comprovata dalle maglie più larghe previste per accedere ai riti alternativi al dibattimento e alla distribuzione di ulteriore premialità accordata a forme di *probation* e alla rinuncia agli strumenti di impugnazione.

Gli indicati segnali di ‘civilizzazione’ vengono, per lo più, valutati negativamente: essi costituirebbero, cioè, lo specchio di un diritto penale polimorfo, che rilascerebbe vistose fratture con i principi costituzionali che dovrebbero conformarlo. Una valutazione, questa, il cui apprezzamento richiede uno scandaglio più ravvicinato dei territori gravati dalla ‘confusione’ tra i due sistemi.

#### 4. *Il dilavamento del ‘penale’ e l’incontenibilità del ‘civile’*

La misura dell’impiego del ‘penale’ non conosce argini. La riserva di legge, specie se concepita come assoluta o tendenzialmente tale, avrebbe dovuto conformarne l’adozione, grazie al coinvolgimento dell’organo massimamente rappresentativo della volontà popolare, deputato ad assicurarne un impiego ponderato, proprio in virtù della ‘lentezza’ dell’*iter legis*, sinonimo di una meditata riflessione sugli interessi in gioco nella materia penale. Così non è: le fonti di produzione si sono moltiplicate. Si pensi alle norme sovranazionali, che riversano sempre più “penalità” e che sono spesso il frutto di istanze tecnocratiche, in cui l’idea della rappresentatività e, perciò, della democraticità del prodotto, scade a mero ‘simulacro’. Sul piano interno, il ricorso agli atti dell’Esecutivo, in varia misura integrativi del precetto, è una vera e propria costante. Inutile nascondere: la riserva di legge è ormai “all’angolo”.

Non può poi essere trascurato il propellente *mediatico*. Il *legislatore* è oggi *geneticamente mediatico*, nel senso che «detta l’agenda politica selezionando [...] le materie (i valori) da assegnare prioritariamente alla competenza del sistema penale»<sup>18</sup>, imbastandone, altresì, il modo di disciplina e il lessico (di fog-

<sup>17</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>18</sup> C.E. PALIERO, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista*, 2012, 116.

gia grezza e talvolta bellico), grazie all'immediatezza del messaggio, non gravato dal vincolo del confronto parlamentare.

Sul piano dei *contenuti*, gli argini all'invasione della "penalità" sono poco più che virtuali. La funzione critica, in ottica delimitativa, del bene giuridico, magari rafforzata in una prospettiva costituzionale<sup>19</sup>, ha riempito significative pagine di dottrina, ma, volgendo lo sguardo alla prassi, è da prendere atto che il bene giuridico si è risolto in un formidabile volano di espansione del "penale". Pure il principio costituzionale di *offensività* ha conseguito risultati modesti. È da riconoscere che gli ideali illuministici dell'*extrema ratio*, la loro estremizzazione ideologica nel cd. "diritto penale minimo", la funzione 'critica' del bene giuridico sono stati ormai bypassati.

Di qui, la denuncia del 'meticciamiento' con il 'civile'.

Quest'ultimo, lo si sa, regola ciascun aspetto della vita umana: si occupa delle persone (fisiche e collettive), dei loro diritti (soggettivi, assoluti o relativi), da quando nascono (inclusi i nascituri) fino a quando decedono. Fin qui, l'estensione del 'civile' vanta dimensioni fisiologiche, emblematicamente evocate dalla struttura del codice. È risaputo, però, che il 'civile' ha conosciuto e conosce un vorticoso sviluppo *extra codicem*. Natalino Irti profilava, già sul finire degli anni '80, per il diritto civile, un processo di '*decodificazione*', marcato dalla perdita di centralità/universalità del codice, al quale si affiancavano normazioni speciali e dall'insorgenza di un 'neo-particolarismo giuridico'<sup>20</sup>. Ciò ha determinato la nascita di micro-sistemi normativi chiusi, in cui il rapporto con la disciplina del codice viene affidato al criterio di specialità, totalmente 'cieco' verso le gerarchie di valore dei diversi complessi normativi. Ne esita il cd. *nichilismo giuridico*, contraddistinto da un'incessante produzione e consumo di norme, che perseguono singoli scopi, rifiutando ogni appello all'unità e che si consegnano al volere umano<sup>21</sup>. La vorticoso produzione normativa attesterebbe, così, la *nientità* del diritto, che risponde soltanto alla domanda sulla validità, cioè sul funzionamento delle procedure. In definitiva, il diritto non verrebbe più considerato per i contenuti, ma in base alla funzionalità delle procedure produttrici, alla stregua di catene di montaggio. In breve: nichilismo e formalismo sono i due 'marcatori' della modernità giuridica.

La diaspora delle fonti e l'abbandono della centralità dei codici legittimano, così, la raffigurazione di un 'penale più civile'. Vi si proietta, dal lato dei penalisti, un giudizio critico, che vanta numerose frecce al suo arco: basti pensare che gli interessi sottesi al 'civile' manifestano uno spessore prevalentemente economico (non di rado, macroeconomico); il 'penale', per contro, trasmette una diversa col-

<sup>19</sup> Si allude al tentativo di rifondazione costituzionale del bene giuridico operato, con impareggiabile maestria, da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1974, XIX, 8 ss.

<sup>20</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>21</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005, *passim*.

locazione 'valoriale', sì che il modo con il quale replica le fattezze del 'civile' suscita serrate critiche sulla sua sostenibilità, non solo assiologica, ma pure gestionale.

Tuttavia, fermo ciò, il processo di espansione del 'penale' va, comunque, interpretato con maggiore attenzione, evitando estremizzazioni, che, per quanto suggestive, rischiano, però, di peccare di astrazione.

Come è noto, la frantumazione politica e sociale, seguita alla caduta delle ideologie, accompagnata dalle dirompenti crisi finanziarie globali e dall'incedere di flussi migratori, ha accresciuto un senso di insicurezza sociale e di timore del futuro, che ha favorito un ulteriore, dissennato ricorso al "penale" come 'ansiolitico' sociale, in cui alla pena si assegna una funzione prevalentemente *placativa*. Si pensi al florilegio della 'penalità' nel diritto dell'economia, deputata a contrastare la criminalità economica, sia nella sua tradizionale configurazione imprenditoriale, sia nella sua dimensione macrocriminale; oppure al traffico di Esseri umani, che ha 'costretto' i legislatori a riscoprire arnesi che si pensavano sepolti (il reato di schiavitù su tutti). Ma non basta. Spicca pure il ruolo svolto dai cc.dd. imprenditori di moralità<sup>22</sup>: la laicizzazione del diritto penale, frutto maturo dell'illuminismo penale, ha subito significativi contraccolpi con la penalizzazione delle condotte di detenzione, persino virtuale, di materiale pedopornografico, la cui *ratio* repressiva si risolve interamente nell'istanza, economicistica, di contrastare la 'domanda' di tali materiali, senza curarsi del fatto che la punizione attinge un soggetto non tanto per ciò che fa, bensì per ciò che è (un bersaglio di riprovazione etico-morale). Per non parlare, come si è detto, della ricomparsa sulla scena dei reati di opinione: si allude ai discorsi d'odio, alla libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca dei *social*, alle istigazioni innervate di nostalgie totalitarie, al negazionismo.

Al netto di queste considerazioni, è però da rimarcare che l'inflazione penalistica ha rappresentato l'inevitabile esito della *Daseinvorsorge* dello Stato sociale. Si pensi, per fare alcuni esempi, alla tutela dell'ambiente e del territorio: difficile negare a tali beni giuridici una legittimazione sul versante penalistico. Più in generale, è da evidenziare che la post-modernità determina, per reazione, processi di differenziazione, che veicolano sotto-sistemi destinati ad incorporare (governare) una complessità sempre crescente. L'invasività del 'penale' risente di tale complessità: non va giustificata *tout court*, ma la sua 'civilizzazione', come fenomeno di estensione topografica, è, in parte, ineludibile e, talvolta, fondata sul piano politico-criminale. Converterà, quindi, 'farcì i conti': il fascino delle versioni 'minimalistiche', variamente costruite, alimenta suggestioni che sconfinano nell'utopia. Il presente sarà pure in significativa misura distopico, ma è bene af-

<sup>22</sup> Cfr., in proposito, C.E. PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 876 ss.

frontarlo, non 'negarlo', per provare a *governarlo* con strumenti che salvaguardino, senza sconti, i principi non negoziabili dello *ius terribile*.

### 5. La 'civilizzazione del penale' sul terreno dell'interpretazione

La questione interpretativa è quella che, più di ogni altra, fomenta il dibattito sulla 'civilizzazione' del 'penale'.

Non conoscendo limiti angusti sul piano interpretativo, il 'civile' è stato ed è attraversato da un formante giurisprudenziale spesso 'creativo', che opera, come si è detto, più per "valori" che per "fattispecie" (si pensi al percorso che ha condotto all'atipicità dell'illecito aquiliano). Questo processo trovò, all'interno della magistratura, la sua scaturigine culturale nel Convegno di Gardone del 1965, tutto orientato a scrutare i rapporti tra il diritto civile i valori della Carta costituzionale e la veicolabilità di questi in sede di giudizio (il tema della cd. *Drittwirkung*<sup>23</sup>). Del resto, il reticolato delle fonti è fitto: la Costituzione, le leggi ordinarie, le clausole generali, l'autonormazione (la *lex mercatoria*: il capitalismo che genera diritto al proprio interno). Specie additando i valori, si denuncia che il concetto di 'fattispecie' (come *species facti*, frammento di realtà) propende a scomparire: tutto tende inevitabilmente ad essere riempito. Cresce così la 'casistica', vale a dire il repertorio di decisioni che hanno ad oggetto vicende singolari e concrete, tanto che l'applicazione non consiste più in una relazione logica, ma nel «risultato aritmetico-quantitativo della casistica»<sup>24</sup>. È il primato del 'fatto' sul 'diritto'. L'effetto di un simile processo di espansione ermeneutica è quello di un diritto (civile) "incalcolabile", immerso nell'immediato soggettivismo del decidente<sup>25</sup>.

In posizione radicalmente antitetica, si pone chi sostiene la cd. *fattualità* del diritto, assegnando centralità al formante giurisprudenziale, in nome della riabili-

<sup>23</sup> Si tratta di un tema ampiamente dissodato dalla dottrina civilistica. Per una pregevole sinossi critica, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 444 ss. Più di recente, v. E. SCODITTI, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, 1 ss.: testo della relazione (cortesemente fornita dall'Autore) presentata all'incontro di studi, in occasione del novantesimo compleanno di Nicolò Lipari, su "Diritto e ragione" (Bari, 18-19 aprile 2024). Lo scritto è destinato alla pubblicazione degli atti dell'incontro di studi.

<sup>24</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 29.

<sup>25</sup> Cfr., ancora, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. Per una recente, acuta riflessione sulla necessità di preservare la certezza del diritto quale strumento deputato a governare la complessità e ad evitare insidiose alterazioni dell'ordine costituzionale dei poteri, v. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

tazione del caso concreto<sup>26</sup>. Per questa via, la regola giuridica non risiederebbe nella fattispecie astratta, ma nel fatto: una posizione, questa, che palesa, alla stregua di una suggestione heideggeriana, il dominio della contingenza.

Il ‘penale’ non è rimasto sordo a queste problematiche, tutt’altro. L’inarrestabile produzione penalistica ha reperito un propellente *endogeno* nel mutato ruolo della *giurisdizione*, sempre meno legata al vincolo, costituzionale, di un’ermeneutica prescrittiva. Plurime le cause: la dimensione reticolare delle fonti (il giudice nel labirinto<sup>27</sup>), le interpretazioni ‘conformi’, la crisi di determinatezza dei precetti, l’emancipazione del cd. diritto vivente e, non ultimi, i frequenti scavalcamenti del ‘testo’, destrutturato in chiave analogica. Si smarrisce, per questa via, la funzione ‘insulare’, frammentaria del ‘penale’: questo tende a deformalizzarsi e a flessibilizzarsi, ricorrendo a tecniche interpretative distanti dai principi di derivazione illuministica, sì da avvicinarsi sempre più ad una sorta di attrezzo di “ingegneria sociale”. Una tendenza, questa, che, nella Società del rischio<sup>28</sup>, implementa le coordinate di un omologo “diritto penale del rischio”. Il descritto processo, tra l’altro, non si arresta solo alle fattispecie criminose, ma investe pure istituti di parte generale. Si pensi, per fare un esempio, alla colpa: sempre più condizionata dalla deformante logica del “senno di poi”, reclama spesso agenti-modello sovraumani, forgiati dal giudice alla bisogna. È, dunque, il ‘tipo’ a finire sotto attacco: se ne destruttura la funzione ‘digitale’, che partorisce un diritto penale *flou, fuzzy*, una sorta, cioè, di ‘*neo-situazionismo giudiziario*, in cui la giurisdizione finirebbe per appropriarsi di spazi che appartengono al potere legislativo per ragioni di effettività punitiva. Si profila, così, una tipicità ‘postuma’, giurisprudenziale, che si contrappone a quella legale.

È innegabile, pertanto, che il ‘penale’ abbia replicato e replichi, ancora una volta, le fattezze del ‘civile’.

Forti e acuminata le critiche mosse dalla dottrina al descritto processo di volatilizzazione del principio di tassatività, ritenuto un valore non negoziabile (così è, per Costituzione).

Tuttavia, è da avvertire, parafrasando un celebre motto, che l’estremismo potrebbe rivelarsi la malattia infantile del garantismo penale. Occorre, di conseguenza, ‘distinguere’, ‘separare’ il grano dal loglio.

Che il ruolo della giurisprudenza si sia vieppiù accresciuto è un dato di fatto. È da ricordare, come si è acutamente sottolineato, che il diritto penale è *necessariamente* giurisprudenziale, atteso che «la giurisdizione partecipa alla definizione

<sup>26</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 33 ss.

<sup>27</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>28</sup> Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

della regola di diritto da applicare al caso concreto»<sup>29</sup>. Lo *ius puniendi* scaturisce dal processo, non altrove. La norma costituisce l'esito dell'interpretazione della disposizione, perché occorre contestualizzarla nella realtà<sup>30</sup>. È di tutta evidenza che l'inflazione penalistica, tuttora inarrestabile, accresce il ruolo della giurisdizione. Tutto ciò è 'fisiologico': il vero problema risiede nel tracciare il limite tra *ius facere* e *ius dicere*. Un confine, questo, che, nella post-modernità, si è flessibilizzato, offuscato per plurime ragioni.

In primo luogo, l'estensione topografica del penale si manifesta sempre più spesso con un linguaggio sciatto: una sorta di plastilina linguistica, che induce disorientamento. Il legislatore ricorre a un lessico che riversa suggestioni, messaggi, finendo, consapevolmente (inutile negarlo), con il relegare alla giurisprudenza il compito di 'attualizzarlo' alla bisogna. Il legislatore si accontenta di lanciare il messaggio, provando, per questa via, a placare l'irritazione sociale, magari sapientemente manipolata dal nuovo formante della post-modernità: quello massmediatico.

In secondo luogo, è, per vero, da riconoscere che il 'governo' penalistico della complessità è tutt'altro che agevole. Il 'penale', lo si sa, conia 'tipi', vale a dire schemi comportamentali 'esemplari'. Si è osservato, in un pregevole studio, che «il termine 'tipo' può essere inteso sia come 'campione', che presenta le caratteristiche medie di una moltitudine di oggetti, sia come 'schema ideale' al quale può essere ricondotta per astrazione una moltitudine di situazioni aventi caratteri comuni»<sup>31</sup>. In definitiva, la 'tipicità' è uno schema astratto, capace di 'ritenere' al suo interno, con certezza o con un grado di maggiore o minore approssimazione, situazioni concrete. Un osservatore, non disincantato, non fa fatica a cogliere come la complessità della post-modernità sia ardua da tradurre in precetti ben scolpiti, sì che si privilegia la vaghezza e la promiscuità semantica. Va, pertanto, in crisi la capacità rappresentativa del 'tipo', dunque il genoma del diritto penale. Non è un caso che il legislatore spesso adoperi la 'rubrica' per convogliare scopi placativi, fornendo suggestive traduzioni 'sociologiche'<sup>32</sup>. Si pensi, a mo' di esempio, tra gli altri, al reato di "*Traffico di influenze illecite*"<sup>33</sup>: evoca emblematicamente scenari ad ampio spettro, accomunati dall'idea, di impronta socio-

<sup>29</sup> F. GIUNTA, *Un diritto strettamente e necessariamente giurisprudenziale*, in M. DONINI-L. GARLATI-N. MILETTI-R. ORLANDI (a cura di), *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Roma, 2024, 272.

<sup>30</sup> Così, ancora, F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 273.

<sup>31</sup> A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 11.

<sup>32</sup> Sul ruolo della 'rubrica' nella fattispecie criminosa, v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

<sup>33</sup> Sia nella sua versione originaria, introdotta dalla l. 190/2012, sia nel testo modificato dalla l. 3/2019, sia, infine, nell'ultima configurazione contenuta nel ddl. n. 1718, approvato lo scorso 10 luglio, in via definitiva, dalla Camera.

mediatica, di contatti inappropriati, melmosi, ambigui. Solo che il passaggio dalla rubrica alla descrizione del ‘tipo’ paralizza l’interprete, lo confonde, rendendo non di rado indistinguibile il confine del penalmente rilevante. Ecco, allora, che, in simili casi, la giurisprudenza esercita il proprio potere ‘definitorio’, che, è quasi scontato rilevarlo, assume connotati intrinsecamente ‘politici’. Un ulteriore esempio è rintracciabile nei cc.dd. ecoreati calati nel codice penale. Qui viene in gioco non tanto (o non solo) la geometria del ‘tipo’, quanto la sua ‘provabilità’. Il ricorso a termini come “compromissione”, “deterioramento” o “alterazione”, agevolmente spendibili nel linguaggio mediatico, trasudano rilevanti problemi di prova della causalità, la cui orbita applicativa viene consegnata nelle mani del giudice.

Al cospetto delle denunciate difficoltà di traduzione legislativa dei fenomeni della complessità, vuoi per sciattezza del Parlamento, vuoi per obbiettive difficoltà di ‘descrizione’, resta, tuttavia, fermo che la Costituzione, con il principio di tassatività, al quale si correla il divieto di analogia, impone che «la legalità linguistica costituisca un limite che il giudice non può superare sacrificando la libertà del cittadino»<sup>34</sup>. Un limite, però, il cui confine risente del dibattito che, da tempo, avvolge la stessa fisionomia dell’interpretazione, che sfocia in posizioni radicalmente opposte. All’utopia illuministica del giudice ‘bocca’ della legge, si contrappongono, in varia misura, orientamenti giusrealistici, che negano la tracciabilità di un confine tra l’interpretazione estensiva e quella analogica. Nelle versioni più estreme, si propende in direzione dell’affermazione nietzschiana in base alla quale non esistono fatti ma solo interpretazioni. Per questa via, la regola giuridica risiederebbe nel fatto non più nella fattispecie astratta. Si profila, in tal modo, una concezione debole dell’ermeneutica giuridica, in cui la creatività dell’interpretazione determina la collocazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto. Negli ordinamenti di *civil law*, il piano delle garanzie trasmigra, di conseguenza, dalla ‘tassatività’ (non più conseguibile) del testo alla *prevedibilità* della decisione giudiziaria<sup>35</sup>. Un criterio, questo, che, come tutte le regole di giudizio,

<sup>34</sup> F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 273.

<sup>35</sup> Significativa, in proposito, una recente sentenza della VI sezione penale della Cassazione (del 16 luglio 2024, n. 28594, pubblicata *online* su *Giurisprudenza penale*, 29 luglio 2024), in cui, in tema di *mutamenti giurisprudenziali* delle sezioni unite, si richiama la distinzione tra mutamento ‘evolutivo’ ed ‘innovativo’. Il primo estenderebbe la portata applicativa della norma incriminatrice attraverso una interpretazione che arricchisce, specifica, integra ovvero adegua il significato in precedenza attribuito all’enunciato legislativo, così da permettere alla norma di adattarsi al nuovo contesto storico-normativo. Il secondo, invece, si realizza quando vi è, secondo la stessa giurisprudenza, la necessità di porre rimedio a quello che viene di fatto ritenuto dall’interprete come un vuoto di tutela derivante dall’inerzia del legislatore o da una precedente interpretazione che viene considerata non più condivisibile. Ora, a tacere della natura manipolabile del confine tra mutamento ‘estensivo’ ed ‘innovativo’, parrebbe evidente che il secondo si risolve in un’attività ‘creativa’, in violazione della riserva di legge. Come si sa, invece, la giurisprudenza elude il tema della ‘legalità’, aggiran-

non tramanda certo rassicuranti messaggi sul terreno della 'certezza'. Del resto, già a partire dalla metà degli anni '60, l'indebolimento dell'ermeneutica giuridica ha fatto segnare preoccupanti tracimazioni *contra legem*. Basta richiamare alla mente alcune figure: i pretori di assalto, l'uso alternativo del diritto, tangentopoli, il contrasto alla criminalità mafiosa, ecc. In questi casi, si sono verificati non marginali *vulnera* alla legalità, vuoi per colmare (incomprensibili) vuoti legislativi, vuoi per modificare le scelte politico-criminali del legislatore, vuoi per fronteggiare le obbiettive instabilità predicative dei testi. È doveroso, peraltro avvertire che, accanto a tale fenomeni, spiccano di recente alcune raffinate decisioni che non eludono il problema del 'limite', privilegiando interpretazioni più rispettose dell'orbita del 'tipo' con il quale si confrontano.

Come comporre i riferiti dissidi?

Meglio ripartire dai "testi", che, si è osservato, sono «punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie»<sup>36</sup>. Certo, è illusorio pensare che non rilascino gradi di *fisiologica* indeterminatezza. Spetta al giudice scegliere, ma deve farlo, nel diritto penale, tra i significati ricavabili dal testo, nel rispetto del valore libertario della lacuna (di qui, il divieto di analogia). Tuttavia, lo si è visto, l'attività interpretativa non è politicamente neutrale: forte è la tentazione del giudice, dinanzi a norme semanticamente ambigue, di appropriarsi di un potere 'creativo', che ridisegna a suo piacimento il governo del sottostante conflitto sociale. Spesso questa operazione viene legittimata evocando l'interpretazione estensiva, così da mettersi al riparo. Diversamente, l'indeterminatezza *patologica*, dipendente vuoi dall'incapacità tecnica del legislatore vuoi dai ricorrenti *deficit* di capacità decisionale, imporrebbe l'intervento della Corte costituzionale, che, però, è restia ad operare amputazioni, aprendo, per contro, al diritto vivente, allo scopo di cristallizzare la norma e di evitare vuoti di tutela. Del resto, il ridottissimo numero di questioni di legittimità su questo terreno costituisce la riprova di come la giurisdizione ambisca a governare essa stessa il sistema, accrescendo, così, il suo potere.

dolo con il principio di *prevedibilità* del *mutamento peggiorativo*: la sentenza poc' anzi citata colloca, sistematicamente, la 'prevedibilità' dell'esito decisorio nell'ambito del principio di *colpevolezza*, segnatamente all'interno dell'art. 5 c.p., per come ricostruito dalla celebrata sentenza 364/1988 della Corte costituzionale. Verrebbe da dire che, se si 'legittima' il mutamento 'innovativo', ci si potrebbe appellare alla disciplina dell'art. 2 c.p. Ma a ciò non si arriva, perché vorrebbe dire riconoscere esplicitamente la natura 'creativa' (e, per ciò stesso, politica) del *decisum*. In breve: il riferimento all'art. 5 c.p. funge giustamente da ostacolo ad applicazioni retroattive del mutamento 'peggiorativo' giurisprudenziale intervenuto, ma, per questa via, 'salta' la legalità come parametro preesistente al giudizio.

<sup>36</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 83.

A ben vedere, la garanzia costituzionale della tassatività corre oggi il rischio di uno sconvolgimento. La (da più parti) sostenuta labilità della distinzione tra interpretazioni testuali, estensive ed analogiche induce a riflettere sull'opportunità di ricercare argini più solidi per contrastare il dilavamento ermeneutico della "penalità". Se è vero, come alcuni sostengono, che si sarebbe nell'età del pluralismo interpretativo, allora la disciplina apprestata per il diritto penale dall'art. 14 delle preleggi, che vanta una copertura costituzionale, andrebbe rimeditata. A questo scopo, ci si potrebbe incamminare verso il riconoscimento della sola *interpretazione restrittiva* nel diritto penale, prendendo, come nuovo presidio dell'istanza di tipicità, il principio *in dubio pro reo*. Ciò significa che, al cospetto di un testo che si presta ad una pluralità di interpretazioni, il giudice deve privilegiare quella che meglio corrisponde alla frammentarietà del diritto penale e, perciò, quella restrittiva, che, nel ventaglio delle 'letture' possibili, garantisce la soluzione più favorevole al reo<sup>37</sup>. Questa scelta, perentoria, in favore dell'interpretazione restrittiva, che richiederebbe una consacrazione nella Costituzione, si coniuga, del resto, come è stato acutamente osservato<sup>38</sup>, con il principio dell'*oltre ragionevole dubbio*", che governa le decisioni del giudice quanto agli elementi costitutivi del reato. Se la prova, rispetto a detti elementi, non raggiunge il corposo spessore richiesto dalla formula BARD, si impone l'esito assolutorio. Non si vede perché ciò non possa valere per la *questio iuris* in esame. La molteplicità di significati riconducibili alla disposizione di legge, predicativa di una condizione di dubbio, impone di dare seguito all'interpretazione meno gravosa per l'imputato. Breve: «la conformità del fatto storico alla fattispecie astratta [...] può e deve essere provata oltre ogni ragionevole dubbio»<sup>39</sup>. Un simile rimedio non scalfirebbe certo la bulimia penalistica del legislatore, ma almeno eleverebbe un significativo argine a quella giudiziaria, che, conviene ricordarlo, si appropria di un potere, che, per Costituzione, non le appartiene. Se, per contro, si preferisce rimanere 'tolleranti' rispetto alle ricorrenti slabbrature giurisprudenzia-

<sup>37</sup> Così, A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 3/4 -2013, 852 ss. È da rimarcare che tale soluzione vanta un'assonanza con la *rule of lenity*, che costituisce la moderna manifestazione del principio, sviluppato dalla tradizione di *common law*, che impone di interpretare le norme penali ambigue o poco chiare nel modo più favorevole all'imputato (*strict constructivism*): su tale principio, v. l'approfondita analisi di A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di logica ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 325 ss. Per una valorizzazione di tale prospettiva, v. M. CAPUTO, *In cammino verso un'ermeneutica prescrittiva nell'applicazione della legge penale*, in *Cass. pen.* 3/2023, 1064 ss. Sull'interpretazione restrittiva quale tecnica da valorizzare anche in chiave deflativa, v. J. DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatelkriminalität*, in *ZStW*, 1978, 1307 ss.

<sup>38</sup> A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 852 ss.

<sup>39</sup> A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 854.

li, appellandosi al 'diritto vivente' e/o alla forza del 'precedente', a supporto di un giudizio di prevedibilità delle decisioni, allora, prima o poi, occorrerà fare i conti con la necessità di modificare il rapporto tra i "Poteri" e addivenire ad un nuovo statuto organizzativo della giurisdizione. Infatti, anche nei sistemi di *common law* il giudice ha un parametro di giudizio pre-costituito, che trova nel 'precedente', non già nel legislatore<sup>40</sup>. Non è un caso che, in tali sistemi, la nomina del giudice e quella del *public prosecutor* vantino, per lo più, un'ascendenza governativa (dunque, politica). Nel *civil law*, è bene ricordarlo, tutto inizia con la legge penale e, a salvaguardia di una simile origine (densa di rilievo politico), la giurisdizione è stata affidata ad un giudice professionale, che soggiace all'obbligo di motivazione, e che trova nel controllo di legittimità l'argine della funzione nomofilattica<sup>41</sup>.

#### 6. Giustizia riparativa e 'civilizzazione del penale'

Ormai incontenibile a monte, la gestione del 'penale' trova nel *locus* della *punitività* una scatola di compensazione di almeno due esigenze che, sinergicamente, pervadono gli ordinamenti penali moderni: da un lato, la finalità di *autoriduzione*; dall'altro lato, la *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, attraverso il ricorso a *modelli sanzionatori* non più repressivi ma *compensativi*. Sono proprio questi ultimi a tradire una vistosa commistione con il 'civile'. Si allude, principalmente, alle *condotte riparatorie*: scaturite dal prototipo delineato nella giustizia penale di pace (l'art. 35 d. lgs. 274/2000), sono state esportate, nel 2017, nel codice penale e hanno conosciuto, di recente, con la cd. riforma Cartabia<sup>42</sup>, un considerevole allargamento operativo, in ragione dell'incremento dei reati perseguibili a querela. L'orditura di siffatte condotte è agevole da decrittare: in presenza di contro-azioni compensative, imperniate sul risarcimento/riparazione del danno causato dal reato e sull'eliminazione delle sue conseguenze dannose o pericolose, tenute entro il termine massimo dell'apertura del dibattimento di primo grado, il reato, procedibile a querela, viene dichiarato estinto d'imperio dal giudice (art. 162-ter c.p.). Tra l'altro, mentre il citato art. 35 della giustizia di pace stabilisce che il giudice pronuncia l'estinzione del reato solo se ritiene dette condotte idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione del reato, tale limite non figura nella disposizione codicistica.

<sup>40</sup> Così, F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 277.

<sup>41</sup> F. GIUNTA, *Loc. ult. cit.* Per una stimolante riflessione sul ruolo della Corte di Cassazione, v. G. LATTANZI, *La Corte di Cassazione nell'era del mutamento*, in *Cass. pen.*, 3/2024, 803 ss.

<sup>42</sup> Si tratta del d. lgs. 150/2022.

La formalizzazione penalistica di entrambi i modelli appare la seguente: *l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie è espressione della cd. mediazione penale*<sup>43</sup>. Come si sa, la mediazione integra un paradigma alternativo: non più un diritto penale orientato sull'autore; è, bensì, la vittima ad essere riscoperta. La mediazione si snoda attraverso un'attività procedimentalizzata, destinata a produrre un risultato 'intermedio' (la riparazione), a sua volta funzionalmente collegato con l'obiettivo ultimo (la conciliazione). Solo che, nei modelli in esame, *la conciliazione non costituisce necessariamente l'esito del riavvicinamento tra le parti*. Anzi, le disposizioni prevedono che la 'chiusura' del conflitto sociale e la sua rielaborazione possano essere sanciti dal giudice, anche *contro la volontà della vittima*, quando le condotte riparatorie vengono ritenute adeguate. La non decisività del consenso della vittima lascia trasparire, con evidenza, come tali istituti affianchino sinergicamente finalità *riparative e deflative*<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Sul ruolo della mediazione nel sistema penale e, più in generale, sui temi della giustizia riparativa, la letteratura si presenta molto vasta; in questa sede, ci si limita a richiamare: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, e C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 111 ss.

<sup>44</sup> È da precisare che, nel corpo del d. lgs. 150/2022, spicca il rilievo assegnato, nel titolo IV, ad una peculiare forma di "giustizia riparativa", che consiste in "ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare, liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore" (art. 42, comma 1, lett. a), d. lgs. cit. L'esito riparativo, se raggiunto, è costituito da un accordo, attuativo di un programma volto alla riparazione dell'offesa e capace di sancire l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti. Trattandosi di un sistema complementare alla giustizia ordinaria, il collegamento con quest'ultima avviene attraverso una serie di bulimici avvisi, che percorrono trasversalmente il processo, in ogni stato e grado. Circa gli effetti 'sostanziali', la riforma ha stabilito che il raggiungimento dell'esito riparativo comporta la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. (all'uopo interpolata), oppure valutazioni ai sensi dell'art. 133 c.p. Lo scenario, che la riforma profila, assegna alla 'riparazione' un ruolo indiscutibilmente strategico, nel cui ambito, però, è bene affidarsi ad una provvida igiene linguistica, se si vuole evitare il rischio di elevarla ad un mega-contenitore che affastella istituti strutturalmente e funzionalmente diversificati. Così, la 'riparazione', cui ci si appella nell'art. 162-ter c.p., che trova nell'art. 35 della giurisdizione di pace il suo progenitore, ha poco a che vedere con la giustizia riparativa di cui si tratta ora. Con riguardo agli istituti di cui agli artt. 35 d. lgs. 274/2000, 162-ter e 168-bis c.p., nonché alla querela-deflazione, la riparazione rappresenta, come si è visto, l'esito di una pregressa attività mediatoria, che, fatta eccezione per la messa alla prova, si risolve in un'attività compensativa, orientata in chiave deflativa. Il riavvicinamento esistenziale tra le parti è un'evenienza possibile, ma non consustanziale al paradigma. Ecco, allora, che, già sul piano linguistico, l'articolato modello riparativo, delineato nell'art. 42 della riforma Cartabia, andrebbe più correttamente qualificato come giustizia "riconciliativa", perché la riconciliazione funge da elemento costitutivo. Potendo attingere anche reati molto gravi, questo nuovo paradigma, per come congegnato, non determina una transustanziazione del diritto penale tradizionale: a ben vedere, si limita, coerentemente, a valorizzare il *post-factum*, quale fattore di riduzione della caratura originaria dell'illecito,

Il riferimento alla *riparazione* evoca, con immediatezza, la *contaminazione civilistica*. Come si sa, nel 'civile' il risarcimento del danno si atteggia come una sanzione sprovvista di finalità punitive, essendo rivolto a 'compensare' l'offesa recata. Additando il risarcimento, il 'penale' lo eleva a modello di minimizzazione *ex post* del bene leso, alla stregua di un post-fatto, che si staglia come 'controvalore' successivo idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto<sup>45</sup>. Ne deriva una sensibile attenuazione (vanificazione) del bisogno di pena, sancita dalla positiva rielaborazione del conflitto sociale sotteso al reato. Il risarcimento, a ben vedere, assumerebbe, per questa via, un volto complesso: ripeterebbe dal 'civile' la funzione reintegratrice del danno patito dalla vittima; del 'penale' muterebbe i caratteri relativi alla valutazione degli sforzi in concreto intrapresi per riparare. Ora, è bene avvertire che un modello siffatto è senz'altro raccomandabile in una prospettiva di deflazione penalistica, ma alla condizione che le sanzioni, che integrano il controvalore (che possono, in tal modo, qualificarsi come sanzioni positive o incentivanti), risultino omologhe alle pene criminali sia sul versante teleologico che su quello contenutistico. Da questo punto di vista, la valorizzazione della prevenzione generale e speciale, espressamente prevista nell'art. 35 della giurisdizione di pace, opportunamente mirava ad evitare la bagatellizzazione del fatto e la colpevolezza dell'autore per il fatto: specie la valorizzazione dell'elemento ostativo della 'riprovazione' puntava a conseguire una giusta compensazione della colpevolezza. Questo limite, come si è detto, non è stato riproposto nel codice penale. E una simile amputazione è destinata ad accrescere le perplessità, specie in ragione dell'estensione del numero dei reati perseguibili a querela, atteso che si fa davvero fatica, in alcuni casi, ad intravedere nel solo risarcimento una effettiva forma di riduzione della caratura lesiva del reato<sup>46</sup>.

È, per contro, meno evidente la commistione 'civilistica' nell'istituto della *messa alla prova*, nel cui ambito il risarcimento del danno costituisce uno degli elementi del *probation*, anche se, pure in questo istituto, mosso da finalità di *diversion*, è possibile rintracciare i cromosomi di una 'negoiazione' della giustizia penale.

esplicando tale funzione attraverso i risaputi meccanismi di attenuazione e di commisurazione della pena. Per questa via, quindi, si atteggia a *complemento* della giustizia penale. Intravede nella giustizia 'riconciliativa' una verosimile matrice religioso-comunitarista, segnalando il rischio di torsioni moralizzatrici oltre che una connaturata ambiguità ideologica, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 150 ss.

<sup>45</sup> Per un'analisi dei modelli riparatori incentrati sulla riparazione pecuniaria, v. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss. Forti riserve su tali modelli sono state avanzate da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, *passim*.

<sup>46</sup> Si pensi alla procedibilità a querela prevista dalla riforma per i reati di violenza privata, sequestro di persona (di cui all'art. 605 c.p.) e, a tappeto, per i delitti di furto.

### 7. La 'privatizzazione' del processo penale

Con la prudenza richiesta a chi si muove *in munere alieno*, si intende indugiare su un profilo che riguarda i rapporti tra il processo penale e il processo civile. Quest'ultimo, come è noto, si fonda sulla disponibilità della prova e della regudicanda. È risaputo che il processo accusatorio, introdotto nel 1989, vantava alcune non marginali differenze rispetto ai modelli anglosassoni, che pure la riforma aveva issato a strumenti di confronto. Lo stile accusatorio anglosassone contempla un'azione penale discrezionale e ritrattabile, il monopolio delle parti sulla prova, un giudice arbitro-spettatore e numerose alternative decisorie, di natura negoziale, che coinvolgono persino la formulazione dell'accusa. In questo contesto, specie negli Stati Uniti, in ragione dell'elevata discrezionalità del *prosecutor*, la quasi totalità dei procedimenti non esita nel dibattimento<sup>47</sup>. Il modello accusatorio nostrano muove, invece, dall'azione penale obbligatoria e irtrattabile, da proscioglimenti *extra petita* e dalla supplenza istruttoria *ex officio* del giudice. Contemplava e contempla tuttora istituti negoziali (il patteggiamento sulla pena, il giudizio abbreviato), destinati a deflazionare il ricorso al giudizio dibattimentale, che, per come strutturato, non poteva certo assurgere a strumento principale di gestione degli affari penali. Non poteva per una ragione autenticamente valoriale: puntava sul rilievo epistemologico della prova dichiarativa, esaltato dal principio del contraddittorio, che costituiva l'unico tassello utilizzabile dal giudice per edificare la sentenza. Tutto questo comportava una maggiore, fisiologica 'lentezza' del rito rispetto allo stile inquisitorio, dove le 'letture' (il "dato per letto") la facevano da padrone. Sta di fatto che, con il trascorrere degli anni, si è dovuto prendere atto che l'agognata residualità del giudizio accusatorio si è rivelata una chimera. L'espansione inarrestabile del 'penale', neppure fronteggiata, come un tempo, dalle quadriennali amnistie, ha reso il processo un arnese a tempo indefinito: si sa quando vi si entra, ma pronosticarne la fuoriuscita è vano. Lo scarso successo dei riti negoziali (seppure potenziati nel tempo) ha posto il dibattimento al centro del sistema, mortificato da una 'costante' diacronica: il ragguardevole lasso di tempo che lo separa dalla commissione del fatto. Una costante che, lo si è rimarcato di recente, altera il patrimonio mnestico della fonte dichiarativa<sup>48</sup>. Una frequentazione, neppure assidua, delle aule di giustizia lo prova incontrovertibilmente: testimoni che, assunti dopo anni dal fatto, propinano, come formula stereotipata, il "non ricordo"; compulsati dal pubblico ministero, non di

<sup>47</sup> Cfr., in proposito, l'approfondita indagine di E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico ministero. Un protagonista controverso della giustizia*, Milano, 2024, 118 ss.

<sup>48</sup> G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Pol. dir.*, 4/2021, 613.

rado pilatescamente riconoscono come vero quanto dichiarato, in fase di indagini, all'accusa. Uno spettacolo poco edificante, conviene ammetterlo. Ma non basta, più si allarga la forbice temporale tra fatto e giudizio, più aumentano «i rischi che il ricordo non solo deperisca, ma si contaminì con sopravvenuti elementi spurì»<sup>49</sup> (si pensi ad eventuali distorsioni della memoria indotte da suggestioni mediatiche). In breve: il dibattimento, in ragione dell'effetto cronomediativo, tende sempre più a smarrire il suo potenziale conoscitivo. I suoi cromosomi si sono ormai definitivamente alterati, tanto che paiono riemergere le stimmate del rito inquisitorio. La riforma Cartabia, protesa a garantire maggiore efficienza ad un sistema di giustizia penale così malridotto, ha, come è noto, ampliato la 'negoziabilità'/'privatizzazione' del processo. Il ventaglio degli istituti così conformati è ampio: oltre ai riti alternativi noti (patteggiamento e abbreviato), tracce significative di *deprocessualizzazione* si ritrovano nel funzionamento della messa alla prova, nel rilievo accordato alle condotte riparatorie, nelle oblazioni 'contrattate', nel 'consenso/rinuncia' dell'imputato come strumento premiale (si pensi all'ulteriore riduzione di pena conseguente alla rinuncia all'impugnazione) e, a monte, nell'adozione di criteri di priorità che dovrebbero guidare l'esercizio dell'azione penale (rendendolo, così, parzialmente disponibile). Vi è chi denuncia che, per questa via, si snaturerebbe la funzione gnoseologica conoscitiva del processo, ritenuta, per Costituzione, indisponibile<sup>50</sup>. Le crescenti alternative negoziali lo avrebbero snaturato, trasformandolo in un propellente volto a *deprocessualizzare* per finalità di gestione (deflativa) del sistema. Assodato che il 'penale' non mostra segnali di autoriduzione, si sfrutterebbe, impropriamente, il processo come strumento deflativo postumo, aprendo il campo ad una 'privatizzazione' che replica la consustanziale 'disponibilità' del processo civile. Una critica, questa, appuntita, radicale. Il limite che, però, vi si può cogliere è che 'demolisce' ma non 'costruisce': non delinea, cioè, le *Grundlinien* del governo della 'penalità' nell'era della complessità. Nelle società post-moderne, il processo deve necessariamente fare i conti con la complicata gestione degli affari penali. Certo, nessuno può pensare che una gestione efficiente possa essere condotta a detrimento dei non negoziabili diritti sanciti nella Costituzione. Né si può mortificare la fisiologica lentezza che accompagna l'accertamento del fatto e la qualificazione giuridica: il processo è solcato da forme e regole (di prova, di giudizio, ecc.), che, se non le si vuole calpestare, richiedono, fisiologicamente, tempo. Altra cosa è, però, la stagnazione patologica, che trasmuta in una giustizia senza tempo. La complessità, che conno-

<sup>49</sup> G. GIOSTRA, *Appunto*, cit., 621.

<sup>50</sup> Lo rileva O. MAZZA nell'ambito della relazione tenuta al Convegno "Un penale più civile?", svoltosi presso l'Università di Firenze il 18 aprile 2024: la relazione può essere ascoltata sul video pubblicato su *Youtube*.

ta la post-modernità, non può che richiedere risposte diversificate, se si vogliono coniugare garanzie ed efficienza. Così, se si intende recuperare la capacità gno-seologica del contraddittorio, occorre evitare che il rito tramandi le sembianze di un reperto archeologico, in cui i ricordi tendono fatalmente a svanire. Ne deriva, pertanto, che, in un simile contesto, le alternative ‘negoziali’ andrebbero addirittura rafforzate, magari con alcuni correttivi. Per fare qualche esempio: al cospetto di una esplicita dichiarazione di colpevolezza, il patteggiamento potrebbe subire un allargamento operativo, addirittura trovare un’applicazione generalizzata (semmai contenuta da un numero ridotto di esclusioni); la messa alla prova potrebbe pure operare nella fase delle indagini preliminari. Anche il sistema delle impugnazioni potrebbe conoscere una complessiva rimeditazione. La riforma Cartabia ne ha in parte ridotto l’orbita, ma si potrebbe pensare ad interventi più incisivi, strettamente collegati ad una ridefinizione dell’offerta di pena’ sul versante sostanziale. In tal senso, si è altrove proposta la creazione di un diritto penale con un volto diversificato<sup>51</sup>. Visto che, oggi, il carcere si autoriduce, trovando per lo più attuazione quando la pena oltrepassa determinati limiti (tre o quattro anni), converrebbe ridisegnare lo strumentario sanzionatorio penale, rinunciando alla pena carceraria in favore di pene ‘alternative’ autonome per i reati oggi sanzionati con una pena detentiva non superiore a tre/quattro anni<sup>52</sup>. Per questa via, il ‘penale’ non brandirebbe la sanzione più temuta, per ‘accontentarsi’ di vivere in un sistema graduale, scalare, che contempla un’offerta diversificata di strumenti di tutela. Una sorta di sistema penale a due velocità: uno mantiene al centro la sanzione carceraria, l’altro vi rinuncia espressamente, privilegiando san-

<sup>51</sup> C. PIERGALLINI, *Il “penale” senza “diritto”?*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Tomo II, Milano, 2022, 730 ss.

<sup>52</sup> Una simile scelta era contenuta nella legge delega 67/2004, rimasta inattuata *in parte qua*, benché la Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia, incaricata di predisporre il decreto attuativo, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, avesse licenziato la corrispondente bozza. La riforma Cartabia ha intrapreso una diversa strada, provando a riqualificare, allargandone il perimetro applicativo, le sanzioni sostitutive previste dalla l. 689/1981. È stato, così, forgiato un singolare e, per vero, farraginoso meccanismo sostitutivo *on demand*: se viene irrogata una pena detentiva fino a quattro anni e non vi è spazio per la concessione della sospensione condizionale della pena, il giudice avverte l’imputato che ne può richiedere la sostituzione con la semilibertà o con la detenzione domiciliare, ovvero con il lavoro di pubblica utilità, se la pena non oltrepassa i tre anni. Quanto alla pena pecuniaria, questa può sostituire la pena detentiva che non oltrepassi un anno e viene articolata per quote giornaliere. Se l’imputato consente alla sostituzione e non è possibile decidere immediatamente, il giudice fissa un’ulteriore udienza, non oltre sessante giorni, all’esito della quale, acquisite tutte le necessarie informazioni, sostituisce la pena detentiva, integrando il dispositivo. Spicca, come si vede, la negozialità del rito, ma vi è da temere che il perseguito obbiettivo di decarcerizzazione sia destinato a partorire effetti contenuti. È risaputo, infatti, che il carcere si ‘autocontiene’ quando la pena irrogata non oltrepassa i quattro anni (v. artt. 656 c.p.p. e 47-ter, comma 1, dell’ordinamento penitenziario), essendo, di regola, applicabili misure alternative.

zioni di diversa caratura, progressivamente plasmate da criteri gradualisti di invasività. Vi è, allora, da chiedersi se, rispetto ai procedimenti che abbiano ad oggetto il diritto penale dal volto 'mite' (che estromette il carcere), non si possa rinunciare all'appello<sup>53</sup>. Dinanzi ad un 'penale', che abbandona il suo volto 'terribile', non dovrebbe alimentare resistenze una gestione processuale più spedita, orientata ad implementare l'efficienza di un sistema, che, è bene ribadirlo, non vanta oggi e neppure nell'immediato futuro effettive *chances* di riduzione.

Quanto, a monte, all'esercizio obbligatorio dell'azione penale – una sorta di *konventionelle Lüge* con la quale farisaicamente conviviamo – è difficile valutare, allo stato, l'impatto dei criteri di priorità che dovrebbero guidarla, rendendola in parte 'disponibile'. Vi è da chiedersi se, qualora dovesse realizzarsi il descritto sistema penale a due velocità, non potrebbe affermarsi l'opposto principio di discrezionalità, limitatamente ai reati per i quali il legislatore rinunci al carcere.

## 8. Conclusioni

La fitta trama delle interrelazioni tra 'penale' e 'civile' rilascia un inevitabile carico di interrogativi. Richiamando un'inquietante suggestione kafkiana, potremmo evocare la condizione di Gregor Samsa, che, una mattina, si sveglia trasformato in un insetto (*Ungeziefer*: insetto dannoso?). Qualcuno potrebbe identificare il triste destino di Gregor nella condizione odierna del 'penale', esposto ad un'ardita operazione di ermafroditismo, in cui replicherebbe le fattezze del suo dirimpettaio (il 'civile'). Come il 'civile', si sarebbe allargato a dismisura, ne avrebbe poi introiettato le disinvolture interpretative e importato alcuni modelli sanzionatori. Questi meticciamenti alimentano giudizi disparati, per lo più negativi, protesi a censurare le distorsioni che cozzerebbero contro alcuni non barattabili principi del 'penale'. Un giudizio, questo, che alimenta prospettive assiologicamente intriganti, che rischiano, però, di partorire cocenti delusioni (su tutte, quella dell'arretramento della topografia del 'penale'). È bene tenere fermo che la 'penalità' è uno strumento di governo, che vanta una dimensione 'sovrastrutturale': dunque, non possiamo prescindere dagli attuali assetti dell'economia e della politica, che, come è intuibile, non possono certo essere dissodati in questa sede. Nondimeno, l'epoca della postmodernità presenta alcune 'costanti' che orientano il 'discorso' penalistico. La fine delle ideologie (emblematicamente raffigurata dalla caduta del muro di Berlino) ha proiettato le società occidentali verso orizzonti dominati dall'incertezza, dal rischio, dalla precarietà. I rischi ambientali,

<sup>53</sup> Così, C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, cit., 731 ss.

quelli dell'economia globale sempre più finanziarizzata, i flussi migratori e, come se non bastasse, la bolla pandemica, restituiscono l'immagine di un mondo in costante fibrillazione, denso di laceranti contraddizioni e pervaso da un senso di insicurezza. V'è chi parla di "retrotopia"<sup>54</sup>: le speranze di miglioramento, riposte nel nuovo mondo (sgravato da 'cortine' ideologiche), a causa delle incertezze che lo affliggono, alimentano la nostalgia del passato. Il futuro, cioè, tenderebbe a trasformarsi in un incubo: dal terrore di perdere il lavoro e lo *status* sociale a quello di vedersi riprendere le cose di una vita, di rimanere impotenti a guardare lo scioglimento del destino dei propri figli, di ritrovarsi con abilità che, sebbene faticosamente apprese, tendono a perdere qualsiasi valore di mercato. Difficile, in un simile approfondito contesto di precarietà, rintracciare idealità 'forti' (strutturate). Le formazioni politiche non paiono in grado di andare oltre la quotidianità. Annusano l'aria, vale a dire le pulsioni dell'opinione pubblica, sapientemente enfatizzate o manipolate dai *media*. Il descritto quadro è inevitabilmente terreno di fertile coltura della "penalità" e se ne sono scrutate le ripercussioni. Ma il 'penale', lo si sa, vive nel 'processo': dunque, si pone il problema della gestione (governo) della giustizia penale, che, preso atto della dilatazione del 'penale', si faccia carico di renderla efficace, efficiente, nel pieno rispetto delle garanzie che lo picchettano. In questa ottica, il ricorso a strumenti di 'privatizzazione' del 'penale' e del 'processo' appaiono, non solo inevitabili, ma auspicabili, se sapientemente modulati. Il governo del 'traffico' penalistico sollecita risposte differenziate, che consentano, tra l'altro, al rito accusatorio di recuperare la sua vocazione autenticamente gnoseologica, ormai inficiata dalle descritte alterazioni del suo patrimonio mnestico. In definitiva, la 'civilizzazione' del 'penale', oggi, non fa che registrare un fenomeno indotto dalla complessità: converrà 'guidarlo', anziché attardarsi nella difesa ad oltranza di idealità ormai tramortite dai cambiamenti sociali.

<sup>54</sup> Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Bari, 2017.

**Il punto su...**  
*Prova e verità nel processo penale*



FRANCESCO BARTOLO MORELLI

L'ESAME INCROCIATO NON EQUIVALE  
AL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA.  
PER UNA REVISIONE DEL RAPPORTO  
TRA INCIDENTE PROBATORIO E DIBATTIMENTO <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il problema dell'attuale configurazione dell'incidente probatorio quale applicazione della regola costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova. – 2. L'archetipo del contraddittorio dibattimentale. – 3. Divergenze strutturali tra “contraddittorio preliminare” e contraddittorio dibattimentale: in particolare, il profilo dell'immediatezza. – 4. Ulteriori profili della formazione anticipata della prova. – 5. La lettura dei verbali della procedura incidentale come eccezione al contraddittorio. – 6. Riconfigurazione teorica dell'uso dibattimentale della prova raccolta in incidente probatorio: l'accostamento delle ipotesi di irripetibilità sopravvenuta prevedibile allo schema adottato per l'irripetibilità sopravvenuta imprevedibile.

*1. Il problema dell'attuale configurazione dell'incidente probatorio quale applicazione della regola costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*

Il presupposto iniziale di ogni discorso sull'incidente probatorio è certamente rappresentato dal suo inquadramento nel modello processuale previsto dalla Costituzione, e precisamente dall'art. 111 commi 4 e 5 Cost.

Acquisizioni consolidate tramandano una ricostruzione alquanto lineare. L'assunzione anticipata della prova in sede preliminare si giustifica, nell'impianto del codice, interamente con l'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p. il quale dispone, senza ulteriori specificazioni e senza alcuna eccezione, che i verbali degli atti assunti con l'incidente probatorio vengano raccolti nel fascicolo del dibattimento. Saranno quindi oggetto di lettura, secondo l'art. 511 comma 1 c.p.p., anche su iniziati-

<sup>(\*)</sup> Il presente contributo riproduce, con integrazioni bibliografiche e approfondimenti argomentativi, la sezione dedicata al tema dell'incidente probatorio della relazione svolta al convegno organizzato dall'Unione delle Camere Penali Italiane “*Tornare a San Giorgio per un nuovo codice accusatorio*” Venezia, 14-15 marzo 2025. Le “direttive UCPI” cui si fa cenno nel testo vogliono riferirsi ai “*Principi e criteri direttivi per un nuovo codice accusatorio*” elaborate dai proff. Negri, Dinacci, Marafioti, Mazza, Pansini e dall'Avv. Rosso, in collaborazione con la UCPI e consultabili al seguente indirizzo URL: [https://camerepenali.it/cat/12985/tornare\\_a\\_san\\_giorgio\\_per\\_un\\_nuovo\\_codice\\_accusatorio\\_14-15\\_marzo\\_2025.html](https://camerepenali.it/cat/12985/tornare_a_san_giorgio_per_un_nuovo_codice_accusatorio_14-15_marzo_2025.html).

va del giudice, e quindi di acquisizione, finendo inesorabilmente per diventare prove utilizzabili ai fini del giudizio.

Una così piana dinamica di formazione e uso della prova si può reggere esclusivamente sull'assunto per cui la prova formata nel "contraddittorio preliminare" (così chiameremo quello che viene compiuto con l'incidente probatorio) sia prova formata nel pieno operare del contraddittorio costituzionalmente prescritto per l'accertamento del fatto nel giudizio penale<sup>1</sup>.

Non ci possono essere dubbi a riguardo poiché, nell'impianto costituzionale, in merito alla formazione della prova del fatto, si può ritracciare soltanto un meccanismo di tipo binario: se qualcosa è prova, lo è in forza della regola del contraddittorio, oppure in forza delle tre eccezioni elencate dal comma 5 dell'art. 111 Cost. con enumerazione – si deve intendere – tassativa. Non si rinviene alcuna ragione, né testuale, né teorica, per assumere che tra la dimensione della regola e quella delle eccezioni se ne insinui una terza, in cui l'effetto ultimo della formazione di una prova utilizzabile sia prodotto dalla applicazione di alcunché che non sia né il contraddittorio esattamente conforme alla regola, né una delle sue eccezioni tipizzate<sup>2</sup>.

Il contraddittorio, cioè, rappresenta un principio costituzionale declinato in modo diverso dagli altri. Esso fissa un metodo che solo le tre eccezioni possono superare e ciò implicitamente, ma necessariamente, significa che, nell'area complessiva in cui la prova è utilmente prodotta, lo spazio in cui la regola del contraddittorio non opera coincide esattamente con quello occupato dalle eccezioni. Fuori da questo insieme (diviso in due sottoinsiemi corrispondenti rispettivamente al comma 4 e 5 dell'art. 111 Cost.), c'è solo la non-prova (ai fini ristretti del giudizio sull'imputazione, ovviamente)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> È affermazione esplicitamente resa o chiaramente presupposta negli autori che si sono occupati del tema, soprattutto nelle opere monografiche, ad esempio: L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, 2017, 9 ss. e 249 ss.; L. CUOMO-F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2007, 3; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 328 ss.; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 247 ss. Allo stesso modo, G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, Milano, 562; M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 355-356 ss.

<sup>2</sup> Così D. NEGRI, *La disciplina costituzionale* (§12), in A. CAMON-C. CESARI-M. DANIELE-M.L. DI BITONTO-D. NEGRI-P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, 4ª ed., Milano, 2023, 162.

<sup>3</sup> Questo rilievo è sollecitato dall'esigenza di soffermarsi sull'obiezione secondo cui il contraddittorio non sia un principio più forte degli altri, tanto da imporsi indefettibilmente salvi i tre casi previsti dall'art. 111 comma 5 Cost. Occorre, quindi, precisare. Se si considera un diverso principio costituzionale fondamentale, al pari del contraddittorio, si scorgeranno immediatamente le differenze del modo in cui l'ambito di applicazione è definito per ciascuno: ad esempio, nessuno dubita che la libertà personale (inviolabile) sia un bene esteso al massimo, ma comprimibile. I termini di tale compressione però non sono, al contrario di quanto accade con il contraddittorio, scanditi da eccezioni predeterminate. Nessuna norma permette di attingere la libertà solo in un elenco di ipotesi costituzionalmente predefinite. In questo caso, la tutela che passa dalla doppia riserva non impedisce al legislatore di

Va certamente ammesso come la Carta fondamentale non definisca il contraddittorio e non ne descriva chiaramente la sostanza. Ma qualunque cosa sia, esso è quella cosa e non altro e, in forza del principio di non contraddizione, deve essere sempre uguale a sé stesso.

Si può quindi convenire su un primo dato di natura logica che sarà fondamentale nell'analisi che segue. In una parola, il contraddittorio è uno<sup>4</sup>. Possiamo dire che non

comprimere il diritto nei casi più disparati, sempre che siano coerenti con l'inviolabilità dello stesso e quindi con una rigorosa attuazione del canone di proporzionalità (la vastità della letteratura costituzionale in merito rende incauta solo l'idea di accennarvi in questa sede ma, per tutti, volendolo ricordare, A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, 301 ss.; per il processo penale D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 7 ss.). Se la Costituzione ha deciso di autorizzare la formazione di prove fuori dal metodo del contraddittorio in tre singoli e determinati casi significa, di necessità logica, che sono impedito compressioni o mutazioni della regola per ragioni diverse, in forza di bilanciamenti ulteriori rispetto a quelli pensati dal costituente. Fino a poter dire che sono le eccezioni a definire (in senso etimologico) il contraddittorio: il comma 5, e non il comma 4 dell'art. 111 Cost., fissa il confine. Da qui l'apparente dilemma: che cosa accadrebbe se il contraddittorio entrasse in conflitto con un diverso principio supremo che non possa incanalarsi in nessuna delle eccezioni? Il fatto che il contraddittorio possa essere pretermesso solo ove ricorrano le deroghe espresse non significa che, negli altri casi, abbia più forza di altri principi e possa schiacciarli. Supponiamo che non esista nell'ordinamento alcuna norma che consenta di ottenere coattivamente la presenza del testimone in aula. La realizzazione del contraddittorio passerebbe per la violazione della libertà personale. Ovviamente, non essendo il contraddittorio più forte della libertà, e non comparando una eccezione costituzionalizzata che renda acquisibile la fonte dichiarativa omologa realizzata fuori dalla poiesi dialettica, non resta che lasciare intatta la libertà e rinunciare alla prova, non potendosi realizzare né la regola del contraddittorio (a causa della prevalenza del diritto alla libertà fisica) né la sua eccezione (poiché nessun caso ricorre). A pensarci, questo schema di ipotetico conflitto tra differenti posizioni è esattamente ricalcato in un'altra situazione, quella del secondo periodo del comma 4 dell'art. 111 Cost. In effetti, le possibilità, nella dinamica costituzionale del contraddittorio, sono sempre tre: ottenere la prova mediante l'attuazione del contraddittorio, come la regola vuole; ottenerla attraverso il ricorrere di una eccezione; rinunciarvi, non potendosi realizzare né l'una né l'altra. È l'inevitabile attualità di questa terza prospettiva che spesso si dimentica di considerare, pur essendo più che fisiologica in un sistema processuale che ha senso solo in quanto indichi ciò che prova può essere e ciò che prova non può essere e, quindi, solo se rappresenta, da una certa prospettiva, un metodo rigoroso che indirizza la doverosa rinuncia a certe fonti conoscitive.

<sup>4</sup> Sull'essere una l'interpretazione ammessa di una previsione di legge si veda M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 438. Si tratta di una teoria che in passato ho criticato esclusivamente sulla scorta dell'impossibilità di trovare un metodo che potesse indicare quale fosse l'unica interpretazione "vera" (F.B. MORELLI, *L'annullamento senza rinvio nel giudizio penale di Cassazione. Le coordinate di un potere ancipite*, Milano, 2023, 86). Ebbene, non penso che quella critica fosse sbagliata, ma certamente era ingenua. Il senso dello scritto di Massimo Luciani non sta, credo ora, nell'indicare l'accesso a un metodo che permetta l'individuazione della specifica interpretazione giusta di volta in volta. Il senso della teoria, probabilmente, sta nell'indicare che l'interpretazione, quale essa sia, è una e solo una e occorre pretendere che sia una, come una è la previsione legale. Non è questione di *quid*, ma di *quantum*. Ed è un approccio che ha conseguenze molte e notevoli, poiché delegittima metodi interpretativi che consentono di aprire spazi non contemplati dalle

abbiamo la certezza di cosa sia – sarebbe anzi opportuno ammetterlo, con lo scopo di costruire una fondazione teorica che non confidi quasi esclusivamente su tradizioni altrui – ma sappiamo che è uno, che è uguale a sé stesso e non può essere altro da sé.

Si tratta di una delle maggiori difficoltà che il sistema processuale italiano presenti. Non si dispone di una definizione normativa di contraddittorio ma, allo stesso tempo, non è possibile contemplare simultaneamente<sup>5</sup> differenti modalità di attuazione dello stesso. Che si consideri la formazione della prova in dibattimento, in appello, o anticipata alla fase preliminare, si deve trattare esattamente dell'applicazione del medesimo metodo.

Questa affermazione ha conseguenze serie in ambito giuridico. Significa cioè che si ritengono destituite di fondamento tutte quelle visioni che pretendono di collocare nell'alveo del contraddittorio un insieme di differenti applicazioni, versioni, manifestazioni dello stesso. Siffatte costruzioni violano il meccanismo binario posto dalla Costituzione, perché danno rilevanza a fonti che non rientrano nel novero delle eccezioni al contraddittorio e non sono esattamente conformi alla regola. Quest'ultima sarebbe stata una operazione possibile, se l'art. 111 Cost. avesse dettato le condizioni minime perché il contraddittorio potesse dirsi integrato, consentendo di essere più permissivi sulle restanti, o se avesse lasciato libero il bilanciamento senza costringerlo nelle eccezioni previste<sup>6</sup>. Ma così non è stato, dunque questa scelta ricostruttiva è impedita, poiché non è ammesso arbitrariamente definire il nucleo duro del contraddittorio ed enumerarne poi gli elementi accidentali, di modo che lo si possa rintracciare tutte le volte in cui il primo ricorre sempre identico e i secondi variano in relazione alle scelte contingenti del legislatore o del giudice<sup>7</sup>. Dati, nel me-

norme, come quello che permette di individuare un "contraddittorio preliminare" e un contraddittorio dibattimentale, molto diversi, ma entrambi inspiegabilmente conformi all'art. 111 comma 4 Cost.

<sup>5</sup> Che nel corso del tempo il legislatore possa cambiare il modo di attuare il contraddittorio è pacifico, a patto che quelle scelte siano attuazione del contraddittorio e non altro. Tuttavia, non possono esserci simultaneamente declinazioni diverse della stessa regola. Per intenderci, certo che, senza violare l'art. 111 comma 4 Cost., gli artt. 498 e 499 c.p.p. possono essere rimodulati, per esempio il legislatore potrebbe ideare cadenze dell'esame incrociato che possano migliorarne la resa o introdurre esplicitamente la sanzione dell'inutilizzabilità per le risposte stimolate da domande suggestive vietate o nocive (ciò che oggi determinerebbe un cambio di disciplina rispetto al diritto vivente); ma non si può stabilire che l'esame incrociato sia regolato da una disciplina nell'incidente probatorio, differente rispetto a quella stabilita in dibattimento o nel giudizio di appello.

<sup>6</sup> Si tratta della preferenza espressa a suo tempo da V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 844-845 il quale ammise, però, che il legislatore costituente aveva preferito racchiudere le deroghe in tre specifiche eccezioni, operando, a suo parere, «una scelta che mira a predeterminare a livello costituzionale il catalogo delle fattispecie derogatorie da rimettersi alla discrezionalità legislativa, con ciò inevitabilmente scontando il rischio di un eccessivo (ed assai controproducente) irrigidimento del sistema».

<sup>7</sup> In senso diametralmente opposto, per esempio in merito all'immediatezza, G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del): II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, vol. III, Roma, 2001, 7:

desimo tempo, diversi moduli asseritamente attuativi del contraddittorio, tutti tranne uno rappresentano certamente eccezioni non consentite alla regola, poiché quelle ammesse configurano esplicitamente tre casi di non-contraddittorio<sup>8</sup>.

Conseguentemente, il meccanismo binario di cui si è detto contiene il dovere legislativo di escludere dal novero delle fonti conoscitive degne di essere prove quegli elementi che non siano conformi alla regola né alle sue eccezioni, e ogni norma che non si adegui a questa prescrizione sarà responsabile della violazione dell'art. 111 commi 4 e 5 Cost.<sup>9</sup>.

Nondimeno, la circostanza per cui la Costituzione, come detto, non definisce il metodo non ci esime dal distinguere il contraddittorio da ciò che contraddittorio non è<sup>10</sup>.

Si può allora partire dall'esaminare ciò che inequivocabilmente, senza alcun tentennamento, si deve intendere come contraddittorio nella formazione della prova, in quanto concreta e contingente traduzione normativa dell'art. 111 comma 4 Cost., e non in quanto corrispondente ad un supposto modello universale<sup>11</sup>.

«Non incompatibili con il canone costituzionale debbono considerarsi anche le fattispecie di contraddittorio senza immediatezza (cfr., ad esempio, artt. 238, 392, 467 c.p.p.). L'immediatezza, infatti, esalta l'efficacia maieutica del contraddittorio, ma non ne costituisce un requisito indefettibile».

<sup>8</sup> Da quanto sostenuto nel testo discende, quindi, come non si stia sostenendo che, poiché la Costituzione non definisce il contraddittorio, esso non si possa in assoluto definire. Anzi, nell'attuazione codicistica della regola costituzionale alberga inevitabilmente, quantomeno implicita, una certa definizione della categoria la quale, ovviamente, è anche scientificamente circoscrivibile. Non si può pretendere che il legislatore sia vincolato a una precisa definizione non normativa del contraddittorio, ma poiché quella normativa, benché inespressa, è e resta una, una volta che il legislatore abbia scelto (salvi eventuali rilievi della Corte costituzionale), la regola così forgiata è sempre uguale a sé stessa e non può essere adattata alle singole esigenze contingenti. Ovviamente, in questo scritto è scientemente tralasciata la questione, cruciale, dei margini entro i quali il legislatore possa operare una scelta sulla migliore traduzione legislativa della regola costituzionale.

<sup>9</sup> Inevitabile e radicale l'interrogativo di P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 6 (ma anche 21): «Che senso avrebbe prevedere delle tassative eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova, se non in rapporto alla regola di esclusione?», la quale, ovviamente, riguarda ogni fonte che non corrisponda né alla regola né alle sue eccezioni. Allo stesso modo, D. NEGRI, *La disciplina costituzionale*, cit., 160. In senso contrario, più di recente, S. RUGGERI, *Le contestazioni nell'esame testimoniale. Un'analisi critica della disciplina italiana in prospettiva interdisciplinare e nell'ottica del diritto comparato*, in *Leg. pen.*, 9 febbraio 2017, 17, il quale ritiene «discutibile che dallo stesso principio del contraddittorio nella formazione della prova discenda un generale divieto d'uso delle informazioni ottenute fuori dal dibattimento ai fini della prova del fatto, salve le eccezioni espressamente previste dalla Costituzione».

<sup>10</sup> P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni*, cit., 20 si dedica al procedimento distintivo tra ciò che sta nella regola e ciò che sta nelle eccezioni.

<sup>11</sup> D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma*

Si deve tentare la comprensione dell'archetipo e con ciò si allude, ovviamente, al contraddittorio dibattimentale. Più correttamente, non possiamo dire che quello sia certamente contraddittorio, poiché il legislatore ordinario potrebbe aver attuato male la pretesa costituzionale, ma sappiamo che in quella sede deve certamente realizzarsi la formula prediletta per l'accertamento. E, dunque, una volta identificata la sostanza di quel metodo, in tutte le sue componenti, sapremo come il legislatore ha inteso dare esecuzione alla richiesta della Carta fondamentale. Quel tipo di tecnica di formazione probatoria e non altra, sarà da considerare ciò che soddisfa l'art. 111 comma 4 Cost., o che almeno pretende di farlo.

Si devono allora inquadrare tutte condizioni che il dibattimento pone perché si realizzi la partecipazione attiva e paritaria delle parti nella formazione della prova. E controllare, poi, che esse ricorrano esatte in tutti i contesti in cui il contraddittorio pretende di realizzarsi. In questo scritto, si intende far riferimento specificamente all'incidente probatorio.

## 2. *L'archetipo del contraddittorio dibattimentale*

Nel capire quale sia il modello concreto di formazione della conoscenza nel processo penale, non ci si può limitare a considerare solo la tecnica dell'esame incrociato, perché la componente prestazionale o performativa del contraddittorio restituisce esiti diversi in relazione alle condizioni in cui si realizza<sup>12</sup>. La certezza che quella dibattimentale sia attuazione dell'art. 111 comma 4 Cost. rende, in un certo senso, il dibattimento e le condizioni in cui esso si svolge elementi costitutivi dell'accertamento costituzionalmente conforme<sup>13</sup>, a meno che ogni elemento di quel contraddittorio non possa essere replicato in altra sede<sup>14</sup>.

*Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 454: «possiamo dire che l'art. 111 Cost. prescrive la “giusta” forma del dibattimento come fase centrale e paradigmatica del nostro processo».

<sup>12</sup> Un cenno a questo tema, seppur riferito all'art. 238 c.p.p., in G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 7.

<sup>13</sup> Discorso esattamente rovesciato sta in O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 248, il quale, come presto sarà chiarito, collega il contraddittorio accompagnato da immediatezza e oralità al solo dibattimento, mentre accetta che la prova possa essere formata in contraddittorio anche nell'incidente probatorio. Qui, non potendosi realizzare la versione dibattimentale del contraddittorio, è ritenuta parimenti legittimante, rispetto all'uso della prova ai fini del giudizio, una versione della regola costituzionale ridotta al confronto tra le parti nella genesi delle dichiarazioni. In questa prospettiva, immediatezza e oralità sembrano attributi più del dibattimento che del contraddittorio.

<sup>14</sup> Va ribadito, si tratta di una certezza artificiale. Non si vuole proporre una attestazione di conformità dell'impianto codicistico alla Costituzione. Si vuole solo dire che non può non essere attuazione della regola costituzionale quella che si colloca nell'istruzione dibattimentale, fase che è proprio identificata dalla formazione della prova.

Nel dibattimento, la difesa conosce l'imputazione (immutabile senza un intervento rituale) e gli atti dell'indagine; entrambe le parti hanno piena contezza del progetto probatorio dell'avversario e di tutti i mezzi con cui verrà condotto; esse sanno bene che l'esperienza generatrice della prova è indirizzata proprio a colui che adotterà la decisione.

L'attività performativa dell'escussione – in cui ogni parte ambisce a un certo risultato producendone un altro frutto della combinazione con l'azione dell'avversario e con la reazione del dichiarante – dà luogo a un irripetibile “evento di prova”, in quanto si svolga in certe condizioni. Mutare solo uno di quei fattori di contesto significa mutare il risultato non necessariamente dichiarativo (riguardante cioè l'elemento di prova) ma anche il più complesso risultato esperienziale e quindi il processo di elaborazione giudiziale del contenuto e del significato della particolare fonte di conoscenza<sup>15</sup>.

Stando alla lettera della Costituzione, «il contraddittorio nella formazione della prova» riguarda sia le tecniche sia la prova che esse formano. Non è affatto estranea, quella regola, al momento che va dal frangente in cui quel segno viene ad essere a quello in cui lo stesso è interpretato. La tecnica costituzionale di formazione della prova precostituisce, cioè, le possibilità interpretative di una specifica fonte nel momento stesso della sua genesi: l'elemento conoscitivo nasce e, al tempo stesso, è proposto, a chi debba valutarlo, carico delle specifiche opzioni di significato che ciascuna parte vi innesta forgiando quelle dichiarazioni con le proprie domande.

Non si tratta solo della produzione del materiale su cui si deciderà. È in gioco piuttosto la possibilità di imprimere nel materiale probatorio le matrici della sua valutazione, ossia della decodificazione del suo significato. Non si forma semplicemente un elemento di conoscenza<sup>16</sup>. Si forma la prova, ossia un elemento che è messo in relazione con il fatto dell'imputazione, contribuisce a dimostrarne o smentirne l'esistenza; in definitiva, esso nasce munito di un significato preciso relativo allo scopo assegnatogli, ossia orientare la decisione<sup>17</sup>. La prova formata in

<sup>15</sup> Si è insistito altrove sui profili esperienziali della prova, in F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 477.

<sup>16</sup> Se non si intende male, si tratta di quello che O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., 247 chiama contraddittorio «forte per l'elemento di prova». Nella specificazione dell'autore riecheggia proprio la differenza, qui evocata, tra il contraddittorio generativo del segno e il contraddittorio generativo della prova.

<sup>17</sup> G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 7: «Ciò che deve ritenersi costituzionalmente imprescindibile è che i destinatari della decisione possano concorrere dialetticamente alla elaborazione della prova su cui essa si fonda. Nel senso che devono essere messi in grado di far sprigionare alla fonte di prova tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della loro tesi». Ciò che qui si contesta è che esattamente questo risultato possa realizzarsi praticando il contraddittorio fuori dalla presenza fisica di chi la decisione prenderà, cosa invece ammessa dall'autore.

contraddittorio vuole proprio evitare di consegnare al giudice un segno oscuro, il cui significato emergerà, poi, nella solitudine della camera di consiglio<sup>18</sup>. Nasce, per questo, in parte già valutata, e costringe il decisore a confrontarsi con i precisi significati introdotti dalle parti<sup>19</sup>.

Se nel dibattimento si produce tale risultato complessivo, allora ciò ottempera alla lettera dell'art. 111 Cost., più precisamente, ciò costituisce la migliore attuazione della norma costituzionale nel momento storico di riferimento.

### 3. *Divergenze strutturali tra “contraddittorio preliminare” e contraddittorio dibattimentale: in particolare, il profilo dell'immediatezza*

Quando si dispone che i verbali della prova assunta nell'incidente probatorio fanno ingresso nel dibattimento in quanto formati secondo il solo metodo approvato dalla Costituzione, allora proprio questo, in modo esatto, deve essere replicabile in fase preliminare, alle stesse condizioni in cui si esprime nel giudizio, perché deve garantire il medesimo risultato in vista del quale il contraddittorio è regola d'accertamento costituzionalizzata. Non basta, quindi che le prove vengano «assunte e documentate con le forme stabilite per il dibattimento» (art. 401 comma 5 c.p.p.)<sup>20</sup>.

Chiaramente è stata ora chiamata in causa l'immediatezza, o almeno una certa sua accezione, ma non serve necessariamente convenire sul suo carattere costitu-

<sup>18</sup> «La tensione verso il fine pratico, rappresentato dal conseguimento di una pronuncia a contenuto determinato, comporta che l'attività persuasiva esercitata dalle parti abbia per destinatario il giudice»: D. NEGRI, *La disciplina costituzionale*, cit., 155. Qui sta, forse, il significato ultimo della formazione partecipata della prova e si comprende istintivamente questa soluzione se si pensa come essa sia nata per essere fruita dalla giuria. Il fatto che a decidere sia un togato non dimostra che il metodo debba essere diverso. È un grave fraintendimento che ha serpeggiato perlopiù inespresso nell'intera speculazione comparatista sul codice vigente quello per cui il giudice esperto non ha bisogno del contraddittorio, o ne ha un bisogno minore, rispetto al giudice popolare.

<sup>19</sup> Coglie il punto V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale. Tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Torino, 2023, 93-97, il quale lega il principio di immediatezza (e quindi la nascita della prova in contraddittorio) anche alla fase della valutazione della prova e non solo alla sua formazione. Opportunamente radicale O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo. Atti del convegno presso l'Università di Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Milano, 1998, 89, il quale vede nell'immediatezza il «fattore tecnico che procura al giudice della decisione la percezione diretta della prova nel suo formarsi e gliene consente la *valutazione dall'interno dell'iter formativo*» (corsivi miei). È irrilevante che qui si parli di immediatezza e non di formazione della prova poiché, sebbene qualcuno pensi di poter ottenere la seconda senza la prima, di certo nessuno pensa di poter realizzare la prima senza la seconda. In senso analogo, D. NEGRI, *La disciplina costituzionale*, cit., 158.

<sup>20</sup> G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., 564, mette al centro della sua analisi la «reale fisionomia del contraddittorio nella formazione della prova» la quale, a detta dell'autore, va valutata alla luce dell'art. 111 comma 4 Cost.

tivo del contraddittorio, anche perché è la stessa operazione di suddividerlo in elementi in essenziali e accessori a essere qui contestata.

Non importa cioè che l'immediatezza sia normativamente resa parte integrante del contraddittorio costituzionale, anche se ci sono innumerevoli ragioni per ritenere che sia così. Ciò che importa è che il contraddittorio, dove realizzato per essere certamente tale, ossia nel dibattimento, preveda il necessario contatto non solo tra le parti e la prova, ma anche tra il giudice e la prova, nel momento della sua formazione. Se quello è l'archetipo, allora ogni deviazione rispetto ad esso non può essere qualificata come una sua attuazione. Non rileva che sia l'immediatezza o un altro elemento a deviare, mentre invece assume decisiva importanza che l'equivalenza tra un contraddittorio con immediatezza e uno senza sia logicamente impossibile da sostenere. Solo uno e non l'altro può essere conforme al modello.

Da questo punto di vista, l'incidente probatorio è clamorosamente divergente rispetto alla regola<sup>21</sup>. Le deviazioni che l'assenza di immediatezza comporta rendono chiarissimo che il materiale probatorio derivato dalla procedura incidentale non ha nessuna possibilità di contribuire alla "formazione della prova", ma si limita a "produrre una fonte di prova" (incontestabilmente scritta se vista nel momento in cui verrà utilizzata)<sup>22</sup>. Inutile nella sede preliminare cercare di marchiare il segno con una proposta di significato, poiché quel messaggio muore nelle mani del giudi-

<sup>21</sup> Secondo G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., 562, «l'estrema diversità dei due contesti», dibattimentale e preliminare, «impedisce ogni disinvolta velleità di omologazione».

<sup>22</sup> Simili rilievi, già svolti in F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, cit., qui non si riprenderanno. V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale*, cit., 97 nt. 158, sembra contestarmi che anche la prova dibattimentale finisce per essere riversata in un verbale che viene di certo usato dal giudice per decidere. E tuttavia, il dato rilevante non è la presenza del verbale in entrambi i casi. Ad essere importante è che, nell'incidente probatorio, il giudice che assiste alla formazione della prova non decide e colui che dirime il merito usa il *solo* verbale ad essa relativo, senza aver mai fatto l'esperienza della genesi di quella conoscenza. Mentre, nel dibattimento, il giudice che si serve del verbale è esattamente la stessa persona che ha vissuto l'evento irripetibile del venire in essere di quella prova, cui il verbale si riferisce. Ovviamente, il caso del giudice che muta nel corso del dibattimento deve essere in tutto assimilato a quello dell'incidente probatorio. Il fatto, poi, che dell'esperienza di prova, comunque, non si riesca a rendere compiutamente conto in motivazione – ciò che l'autore rileva e su cui pienamente conveniamo – non sposta che una cosa sia decidere avendola fatta, un'altra, molto diversa, cosa è decidere senza aver mai vissuto la genesi della prova in prima persona. Da un lato, il metodo *adversary* nasce per la giuria, e quindi non è fatto per poter essere descritto, ma vissuto. Dall'altro, la motivazione può ben rendere conto dei «risultati acquisiti» e dei «criteri adottati» nel conferire significato alla prova una volta "vissuta". È cosa nota che l'evento irripetibile di una esperienza non possa essere fatto rivivere con le parole, ciò nondimeno di esso si può parlare. La legge e la Costituzione creano un impianto tale per cui occorre decidere sulla scorta dell'esperienza di prova e poi motivare sul ragionamento logico che porta ad attribuirle un senso. Che i tratti ineffabili della creazione del materiale probatorio restino tali, è cosa di cui il sistema inevitabilmente si fa carico, non potendo sopravvivere altrimenti avendo scartato la soluzione del verdetto immotivato.

ce che assiste all'incidente, non essendo incaricato della decisione e non potendo cogliere le connessioni con altri elementi utili al giudizio perché ancora inesistenti.

Se noi affermassimo il contrario significherebbe che potremmo attestare sempre la formazione dislocata (rispetto al dibattimento) della prova come attuazione del metodo e potremmo prevederla in ogni dove senza alcuna condizione o presupposto, del tutto al riparo dall'incostituzionalità della legge: permetteremmo la *cross-examination* ovunque, nel dibattimento, nelle indagini preliminari, nell'udienza preliminare, in appello, in altri procedimenti, e mai nessuno potrebbe dubitare che si tratti sempre dell'attuazione dell'art. 111 comma 4 Cost.<sup>23</sup>. Dovremmo quindi portare davanti al giudice del merito una quantità indescrivibile di prove preformate, ossia scritte. Ma a quel punto nessuno potrebbe negare che saremmo davanti ad un processo di tipo misto il quale, pur contemplando l'esame incrociato, nulla avrebbe a che fare con l'opzione di civiltà giuridica espressa dalla formazione della prova paritariamente partecipata<sup>24</sup>.

Inevitabile desumere da questi rilievi come il contraddittorio in assenza di immediatezza non corrisponda all'attuazione della regola costituzionale<sup>25</sup>. Al di là dell'impatto sulla formazione della prova<sup>26</sup>, il deficit di immediatezza

<sup>23</sup> Ipotizza una fase di raccolta delle prove, permanente ed intermittente ad un tempo, ma che comunque corra "in parallelo" alle investigazioni, in un senso che sembra analogo a quello qui criticato, M. MENNA, *Il processo penale monofasico*, Torino, 2020, 22 ss.

<sup>24</sup> Chiarissimo G. DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., 547 nel ricordare che l'esigenza di mantenere l'istituto dell'incidente probatorio «confinato in un'aura di eccezionalità» era funzionale a «scongiurare ogni palingenesi dell'antica istruzione formale attraverso un altrimenti possibile moltiplicarsi *ab libitum* delle acquisizioni probatorie *ante iudicium*».

<sup>25</sup> In senso contrario, come precedentemente ricordato, O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., 248 il quale precisa che «l'incidente probatorio riguarda il contraddittorio nella formazione della prova che si svolge al di fuori della fase processuale e può dunque prescindere dal rispetto dell'immediatezza».

<sup>26</sup> Che l'immediatezza sia ritenuta un elemento del contraddittorio costitutivo, accessorio o soltanto propellente o coadiuvante, diventa una circostanza relativamente poco significativa una volta che tutti siano disposti ad ammettere che un contraddittorio realizzato davanti al giudice che decide è semplicemente diverso rispetto ad un contraddittorio che resti a costui estraneo. L'argomento provoca notevoli divisioni tra gli studiosi. Nelle opere monografiche, esamina le posizioni, comunque riconoscendo un ruolo essenziale all'immediatezza, V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale*, cit., 89 ss.; decisamente contrario a comprendere l'immediatezza tra i tratti salienti del contraddittorio, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, 32 ss.; all'opposto, sicura nell'attribuire all'immediatezza un ruolo costitutivo del contraddittorio costituzionale, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 9 ss.; dà grande rilievo all'immediatezza, pur senza comprenderla nella nozione di contraddittorio, M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1553; ID., *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*, in *Sist. pen.*, n. 2 del 2021, 63; attribuiscono all'immediatezza un ruolo necessario nella costituzione del contraddittorio, D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, n. 2 del 2019, 4; O. MAZZA, *Il sarto costi-*

nell'incidente probatorio segna semplicemente una inequivocabile deviazione dal modello costituzionale<sup>27</sup>.

Ma non si tratta solo di questo. Esistono molti ulteriori profili che allontanano il "contraddittorio preliminare" da quello dibattimentale. In questi casi, tuttavia, al contrario di quanto accade con l'assenza di immediatezza, si potrebbe tentare di ridimensionare il loro impatto negativo sulla prova formata nella fase preliminare. Il che non comporterà mai la parificazione della prova raccolta nei due diversi contesti, ma potrebbe rendere quella preliminare più partecipata e attendibile di quanto non lo sia ora.

#### *4. Ulteriori profili della formazione anticipata della prova*

L'assenza di una imputazione cristallizzata, la conoscenza parziale degli atti di indagine da parte della difesa, un giudice estraneo ai meccanismi della decisione finale contribuiscono a legittimare l'ammissione per cui l'incidente probatorio, in definitiva, non è in grado di salvare o anticipare alcun contraddittorio nella formazione della prova.

Il profilo dell'assenza dell'imputazione pare francamente irrisolvibile, poiché nella fase preliminare non è stata ancora esercitata l'azione penale. Eppure, qualche possibilità di miglioramento della disciplina attuale s'intravede.

Nei requisiti della richiesta secondo l'art. 393 c.p.p. non compare, in nessuna forma, la descrizione del fatto ma tale norma si limita a pretendere che siano indicati esclusivamente i fatti da provare, il mezzo di prova da esperire e le ragioni

---

*tuzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, n. 2 del 2019, 4; P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, *Arch. pen.*, n. 2 del 2019, 3, e in *ID.*, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 124.

<sup>27</sup> Un altro esempio, oltre all'incidente probatorio, in cui questo schema trova chiaramente applicazione è rappresentato dallo pseudo-contraddittorio che è disciplinato dall'art. 498 comma 4 c.p.p., oppure dall'art. 398 comma 5 bis c.p.p., in relazione all'audizione di testimoni in condizioni particolari. Qui la differenza tra il modello e la formazione concreta della prova non risiede, o non solo, nell'attuazione del principio d'immediatezza e tuttavia il ragionamento non cambia: si sta formando una prova che dal contraddittorio archetipico certamente si discosta, non importa in relazione a quali profili. Se diciamo che in tutti questi casi abbiamo di fronte un contraddittorio conforme all'art. 111 comma 4 Cost., allora non dovremmo avere alcun problema ad accettare che tutto il giudizio si possa fondare su prove così costruite. E allora avremo, nel caso dell'incidente probatorio, una decisione su elementi di prova scritti e formati altrove (come nel dibattimento del sistema precedente) e nel caso della testimonianza in casi particolari non riusciremmo neppure a vedere all'orizzonte una tecnica di formazione probatoria calibrata sulla partecipazione paritaria delle parti (come nella fase istruttoria del sistema misto, chiaramente orientata all'inquisitorio). Ciascuno di questi casi, infatti, è declinato dalla legge alla stregua di una ipotesi eccezionale, e tuttavia abusivamente, perché le nicchie eccezionali che la legge può prendere in considerazione sono quelle previste tassativamente dalla Costituzione.

che richiedono la sua assunzione anticipata. Si realizzerebbe una partecipazione più produttiva della difesa all'attività probatoria se il pubblico ministero inserisse una descrizione preliminare del fatto nella sua richiesta, o la facesse tempestivamente pervenire quando l'iniziativa fosse dell'indagato: non un addebito sommariamente tratteggiato, ma una descrizione in forma chiara e precisa, quantunque allo stato degli atti, approssimativamente sul modello dell'art. 291 comma 1 *septies* lett. c c.p.p. che attiene alla richiesta cautelare, sebbene da questa previsione sarebbe giustappunto preferibile espungere l'aggettivo «sommaria».

Un secondo rilievo è certamente costituito dalla necessità di prevedere che il pubblico ministero depositi in cancelleria tutti gli atti di indagine fino ad allora compiuti, alla stregua dell'art. 393 comma 2 *bis* c.p.p., che impone una *disclosure* totale quando si proceda all'audizione del teste minorenni o della persona offesa maggiorenne nell'ambito di determinati procedimenti.

Si immagina l'obiezione: una tale ostensione farebbe cadere la segretezza delle indagini e potrebbe pregiudicarne il risultato. E, tuttavia, appare un prezzo necessario da pagare se si pretende di formare una prova fuori dal dibattimento e poi utilizzarla per la decisione. Un prezzo che l'ordinamento già paga, persino, ma soltanto in procedimenti arbitrariamente selezionati dall'art. 393 comma 2 *bis* c.p.p. sulla base di ragioni che possono essere variamente configurate ma che difficilmente porterebbero a giustificare l'esclusione di tutti gli altri dalla *disclosure* totale, al cospetto di elementari esigenze di difesa e, soprattutto, parità<sup>28</sup>. Ed infine, quando tale prezzo si rivelasse in concreto troppo alto da pagare, il pubblico ministero potrebbe sempre rinunciare alla raccolta anticipata della prova, o manifestare tali rischi nelle sue deduzioni al giudice per le indagini preliminari quando l'iniziativa fosse dell'indagato. A quel punto il giudice potrebbe rigettare la richiesta sulla base di queste ragioni, o rimandare l'atto, una volta che la legge glielo abbia permesso, probabilmente attraverso una modifica dell'art. 398 c.p.p.

Anche a proposito del giudice che celebra l'udienza è possibile pensare un intervento che avvicini, in qualche modo, il "contraddittorio preliminare" a quello dibattimentale.

La competenza funzionale per l'atto probatorio anticipato è oggi riservata al giudice per le indagini preliminari, ed è la fase a dettare tale soluzione. Tuttavia,

<sup>28</sup> Appare, questa, una norma adatta a fungere da *tertium comparationis* in un giudizio di legittimità sull'assenza di tale disciplina per i casi ordinari di incidente probatorio, basata sul parametro dell'art. 24 Cost. (e, si potrebbero aggiungere, l'art. 111 commi 2, 3, 4, Cost.). Un giudizio analogo ha parzialmente avuto luogo dando origine ad una pronuncia che sfrutta utili linee di pensiero, poiché una totale *discovery* potrebbe plausibilmente esserne un corollario naturale (Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 74). Che la «parità delle armi» sia un aspetto ineludibile, visto l'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p., è espressamente affermato da M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, cit., 355-356.

sarebbe razionale, trattandosi di un atto destinato al dibattimento, che sia proprio un magistrato appartenente ai giudici dibattimentali a celebrare l'udienza. L'idea è quella di mettere la prova raccolta *pro futuro* nelle mani non di un magistrato abituato al compimento del singolo atto nel ruolo di garante, ma piuttosto di un soggetto avvezzo a collegare l'esperienza della prova ai percorsi della decisione. Una figura di questo tipo, probabilmente, potrebbe avere un ruolo più incisivo nel contribuire a imprimere all'atto una direzione funzionale rispetto non all'indagine ma alla futura decisione: un magistrato il cui compito è celebrare dibattimenti dovrebbe ritenersi estraneo a quella postura – per taluni una esigenza da soddisfare, per talaltri una tentazione da reprimere – che potrebbe spingere il giudice per le indagini preliminari a fornire supporto al pubblico ministero nello svolgimento di un atto che, prima di diventare prova in dibattimento, sarà di certo elemento fondamentale nel contesto dell'indagine. Non si vogliono sondare qui le patologie degli assetti ordinamentali. Si vuole solo evidenziare che il giudice per le indagini preliminari sa di correre il rischio di frenare l'indagine del pubblico ministero, e in alcuni casi potrebbe esserne inibito, non desiderando certo di essere ritenuto il responsabile di una indagine fallita: così, per ragioni di stretta dinamica processuale più che ordinamentali, nel corso del tempo proprio l'idea centrale del giudice garante dei diritti, e quindi argine all'investigazione, è stata di fatto sostituita dell'idea del giudice quale supporto all'indagine del pubblico ministero.

Il magistrato del dibattimento dovrebbe, al contrario, essere abituato ad una distanza più netta dall'accusatore, rappresentata con l'identica misura in cui si può esprimere lo spazio che separa il giudice dalla difesa dell'imputato. E non dovrebbe sentire il peso dell'insuccesso dell'indagine, dovendo esserne piuttosto un censore postumo, quando si troverà ad esaminare rigorosamente la bontà dell'ipotesi che ne scaturisce.

Questa nuova configurazione potrebbe far pensare che designare il magistrato del dibattimento al momento dell'incidente probatorio, e farglielo celebrare, consentirebbe il recupero dell'immediatezza perduta, solo affidandogli poi il futuro giudizio nel medesimo procedimento, sul modello dell'ipotesi, invero affatto eccezionale, contemplata ottimisticamente dall'art. 34 comma 2 *quater* c.p.p. E tuttavia, ciò accadrebbe al prezzo di mettere la persona incaricata della fase dibattimentale pericolosamente a contatto con atti dell'indagine, dunque fisiologicamente inutilizzabili.

Che si preveda un deposito parziale o totale, nella procedura incidentale emergono atti di indagine che non sono destinati al dibattimento e che pregiudicherebbero la predisposizione del futuro giudicante ad una decisione realmente basata sul contraddittorio, quando avesse fatto una breve incursione nella fase preliminare finalizzata alla raccolta della prova.

È dunque necessario che il magistrato che abbia celebrato l'incidente probatorio, sebbene appartenga a quelli incaricati del giudizio, sia poi incompatibile con le funzioni di giudice del dibattimento nel medesimo processo<sup>29</sup>.

Anche ammessa questa soluzione, infine, non si vedono ragioni per distogliere il giudice per le indagini preliminari dal compito di ammettere l'incidente probatorio, il quale presuppone un approfondito esame degli atti di indagine in vista della valutazione della richiesta, in rapporto sia alle esigenze di raccolta anticipata della prova, sia all'impatto di tale atto sulla progressione investigativa. Il giudice per le indagini preliminari, calato nella dinamica di dialogo con il pubblico ministero e con l'indagato, sembra la persona giusta per valutare l'ammissibilità dell'atto, da affidare poi a chi meglio saprà raccogliarlo in quanto mentalmente proiettato all'uso che di quella prova occorrerà fare in vista della decisione.

Queste soluzioni non intendono approntare la prova raccolta in fase preliminare per l'acquisizione in dibattimento, poiché non riuscirebbero comunque a realizzare l'archetipo costituzionale con cui si identifica il contraddittorio nella formazione della prova. Si tratta, all'opposto, di circondare la procedura incidentale di accorgimenti in grado di migliorare la sua resa cognitiva, di rendere l'atto più probatorio che investigativo, ma solo in vista dell'eventualità che esso possa essere acquisito in dibattimento a patto che sia effettivamente divenuto irripetibile.

È una soluzione normativa del tutto apprezzabile quella che usi le tecniche del contraddittorio, pur senza riuscire a realizzarlo, per precostituire un atto di indagine "qualificato in senso probatorio", in quanto rischia di non poter essere assunto in futuro<sup>30</sup>: è pensabile che esso, a queste condizioni, possa essere acquisito

<sup>29</sup> Inoltre, nelle modifiche all'impianto normativo che di seguito verranno proposte, l'atto raccolto nell'incidente probatorio potrà essere acquisito in dibattimento solo se divenisse irripetibile, dunque si ipotizzerà una abrogazione dell'art. 431 lett. e c.p.p.: a queste condizioni, il giudice dell'incidente probatorio dovrà, a maggior ragione, essere sempre incompatibile per le fasi e i gradi successivi, in quanto ha conoscenza diretta della prova anticipatamente formata, la quale dovrà restare nell'indagine, se non diviene irripetibile, e quand'anche ciò accadesse, non lo si saprebbe prima della lettura acquisitiva dell'atto raccolto con la procedura preliminare, quindi molto dopo che il giudice sia stato designato e abbia aperto il dibattimento. Apparirà presto inevitabile, quindi, la necessità della soluzione dell'incompatibilità con le funzioni di giudice del dibattimento del magistrato che abbia celebrato l'incidente probatorio. Questo rilievo si deve all'Avv. Margherita Gori, la quale, nelle proficue giornate di scambio sull'isola di San Giorgio, mi ha giustamente distolto dall'idea che, affidando l'incidente probatorio ad un magistrato del dibattimento, si potesse poi renderlo il candidato ideale alla celebrazione del giudizio, sulla scorta dell'attuale art. 34 comma 2 *quater* c.p.p.

<sup>30</sup> C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, pur nell'ottica, più tradizionale, diversa da quella qui introdotta, coglie nel segno quando attribuisce un senso al confronto tra le parti antagoniste nell'incidente probatorio che non va sottovalutato. Sebbene qui si creda che esso non faccia il contraddittorio, resta vero che rende un risultato certamente più attendibile di quello scaturito da un atto di indagine unila-

in dibattimento mediante lettura, in deroga alla regola del contraddittorio, quando divenga effettivamente irripetibile, sebbene l'impossibilità di ripetizione sia qui ad un tempo sopravvenuta e prevedibile. Ed è proprio questa la ricostruzione teorica che ora si deve approfondire.

##### *5. La lettura dei verbali della procedura incidentale come eccezione al contraddittorio*

Abbiamo anticipato come sia effettivamente insostenibile, dal punto di vista teorico, ciò che la legge presuppone con l'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p., ossia che i verbali della prova raccolti mediante incidente probatorio possano fare ingresso nel dibattimento senza alcuna condizione ulteriore, in quanto formati nel rispetto della regola costituzionale della formazione della prova in contraddittorio. Di fatto, le tecniche utilizzate per l'incidente probatorio non attuano quel metodo.

Tutto ciò che si è inteso dimostrare finora si riduce a negare che possa essere ammissibile l'equivalenza a cui una sorta di automatismo del pensiero ci ha ormai abituati: ossia che il "contraddittorio preliminare" possa essere identico a quello dibattimentale e che tanto l'uno quanto l'altro possano dirsi attuazione tecnicamente adeguata dell'art. 111 Cost.

Convieni al contrario rassegnarsi alla constatazione per cui entità diverse non possono stare in rapporto di uguaglianza: differenti declinazioni del contraddittorio non possono tutte equivalere alla piena attuazione della regola costituzionale.

La prova formata nell'incidente probatorio incappa, quindi, nella regola di esclusione costituzionale che vuole estromesse dalla base conoscitiva del giudizio le fonti che non provengono dal contraddittorio<sup>31</sup>.

teralmente raccolto, in quanto la fonte conoscitiva viene quantomeno assoggettata alla «verifica dell'avversario» (250).

<sup>31</sup> Da questo punto di vista appare riduttiva la lettura della Corte costituzionale, la quale aveva stabilito che, «la prima parte del quarto comma dell'art. 111 Cost., con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, esprime una generale regola di esclusione probatoria in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta *unilateralmente* durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati» dal comma 5 dell'art. 111 Cost. (Corte cost., ord. 19 giugno 2002, n. 293, corsivi miei). Il problema sta nell'avverbio "unilateralmente", poiché non è inutilizzabile la prova formata unilateralmente, al contrario di quella formata bilateralmente, ma è vietato usare come elemento di conoscenza la prova formata fuori dal contraddittorio, al contrario di quella da esso proveniente. Per la Carta, non è il grado di partecipazione alla formazione della prova che conta, ma a pesare è esclusivamente il metodo, quello del contraddittorio. Quindi mettere a contatto o a confronto le parti nella formazione della prova non è di per sé sufficiente. Del resto, l'applicazione dell'art. 360 c.p.p. produce atti qualificati come irripetibili, non partecipati. Si direbbe, tra le altre

Tuttavia, lungi dal sostenere l'incostituzionalità dell'intero istituto si vuole sostenere qui solo quella dell'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p.

Poiché la mancata attuazione del contraddittorio, in quello che è pur sempre un atto della fase preliminare, è qui relativa ad una prova che potrebbe diventare irripetibile, assume rilievo la possibilità che tale atto possa integrare una eccezione legittima al contraddittorio.

E difatti, così andrebbe scandito l'ingresso dei verbali dell'incidente probatorio in dibattimento, perché l'art. 111 Cost. si trovi tradotto in una disciplina pienamente conforme al modello che introduce: tali verbali potrebbero penetrare la barriera che separa le indagini dal luogo di formazione della prova solo ed in quanto costituiscono eccezioni al contraddittorio. Allora, in senso diametralmente opposto a quanto stabilisce l'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p., occorrerebbe stabilire che i verbali della procedura incidentale possano essere utilizzati ai fini del giudizio solo quando la prova formata in incidente probatorio sia effettivamente divenuta irripetibile<sup>32</sup>.

In caso contrario, quella prova dovrà essere esperita in dibattimento, senza che possa mai darsi lettura del verbale dell'incidente probatorio (ciò che ora avviene), per quanto recante dichiarazioni formate dalle parti attraverso l'esame incrociato. Quel verbale, ove la prova sia ancora ripetibile, dovrà essere trattato alla stregua di un qualsiasi atto di indagine<sup>33</sup>.

cose, perché non compare un giudice. E come realizzerebbe il contraddittorio la presenza di un giudice che abbandoni poi la prova nelle mani di un altro giudice che mai ha assistito alla sua genesi?

<sup>32</sup> Le direttive elaborate in vista dell'incontro di San Giorgio in due momenti distinti si soffermano sull'incidente probatorio preoccupandosi, assai giustamente, di limitare il suo impiego ai casi di obiettiva indifferibilità della prova a rischio di divenire irripetibile (D. NEGRI, *Indagini, azione, procedibilità*, n. 12) e di garantire il diritto alla prova delle parti in dibattimento nonostante la precedente celebrazione dell'incidente (O. MAZZA, *Dibattimento*, n. 4). Sono indubbiamente direttive essenziali, ma la prima prende di mira le deprecabili degenerazioni dell'istituto che oggi include ambiti probatori estranei alla non rinviabilità, la seconda intende riaffermare un principio normativamente sancito ma del tutto ignorato nella clinica giudiziaria e in sostanza disatteso nelle costruzioni giurisprudenziali della Corte di cassazione. Sono indubbiamente in minoranza nel sostenere, in questo scritto, che il difetto dell'incidente probatorio non risiede nelle sue progressive perversioni o nell'esistenza di un "diritto vivente" in contrasto col "diritto vigente". Si tratta invece di un vizio genetico, che colpisce tutte le ipotesi dell'art. 392 c.p.p., proprio quelle coerenti con la *ratio* originaria, poiché il problema è il regime d'uso di quegli atti sancito dall'art. 431 comma 1 lett. e c.p.p., e le direttive dell'UCPI non sembrano mettere in discussione che proprio quegli atti, poiché formati con l'impiego della *cross examination*, possano essere sempre acquisiti al dibattimento.

<sup>33</sup> E proprio per questa ragione, l'atto proveniente dalla procedura incidentale, quando la prova è ripetibile, potrà essere acquisito – se del caso – in forza dell'accordo tra le parti sulla rinuncia al contraddittorio, oppure in ragione di una eventuale condotta illecita che ne abbia compromesso il risultato, oltre che essere ovviamente usato per le contestazioni al dichiarante durante l'esame. Non saranno spese argomentazioni al proposito, ma com'è ovvio, discende da questa costruzione l'incostituzionalità dell'intero art. 190 *bis* c.p.p., come dell'art. 495 comma 4 *ter* c.p.p.

Tale parificazione, necessaria stando a quanto detto, potrebbe portare a ritenere che l'intera procedura incidentale sia inutile e non vi sia più alcun senso, in questa nuova configurazione teorica, nel formare la prova a rischio di irripetibilità con la tecnica dell'esame incrociato.

Al contrario, invece, la formazione di un atto d'indagine qualificato, per dir così, è una scelta quanto mai opportuna, poiché permette di acquisire al dibattimento un elemento colpito da irripetibilità non genetica, ma sopravvenuta, e prevedibile, circostanza, questa, generalmente esclusa nel nostro ordinamento (art. 512 c.p.p.), e a giusta ragione.

Occorrerà ora soffermarsi su quest'ultimo profilo.

6. *Riconfigurazione teorica dell'uso dibattimentale della prova raccolta in incidente probatorio: l'accostamento delle ipotesi di irripetibilità sopravvenuta prevedibile allo schema adottato per l'irripetibilità sopravvenuta imprevedibile*

La formazione della prova a rischio di irripetibilità nella fase preliminare mediante le tecniche dell'esame incrociato resta, come anticipato, un aspetto irrinunciabile della gestione del materiale probatorio ai fini del giudizio, sebbene per ragioni diverse rispetto alla anticipazione di un contraddittorio che, come visto, non si riesce a distogliere dal dibattimento. O, quantomeno, occorre ammettere come non siano oggi disponibili metodi che possano garantire al giudice decidente di giovare di un contraddittorio esperito fuori dal suo campo visivo<sup>34</sup>.

Sostenere che i verbali dell'incidente probatorio possano essere acquisiti al dibattimento solo se la relativa prova sia divenuta effettivamente irripetibile, significa sostenere qualcosa di inedito nel nostro sistema: che debba essere oggetto di lettura il verbale di una prova formata fuori dal contraddittorio e colpita da irripetibilità sopravvenuta e prevedibile. È l'art. 512 c.p.p. che ci avverte dell'anomalia, ma è proprio questa norma che ci provvede, al contempo, dello schema utile per superarla.

La differenza tra la disciplina giuridica dell'irripetibilità sopravvenuta prevedibile e di quella imprevedibile ruota proprio attorno all'esistenza dell'incidente probatorio e si basa sull'idea, qui criticata, che esso realizzi il contraddittorio. Oggi, se l'impossibilità oggettiva di ripetere la prova sopravviene senza preannunciarsi è legittimo leggere il verbale del relativo atto di indagine traendolo direttamente dal fascicolo del pubblico ministero. Al contrario, quando l'irripetibilità possa essere

<sup>34</sup> Sull'insoddisfacente soluzione della prova videoregistrata, in precedenza, F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, cit., 477, cui si rinvia per argomentazioni e bibliografia.

utilmente pronosticata, l'ordinamento impone, prima che essa si verifichi, l'acquisizione partecipata della prova tramite incidente probatorio, pena la perdita della relativa fonte, la quale non potrà accedere al dibattimento con la lettura acquisitiva poiché l'impossibilità di assumerla in quella sede era prevedibile<sup>35</sup>.

Senza l'incidente probatorio questo schema è destinato a saltare. E quindi occorre preservare l'uno, se si vuole conservare l'altro.

La soluzione normativa odierna non si limita, però, alla distinzione tra irripetibilità prevedibile e imprevedibile. Essa illumina – è qui che sta l'informazione davvero rilevante – la differenza di disciplina tra l'irripetibilità originaria e quella sopravvenuta. La prima abilita la fonte investigativa a collocarsi in dibattimento senza ulteriori condizioni che non siano la validità dell'atto che la contiene; la seconda, al contrario, per addivenire a tale risultato, necessita di un ulteriore requisito che la legge individua nell'imprevedibilità con cui si sia realizzata.

La questione è tutta collocata nell'ambito dell'eccezione costituzionale di cui al comma 5 dell'art. 111 Cost., ossia «l'accertata impossibilità di natura oggettiva» di ripetere l'atto ma, nell'impianto legislativo, al contrario dell'irripetibilità genetica, quella sopravvenuta non basta a sé stessa<sup>36</sup>, e difatti l'art. 512 c.p.p. richiede l'ulteriore requisito dell'imprevedibilità.

Tuttavia, è discutibile che possa essere solo l'imprevedibilità a qualificare l'irripetibilità sopravvenuta<sup>37</sup> come eccezione rilevante al contraddittorio.

La combinazione inscritta nell'art. 512 c.p.p. è chiara, e offre un modello utile a interpretare l'incidente probatorio non come un luogo in cui si realizza il contraddittorio, ma come uno spazio in cui viene in essere, per l'atto d'indagine irripetibile, un requisito abilitante rispetto al suo uso dibattimentale, in forza di una eccezione ammessa al metodo prediletto d'accertamento<sup>38</sup>.

Nell'art. 512 c.p.p. a fungere da requisito abilitante alla lettura del verbale investigativo sta l'imprevedibilità della impossibile formazione della prova. Nella

<sup>35</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 176 ss., scandisce esattamente questo schema, ricordando come sia stato ideato per evitare un «uso sleale dell'art. 512 c.p.p. come strumento elusivo dell'incidente probatorio». Il «gioco a incastro» tra l'art. 512 c.p.p. e l'art. 392 c.p.p. è poi precisato in C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 246 ss.

<sup>36</sup> Un convincente rilievo teorico più ampio, a questo proposito, viene da O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., 266: «il deficit dialettico dell'atto di indagine non è compensato dalla circostanza che la "ripetibilità" in contraddittorio sia stata pregiudicata dal suo stesso compimento ad opera di una sola delle parti o dal sopravvenire di particolari evenienze, magari anche imprevedibili». Analogamente, C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 250: «difficile ritenere che la sopravvenienza di circostanze impeditive del contraddittorio sia cognitivamente pari a questo».

<sup>37</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 177 ricorda che l'imprevedibilità è «attributo qualificante» dell'irripetibilità sopravvenuta.

<sup>38</sup> Sull'attributo dell'imprevedibilità dopo la riforma dell'art. 111 Cost., C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 242 e 249 ss.

fattispecie futura che qui si ipotizza, relativa all'incidente probatorio, la *cross examination* esperita sull'atto in fase preliminare gioca lo stesso ruolo della imprevedibilità nell'art. 512 c.p.p. e consente che possa essere oggetto di lettura il verbale relativo ad una prova colpita da irripetibilità sopravvenuta, quantunque prevedibile, ove essa, esattamente come nell'art. 512 c.p.p., sopraggiunga entro il momento in cui la prova deve essere formata<sup>39</sup>.

L'atto realizzato con la procedura incidentale dovrebbe uscire del tutto dai circuiti della formazione probatoria secondo la regola e entrare completamente nei circuiti di approvvigionamento di fonti estranee al contraddittorio in forza delle eccezioni. Solo, in luogo dell'imprevedibilità dell'art. 512 c.p.p., per l'atto formato in incidente probatorio, starebbe la *cross examination* (che non è di per sé contraddittorio) a consentire la lettura dibattimentale di un verbale relativo a una prova che non sia colpita da irripetibilità genetica, bensì sopravvenuta. Si tratta dell'applicazione a fattispecie differenti del medesimo schema.

Domani come oggi, l'incidente probatorio resta la soluzione davanti al rischio attuale di una irripetibilità prevedibile e prevista. Domani, al contrario di quanto accade oggi, quel verbale, formato nella procedura incidentale, potrebbe essere letto solo in quanto la prova sia divenuta concretamente irripetibile, e non in quanto la si pretenda formata nel contraddittorio<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Si nota, incidentalmente, come si stia parlando sempre di qualificazioni dell'atto che riducono e non aumentano la capacità dell'irripetibilità di legittimare l'acquisizione dibattimentale di atti di indagine.

<sup>40</sup> L'embrione di questa idea vagava nelle argomentazioni già spese in F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, cit., 496, nelle quali si ipotizzava una fattispecie acquisitiva frutto dell'integrazione tra l'applicazione delle tecniche del contraddittorio e il realizzarsi dell'eccezione dell'irripetibilità. Precisata la costruzione nel senso in cui compare nel testo, quella precedente visione può oggi dirsi integralmente revocata a favore dell'attuale.



RENZO ORLANDI

ITINERARI PROCESSUALI SULLE VIE DELLA VERITÀ.  
QUALCHE SPUNTO DI RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Cenno alla teoria della prova e spostamento dell'asse gnoseologico nell'accertamento processuale dei fatti. – 3. Ostacoli normativi all'accertamento della verità giudiziaria. – 3.1. Limiti temporali. – 3.2. Effetto preclusivo del giudicato. – 3.3. Limiti derivanti dall'oggetto della prova. – 3.4. Divieto di scienza privata. – 3.5. Divieti probatori. – 3.6. Situazioni di incertezza e regole di giudizio. – 4. La "verità" nei riti alternativi al dibattimento e nelle procedure di giustizia riparativa. – 4.1. Giudizio abbreviato. – 4.2. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento nei quali non si accerta la responsabilità penale). – 5. Procedure di giustizia riparativa. – 6. Rilievi conclusivi.

1. *Prologo*

Il termine processo – già dall'etimo – evoca l'idea di un percorso, di un itinerario verso una meta. Nel linguaggio comune è frequente un'affermazione del tipo "il processo tende ad accertare la verità", come se fosse questa la meta di quel percorso. Presa alla lettera, l'affermazione è imprecisa, ma non sbagliata. Il processo giudiziario ha per meta una decisione, mentre non è detto che la meta, o una tappa sulla via per questa meta, sia una verità ufficiale e irrefutabile. Si può arrivare alla decisione anche in assenza di verità condivise o in presenza di divieti che ostacolano l'accertamento dei fatti e persino in situazioni di imbarazzante incertezza che affliggono il giudicante.

Sia come sia, la verità giudiziaria è tema tanto affascinante quanto sfuggente. La sua trattazione non può prescindere dalle regole che – in un ordinamento dato e storicamente definito – il giudice deve seguire per accertare i fatti del processo. Nel processo penale, in particolare, si ha l'impressione che l'accertamento della verità si ponga con un'assolutezza ignota ad altri contesti giurisdizionali (processo civile, processo amministrativo, processo tributario). È facile riscontrare nella manualistica di qualche decennio fa affermazioni che celebrano la "verità mate-

riale” come principio cardine dell’accertamento penale<sup>1</sup>. In qualche ordinamento, tale principio è tuttora esplicitamente riconosciuto sul piano normativo<sup>2</sup>.

Il concetto di “verità materiale” come entità fisica e concreta, esistente al di fuori del processo e tale da poter essere afferrata o, si può dire, ghermita con l’arsenale probatorio in dotazione alla polizia e alla magistratura penale, trova terreno fertile nei sistemi di tipo inquisitorio<sup>3</sup>, dove i poteri di accertamento nell’interesse pubblico prevalgono sui privati diritti di difesa: esiste una sola verità e a stabilirla provvede chi può avvalersi, in via esclusiva, di strumenti investigativi. Ma le stesse procedure di tipo inquisitorio sono ben lontane dal poter assicurare che la verità ricostruita nel processo corrisponda effettivamente alla realtà delle cose che si vuol ricostruire al fine di stabilire se l’imputato sia o meno colpevole. Fatti relegati nel passato, come sono le asserite condotte penalmente illecite, restano inconoscibili nei loro molteplici dettagli oggettivi e soggettivi. Possono essere ricostruiti e “resi presenti” (rappresentati) al giudicante, attraverso quei mezzi di conoscenza chiamati “prove”: termine, quest’ultimo, che esige di essere chiarito nel particolare significato che assume nel diritto giudiziario.

La procedura inquisitoria – si diceva – è quella che si alimenta del concetto di “verità materiale” per giustificarsi sul piano etico-politico. Ma un’esigenza etico-politica sta anche alla base del modello accusatorio (o *adversary*), incline ad attenuare la pervicace ricerca della “verità materiale”, col permettere che i diritti individuali condizionino la ricostruzione processuale dei fatti, sicché non esiste una verità fuori del processo, ma, piuttosto, ogni processo orchestrato secondo le regole del contraddittorio è idoneo a produrre una propria verità. I modelli *adversary* suppongono accettata l’idea di molteplici versioni del vero. È infatti assunto ben argomentato – in dottrina – quello che afferma la divaricazione fra modello accusatorio e ricerca della verità<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Nel diffusissimo manuale di GIOVANNI LEONE si leggeva, ad esempio, che “nel processo penale vige il principio dell’*accertamento della verità materiale*, contrassegnato anche come principio del libero convincimento del giudice” (corsivo dell’autore): cfr. *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1978, 10<sup>a</sup> edizione, 47.

<sup>2</sup> È il caso della *Strafprozessordnung* tedesca che assegna al giudice il compito di accertare la verità, estendendo l’istruzione probatoria ai fatti e alle prove rilevanti per la decisione (§ 244 comma 2); sicché la dottrina – anche quella che si esprime in termini critici sulla disposizione appena menzionata – deve partire dalla premessa che il processo penale tedesco punta alla ricerca della verità materiale: cfr. J. METZ, *Wahrheit im Strafverfahren*, In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2021, 447 ss.

<sup>3</sup> Come ammette, ad esempio, TH. WEIGEND, *Truth in Criminal Law and Procedure: The Erosion of a Fundamental Value*, in *Juridica International*, 28/2019, 28 ss., consultabile al seguente link: [https://www.juridicainternational.eu/article\\_full.php?uri=2019\\_28\\_28\\_truth-in-criminal-law-and-procedure-the-erosion-of-a-fundamental-value](https://www.juridicainternational.eu/article_full.php?uri=2019_28_28_truth-in-criminal-law-and-procedure-the-erosion-of-a-fundamental-value) (ultima consultazione, maggio 2025).

<sup>4</sup> In tal senso si veda M. TARUFFO: «Il processo *adversary* è strutturalmente inidoneo, ed anzi è fortemente controindicato, per la ricerca della verità e si fonda su una ideologia della giustizia nel-

Quanto appena detto esce confermato dall'evoluzione del diritto processuale penale in Italia e dalle coeve elaborazioni giurisprudenziali<sup>5</sup> nonché dottrinali. Per rendersene conto è sufficiente prestare attenzione al passaggio dalla codificazione processuale del 1930 alla riforma del 1988.

Il codice del 1930 (di ispirazione inquisitoria) celebrava la ricerca della verità nell'art. 299 comma 1°: «*Il giudice istruttore ha obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione appaiono necessari per l'accertamento della verità*». La riprova che il processo penale sfociasse nell'accertamento ufficiale della verità la si aveva in numerose disposizioni di quel codice; principalmente in quelle che assegnavano al giudicato penale un valore incontrovertibile, tale da imporsi anche in altri ambiti processuali: nel giudizio civile risarcitorio (artt. 25 e 27 c.p.p. 1930), oltre che nei giudizi civili non risarcitori o nei giudizi amministrativi (art. 28 c.p.p. 1930). La dottrina dell'epoca – pur in assenza di disposizioni specifiche al riguardo – giungeva alla conclusione che persino il giudice penale fosse vincolato dalla decisione “pregiudiziale” di altro giudice penale, posto che l'art. 18 c.p.p. 1930 imponeva la sospensione del processo pregiudicato (ad esempio, riguardante una ricettazione) in attesa che si concludesse il giudizio sul furto della cosa che si assumeva ricettata<sup>6</sup>. Vigea, all'epoca, una mitica “unità della giurisdizione”, ancorata all'accertamento penale come quello che meglio di altri contesti giurisdizionali assicurava la ricerca della “verità effettiva o ufficiale”. L'idea di una “verità” assoluta e incontestabile rifletteva al contempo una visione autoritaria dell'accertamento penale.

la quale alla verità non si attribuisce alcun valore positivo» (*La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 111). Nello stesso senso, M DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 146. Chi sostiene che il contraddittorio fra le parti (assicurato nel processo *adversary*) è il miglior mezzo per lasciar affiorare la verità, dimentica – come sostiene Damaška – che il fuoco incrociato nell'esame dei testimoni, in un contesto di scontro qual è l'agone processuale, produce più calore che luce (*Ibidem*, 147). La ragione che induce a preferire il modello *adversary* (rispetto all'inquisitorio) risiede non tanto in una miglior approssimazione alla verità, bensì nel primato che si vuol assegnare ai diritti inviolabili della persona (e, in particolare, al diritto di difesa) rispetto al perseguimento del pubblico interesse alla repressione del reato. Si ravvisa pertanto una certa superficialità nella affermazione corrente secondo la quale “il contraddittorio è il miglior modo per assicurare la ricerca della verità”: sarà “migliore” come scelta etico-politica, non certo come scelta logica.

<sup>5</sup> Si allude, in particolare, alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, si adoperò per affermare il primato dei diritti individuali dell'imputato sulla ricerca della verità.

<sup>6</sup> Tale era la conclusione cui perveniva, ad esempio, G. FOSCHINI (*La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1946) proprio sul presupposto (non esplicitato dalla norma processuale) che l'accertamento definitivo sul furto obbligasse il giudice della ricettazione a rispettare la conclusione del giudizio “pregiudiziale” sul furto. Opinione poi ribadita dallo stesso autore nel *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, Milano 1965, 78 ss.

Le cose cambiano con la citata riforma processuale del 1988. Si veda quanto stabilisce esplicitamente l'art. 2 comma 2 del codice riformato: «la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Come dire che ogni processo penale produce una propria verità, non esportabile in altri contesti procedurali che pur avessero ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti. Il discorso vale anche per gli effetti del giudicato penale in sede civile risarcitoria. Gli artt. 651 e 652 del codice oggi vigente ammettono infatti che la decisione del giudice dibattimentale divenuta definitiva abbia effetti vincolanti solo a condizione che il responsabile civile o il danneggiato abbiano avuto la possibilità di partecipare (nel processo *a quo*) alla formazione del giudicato che sarebbe loro sfavorevole<sup>7</sup>. E qualcosa di simile vale per l'effetto del giudicato penale in sede amministrativa (anche disciplinare) o in giudizi civili diversi da quelli risarcitori (artt. 653 e 654).

Le tecniche procedurali testé riferite possono essere condensate in una conclusione chiara e semplice: ogni processo penale orientato in senso *adversary* produce una propria verità; quella verità che le parti, nel loro dialettico rapportarsi, e il giudice, nell'assolvimento dei propri compiti, statuiscano. Una verità particolare, valida per la decisione cui quel processo approda e priva di effetti vincolanti per altri giudici (civili, amministrativi, penali). Se ne ricava, come già accennato in apertura, che la verità non è propriamente il fine del processo: è, semmai, un mezzo (o, se si preferisce, una tappa) sulla via che porta alla decisione circa l'alternativa colpevole/innocente, siglata nella conseguente decisione di condanna o proscioglimento, che del processo penale rappresentano il fine ultimo.

Il carattere relativo della verità giudiziaria risulta poi dai limiti all'accertamento del fatto che la legge penale e processuale impongono. Benché la magistratura penale nei suoi compiti di accertare i fatti possa contare su poteri coercitivi sconosciuti alle altre magistrature (civile o amministrativa), esistono soglie non superabili persino per reprimere delitti di massima gravità; esistono inoltre limiti temporali per chiudere l'accertamento; esistono, infine, limiti di ordine conosciti-

<sup>7</sup> La scelta legislativa maturata con la riforma processuale del 1988 era stata in realtà preceduta da alcune importanti sentenze della Corte costituzionale che avevano dichiarato illegittimi gli artt. 25 e 28 c.p.p. 1930, in quanto imponevano al giudice civile o amministrativo di subire passivamente gli effetti di un giudicato penale vertente su fatti accertati dal giudice penale, anche se nei confronti di soggetti che alla formazione di quel giudicato non avevano potuto contribuire. Si era ravvisata nelle norme dichiarate illegittime un contrasto con il diritto di difesa assicurato dall'art. 24 comma 2 cost. Si vedano la sent. 27 giugno 1973, n. 99 per l'art. 28 e la sent. 20 giugno 1975, n. 165 per l'art. 25.

L'orientamento della Corte costituzionale era già stato anticipato in dottrina dalla illuminante monografia di G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963.

vo, giacché non sempre la “ricerca della verità” approda a esiti soddisfacenti (di sufficiente certezza) per il giudicante<sup>8</sup>.

E non è tutto. Finora si è ragionato dando per scontato che il processo penale approdi al dibattimento, congegnato come la fase nella quale la verità dovrebbe essere accertata nella sua completezza, con il contributo delle parti, di fronte a un giudice imparziale. Sappiamo però che gli ordinamenti processuali penali contemporanei (e l’italiano non fa davvero eccezione) offrono agli imputati la possibilità di chiudere in anticipo la partita, attraverso procedure consensuali (giudizio abbreviato, patteggiamento, sospensione del processo con messa alla prova, decreto penale di condanna, per citare i principali) definite sulla scorta di accertamenti incompleti del fatto. Converrà quindi chiedersi quale idea di “verità” ispiri codeste singolari procedure<sup>9</sup>.

Espressioni impegnative quali “verità” o “ricerca della verità” non sono beninteso interdette. Le si può usare e le si userà anche nel presente contributo, consapevoli tuttavia della relatività che la accennata evoluzione normativa e la conseguente riflessione dottrinale hanno da tempo svelato.

L’abbondante letteratura su questo tema consiglia di limitare all’essenziale le citazioni bibliografiche e giurisprudenziali. Quel tanto che basta a richiamare l’attenzione del lettore su alcuni punti considerati di particolare attualità.

Prima però di affrontare le due rilevanti tematiche appena accennate, sarà utile spendere qualche parola sul delicato problema dottrinale riguardante la posizione del giudicante rispetto alla formazione della prova, vale a dire, rispetto al “veicolo” tramite il quale la “realtà” entra nel processo. La digressione si impone soprattutto in considerazione del fatto che – come si vedrà nel paragrafo seguente – le nuove tecnologie della comunicazione e del trattamento dei dati personali stanno alterando (pur senza sconvolgerla) la tradizione teoria della prova giudiziaria.

## *2. Cenno alla teoria della prova e spostamento dell’asse gnoseologico nell’accertamento processuale dei fatti*

L’importante digressione tocca il classico tema della prova giudiziaria, con particolare riguardo alla classificazione dei mezzi conoscitivi necessari per sciogliere l’alternativa innocente/colpevole. Stando a una dottrina risalente, tuttora salda nella sua premessa, il giudice ha essenzialmente due modi per conoscere i fatti sui quali decidere: o, trattandosi di fatti transeunti, ne acquisisce conoscenza

<sup>8</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>9</sup> *Infra*, par. 4.

“mediata” da chi li ha visti e vissuti (testimoni, parti processuali) per poi narrarli in giudizio o descriverli in documenti; oppure, trattandosi di fatti che hanno lasciato una traccia sensibile nel presente (corpi del reato, segni ed effetti provocati dalla condotta criminosa), li conosce direttamente, avvalendosi, se necessario, della collaborazione di un esperto per coglierne il significato. Le conoscenze del primo tipo compongono la specie delle prove “storiche” o “rappresentative”. Quelle del secondo tipo, la specie delle prove “critiche”.

Proposta inizialmente da Francesco Carnelutti<sup>10</sup>, la distinzione ha il pregio di evidenziare il diverso rapporto del giudice con le fonti di conoscenza che gli aprono l'accertamento del fatto. Le prove “storiche” impongono una verifica circa l'attendibilità del “*medium*” conoscitivo (soggetto dichiarante o documento a contenuto dichiarativo): va testata la *fides* nella narrazione (orale o documentale). Le prove “critiche” (di natura essenzialmente indiziaria) impegnano direttamente il raziocinio del giudice e – come appena detto – dell'eventuale esperto che lo assiste: va qui verificato il percorso logico seguito nel valutare quanto direttamente percepito, se necessario con l'aiuto di uno sguardo specialistico. La diversa struttura delle fonti di prova condiziona anche le scelte legislative in tema di diritto probatorio.

Sulla prova testimoniale, archetipo della prova storica a contenuto dichiarativo, si è costruita la dottrina dell'oralità e del contraddittorio che mirava a superare lo stile scritto del modello inquisitorio<sup>11</sup>. Il rilievo carneluttiano che anche il testimone, nel narrare i fatti sui quali è esaminato, “giudica”, contribuì a chiarire che il giudice, nel valutare la testimonianza, altro non fa che “giudicare il giudizio” di un terzo intorno a una propria esperienza<sup>12</sup>. Diventa perciò di primaria importanza sorvegliare (e regolare normativamente) quel “giudizio” del testimone sul quale si deve poi innestare la valutazione giudiziale. L'enfasi sui valori dell'oralità e del contraddittorio si alimenta proprio dall'idea che il “giudizio” del testimone è necessariamente influenzato da chi esamina il dichiarante. Affermare il contraddittorio nella formazione della prova, significa mettere la parte proces-

<sup>10</sup> *La prova civile*, (prima edizione 1914) seguita da una versione ampliata nel 1947, Edizioni dell'ateneo, Roma, 70 ss., con ampi riferimenti alla dottrina tedesca di fine Ottocento. Lo stesso CARNELUTTI preciserà meglio il suo pensiero al riguardo in *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 128 ss.

La distinzione viene poi assimilata da FRANCO CORDERO in un saggio di notevole importanza per la processualistica italiana, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove*, Milano, 1963, 3 ss.

<sup>11</sup> Vale la pena ricordare anche qui l'opera di F. CORDERO, a partire da *Scrittura e oralità*, in *Tre studi*, cit., 175 ss.

<sup>12</sup> «La narrazione, invero, è un tessuto di giudizi. Per quanto questa sia una verità manifesta, per molto tempo, anche dai teorici, è stata disconosciuta; serpeggia ancora negli ambienti pratici la superstizione che il testimone debba narrare dei fatti, non pronunciare dei giudizi»: *Diritto e processo*, cit., 130. Rilievo fatto proprio da F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, cit., 6.

suale (anche privata) nella condizione di partecipare alla costruzione di quel “giudizio” che poi il giudice dovrà valutare.

Vero è che pure l'esame del perito ha natura dichiarativa e anche per questo tipo di prova (prevalentemente innestato sulla prova critica) si pone un problema di tutela del contraddittorio. Bisogna tuttavia riconoscere che il compito dell'esperto trova un duplice limite: da un lato, egli è chiamato a pronunciarsi sul valore di elementi oggettivi (tracce del reato) sottratti alle sue determinazioni; dall'altro, nell'espletare il proprio incarico, egli è vincolato a quelle massime d'esperienza specialistiche inaccessibili al giudice. Anche i “giudizi” dell'esperto (perito, consulente) sono ovviamente soggetti a errori (nella valutazione delle tracce o in un cattivo uso delle massime d'esperienze specialistiche): errori solitamente riscontrabili attraverso i “giudizi” di altri esperti che al giudice appaiono più convincenti. Gli errori dei testimoni possono invece dipendere da lacune mnemoniche o da travisamenti nella percezione dei fatti sui quali debbono riferire: e si tratta di errori che il contraddittorio fra le parti e l'intelligenza del giudice possono smascherare facendo leva su comuni massime d'esperienza<sup>13</sup>.

C'è poi una differenza, relevantissima per il nostro tema, fra la valutazione giudiziale delle dichiarazioni testimoniali e quelle del perito. Entrambe – beninteso – vanno intese e apprezzate con prudenza, dando conto in motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192 c.p.p.), ma le dichiarazioni degli esperti sono valutate dal giudice con diverso grado di affidabilità, secondo che esse provengano dal perito nominato dal giudice o dal consulente nominato dalle parti.

Stando al consolidato orientamento della nostra Corte di cassazione le conclusioni dei periti ufficiali sono, in linea generale, più affidabili di quelle dei consulenti di parte. In caso di contrasto d'opinione fra i primi e i secondi, si ritiene infatti sufficiente che il giudice dimostri in motivazione di aver criticamente valutato le conclusioni del perito, senza bisogno di dar conto analiticamente di quelle del consulente<sup>14</sup>. Per contro, quando intende discostarsi dalle conclusioni del perito d'ufficio, il giudice di merito è tenuto ad un più penetrante onere motivazionale, illustrando accuratamente le ragioni della scelta operata, in rapporto alle prospettazioni che ha ritenuto di disattendere, attraverso un percorso logico congruo, che evidenzi la correttezza metodologica del suo approccio al sapere tecnico-scientifico, a partire dalla preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni scientifiche disponibili ai fini della spiegazione del fatto<sup>15</sup>. La ragione di questo distinto trattamento degli esperti risiede nella lo-

<sup>13</sup> Sulla distinzione fra perito e testimone sono ancora interessanti e meritevoli d'essere meditate le articolate considerazioni di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 61-122.

<sup>14</sup> Così Cass. Sez. 1, 18 febbraio 2009, Rv. 243791.

<sup>15</sup> Così, testualmente, Cass. 5, 9 marzo 2016, Rv. 267566.

ro diversa posizione processuale: solo i periti – non i consulenti – prestano la loro opera assumendo l’impegno di “obbiattività” espresso nella formula recitata al conferimento dell’incarico<sup>16</sup>. In breve, ai fini del convincimento giudiziale, i resoconti dei periti hanno maggior pregio di quelli esibiti dai consulenti di parte. Non è lo stesso per i testimoni, le cui dichiarazioni vanno valutate sempre con la stessa prudenza, quale che sia il soggetto (difensore, pubblico ministero, giudice) che ne ha proposto od ordinato l’esame.

Questa lunga digressione serve a chiarire un punto importante ai fini del nostro discorso, se solo si pensa al crescente peso che vanno assumendo gli accertamenti specialistici nel processo. Non tanto per effetto della frequenza con la quale nei nostri processi penali siamo abituati a veder usata la “prova scientifica”<sup>17</sup>, ma piuttosto per lo spazio che perizia (e consulenza tecnica) stanno progressivamente sottraendo alla prova testimoniale.

Accade spesso, infatti, che per accertare responsabilità penali si faccia oggi leva su informazioni archiviate in *data-base* (pubblici o privati) facilmente accessibili all’autorità giudiziaria. Fino ad alcuni anni fa, quelle informazioni erano acquisibili solo attraverso le persone (testimoni, imputati, coimputati) in grado di riferirle per aver percepito i fatti oggetto di prova. Gli esempi sono molteplici: si pensi alle informazioni ricavabili dai *social media*; dai tabulati telefonici; dai pagamenti elettronici; dalle immagini videoregistrate in luoghi pubblici; dalle conversazioni registrate ad opera dei *call center*; dall’uso di piattaforme *web*; da dispositivi elettronici indossabili (*smartwatch*, *fitness tracker* e *smartglass*), dall’acquisizione di documenti informatici tramite l’uso di *trojan horses*, etc. Una rete di informazioni avvolge il mondo reale e mette a disposizione della polizia e della magistratura penale dati utili per localizzare persone indiziate, controllare abitudini di vita o rapporti interpersonali attraverso le tracce lasciate sui *social* e, in qualche caso, persino attraverso la videoregistrazione integrale o parziale della condotta criminosa. Da tempo viviamo immersi in un mondo virtuale (infosfera<sup>18</sup>) che duplica il mondo reale, aspirando a registrarne e comporne in misura crescente un patrimonio informativo fatto di relazioni fra persone, fra persone e cose, fra persone ed eventi: un archivio onnicomprensivo che – come detto – riduce

<sup>16</sup> “... consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo nello svolgimento dell’incarico, mi impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere la verità e a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali” (art. 226 c.p.p.).

<sup>17</sup> Concetto, peraltro, che rinvia sempre a una prova di natura peritale e, come tale, privo di reale autonomia giuridica. Su questo punto sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *Contro il concetto di prova scientifica*, in *Giust. pen.* 2025, III, 121 ss.

<sup>18</sup> Cfr. L. FLORIDI, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, in particolare 123 ss.

progressivamente il bisogno della “intermediazione testimoniale”, capace anche per questa di realizzare il sogno (o l’incubo) del moderno inquisitore.

Nel quadro attuale delle disponibilità probatorie, la testimonianza continua a mantenere un proprio spazio, ma viene marginalizzata e magari ridotta a strumento sussidiario della prova informatica, come quando il teste viene sentito per confermare o meno l’autenticità del documento archiviato nel *data base*. La realtà virtuale sta occupando lo spazio della realtà “analogica”.

Bisogna ammettere che, in conseguenza del fenomeno testé accennato, l’asse gnoseologico del processo è andato rapidamente spostandosi dalla classica prova testimoniale al documento elettronico, con inevitabili ripercussioni sul modo di accertare la verità giudiziaria. Il dato informatico entra nel processo come prova documentale (art. 234 e art. 234-*bis*) e, qualora risultassero dubbi sulla sua autenticità o integrità, andrebbe esaminato con le modalità della perizia<sup>19</sup>. Il contraddittorio sarebbe certo garantito dalla facoltà, per le parti, di nominare propri consulenti, ma si è visto che – in caso di disaccordo fra gli esperti – il resoconto del perito nominato dal giudice avrebbe buone probabilità di imporsi sul diverso parere dei consulenti.

In altre parole, l’accennato spostamento gnoseologico porta con sé, sul piano probatorio, un affievolimento del contraddittorio, la cui potenzialità si esprime al meglio nell’esame di testimoni, le cui dichiarazioni – giova ripeterlo – sono valutate secondo criteri uniformi, quale che sia il soggetto che ne ha chiesto od ordinato l’audizione. Se ne ricava che, in un giudizio prevalentemente fondato su documenti informatici, la verità è il frutto dell’attività istruttoria del giudice, più che dell’iniziativa delle parti. Di questo occorre tener conto nell’affrontare il nostro tema.

### 3. Ostacoli normativi all’accertamento della verità giudiziaria

La ricerca della verità giudiziaria deve fare i conti con molteplici limiti che la legge penale e processuale stabilisce. Si fa spesso il paragone fra giudice e storico proprio per evidenziare le peculiarità dell’accertamento giudiziario. Come già scriveva Piero Calamandrei<sup>20</sup>, entrambi sono impegnati nella ricostruzione di fatti consegnati al passato, grazie all’uso di analoghe fonti cognitive (documenti e testimonianze), secondo metodi che assicurano un approssimarsi alla verità. È risaputo, tuttavia, che il percorso del giudice (anche penale) incontra limiti e ostacoli ignoti allo storico. Di codesti limiti conviene dar conto qui di seguito, con la brevità e la concisione che il presente saggio consiglia.

<sup>19</sup> A sproposito viene al riguardo evocata la figura della prova atipica (art. 189).

<sup>20</sup> *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 105.

### 3.1. Limiti temporali

Un primo ordine di limiti è dato dal trascorrere del tempo. Per la maggior parte dei reati esiste un termine (decorrente dalla consumazione o dall'ultimo atto del tentativo) entro il quale l'accertamento si deve concludere<sup>21</sup>. Raggiunto quel termine, ogni attività processuale va interrotta, salvo che l'interessato rinunci alla prescrizione<sup>22</sup>. Esistono reati imprescrittibili (quelli punibili con l'ergastolo)<sup>23</sup>, ma questo non significa che il processo possa proseguire *sine die*. Anche per i reati più gravi, l'accertamento si chiude quando muore l'imputato, non essendo ammessi processi in effigie. È chiaro che nelle situazioni appena esemplificate, la chiusura del processo penale impedisce qualsiasi passo verso la "verità". Non così – detto per inciso – andrebbero le cose nel processo civile, per il diverso congegno normativo che regola la prescrizione nei rapporti fra privati: la morte del debitore non impedirebbe, infatti, la prosecuzione dell'accertamento in capo agli eredi, sicché il processo potrebbe durare ben oltre la vita terrena di coloro che ne hanno vissuto le prime udienze<sup>24</sup>.

### 3.2. Effetto preclusivo del giudicato

Altro ostacolo a un completo accertamento della verità può venire dal giudicato penale. La regola del *ne bis in idem* impedisce che la persona assolta o condannata per un reato sia sottoposta di nuovo a un procedimento penale per il medesimo fatto<sup>25</sup>. Questo accade – quanto meno in Italia – anche se all'assoluzione dovessero sopraggiungere prove schiaccianti a carico dell'assolto e perfino se questi confessasse la propria colpevolezza<sup>26</sup>. Nel nostro ordinamento, una riapertura del caso è ammessa solo in favore dell'imputato, attraverso l'impugnazione straordinaria della revisione<sup>27</sup>: questa ragionevole eccezione al *ne bis in idem* e la connessa urgenza di accertare la verità sono qui funzionali al solo scopo di rimediare al possibile errore giudiziario.

<sup>21</sup> Art. 157 c.p.

<sup>22</sup> Art. 157 comma 7 c.p.

<sup>23</sup> Art. 157 comma 8 c.p.

<sup>24</sup> Viene alla mente il romanzo *Casa desolata*, nel quale Charles Dickens (memore di esperienze fatte in veste di praticante avvocato), racconta la storia di una causa ereditaria di durata spropositata, che ha rovinato la vita di molte generazioni, arricchendo in compenso le tasche dei patrocinatori.

<sup>25</sup> Art. 649 c.p.p.

<sup>26</sup> Va detto che esistono ordinamenti nei quali l'esigenza di accertare la verità prevale sulla garanzia del *ne bis in idem*. È il caso della legge processuale tedesca, che ammette revisioni *in pejus* della sentenza di assoluzione: cfr. § 362 *Strafprozessordnung*.

<sup>27</sup> Nei casi stabiliti dall'art. 630 e 630-bis c.p.p.

### 3.3. Limiti derivanti dall'oggetto della prova

L'accertamento della verità deve mantenersi entro i limiti segnati dalle questioni che – in base alla normativa penale sostanziale – servono al giudice per prendere la propria decisione. Rilevano solo i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza e all'eventuale responsabilità civile da reato<sup>28</sup>. In altre parole, nel suo sforzo di accertare il vero, il giudice è vincolato alla domanda (imputazione) posta dal pubblico ministero; farebbe un cattivo uso dei suoi poteri se si occupasse di fatti non rilevanti ai fini della concreta decisione che lo attende. Non si vuol dire con questo che vadano accertati solo i fatti direttamente riconducibili alla fattispecie incriminatrice evocata dall'accusa. L'espressione "... che si riferiscono all'imputazione" include anche fatti per così dire secondari (appartenenti alla categoria degli indizi), penalmente neutri e tuttavia utili per avvicinarsi alla verità, in quanto logicamente collegati con i fatti dal cui accertamento dipendono affermazione di responsabilità, quantificazione della pena o della misura di sicurezza. Resta tuttavia il rilievo che la fattispecie incriminatrice evocata dal pubblico ministero nell'atto di accusa opera una secca cesura fra fatti pertinenti all'oggetto di prova e fatti non pertinenti che il giudice è tenuto a considerare come manifestamente superflui, anche se le parti li considerassero rilevanti per sostenere le proprie tesi (art. 190 comma 1 c.p.p.).

### 3.4. Divieto di scienza privata

*Quod non est in actis non est in mundo*: il noto brocardo esprime un postulato tradizionale dell'accertamento giudiziario. Il giudice (non solo penale) deve formarsi il proprio convincimento attingendo solo agli atti presenti nel fascicolo che si è andato formando nel corso del processo. È pertanto bandita la "scienza privata", al punto che il giudice dovrebbe fingere di non conoscere fatti dei quali è stato testimone. Ciò segna una differenza ragguardevole con la posizione dello storico, al quale è invece consentito trarre spunto da esperienze personali per arrivare alle proprie verità.

La legge processuale considera incompatibile la funzione di giudice con quella di testimone<sup>29</sup>. E si tratta di incompatibilità motivata dalla necessità di salvaguardare l'imparzialità del giudicante, facendo al contempo salva la possibilità che sulle fonti cognitive del giudice si eserciti il controllo del contraddittorio. È evidente, infatti, che se, per la formazione del proprio convincimento, il giudice po-

<sup>28</sup> Art. 187 c.p.p.

<sup>29</sup> Si veda, ad es., l'art. 197 lett. d) c.p.p.

tesse avvalersi di fatti conosciuti personalmente, l'imputato che lo volesse contestare sarebbe costretto a trattarlo come parte avversa, facendone venir meno il ruolo di soggetto imparziale<sup>30</sup>.

### 3.5. *Divieti probatori*

In un saggio – come il presente – dedicato alla ricerca della verità giudiziaria non può mancare un cenno ai divieti probatori. L'evoluzione normativa in questo delicato settore del diritto probatorio ha visto svilupparsi divieti, per così dire, funzionali all'accertamento della verità e altri invece che, in nome di interessi diversi, tendono a ostacolare tale accertamento.

Sono funzionali alla verità i divieti che mirano a prevenire errori cognitivi. Vediamone qualche esempio tratto dal nostro codice di procedura penale: l'art. 189 ammette l'assunzione di prove non disciplinate dalla legge (cosiddette "prove atipiche") a condizione però che risultino «idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti»; sarebbero pertanto inammissibili come prove le audizioni di medium o indovini, almeno fino a quando la scienza ufficiale non ne attestasse l'idoneità a produrre risultati veritieri. Altro esempio lo ritroviamo nell'art. 195 comma 7, che vieta radicalmente testimonianze indirette, quando sia ignoto il teste diretto: l'assoluta impossibilità di verificare quanto dichiara il teste indiretto, rende il suo contributo del tutto inaffidabile e pericoloso per l'accertamento dei fatti; preferibile, pertanto, farne a meno<sup>31</sup>. Un divieto del tipo qui indicato affiora poi nella normativa sulla perizia genetica, a proposito della metodologia da seguire nell'analisi di reperti e campioni biologici ai fini della tipizzazione dei profili da inserire nella banca dati nazionale DNA. Si prevede che dette analisi siano eseguite sulla base dei parametri elaborati dalla Rete europea degli istituti di scienze forensi (*European Network of Forensic Science Institutes*) e che i profili possano essere inseriti in banca dati solo se tipizzati in laboratori certificati a norma

<sup>30</sup> Che la "scienza privata" vada bandita dal novero delle fonti di convincimento giudiziale è assunto pacifico nella letteratura processualistica. Lo ha chiarito con straordinaria efficacia F. STEIN con il suo fondamentale *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893. Esistono – secondo STEIN – solo due eccezioni al divieto di scienza privata: i "fatti notori" e le "massime d'esperienza" (*Erfahrungssätze*), vale a dire, elementi conoscitivi che – per loro natura – sono tendenzialmente sottratti al contraddittorio. I *notoria, non egent probatione*. Quanto alle massime d'esperienza, si tratta di criteri per valutare (o validare) dati probatori e diventano a loro volta oggetti di prova – con la perizia – solo se la loro conoscenza è accessibile a un numero limitato di specialisti. Benché sia trascorso più di un secolo, le conclusioni cui pervenne STEIN appartengono tuttora al patrimonio concettuale delle dottrine processualistiche.

<sup>31</sup> La testimonianza indiretta può invece essere utilizzata quando sia nota l'identità del teste diretto, alle condizioni poste dal combinato disposto dei commi 1-3 dell'art. 195 c.p.p.

ISO/IEC<sup>32</sup>. La perentorietà del comando normativo è tale da lasciar supporre un implicito divieto probatorio in caso di inosservanza<sup>33</sup>. Anch'esso un divieto funzionale all'accertamento della verità.

Esistono però – come già anticipato – divieti probatori volti a tutelare interessi (pubblici o privati) che contrastano con l'interesse all'accertamento di reati. Divieti imposti anche a costo di ostacolare la ricerca del vero.

Consideriamo innanzitutto i divieti intesi alla tutela di diritti individuali, particolarmente curati negli ordinamenti demo-costituzionali. Gli esempi sono molteplici. Merita di essere ricordato al riguardo l'art. 188 c.p.p. che vieta l'uso di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione delle persone», persino quando constasse il loro consenso: assolutamente proibiti, pertanto, sieri o macchine della verità, dal momento che invaderebbero la sfera intima della persona, considerata intangibile e inviolabile (art. 2 Cost.). Lo stesso vale per il diritto al silenzio, dal quale scaturisce il divieto di cavare dall'imputato o indagato, con la forza o con l'astuzia, dichiarazioni autoincriminanti (artt. 63 e 64 c.p.p.). Ostacoli all'accertamento della verità, possono poi derivare dalle disposizioni che permettono ai parenti di astenersi dall'obbligo testimoniale (nei limiti previsti dall'art. 199 c.p.p.) e da quelle che proteggono varie specie di segreto professionale (art. 200 c.p.p.). Né vanno dimenticati i limiti e le condizioni posti all'autorità giudiziaria nell'uso di strumenti investigativi che comprimono diritti inviolabili della persona, come le intercettazioni di comunicazioni (art. 266 ss. c.p.p.), i prelievi coattivi finalizzati ad accertamenti genetici (art. 224-*bis*, art. 359-*bis* c.p.p. e art. 9 l. n. 85 del 2009), gli agenti sotto copertura (art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146). La tutela dei diritti inviolabili della persona la vediamo operare principalmente nel processo penale, per la ragione facilmente comprensibile che qui lo Stato impone all'individuo (ancora presunto innocente) sacrifici che non si giustificerebbero in altri ambiti giurisdizionali. Ma pure nel processo penale la compressione dei diritti individuali va calibrata in ragione della gravità dei reati da perseguire, secondo un prudente uso del criterio di proporzionalità<sup>34</sup>. Questo spiega, fra l'altro, perché talune tecniche investigative (come le intercettazioni, i prelievi coattivi di campioni biologici, l'uso di agenti sotto copertura) siano vietate per l'accertamento dei reati meno gravi, la cui "verità" diventa pertanto più diffici-

<sup>32</sup> Art. 11 l. 30 giugno 2009, n. 85.

<sup>33</sup> Non risultando precedenti giurisprudenziali su questo punto non è possibile dire se e in che misura siano rispettate le condizioni poste dalla normativa sulla tipizzazione dei reperti genetici. Ciò non inficia peraltro quanto asserito nel testo.

<sup>34</sup> Sull'uso del criterio di proporzionalità con riguardo alla tutela dei diritti inviolabili sia consentito rinviare al precedente studio R. ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi "naturali" e concezioni normative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2024, in particolare 482 ss.

le da raggiungere. Segno che la “verità” viene perseguita con strumenti diversi e diversamente incisivi in ragione del tipo e della gravità del reato da reprimere.

L’ostacolo all’accertamento di responsabilità penali può derivare, infine, dalla presenza di segreti opponibili all’autorità giudiziaria in quanto volti a tutelare interessi pubblici considerati superiori al dovere di punire. È il caso del segreto di polizia e del segreto di stato.

Grazie al primo (art. 203 c.p.p.), la polizia può rifiutarsi di svelare l’identità di confidenti in grado di fornire elementi, anche utilissimi per l’accertamento della verità, allo scopo di proteggere una fonte informativa che potrebbe venir buona per impostare future indagini: eventualità assai frequente nei procedimenti per traffico di stupefacenti.

Il secondo (art. 202 c.p.p. e art. 66 disp. att. c.p.p.) punta a mantener riservate le modalità operative dei servizi di sicurezza (interna ed esterna), istituiti per tutelare l’integrità dello Stato democratico. In Italia, si è fatto un uso spesso discutibile di questa specie di segreto. La lista dei casi (concentrati particolarmente nel periodo politicamente turbolento degli anni ’70) è piuttosto lunga e sconcertante. Se non altro per evitare che se ne perda memoria, vale la pena citare qualche esempio di uso del segreto di Stato che ha di fatto ostacolato l’accertamento di gravi reati<sup>35</sup>.

Nel processo seguito alla strage di Piazza Fontana<sup>36</sup> le indagini furono ostacolate dall’opposizione del segreto di Stato e si caratterizzarono per la scarsa collaborazione dei servizi di sicurezza con la magistratura penale e per l’atteggiamento ostruzionistico dei primi rispetto all’accertamento di responsabilità penali.

La vicenda giudiziaria volta ad accertare un colpo di Stato tentato nel dicembre 1970, non riuscito per desistenza volontaria degli organizzatori, fu ostacolata in maniera non dissimile da quanto accaduto per la strage di Piazza Fontana<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Occorre tener conto del fatto che, fino al 1977, il controllo politico su quello che all’epoca era chiamato “segreto politico-militare” apparteneva, in sostanza, al ministro della giustizia (art. 342 comma 2 e art. 352 comma 3 c.p.p. 1930) e l’attività dei servizi di sicurezza era sottratta al controllo parlamentare. La legge 24 ottobre 1977, n. 801 (varata a seguito di polemiche seguite a un asserito abuso del segreto politico in un procedimento penale avviato nel 1975) introduce il nuovo sintagma “segreto di Stato”, individuando nel presidente del consiglio dei ministri il titolare del potere di segretazione e introducendo un controllo interparlamentare (COPASIR) sulla concreta gestione dei servizi di sicurezza. La materia è stata poi riveduta dalla l. 3 agosto 2007, n. 124.

<sup>36</sup> Bomba esplosa il 16 dicembre 1969 alla banca nazionale dell’agricoltura a Milano: 17 morti e decine di feriti.

<sup>37</sup> Se ne può vedere una ricostruzione nella *Relazione della Commissione Parlamentare d’inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi*, XII legislatura, doc. 64, vol. I, tomo 2, pp. 157-171. Documento consultabile al seguente link: [https://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/doc/xxiii/064v01t02\\_RS/INTERO\\_COM.pdf](https://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/doc/xxiii/064v01t02_RS/INTERO_COM.pdf).

Gli accertamenti riguardanti la strage di Brescia del 28 maggio 1974<sup>38</sup> subirono ostacoli per il ruolo ambiguo giocato dai servizi di sicurezza. Informazioni incomplete e depistaggi impedirono di far luce sugli autori e sui mandanti.

Anche le indagini seguite al processo riguardante l'attentato al treno *Italicus*<sup>39</sup> soffrirono ostacoli per l'opposizione del segreto di Stato. Il clamore suscitato da questo ennesimo tentativo di proteggere l'attività dei servizi di sicurezza fu tale da indurre il Parlamento a rivedere la normativa sul segreto di Stato (grazie alla già segnalata l. 24 ottobre 1977, n. 801), in maniera da sottrarre la gestione di quest'ultimo alla discrezione pressoché incontrollata del governo.

Una menzione merita poi il procedimento penale relativo al cosiddetto "Golpe bianco"<sup>40</sup>, organizzato da Edgardo Sogno nella prima metà degli anni '70, nel quale spicca una deliberata attività ostruzionistica dei servizi di sicurezza volta a coprire un progetto eversivo<sup>41</sup>.

La riforma del segreto di Stato ha attenuato, ma non impedito, usi controversi di codesto divieto probatorio che abbiamo visto operare nella lunga vicenda giudiziaria seguita alla strage di Ustica<sup>42</sup>; nei vari processi seguiti alla strage presso la stazione di Bologna<sup>43</sup>; e, più recentemente, nel processo a carico di agenti dei servizi di *intelligence* americani e dei servizi di sicurezza italiani responsabili del rapimento di un cittadino egiziano sospettato di contiguità con il terrorismo islamico<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Una bomba collocata in piazza della Loggia durante una manifestazione sindacale provocò 9 morti e numerosi feriti.

<sup>39</sup> Il 4 agosto 1974, una bomba sul treno nel tratto Firenze-Bologna, all'altezza di S. Benedetto Val di Sambro provocò 12 morti e numerosi feriti.

<sup>40</sup> Fu detto "bianco" perché destinato a svolgersi in maniera incruenta, senza uso di armi o di forza fisica.

<sup>41</sup> Si veda quanto riferisce al riguardo la citata Relazione della *Commissione d'inchiesta sul terrorismo* in particolare alle 205-208.

<sup>42</sup> 27 giugno 1980: un aereo della compagnia di volo privata Itavia, si inabissa al largo dell'isola di Ustica, probabilmente a causa di un missile lanciato da nave straniera per colpire altro velivolo straniero: 81 morti. Protrattesi per vari decenni, le indagini furono sistematicamente ostacolate dall'opposizione del segreto di Stato.

<sup>43</sup> 2 agosto 1980: una bomba collocata nella sala d'aspetto della stazione: 85 morti. I numerosi processi che si sono celebrati hanno portato all'individuazione di vari responsabili, ma sono stati moltissimi gli ostacoli frapposti al lavoro della magistratura penale. Anche qui opposizioni del segreto di Stato e molteplici tentativi di depistaggio anche da parte dei servizi di sicurezza allora operanti.

<sup>44</sup> Il 17 febbraio 2003. Abu Omar, cittadino egiziano, *imam* di Milano, viene rapito ad opera di servizi di sicurezza americani (CIA) coadiuvati dai servizi italiani. Il rapito viene trasferito in Egitto dove sarà incarcerato e torturato per circa un anno. I processi a carico degli agenti americani e italiani subirono molteplici interruzioni a seguito del segreto di Stato sistematicamente opposto da diversi presidenti del consiglio (dal 2006 al 2011). Ne nacquero conflitti di attribuzione (fra Presidente del consiglio e magistratura milanese) che la Corte costituzionale risolse sempre in favore del governo, affermando la legittimità del segreto di Stato opposto (sent. n. 106 del 2009 e sent. n. 24 del 2014). Va detto che il caso Abu Omar fu oggetto anche di un ricorso alla Corte europea dei di-

L'abuso che – nella storia giudiziaria italiana – se ne è fatto, ha consigliato di introdurre nel codice di rito del 1988 una saggia regola che impedisce di opporre il segreto di Stato, quando si tratta di accertare reati tesi a minare l'ordinamento democratico o condotte illecite imputabili ad appartenenti ai servizi che abbiano operato senza esserne espressamente autorizzati. Benché non se ne sia fatta ancora applicazione, la regola è del tutto ragionevole. Posto che i servizi di sicurezza hanno per scopo la difesa dello Stato democratico, sarebbe assurdo che la ragion di Stato (sottesa alla pratica del segreto) potesse spingersi fino al punto da coprire condotte eversive (come accaduto nell'esperienza italiana della quale si è appena fatto cenno).

### 3.6. Situazioni di incertezza e regole di giudizio

Si è fin qui sommariamente dato conto di situazioni nelle quali l'accertamento della verità è frustrato dalla presenza di ostacoli normativi (limiti temporali, preclusioni, divieti) che il giudice di merito incontra sul suo percorso. Vi sono però situazioni in cui la verità risulta irraggiungibile anche in assenza del benché minimo ostacolo normativo. Si sa che lo sforzo del giudice di raggiungere la verità per statuire sulla domanda del pubblico ministero è talvolta destinato al fallimento. Non potendosi sottrarre alla decisione (divieto di *non liquet*), egli deve sentenziare anche in caso di dubbio, facendosi guidare da apposite regole di giudizio predisposte dal legislatore. Tali regole servono a contenere e orientare la discrezionalità del giudice non nell'atto di valutare le singole prove (attività già guidata dalle regole espresse nell'art. 192), bensì nel momento successivo alla acquisizione delle prove stesse, quando si tratta di attribuire al compendio probatorio già formato un significato di "verità" o di dubbio funzionale al provvedimento da adottare. Una verità impossibile da raggiungere è rimpiazzata da una verità fittizia, imposta *ex lege*. Conviene soffermarsi brevemente su questa singolare *fictio iuris*.

A uno sguardo anche solo superficiale l'attenzione è colpita da tre figure: la regola *in dubio pro reo*, che dà rilievo normativo a situazioni di incertezza e insufficienza probatorie (art. 530 comma 2, art. 529 comma 2 e art. 529 comma 2); la regola "al di là di ogni ragionevole dubbio" (art. 533 comma 1) e la regola – di più recente conio – della "ragionevole previsione di condanna", che somministra al giudice un criterio per superare l'eventuale incertezza riguardante provvedimenti da adottare nella fase preliminare del procedimento (art. 408 comma 1, art. 425 comma 3 e art. 554-ter comma 1).

ritti dell'uomo, la quale, con sentenza del 23 febbraio 2016 (Nasr e Ghali c. Italia) ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, censurando fra l'altro l'ostacolo frapposto dall'opposizione del segreto di Stato all'accertamento delle responsabilità penali degli autori del rapimento. La vicenda Abu Omar indusse il legislatore italiano a rivedere la normativa sui servizi di sicurezza e sul segreto di Stato (l. 3 agosto 2007, n. 124).

Un opportuno sforzo di semplificazione consiglia di ridurre l'accennata triade a una diade. A ben vedere, l'*in dubio pro reo* non tanto esprime una regola di giudizio (nel senso stretto che qui si vuol dare al sintagma), quanto piuttosto esplicita la condizione, imposta all'accusa, di provare la colpevolezza per esigere la condanna. Oggi siamo abituati a vedere in codesto principio un corollario della presunzione di innocenza, ma, a ben vedere, l'*in dubio pro reo* era in voga anche in ordinamenti processuali del recente passato che apertamente disconoscevano il valore oggi consacrato nell'art. 27 comma 2 cost.<sup>45</sup>. Concettualmente l'*in dubio pro reo* rivela un parallelismo o, se si preferisce, una specularità, con il criterio dell'onere probatorio cui si ispira il processo civile. La differenza sta in questo: che nel processo civile la prova dev'essere fornita dall'attore (salvi i casi di inversione dell'*onus probandi*). Nel processo penale, invece, quell'onere spetta sistematicamente all'accusa in ragione della naturale relazione asimmetrica fra pubblico ministero e imputato.

In ambito processuale penale operano simultaneamente il canone dell'*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2) e la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1). Pur codificata in tempi recenti nella nostra legge processuale<sup>46</sup>, la regola *BARD* (*Beyond Any Reasonable Doubt*) era in realtà desumibile dal sistema (come corollario della presunzione d'innocenza) anche prima della formale codificazione<sup>47</sup>.

La sua applicazione nel dibattimento suppone innanzitutto e in via preliminare, che il giudice faccia ogni sforzo per superare eventuali sentimenti di incertezza: dall'invito alle parti di "indicare temi di prova nuovi o più ampi utili alla completezza dell'esame" (art. 506 comma 1), all'iniziativa di completare con proprie domande l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, coimputati (art. 506 comma 2), all'iniziativa diretta nell'assumere nuove prove, quando queste appaiano "assolutamente necessarie", vale a dire, utili per accertare la verità, sciogliendo il dubbio sulla *quaestio facti* (art. 507). Se, nonostante questi sforzi, l'incertezza perdura, il giudice dovrà affidarsi alla regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

<sup>45</sup> L'art. 479 comma 3 c.p.p. 1930 (anche nella sua versione originaria) imponeva l'assoluzione per insufficienza di prove quando risultavano "insufficienti le prove per condannare". La norma non discendeva dalla presunzione d'innocenza (apertamente avversata dalla cultura giuridica fascista): era, più modestamente, il frutto di una scelta di opportunità politica (storicamente risalente) che – persino in quel clima politico-costituzionale – preferiva l'assoluzione del colpevole alla condanna di un possibile innocente. MANZINI V., (1931), 184, accettava a malincuore "l'ambiguo brocardo" *in dubio pro reo*, giustificato solo perché «politicamente e moralmente conveniente».

<sup>46</sup> Art. 5 l. n. 46 del 2006.

<sup>47</sup> Così, fra altre, Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, Dasgupta, CED Rv. 267492, dove si ricorda che già la nota sentenza sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, CED Rv. 222139 menzionava esplicitamente quella regola supponendola già presente nel sistema penale, ancorché non espressamente prevista.

Anche in dottrina si ritiene che la citata riforma del 2006 si sia limitata a esplicitare una regola già presente nel sistema: in tal senso, P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 731.

La regola non sarebbe efficace se non fosse sindacabile. La sentenza dibattimentale è impugnabile e, pertanto, soggetta al possibile sindacato di un giudice superiore. Quand'anche non fosse appellabile, sarebbe sempre suscettibile di controllo in sede di legittimità anche sul punto concernente l'uso che il giudice di merito ha fatto della regola di giudizio. Registriamo infatti una cospicua quantità di massime che si sforzano di chiarire ai giudici di merito come applicarla per non incorrere in una censura in sede di impugnazione. Meritano di essere qui ricordate, in particolare, le decisioni che annullano sentenze di merito per aver accolto con troppa disinvoltura le prospettazioni dell'accusa o della difesa, escludendo "ricostruzioni alternative" che rientrano "nell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana". Oltre a violare il canone *BARD*, l'eventuale trascuratezza di credibili ricostruzioni alternative, comporterebbe l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per vizio di motivazione.

Segue la stessa linea l'orientamento giurisprudenziale che ricava dalla regola *BARD* il dovere del giudice di merito di acquisire (se del caso, d'ufficio) un mezzo di prova necessario a superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*. A ben vedere, un simile orientamento – se valorizzato dal punto di vista della difesa – amplia il diritto alla prova dell'imputato, includendo fra i motivi di annullamento della sentenza di merito anche la mancata assunzione di una semplice prova decisiva (non necessariamente di una prova contraria nel senso dell'art. 606 comma 1 lett. d). A questa conclusione è pervenuta una recente sentenza della Suprema corte<sup>48</sup>, della quale vale la pena riportare per intero il principio di diritto espresso: «La sentenza di condanna che si fondi su un risultato probatorio incerto ... deve dare adeguata spiegazione delle ragioni per le quali, a fronte della richiesta dell'imputato di perizia, gli esiti delle analisi al reo sfavorevoli vengano ritenuti esaustivi e incontrovertibili giacché la regola di giudizio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» impone al giudice l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria». Si consideri che, nei motivi di ricorso, la difesa aveva lamentato la mancata assunzione della prova da parte del giudice di appello a norma dell'art. 603 comma 3. Di qui la conclusione che – facendo leva sulla regola *BARD* – si può pretendere l'annullamento (con rinvio) di una sentenza, anche oltre il più limitato motivo indicato nel citato art. 606 comma 1 lett. d). In breve, questo ampliamento del motivo di ricorso per cassazione a semplici violazioni del diritto alla prova – per come argomentato in giurisprudenza – è un effetto riflesso della regola di giudizio *BARD* che guida l'attività decisoria del giudice dibattimentale. Detto altrimenti, il giudice penale (nel caso appena esemplificato, il giudice di appello) non deve lasciar nulla di intentato nell'opera di ricerca della

<sup>48</sup> Cass. sez. 3, 13 aprile 2023, CED Rv. 284364.

verità. Il mancato attivarsi in tale direzione comporterebbe l'annullamento della sentenza censurabile per quella mancata ricerca.

#### 4. *La "verità" nei riti alternativi al dibattimento e nelle procedure di giustizia riparativa*

Il tema della verità è stato fin qui affrontato supponendo che il processo si svolga secondo le regole che disciplinano il giudizio ordinario, quello destinato a sfociare nel dibattimento dove la prova va formata oralmente, nel contraddittorio fra le parti, davanti al giudice incaricato della decisione. È noto però che esistono altre modalità per definire il processo con una decisione di merito: si tratta dei riti cosiddetti "alternativi" al dibattimento e, precisamente, del giudizio abbreviato, del patteggiamento, del decreto penale di condanna e della sospensione del processo con messa alla prova. Hanno in comune la caratteristica di risolvere il merito della questione (alternativa assoluzione/condanna) sulla base di prove scritte, non formate nel contraddittorio fra le parti, con rimarchevoli limitazioni al diritto di difesa e al diritto alla prova. È pertanto lecito chiedersi sulla base di quale "verità" essi siano definiti.

Su un piano diverso rispetto ai riti alternativi al dibattimento si pongono le procedure di giustizia riparativa. Queste non puntano alla condanna o all'assoluzione dell'imputato. Sono, per così dire, coestensive al procedimento penale o alla fase esecutiva della pena, benché siano congegnate in maniera che il loro buon esito possa sortire effetti favorevoli sia per l'imputato sia per il condannato<sup>49</sup>. Benché non vi si discuta di colpevolezza o innocenza, gli incontri di giustizia riparativa sono occasioni per fissare, concordare, condividere "verità" utili alla ricomposizione autore/vittima. Converrà pertanto farvi qualche cenno a parte, anche per evidenziare quanto sia diversa codesta verità, rispetto a quella cui punta il processo penale.

##### 4.1. *Giudizio abbreviato*

Quale verità è in grado di produrre quella modalità di definizione del processo chiamata giudizio abbreviato? Anche qui la risposta la possiamo cercare interrogandoci sui criteri che il giudice deve seguire nei casi di incertezza. Il codice di rito è esplicito nell'estendere a codesto rito semplificato la regola di giudizio prevista per la decisione che chiude il giudizio ordinario (art. 442 comma 1). La sola differenza, meritevole di essere sottolineata, riguarda la diversa "qualità" del materiale conoscitivo sul quale si forma il convincimento del giudice: non prove filtrate dal contraddittorio dibattimentale, bensì atti investigativi formati unilate-

<sup>49</sup> Artt. 42-69 d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

ralmente da polizia e pubblico ministero o difensore nel corso delle indagini o acquisiti nella fase preliminare, per iniziativa istruttoria del giudice procedente (es. art. 422). La legge processuale consente che anche su questo grezzo materiale conoscitivo si formi un convincimento “al di là di ogni ragionevole dubbio”. C'è da chiedersi come possa concretizzarsi un convincimento di tal qualità, quando il materiale conoscitivo a disposizione è scadente e inaffidabile, secondo i criteri della migliore epistemologia giudiziaria. La circostanza che la legge processuale – grazie all'accennato art. 442 (artt. 529-531) – abbia semplicemente esteso le regole di giudizio imposte al giudice dibattimentale ha finora dissuaso la dottrina dal prendere posizione critica sul punto.

La questione è affiorata, sia pur in via per così dire laterale e indiretta, quando la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il problema del giudizio di appello contro sentenze assolutorie emesse a seguito di giudizio abbreviato. Si arrivò a sostenere che il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio imponeva un recupero del contraddittorio nella formazione della prova in fase di appello, quale condizione per ribaltare l'assoluzione in condanna. E questo a prescindere dal rilievo che – con la richiesta di giudizio abbreviato – l'imputato rinuncia al contraddittorio (assicuratogli dall'art. 111 comma 4 cost.). La necessità di una “motivazione rafforzata” esige “percorsi epistemologicamente corretti”, per ripetere l'espressione usata dalle sezioni unite in una significativa sentenza del 2017<sup>50</sup>.

Tale posizione<sup>51</sup> intendeva affermare – nell'ordinamento processuale italiano – l'abbondante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di limiti al potere del giudice di appello di condannare l'imputato assolto in primo grado<sup>52</sup>. Ne seguì – ancora nel 2017 – la riforma legislativa che impose la rinnovazione del dibattimento in appello, quando il pubblico ministero avesse impugnato sentenze assolutorie per motivi attinenti alla valutazione di prove dichiarative<sup>53</sup>: regola da applicare anche nei giudizi di appello contro le sentenze di giudizio abbreviato. In questa circostanza, pertanto, la regola *BARD* esige che le prove dichiarative fossero assunte nel contraddittorio fra le parti, anche per ribal-

<sup>50</sup> Si veda Cass. sez. unite, 14 aprile 2017, CED 269785 dove si legge: «L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Decisione successivamente avallata da Corte cost. nr. 124 del 2019.

<sup>51</sup> Autorevolmente fatto proprio da Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, CED 267486.

<sup>52</sup> Si vedano, in particolare, Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, Găitănaru c. Romania, del 26 giugno 2012, Lazu c. Repubblica di Moldavia, del 5 luglio 2016.

<sup>53</sup> Art. 603 comma 3-*bis*, novellato da art. 1 comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103.

tare la sentenza assolutoria, emessa in primo grado allo stato degli atti o con integrazioni probatorie non necessariamente rispettose del contraddittorio.

Questa tormentata vicenda normativa ha poi avuto un epilogo sorprendente, propiziato ancora dalla giurisprudenza di Strasburgo, quando una sentenza riguardante proprio l'Italia ha affermato che l'art. 6 CEDU non esige un recupero dei principi di immediatezza e oralità in appello, visto che l'imputato ha consapevolmente e liberamente rinunciato al contraddittorio, al momento di chiedere il giudizio abbreviato<sup>54</sup>. Di qui l'ulteriore ripensamento legislativo che limita la possibilità di rinnovare l'istruttoria in appello, quando il pubblico ministero abbia impugnato la sentenza assolutoria, contestando una prova dichiarativa solo se assunta all'esito di integrazione probatoria intercorsa nel giudizio abbreviato<sup>55</sup>. La nuova prova dichiarativa andrebbe comunque formata con le modalità previste per il giudizio dibattimentale, vale a dire nel contraddittorio fra le parti. Il giudice di appello potrebbe invece condannare sulla base di prove disponibili nel fascicolo processuale, vale a dire senza bisogno di rinnovare il dibattimento, se in prima istanza non ci fosse stata integrazione probatoria<sup>56</sup>.

Pertanto, nel giudizio abbreviato di primo grado vale la regola *BARD*, ma la si applica, in linea generale, a un materiale conoscitivo considerato di minor qualità e, si direbbe, di minor affidabilità rispetto a quello formato in un dibattimento ordinario. Il rispetto dell'oralità e del contraddittorio è assicurato solo in via eccezionale, nei ricordati casi di "integrazione probatoria" secondo la previsione del citato art. 603 comma 3-*bis*. Negli altri casi, l'assoluzione in primo grado può convertirsi in condanna da parte del giudice d'appello sulla base o di una semplice lettura di atti presenti nel fascicolo, o di una rinnovazione dibattimentale disposta d'ufficio (*ex art. 603 comma 3*), destinata a svolgersi secondo le regole dettate per il giudizio abbreviato (oralità senza contraddittorio)<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Corte EDU 1<sup>a</sup> sez. Di Martino e Molinari c. Italia, del 25 marzo 2021.

<sup>55</sup> Questa la (francamente un po' cervellotica) soluzione imposta oggi dall'art. 603 comma 3-*bis*, novellato dall'art. art. 34, comma 1, lett. *i*), n. 1), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

<sup>56</sup> Traendo spunto dalla sent. Corte EDU Di Martino e Molinari c. Italia perviene a questa conclusione la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. *Cass. sez. 2*, 12 marzo 2024, CED 286100.

<sup>57</sup> Può considerarsi ancora attuale – al riguardo – l'orientamento della Corte di cassazione (SU 29 gennaio 1996, CED 203427) che, in caso di appello sulla sentenza di giudizio abbreviato, riconosce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'acquisizione di prove (art. 603 comma 3) secondo le modalità previste per il rito speciale: «Nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito ... disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603, comma 3 c.p.p.; in tale fase, peraltro, non può configurarsi alcun potere di iniziativa delle parti in ordine all'assunzione delle prove in quanto, prestando il consenso all'adozione del rito abbreviato, esse hanno definitivamente rinunciato al diritto alla prova».

Torniamo alla domanda di partenza: quale tipo di certezza è in grado di produrre un materiale conoscitivo “grezzo”, non raffinato dal contraddittorio e, per ciò stesso, da considerare con estrema prudenza, se non con sospetto? Da ingredienti scadenti difficilmente esce un buon prodotto.

Se davvero ci si distanzia dall’ideale epistemologico (normativamente fissato dalla norma-cardine contenuta nell’art. 526), il giudice tenuto a risolvere l’alternativa assoluzione/condanna sulla scorta di “mezze-prove” dovrebbe – a rigor di logica – essere incline più al dubbio che alla certezza, persino quando gli elementi a carico fossero all’apparenza prevalenti su quelli a favore dell’imputato. L’uso corretto della discrezionalità decisoria dovrebbe – in altre parole – indurre il giudice del giudizio abbreviato ad assolvere (per insuperabile incertezza sul fatto) in misura maggior di quanto accada nel giudizio ordinario. Questo suggerirebbe la logica. Da un punto di vista concettuale, parrebbe verificarsi un corto circuito fra “qualità della prova” e regola dell’al di là di ogni dubbio ragionevole, quando è la stessa modalità di assunzione della prova a instillare il dubbio sulla sua idoneità a supportare giudizi di responsabilità penale.

Si sa, invece, che la richiesta dell’imputato di accedere al rito speciale ha l’effetto “magico” di trasformare le “mezze prove” in “prove piene”, sicché la finzione giuridica fa sparire la differenza sostanziale fra i compendi probatori (qualitativamente assai diversi) che risultano dai due contesti procedurali qui evocati. Una contraddizione immanente al nostro sistema processuale, pacificamente accettata in dottrina e giurisprudenza e che – come si è detto poco sopra – trova parziale eccezione solo quando la sentenza di giudizio abbreviato rischia di essere ribaltata in condanna da parte del giudice di appello (art. 603, comma 3-*bis*).

#### 4.2. *Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento nei quali non si accerta la responsabilità penale)*

Considerazioni a parte vanno fatte per la sentenza di patteggiamento e per le decisioni adottate in altri riti alternativi affini (principalmente l’ordinanza che accoglie la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova<sup>58</sup> e il decreto penale di condanna)<sup>59</sup>.

Tutti questi provvedimenti hanno in comune la natura di decisioni condannatorie, emesse senza un vero accertamento di responsabilità penale. Per ciascuno di essi la legge processuale si accontenta che il giudice verifichi sommariamente l’assenza di “cause di non punibilità”, vale a dire di evidenti ragioni che imporrebbero l’assoluzione dell’imputato a norma dell’art. 129 comma 1.

<sup>58</sup> Art. 464-*quater*, comma 1.

<sup>59</sup> Art. 459, comma 3.

Per semplificare l'esposizione del nostro tema, conviene riferirsi alla sola sentenza di patteggiamento, consapevoli che, salvo lievi differenze, quanto si dirà con riguardo a codesta decisione vale – limitatamente al tema che ci interessa – anche per altri due riti alternativi destinati a sfociare in una decisione di condanna senza previo accertamento di responsabilità: il decreto penale di condanna (art. 459 c.p.p.) e l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-*quater* c.p.p.).

Con la richiesta di patteggiamento, l'imputato esonera il pubblico ministero dal dover provare l'accusa e il giudice dal dover motivare *in facto* la condanna. È sentenza inappellabile e pure il ricorso per cassazione va limitato ai motivi tassativamente indicati nell'art. 448 comma 2-*bis*: da segnalare – per quanto direttamente ci riguarda – l'impossibilità di impugnare la sentenza per vizio di motivazione<sup>60</sup>, conseguente a eventuali errori nell'uso di regole di giudizio da parte del giudice di merito. Ciò rende difficoltoso ricostruire il quadro giurisprudenziale su un tema che – in linea generale – è sottratto all'elaborazione del giudice di legittimità.

Un aiuto può venire dalle decisioni che si sono occupate dei limiti entro i quali è ammessa la revisione delle sentenze di patteggiamento per il sopraggiungere di nuove prove (art. 630 lett. c ).

In linea generale, la revisione delle sentenze di condanna è ammessa a condizione che gli elementi forniti dall'impugnante siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato va prosciolto a norma degli artt. 529, 530 o 531» (art. 631). Parrebbe, quindi, che, pure per le sentenze in questione, il sopraggiungere di una nuova prova apra la prospettiva dell'*in dubio pro reo* e della regola *BARD*, benché l'imputato, patteggiando, abbia sostanzialmente accettato la ricostruzione fattuale prospettata nell'atto di accusa. In realtà, non è questa la soluzione che la giurisprudenza ha escogitato.

Un orientamento ormai consolidato nega che la revisione della sentenza di patteggiamento vada accolta quando si prospetti la possibilità di una assoluzione anche con formula dubitativa<sup>61</sup>. Norma di riferimento – ai fini di un buon esito dell'impugnazione straordinaria – resta l'art. 129. In altre parole, il processo è destinato a riaprirsi nella stessa situazione in cui si trovava l'imputato al momento di chiedere la pena concordata. In caso di dubbio, la revisione non sarebbe ammessa, perché non troverebbe applicazione l'art. 530 comma 2, né l'art. 533 comma 1.

<sup>60</sup> Il discorso non vale per l'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, soggetta a ricorso per cassazione da entrambe le parti (art. 464-*quater* comma 7). Che ciò possa avvenire per tutti i motivi indicati nell'art. 606, incluso quindi il vizio di motivazione, è stato chiarito dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la sentenza del 6 aprile 2023, CED 284273.

<sup>61</sup> Valga per tutte Cass. sez. 5, 30 marzo 2021, CED 280759, alla cui motivazione si rinvia per i numerosi precedenti tutti conformi.

Questa conclusione è avversata da una parte della dottrina, incline a ravvisare nella sentenza di patteggiamento un vero accertamento di responsabilità penale, con conseguente applicazione del canone *BARD*. Si sottolinea, in particolare, che nella procedura patteggiata «la “sommarietà” della verifica di colpevolezza può essere tollerata solo in quanto si accompagni a un esito provvisorio dell’attività cognitiva che già soddisfi, in sé e per sé considerato, il parametro valutativo fissato dall’art. 533»<sup>62</sup>.

Tale opinione si sforza di riportare ad unità i criteri di accertamento del fatto nel procedimento penale, per giustificare la decisione di condanna, anche a fronte dei principi costituzionali posti a tutela dell’imputato (principalmente, la presunzione di innocenza). Essa si scontra tuttavia con la disciplina processuale dei riti alternativi al dibattimento (in particolare quelli considerati in questo paragrafo) che autorizzano il giudice a emettere una decisione condannatoria sulla base di un semplice e sommario accertamento negativo della insussistenza di cause di non punibilità. Le già segnalate circostanze che caratterizzano codeste procedure “negoziate” (assenza di una motivazione *in facto*, inoppugnabilità dei vizi di motivazione) rendono il giudice di merito libero di determinarsi come meglio crede e, certamente, non gli impongono di applicare le regole *BARD*.

In definitiva, né la sentenza di patteggiamento, né gli altri provvedimenti di tipo condannatorio che subordinano l’accertamento del fatto al presupposto di una mera delibazione di inapplicabilità dell’art. 129 comma 1, implicano l’applicazione della regola di giudizio al di là di ogni dubbio ragionevole, né comportano la soggezione alla più vaga formula dell’*in dubio pro reo*<sup>63</sup>.

Se si volesse fare dei riti negoziali altrettanti spazi processuali da assoggettare a una sola regola di giudizio, sarebbe necessario modificarne la struttura, evitando di surrogare con un atto di volontà (dell’imputato, condiviso dal pubblico ministero) l’incompleto accertamento del fatto<sup>64</sup>. Val la pena notare che nel contesto

<sup>62</sup> Così F. CAPRIOLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 78 ss. Opinione non condivisa da P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 739 s.

<sup>63</sup> Nella richiesta di patteggiamento così come nella mancata opposizione al decreto penale di condanna è insita una parziale rinuncia alla presunzione di innocenza (e alla regola di giudizio che ne costituisce il corollario). Nella richiesta di sospensione del processo con messa alla prova la rinuncia alla presunzione di innocenza è totale: viene messo fra parentesi il suo valore sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento. In questo senso (con riguardo alla procedura di patteggiamento) anche P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 739, il quale giustamente insiste sulla natura anticognitiva del rito speciale in questione.

<sup>64</sup> Come accade in altri ordinamenti processuali che conoscono istituti affini ai nostri riti negoziali. Per chiarire il punto affrontato nel testo risulta istruttiva la lettura della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca ha affermato che la speciale procedura delle *Absprachen* deve assicurare l’accertamento della verità secondo le stesse regole imposte per l’ordinaria sentenza dibattimentale di merito. Si tratta della decisione emessa dalla 2ª sezione del *Bundesverfassungsgericht*, il 19 marzo 2013, consultabile (anche in lingua inglese) al seguente *link*: [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). Va

qui considerato non sussiste la contraddizione in precedenza denunciata a proposito del giudizio abbreviato. Nel patteggiamento (e altri riti speciali destinati a culminare in sentenze condannatorie senza accertamento positivo della responsabilità) la delibazione giudiziale del materiale investigativo non avviene alla luce dell'*in dubio pro reo*: vale la regola contraria, in *dubio contra reum*, giacché solo l'eventuale prova positiva dell'innocenza o la totale assenza di prove di colpevolezza imporrebbero al giudice di assolvere l'imputato a norma dell'art. 129. Diversamente, nel giudizio abbreviato si pretende di applicare la regola *BARD* a un materiale probatorio che, pur non formato nel contraddittorio fra le parti, è considerato idoneo ad alimentare il convincimento giudiziale.

### 5. Procedure di giustizia riparativa

Rilievi interessanti affiorano poi riflettendo sull'oggetto della procedura riparativa. Siamo certamente in presenza di un fatto che si suppone penalmente rilevante e che costituisce (o può costituire) il tema di un parallelo accertamento giudiziario o di una successiva esecuzione di condanna. Tuttavia, mentre nel procedimento penale quel fatto vale per il *nomen iuris* che lo contrassegna, nella procedura riparativa vale per le corde emotive che ha mosso e muove nella vittima, nell'asserito autore, nel condannato e negli altri soggetti partecipanti al tentativo di mediazione. Di più: in tale procedura non hanno alcuna importanza le qualificazioni giuridiche, né le drastiche amputazioni che, ad esempio, fanno scendere nel limbo dell'irrilevanza richieste di prova considerate distanti dai fatti descritti

detto che la speciale procedura detta delle *Absprachen* (o *Verständigungen*) regolata nel § 257c della *Strafprozessordnung*, ricorda solo alla lontana il nostro patteggiamento; ne differisce per le seguenti caratteristiche: implica sempre una confessione del richiedente; la trattativa deve coinvolgere anche il giudice e va esposta in un pubblico dibattito; la richiesta dell'imputato non comporta diminuenti processuali, ma solo una comunicazione, da parte del giudice, del massimo di pena irrogabile (in maniera da ridurre la forbice edittale astrattamente prevista dalla legge penale, mettendo così l'imputato in condizione di "fare i suoi calcoli"); il giudice è tenuto ad acquisire d'ufficio le prove necessarie a superare eventuali incertezze; acquisizione delle prove, loro valutazione e regole di giudizio sono le stesse previste per il giudizio ordinario. Si capisce, quindi, che l'ordinamento processuale penale tedesco, diversamente da quello italiano, non deroga al modello cognitivo con l'istituto delle *Absprachen*, che pur trova giustificazione in ragioni di efficienza processuale. La citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha inteso affermare l'ancoramento al concetto di verità materiale anche delle "trattative sulla pena", con conseguente uniformità delle regole di giudizio a disposizione del giudice.

A sua volta, il *code de procédure pénale* francese regola la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, prevedendo esplicitamente che l'imputato si dichiari responsabile dei fatti attribuitigli (art. 495-7, comma 1 e art. 495-11, comma 1) e imponendo al giudice una previa verifica sulla *réalité des faits* (art. 495-9, comma 2).

nell'imputazione o che attengono alla punibilità dell'imputato (art. 187 c.p.p.). Si può dire, in altre parole, che nella procedura riparativa i fatti non subiscono i confini normativi noti all'accertamento penale. Tutto può essere "rilevante", purché serva a spiegare i moventi della condotta offensiva, la storia personale della vittima e dell'asserito autore, il contesto sociale nel quale l'offesa è maturata, le credenze e i valori ai quali l'uno e l'altro si sentono legati, le idiosincrasie o le fobie che accompagnano le loro vite. Dal "penalmente rilevante" l'accento si sposta sul "contesto esistenziale" nel quale hanno vissuto e vivono i partecipanti al dialogo riparativo.

Dai fatti, nei quali si sono concretate le offese, l'attenzione si sposta sulle persone che hanno sperimentato il conflitto causato da quegli stessi fatti. Val la pena ribadirlo: interessano nella procedura riparativa anche dettagli o circostanze di vita che non avrebbero accesso, perché del tutto marginali se non irrilevanti in un processo penale, sotto il profilo del citato art. 187. I riflettori si accendono su sentimenti personali anche risalenti nel tempo, più che sulle condotte illecite; sulle opinioni anche morali coltivate, sulle scelte di vita di offensore e offeso, più che sugli illeciti. La giustizia penale tradizionale limita lo sguardo al gesto criminoso, tagliando fuori o lasciando cadere (come estranei all'oggetto da accertare) i mille fili che legano il gesto offensivo alla personalità dell'autore: ed è proprio quel groviglio di fili a porsi come il "fatto" della procedura riparativa.

In realtà, parlare di "fatto" rischia di essere qui fuorviante, se l'espressione allude alla qualifica penalistica della condotta. Il "fatto" penalmente rilevante non va accertato, bensì osservato ed elaborato – con l'aiuto dei mediatori – senza interferenze col quadro penalistico: ciò al fine di trarne spunti di incontro e avvicinamento emotivo fra chi l'offesa l'ha causata e chi l'ha subita. Non si tratta di accertare una verità ufficiale, ma piuttosto di partire da assunti fattuali condivisi, alla ricerca di una sintonia pacificante fra autore e vittima.

Del resto, presupposto irrinunciabile della procedura riparativa è l'assunzione di responsabilità dell'offensore. Pur cautelativamente definito "persona indicata come autore dell'offesa", egli non può che mostrarsi consapevole della lesione prodotta di fronte a chi quell'offesa ritiene di aver subito: qualsiasi tentativo riparatorio sarebbe altrimenti infecondo, non foss'altro per la indisponibilità della vittima a trattare con chi ritiene di non aver nulla da rimproverarsi. E, quand'anche le vittime fossero indeterminate (c.d. vittime "aspecifiche"), la procedura riparativa esigerebbe comunque una inclinazione dell'asserito autore a riconoscere l'offesa recata alla comunità come esito di una propria condotta lesiva di interessi che reclamano tutela. Non sarebbe una confessione: non ne avrebbe la forma, né la sostanza giuridica, perché siamo fuori della procedura giudiziaria. Sarebbe, semmai, una assunzione di responsabilità sociale fatta, di fronte a rap-

presentanti della comunità, da chi si mostra consapevole delle sofferenze cagionate ad altri con il proprio agire<sup>65</sup>.

### 6. Rilievi conclusivi

È il momento di riepilogare in un sintetico quadro d'insieme le pur sommarie considerazioni svolte nei paragrafi precedenti. Ciò allo scopo di evidenziare i punti salienti del presente scritto.

Si sono prese le mosse dall'abbandono del concetto di verità materiale nella cultura penalprocessualistica risalente ad alcuni decenni fa. Ne sono espressione evidente da un lato l'art. 2 del c.p.p. vigente, stante il quale il giudicato penale non pretende di imporsi al convincimento di altri giudici penali e, dall'altro, gli artt. 651-654, che formulano la stessa limitazione di efficacia del giudicato penale davanti nei giudizi civili o amministrativi. La scelta legislativa operata con la riforma processuale del 1988 era stata in realtà anticipata dalla dottrina di inizio anni '60 (con la monografia di G. De Luca) sui *Limiti soggettivi della cosa giudicata penale* e, un decennio dopo da una serie di sentenze della Corte costituzionale che, facendo leva sull'art. 24 comma 2 cost., ritenevano illegittimi gli effetti vincolanti del giudicato penale in sede civile o amministrativa: tali effetti possono prodursi solo a condizione che la parte destinata a subirli abbia partecipato (o sia stata messa in condizione di partecipare) alla formazione del giudicato. È vero che il giudice penale ha strumenti incisivi (ignoti al giudice civile, amministrativo, tributario) per accertare la verità. Ma questa considerazione non autorizza a trarre conclusioni tali da predicare l'efficacia *erga omnes* delle sue decisioni, persino quando siano divenute definitive e irrevocabili.

La ricerca della verità si intreccia inevitabilmente con il tema dei mezzi (prove) dei quali il giudice può avvalersi nel suo percorso cognitivo. Al riguardo, appare utile riesumare la vecchia teoria (in realtà mai tramontata e operante, per così dire, sottotraccia) che sta all'origine delle riflessioni contemporanee sulla struttura delle prove. Si allude alla costruzione sistematica elaborata da Francesco Carnelutti all'inizio del secolo scorso (*La prova civile*, 1915, e successivamente affinata in un capitolo di *Diritto e processo*, 1958) ripresa poi da Franco Cordero in una serie di studi tuttora meritevoli di attenta lettura o rilettura (attualizzata). La distinzione proposta da questi autori fra *prova narrativa* (consistente in dichiarazioni proveniente da persone che hanno conosciuto fatti rilevanti per la decisione

<sup>65</sup> Per ulteriori ragguagli sul tema sia consentito il rinvio a R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 87 ss.

penale) e *prova logica o critica* (consistente nelle tracce sensibili lasciate dalla condotta criminosa, il cui apprezzamento spesso esige l'intervento di esperti) trova riscontro anche nelle pratiche giudiziarie contemporanee. La breve esposizione sopra proposta ha messo in evidenza la progressiva perdita di centralità della prova narrativa e la simultanea crescita della prova logica, incoraggiata dalle nuove tecnologie che implicano sempre l'intervento di un esperto per essere valorizzate. Le nuove tecnologie offrono mille e più possibilità di evitare l'esame testimoniale, sostituendovi dati informatici, documenti audiovisivi, esiti di tipizzazione genetica, etc. il cui uso passa necessariamente per il filtro di un esperto. Tale evoluzione sta minacciando il diritto al contraddittorio nella formazione della prova, che ha nella prova narrativa il suo esemplare terreno d'elezione. Vero che il contraddittorio è ammesso pure nella formazione della prova peritale (un esempio ormai frequentissimo di prova logica), ma si sa che la voce del perito (incaricato dal giudice) finisce con l'aver un peso maggiore di quella del consulente scelto dalle parti: ne è conferma la giurisprudenza di legittimità che – in caso di contrasto fra il parere di esperti – esige chiarimenti analitici e approfonditi, quando il giudice di merito osa motivare la preferenza per il parere del consulente, dando torto al perito. Lo squilibrio fra prova narrativa e prova logica o critica invita a riflettere sullo spostamento dell'asse gnoseologico che sta avvenendo nel campo dell'accertamento giudiziario (non solo penale).

Si è poi visto come il percorso che conduce alla verità sia disseminato di ostacoli che il giudice (diversamente dallo storico) deve rispettare: limiti temporali (cause di estinzione del reato), effetti preclusivi del giudicato penale, divieti probatori a tutela di interessi confliggenti con la ricerca della verità (come i segreti pubblici, professionali o privati) sono "impacci normativi" che dimostrano quanto sia ingenuo assegnare agli accertamenti del giudice penale il valore di statuizioni incontestabili: un'esplicita conferma dell'assunto che ogni processo mette capo a una propria verità, conseguita con strumenti conoscitivi limitanti.

Quand'anche l'itinerario giudiziale fosse privo degli ostacoli normativi testé accennati, non è detto che il giudice non incontri difficoltà a formarsi un compiuto convincimento sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato: questo specialmente in un modello processuale *adversary*, dove lo scontro di opinioni fra accusa e difesa spesso contribuisce a provocare incertezze, più che confermare certezze. Si sa che l'impossibilità di accertare positivamente la responsabilità penale gioca a favore dell'imputato per la classica regola in *dubio pro reo*, alla quale – dal 2006 – il legislatore italiano ha accostato la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio per meglio precisare il dovere del giudice di esperire ogni tentativo (legittimo) volto a superare lo stato di incertezza nel quale versa.

Le stesse regole di giudizio sono imposte per il giudizio abbreviato, benché la decisione cui mette capo tale rito speciale sia adottata sulla scorta di materiale cono-

scitivo grezzo, formato unilateralmente nella fase preliminare e non passato per il crogiolo del contraddittorio. La verità è raggiunta per vie approssimative, che permettono al giudice di superare l'incertezza percorrendo scorciatoie giustificate da scelte utilitaristiche dell'imputato interessato a lucrare sconti di pena in cambio di rinunce alle garanzie difensive. È peraltro verosimile che l'accresciuta centralità della prova critica, con le conseguenze cui si è fatto cenno poco fa, induca sempre più gli imputati ad accontentarsi di codesti accertamenti "approssimativi" della verità.

Si è visto inoltre che in qualche caso la decisione di condanna viene adottata sul presupposto esplicito di un assente accertamento della verità. Accade nel patteggiamento, nel decreto penale di condanna e nell'ordinanza che dispone la messa alla prova sospendendo il corso del procedimento penale, dove il giudice si limita a delibare l'evidente assenza di cause di non punibilità, col risultato che in caso di dubbio è tenuto a condannare.

Infine, attenzione merita il tema della verità nelle procedure di giustizia penale riparativa, recentemente regolate dal d. lgs. n. 150 del 2022 (artt. 42-67). Pur traendo spunto da accadimenti che sono (o sono stati) oggetto di accertamento giudiziario, la giustizia riparativa punta a sue proprie "verità". Non interessano i fatti per le loro qualifiche penalistiche, né per la loro pertinenza con l'oggetto di prova (art. 187 c.p.p.), anche perché l'asserito autore del reato che sia disposto ad affrontare la procedura riparativa solitamente ammette le proprie colpe. L'attenzione dei mediatori si concentra piuttosto sulle esperienze di vita dei partecipanti al tentativo di mediazione, sul contesto sociale e comunitario nel quale l'offesa si è prodotta, sulle ferite psicologiche provocate, sulla disponibilità all'ascolto e alla comprensione reciproca. In altre parole, assomiglia a una terapia, più che a un'incursione inquisitoria. O, almeno, così dovrebbe essere. Nella giustizia penale riparativa, la "verità" si costruisce empaticamente, non si cerca.



**Opinioni a confronto**  
*La violenza digitale*



COSTANZA BERNASCONI

I DIVERSI VOLTII DELLA VIOLENZA DIGITALE DI GENERE  
NELLA CORNICE DEGLI OBBLIGHI SOVRANAZIONALI DI TUTELA (\*)

SOMMARIO: 1. La dimensione digitale della violenza. – 2. La violenza digitale come possibile declinazione della violenza di genere. – 3. Le prime forme di sgretolamento delle barriere tra reale e virtuale nell’estrinsecazione della violenza. – 4. La violenza digitale di genere nella cornice delle fonti sovranazionali. – 5. La violenza digitale “attraverso immagini”. – 6. Il *Cyberstalking*. – 7. L’ampio spettro delle c.d. molestie *online*. – 8. L’istigazione alla violenza o all’odio *online* per ragioni di “genere”. – 9. La necessaria sinergia tra diritto penale e strumenti extrapenalii nel contrasto della violenza digitale.

1. *La dimensione digitale della violenza*

La nozione di violenza digitale, o cyberviolenza, abbraccia tutte quelle forme di violenza, con effetti prevalentemente sulla sfera psicologica della vittima, rese possibili dall’utilizzo delle nuove tecnologie<sup>1</sup>. Come è facile intuire, ne sono, dunque, naturale mezzo o ambito di manifestazione segnatamente gli strumenti digitali che consentono lo scambio di messaggi e immagini, oltre che la geolocalizzazione delle persone, nonché le piattaforme *social* e i *forum online*.

Siffatta (un tempo sconosciuta) forma di manifestazione della violenza sta crescendo esponenzialmente, di pari passo al processo di compenetrazione tra mondo reale e mondo virtuale, ed è suscettibile di assumere eterogenee e inedite modalità di estrinsecazione legate alle sempre più innovative dinamiche di impiego delle citate nuove tecnologie.

Un motivo di particolare allarme connesso a siffatta forma di violenza è fondato sulla circostanza che le fenomenologie della condotta possono assumere nel mondo digitale tratti particolarmente odiosi per una molteplicità di ragioni diverse<sup>2</sup>.

(\*) È il testo della relazione, corredata di note, tenuta al Convegno *Mujeres y derecho penal – La tutela della donna nel diritto penale*, organizzato da Unitelma Sapienza, in collaborazione con Universidad de Cantabria, Universidad de Cádiz, Universitat Autònoma de Barcelona, Universidad de Jaèn, Universidade de Santiago de Compostela, Roma, 8 aprile 2025.

<sup>1</sup> *Amplius* E. MAESTRI, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 16, n. 27/2024, 26 ss.

<sup>2</sup> In termini generali, M. TONELLOTTI, *Criminalità e cyberspazio, alcune riflessioni in materia di cybercriminalità*, in *Riv. vitt. crim. sic.*, vol. XVI, 2022, 6 ss.

Innanzitutto, la “relazionalità sovraesposta”<sup>3</sup>, che generalmente caratterizza le dinamiche nel *Web*, può facilitare eventuali pulsioni aggressive verso altri, in un ambiente – quello virtuale – che permette di danneggiare, se non addirittura di distruggere irrimediabilmente, l’immagine di chiunque, semplicemente denigrandola nei *social networks* o “caricando” *online* video o immagini screditanti<sup>4</sup>. La «dimensione “super-panottica” della relazionalità pubblica, che si consuma grazie alle nuove tecnologie interattive»<sup>5</sup>, può infatti creare condizioni particolarmente favorevoli ad un potenziale effetto di gogna mediatica, che costituisce il risvolto negativo della enorme libertà di comunicazione connaturata alle caratteristiche dello spazio digitale.

In secondo luogo, il cyberspazio crea “naturalmente” una situazione di più intensa vulnerabilità<sup>6</sup>, in ragione della particolare architettura di detto spazio, contraddistinto da una maggiore facilità di accesso da parte dell’autore della condotta ai “luoghi” della potenziale vittima e da una significativa difficoltà della stessa di escludere da essi il suo eventuale molestatore. Si possono, dunque, realizzare offese a beni protetti, anche di natura personale, con modalità assolutamente insolite nel mondo *offline*<sup>7</sup>. A questo si aggiunga che le vittime *online* spesso non comprendono l’intimità istantanea offerta da Internet, facilitando esse stesse la condivisione di informazioni personali con sconosciuti<sup>8</sup>. Sicché, più si rimane connessi, più si rischia di divenire bersaglio di aggressioni di varia natura e portata<sup>9</sup>.

In terzo luogo, le condotte nel mondo digitale presentano una intrinseca capacità di amplificare in modo significativo la gravità dell’impatto offensivo sugli interessi tutelati. Il riferimento va in particolare – come è noto – alle ipotesi di

<sup>3</sup> L’espressione è di A. VERZA, *Aggredire attraverso l’immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, in *Ragion pratica*, 2017, 469.

<sup>4</sup> A. VERZA, *Aggredire attraverso l’immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, cit., 469, 470.

<sup>5</sup> A. VERZA, *Aggredire attraverso l’immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, cit., 470.

<sup>6</sup> *Amplius*, M. VENTUROLI, *La tutela “integrata” della vittima di violenza online nello spazio eurounitario*, in *www.sistemapenale.it*, 23 giugno 2025. L’Autore ritiene che nello spazio virtuale la vulnerabilità rappresenti «una condizione *ontologica* di ogni essere umano» (*ivi*, par. 2).

<sup>7</sup> In termini più analitici, parte della dottrina ha individuato peculiari indici di vulnerabilità, noti in letteratura come i “tre punti di vulnerabilità di Internet”: anonimato, convenienza e accessibilità. Più recentemente, «sono state suggerite altre vulnerabilità, come l’approssimazione al mondo reale, una maggiore accettabilità *online* di attività inaccettabili nel mondo reale, l’ambiguità tra morale e crimine e una distanziamento tra il sé reale e il sé *online*». Così, E. MAESTRI, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, cit., 33 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>8</sup> E. MAESTRI, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, cit., 54.

<sup>9</sup> Sull’argomento, *amplius*, F. MIRÓ LLINARES, *La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 luglio 2011.

pubblicazione di contenuti pregiudizievole, i quali, una volta divulgati attraverso i mezzi messi a disposizione dalle nuove tecnologie, divengono fruibili da parte di un pubblico potenzialmente illimitato, con conseguente incremento esponenziale dell'effetto negativo che da essi deriva. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione agiscono, infatti, "come moltiplicatori di forze", rendendo possibile un impatto su un numero rilevante di vittime con minimo sforzo da parte del soggetto agente<sup>10</sup>. Senza trascurare che i contenuti offensivi possono addirittura sfuggire al controllo dello stesso autore della condotta iniziale. Una sorta di "febbre da condivisione" connota, infatti, l'attuale società, sempre più incentrata su modalità di relazioni anonime e impersonali, meccanicamente filtrate da strumenti tecnologici digitali<sup>11</sup>, che spesso finiscono per diventare vere e proprie "armi di distruzione della personalità"<sup>12</sup>. Sicché, nella maggior parte dei casi non è possibile prevedere quanto sarà capillare la diffusione delle immagini, posto che la "virilità" spesso imbocca percorsi casuali e difficilmente pronosticabili<sup>13</sup>.

A questi elementi si aggiunge poi la circostanza che potrebbe risultare particolarmente complesso individuare e bloccare i contenuti attraverso i quali si manifesta la violenza *online*, la quale può continuare a propagare nel tempo i suoi effetti. Una volta pubblicati in rete, i contenuti, anche se cancellati, potrebbero essere già stati duplicati e ripubblicati da altri utenti in altri luoghi o potrebbero comunque essere ripescati attraverso le navigazioni "a ritroso nel tempo" rese possibili dagli sconfinati archivi *Web* oggi esistenti<sup>14</sup>. Anche un solo *download* effettuato da chiunque potrà riproporre sempre l'incombente pericolo che l'immagine possa tornare di dominio pubblico<sup>15</sup>. Ed è facile intuire come più a lungo detti contenuti rimangono accessibili, più elevato è il rischio che si producano per la vittima effetti dannosi. Si usa ormai dire che il *Web* non dimentica perché le tracce digitali sono sostanzialmente indelebili. Parte della dottrina evoca, a questo proposito, un possibile effetto di cronicizzazione della vittimizzazione per la grande difficoltà di fuggire dal contesto offensivo e cancellare gli effetti

<sup>10</sup> E. MAESTRI, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, cit., 47.

<sup>11</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, in particolare 36.

<sup>12</sup> Così M. MATTIA, "Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 19 luglio 2019, 4.

<sup>13</sup> G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2067.

<sup>14</sup> N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 20 gennaio 2020, 5, nota n. 16.

<sup>15</sup> Così A. VERZA, *Aggredire attraverso l'immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, cit., 477.

dell'impronta digitale pregiudizievole. Spesso, poi, i server che contengono le informazioni sono localizzati all'estero, rendendole non facilmente attingibili da parte delle autorità nazionali e complicando perciò le operazioni di rimozione.

Infine, non si trascuri che il cyberspazio costituisce una dimensione di opportunità illecite del tutto peculiare, segnatamente per la minore percezione del rischio e per l'effetto disinibente che siffatto originale contesto e l'anonimato che può caratterizzarlo esercitano su chi vi opera; nella Rete, infatti, molte persone dicono e fanno cose che non direbbero né farebbero in circostanze ordinarie nelle loro relazioni *face-to-face*<sup>16</sup>. Colpire un altro soggetto nello spazio digitale può, dunque, apparire più semplice per il potenziale aggressore, anche in considerazione della convinzione/presunzione di poter contare sulla protezione di uno schermo e, dunque, di potersi comportare in modo diverso da quanto farebbe nel mondo reale<sup>17</sup>. Non di rado, l'utilizzo delle nuove tecnologie favorisce processi che non consentono agli utenti della Rete di percepire esattamente l'idoneità offensiva del proprio *modus exprimendi* o *agendi* e di comprendere appieno come, invece, la propria condotta possa avere ricadute negative anche al di fuori del contesto virtuale in cui ci si esprime e si opera.

## 2. La violenza digitale come possibile declinazione della violenza di genere

Tanto premesso in termini generali sulla violenza digitale, le ricerche mostrano come siffatto fenomeno colpisca in maniera particolarmente evidente soprattutto vittime di genere femminile<sup>18</sup>, tanto che da più parti la violenza digitale viene considerata, come meglio si vedrà, una declinazione della violenza di genere<sup>19</sup>.

Invero, l'ordinamento penale italiano si connota per la quasi totale assenza di espliciti riferimenti al genere nella formulazione delle fattispecie incriminatrici su-

<sup>16</sup> T. PIETRELLA, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, in *www.sistemapenale.it*, 6 ottobre 2023, 13. Sull'analisi di siffatti meccanismi psicologici nella comunicazione digitale, A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in questa *Rivista*, 2016, in particolare 579 ss.

<sup>17</sup> Sul tema, G. MAROTTA, *Tecnologie dell'informazione e nuovi processi di vittimizzazione*, in *Riv. vitt. crim. sic.*, vol. VI, 2012, 93 ss.

<sup>18</sup> In argomento, a titolo esemplificativo, cfr. la ricerca del Parlamento Europeo del 2021 *Combating gender-base violence: Cyber violence*, consultabile al link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662621/EPRS\\_STU\(2021\)662621\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662621/EPRS_STU(2021)662621_EN.pdf); nonché *Tackling cyber violence against women and girls: the role of digital platforms*, elaborato dall'European Institute for Gender Equality (EIGE), consultabile al link [https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/tackling-cyber-violence-against-women-and-girls-role-digital-platforms?language\\_content\\_entity=en](https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/tackling-cyber-violence-against-women-and-girls-role-digital-platforms?language_content_entity=en).

<sup>19</sup> E. MAESTRI, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, cit., 28 ss.

scettibili di sanzionare le forme di violenza in oggetto; si tratta di fatti che – in astratto – possono essere realizzati nei confronti di chiunque e che non risultano, dunque, descritti come ipotesi a “soggettività passiva ristretta” (o speciale). Non-dimeno, sul piano criminologico è ormai dimostrato come la violenza digitale sia generalmente rivolta “contro la donna perché donna”<sup>20</sup>. Quest’ultima, infatti, costituisce, secondo recenti indagini, la categoria “più odiata” sui *social media*<sup>21</sup>. Sicché, non di rado è proprio la selezione dei fatti penalmente sanzionati ad essere ispirata dalla *ratio* di tutela antidiscriminatoria, nel senso che il legislatore non ignora la constatazione empirica che alcune fattispecie costituiscono la più consueta espressione delle aggressioni alla donna motivate dall’orientamento discriminatorio, senza tuttavia che nulla di tutto ciò affiori nella formulazione testuale dei reati<sup>22</sup>.

### 3. *Le prime forme di sgretolamento delle barriere tra reale e virtuale nell’estrinsecazione di forme di violenza*

Il fenomeno della violenza digitale ha cominciato ad emergere *ab initio* sotto forma di peculiare modalità di estrinsecazione della condotta tipica di fattispecie tradizionalmente pensate per essere realizzate nel mondo *offline*. Si pensi, emblematicamente, alle varie forme di violenza sessuale, segnatamente nei confronti di minori, in relazione alle quali già da tempo la giurisprudenza, prendendo atto che le relazioni intime interpersonali si intrattengono sempre più spesso nel *cyberspace*, ha ricondotto diverse tipologie di comportamenti nell’ambito delle condotte tipizzate dagli articoli 609 *bis* e 609 *quater*<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> In questo senso anche A. VERZA, *Aggredire attraverso l’immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, cit., 476 ss., la quale eccettua il fenomeno della c.d. *sextortion*, che parrebbe coinvolgere anche un numero significativo di uomini. Sul tema della violenza di genere, in termini più ampi, L. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d’odio misogino*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 febbraio 2023.

<sup>21</sup> Per l’Italia si veda l’analisi condotta da Vox, *Osservatorio Italiano sui Diritti*, secondo il quale per «il settimo anno consecutivo le donne svettano quale categoria più odiata via *Twitter*. È un triste primato, che si accompagna all’innalzamento dei picchi di odio in concomitanza con i femminicidi, segno tragico del rapporto sempre più stretto tra lo sciame d’odio *online* e la violenza agita» (*Mappa dell’Intolleranza 7*, consultabile al link: <http://www.voxdiritti.it/mappa-dellintolleranza-7-misoginia/>).

<sup>22</sup> Così, in termini generali, F.C. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell’egualianza*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2021, 4.

<sup>23</sup> Già Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2013, n. 19033, Rv. 255295, ha ravvisato l’integrazione del reato nel fatto di aver contattato via *Internet* minori infra-quattordicenni, costringendole con minacce ad inviare foto e video che le ritraevano nude ed in pose oscene. In tale occasione si è, peraltro, escluso che il mezzo utilizzato per realizzare il reato dovesse ritenersi scarsamente offensivo come invece prospettato dalla linea difensiva.

A titolo meramente esemplificativo, in tempi relativamente recenti, si è ritenuto configurato il reato di violenza sessuale nella condotta consistente nell'invio di una serie di messaggi *Whatsapp* "allusivi e sessualmente espliciti" ad una minorenne, costringendola a scattarsi fotografie da inviare al soggetto agente, con la minaccia di pubblicare la *chat* su un altro *social network*<sup>24</sup>. In termini non dissimili, è stata considerata idonea ad integrare il reato di cui all' art. 609 *quater* c.p. la condotta consistente nel richiedere ad un minorenne, nel corso di una conversazione telefonica, di compiere atti sessuali, di filmarli e di inviare immediatamente i video all'interlocutore, non distinguendosi tale fattispecie da quella del minore che compia atti sessuali durante una video-chiamata o una video-conversazione<sup>25</sup>. Il delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p. – si precisa infatti – non sarebbe necessariamente caratterizzato dal contatto fisico fra l'agente e la vittima, risultando configurabile anche nel caso in cui l'uno trovi soddisfacimento sessuale dal fatto di assistere, anche per via telematica, all'esecuzione di atti sessuali di autoerotismo da parte dell'altra, sempre che vi sia la possibilità di interagire<sup>26</sup>.

In altra occasione ancora, è stato ritenuto integrato il reato di violenza sessuale in quanto la vittima era stata costretta a compiere atti di autoerotismo da lei stessa ripresi in un video inviato poi all'autore della condotta costrittiva. Si è, infatti, qui ribadito che il reato può configurarsi indipendentemente da un contatto fisico tra l'agente e la vittima allorquando venga lesa la capacità di autodeterminazione di quest'ultima per essere stata costretta, mediante violenza o minaccia, ovvero indotta, alla profanazione della sua sfera sessuale<sup>27</sup>. Invero, ai fini del compimento di un atto sessuale, la presenza fisica dell'agente integrerebbe un elemento «non solo non richiesto dalla *littera legis*, ma configurante una connotazione quanto meno anacronistica in una realtà quale quella attuale sempre più improntata a relazioni di natura virtuale legate all'interconnessione telematica universalmente apprestata dalla rete che consente la presenza degli interlocutori indipendentemente dalle distanze fisiche o geografiche»; sicché, «diventa un fuor d'opera esigerne la compresenza anche solo telematica al compimento dell'atto, rivolto nei confronti della sua stessa persona da parte della vittima allorquando sia accertato che il suo verificarsi, lungi dal rispondere ad una volizione spontanea del suo autore, sia l'effetto della costrizione ovvero dell'induzione posta in essere nei suoi confronti dal suo interlocutore»<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266, in *deJure*.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 17509, in *deJure*.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2023, n. 26809, Rv. 285060.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2024, n. 5688, Rv. 287433.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2024, n. 5688, Rv. 287433.

#### 4. La violenza digitale di genere nella cornice delle fonti sovranazionali

Nel corso del tempo – come è a tutti noto – le sempre più estese potenzialità insite nelle nuove tecnologie hanno fatto emergere nuove dinamiche criminose<sup>29</sup>, assolutamente inimmaginabili in un passato anche recente e non più riconducibili alle “tradizionali” forme di aggressione a beni personali. Tanto che è stata coniata l’espressione *Technology-facilitated sexual violence* (TFSV) per indicare l’insieme dei comportamenti, idonei ad incidere sulla sfera intima del soggetto al quale si rivolgono, che vengono “facilitati” dall’utilizzo delle nuove tecnologie, tra cui si annoverano, a titolo esemplificativo, le ipotesi di *online sexual harassment* e di *gender and sexually-based harassment* (molestie sessuali legate al genere o all’orientamento sessuale della persona offesa), il *cyberstalking*, l’*image-based sexual abuse* (forme di abuso sessuale realizzate mediante immagini o video sessualmente espliciti)<sup>30</sup>.

In considerazione di tale constatazione, negli ultimi anni, anche su sollecitazione delle fonti sovranazionali, il quadro normativo si è, dunque, arricchito di importanti strumenti, messi in campo dal nostro legislatore nel tentativo di contrastare più efficacemente le nuove forme di violenza, segnatamente domestica e sulle donne, che si stavano progressivamente strutturando soprattutto nello spazio digitale.

Già da tempo, peraltro, l’ONU ha riconosciuto la gravità della cyberviolenza e il suo impatto negativo sulle donne, pubblicando rapporti (come quello della *Broadband Commission for Digital Development* del 2015) e lanciando campagne (come la *UNiTE by 2030 to End Violence Against Women*) nel tentativo di favorire una maggiore sensibilizzazione sul tema.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, per parte sua, a partire dalla sentenza dell’11 febbraio 2020, nel caso *Buturuga contro Romania* (ric. n. 56867/15), ha espressamente riconosciuto che la cyberviolenza debba essere considerata come una forma di violenza contro le donne e, come tale, debba essere trattata rispetto alle altre forme di violenza, in conformità alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica, adottata ad Istanbul l’11 maggio 2011. Dagli articoli 3 (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) e 8 (Diritto al rispetto della vita privata, che inclu-

<sup>29</sup> Con specifico riferimento alle forme di aggressione della sfera sessuale, B. PANATTONI, *Violenze “incorporee” della sfera sessuale. Possibili evoluzioni ed insidie nell’ambito dei reati sessualmente connotati*, in *www.archiviopenale.it*, 2 dicembre 2022.

<sup>30</sup> Così M. BOTTO, *Le molestie sessuali “dentro” e “fuori” dal confine dell’art. 609 bis c.p. Un’indagine sulla distinzione tra molestia e aggressione sessuale a partire dalla “doppia narrazione” degli «atti repentini»*, in *www.archiviopenale.it*, 29 luglio 2023, 44, nota 146.

de quello alla riservatezza della corrispondenza) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo deriverebbe, infatti, l'obbligo positivo di adottare misure preventive e sanzionatorie nei casi in cui una donna subisca intrusioni nel proprio computer, nei profili *social*, nonché furti di dati personali intimi e di immagini.

Più di recente, la direttiva UE 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica ha dedicato ampio spazio al tema della violenza digitale, sollecitando gli Stati membri a «prevedere definizioni armonizzate dei reati e delle pene inerenti a determinate forme di violenza *online* laddove la violenza sia intrinsecamente connessa all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione («TIC») e tali tecnologie siano utilizzate per amplificare in modo significativo la gravità dell'impatto dannoso del reato, modificando in tal modo le caratteristiche dello stesso»<sup>31</sup>.

La violenza *online*, infatti, può avere l'effetto – si prosegue nei Considerando della citata Direttiva – «di ridurre le donne al silenzio e di ostacolarne la partecipazione alla vita sociale su un piano di parità con gli uomini. La violenza *online* colpisce senza comune misura le donne, ragazze e bambine anche in contesti educativi come la scuola o l'università, con conseguenze devastanti sul proseguimento degli studi e sulla salute mentale»<sup>32</sup>.

Ebbene, in tale prospettiva si spiega il motivo in forza del quale quattro dei sei reati dei quali la Direttiva sollecita l'introduzione siano caratterizzati da una modalità *online* della condotta criminosa. Si tratta, più precisamente, della Condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato (art. 5), dello *Stalking online* (art. 6), delle Molestie *online* (art. 7), dell'Istigazione alla violenza o all'odio *online* (art. 8).

Tanto premesso, molto opportunamente, la Direttiva, che peraltro configura la prima fonte di diritto sovranazionale a dettare obblighi di incriminazione riferiti alla violenza di genere commessa nel *Web*, ha cura, però, di precisare fin dalle premesse che «dovrebbero essere oggetto di criminalizzazione solo le forme più gravi di violenza *online*, intese come le condotte che possono provocare danni gravi, anche psicologici alla vittima, oppure a condotte che possono indurre la vittima a temere seriamente per la propria incolumità o per quella delle persone a carico»<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Considerando n. 17 della Direttiva UE 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. Nel considerando n. 21 si evidenzia, altresì, che «di solito l'autore del reato fa un uso improprio della tecnologia per rendere più pressante un comportamento coercitivo e controllante, la manipolazione e la sorveglianza, aumentando così la paura, l'ansia e il graduale isolamento della vittima da amici e familiari e dal contesto professionale».

<sup>32</sup> Considerando n. 17 della citata Direttiva UE 2024/1385.

<sup>33</sup> Considerando n. 18 della citata Direttiva UE 2024/1385.

Le fattispecie contemplate dalla direttiva, ovviamente, non sono le sole attraverso le quali anche il nostro ordinamento attribuisce espressamente (o potrà in futuro attribuire) rilievo a forme di violenza digitale. Nondimeno, appare opportuno in questa sede chiedersi quale sia lo stato dell'arte nel diritto penale nazionale al cospetto di siffatti recenti obblighi sovranazionali di tutela.

### 5. La violenza digitale attraverso immagini

La prima fattispecie prevista dalla Direttiva è quella di Condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato (art. 5)<sup>34</sup>.

La diffusione della pornografia non consensuale (*non consensual pornography*) è senza dubbio dovuta alla progressiva “digitalizzazione” della vita delle persone<sup>35</sup>. Come già anticipato, infatti, la costante connessione dei nuovi strumenti digitali alla rete consente la rapida ed immediata condivisione di materiali, anche intimi; tale circostanza ha indotto un numero crescente di soggetti, specie di giovane età<sup>36</sup>, ad esplorare la sessualità secondo nuove modalità<sup>37</sup>. A questo si aggiunga, come fenomeno strettamente collegato, «una progressiva “normalizzazione” della pornografia; grazie alla riduzione della dimensione fisica del sesso, la pornografia è uscita da una dimensione marginale e clandestina, perdendo ogni valenza trasgressiva nella cultura di massa»<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> L'art. 5 della Direttiva così dispone: «1. Gli Stati membri provvedono a che siano punite come reato le condotte intenzionali seguenti: a) rendere accessibile al pubblico, tramite tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), immagini, video o analogo materiale ritraente atti sessualmente espliciti o le parti intime di una persona senza il consenso di tale persona qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a dette persone; b) produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona; c) minacciare i comportamenti di cui alle lettere a) o b) al fine di costringere una persona a compiere un determinato atto, acconsentirvi o astenersi dallo stesso».

<sup>35</sup> A. MATTARELLA, *Diritto penale e nuove tecnologie: dalla Convenzione Onu contro i reati informatici alle sfide dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 259.

<sup>36</sup> In argomento cfr., tra gli altri, A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 22 aprile 2015, in particolare 4 ss.; I. SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. pen.*, 2017, 789 ss.

<sup>37</sup> *Amplius*, C. CIPOLLA-E. CANESTRINI (a cura di), *La dissoluzione della sessualità umana nell'era digitale*, Milano, 2018.

<sup>38</sup> A. MATTARELLA, *Diritto penale e nuove tecnologie: dalla Convenzione Onu contro i reati informatici alle sfide dell'intelligenza artificiale*, cit., 259. *Amplius* M. MENICOCCHI, *Pornografia di massa. Dalla rivoluzione sessuale alla Porn Culture*, Pavia, 2014.

Tanto premesso, nel tentativo di arginare alcune forme di abusiva diffusione di immagini intime, il legislatore italiano, in tempi relativamente recenti, ha introdotto il reato di Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti<sup>39</sup>. Siffatta implementazione si deve alla legge n. 69 del 2019, anche nota come Codice rosso per enfatizzare il grado di allerta e, conseguentemente, di priorità, con cui devono essere ora trattati i casi di violenza di genere.

La fattispecie ha lo scopo di contrastare il citato fenomeno emergente<sup>40</sup>, alla luce delle gravi forme di sofferenza psicologica che la pornografia non consensuale può produrre sulla vita delle persone coinvolte. Le conseguenze, di varia intensità e configurazione, possono consistere nel ritiro della vittima dagli spazi pubblici (o più limitatamente dal *Web*) per effetto della compromissione della propria reputazione, nella perdita del lavoro, in pesanti ripercussioni sulla vita di coppia e familiare, nonché, per i minori, nel blocco del percorso di formazione della personalità e/o nell'abbandono scolastico. Ma, come purtroppo hanno tristemente testimoniato anche recenti casi di cronaca<sup>41</sup>, la condivisione non consensuale di immagini intime può condurre addirittura al suicidio della vittima. Fu soprattutto la storia di Tiziana Cantone a sollecitare il dibattito pubblico sul tema delle conseguenze lesive derivanti dalla diffusione incontrollata e arbitraria di immagini collegate alla intimità di una persona<sup>42</sup>. In ogni caso, pur senza arrivare a casi estremi, è indubbio che le condotte tipizzate dalla fattispecie di recente conio possano avere un impatto devastante per chi le subisce, posto che l'intimità della vittima viene esposta, in modo spesso incontrollabile, alla mercé di un numero enorme di persone, senza che vi sia un'effettiva possibilità di rimuovere definitivamente i contenuti immessi nel *Web*<sup>43</sup>.

Il legislatore italiano ha collocato la nuova norma nell'ambito dei delitti contro la libertà morale, inquadrando il reato non tra quelli sessuali in senso stretto, bensì tra le fattispecie che tutelano, *in primis*, l'autodeterminazione e la tranquillità

<sup>39</sup> Sul punto, per tutti, E. LO MONTE, *L'art. 612-ter c.p. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Tra buoni propositi, denegato diritto all'oblio e "morti social"*, Torino, 2021.

<sup>40</sup> In argomento, *amplius* e per tutti, C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. revenge porn. Tessere di un mosaico normativo*, in questa *Rivista*, 2021, 283 ss.; D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di revenge porn*, in *disCrimen*, 2022, fasc. 1; G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, cit., 2045 ss.; N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, cit.

<sup>41</sup> Sul punto, per tutti, M. MATTIA, "Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici, cit.

<sup>42</sup> La drammatica vicenda è ricostruita nel volume di R. FARACE-L. RIBUSTINI, *Uccisa dal Web: Tiziana Cantone. La vera storia di un femminicidio social*, Milano, 2019.

<sup>43</sup> Così e *amplius*, G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, cit., 2049.

tà individuale della persona. Irrilevante per la disciplina nazionale è il fine perseguito dall'agente (es.: ritorsivo o vendicativo). Si muove infatti dal presupposto che la pubblicizzazione di materiale pornografico destinato a rimanere privato comporti per la vittima innanzitutto lo spossessamento «del “dominio sui confini” che regolano l'accesso a quelle scelte, che segnano il *cleavage* tra la vita pubblica e quella intima. In sostanza, la si sta privando del diritto alla riservatezza sessuale, ossia di una prerogativa fondamentale per garantire la libera costruzione della propria identità e l'espressione della propria emotività»<sup>44</sup>.

La fattispecie nazionale parrebbe suscettibile di ricomprendere buona parte dei comportamenti descritti dal legislatore europeo *sub specie* di abuso dell'immagine intima, ad eccezione dell'ipotesi di manipolazione o alterazione di immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, rese accessibili al pubblico. Ad oggi, rimarrebbe, cioè, fuori dalla fattispecie domestica il c.d. *deepfake*, sul quale si tornerà tra poco<sup>45</sup>.

Tanto precisato, occorre comunque ricordare come la scelta del legislatore italiano si differenzi sotto diversi profili dalla previsione eurounitaria.

Innanzitutto, l'art. 612 *ter* c.p. ha tenuto distinta la posizione di chi, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate (il c.d. primo distributore), da quella di chi, dopo aver ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate (c.d. secondo distributore), richiedendo soltanto per quest'ultimo la necessità di riscontrare una finalità di danno. L'elemento oggettivo del potenziale danno grave alle persone, richiesto dalla Direttiva, non connota, invece, nessuna delle due ipotesi descritte dall'art. 612 *ter* c.p.

Viceversa, per quanto concerne la condivisione non consensuale di materiale intimo, la formulazione della direttiva risulta più ampia di quella nazionale, posto che nella prima manca qualsivoglia riferimento alla “destinazione privata” del materiale diffuso, mentre la fattispecie codicistica ha quale retroterra inespresso – e quindi presupposto – la formazione “intra-relazionale” del materiale a contenuto sessualmente esplicito, ossia la formazione del materiale ad opera degli stessi

<sup>44</sup> N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, cit., 12.

<sup>45</sup> Sul punto *amplius* C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “deepfake” nella direttiva (UE) 2024/1385*, in questa *Rivista*, in particolare 237 ss.

soggetti che ivi sono ritratti<sup>46</sup>. Sicché, «il bersaglio della tutela, come non si è mancato di mettere fin da subito in evidenza, è la fuoriuscita di quel particolare tipo di materiale dal circuito ristretto (confidenziale) nel quale doveva rimanere confinato»<sup>47</sup>. Tanto premesso, l'*input* sovranazionale di tutela potrebbe eventualmente portare il legislatore a sterilizzare la delimitazione derivante dall'attuale "condizionamento situazionale" previsto dall'art. 612 *ter* c.p., consentendo l'applicazione della previsione incriminatrice anche ai casi in cui sia un terzo estraneo al contesto relazionale a realizzare o acquisire i materiali, poi diffusi, in cui sono ritratti o ripresi altri soggetti.

Nell'ambito della disciplina nazionale solleva, invero, numerose perplessità la previsione dell'aggravante legata all'utilizzo del mezzo telematico, posto che le condotte in questione sono sostanzialmente sempre connesse all'impiego delle nuove tecnologie<sup>48</sup>. Sicché, da un lato la scelta appare paradossale se riferita ad un fenomeno che ha manifestato un allarmante livello di pericolosità e diffusività proprio a seguito della sua cibernetizzazione<sup>49</sup>; dall'altro lato, la configurazione dell'aggravante in oggetto genera il rischio di un eccessivo rigore sul piano sanzionatorio<sup>50</sup>, pressoché sempre automatico per le ragioni dette.

Tornando al fenomeno del *deepfake*, il recente Regolamento UE 2024/1689 (c.d. *AI Act*) considera tale «un'immagine o un contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona»<sup>51</sup>. Sebbene la fenomenologia del *deepfake* possa essere estremamente varia, una componente significativa del fenomeno coinvolge di regola proprio le alterazioni che toccano la sfera dell'intimità sessuale, prevalentemente femminile.

<sup>46</sup> C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, cit., 241.

<sup>47</sup> C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, cit., 241. Nello stesso senso, già C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Reveng porn. Tessere di un mosaico normativo*, cit., 288 ss.; cfr., altresì, D. MICHELETTI, *L'intervento publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit., 246.

<sup>48</sup> Sul punto, per tutti, G.M. CALETTI, "Revenge Porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, 29 maggio 2019, par. 5; G. PANEBIANCO, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali*, in *GenLus*, 16 novembre 2022, 15.

<sup>49</sup> N. AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, cit., 33.

<sup>50</sup> A. MASSARO, *La direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano*, in *www.sistemapenale.it*, 26 marzo 2025, 118.

<sup>51</sup> Regolamento UE 2024/1689, art. 3, par. 1, n. 60.

Per quanto attualmente, nel nostro ordinamento, il mero allestimento di *deepfake* non abbia, di per sé, autonoma rilevanza penale, il fenomeno non sfugge completamente alle maglie punitive. La diffamazione, per lo più nella forma aggravata dall'impiego di qualsiasi mezzo di pubblicità ai sensi del terzo comma dell'art. 595 c.p., è senz'altro in grado di dare una cornice legale a tale tipologia di contenuti, nella misura in cui la loro diffusività si riverberi sulla reputazione dei soggetti coinvolti<sup>52</sup>. In tale prospettiva, però, parrebbe doveroso ritenere non solo che gli innesti debbano coinvolgere parti corporee di persone "effettivamente esistenti", ma anche che queste parti, una volta composte nell'immagine, nel video o nell'analogo materiale menzionato, siano in grado di consentire la riconoscibilità del soggetto a cui appartengono<sup>53</sup>.

I *deepfake* sono inoltre suscettibili di acquisire una rilevanza strumentale nel contesto della realizzazione di diverse, e tendenzialmente più gravi, fattispecie, quali l'estorsione (art. 629 c.p.), gli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), la pedopornografia (allorché siano coinvolti minori).

Nella Direttiva europea, in una prospettiva di anticipazione della tutela, si incrimina, inoltre, anche la minaccia di diffondere tali immagini «al fine di costringere una persona a compiere un determinato atto, acconsentirvi o astenersi dallo stesso» (art. 5, lett. c). Ebbene, si tratta di un'ipotesi che parrebbe riconducibile a quella che viene ormai qualificata come *Sextorsion* (nella forma tentata), la quale, per quanto anch'essa non espressamente tipizzata nel nostro ordinamento, potrebbe risultare già riconducibile ad altre fattispecie incriminatrici, quali la tentata estorsione, la tentata violenza sessuale, la tentata violenza privata.

## 6. Il Cyberstalking

La seconda fattispecie della quale il legislatore europeo auspica l'introduzione negli ordinamenti degli Stati membri è lo *Stalking online* o *Cyberstalking* (art. 6)<sup>54</sup>.

Anche sotto questo profilo il legislatore italiano parrebbe avere precorso i tempi, contemplando, già a partire dal 2009, la generale fattispecie di Atti perse-

<sup>52</sup> C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, cit., 240.

<sup>53</sup> C. PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, cit., 245.

<sup>54</sup> L'art. 6 della Direttiva così prevede: «Gli Stati membri provvedono affinché siano punite come reato le condotte intenzionali consistenti nel sottoporre ripetutamente o continuamente un'altra persona a sorveglianza tramite TIC, senza il suo consenso o un'autorizzazione legale a tal fine, per seguirne o monitorarne i movimenti e le attività, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave alla persona in questione».

cutori<sup>55</sup>, da sempre ritenuta suscettibile di abbracciare anche il *Cyberstalking*, che si realizza mettendo in atto comportamenti molesti ossessivi e/o minacciosi attraverso i mezzi di comunicazione digitali, sì da provocare nella vittima uno degli stati emotivi previsti dall'art. 612 *bis* c.p. come possibili eventi del reato: un perdurante e grave stato di ansia o di paura, un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, la costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita.

Al fine di evidenziare il maggiore disvalore del fatto allorché esso sia realizzato utilizzando le nuove tecnologie, con il d. l. n. 93 del 2013 è stata peraltro espressamente configurata, al comma 2 dell'art. 612 *bis*, una peculiare circostanza aggravante speciale del delitto di atti persecutori comunemente inteso.

Come è facile intuire, infatti, con la continua evoluzione delle nuove tecnologie sono sempre più numerosi e più agevolmente reperibili strumenti che possono in qualche modo favorire l'attività di *cyberstalking*. Così, se in passato la fattispecie è stata ritenuta integrata, per esempio, attraverso il reiterato invio alla persona offesa di "sms" molesti o minacciosi e di messaggi di posta elettronica o pubblicati sui *social network*<sup>56</sup>, in tempi più recenti la minaccia deriva anche dagli *stalkerware*, vale a dire *software* che possono essere installati sui dispositivi e che consentono a terzi di tracciare la posizione e l'attività del dispositivo all'insaputa dell'utente. Alcuni tipi di *malware* permettono allo *stalker* addirittura di prendere il controllo della *webcam* della propria vittima: in questo modo lo *stalker* è in grado di vedere e registrare tutto quello che accade davanti alla telecamera senza che la vittima si accorga di nulla. Lo *stalker* può poi utilizzare le informazioni acquisite per ricostruire le abitudini della vittima e i suoi spostamenti.

Non deve dunque stupire che, a fronte di un fenomeno suscettibile di assumere tratti sempre più insidiosi e pervasivi, l'attenzione del legislatore europeo si sia rivolta principalmente nei confronti di questa fenomenologia criminosa.

Ancora una volta, comunque, la fattispecie nazionale sembra suscettibile di assicurare idonea copertura agli obblighi sovranazionali di tutela. Vero è che l'art. 612 *bis* c.p. subordina l'integrazione del fatto tipico alla realizzazione di almeno uno degli eventi tipizzati, ma tale requisito di fattispecie sembra del tutto compatibile con la richiesta della Direttiva di sanzionare le condotte intenzionali consistenti nel sottoporre ripetutamente o continuamente un'altra persona a sorveglianza tramite TIC, senza il suo consenso o un'autorizzazione legale a tal fine, per seguirne o monitorarne i movimenti e le attività, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave alla persona in questione.

<sup>55</sup> Su tale fattispecie, per tutti, A. MAUGERI, *Lo Stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, consultabile anche su *disCrimen*.

<sup>56</sup> Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 32404, Rv. 248285.

## 7. L'ampio spettro delle c.d. molestie online

La terza fattispecie contemplata dalla direttiva UE è quella di Molestie *online* (art. 7)<sup>57</sup>.

Siffatta ipotesi prevede, invero, diverse ed eterogenee condotte, solo alcune delle quali parrebbero già direttamente riconducibili al perimetro applicativo di fattispecie nazionali.

Più nei dettagli: i fatti descritti alle lett. a) e b) dell'art. 7 sembrerebbero suscettibili di integrare, a seconda delle concrete forme di estrinsecazione della condotta, le fattispecie nazionali di Minaccia, Atti persecutori e Diffamazione.

Maggiormente problematico appare, invece, l'inquadramento delle condotte di cui alla lettera c) e d).

Per quanto concerne l'invio a una persona, senza che questa lo richieda, di un'immagine, un video o altro materiale analogo raffigurante parti intime (c.d. *Cyber-flashing*) esso non risulta autonomamente tipizzato, ma potrebbe essere ricondotto alla fattispecie di molestie di cui all'art. 660 c.p. Occorre tuttavia precisare che la citata norma richiede, alternativamente, che la condotta avvenga in un "luogo pubblico o aperto al pubblico" o che sia realizzata "col mezzo del telefono". Sicché, la contravvenzione *de qua* potrà essere invocata, da un lato, nelle ipotesi e nella misura in cui si ritenga legittima un'equiparazione tra la comunicazione telefonica e gli altri mezzi tecnologici di comunicazione<sup>58</sup>; dall'altro lato, nei

<sup>57</sup> L'art. 7 della Direttiva così prevede: «Gli Stati membri provvedono a che siano punite come reato le condotte intenzionali seguenti: a) assumere, in modo ripetuto o continuativo, comportamenti minacciosi nei confronti di una persona, almeno qualora tali comportamenti comportino il rischio di commettere reati, tramite TIC, se tali comportamenti possono indurre la persona in questione a temere seriamente per la propria incolumità o per l'incolumità delle persone a carico; b) adottare pubblicamente, insieme ad altre persone, tramite TIC, comportamenti minacciosi o ingiuriosi nei confronti di una persona, qualora tale comportamento possa arrecare un grave danno psicologico alla persona in questione; c) inviare a una persona senza che questa lo richieda, tramite TIC, un'immagine, un video o altro materiale analogo raffigurante i genitali qualora tale condotta possa arrecare un grave danno psicologico alla persona in questione; d) rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, materiale contenente i dati personali di una persona, senza il consenso di quest'ultima, al fine di istigare altre persone ad arrecare un danno fisico o psicologico grave alla persona in questione».

<sup>58</sup> Sulla complessa questione, per tutti, M. C. UBIALI, *Molestie via Facebook: tra divieto di analogia ed esigenze di adeguamento alle nuove tecnologie*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, 5 marzo 2015. In tale prospettiva, occorre ricordare come, secondo la giurisprudenza maggioritaria, «il mezzo telefonico assume rilievo – ai fini dell'ampliamento della tutela penale altrimenti limitata alle molestie arrecate in luogo pubblico o aperto al pubblico – proprio per il carattere invasivo della comunicazione alla quale il destinatario non può sottrarsi, se non disattivando l'apparecchio telefonico, con conseguente lesione, in tale evenienza, della propria libertà di comunicazione, costituzionalmente garantita (art. 15 Cost., comma 1)». Sicché, «partendo da questa premessa in plurime, condivisibili, decisioni la giurisprudenza di legittimità, in rigorosa applicazio-

casi in cui l'invio venga effettuato in luoghi pubblici, come spesso avviene, attraverso servizi di messaggistica che usano il *Bluetooth* o l'*AirDrop*. Certamente, per superare ogni residua difficoltà di ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 660 c.p. le molestie realizzate attraverso le nuove tecnologie parrebbe opportuna una integrazione della norma, che, accanto al mezzo del telefono, attribuisca rilievo a qualsiasi strumento informatico o telematico come possibile forma di estrinsecazione della condotta molesta.

In alternativa, il *Cyber-flashing* potrebbe integrare la fattispecie di Atti persecutori allorché il "grave danno psicologico" richiesto dalla Direttiva come condizione per la punibilità sia suscettibile di produrre uno degli eventi tipici del reato descritto dall'art. 612 *bis* c.p.

Analogamente, la condotta consistente nel rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, materiale contenente i dati personali di una persona, senza il consenso di quest'ultima (c.d. *Doxing*<sup>59</sup>), nel nostro ordinamento non risulta specificamente disciplinata da una norma dedicata. Tuttavia, la diffusione non autorizzata di dati personali potrebbe configurare, a seconda dei casi, la violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali, ai sensi del d. lgs. n. 196 del 2003, o reati come la diffamazione, la minaccia o le molestie. Qualora, poi, l'istigazione avvenga pubblicamente, la fattispecie applicabile potrebbe essere quella di istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), la quale al quarto comma prevede anche una circostanza aggravante allorché il fatto sia commesso con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici.

In tale contesto si ricorda, comunque, anche la proposta contenuta all'interno dell'art. 1 D.D.L. n. 89<sup>60</sup>, relativa all'inserimento nel Codice penale di una nuova fattispecie incriminatrice<sup>61</sup>, rubricata «Molestie sessuali»<sup>62</sup>, verosimilmente volta a

ne del principio della tipicità che deve presiedere all'interpretazione della legge penale, ha precisato che, ai fini della configurabilità della contravvenzione *de qua*, allo strumento del telefono possono essere equiparati altri mezzi di trasmissione, tramite rete telefonica e rete cellulare delle bande di frequenza, di voci e di suoni purché imposti al destinatario, senza possibilità per lui di sottrarsi alla immediata interazione con il mittente» (così Cass. pen., Sez. I, 4 maggio 2021, n. 28959, Rv. 281755). Coerentemente, in altra occasione, è stata esclusa la configurabilità del reato nel caso di messaggi inoltrati tramite le applicazioni Instagram e Facebook, «le cui notifiche, in quanto disattivabili con i sistemi di "alert" o "preview", dipendono da una scelta del destinatario, che può sottrarsi all'interazione immediata con il mittente» (Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 2023, n. 40033, Rv. 285371).

<sup>59</sup> *Doxing* o *doxxing*, è un neologismo nato negli anni '90, derivato dalla contrazione dall'espressione inglese "to drop documents" (abbreviato in *docs*), "lasciare, abbandonare documenti"; indica la ricerca *online*, l'appropriazione e la pubblicazione non consensuale di informazioni private o personali.

<sup>60</sup> DDL S.89, XIX Legislatura, presentato in data 13 ottobre 2022.

<sup>61</sup> In argomento, *amplius*, A. FORTUNATO, *I profili del nuovo delitto di molestie sessuali ex art. 609-ter.1: tra istanze vittimarie e moralizzazione del diritto penale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2 aprile 2025.

coprire pure talune delle condotte illecite prese in considerazione dalla Direttiva. Sennonché, detta proposta è già stata oggetto di osservazioni critiche, segnatamente in considerazione della mancanza di tassatività che affliggerebbe il perimetro della condotta illecita, data la difficoltà insita nel definire i c.d. «atti o comportamenti indesiderati a connotazione sessuale», sì da affidare totalmente alla percezione personale la sussistenza o meno dell'ipotesi delittuosa della quale si proporrebbe l'introduzione<sup>63</sup>.

#### 8. *L'istigazione alla violenza o all'odio online per ragioni di "genere"*

La quarta fattispecie contemplata dalla Direttiva è quella di Istigazione alla violenza o all'odio *online* (ex art. 8)<sup>64</sup>.

In questo caso, l'obbligo di incriminazione concerne l'istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di detto gruppo individuato con riferimento al genere<sup>65</sup>, pur senza definire, tuttavia, il significato di tale concetto. Si potrebbe immaginare un implicito rinvio alla disciplina internazionale, che identifica il "genere" con l'insieme di «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini», così come previsto dall'art. 3, lett. c, della Convenzione di Istanbul, ratificata in Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> La proposta prevederebbe l'introduzione del seguente testo: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con minacce, atti o comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, in forma verbale o gestuale, reca a taluno molestie o disturbo violando la dignità della persona è punito con la pena della reclusione da due a quattro anni. La pena è aumentata della metà se dal fatto, commesso nell'ambito di un rapporto di educazione, istruzione o formazione ovvero nell'ambito di un rapporto di lavoro, di tirocinio o di apprendistato, anche di reclutamento o selezione, con abuso di autorità o di relazioni di ufficio, deriva un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, la querela può essere proposta entro dodici mesi dal fatto ed è irrevocabile. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 61».

<sup>63</sup> A. FORTUNATO, *I profili del nuovo delitto di molestie sessuali ex art. 609-ter.1: tra istanze vittimarie e moralizzazione del diritto penale*, cit., 28.

<sup>64</sup> L'art. 8 della Direttiva richiede agli Stati membri di provvedere «affinché sia punita come reato la condotta intenzionale consistente nell'istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di detto gruppo definito con riferimento al genere, diffondendo al pubblico tramite TIC materiale contenente tale istigazione».

<sup>65</sup> Sui rapporti tra diritto penale e discriminazione di genere, nonché sulle diverse possibili accezioni del concetto "discriminazione di genere", cfr. A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, in *GenIUS*, 4 ottobre 2024.

<sup>66</sup> In argomento cfr. L. GOISIS, "Gender Violence" in *Light of the Istanbul Convention. The Italian Legislation*, in *Diritto@storia*, n. 11/2013.

Nell'ordinamento italiano, la fattispecie che parrebbe evocare più da vicino le condotte descritte dalla Direttiva è quella di Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa. Si tratta di un reato un tempo previsto dalla normativa *extra codicem*, ora ricondotto all'interno del Codice, all'art. 604 *bis*, dal d. lgs. n. 21 del 2018, nell'ambito dei "Delitti contro l'eguaglianza". La fattispecie punisce le condotte di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché la commissione o l'istigazione a commettere atti di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e sancisce il divieto di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. L'art. 604 *ter* c.p. prevede, altresì, una circostanza aggravante applicabile a tutti i reati commessi con le finalità di discriminazione etnica, razziale e religiosa indicate, ovvero per agevolare le associazioni destinate al medesimo scopo. Nondimeno, un profilo di criticità riguarda il fatto che, nella fisionomia di tale reato, non è in alcun modo attribuito rilievo specifico alla discriminazione fondata sul genere.

Invero, nel corso del tempo si sono succedute diverse proposte volte a estendere il paradigma punitivo di cui all'art. 604 *bis* c.p. all'istigazione alla commissione o commissione diretta di atti discriminatori non violenti fondati su sesso, genere, identità di genere, orientamento sessuale o disabilità<sup>67</sup>. Ad oggi, però, nessuna di queste proposte si è tradotta in una modifica della disciplina in oggetto. La circostanza, invero, non stupisce, posto che, in tale ambito, risulta oltremodo problematico distinguere tra effettiva necessità del diritto penale come strumento di conservazione sociale, da un lato, e la sua aspirazione ad un ruolo di palingenesi morale dei consociati, dall'altro lato<sup>68</sup>. In effetti, negli ultimi decenni si è affermata una tendenza in forza della quale dalla Costituzione non si fa più discendere solo un limite negativo all'intervento penale, bensì anche il fondamento di un diritto penale al quale viene assegnato il ruolo di strumento per la realizzazione degli scopi di promozione sociale contemplati dalla Carta fondamentale. In tale prospettiva, la presunta vittima diviene «destinataria di quel progetto di eliminazione delle diseguaglianze e di integrazione personalistica fatto proprio dal secondo comma dell'art. 3 Cost.»<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> *Amplius* e per tutti, A. DI MARTINO, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità»*, in *disCrimen*, 2021, fasc. 3, 3 ss.

<sup>68</sup> F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Pisa, 2019, 179. Sulla delicata questione v. anche L. EUSEBI, *Colant omnes quemque. Tornare all'essenziale dopo il ddl Zan*, in *Jus*, 10 gennaio 2022, consultabile anche su *disCrimen*, 10 gennaio 2022.

<sup>69</sup> Così M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *www.archiviopenale.it*, 6 maggio 2021, 7.

Alla citata fattispecie descritta dall'art. 604 *bis* c.p. si aggiunge, in ogni caso, un'altra previsione di carattere più generale, vale a dire l'Istigazione a delinquere, prevista nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico all'art. 414 c.p. Verosimilmente, siffatta ipotesi di reato potrebbe ritenersi già in larga misura idonea a soddisfare una parte rilevante delle richieste europee, posto che la Direttiva contempla anche la possibilità di attribuire rilievo alle condotte istigatorie allorché esse siano tali da turbare l'ordine pubblico, così come previsto dal comma 2 del citato art. 8<sup>70</sup>.

#### 9. *La necessaria sinergia tra diritto penale e strumenti extrapenalici nel contrasto della violenza digitale*

Questa, sia pure veloce e inevitabilmente superficiale, cavalcata – del tutto parziale, come detto in apertura – tra alcune delle possibili forme di estrinsecazione della violenza *online* consente quantomeno di comprendere come le fenomenologie criminose legate all'uso delle nuove tecnologie si evolvano con una rapidità che può essere superiore alla capacità del legislatore di “fotografarle”. Risulta, infatti, oltremodo complesso disegnare la tipicità di fattispecie incriminatrici idonee a contemplare in termini precisi comportamenti lesivi la cui concretizzazione è legata proprio alla imprevedibile evoluzione della tecnologia e dei costumi. Non di rado, dunque, ipotesi criminose di recente conio, che si sforzano di soddisfare (vere o presunte) nuove esigenze di tutela nei confronti di emergenti forme di aggressione, risultano già “vecchie” nel momento stesso in cui vedono la luce e, conseguentemente, non più attuali rispetto all'evoluzione dei fenomeni.

Nondimeno, non si può pensare che l'efficacia della tutela sia legata esclusivamente al pedissequo recepimento di ogni nuova istanza di incriminazione, sia che essa provenga da *input* del legislatore sovranazionale, sia che essa origini da spinte populiste interne panpenaliste<sup>71</sup>. Invero, oggi, almeno sulla carta, i mezzi per reagire nei confronti delle più rilevanti forme di violenza, anche digitale, ci sono e, salvo alcuni sempre possibili ritocchi e integrazioni, appaiono sostanzialmente adeguati. Il vero problema è che, come spesso accade in ambiti “sensibili” quali quello esaminato, non si può pensare di sradicare un fenomeno così pervasivo solo ricorrendo al diritto penale e invocando continui inasprimenti sanziona-

<sup>70</sup> Art. 8, comma 2: “Ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di configurare come reato soltanto le condotte atte a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciose, offensive o ingiuriose”.

<sup>71</sup> In argomento, in termini più ampi, M. VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., in particolare 11 ss.

tori e/o l'introduzione di nuovi reati<sup>72</sup>. Al contrario, la creazione di un sistema nettamente sbilanciato verso le istanze vittimarie avrebbe delle ricadute significative sulla necessaria frammentarietà del diritto penale, che verrebbe fagocitata dalla bulimia repressiva di un legislatore che volesse rincorrere – come anticipato – ogni minima sollecitazione di nuova incriminazione, spinto a questo risultato anche dai mezzi di comunicazione, propensi ad amplificare presunti vuoti normativi, non di rado inesistenti.

A questo si aggiunga che in non pochi casi vi è la sensazione che gli *input* di penalizzazione siano connotati da una intensa carica simbolica, apparentemente diretti a formulare una pronta risposta legislativa a istanze di penalità, ma in realtà solo formalmente idonei «a modificare l'assetto normativo previgente, casomai già capace di fronteggiare, seppure sottotraccia, il fenomeno preso di mira dalle incriminazioni di nuovo conio»<sup>73</sup>.

Ed è questo proprio il caso della recente Direttiva, la quale – quantomeno per quanto riguarda l'Italia – parrebbe contenere richieste di penalizzazione in larga misura già soddisfatte, con il rischio che l'introduzione di ulteriori previsioni, là dove non strettamente necessario, complichino ulteriormente un quadro normativo già piuttosto “affollato” e non sempre di agevole interpretazione.

Occorre, piuttosto, sollecitare una nuova riflessione sulla natura sussidiaria che il diritto penale<sup>74</sup>, per sua intrinseca natura, dovrebbe rivestire e sulla conseguente necessità di potenziare strumenti di tutela ad esso alternativi. «*Leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, poiché chi semina leggi non sempre raccoglie giustizia», ci ricorda un grande Maestro<sup>75</sup>. Al contempo si fa sempre più nitido il ruolo determinante, nella prevenzione e nel contrasto della violenza di genere, svolto dall'educazione.

Cesare Beccaria, già così scriveva nel suo *Dei delitti e delle pene*: «È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione (...)»<sup>76</sup>. «Finalmente il più sicuro, ma il più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione (...)»<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> In termini generali, *amplius*, F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in questa *Rivista*, 2013, in particolare 62 ss.; O. DI GIOVINE, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il “dilemma del femminismo” è anche il “dilemma del diritto penale”)*, in *www.archiviopenale.it*, 17 gennaio 2017.

<sup>73</sup> Così, sia pure in termini generali, M. VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 27.

<sup>74</sup> *Amplius*, per tutti e da ultimo, F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Meta-morfosi di un paradigma*, Milano, 2023.

<sup>75</sup> F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, cit., 66.

<sup>76</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § 40.

<sup>77</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 46.

L'elemento di novità rispetto alle riflessioni dell'illustre Autore è rappresentato dal fatto che, in questo momento storico, detta educazione dovrà essere non solo culturale, ma sempre più anche digitale. Proprio le (medesime) nuove tecnologie possono infatti ricoprire un ruolo prezioso nella tutela (altresì preventiva) delle vittime della violenza digitale, «disvelando in tal modo una loro duplice fisionomia»<sup>78</sup>.

Invero, anche le indicazioni sovranazionali richiedono strategie integrate, non meramente penali, di contrasto al fenomeno. Sicché, «la ipervalorizzazione della componente “criminalizzante” delle fonti sovranazionali può finire, così, per offuscarne il messaggio più importante, costituito dalla necessità di incidere sulla matrice (ancora) fortemente culturale della violenza di genere»<sup>79</sup>.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, quando ha condannato l'Italia per violazioni dei diritti di vittime di violenza di genere, ha riscontrato deficit sul piano della mancanza di misure positive di protezione delle vittime di violenza<sup>80</sup>, nonché dell'utilizzo di linguaggio discriminatorio nei provvedimenti giudiziari, ma non anche sul fronte dell'apparato normativo di stampo repressivo<sup>81</sup>.

In tale prospettiva, dunque, si apprezzano in particolare, per quanto specificamente concerne la violenza digitale, la previsione da parte della Direttiva di misure volte alla rimozione di materiale *online* o ad inibire l'accesso a detto materiale, allorché a venire in considerazione siano i reati di condivisione di materiale intimo, molestie *online* e istigazione all'odio o alla violenza *online*<sup>82</sup>. Talché, è espressamente prevista la possibilità per le autorità competenti di emanare ordini vincolanti, rivolti ai prestatori di servizi di *hosting*<sup>83</sup>. Qualora la rimozione non sia fattibile, le autorità competenti possono anche rivolgere gli ordini di disabilitazione dell'accesso al materiale in questione a pertinenti prestatori di servizi intermediari diversi dai prestatori di servizi di *hosting* che dispongano della capacità tecnica e operativa di agire con riguardo a tale materiale<sup>84</sup>.

Particolare attenzione viene, altresì, dedicata alle attività di formazione e informazione dei professionisti che, a vario titolo, hanno probabilità di entrare in contatto con le vittime dei reati di cui ci si sta occupando. Si prevede, infatti, che, per quanto riguarda i reati informatici di cui agli articoli da 5 a 8 della Direttiva,

<sup>78</sup> M. VENTUROLI, *La tutela “integrata” della vittima di violenza online nello spazio eurounitario*, in *www.sistemapenale.it*, 23 giugno 2025, par. 3.

<sup>79</sup> A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, cit., 17. Analogamente, T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2020, 3, 461 ss.

<sup>80</sup> Corte Edu, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*.

<sup>81</sup> A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, cit., 39.

<sup>82</sup> V. art. 23, par. 1, della Direttiva.

<sup>83</sup> V. art. 23, par. 1, comma 2, e par. 2 della Direttiva.

<sup>84</sup> Così art. 23, par. 2, comma 2 della Direttiva.

dette attività possano comprendere, alla luce della peculiare tipologia di violenza, contenuti specifici sul modo di individuare e affrontare le peculiari esigenze di protezione e assistenza delle vittime<sup>85</sup>.

Infine, la Direttiva incoraggia «la cooperazione ai fini dell'autoregolamentazione tra i pertinenti prestatori di servizi intermediari, come ad esempio la definizione di codici di condotta». In tale prospettiva, si prevede che gli Stati membri svolgano attività di sensibilizzazione in merito a dette misure di autoregolamentazione adottate dai prestatori di servizi intermediari, «in particolare per quanto riguarda le misure volte a rafforzare i meccanismi per contrastare il materiale *online* ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1», nonché la formazione del personale per quanto riguarda la prevenzione dei reati di cui alla Direttiva medesima<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Così art. 36, par. 10 della Direttiva.

<sup>86</sup> V. art. 42 della Direttiva.

CATERINA PAONESSA

LA DIFFUSIONE DI CONTENUTI ILLECITI ONLINE.  
OBBLIGHI DI INCRIMINAZIONE E CONTRASTO DEL “DEEPPFAKE”  
NELLA DIRETTIVA (UE) 2024/1385 <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Una preliminare contestualizzazione. – 2. Le direttrici di tutela penale. In particolare: il caleidoscopio della dignità umana. – 3. Il fenomeno “deepfake”. – 4. L’attuale assetto della regolamentazione nazionale. – 5. La condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato nella prospettiva europea e il suo possibile impatto sull’art. 612-ter c.p. – 6. Gli ulteriori risvolti attuativi.

1. *Una preliminare contestualizzazione*

L’allestimento, tramite direttive, di articolati programmi di tutela che si estendono fino a comprendere specifiche istanze di natura repressiva è un tratto ormai ricorrente dell’*acquis* europeo, espressamente legittimato dall’art. 83 TFUE. Anche la recente direttiva (UE) 2024/1385, «sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica», si colloca in questo tracciato, rendendo, di riflesso, necessarie alcune premesse sistemiche per poterne cogliere appieno tanto il contenuto precettivo, quanto le potenziali ricadute applicative.

Su un piano generale, è utile, innanzitutto, ricordare che gli obblighi di incriminazione evocano una precisa “tecnica” di evoluzione del diritto penale: al vincolo sovraordinato, espressivo di valutazioni anticipate sulla meritevolezza e sul bisogno di pena, fa da *pendant*, infatti, la limitazione della libertà di scelta politica del legislatore. Questo schema si ripete quale che sia la fonte impositiva del vincolo di tutela: sia essa la Costituzione oppure il diritto sovranazionale, segnatamente il diritto dell’Unione europea. Se, nella forma, il *modus operandi* è sempre lo stesso, nella sostanza emergono, però, differenze piuttosto significative tra obblighi costituzionali ed obblighi europei di penalizzazione.

Allocata nella Costituzione, la tutela penale obbligatoria è servente alla piena attuazione di diritti e libertà fondamentali<sup>1</sup>, da presidiarsi anche (e soprattutto)

<sup>(\*)</sup> È il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta al convegno “*La nozione di contenuto illecito online. Fattispecie e responsabilità penale nella prospettiva europea*”, svoltosi presso l’Università di Bologna nei giorni 29-30 novembre 2024, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Per una disamina dell’assiologia dei valori tutelati nell’esperienza costituzionale italiana, europea e internazionale, sia consentito il rinvio a C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La di-*

contro il rischio di possibili degenerazioni dell'esercizio del potere punitivo. Si tratta di ipotesi, per il vero assai circoscritte, che hanno visto coagulare intorno a sé un naturale consenso, non solo perché contenutisticamente collimanti con il complesso dei valori delineato nella fonte che li ospita, elemento fondativo dello stesso diritto penale, ma anche e, specificamente, per la precipua funzione di garanzia da essi assolta. Emblematica, in proposito, è l'unica clausola di incriminazione presente nel nostro ordinamento – l'art. 13, comma 4, Cost. – che pone l'obbligo di reprimere penalmente «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»<sup>2</sup>: il valore rispetto al quale si trova a soccombere la riserva di legge è la libertà personale, ovvero la stessa garanzia che è alla base della legalità penale<sup>3</sup>.

Ad una visione per così dire “riduzionistica” degli obblighi di tutela, si è affiancata nel tempo una corrente di segno opposto, segnata dalla crescita esponenziale delle richieste di presidio penale di fonte sovranazionale, al cui rispetto l'ordinamento è tenuto a norma dell'art. 117 Cost. Formalmente gli *input* europei di penalizzazione sono ossequiosi della riserva di legge; per poter funzionare, essi necessitano, invero, della loro traduzione in leggi dello Stato e, quindi, della collaborazione del legislatore nazionale. Ma affiorano anche significative peculiarità, che meritano di essere rimarcate. Simmetrica all'amplificazione numerica di questa tipologia di vincoli è, infatti, la variabilità contenutistica degli stessi, a sua volta funzionale ad assicurare, in chiave utilitaristica, l'effettività della politica unionista nei settori di competenza<sup>4</sup>. Si è al cospetto di richieste spesso stringenti in

*screzionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Ets, Pisa, 2009, 65 ss., 119 ss.

<sup>2</sup> Imprescindibile è il rimando allo studio di D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, fasc. 2, 484 ss. Sul carattere «eccezionale e isolato» della tutela penale obbligatoria assicurata dalla disposizione costituzionale, attestato anche dai lavori dell'Assemblea costituente, v., altresì, da ultimo, N. ZANON, *Violenza ai danni delle persone private della libertà: i lavori preparatori dell'articolo 13, comma 4, della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, fasc. 3, 917 ss. e, parimenti, E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2025, 160 ss.

<sup>3</sup> Volendo, ancora, *amplius* C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 26 ss. e, segnatamente, 32, nonché EAD., *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *Leg. pen.*, 2021, fasc. 1, 251.

<sup>4</sup> È sufficiente menzionare, a titolo meramente esemplificativo, la direttiva (UE) 2024/1226 relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione e che modifica la direttiva (UE) 2018/1673, quest'ultima relativa alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale; la direttiva (UE) 2017/1371 sulla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale; la direttiva (UE) 2014/57 concernente le sanzioni penali in caso di abusi di mercato; si veda pure la direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, con le criticità relative

ordine all'*an* e al *quantum* di pena, le quali, nell'esigere dagli Stati membri la punizione di determinati fatti, si spingono, non di rado, a descrivere le connotazioni strutturali della fattispecie incriminatrice e la cornice sanzionatoria, con una marginalizzazione di fatto del legislatore nazionale, che – complice una lettura talvolta cieca dell'obbligo di fedeltà e di leale collaborazione – ne vede fortemente menomata la sua autonomia disciplinare e politico-criminale. Con ciò dimenticando, però, che si tratta del solo soggetto abilitato a produrre norme penali e che l'Unione europea non ha, allo stato, una competenza penale diretta<sup>5</sup>.

Ferma questa inquadratura di sistema tra obblighi costituzionali ed europei di tutela penale, a cui si affianca – come si è detto – l'ulteriore distinzione tra obblighi valoriali (che hanno dietro la tutela della persona) e obblighi improntati all'efficientismo eurounitario, che certamente non stanno sullo stesso piano, va, nondimeno, evidenziata l'eccezione rappresentata dalla direttiva (UE) 2024/1385 in esame. Emerge qui un volto dell'Unione diverso da quello che si è palesato, per esempio, all'ombra delle note vicende delle false comunicazioni sociali<sup>6</sup> o, più di recente, della sentenza Taricco<sup>7</sup>. A profilarsi è l'immagine di una Europa che si preoccupa di proteggere dei valori e che, per farlo, ambisce a disegnare un'ampia strategia di contrasto al riprovevole fenomeno della «violenza contro le donne» e della «violenza domestica», seguendo un triplice piano di intervento: preventivo, di supporto e assistenza alle vittime, e, appunto, di carattere repressivo.

Sia detto per inciso. La logica efficientista, in realtà, neppure in tale occasione, è completamente oscurata. La direttiva attecchisce come risposta alle difficoltà di ratifica della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa<sup>8</sup>, di cui ne riprende parzialmente i contenuti. Ma è un efficientismo – si potrebbe dire – “a fin di be-

all'imputazione della responsabilità per colpa, su cui cfr. C. LARINNI, *Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *Riv. pen.*, 2020, fasc. 5, 458 ss. (consultabile anche in *disCrimen*).

<sup>5</sup> Va da sé che, più si assottiglia la discrezionalità legislativa nell'adattamento delle richieste sovranazionali al diritto interno, più si finisce per accreditare, surrettiziamente, una competenza penale diretta del diritto europeo, allo stato inesistente; in questi termini, F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in questa *Rivista*, 2019, 289.

<sup>6</sup> Per una ricognizione delle censure di illegittimità sollevate, v., per tutti, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3<sup>a</sup> ediz., Giuffrè, Milano, 2007, 119 ss.

<sup>7</sup> Sulla vicenda, definitivamente chiusa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 115/2018, nell'ambito di un ampio dibattito, cfr., *ex plurimis*, i contributi raccolti nel volume *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini Giuridica, Pisa, 2016, nonché F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero “rivoluzionaria”*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 3, 1311 ss.

<sup>8</sup> B. PEZZINI, *Una Direttiva in materia di lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, in *Quad. cost.*, 2024, fasc. 3, 731 ss. Diffusamente, sulla Convenzione di Istanbul, cfr. l'analisi contenuta nel volume *Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, a cura di S. De Vido e M. Frulli, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023.

ne”, che punta ad armonizzare a livello europeo, la disciplina di temi oltre modo delicati, che attingono sfere della persona particolarmente sensibili richiedendo – e il dato non manca di essere evidenziato nella stessa direttiva – un approccio “globale”. Non è un caso che il testo spinga per l’adozione di una serie di misure che toccano anche il piano processuale (dal potenziamento dell’accesso alla giustizia al rafforzamento di misure protettive e risarcitorie, passando per limitazioni probatorie finalizzate alla salvaguardia di aspetti della vita privata delle vittime) e parimenti investono l’approccio culturale al fenomeno della violenza di genere e domestica (segnatamente con la promozione di campagne o programmi educativi e di sensibilizzazione, volti, tra l’altro, a contrastare gli stereotipi di genere e a promuovere parità e rispetto reciproco).

Un’impostazione, dunque, almeno in linea di principio, olistica quella fatta propria dalla direttiva europea, che non manca di confrontarsi, come si vedrà a breve, anche con dinamiche complesse, quali la violenza (intesa in senso lato) *online*, che non trovano invece adeguato spazio di riconoscimento entro l’apparato convenzionale.

## 2. *Le direttrici di tutela penale. In particolare: il caleidoscopio della dignità umana*

Nell’approfondire le richieste di presidio penale avanzate dalla direttiva, colpisce, in prima battuta, la loro aggregazione sotto la comune etichetta «Reati di sfruttamento sessuale femminile e minorile e criminalità informatica». Un’etichetta, a ben guardare, alquanto imprecisa, se rapportata ai contenuti che ne sono ricompresi, la quale si spiega in ragione della necessità di agganciare le previsioni europee alla cornice normativa di riferimento per provvedimenti di questo tipo. Come noto, il Trattato di Lisbona consente, infatti, l’adozione di «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» alla condizione che esse riguardino «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni»; tra queste, sono indicate nominativamente proprio lo «sfruttamento sessuale delle donne e dei minori», da un lato, e la «criminalità informatica», dall’altro (art. 83, par. 1, TFUE). Il loro richiamo testuale vale, quindi, a fugare ogni possibile dubbio – che pure non si è mancato di manifestare<sup>9</sup> – sulla correttezza della base giuridica utilizzata per il varo del testo normativo.

<sup>9</sup> E. BERGAMINI, *Combating Violence against Women and Domestic Violence from the Istanbul*

Lo spettro di tutela è oltre modo ampio; sullo sfondo della repressione del contrasto della violenza contro le donne e della violenza domestica sono posti vari diritti fondamentali: il diritto all'uguaglianza e alla parità di trattamento (considerando n. 2), «il diritto alla dignità umana, il diritto alla vita e all'integrità della persona, la proibizione di pene o trattamenti inumani o degradanti, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, il diritto alla non discriminazione, compresa quella basata sul sesso, e i diritti del minore» (considerando n. 3).

Ciononostante, l'impressione è che la protezione giuridica che si intende approntare faticosi ad affrancarsi dalle tradizionali cornici della libertà sessuale e della libertà morale. Il dato è evidente specialmente con riguardo al primo filone di obblighi che attiene alla necessità di sanzionare penalmente, anche in forma tentata (art. 9, par. 3, della direttiva (UE) 2024/1385), le condotte di «mutilazioni genitali femminili» e di «matrimonio forzato», peraltro già contemplate dalla Convenzione di Istanbul. Si tratta di *input* – merita evidenziarlo – ad “impatto zero” sul nostro ordinamento, da tempo adempiente sul punto. Alle indicazioni contenute negli artt. 3 e 4 della direttiva (UE) 2024/1385 fanno da *pendant*, infatti, le previsioni incriminatrici dell'art. 583-*bis* c.p. e dell'art. 558-*bis* c.p., rispettivamente inserite nel codice penale dalla l. 9 gennaio 2006, n. 7 («Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile») e dalla l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso). La prima delinea una autonoma figura di lesioni personali particolarmente gravi, secondo la logica tipica del diritto penale simbolico, valendo a stigmatizzare non solo il fatto in sé, ma anche le sue radici culturali, incompatibili con la concezione della persona come portatrice di diritti inalienabili, tra cui quello all'integrità e alla vita sessuale<sup>10</sup>. E lo stesso può dirsi per l'art. 558-*bis* c.p. Prima della sua introduzione, per la repressione penale di queste condotte si poteva attingere a diverse fattispecie nelle quali contestualizzare simili vicende (es. gli artt. 572, 605, 610, 609-*bis*, 609-*quater* c.p.). L'inserimento di una disposizione apposita è valso, ad ogni modo, a valorizzare precipuamente la libertà di autodeterminarsi sulla propria vita sentimentale e matrimoniale; è su questo, infatti, che si appunta lo specifico disvalore della fattispecie, nel quadro di un fenomeno comunque complesso, che può assumere forme diverse a seconda del contesto in cui ha luogo<sup>11</sup>. Anche tenuto con-

*Convention to the EU Framework: The Proposal for an EU Directive*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, n. 2, 28 ss.

<sup>10</sup> F. GIUNTA, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Sussidiario di diritto penale, Parte speciale*, a cura di F. Giunta, in *disCrimen* (sezione “Testi e iper-testi”), agg. 2 maggio 2023, cap. XVI, § 5; cfr., altresì, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Ets, Pisa, 2010, 41 ss.

<sup>11</sup> In tema, C. RIGONI, *I matrimoni forzati: una prospettiva europea*, in *Foro it.*, 2023, fasc. 3, V, 135 ss.

to di tali fattori, il tentativo di costringere o indurre taluno al matrimonio ai sensi dell'art. 558-*bis* c.p. sembra apparire una misura di per sé sufficiente a soddisfare l'ulteriore indicazione europea di sanzionare penalmente il fatto di «attirare un adulto o un minore nel territorio di un paese diverso da quello in cui risiede allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio» (art. 4, lett. *b*, della direttiva (UE) 2024/1385); diversamente si consentirebbe ad un eccessivo arretramento della tutela rispetto al bene giuridico protetto<sup>12</sup>, senza considerare le difficoltà sul versante probatorio.

Più articolato il secondo filone di obblighi che comprende la repressione di plurime forme di “violenza digitale”, tra cui la «condivisione o manipolazione non consensuale di materiale intimo o manipolato», lo «stalking online» e le «molestie online», l'«istigazione alla violenza o all'odio online» (artt. 5-8 della direttiva (UE) 2024/1385). Le condotte – accomunate tutte dal necessario impiego di «tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)», ossia da quell'insieme di tecniche che permettono di ricevere, elaborare, trasformare e trasmettere informazioni (dati digitali) – prendono in considerazione profili diversi: alcune attengono al momento genetico, altre a quello della diffusione, altre ancora all'uso strumentale di determinati “contenuti” veicolati *online*.

Ad emergere in modo preponderante è, per lo più, l'esigenza di salvaguardare la tranquillità psichica e la libertà di autodeterminazione della vittima in ordine alle modalità di conduzione della propria vita privata. Si tratta di istanze di tutela, anche queste, che trovano già, in larga misura, una risposta sul versante interno. La fattispecie incriminatrice degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), segnatamente l'ipotesi aggravata del secondo comma, che fa riferimento alla commissione del fatto «attraverso strumenti informatici o telematici», appare, infatti, in grado di dare copertura sia all'*input* di punire l'impiego – ripetuto e continuativo – di strumenti di monitoraggio dei movimenti e delle attività della vittima, anche all'insaputa della stessa («senza il suo consenso o un'autorizzazione legale a tal fine»), qualora tali condotte possano arrecarle «un danno grave»<sup>13</sup> (art. 6 della direttiva (UE) 2024/1385, «stalking online»), sia, nella sostanza, a talune situazioni rientranti nelle «molestie online» (art. 7 della direttiva (UE) 2024/1385). Sotto quest'ultimo profilo, sorvolando sulla non ineccepibile formulazione linguistica degli obblighi in questione, il citato disposto dell'art. 612-*bis* c.p. consenti-

<sup>12</sup> Rileva questa criticità anche A. MASSARO, *La direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano*, in *Sistema penale*, 2025, fasc. 3, 117.

<sup>13</sup> Nel considerando n. 21 della direttiva (UE) 2024/1385 si evidenzia che «di solito l'autore del reato fa un uso improprio della tecnologia per rendere più pressante un comportamento coercitivo e controllante, la manipolazione e la sorveglianza, aumentando così la paura, l'ansia e il graduale isolamento della vittima da amici e familiari e dal contesto professionale», lasciando intendere, pur nell'ambiguità del testo dell'art. 6, che il danno non sia, dopotutto, slegabile dalla condotta.

rebbe di inglobare, invero, tanto il fatto di «assumere, in modo ripetuto o continuativo, comportamenti minacciosi nei confronti di una persona, almeno qualora tali comportamenti comportino il rischio di commettere reati, tramite TIC, se tali comportamenti possono indurre la persona in questione a temere seriamente per la propria incolumità o per l'incolumità delle persone a carico» (lett. *a*), quanto quello di «adottare pubblicamente, insieme ad altre persone, tramite TIC, comportamenti minacciosi o ingiuriosi nei confronti di una persona, qualora tale comportamento possa arrecare un grave danno psicologico alla persona in questione» (lett. *b*)<sup>14</sup>. Non c'è dubbio che, astrattamente, le condotte anzidette potrebbero ricadere, a seconda delle circostanze concrete, anche sotto altre previsioni incriminatrici già esistenti; il ventaglio delle possibilità, tuttavia, deve tenere conto del *quantum* sanzionatorio delineato, in proposito, dalla direttiva, che fissa, in effetti, la soglia minima della punibilità all'applicazione della «reclusione non inferiore nel massimo a un anno» (art. 10, par. 4, della direttiva (UE) 2024/1385). Ciò renderebbe plausibile, per fare un esempio, la loro attrazione eventualmente nella diffamazione aggravata *ex* art. 595, comma 3, c.p., ma non nella minaccia, pure se grave, la cui previsione di pena massima è «fino a un anno» (art. 612, comma 2, c.p.), a meno di non procedere ad un ritocco del trattamento punitivo della fattispecie.

Con riguardo alle restanti ipotesi di «molestie online» la cui incriminazione è sollecitata in sede europea, esse fotografano, da un lato, la pratica del c.d. *cyberflashing*, ossia l'invio – non richiesto – di «un'immagine, un video o altro materiale analogo raffigurante i genitali», dall'altro lato, quella del c.d. *doxing*, concernente la diffusione di «materiale contenente i dati personali di una persona». L'orizzonte della tutela non guarda al fatto in sé, ma alle sue ripercussioni pregiudizievoli sulla persona offesa: nel primo caso, infatti, la condotta deve essere tale da poterle arrecare «un grave danno psicologico» (art. 7, lett. *c*, della direttiva (UE) 2024/1385); nel secondo, in termini ancora più pregnanti, è richiesta la finalità di «istigare altre persone ad arrecare un danno fisico o psicologico grave» (art. 7, lett. *d*, della direttiva (UE) 2024/1385). Se è vero che non si dispone di incriminazioni *ad hoc*, basta prestare mente alla casistica più frequente che coinvolge situazioni di questo tipo per avvedersi che non si tratta di esigenze sguarnite di protezione nel contesto nazionale, potendo ricadere, in ipotesi, nella fattispecie contravvenzionale dell'art. 660 c.p. (la quantificazione sanzionatoria minima di cui si è detto non comprende, infatti, il *cyberflashing* di cui alla lett. *c* dell'art. 7

<sup>14</sup> Sottolinea S. BRASCHI, *La nuova direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica e le sue ricadute nell'ordinamento nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1375 che l'obbligo di incriminazione si indirizzerebbe a quegli Stati membri che non dispongono già di fattispecie precipuamente volte a sanzionare lo *stalking*, con un impulso quindi ad armonizzare la disciplina nel contesto europeo.

della direttiva) oppure, ancora, nelle norme volte a reprimere l'illecita diffusione di dati personali ai sensi del c.d. Codice della *privacy*, sempre che, va da sé, non ricorrano i presupposti operativi di fattispecie più gravi.

C'è, infine, anche dell'altro da considerare. Tra le pieghe delle richieste di penalizzazione sembrano ritagliarsi uno spazio autonomo, infatti, istanze di tutela esorbitanti il grande contenitore della libertà morale, che pure le include, strettamente legate alla necessità di proteggere il valore identitario della persona, inteso sia come percezione soggettiva di sé, sia come immagine sociale proiettata all'esterno. Alcuni sviluppi della normativa europea parrebbero, in particolare, mettere in luce forme di offesa che, degradando profondamente l'umanità della persona, tendono a configurarsi come autentiche lesioni della dignità. Siffatto valore, che innegabilmente manifesta molteplici sfaccettature nel campo della tutela dei beni personali<sup>15</sup>, opererebbe, dunque, come criterio di legittimazione dell'intervento punitivo. Sennonché, la sua forte connotazione etica, da un lato, e il relativismo ideologico che lo contraddistingue, dall'altro, ne rendono l'impiego alquanto controverso, con il rischio concreto che tale parametro finisca per impattare negativamente sulla reale consistenza dell'offesa. Da qui l'esigenza di definire con chiarezza quali aspetti della dignità umana siano meritevoli di effettiva protezione giuridica, sì da evitare di tramutare in oggetto di repressione penale impostazioni ideologiche del tutto legittime e innocue, che andrebbero, però, ad alimentare una visione esclusivamente vittimocentrica della materia.

Nel contesto della direttiva (UE) 2024/1385, la questione si pone specificamente per il vincolo a punire l'istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di detto gruppo «definito con riferimento al genere» (art. 8). Sebbene il testo normativo non offra alcuna precisazione in ordine al suo significato, il concetto rimanda, implicitamente, alla disciplina internazionale, identificandosi con l'insieme di «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini» (art. 3, lett. c, della Convenzione di Istanbul, ratificata in Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77). Il problema di fondo, in tale ambito, è distinguere tra necessità del diritto penale e spinta meramente moralizzatrice di comportamenti assistita dal diritto penale, al quale verrebbe riconosciuta, in altre parole, una sorta di funzione palinogenetica, ma sulla cui efficacia, tuttavia, si ha più di un buon motivo per dubitare<sup>16</sup>. Se questo è il crinale, va da sé che la carica offensiva andrebbe selettivamente cercata non nella semplice manifestazione di opinioni o ideologie, bensì in atti che ledono concretamente aspetti ben definiti

<sup>15</sup> F. GIUNTA, *Il valore della dignità*, in *Sussidiario di diritto penale*, cit., cap. XIV, § 9.

<sup>16</sup> G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari-Roma, 2017, 49-50, 135; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*, Ets, Pisa, 2019, 179.

della dignità, centrata su principi costituzionali e universalmente riconosciuti, perché largamente condivisi e culturalmente non divisivi, in linea con quanto previsto, ad esempio, per l'istigazione ad atti di violenza per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa (art. 604-*bis* c.p.)<sup>17</sup>.

Non mancano, ad ogni modo, situazioni in cui la dimensione offensiva è più facilmente apprezzabile in ragione della natura stessa della condotta. Così per quelle forme di «condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato» consistenti nel «produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico tramite TIC immagini, video, o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona» (art. 5, par. 1, lett. *b*, della direttiva (UE) 2024/1385). Il *background* di questo specifico obbligo di incriminazione risiede nella pratica del c.d. *deepfake*, dalla cui perimetrazione occorre, pertanto, partire per una corretta valutazione delle sue implicazioni giuridiche.

### 3. Il fenomeno “deepfake”

Sul piano linguistico, *deepfake* è classificabile come “parola macedonia”: il neologismo «mette insieme», infatti, «più parole maciullate» – la locuzione *deep learning*, contratta al solo aggettivo – «con una parola intatta» – il sostantivo *fake* –<sup>18</sup>. La sincrasi è presa in prestito direttamente dall'inglese e, come tale, riversata nella lingua corrente.

La scelta risponde ad una logica, evidentemente, di sintesi espressiva. Il primo segmento – *deep learning* – reca in sé una complessità esplicativa che la semplice trasposizione linguistica – “apprendimento profondo” o, se si preferisce, “approfondito” – non è in grado di rendere. L'espressione, che è gergale, allude ad un tipo di apprendimento automatico, identificativo di un insieme di tecniche che, tra le altre cose, «permettono all'intelligenza artificiale di imparare a riconoscere le forme»<sup>19</sup>, utilizzando plurime stratificazioni di dati, fundamentalmente imitan-

<sup>17</sup> Viene comunque lasciata agli Stati membri la possibilità di «decidere di configurare come reato soltanto le condotte atte a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciose, offensive o ingiuriose»; così l'art. 8, par. 2, della direttiva (UE) 2024/1385, che porterebbe nel nostro ordinamento a valorizzare l'istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p. Sul punto, A. MASSARO, *La direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, cit., 122.

<sup>18</sup> In questi termini B. MIGLIORINI, *Uso ed abuso delle sigle*, in ID., *Conversazioni sulla lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1949, 89.

<sup>19</sup> Così la voce *Deepfake*, inserita nel 2018 nella sezione *Neologismi* dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani: [https://www.treccani.it/vocabolario/deepfake\\_\(Neologismi\)/](https://www.treccani.it/vocabolario/deepfake_(Neologismi)/).

done l'elaborazione da parte del cervello umano<sup>20</sup>. Meno problematico il secondo segmento: *fake* ha una portata concettuale ben definita; indica ciò che è falso, finto, non rispondente al vero.

Altrove si è provato a sperimentare la strada di composti autoctoni: *ultrasu-plantación* o *ultrafalso* in Spagna<sup>21</sup>, *hypertrucage* in Francia<sup>22</sup>, ad esempio. Ma si tratta di tendenze allo stato isolate, che non sono state in grado di scalzare *in toto* l'impiego in purezza dell'anglicismo, anche perché la sua resa traduttiva, pur nella fedeltà all'originale delle varianti proposte, perde in termini di descrittività, non consentendo quell'automatica correlazione all'aspetto tecnologico che è il tratto maggiormente caratterizzante l'espressione *deepfake*. L'accento sulla qualificazione della falsificazione finisce per offuscare, invero, proprio la modalità che dà corso alla stessa, che, come si vedrà a breve, con i suoi automatismi, è esattamente ciò che rende tale attività particolarmente pervasiva e pernicioso. Si spiega così come mai, anche da noi, formule sostanzialmente analoghe – “falso profondo”, pure nella versione “profondo falso”<sup>23</sup>, contenente una implicita suggestione cinematografica, o, ancora, l'impiego di traducanti quali “ultrafalso”, “iperfalsificazione”, “falso iperrealistico”, “ipermanipolazione”<sup>24</sup> – non hanno mai attecchito.

Tutto ciò, ad ogni modo, non deve sorprendere. L'universalità del dato linguistico, in fondo, è il riflesso della globalità delle manifestazioni che esso riassume. Il *deepfake* si inquadra, segnatamente, nel complesso di quelle tecniche che consentono di operare *collage* di realtà per mistificare la realtà stessa, identificandone l'ultima frontiera: la forma più evoluta e sofisticata, ma, ad un tempo, alla portata di tutti. Il suo funzionamento si basa, in estrema sintesi, su reti neurali che esaminano ampi *set* di dati per apprendere come replicare le espressioni facciali, i manierismi, la voce e le inflessioni di una persona e ciò consente agli utenti, pure a quelli con scarse competenze tecniche e pressoché privi di capacità artistica, di modificare video, scambiare volti (*face swapping*), alterare espressioni e sintetizzare il parlato con una precisione quasi perfetta<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> I.H. SARKER, *Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions*, in *SN Computer Science*, 2021, n. 420, 2 ss.

<sup>21</sup> E. SIMÓ SOLER, *Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho*, in *InDret*, 2023, n. 2, 496; M. SANTISTEBAN GALARZA, *La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2024, n. 31, 211 ss.

<sup>22</sup> S. RENAUDIN, *Le deepfake ou l'hypertrucage. Connaître la réglementation et s'en prémunir*, in *Village de la Justice*, 19 febbraio 2025.

<sup>23</sup> M. GRAMELLINI, *Profondo falso*, in *Corriere della sera*, 26 settembre 2019.

<sup>24</sup> Vedi il *topic* sull'individuazione di un possibile traducante dell'espressione *deepfake* nello spazio di discussione sulla lingua italiana (*Cruscate*) aperto su *Achyra* (<https://www.achyra.org>).

<sup>25</sup> M. WESTERLUND, *The Emergence of Deepfake Technology: A Review*, in *Technology Innova-*

Proprio questa attitudine a toccare nel profondo, in modo deliberato e intenzionale, l'identità della persona, nelle manifestazioni che la contraddistinguono come un *unicum*, ha finito per determinare una torsione ermeneutica dell'espressione *deepfake*. Se, riguardato nel suo significato etimologico, l'intreccio tra *deep learning* e *fake* è "neutro", perché indica niente più che una tecnica molto raffinata di falsificazione che sfrutta le amplissime possibilità messe a punto dalle applicazioni dell'intelligenza artificiale, va dato atto che l'espressione – quasi subito dall'esordio – ha visto sempre più polarizzare il suo significato sul prodotto distillato, ossia sul contenuto creato, che altro non è se non un "falso convincente"<sup>26</sup>, giungendo, in pratica, ad identificarsi con esso.

L'associazione più immediata che è invalsa nella prassi è quella che salda il *deepfake* con il materiale audiovisivo. Non è un caso che uno tra i più noti dizionari della lingua italiana spieghi l'espressione come il «filmato che presenta immagini corporee e facciali catturate in Internet, rielaborate e adattate a un contesto diverso da quello originario tramite un sofisticato algoritmo»<sup>27</sup>. La categoria, in realtà, è più ampia. Di questo se ne ha piena contezza in ambito giuridico, tant'è che il recente regolamento UE 2024/1689 (*AI Act*) considera *deepfake* – con un'evidenza anche plastica della sineddoche che fonde la tecnologia nel suo *output* – «un'immagine o un contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona» (art. 3, par. 1, n. 60)<sup>28</sup>.

La fenomenologia del *deepfake*, come si può intuire, è oltre modo varia. Si passa dal materiale artatamente creato a scopo di *divertissement* e, in generale, "innocuo" a quello, invece, ben più "compromettente", dove frasi mai pronunciate e situazioni mai vissute, possono avere fortissimi riverberi sul piano relazionale e sociale di un individuo, attribuendo o facendo equivocare modi di essere della sua persona, che ne minano nel profondo l'aspetto identitario. Il grado di verosimiglianza del prodotto finale è elevato: esso è facilmente confondibile con ciò che potrebbe essere autentico, perfino (anzi verrebbe quasi da dire soprattutto) quando è incredibile.

*tion Management Review*, 2019, vol. 9, 40. V. anche G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell'immagine corporea tra privacy e riservatezza*, Giappichelli, Torino, 2024, 160 ss.

<sup>26</sup> G.F. LENDVAI-G. GOSZTONYI, *Deepfake y desinformación. Qué puede hacer el derecho frente a las noticias falsas creadas por deepfake?*, in *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2024, n. 41, 3.

<sup>27</sup> In questi termini, ancora, la voce *Deepfake*, cit.

<sup>28</sup> Per una contestualizzazione dell'approccio legislativo europeo che, sul piano della disciplina, si limita a prevedere obblighi di trasparenza per i fornitori e i *deployers* di determinati sistemi di IA (segnatamente, considerando n. 134 e art. 50, par. 4), sanzionandone l'inosservanza in via amministrativa (art. 99), cfr. A. ORLANDO, *La regolamentazione del deepfake in Europa, Stati Uniti e Cina*, in *MediaLaws*, numero speciale 1/2024, 311 ss.

Molteplici ne sono gli impieghi. La *misinformation* passa anche per l'utilizzo di questi strumenti altamente decettivi, agevolmente strumentalizzabili al fine di convogliare consensi sul piano politico<sup>29</sup>, manipolare strategicamente un determinato pubblico o creare ulteriori fratture nelle divisioni già esistenti<sup>30</sup>, finanche pregiudicare, in certi contesti, la sicurezza nazionale e il regolare svolgersi della vita democratica<sup>31</sup>. Pur in assenza di dati esaustivi o pienamente attendibili sulla diffusione delle diverse tipologie di *deepfake*, è difficile negare, però, che una componente significativa del fenomeno, sin dalle sue prime manifestazioni, riguardi le alterazioni che toccano la sfera dell'intimità sessuale. Questo tipo di prodotto – si rileva<sup>32</sup> – ha anche un altro triste primato: quello di coinvolgere in prevalenza donne, perpetrando, con forme tecnologicamente avanzate, quella tendenza alla reificazione del corpo femminile – eredità anche di un ancestrale paradigma culturale – che ha da sempre contraddistinto, purtroppo, se pure non in via esclusiva, la pornografia.

#### 4. L'attuale assetto della regolamentazione nazionale

Sul piano giuridico, va considerato che, ad oggi, il mero allestimento di *deepfake*, ossia di materiale non veritiero ancorché realistico, non ha di per sé rilevanza penale. Il fenomeno non sfugge, comunque, completamente alle maglie punitive.

La diffamazione (per lo più nella forma aggravata del terzo comma, che fa riferimento all'impiego di qualsiasi mezzo di pubblicità) è certamente in grado di dare una cornice legale a tale tipologia di contenuti, nella misura in cui la loro diffusività si riverbera sulla reputazione dei soggetti coinvolti.

Ancora, i *deepfake* potrebbero acquisire una rilevanza strumentale nel contesto della realizzazione di fattispecie ben più gravi: l'estorsione (art. 629 c.p.), gli atti persecutori già menzionati (art. 612-*bis* c.p.), la pedopornografia (se sono coinvolti minori), ne sono alcune esemplificazioni.

Meno plausibile appare, invece, l'applicabilità della fattispecie di sostituzione di persona (art. 494 c.p.), la quale rasenta il parossismo implicando che sia lo

<sup>29</sup> T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020, 45 ss.

<sup>30</sup> G.F. LENDVAI-G. GOSZTONYI, *Deepfake y desinformación*, cit., 4.

<sup>31</sup> D.K. CITRON-R. CHESNEY, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, in *California Law Review*, 2019, vol. 107, 1776 ss., 1783-1784; G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale*, cit., 159.

<sup>32</sup> J. BAILEY-S. DUNN, *Recurring Themes in Tech-Facilitated Sexual Violence Over Time. The More Things Change, the More They Stay The same*, in *Criminalizing Intimate Image Abuse: A Comparative Perspective*, a cura di G.M. Caletti e K. Summerer, Oxford University Press, Oxford, 2024, 50.

stesso autore del *deepfake* a dover sostituire illegittimamente la propria all'altrui persona, per indurre taluno in errore. Ipotesi che, va da sé, non può escludersi *a priori* (si pensi al caso di chi, intrattenendo una relazione con persona già coniugata, altera un video che ritrae se stesso in atteggiamenti intimi con persona diversa dall'amante, sostituendone poi il suo volto con quello dell'amante; il materiale così confezionato viene successivamente reso pubblico affinché il coniuge dell'amante, vedendolo, decida di interrompere il rapporto chiedendo la separazione), ma che di certo non fotografa la casistica più frequente.

Con riferimento specifico al deplorabile fenomeno dei *deepfake* pornografici, il dato che più di ogni altro viene enfatizzato è l'impossibilità di ricondurlo alla fattispecie deputata alla repressione della diffusione illecita di materiale (immagini o video) «sessualmente espliciti» (art. 612-ter c.p., c.d. *revenge porn*). A tale norma, come noto, nel nostro ordinamento è affidato il contenimento degli effetti perversi legati alla “digitalizzazione” (auto o eteroprodotta) dell'intimità sessuale, quale nuova modalità di estrinsecazione della libertà sessuale<sup>33</sup>, con la previsione di un trattamento sanzionatorio assai rigoroso (reclusione da 1 a 6 anni e multa da 5.000 a 15.000 euro), facilmente incrementabile se il fatto è commesso «attraverso strumenti informatici o telematici».

Per come è stata congegnata, tale fattispecie incriminatrice ha un ambito di operatività piuttosto stringente. Non deve esserci, ovviamente, il consenso alla diffusione da parte delle persone «rappresentate», ma è richiesta altresì la «destinazione privata» delle immagini o dei video in questione. Come a dire: la fattispecie ha quale retroterra inespresso – e quindi come presupposto – la formazione “intra-relazionale” del materiale “a contenuto sessualmente esplicito”, ossia la formazione del materiale ad opera degli stessi soggetti che ivi sono ritratti, sia essa condivisa o meno da tutti: tanto nel caso in cui il materiale venga realizzato in modo consensuale – senza inganno, alla luce del sole – tra i soggetti coinvolti, quanto nel caso in cui sia realizzato da parte di uno (o di alcuni) soltanto dei soggetti coinvolti all'insaputa dell'altro (o degli altri)<sup>34</sup>. Il bersaglio della tutela, come non si è mancato di mettere fin da subito in evidenza, è la fuoriuscita di quel particolare tipo di materiale dal circuito ristretto (confidenziale) nel quale doveva rimanere confinato<sup>35</sup>, che – giova sottolinearlo – non implica necessariamente un

<sup>33</sup> C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn. Tessere di un mosaico normativo*, in questa *Rivista* 2021, 285.

<sup>34</sup> C. PAONESSA, *Ai confini del c.d. Revenge porn*, cit., 288 ss.; cfr., altresì, D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, in *disCrimen*, 2022, fasc. 1, 246.

<sup>35</sup> Trib. Reggio Emilia, 22 novembre 2021, n. 528, in *disCrimen*, 7 gennaio 2022, richiamata da D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit., secondo cui l'inciso «destinati a rimanere privati» si presta a circoscrivere l'oggetto materia-

legame affettivo, né una determinata forma di manifestazione “giuridica”; tali situazioni ove ricorrenti, fanno scattare semmai l’aggravante speciale del terzo comma, che determina un aumento di pena là dove la condotta sia stata realizzata dal «coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

Ne consegue che il *mashup* digitale, quale combinazione (generalmente) di volti, corpi e voci di persone reali con corpi che possono essere altrettanto reali o creati artificialmente, sfugge all’ambito operativo della fattispecie. E non solo perché il *deepfake* prescinde dall’allestimento “lecito” del materiale oggetto di divulgazione. Ma anche perché il peculiare perimetro dell’art. 612-ter c.p., per come disegnato dal legislatore, non può che guardare unicamente al materiale che abbia un contenuto sessualmente esplicito “genuino”.

Così pure deve dirsi, per completare il quadro, a proposito delle interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis, comma 2, c.p.) e del delitto di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-septies c.p.). Le due fattispecie potrebbero sì fornire tutela nel caso della diffusione di materiale realizzato e formato da un terzo all’esterno di un contesto relazionale, ma solo se l’atto sessualmente esplicito è quello ritratto o ripreso in un luogo di privata dimora o in un contesto comunque riservato, ossia, anche qui, se è “autentico”. Nessuna delle due norme consente, all’evidenza, di porre l’accento sull’attività manipolativa che è il tratto qualificante del *deepfake*.

##### 5. *La condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato nella prospettiva europea e il suo possibile impatto sull’art. 612-ter c.p.*

Come accennato, nuovi scenari parrebbero dischiudersi sulla scia della direttiva (UE) 2024/1385, segnatamente per effetto degli obblighi finalizzati alla repressione della «condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato» (art. 5), la cui attuazione, sotto vari profili, andrebbe ad intersecarsi con l’assetto di tutela già definito dall’art. 612-ter c.p.

La disposizione interna risulterebbe in linea di massima conforme alla prospettiva regolativa ora assunta dall’Europa. Quest’ultima, invero, limita l’oggetto della tutela soltanto al materiale «ritraente atti sessualmente espliciti o le parti intime di una persona», in luogo di quello «a contenuto sessualmente esplicito» della disposizione nazionale<sup>36</sup>, agganciando la punibilità sempre al potenziale «danno gra-

le del reato solo alle immagini sessualmente esplicite condivise o volontariamente realizzate «dalla coppia all’interno del contesto relazionale», in un ambito quindi «connotato da reciproca fiducia».

<sup>36</sup> Nella lettura giurisprudenziale, la locuzione normativa «non rimanda evidentemente e necessariamente alla diffusione di video o immagini di un organo proprio dell’apparato sessuale».

ve» arrecato alle persone ritratte (art. 5, par. 1, lett. a), là dove, invece, il «documento», nell'art. 612-ter c.p., configura unicamente il dolo specifico della condotta dei c.d. secondi distributori (comma 2), ossia di chi abbia ricevuto o acquisito il materiale senza averlo realizzato o sottratto (c.d. primi distributori, di cui al comma 1).

Una maggiore incisività potrebbe, ad ogni modo, discendere dalla mancanza, nella direttiva europea, di qualsivoglia riferimento alla “destinazione privata” del materiale diffuso. Ciò potrebbe portare, di risulta, a ritenere inoperativa l'attuale limitazione situazionale dell'art. 612-ter c.p. di cui si è detto in precedenza (cfr. *retro* § 4), consentendo l'applicazione della previsione incriminatrice anche ai casi in cui è il terzo “estraneo” al contesto relazionale a realizzare o acquisire il materiale (che poi diffonde) in cui sono ritratti o ripresi altri soggetti. L'eventuale estensione permetterebbe di abbracciare, di conseguenza, tutte quelle situazioni, particolarmente riprovevoli, di coartata formazione delle immagini sessualmente esplicite; si pensi alla diffusione di immagini a contenuto sessualmente esplicito rappresentative di fatti di reato (ad esempio, quelle realizzate nell'ambito di una violenza sessuale). Sennonché sotto il rigore sanzionatorio dell'art. 612-ter c.p. dovrebbero farsi ricadere parimenti le condotte diffusive di immagini sessualmente esplicite, formate da terzi, che abbiano come protagonisti soggetti sì inconsapevoli delle riprese, ma che si sono esposti volontariamente o inavvertitamente alla possibile visibilità altrui. Rispetto a tali vicende – può essere utile ricordarlo – il vuoto punitivo conseguente all'attuale formulazione dell'art. 612-ter c.p. non è stato ritenuto del tutto insensato in dottrina: la non punibilità sarebbe, infatti, la contropartita della depenalizzazione delle fattispecie di atti osceni in luogo pubblico ex art. 527, commi 1 e 3, c.p.<sup>37</sup>. Nell'assetto definito dalla direttiva, l'unico limite alla punibilità, in pratica, parrebbe essere quello – in sé scontato – che fa salvi «i principi fondamentali connessi alla libertà di espressione e di informazione e alla libertà delle arti e delle scienze, quali recepiti nel diritto dell'Unione o nazionale» (art. 5, par. 2, della direttiva (UE) 2024/1385 e, parimenti, il considerando n. 20).

riproduttivo in senso medico-scientifico, né tantomeno allude ad un solo atto sessuale vero e proprio (sulla cui nozione, complessa, molto ci si interroga ai fini dell'integrazione delle diverse fattispecie penali nelle quali essa viene inserita)», ma può riguardare «anche altre parti erogene del corpo umano, come i seni o i glutei, nudi o in condizioni e contesto tali da evocare la sessualità»; in questi termini Cass. pen., sez. I, 28 marzo-28 agosto 2024, n. 33230, in *Diritto e giustizia*, 29 agosto 2024; analogamente cfr. Cass. pen., sez. V, 5 marzo-27 giugno 2024, n. 25516, in *Ced* rv. 286566-1; ID., 29 marzo-26 luglio 2023, n. 32602, in *Diritto e giustizia*, 27 luglio 2023; ID., 22 febbraio-7 aprile 2023, n. 14927, in *Ced* rv. 284576-03. In dottrina, cfr. G. PANEBIANCO, *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti: tra carenze della fattispecie incriminatrice e coadiuvanti extrapenali*, in *GenIUS*, 16 novembre 2022, 10.

<sup>37</sup> D. MICHELETTI, *L'interversione publicationis quale elemento costitutivo della fattispecie di Revenge porn*, cit., 247.

Per ciò che più interessa in merito al *deepfake*, al di là di tali aspetti, che comunque non inficerebbero il presupposto – sotteso all’art. 612-ter c.p. – della necessaria genuinità del materiale sessualmente esplicito in diffusione, la novità di maggiore rilievo risiede nella espressa apertura della direttiva alla punibilità della diffusione di materiale fasullo, ma tale da poter essere scambiato per vero (art. 5, par. 1, lett. b, della direttiva (UE) 2024/1385)<sup>38</sup>.

Non si tratta, va subito precisato, di un *passpartout* per la criminalizzazione indistinta del complesso fenomeno. L’obbligo sancito in sede europea riguarderebbe, infatti, soltanto la diffusione non consensuale di materiale prodotto, manipolato o alterato «in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti».

Non è chiaro, inoltre, se l’obbligo di incriminazione includa o meno i *deepfake* “audio”. L’oggetto materiale del reato, per come delineato dalla direttiva, comprende immagini, video e «altro materiale analogo». Se non v’è dubbio che l’audio possa essere assimilato alle immagini e ai video quando viene utilizzato in combinazione o in modo complementare con essi, la mera creazione o manipolazione di tracce audio in modo che suonino come se fossero pronunciate da una persona specifica, sì da far credere che essa «partecipi ad atti sessualmente espliciti», quando in realtà ciò non è mai accaduto, si pone al limite. L’estensione del «materiale analogo» in chiave funzionale, guardando cioè all’esperienza percettiva nel suo complesso, non risulterebbe immune di criticità, in assenza di un’esplicita menzione.

Sebbene la formulazione della previsione normativa non brilli per nitidezza espressiva<sup>39</sup>, l’obbligo di incriminazione in esame parrebbe, invece, tagliare fuori – comprensibilmente – i *deepfake* esclusivamente “virtuali”, i cui contenuti cioè

<sup>38</sup> Per G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale*, cit., 172, il requisito del realismo sarebbe la condizione dell’estensione della punibilità dell’art. 612-ter c.p.: «è l’impossibilità (o la grande difficoltà) di distinguere se si tratti di un’immagine vera o falsa, infatti, a fondare la lesione della riservatezza e, dunque, a giustificare l’incriminazione nella più severa cornice della diffusione di immagini sessualmente esplicite. All’opposto, quando l’immagine è evidentemente falsa, sembra prevalere la lesione dell’onore e della reputazione della persona»; in quest’ultimo caso «le ipotesi di “*photo-shopping*” grossolani» dovrebbero conseguentemente ricadere «nel perimetro della diffamazione, come peraltro già avviene».

<sup>39</sup> E lo stesso potrebbe dirsi per il considerando n. 19 della direttiva in esame che dovrebbe avere una funzione esplicativa: «Tale reato dovrebbe comprendere anche la produzione, la manipolazione o l’alterazione non consensuale (ad esempio l’editing di immagini), anche mediante l’uso dell’intelligenza artificiale, di materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessuali, purché detto materiale sia successivamente reso accessibile al pubblico tramite TIC, senza il consenso dell’interessato. Nel concetto di produzione, manipolazione o alterazione dovrebbe rientrare anche la fabbricazione di video fasulli ma realistici (“*deepfake*”) con persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi molto simili a quelli realmente esistenti, che ritraggono una persona mentre compie atti sessuali, risultando falsamente autentici o veritieri agli occhi altrui».

non coinvolgono in alcun modo persone reali. Il riferimento, da un lato, al «far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti» e, dall'altro lato, alla mancanza di consenso «della persona interessata», così come l'esplicita richiesta, ai fini della punibilità, che le condotte «possano arrecare un danno grave a tale persona», inducono a ritenere non solo che gli innesti debbano coinvolgere parti corporee di persone «effettivamente esistenti», reali, ma anche che queste parti, una volta composte nell'immagine, nel video o nell'analogo materiale menzionato, siano in grado di consentire la riconoscibilità e l'identificazione del soggetto a cui appartengono. Non ci sarebbe spazio, dunque, per una previsione analoga a quella (per il vero assai discussa) della pedopornografia virtuale (600-*quater*.1 c.p.), che si configura allorché «il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse». Come noto, infatti, anche alla luce della precisazione contenuta nel comma 2 di ciò che si intende per «immagini virtuali», la fattispecie, non senza perplessità, troverebbe applicazione pure nel caso di figure di minori interamente «realizzate con tecniche di elaborazione grafica», nelle quali difetta «in tutto» l'associazione «a situazioni reali»<sup>40</sup>. Si tratta di ipotesi prive di offensività, dirette più che altro a sanzionare la perversione dell'agente, prescindendo da una lesione effettiva del bene tutelato. Con riferimento agli adulti varrebbero gli stessi rilievi critici.

## 6. *Gli ulteriori risvolti attuativi*

Sulla punibilità del *deepfake*, la direttiva europea muove – è evidente – in una cornice di prudenza, verosimilmente nella consapevolezza delle difficoltà che, su questo terreno, si riscontrano sul versante probatorio e, verrebbe da dire, anche in mancanza, come si è visto, di una definizione unitaria del fenomeno, che non si sottrae, in linea di principio, a rischi di estremizzazione.

Resta irrisolto, in particolare, il nodo della formulazione dell'ipotetica figura di reato: l'*input* dato dalla normativa sovranazionale parrebbe compatibile, infatti, sia con una conformazione della tutela in termini di pericolo concreto che di danno.

Nel nostro ordinamento, l'*iter* di recepimento è iniziato (A.C. 2280)<sup>41</sup>, sebbene, per una singolare contingenza temporale, risulta parimenti pendente alla Ca-

<sup>40</sup> Cfr., a tal proposito, Cass. pen., sez. III, 13 gennaio-9 maggio 2017, n. 22265, in *DeJure*, relativa al possesso di cartoni animati *hard*, raffiguranti personaggi con caratteristiche fisiche e comportamentali riconducibili a soggetti minorenni, coinvolti in attività sessuali.

<sup>41</sup> Si tratta del disegno di legge recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2024», il cui testo, già approvato dal Senato (A.S. 1258), è consultabile in <https://temi.camera.it>.

mera anche un altro percorso normativo (A.C. 2316), relativo alla discussione del disegno di legge recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale»<sup>42</sup>, che pure tocca la questione. In quest'ultimo caso, la scelta regolativa del *deepfake* – che, lo si ribadisce, è qui solo occasionalmente interferente con la direttiva europea, non costituendone la diretta attuazione – va nel senso di una criminalizzazione generalizzata del fenomeno e nella sua configurazione come delitto di danno. Si propone, infatti, di inserire nel codice penale una previsione incriminatrice *ad hoc* – l'art. 612-*quater* c.p. – volta a punire, con la reclusione da uno a cinque anni, l'«illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale», ossia la condotta di «chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità»<sup>43</sup>. Non è facile individuare il confine con ciò che rimane fuori dalla sfera della punibilità, che è innegabilmente più ampia di quella fatta propria dalla direttiva (UE) 2024/1385. Gli scenari regolativi restano, dunque, aperti, anche a soluzioni che potranno prescindere da un ritocco diretto, almeno sul punto specifico del *deepfake*, della fattispecie in tema di diffusione di immagini e video a contenuto sessualmente esplicito.

Il legislatore – è questo l'aspetto che merita valorizzare – ha un ruolo molto importante nella fase recettiva dei vincoli sovranazionali, che si concretizza anche nel modo di vedere l'attualizzazione di simili richieste, dando loro, per esempio, quella luce su cui la direttiva non dà indicazioni. Un'attuazione “cieca” del vincolo di fedeltà eurounitaria, assistita dall'obbligo conformativo derivante dall'art. 117 Cost., potrebbe finire per avvalorare, invece, squilibri sanzionatori e scelte che si allontanano dai principi consolidati nella nostra tradizione giuridica.

D'altra parte, neppure sul versante più arato delle prescrizioni obbliganti di matrice costituzionale, il vincolo di penalizzazione è mai stato inteso in chiave meccanicistica, ossia in modo tale da elidere totalmente la discrezionalità legisla-

<sup>42</sup> Anche tale disegno di legge, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro della Giustizia, risulta già approvato dal Senato (A.S. 1146); il relativo testo è reperibile sempre in <https://temi.camera.it>.

<sup>43</sup> Diversa, per fare un raffronto, la soluzione francese dettata dalla l. 21 maggio 2024, n. 449, sulla «messa in sicurezza e regolamentazione dello spazio digitale», che ha introdotto nel *Code pénal* la sezione «Della lesione alla rappresentazione della persona»; nello specifico, l'«*infraction de montage*» (art. 226-8 *Code pénal*), anche a carattere sessuale (art. 226-8-1 *Code pénal*), prescinde dal requisito del danno, punendo «il fatto di rendere noto al pubblico o a terzi un «*montage*» realizzato con le parole o l'immagine di una persona oppure un «contenuto visivo o sonoro generato da un trattamento algoritmico» che rappresenti sempre l'immagine o le parole di una persona senza il suo consenso, alla condizione che non risulti chiara o non sia fatta menzione di tale natura.

tiva. Anche quando espresso dalla Carta fondamentale, l'obbligo in questione fissa il limite minimale della tutela, che spetta al legislatore concretizzare<sup>44</sup>, in conformità con l'assetto penale dell'ordinamento, in particolare tenendo conto della proporzionalità dell'impiego della pena rispetto al bene giuridico da assicurare, nonché della stessa coerenza della scelta punitiva con le altre previsioni criminose presenti.

Da questa angolazione, guardando agli interventi futuri, può risultare allora utile il parallelismo con la diffamazione, attesa la tendenza dell'onore a formalizzarsi nel bene-immagine. Con una significativa differenza, però, che va rimarcata: la lesione dell'onore, che allude alla stima sociale, può essere, infatti, di per sé giustificata dall'interesse pubblico alla manifestazione del pensiero, quella dell'immagine(-dignità), che identifica il valore identitario della persona in sé e rispetto agli altri, può essere giustificata solo dal consenso scriminante (che rispetto alla diffamazione è un'ipotesi di scuola e inverosimile).

È innegabile che almeno una specifica categoria di *deepfake* – quella a contenuto sessuale – sia offensiva di per sé, quand'anche fosse strumento di critica o di satira. Il fenomeno assume tratti di straordinaria lesività con l'eteroesposizione della propria immagine decontestualizzata, sia nelle fattezze (combinazione con corpo altrui), sia nell'ambientazione (compromettente nella misura in cui interessa la sfera della propria intimità). Si tratta, comunque, di un'offesa disponibile, che dovrebbe proiettare fisiologicamente verso la perseguibilità a querela.

<sup>44</sup> L. GROSSI, *I "nuovi" obblighi costituzionali di tutela penale: dall'an al quomodo dell'incriminazione*, in *Leg. pen.*, 2024, fasc. 1, 238, sottolinea, al riguardo, che «è sul piano del quomodo dell'incriminazione che è destinato a trovare composizione il difficile bilanciamento tra i vincoli di tutela penale derivanti da una fonte sovraordinata e l'apporto discrezionale connaturato all'esercizio del potere legislativo», delineandosi «un modello incrociato in cui vengono a saldarsi le indicazioni derivanti dalla fonte di rango superiore e le valutazioni discrezionali compiute dal legislatore nel rispetto dei principî costituzionali».



# **Antologia**



NICCOLÒ DECORATO

NOMINA NUDA TENEMUS: LA CONFUSIONE DEL LEGISLATORE  
FRA OGGETTO MATERIALE ED OGGETTO GIURIDICO  
NEL DIRITTO PENALE DEI BENI CULTURALI

SOMMARIO: 1. I limiti concettuali della riforma del 2022. – 2. Una prima diraspatura: la deludente tassonomia del Titolo VIII-*bis* del Codice penale. – 3. Il patrimonio culturale come bene giuridico corrispondente ad un modello proprietario collettivo. – 4. Il bene culturale fra i crepacci del principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico ed il burrone dell'arbitrio giudiziario. – 4.1. Profili critici della tesi del bene culturale come elemento normativo. – 4.2. Una nozione parzialmente autonoma di bene culturale ai fini penali. – 5. Conclusioni.

1. *I limiti concettuali della riforma del 2022*

*Nihil sub sole novum*, constatava rassegnato Qoèlet<sup>1</sup>, di fronte al continuo e vano ripetersi degli affanni umani, solo apparentemente latori di novità; parimenti, oggi, potrebbe declamare il penalista al cospetto del “nuovo” Titolo VIII-*bis* del codice penale. Ciò perché, al di là delle superficiali novità costituite dal trasloco codicistico, dalla veste delittuosa e da qualche condotta prima non criminalizzata, niente è veramente cambiato rispetto alla più generale impostazione della tutela penale del patrimonio culturale nel nostro Paese, la quale resta sostanzialmente un epifenomeno della disciplina amministrativa, avendo il legislatore del tutto mancato il naturale bersaglio di un cambio di passo e di registro che l'ingresso nel *sancta sanctorum* della legislazione penale avrebbe dovuto avere, conformemente peraltro alla fondamentale rilevanza del patrimonio culturale, giusta l'art. 9, comma 2 della Costituzione.

L'impressione è che, a dispetto di una lunga tradizione legislativa dedicata alla tutela di tale patrimonio e del superamento dell'impostazione estetico-monumentale<sup>2</sup>, il legislatore non abbia ancora, in realtà, portato alle estreme e logiche conseguenze la scelta assiologica soggiacente alla tutela stessa: resta, invece, ostaggio di una concezione di patrimonio culturale “paleolitica” nella sua ostinata

<sup>1</sup> *Eccl.* 1:10.

<sup>2</sup> V., per tutti, A. VISCONTI, *Problemi e prospettive della tutela penale del patrimonio culturale*, Torino, Giappichelli, 2023, 102 ss.

materialità, ancorata alle preoccupazioni di carattere eminentemente pragmatico di cui il Codice dei beni culturali e del paesaggio (*postea* CBC, o “Codice Urbani”) è espressione. La risposta a tali esigenze non può che venire dalla disciplina amministrativa del patrimonio culturale, ma ciò non significa che l’impostazione del problema penalistico debba seguire quella del problema amministrativo come una rima obbligata.

## 2. *Una prima diraspatura: la deludente tassonomia del Titolo VIII-bis del Codice penale*

Provando a ricostruire il sistema, è possibile parlare di sei gruppi tematico-funzionali di fattispecie all’interno del Titolo VIII-bis: delitti di sottrazione di beni culturali (artt. 518-bis e 518-ter c.p.); delitti di inquinamento del mercato (artt. da 518-quater a 518-septies c.p.); delitti di falso culturale (artt. 518-octies, 518-quaterdecies e 518-quinquiesdecies c.p.); delitti di illecita circolazione di beni culturali (artt. da 518-novies a 518-undecies c.p.); delitti di danneggiamento del patrimonio culturale (artt. 518-duodecies e 518-terdecies c.p.).

Ma una simile costruzione ci porta, in verità, poco lontano e finisce per essere poco più che uno schema riassuntivo, il quale, peraltro, non fuga i dubbî e le perplessità che suscitano i delitti di inquinamento del mercato e di falso culturale<sup>3</sup>.

Nel primo caso, perché il nucleo di disvalore pare risiedere, come del resto per le ipotesi comuni<sup>4</sup>, nell’intorbidimento dell’economia<sup>5</sup>, non essendo presente alcun elemento tipizzante che si incarichi di selezionare ipotesi lesive del patrimonio culturale in una misura tale da spostare il baricentro di disvalore, sicché sarebbe stata più comprensibile la previsione di una fattispecie aggravata, anziché autonoma – una critica, questa, che è estensibile a quasi tutta la riforma.

Nel secondo caso, perché problematico è notoriamente già il settore del falso penale, per cui l’aggiunta di nuove ipotesi al già affollato novero non può che trascinare con sé nel nuovo Titolo codicistico i problemi del Titolo VII, del cui bene giuridico peraltro esacerba l’inconsistenza<sup>6</sup>. Per un verso, se la fede pubblica fosse un effettivo bene giuridico, non si capirebbe perché la contraffazione di un’opera d’arte od il falso documentale relativo ad un bene culturale non siano stati collocati fra i delitti contro la fede pubblica; per l’altro, se il legislatore ritiene che essi offen-

<sup>3</sup> *Ivi*, 167 ss. e relativa bibliografia.

<sup>4</sup> Cfr. F. MUCCIARELLI, Money laundering, *diritto penale dell’economia e concorrenza: qualche nota a margine*, in *disCrimen*, 2024, n. 1, 249 ss.

<sup>5</sup> A. VISCONTI, *Problemi e prospettive*, cit., 312.

<sup>6</sup> V. G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68 ss.

dano il bene finale del patrimonio culturale, non si capisce perché lo stesso non possa dirsi rispetto al patrimonio od all'amministrazione pubblica per buona parte delle classiche ipotesi di falso. Ne risultano quindi intorbidite tanto le acque del Titolo VII che quelle del Titolo VIII-*bis*. Peraltro, la giurisprudenza ebbe già ad affermare con riferimento ai *corpora* normativi pre-riforma che le ipotesi di falso culturale "tutelano non già l'integrità delle opere, oggetto proprio della disciplina dei beni culturali, ma la regolarità e onestà degli scambi del mercato artistico"<sup>7</sup>.

A ben vedere, le fattispecie *de quibus* in comune hanno l'oggetto materiale più che quello giuridico e neanche questo è vero fino in fondo<sup>8</sup>: due ipotesi, infatti, contemplano come oggetto materiale i "beni paesaggistici" e gli "istituti e luoghi della cultura"; nella falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali, invece, l'oggetto materiale è la scrittura privata; nella contraffazione di opera d'arte, poi, l'oggetto materiale è l'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico o archeologico (beni che non necessariamente sono culturali); infine, nel caso dell'omessa denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o detenzione di un bene culturale, difetta proprio un oggetto materiale.

Resta che, se proprio il Titolo VIII-*bis* avesse eretto un novello domicilio sistematico per gli ennesimi inquilini del nostro codice penale, dovremmo concludere che il legislatore abbia adottato anche un nuovo regolamento urbanistico: a farla da padrone non è più l'oggetto giuridico, ma quello materiale, un elemento tradizionalmente ritenuto privo di una sua vera autonomia e più adatto a costituire la rubrica di un Capo anziché di un Titolo del codice.

Tale profilo è, dal punto di vista teorico, molto più significativo delle possibili critiche movibili in punto di tecnica legislativa.

### 3. *Il patrimonio culturale come bene giuridico corrispondente ad un modello proprietario collettivo*

Ammesso e non concesso che le fattispecie previste sotto il Titolo in commento abbiano tutte il medesimo bene giuridico categoriale, resterebbe comunque da chiedersi in cosa esso consista. Esso parrebbe rimanere "per altro individuato attraverso il riferimento, implicito, all'art. 2 c.b.c."<sup>9</sup>, il quale tuttavia, una volta in-

<sup>7</sup> Così, con riguardo agli artt. 127-128, D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, poi sostituiti dall'art. 178 CBC ed oggi confluiti nell'art. 518-*quaterdecies* c.p., Cass. pen., Sez. III, sentenza 13 marzo 2007, n. 26072, Rv. 237221 – 01, in CED.

<sup>8</sup> Sul punto, più dettagliatamente, N. DECORATO, *La tutela del patrimonio culturale: ceci n'est pas un système*, in *disCrimen*, 2024, n. 1, 78 s.

<sup>9</sup> A. VISCONTI, *Problemi e prospettive*, cit., 117.

formatici che esso si compone tanto dei beni culturali quanto di quelli paesaggistici, non fa che operare una definizione di questi due termini per rinvio alla (notevolmente) articolata disciplina amministrativa che lo segue. Se ciò è perfettamente idoneo ai fini del *corpus* normativo in cui tale disposto è collocato, non lo è affatto ai fini penalistici. Infatti, a ben vedere, l'art. 2 CBC definisce non l'oggetto giuridico, bensì gli oggetti materiali che il Codice Urbani sottopone a disciplina; è sufficiente leggerne il comma 2 per convincersene. Non è un caso che la definizione faccia riferimento a delle *cose* aventi un *valore* e non direttamente al *valore culturale* stesso: il Codice Urbani detta una disciplina amministrativa, volta a influire sulla gestione e sulla circolazione di specifici oggetti materiali, che deve, quindi, prima individuare all'esito di un procedimento atto a setacciare l'incommensurabile quantità di oggetti materiali astrattamente idonei ad essere classificati come parte del patrimonio culturale. Ma, se questa fosse la prospettiva anche nel campo penale, ci troveremmo di fronte ad una *species* del *genus* patrimonio che difficilmente potrebbe giustificare un Titolo autonomo del Codice penale; l'approccio più coerente sarebbe stato l'introduzione di una circostanza aggravante ogniqualvolta l'oggetto materiale di un'offesa patrimoniale fosse un bene culturale. Una simile lettura sminuirebbe inevitabilmente la "rilevanza costituzionale, superindividuale e intergenerazionale, del patrimonio culturale"<sup>10</sup> consacrata nell'art. 9, comma 2 Cost.

Il primo indizio da cui muovere per costruire una diversa soluzione è che il legislatore ha ritenuto di collocare il nuovo sottosistema codicistico immediatamente in coda al Titolo VIII, dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio<sup>11</sup>. Tale sistemazione costituisce un indice importante per il tentativo di ricostruzione dell'oggetto giuridico predicato dalla novella: nonostante la dizione "patrimonio culturale" richiami immantinentemente e quasi *ipso facto* il concetto di proprietà, quindi, per il penalista, il Titolo XIII, l'interesse tutelato non è affatto di carattere privatistico. La topologia codicistica è, qui, chiara: vi è, nella nozione di patrimonio culturale, un *quid pluris*, una vena marcatamente pubblicistica. Le offese che coinvolgono questi beni, pare dirci la legge 9 marzo 2022, n. 22, vanno oltre la sfera dei soggetti immediatamente coinvolti, attingendo agli interessi della comunità intera.

Se tale considerazione può risultare banale per quanto concerne i c.d. beni paesistici (comunque oggetto a ben vedere dei soli artt. 518-*duodecies* e 518-*terdecies* c.p.), non lo è altrettanto rispetto a quelli culturali, i quali possono ben

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> La collocazione fu controversa in sede di lavori preparatori. Per un breve riassunto ed alcuni rilievi, *cf.* P. CIPOLLA, *La legge 22/22 in tema di beni culturali: "deriva pan-penalistica" o diritto penale simbolico?*, in *Giust. pen.*, 2023, II parte, 38 ss. e 55 ss.

avere come soggetto titolare un privato. Tuttavia – è questa la chiave di lettura che qui si propone a criterio dipanatore della matassa di dubbî –, il regime giuridico ritagliato dal legislatore per i beni culturali ha a ben vedere proprio una siffatta forte caratura collettivista. A riprova di ciò, è possibile osservare in dottrina una serie di ricostruzioni in tal senso. Da un lato, vi è chi parla di una moderna forma di dominio diviso<sup>12</sup>, che vede convivere due anime proprietarie, una privata ed una pubblica e comune, entrambe insistenti sul medesimo bene, con conseguente compressione delle prerogative dominicali, o, più correttamente, con coesistenza di due distinti diritti dominicali attribuiti a due soggetti altrettanto distinti. Da un altro, si è parlato di “statuto proprietario del tutto particolare”, di “una proprietà «altra» e «diversa» rispetto a quella tradizionale”<sup>13</sup>, probabilmente “una proprietà a suo modo destinata”<sup>14</sup>. Taluni hanno invece ricondotto i beni culturali alla categoria dei beni d’interesse pubblico<sup>15</sup>, mentre altri ancora hanno osservato che l’alternativa fra la teorica della doppia qualificazione giuridica del bene culturale e quella del bene di interesse pubblico “non comporta conseguenze pratiche rilevanti”, dacché in ogni caso “trova applicazione un doppio regime giuridico separato ma necessariamente sovrapponibile: quello privato economico e quello pubblico culturale che pone limitazioni al primo”<sup>16</sup>. In dottrina si è infine ritenuto che la “formula «proprietà comune dell’umanità», adoperata spesso per sottolineare la rilevanza di talune categorie di beni culturali” implichi una “proprietà di «terzo grado»” che “deve poter prevalere sugli interessi tipici della proprietà di «primo grado» (quella del privato) e sulla proprietà di «secondo grado» di eventuali soggetti pubblici”<sup>17</sup>. Coerentemente, la Commissione Rodotà

<sup>12</sup> G. MORBIDELLI, *La proprietà culturale in Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Atti del Convegno di Firenze, 8 maggio 2015, Coll. Quaderni della Fondazione del Notariato, Ediz. Il Sole 24 ore, n. 1/2015, 17-18. La tesi può farsi risalire almeno sino a M.S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell’Anno Acc. 1962-63*, Mario Bulzoni editore, Roma, 1963, 89 ss. Tuttavia, l’Autore ebbe poi a rivedere tale posizione, ritenendola “inappagante” e aderendo così al rilievo (rinvenibile in G. PALMA, *Beni d’interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Napoli, 1971, cap. I) secondo il quale “il dominio eminente attiene ad un interesse che ha contenuto patrimoniale”, (M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1976, fasc. 1, 25, nota 15). Ciò lo portò così a sostenere che “il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione” (*Ivi*, 31).

<sup>13</sup> F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà obbliga*, in *Politica del diritto*, dicembre 2016, fasc. 4, 548.

<sup>14</sup> *Ivi*, 554.

<sup>15</sup> M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 19 ebbe a criticare che le elaborazioni dottrinali sul bene d’interesse pubblico si siano invero risolte in un abbandono della precedente teorica gemmata a partire dalla nozione di limitazioni amministrative alla proprietà privata.

<sup>16</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Torino, Giappichelli Editore, 2020, 1322.

<sup>17</sup> S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico del bene culturale*, in *Annali dell’associazione Bianchi Bandinelli*, Roma, 1994, 17.

incluse i beni culturali e paesistici nella lista esemplificativa di “beni comuni”<sup>18</sup> che figurava fra i principî e criterî direttivi di cui all’art. 2, comma 3, lett. c) della sua proposta di articolato per una legge delega.

Ebbene, è questa ultima visione, che porta a frutto la riflessione iniziata a partire dalla teorica dello sdoppiamento dominicale, che qui si intende sposare: il patrimonio culturale è un bene giuridico di carattere super-individuale, collettivistico ed intergenerazionale che dà vita ad un autonomo modello proprietario – la proprietà culturale – in cui su una medesima *res* insistono tanto un valore economico quanto uno culturale: il primo dà vita al fascio di prerogative tipico dei diritti di carattere patrimoniale, il quale potrà avere poi un titolare tanto privato quanto pubblico; il secondo dà vita ad un intreccio di oneri, doveri ed obblighi che ricadranno *propter rem* sul titolare dei diritti dominicali, in ragione di un interesse che travalica la nozione di interesse pubblico per costituirsi come un interesse collettivo la cui peculiarità è la sua proiezione verso il futuro in ottica intergenerazionale. Ne è riprova il fatto che la disciplina del Codice Urbani è in buona parte dedicata a beni che sono di proprietà pubblica ed impone vincoli agli stessi soggetti pubblici, che non possono disporre liberamente di essi beni proprio in ragione dell’interesse preminente alla conservazione in favore delle generazioni future, cioè di soggetti di diritto che non solo ancora non esistono, ma non sono neanche ancora stati concepiti. Vi è di più, l’interesse in questione non appartiene necessariamente al solo Stato-comunità, potendo appartenere ad una pletera indeterminata di soggetti che, a seconda del bene in questione, può arrivare a ricomprendere l’umanità tutta, tanto presente quanto futura. È questo, d’altronde, il senso del concetto di “patrimonio culturale dell’umanità”.

Mutuando una felice espressione di Carlo Cattaneo<sup>19</sup>, ripresa da Paolo Grossi<sup>20</sup>, il patrimonio culturale è “un altro modo di possedere”, un paradigma proprietario a stampo né pubblico né privato, ma collettivo – con buona pace dell’art. 42, comma 1, primo periodo Cost. Quest’ultimo, d’altronde, fa riferimento alla sola componente dominicale e non è che l’eredità tralaticia della bipartizione gaiana<sup>21</sup>, smentita poi larvatamente dal comma 2 dello stesso articolo.

<sup>18</sup> Su cui ID., *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2013, Parte quinta, 459 ss.

<sup>19</sup> C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, in A. Bertolino (a cura di), *Scritti economici*, vol. III, Firenze, Le Monnier, 1956, 187.

<sup>20</sup> P. GROSSI, “Un altro modo di possedere”. *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

<sup>21</sup> Gai. Inst. 2, 10: “*Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut priuatae*”.

#### 4. *Il bene culturale fra i crepacci del principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico ed il burrone dell'arbitrio giudiziario*

Così inteso il patrimonio culturale, il passo successivo per comprendere cosa, allora, esso sia (o debba essere) nella sua veste di bene giuridico meritevole di tutela penale – e non come insieme più o meno esteso di oggetti materiali –, consiste nel divincolarsi dai lacci che la forza della prevenzione impone ai polsi del giurista che abbia familiarità con il sistema del Codice dei beni culturali. Il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, d'altronde, non è un dogma inviolabile<sup>22</sup>, come dimostra il tradizionale insegnamento in tema di autonomia delle nozioni “civilistiche” nell'ambito dei delitti contro il patrimonio<sup>23</sup>. Ciò non può che portare l'interprete, inevitabilmente, ad interrogarsi sulla nozione di “bene culturale” da adottarsi ai fini della legge penale<sup>24</sup>. Infatti, non solo il legislatore non ha voluto dare una tale definizione, ma nel nostro ordinamento ne è a ben vedere rinvenibile più d'una: oltre a quella offerta dall'art. 2 CBC esistono autonome definizioni date ai fini di singole fonti normative inter- e sovra-nazionali che impongono una riflessione sulla possibile esistenza di un minimo comune multiplo.

Anzitutto, è da notare che non vi è uniformità di tecnica normativa nella posizione di tali definizioni. Alcune adottano la tecnica del rinvio ad una lista di categorie di oggetti di cui in allegato<sup>25</sup>, con ulteriore specificazione di soglie temporali e monetarie<sup>26</sup>, altre rinviano alla definizione offerta dal diritto nazionale<sup>27</sup>. Infine, la Convenzione di Nicosia<sup>28</sup> adotta un approccio differenziale a seconda che si tratti di cose mobili o immobili: per le prime, oltre al requisito della classificazione, definizione o specifica designazione quali cose di importanza per l'archeologia, la

<sup>22</sup> Sui rapporti fra diritto civile e diritto penale e sul principio *de quo* in particolare, v. D. MICHELETTI, *Influenze e interferenze tra diritto penale e diritto civile*, in questa *Rivista*, 2023, 271 ss.

<sup>23</sup> Per tutti, F. MANTOVANI-G. FLORA, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>24</sup> P. CIPOLLA, *op. cit.*, 44. Più conciliante appare, invece, G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale: prime riflessioni sul nuovo titolo VIII-bis*, in *Sistema Penale*, 29 aprile 2022, 32.

<sup>25</sup> Regolamento (CE) n. 116/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo all'esportazione di beni culturali; Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali.

<sup>26</sup> Si noti che nel caso del citato Regolamento (UE) 2019/880 il sistema di soglie di cui alle parti B e C dell'allegato vale ai fini del combinato disposto dell'art. 3, § 2 e, rispettivamente, degli artt. 4 e 5, mentre ai fini dell'art. 3, § 1, che vieta l'introduzione di beni culturali rimossi dal territorio del Paese in cui sono stati creati o scoperti in violazione della rispettiva normativa, vale la parte A, che presenta una lista senza specificazioni di soglie, in ragione del rinvio alle disposizioni del Paese di provenienza.

<sup>27</sup> Direttiva 2014/60/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.

<sup>28</sup> Ratificata ed eseguita dal nostro Paese con legge 21 gennaio 2022, n. 6.

preistoria, l'etnologia, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza dai Paesi parte di tale Convenzione o di quella UNESCO del 1970<sup>29</sup>, prevede una lista di categorie cui debbano appartenere, con la prescrizione di una soglia temporale ultracentenaria per le sole antichità (quali iscrizioni, monete, incisioni) e gli elementi di mobilio, ma senza nessuna soglia monetaria; per le seconde, l'unico requisito è essere monumenti, gruppi di edifici, siti o strutture di qualsiasi altro tipo che siano definiti o specificamente designati dai Paesi parte di tale Convenzione o di quella UNESCO del 1970 come di importanza per l'archeologia, la preistoria, l'etnologia, la storia, l'arte o la scienza, ovvero che siano elencati in conformità all'articolo 1 e all'articolo 11 (paragrafi 2 o 4) della Convenzione UNESCO del 1972 sul patrimonio mondiale culturale e naturale.

Per contro, in materia di commercio ed esportazione il CBC ha introdotto una distinzione per soglie monetarie soltanto nel 2004, con l'aggiunta di un allegato A, oggi integrativo della disciplina di cui agli artt. 63, comma 1 e 74, commi 1 e 3, dedicati all'obbligo di denuncia dell'esercizio del commercio di cose antiche ed alle esportazioni extra-UE. Si noti che la lista di cui alla lett. A di tale allegato è la stessa presente nel Regolamento (CE) n. 116/2009, ma ne differisce, tuttavia, al punto 15, che non viene sotto-articolato in più categorie e che, dopo una novella apportata nel 2017, pone come soglia temporale i settanta anni, anziché i cinquanta. Le due fonti differiscono, inoltre, dal punto di vista delle soglie di valore monetario, non risultando quelle di cui alla lett. B dell'allegato A del CBC (peraltro incomprensibilmente speciose) coincidenti con quelle di cui al Regolamento (CE) n. 116/2009.

Quando non si tratti di licenza di esportazione, invece, il CBC adotta un approccio del tutto avulso dalla considerazione monetaria<sup>30</sup>, incentrando la definizione di bene culturale sull'interesse che la cosa ha dal punto di vista artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico o bibliografico e prevedendo unicamente diverse soglie minime di rilevanza dell'interesse *de quo*, con utilizzo di criteri di carattere temporale (tempo decorso dall'esecuzione dell'opera, decesso dell'autore) in chiave di clausola di esclusione solo per alcune categorie di oggetti. Infine, è da notare come il CBC lasci aperta la porta ad ulteriori possibili categorie, dacché l'art. 2, comma 2 CBC, dopo aver rinviato agli artt. 10 e 11, si

<sup>29</sup> Convenzione UNESCO concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali, adottata a Parigi il 14 novembre 1970.

<sup>30</sup> Tant'è che A. VISCONTI, *The Reform of Italian Law on Cultural Property Export and Its Implications for the "Definitional Debate": Closing the Gap with the European Union Approach or Cosmetics? Some Systemic Considerations from a Criminal Law Perspective*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2019, vol. 5, fasc. 2, 175 ebbe a qualificare l'introduzione di una soglia monetaria ai fini dell'esportazione come "*unprecedented*".

chiude con l'inciso "e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà". Tale chiosa è stata interpretata dalla giurisprudenza, per quanto in sede cautelare, come «una formula di chiusura che consente di ravvisare il bene giuridico protetto dalle nuove disposizioni sui beni culturali ed ambientali non soltanto nel patrimonio storico-artistico-ambientale "dichiarato" (beni la cui valenza culturale è oggetto di previa dichiarazione), bensì anche in quello "reale" (beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento di esso da parte delle autorità competenti)»<sup>31</sup>. A dispetto di tale affermazione, massimata in termini similari, si noti però che la sentenza in parola, per affermare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità per difetto di determinatezza invocata dal difensore, ebbe a precisare che «la nozione di "beni culturali", richiamata dall'art. 173 del D.Lgs. n. 42/2004 e ricostruita alla stregua delle previsioni del precedente art. 2, con particolare riguardo al riferimento a "le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà", viene ad assumere, tenuto conto delle norme specifiche di settore e dell'evoluzione storico-scientifica della configurazione dell'interesse culturale, un'accezione peculiare, che la rende precisa e per nulla indeterminata», di talché è da ritenersi che l'elasticità garantita dalla clausola *de qua* sia più limitata di quanto la massima lasci intendere a prima lettura: è comunque necessario mantenere sempre un occhio ben puntato sulla disciplina di settore, il cui impianto sistematico restituisce comunque, nella sua continua evoluzione, una nozione storicamente e normativamente determinata di bene culturale. Ciò nonostante, l'indirizzo sostanzialistico in giurisprudenza appare, oltre che ben consolidato<sup>32</sup>, estendersi ben oltre i confini demarcati per rigettare l'eccezione di incostituzionalità per carenza di determinatezza<sup>33</sup>. Questa impostazione appare metodologicamente stigmatizzabile, essendo di ogni evidenza che il significato letterale della clausola finale dell'art. 2 CBC non consiste in altro che nell'estensione della definizione normativa di bene culturale anche a

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. III, sentenza 15 febbraio 2005, n. 21400, Rv. 231638 – 01, in *CED*.

<sup>32</sup> Per tutti, nella copiosa giurisprudenza maggioritaria Cass. pen., Sez. III, sentenza 5 giugno 2024, n. 30653, Rv. 286801 – 01, in *CED*.

*Contra* si riscontrano poche pronunce isolate: in materia di esecuzione di opere illecite (vecchio art. 169 CBC) su beni pubblici, con riferimento quindi alla verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12 CBC (non la dichiarazione di cui all'art. 13 CBC), Cass. pen., Sez. III, sentenza 24 ottobre 2008, n. 42899, Rv. 241618 – 01, in *CED*; in materia di impossessamento illecito di beni culturali, Cass. pen., Sez. III, sentenza 27 maggio 2004, n. 28929, Rv. 229491 – 01, in *CED*.

<sup>33</sup> Un'impostazione formalista pare essere seguita invece da Cass. pen., Sez. III, sentenza 28 aprile 2025, n. 16096, Rv. 287874 – 02, in *CED*, in cui si afferma che "patrimonio culturale" e "beni culturali" sono «elementi (totalmente e non eventualmente) normativi della fattispecie per la cui definizione è necessario attingere a norme extrapenalistiche che ne descrivono i contenuti», per poi individuare queste ultime negli artt. 2, 10 ed 11 CBC.

quelle altre cose che leggi *extra-codicem* (Urbani) dovessero indicare come “testimonianze aventi valore di civiltà”.

Il problema sta, nella sostanza, nel trovare una soluzione che non tradisca la duplice missione dello *ius criminale*: da un lato la necessità di non venire meno allo scopo delle fattispecie incriminatrici, cioè la tutela effettiva del bene giuridico categoriale; dall'altro, l'ancor più pressante, ed ineliminabile, dovere di tutelare il cittadino contro gli eccessi punitivi dello Stato e le rispettive irrazionalità.

La prima esigenza impone di non fermarsi ad un'interpretazione di carattere strettamente formale che limiterebbe l'applicabilità delle nuove fattispecie delittuose alle sole offese contro il c.d. patrimonio culturale dichiarato. Se, da un lato, tale opzione risponderebbe in massimo grado alle esigenze di certezza e prevedibilità di un diritto penale *Magna Charta del reo* di Lisztiana memoria, dall'altro lascerebbe del tutto privi di tutela i beni culturali non ancora noti alla Pubblica amministrazione. Peraltro, sarebbe una lettura, a tratti, contrastante con la *littera legis*: si pensi all'art. 518-*bis* c.p. nella parte in cui menziona espressamente l'impossessamento di beni culturali di proprietà dello Stato in quanto rinvenuti nel sottosuolo e nei fondali marini come condotta alternativa all'impossessamento mediante sottrazione al detentore. Tale previsione, necessaria per superare il rilievo per cui nel caso dell'impossessamento da parte del rinveniente non vi è sottrazione, in quanto manca un previo detentore<sup>34</sup>, è un chiaro indice del principio per cui ad essere tutelato non è il patrimonio culturale dichiarato, bensì il c.d. patrimonio culturale reale.

In proposito, è stata avanzata la tesi che in realtà ciò sarebbe indice dell'estensione della tutela penale al patrimonio culturale reale solo in alcune specifiche fattispecie per le quali il legislatore si sarebbe premurato di aggiungere ulteriori oggetti materiali<sup>35</sup>. Tale interpretazione sistematica non pare cogliere nel segno, in particolare con riferimento ad uno degli esempi che vengono da taluno adottati, cioè l'art. 518-*undecies* c.p.<sup>36</sup>. Che esso includa fra gli oggetti materiali del delitto di uscita od esportazione illecita di beni culturali anche “cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico o altre cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela ai sensi della normativa sui beni culturali”, infatti, lungi dall'essere un caso di *ubi voluit dixit*,

<sup>34</sup> Cfr. A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *La legislazione penale*, 2021, fasc. 4, 247-248; G.P. DEMURO, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, in *Sistema penale*, 2022, fasc. 2, 14.

<sup>35</sup> A. VISCONTI, *Problemi e prospettive*, cit., 388 ss.

<sup>36</sup> V. F. VALENTE BAGATTINI, *Una breve riflessione sul patrimonio culturale come bene giuridico*, in *Sistema penale*, 2025, n. 1, 132.

*ubi noluit tacuit*, costituisce una scelta necessitata dall'esigenza di raccordare la fattispecie con la disciplina amministrativa<sup>37</sup>, dacché l'art. 65 CBC sottopone ad un procedimento autorizzatorio l'uscita non solo dei beni culturali, ma anche di beni che non lo sono: il comma 3, lett. a) impone di richiedere l'autorizzazione anche per l'uscita definitiva di cose opera di autore non più vivente e di esecuzione ultrasettantennale con valore superiore agli € 13.500 (salvo che per le cose di cui all'allegato A, lettera B, numero 1) sulla scorta di un semplice, non aggettivato, interesse culturale, in contrasto con il requisito di un interesse culturale qualificato almeno come "particolarmente importante" nei casi di cui all'art. 10, comma 3 CBC. Lo stesso discorso potrebbe essere fatto per l'art. 10, comma 3, lett. b) CBC. Peraltro, che la necessità dell'autorizzazione copra più cose di quelle definite bene culturale ex art. 10, comma 3 CBC è confermato dalla clausola di apertura dell'art. 65, comma 3 CBC, che riserva a sé stesso un ruolo residuale escludendo i casi di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo, i quali a loro volta fanno riferimento alle cose di cui all'art. 10, commi 1, 2 e 3 CBC. E che l'area di tale regolamentazione sia più ampia dei beni culturali è affermato espressamente e testualmente dagli artt. 66 e 67 CBC, che si riferiscono, rispettivamente, alla "uscita temporanea dal territorio della Repubblica *delle cose e dei beni culturali* indicati nell'articolo 65, commi 1, 2, lettera a), e 3" (corsivo aggiunto) e a "*le cose e i beni culturali* indicati nell'articolo 65, commi 1, 2, lettera a), e 3" (corsivo aggiunto). Peraltro, la necessità si sarebbe comunque imposta in ragione degli artt. 74 e 75 CBC, che richiamano e si raccordano al regolamento europeo sulle esportazioni extra-UE di beni culturali, il quale adotta una tecnica definitoria basata su una lista di cose e su soglie monetarie e temporali diverse da quelle contemplate dalla disciplina nazionale. La formulazione testuale dell'art. 518-*undecies* c.p. non può, quindi, assurgere a prova della tesi per la quale il sintagma "bene culturale" includerebbe i soli beni culturali dichiarati, per il semplice fatto che tale fattispecie è appendice sanzionatoria di una regolamentazione il cui ambito applicativo va oltre il novero non solo dei beni culturali dichiarati, ma anche di quelli dichiarabili: il delitto è integrato dall'esportazione illecita in assenza dell'autorizzazione anche laddove le cose *a posteriori* non dovessero risultare destinatarie di una dichiarazione di interesse culturale per difetto di un interesse di sufficiente rilevanza<sup>38</sup>, poiché è un reato di pericolo teso a garantire l'attivazione del procedimento

<sup>37</sup> Correttamente A. VISCONTI, *Problemi e prospettive*, cit., 389.

<sup>38</sup> Così, in sede cautelare, già la giurisprudenza ante-riforma: v. Cass. pen., sez. III, sentenza 20 luglio 2017, n. 39517, Rv. 271467 – 01, in *CED*.

Tale impostazione è richiamata e più coerentemente ricostruita da Cass. pen., sez. III, sentenza 17 ottobre 2017, n. 10468, la quale ha il pregio di esplicitare che «oggetto materiale della condotta illecita prevista dalla fattispecie sono (anche) le "cose che presentano interesse culturale", a prescin-

autorizzatorio al fine di consentire alla competente Pubblica amministrazione di effettuare le sue valutazioni. Il legislatore, insomma, ha inteso inequivocamente anticipare la tutela penale per garantire la possibilità dell'attivazione di tale fase cognitiva<sup>39</sup>: è un caso di tutela di funzioni come bene intermedio rispetto al bene finale costituito dal patrimonio culturale. Questa appare l'unica interpretazione letterale possibile del complesso combinato disposto della disciplina del CBC e dell'art. 518-*undecies* c.p. Che ciò sia criticabile tanto dal punto di vista di chi adotti la posizione teorica dell'inammissibilità della tutela di funzioni e critichi la teorica della seriazione dei beni giuridici<sup>40</sup>, quanto dal punto di vista del principio di offensività (sarebbe opportuna quantomeno una diversa e ridotta cornice editale nei casi in cui *a posteriori* l'esportazione risultasse autorizzabile<sup>41</sup>), non toglie che dalla fattispecie non si possa affatto ricavare il principio per cui di regola sarebbe tutelato il solo patrimonio culturale dichiarato.

Ciò detto, una lettura opposta, puramente sostanzialista, per cui è tutelato ogni bene culturale che sia *ex post* definibile tale dall'autorità giudiziaria sarebbe invece in contrasto con la seconda, e più pregnante, esigenza del diritto penale, che è quella di predisporre un insieme di garanzie invalicabili a difesa del cittadino, che deve poter contare, fra le altre, su fattispecie incriminatrici determinate e di prevedibile applicazione. Da una nozione squisitamente sostanziale di bene culturale, aperta ad ogni giudizio postumo sul valore culturale del bene, in assenza oltretutto di criteri obiettivi per l'attribuzione di tale qualità (cui parrebbe condurre la tesi dell'ultimo inciso dell'art. 2 CBC come formula di chiusura), deriverebbe una totale imprevedibilità della repressione penale, oltre ad aprire la porta a scenari problematici in cui la conoscenza o meno della qualifica del bene culturale potrebbe finire per essere configurata come un irrilevante errore di diritto, anziché un errore di fatto, ovvero un errore sulla legge extra-penale, a tutto danno dell'imputato.

La tesi che si intende qui sostenere è che la nozione di bene culturale abbia due anime. Dal punto di vista del diritto amministrativo e del diritto civile, essa è espressione, nell'ordinamento italiano, di uno speciale regime proprietario che nasce *ope legis* su certi oggetti (talvolta in via definitiva, talaltra soggetto a condi-

dere dal riscontro di un effettivo interesse che ne giustifichi la formale dichiarazione di “*beni culturali*” ai sensi dell'art. 13, stesso decreto [...]).

<sup>39</sup> In questo senso Cass. pen., sez. III, sentenza 2017/10468, cit. Principio riaffermato in sede cautelare da Cass. pen., sez. III, sentenza 15 giugno 2023, n. 36265, Rv. 284907 – 01, in *CED*.

<sup>40</sup> A. FIORELLA, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1987, 797 ss.

<sup>41</sup> Giustamente A. VISCONTI, *Problemi e prospettive*, cit., 387 osserva che «rispetto all'art. 518 *undecies* c.p., in materia di esportazione illecita, sarebbe al minimo stato opportuno, come già ricordato, scorporare dalla fattispecie delittuosa condotte inidonee in concreto a determinare un reale depauperamento del patrimonio culturale nazionale, meramente pericolose in astratto e ‘disobbedienti’».

zione risolutiva di superamento della verifica dell'interesse culturale *ex art. 12 CBC*), ovvero che la Pubblica amministrazione, tramite la dichiarazione di interesse culturale, ha potestà di costituire<sup>42</sup> (o dichiarare, se si propende per la tesi maggioritaria della natura dichiarativa<sup>43</sup>; la *quaestio* è stata lungamente dibattuta in dottrina<sup>44</sup>) su *res* di proprietà privata. In tale ultimo caso, finisce così per assoggettarle ad uno speciale regime giuridico che si distanzia nettamente dal modello post-ottocentesco di proprietà libera ed assoluta, assumendo piuttosto i contorni di una proprietà che obbliga. Dal punto di vista del diritto penale, invece, è una nozione parzialmente autonoma, nella misura in cui non si limita unicamente a recepire la disciplina amministrativa, ma vi aggiunge un *quid pluris* in funzione di una tutela effettiva del patrimonio culturale, ricomprendendo anche taluni beni rispetto ai quali non è intervenuta alcuna dichiarazione di interesse culturale. Ciò in nome dell'esigenza, *supra* richiamata, di bilanciare i due fondamentali imperativi del diritto penale, che sono la tutela tanto dei beni giuridici quanto della libertà dei cittadini. Quale sia il punto di caduta di tale contemperamento di interessi è precisamente ciò che si intende argomentare nel prosieguo. Prima, tuttavia, sarà necessaria una critica alla tesi del bene culturale come semplice elemento normativo delle fattispecie penali.

#### 4.1. Profili critici della tesi del bene culturale come elemento normativo

Il problema fondamentale che spinge a revocare in dubbio l'ammissibilità dell'opzione ermeneutica che vorrebbe la nozione di bene culturale un mero elemento normativo rinviante al Codice dei beni culturali, senza alcun correttivo, è costituito dal vertiginoso crollo della determinatezza che ne deriverebbe alle fattispecie incriminatrici. Infatti, per quanto la portata descrittiva degli artt. 10 ed 11 CBC sia apprezzabile ed accettabile nel contesto del diritto amministrativo e dei suoi fini, la tipizzazione ivi operata non può che apparire solo parziale dal punto di vista penalistico. La nozione di bene culturale all'interno del Codice Urbani non è affatto interamente determinata, trattandosi piuttosto di un concetto ela-

<sup>42</sup> V. LOPILATO, *op. cit.*, 1313. Propendono per la figura "ibrida" dell'accertamento (a carattere) costitutivo: S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2001, 90-91; C. GABBANI, *L'interesse artistico del bene culturale e la questione della non autenticità dell'opera d'arte vincolata*, in *Arte e diritto privato: teoria generale e problemi operativi*, a cura di F. Bosetti, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 72 ss.

<sup>43</sup> Propende per la natura dichiarativa, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 36.

<sup>44</sup> Circa il dibattito attorno alla dichiarazione di interesse culturale, *cfr.* M. ALTERIO, *Individuazione e regime giuridico dei beni culturali*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Cabiddu-Nicola Grasso, III ed., Torino, Giappichelli Editore, 2021, 52 ss. Sulla natura e gli effetti della notifica nel vigore del TU e le contrapposizioni dottrinali in materia, *cfr.* T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2001, 258 ss.

stico la cui delimitazione *in abstracto* è impossibile ed il cui unico limite è costituito dai vari indici e parametri normativi offerti dalla disciplina di settore, che demanda semplicemente, ma comunque problematicamente, a saperi extra-giuridici la valutazione di interesse culturale<sup>45</sup>. Tale “nozione liminale”<sup>46</sup> sarebbe, così ragionando, in un certo senso un elemento doppiamente normativo delle fattispecie penali: lo sarebbe, una prima volta, per effetto del rinvio alla disciplina amministrativa e poi, una seconda volta, per effetto del rinvio da parte di quest’ultima a saperi extra-giuridici, i quali sono assimilabili a degli ordinamenti giuridici nella misura in cui esiste una comunità di riferimento (gli “esperti”), dei criteri di appartenenza alla – e di esclusione dalla – comunità (titoli di studio, abilitativi, professionali, accademici...) e dei veri e propri precetti alla stregua dei quali la comunità opera (la “scienza” di riferimento e le sue *leges artis*).

L’ampio margine discrezionale conferito in questa materia agli “esperti” appare pacifico: vuole un’autorevole opinione<sup>47</sup>, confortata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>48</sup>, che la discrezionalità esercitata in ambito di tutela del patrimonio culturale sia di natura squisitamente tecnica e non amministrativa<sup>49</sup>, sulla scorta di considerazioni di ordine costituzionale<sup>50</sup>. Tuttavia, non sono mancate letture del procedimento di vincolo nel senso della discrezionalità amministrativa, *i.e.* del bilanciamento fra interesse culturale e contro-interessi, o della discrezionalità mista<sup>51</sup>, sia in generale, che con riferimento a specifici aspetti<sup>52</sup>. Né può nascondersi, a prescindere dagli orientamenti in punto di sindacato del giudice amministrativo<sup>53</sup>, che in ogni processo dominato da questioni tecnico-scientifiche vi sia invero un apprezzabile margine di discrezionalità lasciato al giudice, che pur nel tramonto del brocardo *iudex peritus peritorum* conserva comunque la possibilità di influire in modo anche determinante sull’esito della controversia non solo perché è il soggetto che deciderà quale dei pareri tecnici sia il più attendibile, ma perché, ancor prima, è il soggetto che può disporre la perizia (CTU nel processo amministrativo) ed orientarla non solo attraverso il contenuto dei quesiti, ma anche attraverso la scelta del professionista cui affidare l’incarico.

<sup>45</sup> M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 8.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> G. SEVERINI, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità*, in *Aedon*, 2016, fasc. 3.

<sup>48</sup> V. giurisprudenza *Ivi* citata. Più di recente, da ultimo: Cons. Stato, sez. VI, sentenza 29 maggio 2025, n. 6332, in *One Legale*; Cons. Stato, sez. VI, sentenza 24 ottobre 2024, n. 9285, in *One Legale*.

<sup>49</sup> Così anche C. GABBANI, *op. cit.*, *passim*, in particolare 70 ss.

<sup>50</sup> G. SEVERINI, *op. cit.*, §1.

<sup>51</sup> Indirizzo criticato da C. GABBANI, *op. cit.*, 79, 90 ss.

<sup>52</sup> V. l’interpretazione dell’art. 10, c. 3, lett. d) CBC, *cf.* *Ivi*, 79 s.

<sup>53</sup> *Cfr. Ivi*, 90 ss.

Al di là delle discettazioni dottrinali sulla corretta classificazione di questo genere di discrezionalità, che appare quantomeno mista, ciò che rileva ai nostri fini è il dato sostanziale: è il Codice dei beni culturali stesso a non demarcare, in vari casi, un confine netto, ritagliando un margine discrezionale piuttosto ampio. Come si è rilevato *supra* nel §4, il legislatore ha, per alcune categorie di oggetti, fatto ricorso a concetti alquanto elastici, qualificando l'interesse ora come "particolarmente importante" od "eccezionale". Ma in che modo è possibile riempire di contenuto delle clausole siffatte? È di ogni evidenza che dietro all'apparente natura quantitativa del criterio vi è, in realtà, un giudizio comparativo di carattere sostanzialmente qualitativo. Non esiste una tecnica di misurazione obiettiva della rilevanza dell'interesse culturale, esistono solo valutazioni – per quanto guidate da un qualche sapere extra-giuridico latamente definibile come tecnico – di importanza, cioè operazioni di bilanciamento fra contrapposti interessi. L'interesse culturale non si *misura*, si *valuta*.

La riconduzione di tale giudizio al campo della mera discrezionalità tecnica ha, realisticamente, il solo effetto di limitare il campo delle motivazioni formali degli atti dell'amministrazione, che non potranno fare riferimento ad elementi quali il rapporto fra mezzi e fini, in ragione del quale l'amministrazione potrebbe altrimenti non emettere la dichiarazione di bene culturale laddove sapesse di non avere i mezzi per garantire l'effettività degli obblighi amministrativi con riferimento alla pletora di oggetti di tale determinato rilievo culturale. Non ha, invece, il potere di togliere dallo schermo mentale degli organi preposti, anche se esprime giudizi di natura tecnica, questo genere di ragionamenti. Alla fin fine, la domanda che viene loro posta è se valga la pena di imporre un vincolo e la risposta, consciamente od inconsciamente, non può che venire influenzata dal carico di lavoro e dai mezzi disponibili per i vari procedimenti e controlli. Considerare di interesse storico "particolarmente importante" ogni cosa mobile risalente, per es., a più di un secolo fa significherebbe, in definitiva, farsi carico anche di tutti i conseguenti inevitabili procedimenti autorizzativi, fra i quali quelli per i lavori di restauro; di talché se ogni cosa venisse tutelata, nessuna lo sarebbe a sufficienza. Di converso, se le Soprintendenze, per assurdo, contassero un organico pari ad un miliardo di persone, probabilmente la soglia di rilevanza a fronte della quale emetterebbero la dichiarazione *ex art. 13 CBC* sarebbe ben più bassa.

Il problema, tuttavia, non è solo quello della demarcazione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, né del grado di obiettività dei singoli saperi extra-giuridici di volta in volta invocati. Esiste anche un concreto problema di individuazione di un sapere extra-giuridico che sia realmente condiviso.

Abbandonata la concezione estetizzante e monoculturale, manca invero una "scienza" condivisa che argini l'eccesso di discrezionalità tanto delle valutazioni delle Soprintendenze, quanto di ogni perizia, che finirà per esser la prova centrale

nei processi penali di cui ci si occupa. Disconosciuto il criterio del “bello d’arte”, ogni oggetto, per quanto mondano che sia, potrebbe avere un valore culturale, ma non essere necessariamente perciò stesso riconoscibile come tale agli occhi del *quisque de populo*, ovvero financo agli occhi di un esperto, ma specializzato in un diverso settore.

La culturalità di un bene potrebbe essere, in certi casi, funzione della scelta dell’esperto chiamato a valutarlo, oppure, il che è peggio (per la natura sistematica della sua discriminatorietà), della natura maggioritaria o minoritaria di una corrente di pensiero all’interno della letteratura “scientifica” di riferimento. Si pensi al caso dell’arte contemporanea: non esistono criteri oggettivi legati alla qualità di fattura dell’oggetto che possano stabilire se esso abbia un valore artistico. Ed allora, quando gli artisti oggi contemporanei saranno deceduti e le loro opere avranno più di settanta anni, ci troveremo di fronte ad un giudizio estremamente subiettivo di rilevanza dell’opera e dell’artista all’interno della storia dell’arte. Esso sarà magari facile per certe opere ed artisti rinomati, ma sarà estremamente problematico a fronte di opere od artisti minori: la mancanza di popolarità ed il non ottenimento del successo nella critica sono veramente parametri sufficienti per negare la rilevanza culturale? Per converso, l’estremo favore nella nicchia dei critici d’arte a fronte di una generalizzata ignoranza del grande pubblico è sufficiente a predicare un interesse artistico particolarmente importante, così che si debba concludere per la culturalità di un’opera? La valutazione della rilevanza culturale di un qualunque manufatto in una società multiculturale e democratica involge a ben vedere il tema dei rapporti fra maggioranza e minoranze, nonché della tutela di quest’ultime, le quali potrebbero risultare discriminate per il solo fatto che gli esperti chiamati (tanto dalla Pubblica amministrazione quanto dalle Corti) ad esprimersi sulla culturalità dei beni loro riferibili saranno inevitabilmente tendenzialmente appartenenti alla cultura dominante e perciò affetti da *bias*. Similmente, vi è il rischio che una ridotta minoranza di critici d’arte, espressione di una particolare ed elitaria estrazione socio-economica, finisca per ottenere la tutela di beni che la comunità nel suo complesso potrebbe financo disprezzare.

Una possibile argomentazione per superare tali critiche potrebbe essere sostenere che il legislatore abbia, tramite il rinvio al Codice dei beni culturali, in realtà adottato una tecnica di tipizzazione per indici, per cui il complesso articolato del Codice Urbani, pur non pervenendo ad una perfetta determinatezza, limiterebbe lo spazio discrezionale di periti e giudici tramite l’elencazione di elementi che dovrebbero fungere da indice nell’accertamento delle fattispecie concrete, così rendendo tale elemento normativo digeribile dal punto di vista penalistico. Tale tesi, tuttavia, non pare del tutto convincente: anche a tacer delle critiche movibili alla teorica della tipizzazione per indici, non pare nel caso di specie ne siano soddisfatti i requisiti. Da un lato, è molto dubitabile che la formulazione degli artt. 10 e

11 CBC possa veramente considerarsi espressione di “indici” nel senso che il termine assume con riferimento a tale tecnica normativa; dall’altro, pare mancare del tutto l’elemento del contesto, che ne è un altro tassello importante<sup>54</sup>. In particolare, è opportuno ricordare che “condizione d’uso della tecnica degli indicatori, e più in generale per l’ingresso di categorie extra-giuridiche in funzione di definizione del precetto penale, è che rispondano a requisiti di legittimità interni al sistema in cui sono destinate ad operare” e che “devono essere suscettibili di controllo: trasparenti e idonei ad essere provati in giudizio”<sup>55</sup>. Infatti, nel quadro di tale teoria, sarebbe “possibile, ferma la funzione della tipicità, rinunciare ad una tipizzazione classica, statica, e introdurre soluzioni strutturali differenziate, orientate *anche* al processo, o meglio alla garanzia di una decisione trasparente, motivabile, argomentabile, perciò giusta”<sup>56</sup>, ma, per l’appunto, ciò sarebbe ammissibile solo quando gli indici utilizzati fossero sufficientemente delimitati da consentire una siffatta motivabilità. Questo, è la tesi che si vuole qui sostenere, non è il caso degli artt. 10 e 11 CBC, che, per tutte le considerazioni suesposte, non paiono idonei a ricondurre il margine discrezionale ad un livello accettabile per un processo penale, in ragione dell’eccessiva opinabilità delle valutazioni coinvolte, anche laddove si volesse considerare del tutto irrilevante il ruolo del giudice nella valutazione della perizia o delle CTU.

Ma, anche a tacere dei profili critici in punto di determinatezza, un altro nodo problematico della tesi del bene culturale come elemento normativo sta nella sistemica invasione di campo che si prospetterebbe nella sfera della Pubblica amministrazione da parte del giudice penale. Dacché la dichiarazione di interesse culturale *ex art.* 13 CBC è espressione di discrezionalità tecnica, ne consegue, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che «la conclusiva valutazione costituisce un apprezzamento sindacabile nei soli limiti propri di un giudizio di legittimità», che il vaglio giudiziario riguarda la «specifica ‘attendibilità’ tecnico-scientifica» e che «il giudice non è chiamato a sostituire la sua decisione a quella dell’Amministrazione, dovendo di regola verificare se l’opzione prescelta da quest’ultima rientri o meno nella ristretta gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto»<sup>57</sup>. Questo approdo, rispettoso del riparto di competenze fra poteri dello Stato, verrebbe completamente stravolto laddove si ritenesse che la nozione di bene culturale fosse da mutarsi dal diritto amministrativo, dacché il

<sup>54</sup> V. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto: a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 3, *passim*.

<sup>55</sup> *Ivi*, 33.

<sup>56</sup> *Ivi*, 62.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2025/6332, cit., §6.

nostro ordinamento processuale è improntato alla tendenziale autonomia del processo penale, non conoscendo la pregiudiziale amministrativa se non in via facoltativa nei ristretti casi di cui all'art. 479 c.p.p. Si noti, però, che uno dei requisiti di quest'ultimo è la pendenza di un procedimento dinanzi al giudice amministrativo (o civile), cosa che non si verificherebbe necessariamente nelle fattispecie concrete in cui venisse in rilievo un bene di cui la competente Pubblica amministrazione non avesse mai avuto contezza prima del fatto, per la semplice ragione che mancherebbe un provvedimento amministrativo; a quel punto la pendenza o meno di un giudizio dipenderebbe interamente dalla volontà e dai tempi di attivazione della Soprintendenza, oltre che dall'esperimento o meno di un ricorso, sicché potrebbe ben darsi che non sia mai integrato il presupposto applicativo dell'art. 479 c.p.p. Viceversa, giusta l'art. 2 c.p.p., la questione amministrativa (la qualifica di bene culturale) andrebbe risolta in via incidentale dal giudice penale, pervenendo così all'assurdo per cui questi sarebbe libero di valutare pienamente nel merito la culturalità del bene, mentre il giudice amministrativo, che è l'autorità precipuamente preposta al controllo giudiziario sui provvedimenti della Pubblica amministrazione investita del potere di emettere la dichiarazione di interesse culturale, sarebbe limitato al solo controllo di legittimità<sup>58</sup>, pur essendo l'unico giudice titolato (in certi casi) a sostituirsi nel merito alla Pubblica amministrazione. L'aporia sarebbe evidente.

Così come evidente sarebbe la violazione del principio di sussidiarietà del diritto penale, secondo il quale la tutela penale è *extrema ratio*: l'impossibilità, ad ordinamento processuale invariato, di coordinamento fra procedimento penale ed amministrativo<sup>59</sup> significherebbe ammettere il verificarsi di casi di divergenza fra esito penale ed amministrativo (non sempre prevenibili dall'art. 654 c.p.p.), con la conseguenza che in alcune fattispecie concrete si verificherebbe l'assurdo di un ordinamento che nega al bene la tutela amministrativa non emettendo il provvedimento di dichiarazione di interesse culturale (od annullandolo) e che, invece, afferma al contempo la tutela penale condannando il cittadino per aver tenuto una condotta che altrimenti non costituirebbe reato (es. distruzione di un proprio bene) o costituirebbe un reato meno grave.

Simili esiti, è vero, non sono sconosciuti al nostro ordinamento, in ragione dell'impostazione di tendenziale autonomia del processo penale adottata

<sup>58</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2025/6332, cit., §6.

<sup>59</sup> Oltre a non essere sempre possibile la sospensione del procedimento penale per consentire la risoluzione della questione amministrativa nella sua opportuna sede, la giurisprudenza ritiene anche di non essere vincolata al giudizio espresso dalla Pubblica amministrazione, che potrà caso-mai servire solo ad alleggerire i suoi obblighi motivazionali (v. Cass. pen., sez. III, sentenza 2017/10468, cit.).

dall'attuale codice di procedura: basti pensare al settore del diritto penale tributario, per il quale vige un sistema di doppio binario (art. 97 D.Lgs. 5 novembre 2025, n. 173). Ciò nonostante, da un lato, nel caso del diritto tributario costituiscono una ponderata scelta legislativa cui corrisponde una specifica e speciale disciplina di "raccordo", dall'altro, la loro problematicità può ben costituire una buona ragione per cercare – anziché abbandonarsi alla rassegnazione di una mesta recita del motto *summum ius summa iniuria* – di addivenire ad una diversa soluzione, più rispettosa della separazione fra poteri dello Stato e della Giustizia, in ossequio alla ben più nobile massima per cui *ius est ars boni et aequi*<sup>60</sup>.

Si noti, in particolare, che, per un verso, "[l]a sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario, ha, in questo, efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi"<sup>61</sup>, per l'altro "[l]e sentenze rese nel processo tributario, divenute irrevocabili, e gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, anche a seguito di adesione, aventi a oggetto violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale, possono essere acquisiti nel processo penale ai fini della prova del fatto in essi accertato"<sup>62</sup>, mentre nel caso dei delitti contro il patrimonio culturale manca una specifica disposizione di raccordo che risolva espressamente ed *ope legis* la questione della reciproca rilevanza probatoria dei due procedimenti. Al più, potrebbero entrare in gioco gli artt. 479 e 654 c.p.p., i quali tuttavia presentano dei requisiti che non li rendono sempre applicabili.

Quanto al primo, si è già detto perché; quanto al secondo, in ragione del suo limitato raggio operativo dal punto di vista soggettivo ed oggettivo, atteso che si applica "[n]ei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale" ed ai soli procedimenti definiti in via definitiva a séguito di dibattimento. Anzitutto, nel caso di sentenza irrevocabile di condanna a séguito di dibattimento la Pubblica amministrazione potrebbe far valere nei confronti dell'imputato-proprietario il giudicato penale quanto al punto relativo alla qualifica di bene culturale (sempre che lo si possa considerare un "fatto materiale" accertato dalla sentenza e non una qualifica di diritto scaturente dai "fatti materiali" costituiti dalle prove alla base di tale conclusione) – oltretutto solo nel giudizio amministrativo, non nel procedimento *ex art. 13 CBC* –, mentre, laddove il proprietario non si fosse costituito parte civile, non potrebbe fare lo stesso con riferimento al titolare del bene oggetto della con-

<sup>60</sup> Come ci ricorda Ulpiano all'inizio del Digesto (D.1.1.1.), riprendendo la definizione di Celso.

<sup>61</sup> Art. 124 TU della giustizia tributaria.

<sup>62</sup> Art. 97 TU delle sanzioni tributarie amministrative e penali.

dotta delittuosa del terzo che fosse stato condannato. Infine, restano fuori dal perimetro di azione della norma i procedimenti che si concludono arrestandosi prima del dibattimento od omettendolo, sicché, per un verso, nei casi di archiviazione, proscioglimento dibattimentale od improcedibilità non potrebbe farsene valere nel giudizio amministrativo l'esito *lato sensu* "assolutorio"; per l'altro, il giudizio amministrativo potrebbe concludersi escludendo la culturalità di un bene che in sede penale ha costituito il presupposto di un patteggiamento pre-dibattimentale.

Da ultimo, sarebbe opportuna, *de iure condendo*, una previsione simile all'art. 97 TU delle sanzioni tributarie amministrative e penali, che consenta espressamente alla sentenza amministrativa di entrare nel comparto probatorio del processo penale.

#### 4.2. Una nozione parzialmente autonoma di bene culturale ai fini penali

Esposte le ragioni per le quali il trapianto della nozione amministrativa di bene culturale all'interno del tessuto normativo penale appare problematico, per non dire pernicioso, è giunto il momento di tentare l'elaborazione di una diversa costruzione.

Anzitutto, è da rilevare che la via interamente autonomistica ci è preclusa dalla Convenzione di Nicosia, che impone obblighi di criminalizzazione di una serie di reati che abbiano ad oggetto un *bien culturel* (*cultural property* nel testo inglese), di cui è data una definizione dalla quale non possiamo quindi del tutto prescindere, dovendo qualunque nozione di bene culturale si voglia adottare esserne quantomeno un sovra-insieme.

Quest'ultima, come discusso *supra* al §4, richiede, in particolare, sia per i beni mobili che per quelli immobili, che si tratti di una cosa "qui, à titre religieux ou profane, est classé, défini ou spécifiquement désigné par toute Partie à la présente Convention ou à la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'ethnologie, l'histoire, la littérature, l'art ou la science" (corsivi aggiunti). Non possiamo, pertanto, che concludere che il rispetto degli obblighi internazionali derivanti dalla summenzionata Convenzione comporti come *minimum* del concetto di patrimonio culturale penalmente tutelato quello di patrimonio culturale dichiarato.

Ciò non suscita particolari perplessità, né remore: d'altronde, non vi è alcuna iniquità nel richiedere l'astensione dal perpetrare condotte criminose su beni la cui culturalità è momentaneamente presunta per legge, imposta per legge, ovvero previamente notificata, ferma sempre la necessità che il dolo copra tale elemento. La questione diventa più delicata dal punto di vista processuale, poiché la giuri-

sprudenza non si ritiene vincolata dal giudizio espresso dalla Pubblica amministrazione con l'emissione della dichiarazione di interesse culturale, la quale al più "esonera il giudice dall'obbligo di rivalutarne ogni volta la correttezza in assenza di elementi specifici tali da ingenerare anche solo il dubbio sul punto"<sup>63</sup>. Tale orientamento non è che espressione del principio dell'intimo convincimento del giudice e del divieto di prove legali all'interno del processo penale, soluzioni entrambe originariamente pensate come liberazione dai legacci inquisitori nel contesto di un pensiero illuminista che cercava di importare la giuria popolare<sup>64</sup>, ma che, per eterogenesi dei fini e per la scelta ordinamentale a favore del giudice togato (presente pure nella Corte d'assise), finiscono sovente piuttosto per militare contro l'imputato, che si vedrà facilmente opposto il parere positivo della Soprintendenza sulla culturalità del bene – il quale varrà uno sgravio in punto di motivazione – e molto difficilmente riconosciuto come assolutorio il suo parere negativo – che il giudice potrà tranquillamente disattendere, potendosi al più sperare che valga a pretendere dal giudicante una motivazione rafforzata. Ma – ragioni di coerenza, critica alla dottrina dell'intimo convincimento e Convenzione di Nicosia a parte – un simile orientamento è, alla fin fine, tollerabile nella misura in cui consente di escludere la sussistenza del reato disattendendo il parere della Soprintendenza e le decisioni del giudice amministrativo: in fondo, ciò che preme al penalista garantista è il principio di legalità in senso negativo, il cui rispetto val bene una breccia nel principio di legalità in senso positivo<sup>65</sup>. È e resta problematico, invece, nella misura in cui consente al giudice di affermare la penale responsabilità dell'imputato anche a dispetto delle determinazioni della Pubblica amministrazione e del giudice amministrativo. In tali ultimi casi sarebbe più opportuno che anche il giudice penale adottasse l'orientamento del Consiglio di Stato secondo il quale "nella giurisdizione di legittimità, la domanda a cui il giudice deve rispondere non è se sia d'accordo o meno con la valutazione effettuata dall'Amministrazione competente, atteso che in tal caso il suo sindacato trasmoderebbe nel merito amministrativo, ma se tale manifestazione di giudizio sia o meno ragionevole e non illogica o abnorme, la qual cosa, invece, concreterebbe il vizio di eccesso di potere"<sup>66</sup>: al di fuori di simili circostanze l'esito, in nome del

<sup>63</sup> Cass. pen., sez. III, sentenza 2017/10468, cit.

<sup>64</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (V ed., 1766), Torino, Mondadori, 1991, 34-35.

Beccaria ebbe ad irridere espressamente il sistema delle prove legali nel § XXXI dedicato ai "Delitti di prova difficile", dove osserva, con riferimento a certi delitti di prova difficile, che "i principii ricevuti ammettono le tiranniche presunzioni, le *quasi-prove*, le *semi-prove* (quasi che un uomo potesse essere *semi-innocente* o *semi-reo*, cioè *semi-punibile* e *semi-assolvibile*)" (*Ivi*, 74).

<sup>65</sup> Sulle due diverse nozioni di legalità, G.P. FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, New York | Oxford, Oxford University Press, 1998, 207 s.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2025/6332, cit., §6.

principio di sussidiarietà, dovrebbe essere l'assoluzione, non potendosi riconoscere tutela penale ad un bene cui il diritto amministrativo (o civile) la nega.

Dove, invece, è legittimo – e finanche opportuno – uno spazio di autonomia concettuale è nel caso del bene rispetto al quale non esista pronuncia alcuna da parte della Soprintendenza o del giudice amministrativo, per addivenire ad una maggior determinatezza rispetto all'orientamento giurisprudenziale dominante. In una tale evenienza ai requisiti di cui al Codice Urbani si dovrebbe avere riguardo unicamente quali espressione della condizione necessaria – ma, si badi, non sufficiente – per l'affermazione della culturalità del bene nel procedimento penale, secondo un'impostazione, anche qui, conforme ed attenta al principio di sussidiarietà. La condizione sufficiente andrebbe, invece, ricercata altrove, in ciò consistendo la parziale autonomia del concetto di bene culturale ai fini penali.

La tesi che si intende qui sostenere è che siffatta condizione sufficiente sia ricavabile quale distillato del principio di offensività e del suo referente nel caso di specie: se il patrimonio culturale è un bene giuridico che nasce dalla natura collettiva di un assetto proprietario consistente in una proprietà comune di una comunità o financo dell'umanità tutta, allora le offese rilevanti ai fini penali debbono essere caratterizzate dalla messa in pericolo o lesione di tale dimensione collettiva. Di conseguenza, laddove non si sia di fronte ad elementi del patrimonio culturale dichiarato, sarà sì possibile applicare le fattispecie penali di cui al Titolo VIII-*bis*, ma solo in quei casi in cui, oltre a rispettare i requisiti minimi dettati ai fini della classificazione amministrativa, il bene, per sue caratteristiche obiettive, per fama e diuturna fruizione generalizzata, possa ricondursi indubitabilmente, anche agli occhi del *quisque de populo*, ad una dimensione di evidente proprietà comune e di interesse della comunità alla sua trasmissione intergenerazionale. Si potrebbe, da un certo punto di vista, parlare di un elemento normativo culturale, quale specie di elemento normativo sociale. Ciò varrebbe, in definitiva, da un lato, a recuperare quella determinatezza che l'espressione linguistica "bene culturale", per quanto assistita dal comparto normativo amministrativo, non riesce a raggiungere – un po' come succede per concetti quale l'oscenità o l'onore –; dall'altro, ad escludere dal novero del patrimonio culturale reale penalmente tutelato tutte quelle cose di proprietà privata rispetto alle quali non esista alcuna relazione con una dimensione comunitaria. La tela *ab immemorabili* riservata all'esclusiva e personale fruizione del proprietario di uno studiolo privato e del tutto ignota alla Soprintendenza, per quanto celebre possa essere il suo autore, non ha alcun legame con la collettività tale da giustificare l'attivazione delle fattispecie speciali *de quibus*: l'unico interesse leso da un eventuale furto od appropriazione indebita è l'interesse squisitamente patrimoniale e privato del proprietario. Diverso sarebbe, invece, il caso di una statua sì privata e mai prima attenzionata dalla Soprintendenza, ma che per lunga e stabile consuetudine fosse

esposta sulla pubblica via, così instaurando un regime di fruizione collettiva. Rispetto ad un bene siffatto sarebbe legittimamente predicabile la tutela penale a titolo di patrimonio culturale reale, ferma la necessità che ne presenti i requisiti di cui al Codice Urbani e che vi siano degli ulteriori elementi obiettivi che consentano di affermarne un'importanza così elevata da rendere evidente la dimensione super-individuale ed intergenerazionale del suo valore: il bene, in definitiva, deve essere percepito come identitario e collettivo da una comunità, che potrà tanto essere quella locale (ad es. quella cittadina), quanto una comunità più vasta non necessariamente stanziale sul territorio (si pensi al caso di una reliquia religiosa di proprietà di un privato cittadino – se appartenesse ad una persona giuridica privata senza fine di lucro ricadrebbe nei beni culturali *ope legis* ex art. 10, comma 1 CBC –, la quale fosse oggetto di pellegrinaggio), sino a ricomprendere l'intera umanità nel caso di beni di eccezionale rilievo (ma in tal caso è difficile immaginare che il bene non appartenga già al patrimonio culturale dichiarato). Similmente, per i beni collocati all'interno di un museo sarà facile dimostrarne l'appartenenza ad una siffatta dimensione collettiva in forza della "tipicità socio-culturale" del concetto di reperto museale, a prescindere dall'esistenza di provvedimenti di vincolo (un bene ivi esposto ma prestato da un privato potrebbe, per assurdo, non essere oggetto di una dichiarazione ex art. 13 CBC), ma sempre che soddisfino alla condizione necessaria (cioè la rispondenza ai dettami del Codice Urbani, in particolare l'esecuzione ultrasettantennale, la morte dell'autore e la particolare importanza). Con l'aggiunta di questo requisito, è possibile riconciliare l'orientamento giurisprudenziale<sup>67</sup> invalso già pre-riforma con le esigenze di garanzia del diritto penale, fattesi ora estremamente pressanti in ragione della nuova veste delittuosa e delle severe cornici edittali.

Quanto sinora detto, si noti bene, è da corredarsi con gli usuali principî e requisiti in punto di elemento soggettivo, per cui, anche laddove sussistessero i

<sup>67</sup> Da ultimo, Cass. pen., sez. III, sentenza 2024/30653, cit.: «deve rilevarsi come la giurisprudenza di legittimità, abbia da sempre adottato un approccio sostanziale (cfr. in proposito Sez. 2, n. 21965 del 2024 non massimata) affermando che non è richiesto, in particolare quando si tratti di beni appartenenti allo Stato – ma si tratta di regola che per il suo significato, teso a dare rilievo al peculiare e intrinseco valore di taluni beni di rilevanza culturale, deve ritenersi valevole anche ai casi in cui essi appartengano ovvero siano nella disponibilità di privati (in tal senso cfr. [sic] Sez. 3, n. 30062 del 16/05/2018 non massimata, sulla rilevanza dell'accertamento probatorio del bene "culturale" al di là di formale dichiarazione di interesse) –, l'accertamento dell'interesse culturale, né che i medesimi presentino un particolare pregio o siano qualificati come culturali da un provvedimento amministrativo, reputando sufficiente che la "culturalità" sia desumibile dalle caratteristiche oggettive dei beni (cfr., *ex plurimis*, Sez. 3, n. 24988 del 16/7/2020, Quercetti, Rv. 279756-01; conf. Sez. 3, n. 24344 del 15/5/2014, Rapisarda, Rv. 259305-01; Sez. 2, n. 36111 del 18/7/2014, Medda, Rv. 260366-01; Sez. 3, n. 41070 del 7/7/2011, Saccone e altro, Rv. 251295-01), quali la tipologia, la localizzazione, la rarità o altri analoghi criteri».

summenzionati requisiti per definire l'oggetto materiale della condotta quale bene culturale ai fini penali, resterebbe da provare che tali aspetti siano stati tutti coperti dal dolo. Quest'ultimo, poi, potrà ben essere anche eventuale, ma non potrà mai risolversi nella vituperata clausola di stile del "non poteva non sapere", dovendosi sempre e comunque fare riferimento alle cognizioni personali dell'imputato anche a fronte di beni di universale riconoscimento, non potendosi invocare, per dei reati dolosi, improprie figure di agente modello: *ignorantia legis non excusat, ignorantia culturae excusat*. Ciò varrà, ad esempio, a rendere più difficile la prova nel caso di opere d'arte concettuali come quelle contemporanee, anche laddove ultrasettantennali ed esposte in un museo. Questa è, d'altronde, l'inevitabile conseguenza della scelta di un sistema di fattispecie speciali anziché di circostanze aggravanti e non possiamo certo aggirarla. Si potrebbe, al più, caldeggiare l'introduzione di alcune fattispecie colpose, in particolare per quanto concerne il danneggiamento, per reprimere alcuni effetti perversi di un sovraffollamento turistico che ospita al suo interno anche visitatori la cui condotta nei confronti del patrimonio culturale che visitano appare in violazione di ogni canone di diligenza e prudenza. Tuttavia, *rebus sic stantibus* simili pensieri non devono neanche toccare la mente del giudicante.

## 5. Conclusioni

All'esito di questa lunga discussione, si spera di aver utilmente sostenuto, se non la fondatezza, quantomeno la plausibilità e le ragioni soggiacenti ad una interpretazione parzialmente autonomistica del concetto di bene culturale ai fini penali. La soluzione proposta, lo si riconosce, non è quella ideale, ma è il frutto di una pragmatica strategia contenitiva degli orientamenti giurisprudenziali. L'*optimum*, d'altronde, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe il pieno raccordo fra procedimento amministrativo e penale, con l'introduzione di una pregiudiziale amministrativa<sup>68</sup> che consenta alla Soprintendenza prima, ed eventualmente al giudice amministrativo poi, di esprimersi sulla qualificazione giuridica del bene nel rispetto del riparto di prerogative fra potere esecutivo e giudiziario – principio affermato, in sede cautelare, da un'isolata sentenza del 2004<sup>69</sup>. Tale ap-

<sup>68</sup> Chiaramente, all'indagato che non sia proprietario del bene *de quo* andrebbe espressamente riconosciuta la qualità di contro-interessato nel procedimento amministrativo.

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. III, sentenza 2004/28929, cit., §3: nel caso di mancanza di una previa dichiarazione d'interesse culturale «deve ritenersi che il reato non resti escluso per il semplice fatto che il bene medesimo sia stato sottratto alla verifica degli organi competenti, ma deve avere inizio appunto il procedimento per la dichiarazione dell'interesse culturale disciplinato dagli artt. 14 e

proccio, *mutatis mutandis*, andrebbe, ovviamente, adottato anche per i beni culturali di cui all'art. 10, comma 1 CBC, i quali sono presunti tali solo sino all'eventuale esito positivo della verifica ex art. 12 CBC.

A fare da ostacolo ad un simile esito, tuttavia, militano, per un verso, considerazioni di ordine pratico, dovendosi fare i conti, da un lato, con la necessità di evitare che le Soprintendenze vengano ingolfate da inutili richieste di accertamento da parte delle Procure; dall'altro, con la necessità di evitare che i tempi del procedimento amministrativo frustrino tanto le esigenze di quello penale quanto la sua ragionevole durata. Per ovviare al primo problema, si potrebbe prevedere la necessità dell'attivazione del procedimento amministrativo solo laddove l'esito pronosticato dal pubblico ministero non sia l'archiviazione ed il giudice escluda l'applicazione di istituti quali l'estinzione per particolare tenuità o la prescrizione, in aggiunta al requisito di una sorta di *fumus culturae* che renda plausibile l'adozione della dichiarazione ex art. 13 CBC o l'esito positivo della verifica ex art. 12 CBC. Per ovviare al secondo, andrebbero meditate, dopo un attento esame dei dati disponibili circa la frequenza e distribuzione delle notizie di reato, misure di carattere organizzativo volte a garantire che le Soprintendenze dispongano di un organico sufficiente a far fronte al prevedibile carico di procedimenti attivati a séguito di notizie di reato, se del caso prevedendo specifici canali preferenziali per gli accertamenti legati a procedimenti penali.

Peraltro, sulla soluzione proposta pesa anche l'incognita del valore, costituzionale o meno, del principio dell'intimo convincimento del giudice<sup>70</sup>, in nome del quale la Corte costituzionale ebbe già a pronunciarsi su un caso di pregiudiziale tributaria<sup>71</sup>. Tale sistema ebbe quindi poco dopo ad essere abbandonato con

segg. del D.Lgs. n. 42/2004, con applicazione, in via cautelare delle disposizioni previste dal Titolo I, Capo II, Capo II, sezione I e Capo IV, sezione 1 del medesimo D.Lgs.».

<sup>70</sup> Sulla natura costituzionale o meno del principio, *cf.* G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in questa *Rivista*, 2018, 532 ss. Sia sufficiente qui richiamare – e condividere – l'opinione di Massimo Nobili sulla prospettazione di un presunto fondamento del principio nell'art. 101, comma 2 Cost: «Come una libertà *dalla legge* – per la critica delle prove penali – possa essere postulata da parole in cui sta scritto che il giudice (non ad altro, ma) *alla legge* deve essere soggetto, si pose da anni, per me come un mistero» (M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Atti del convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè 2004, 43).

<sup>71</sup> Il riferimento è a Corte costituzionale, sentenza 12 maggio 1982, n. 88, che qualificare "laconica" pare un eufemismo, non essendovi nella parte motiva alcun ragionamento a sostegno della promanazione del principio *de quo* dall'art. 101, comma 2 Cost. né alcun riferimento a precedenti orientamenti della Corte sul punto. L'affermazione appare quindi apodittica. Sull'evoluzione storica della normativa penale tributaria, *cf.* F. DI VIZIO, *L'evoluzione storica della normativa penale tributaria*, in F. DI VIZIO-G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, Giuffrè, 2025, 1 ss.

il varo del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982, n. 516 (c.d. “manette agli evasori”)<sup>72</sup>. L’introduzione di un’analoga pregiudiziale amministrativa per il settore dei beni culturali dovrebbe, quindi, passare prima per un più approfondito studio del tema del principio dell’intimo convincimento del giudice nella giurisprudenza costituzionale, non necessariamente per sconfessarne *in toto* l’ancoraggio costituzionale, ma quantomeno per argomentarne la derogabilità laddove rispondente ad altre esigenze di pari ordine: nel caso di specie, si otterrebbero sia maggiori garanzie per l’imputato prevedendone l’assoluzione in caso di esito negativo del giudizio di culturalità da parte delle autorità amministrative, sia il rispetto della separazione dei poteri fra esecutivo e giudiziario. Il gioco parrebbe, dunque, valere la candela. Nel caso, invece, tale via dovesse risultare preclusa, si potrebbe comunque cercare di introdurre un sistema di coordinamento tra procedimenti sulla falsariga di quello attualmente esistente per il diritto tributario, per quanto anch’esso non sia interamente soddisfacente<sup>73</sup>.

*De iure condito*, invece, in assenza di una simile cinta di trasmissione fra i due rami ordinamentali e fra i due poteri dello Stato, non possiamo che ripiegare su soluzioni che temperino le chiare direttive repressive in nome dei principî e delle garanzie del diritto penale. Tuttavia, essendosi già schierato dall’altro lato del campo di battaglia un fronte giurisprudenziale compatto, saldo e stabile nel tempo, la strategia più realistica appare quella di concedere – piuttosto che di negare in radice – la possibilità della tutela del patrimonio culturale reale, ma di subordinarla ad ulteriori e più pregnanti requisiti di quelli attualmente richiesti, dimodoché il primo motore immobile della tutela resti la Pubblica amministrazione, lasciando al giudice penale un ruolo di supplenza solo in ipotesi estremamente residuali in cui alla determinatezza e certezza giuridica garantite dalla conoscibilità della qualità di bene culturale (perché tale *ope legis* od in forza di un provvedimento dichiarativo) suppliscono l’evidente tipicità socio-culturale e l’afferenza ad una dimensione di proprietà comune, le quali, in ogni caso, possono operare solo in via sussidiaria, senza porsi in contrasto con la disciplina amministrativa. Fermo, chiaramente, da un lato, che il dolo imprescindibilmente copra tutti gli elementi da cui è tratta la culturalità del bene e, dall’altro, l’eventuale ulteriore limitazione del tipo operata dalla descrizione della condotta: è il caso degli artt. 518-*novies*, 518-*undecies* e, argomentabilmente, 518-*duodecies* c.p.

Infatti, a delimitare il primo ci pensa l’ancoraggio della condotta alla necessità di autorizzazione all’alienazione o commercio (n. 1]), all’esser tenuti a presentare denuncia degli atti di trasferimento della proprietà o detenzione (n. 2]), ovvero

<sup>72</sup> *Ivi*, 6.

<sup>73</sup> V. F. DI VIZIO-A. TRAVERSI, *Questioni probatorie*, in F. DI VIZIO-G. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, cit., 793 s.

alla pendenza del termine per l'esercizio del diritto di prelazione da parte dello stato (n. 31), tutte ipotesi che non hanno alcun senso al di fuori del contesto regolatorio del Codice Urbani<sup>74</sup>.

Quanto al secondo, è la struttura della condotta, imperniata sul requisito dell'attestato di libera circolazione o della licenza di esportazione, a limitare l'ambito applicativo ai soli casi contemplati dall'articolata disciplina amministrativa; ciò vale a rendere inapplicabile la norma se non nel caso dei beni culturali dichiarati e delle altre cose che il Codice dei beni culturali assoggetta al regime di attestato o licenza per l'esportazione.

Infine, fra le varie condotte elencate dall'art. 518-*duodecies* c.p. ve ne è una, quella di destinazione del bene culturale ad un uso incompatibile con il suo carattere storico od artistico<sup>75</sup> ovvero pregiudizievole per la sua conservazione od integrità, che pare configurabile unicamente rispetto al bene culturale dichiarato: a dettare l'obbligo di conservazione del bene culturale è, d'altronde, l'art. 1, comma 5 CBC, la cui portata non può che essere ristretta ai beni culturali *stricto sensu*, cioè *more Urbani*, dacché tale delimitazione degli obblighi di conservazione, gravanti *propter rem* sui proprietari, è la stessa *raison d'être* della disciplina amministrativa, che verrebbe del tutto divelta se in sede penale la si estendesse (oltretutto violando il principio di sussidiarietà). Ciò non contraddice la tesi qui sostenuta: anche nelle elencate ipotesi la nozione di "bene culturale" è quella più ampia di cui si è discettato *supra*; è, infatti, la struttura della condotta – e non la descrizione del suo oggetto materiale – a restringere la tutela al solo patrimonio culturale dichiarato.

E, tuttavia, il problema della confusione fra oggetto materiale ed oggetto giuridico in cui pare essere incorso il legislatore è solo il primo dei problemi di un Titolo codicistico, pur nato con le più condivisibili intenzioni, la cui introduzione pare destinata a rivelarsi sciagurata per la sua non volontà di tagliare con una tradizione applicativa eccessivamente libertina e per la sua incapacità di immaginare una tutela a tutto tondo del patrimonio culturale adatta al contesto di una società contemporanea in cui gli elementi patrimoniali immateriali, anche nel settore culturale, divengono vieppiù comuni e rilevanti<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> *Contra* la giurisprudenza; v. da ultimo, ancora con riferimento al vecchio art. 173 CBC, Cass. pen., sez. III, sentenza 2024/30653, cit.

<sup>75</sup> Non si capisce perché in questo specifico caso non figurino gli interessi archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale od archivistico.

<sup>76</sup> Questo aspetto sarà, sperabilmente, oggetto di un futuro lavoro.



ARIANNA FESTINESE

QUALE LESSICO PER UN NUOVO BENE GIURIDICO?  
IL CASO DEL “CLIMA” <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il difficile cammino verso un diritto penale climatico. – 2. Clima: le parole per dirlo con la scienza. – 3. L’espressione che descrive l’evento: i fenomeni meteorologici estremi. – 4. Le espressioni che descrivono le cause: l’inquinamento atmosferico e il cambiamento climatico. – 5. Le espressioni per indicare l’incidenza dell’uomo: *attribution science* e *carbon footprint*. – 6. Un’autonoma tutela penale per il clima?

1. *Il difficile cammino verso un diritto penale climatico*

La questione climatica è da tempo al centro dell’agenda politica<sup>1</sup>. Tra gli strumenti di tutela proposti sembrerebbe farsi strada anche quello repressivo, sebbene al momento gli interventi auspicati – si pensi alla recente direttiva UE 2024/1203 – mirano a risollevarlo solo indirettamente le sorti del clima<sup>2</sup>. Il tema è ben più sviluppato a livello dottrinale. In questo contesto si registrano, però, molteplici e differenti orientamenti ai quali corrisponde un relativismo semantico meritevole di un preliminare chiarimento. La materia, infatti, non appare dotata di ben definiti confini, riferendosi ad un’entità immateriale ed ubiquitaria, qual è, appunto, il clima, e ad un fenomeno di dimensioni globali, come il suo cambiamento.

Sul piano giuridico, benché siano molte le fonti normative, sovranazionali ed interne, interessate alla stabilizzazione della variabilità del clima, raramente quest’ultimo è oggetto di autonoma considerazione e, mai, ne viene illustrata

<sup>(\*)</sup> È il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta al convegno “*La tutela del clima: un nuovo orizzonte del diritto penale?*”, svoltosi a Firenze il 13 giugno 2025, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Agenda ONU per il 2030 sullo sviluppo sostenibile, adottata con Risoluzione n. 70/1 dell’ONU del 25 settembre 2015.

<sup>2</sup> Il riferimento è alla direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 aprile 2024, sulla tutela penale dell’ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE. Per un primo commento, si rinvia a L. SIRACUSA, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell’ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste*, in *Lexambiente*, 2024, n. 2, 38 ss. Sul punto, altresì, si vedano D. PERRONE, “Think globally, act locally”: *obiettivi e vincoli della direttiva 2024/1203/UE sulla tutela penale dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, n. 3-4, 500 ss.; C.S. THUN HOHENSTEIN WELSPERG, *La nozione di condotta “illecita” nella nuova Direttiva (UE) 2024/1203 sulla tutela penale dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, n. 1-2, 222 ss.

l'essenza. Alcuna definizione di clima è, invero, rinvenibile nelle principali fonti internazionali, quali il Protocollo di Kyoto che si limita a contenere un generico riferimento al sistema climatico (nel preambolo, nonché all'art. 10, comma 1, lett. *d*); l'Accordo di Parigi che, per parte sua, evidenzia la necessità di «rafforzare le conoscenze scientifiche» disponibili sul tema (art. 7, comma 7, lett. *c*); il *Green Deal* europeo che, pur contenendo molteplici rimandi alla «materia [del] clima» (parr. 2.1.1, 2.1.2., 2.1.8., 2.2.1.), non offre alcuna precisazione del relativo ambito<sup>3</sup>. Non raggiunge l'obiettivo neppure l'art. 1 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC), che, nonostante la rubrica «Definitions», finisce, di fatto, per riportare la menzione delle, già note, componenti del sistema climatico.

E la situazione non pare, per il vero, mutare, qualora si passi ad analizzare lo scenario domestico. Nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'Ambiente) il lemma figura sì nella sezione dedicata alle definizioni (art. 5, comma 1, lett. *c*), ma solamente per permettere la comprensione del diverso concetto di «impatto ambientale», che viene così ad essere l'alterazione da un punto di vista qualitativo e quantitativo di diversi fattori «ambientali» fra i quali il «territorio, [il] suolo, [l'] acqua, [l']aria e [il] clima»<sup>4</sup>, e pressoché lo stesso accade nell'art. 1, comma 4, lett. *d*), d.lgs. 13 agosto 2010, n. 155 e negli artt. 2, 5 e 13 d.l. 9 dicembre 2023, n. 181 (convertito con modificazioni dalla L. 2 febbraio 2024, n. 11), laddove l'impiego del termine è finalizzato, nel primo caso, ad organizzare l'attività di valutazione della qualità dell'aria sull'intero territorio nazionale e, nel secondo caso, ad approntare le misure per il rafforzamento della sicurezza degli approvvigionamenti di gas naturale, nonché disporre il rifinanziamento di un fondo nazionale dedicato (Fondo italiano per il clima).

Le stesse fonti normative che non definiscono il clima offrono, al contrario, un ritratto quanto mai dettagliato del suo principale derivato, ossia il cambiamento climatico. Ai sensi dell'art. 1 dell'UNFCCC, con quest'ultimo si alluderebbe, invero, a quella variazione del clima, riconducibile direttamente o indirettamente all'attività umana, che, aggiungendosi alla variabilità naturale, osservata nel corso di periodi compatibili, altera la composizione dell'atmosfera globale. Al fondo di tale scelta, vi sarebbe la necessità politica, prima ancora che giuridica, di bilancia-

<sup>3</sup> Il testo è consultabile online al link [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF).

<sup>4</sup> Più in generale, sulla considerazione del clima da parte dell'ordinamento giuridico italiano, si veda S. NESPOR, *L'adattamento al cambiamento climatico: breve storia di un successo e di una sconfitta*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2018, n. 1, 29 ss.; G. GRASSO, *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l'environnement: qu'est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques?*, in *Italian Papers on Federalism*, 2022, n. 3, 58 e ss.

re il clima con altri fattori notoriamente indispensabili per l'uomo, primo fra i quali lo sviluppo socio-economico. In considerazione del proposito giuridico di ridurre l'alterazione antropica del naturale andamento del clima, l'attenzione si sposta, nel campo del diritto, sul rapporto tra uomo e clima<sup>5</sup>.

Ebbene, la marginalità che il clima, singolarmente considerato, riveste nella letteratura giuridica non agevola l'indagine relativa alla possibilità di considerarlo bene meritevole, e dunque oggetto, di tutela penale. Se, per un verso, è, infatti, chiaro lo scopo sotteso all'introduzione di una simile tutela, ossia quello di contrastare il cambiamento climatico antropogenico con lo strumento più "efficiente" che l'ordinamento conosce, per altro verso, oscuro ne rimane l'oggetto, ossia il bene da difendere.

L'unico modo per delimitarne il contenuto pare essere, allora, quello di un ricorso alla scienza, ambito di elezione del lemma.

## 2. *Clima: le parole per dirlo con la scienza*

Tra i climatologi non esiste un'opinione o un accordo unanime sulla definizione di clima<sup>6</sup>. Quando si fa riferimento al clima di una certa regione, nel campo scientifico, si è interessati alla distribuzione di alcune variabili, dette perciò "climatiche", che su quel luogo è possibile registrare. Tra queste, immancabili sono le cosiddette variabili meteorologiche dinamiche, ossia quelle deputate a descrivere lo stato dell'atmosfera, quali la temperatura dell'aria o la pressione superficiale. Cosicché, nella letteratura scientifica, sulla base di questi soli tipi di caratteri, si giunge all'affermazione per la quale clima è il tempo atteso<sup>7</sup>. Tuttavia, non è sempre così. Non è raro, infatti, che, nel parlare di clima, gli scienziati facciano riferimento ad un insieme più esteso di dati, tale da includere anche quelli volti a descrivere lo stato dell'oceano – come la temperatura dell'oceano sotto la superficie – e, talvolta, anche

<sup>5</sup> Rapporto quello tra uomo e clima che si riduce ben presto in una presa d'atto della vulnerabilità del primo, costantemente esposto all'imprevedibilità del secondo. Sul punto, si vedano F. CERUTTI, *Sfide globali per il Leviatano. Una filosofia politica delle armi nucleari e del riscaldamento globale*, Milano, Vita&Pensiero, 2010, 104 ss.; L. RE, *Politica e istituzioni al tempo del cambiamento climatico. Il paradigma della vulnerabilità come proposta di trasformazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2020, n. 1, 291 ss.; ancora, con toni più accesi, V. COLETTI, *La pretesa del superuomo e l'indulgenza verso la natura nel diritto moderno*, in *disCrimen*, 2024, n. 1, 279 ss.

<sup>6</sup> C. WERNDL, *On defining climate and climate change*, in *Brit. J. Phil. Sci.*, 2016, vol. 67, n. 2, 337-364, consultabile on-line: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1093/bjps/axu048#>.

<sup>7</sup> M. ALLEN, *Liability for Climate Change*, in *Nature*, 2003, vol. 421, 891-892; E.N. LORENZ, *Climate is What You Expect*, unpublished, 1995, consultabile on-line: [http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Climate\\_expect.pdf](http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Climate_expect.pdf).

quelli che rappresentano lo stato dei ghiacciai e delle calotte di ghiaccio. In generale, è indubbio che le variabili non oggetto di interesse, quando si tratti di clima, siano quelle che descrivono la flora e la fauna della Terra in tutti i loro dettagli, con la conseguenza che non tutti i caratteri che partecipano al sistema climatico possono definirsi variabili climatiche<sup>8</sup>. Ciononostante, rimane il problema dei valori che sono nel mezzo, che cioè possono essere inclusi o esclusi in base al contesto. Ma, se a seconda dello scopo gli scienziati decidono quali informazioni considerare, non si vede come possa essere possibile raggiungere un'univoca definizione di clima.

Anche a voler assumere che il clima si riferisca in via esclusiva alle variabili meteorologiche dinamiche, e che sia dunque il risultato del confronto di due distribuzioni di temperatura, diversi problemi sorgono, poi, in relazione alle modalità di calcolo. Secondo alcuni, al fine di correttamente stimare il clima, le condizioni esterne, come ad esempio l'energia solare, dovrebbero essere calcolate come valore medio, in quanto suscettibili di piccole oscillazioni<sup>9</sup>. Secondo altri, invece, solo le condizioni esterne che si verificano nella realtà rilevarebbero e, dunque, il clima sarebbe da considerarsi come la distribuzione effettiva dell'atmosfera in un periodo di trent'anni<sup>10</sup>. Infine, vi è chi mette in discussione la stessa scelta di riferirsi a periodi finiti di tempo, e sostiene, invece, che il clima sia la distribuzione infinita nel tempo del sistema climatico, con ciò escludendo in radice la configurabilità di un cambiamento climatico<sup>11</sup>.

Volendo addivenire ad una nozione condivisa, occorrerebbe, allora, soprassedere sulle singole componenti e le esatte modalità di calcolo e, per l'effetto, ridurre drasticamente la definizione di clima al complesso delle condizioni meteorologiche, che caratterizzano una località o una regione nel corso dell'anno, stimate in un lungo periodo di tempo. Espediente, questo, che non offre, però, alcuna soluzione al problema di una perimetrazione sufficiente del suo significato.

Senonché, la risoluzione della questione relativa alla configurabilità di un nuovo bene giuridico "clima" potrebbe non essere decisiva, qualora fosse possibile giustificare l'intervento penale sulla base dell'accertamento della lesione di beni giuridici già esistenti. E, di fatto, è innegabile che gli eventi meteorologici

<sup>8</sup> S. SOLOMON-D. QIN-M. MANNING-Z. CHEN, M. MARQUIS-K.B. AVERYT-M. TINGOR-H.L. MILLER, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis*, Cambridge University Press, 2007, 1 ss.

<sup>9</sup> V.P. DYMNIKOV-A.S. GRITSOUN, *Climate Model Attractors: Chaos, Quasi-Regularity, and Sensitivity to small perturbations of external forces*, in *Nonlinear Processes in Geophysics*, 2001, vol. 8, 201-209.

<sup>10</sup> M. HULME-S. DESSAI-I. LORENZONI-D. NELSON, *Unstable Climates: Exploring the Statistical and Social Constructions of Climate*, in *Geoforum*, 2009, vol. 40, 197-206. È questa, a bene vedere, la definizione adottata dall'Organizzazione meteorologica mondiale che nello stabilire le normali climatiche tiene conto delle statistiche raccolte in un arco temporale trentennale.

<sup>11</sup> T. PALMER, *A Nonlinear Dynamical Perspective on Climate Prediction*, in *Journal of Climate*, 1999, vol. 12, 575-591.

estremi, in costante crescita, comportino, generalmente, la lesione di interessi giuridici individuali elementari, quali la vita, l'integrità fisica o la proprietà. Per tale ragione, pare opportuno chiedersi se il diritto penale possa venire qui invocato, prima di tutto, senza tener conto del clima quale autonomo oggetto di tutela, ossia a partire dal verificarsi di eventi estremi e procedendo a ritroso sino all'accertamento di una responsabilità individuale.

### 3. *L'espressione che descrive l'evento: i fenomeni meteorologici estremi*

Violente tempeste, inondazioni, siccità improvvise ed incendi estesi sono gli indizi più evidenti della velocità con la quale il clima sta cambiando. Tali accadimenti, in ragione della loro intensità e straordinarietà, vengono denominati fenomeni meteorologici estremi. Di quest'espressione non esiste una definizione universale, ma ben si può ritenere che la stessa goda di tante accezioni quante sono le branche del sapere che si sono occupate del tema<sup>12</sup>.

In statistica, si considera evento climatico estremo quella sequenza temporale e spaziale di una variabile climatica che risulta anomala rispetto al valore di riferimento. Per stabilire la natura eccezionale di un evento è, allora, necessario, stando a questa impostazione, conoscere in anticipo la variabile climatica con cui si instaura il paragone e la distribuzione di tale carattere in un arco temporale sufficientemente esteso; l'osservazione generalmente si ritiene dover essere almeno trentennale<sup>13</sup>. Il vantaggio di utilizzare un approccio statistico al tema è, certamente, quello di disporre di uno strumento utilizzabile con riferimento ad ogni regione del pianeta e che consente il raffronto tra eventi che avvengono in diverse parti del mondo. Per converso, tale tipo di analisi non considera, tuttavia, i principi fisici che sono alla base dell'accadimento, con la conseguenza che l'estremo "statistico" può rivelarsi fisicamente insignificante.

Un'ulteriore definizione, fornita questa volta dai meteorologi, si basa, invece, sulla fenomenologia dell'evento. Dato un elenco prestabilito di fenomeni meteorologici (ondate di calore, colpi di freddo, tempeste, siccità, etc.) e dei valori medi, sono estremi quei fenomeni in cui le variabili climatiche superino tali soglie.

<sup>12</sup> S.I. SENEVIRATNE-N. NICHOLLS-D. EASTERLING-C.M. GOODESS-S. KANAE-J. KOSSIN-Y. LUO-J. MARENGO-K. MCINNES-M. RAHIMI-M. REICHSTEIN-A. SORTEBERG-C. VERA-X. ZHANG, *Changes in climate extremes and their impacts on the natural physical environment*, in C.B. Field-V. Barros-T.F. Stocker-D. Qin-D.J. Dokken-K.L. Ebi-M.D. Mastrandrea-K.J. Mach-G.-K. Plattner-S.K. Allen-M. Tignor-P.M. Midgley (a cura di), *A Special report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC SREX Report)*, Cambridge University Press, 2012, 109-230.

<sup>13</sup> A. RIGAL, J.-M. AZAÏS, A. RIBES, *Estimating daily climatological normal in a changing climate*, in *Climate dynamics*, 2019, vol. 53, n. 1-2, 272.

Esistono vari modi per definire i limiti, un valore assoluto al di sopra del quale l'impatto è ritenuto particolarmente significativo è, generalmente, quello dei 40°C, oppure un valore che viene superato solo raramente – ad esempio solo il 5% delle volte, stando ai dati precedenti – può costituire una soglia. Inoltre, l'eccezionalità può anche essere data dalla circostanza per la quale il dato sia il più elevato registrato in un certo periodo di tempo, ad esempio il giorno più caldo dell'anno, giacché la misura dell'intensità deve dipendere, oltre che da valori predeterminati, anche dal contesto<sup>14</sup>. Il principale vantaggio di questa impostazione, a differenza del criterio precedentemente illustrato, è che essa si basa sui principi fisici che descrivono il clima. Anche qui, tuttavia, si registrano degli svantaggi pratici, legati al fatto che i modelli climatici spesso travisano i processi fisici che portano agli eventi estremi.

L'impatto generato dall'evento è, infine, il criterio proposto dagli storici del clima per valutarne la straordinarietà<sup>15</sup>. Combinando insieme la pericolosità climatica, l'esposizione e la vulnerabilità dei sistemi, l'evento viene valutato sulla base dell'impatto che ha avuto sulla società. L'interesse scientifico sta qui più che altro nel limitare l'infinita gamma di possibilità offerte dalle definizioni precedenti, così da concentrare l'attenzione su classi di eventi che hanno avuto – o possono in concreto avere – un'incidenza sulla società e sugli ecosistemi.

Al fine di inscrivere un accadimento all'interno del quadro degli eventi climatici estremi, gli scienziati del clima finiscono, allora, per combinare insieme questi tre tipi di definizione, così da fornire risposte qualificate in termini statistici a fenomeni meteorologici identificati e di rilevante impatto sociale.

Alla difficoltà nel definire si aggiunge, poi, quella di arrivare a comprendere. Gli eventi climatici estremi sono, per lo più, «*compound events*», con ciò intendendosi che il loro impatto estremo deriva dalla combinazione di più eventi, che singolarmente presi possono non essere necessariamente estremi<sup>16</sup>. In quanto eventi composti, essi possono derivare, infatti, dall'intersezione di rischi climatici con rischi ambientali, o non climatici – come, ad esempio, guerre o pandemie, o fattori di stress socioeconomici – quali, la povertà o la mancanza di alloggi adeguati. Il che rende assai arduo il compito di rinvenirne le cause e ricostruirne la dinamica. Può accadere, infatti, che l'evento sia il risultato di più rischi compre-

<sup>14</sup> M. BENISTON, D.B. STEPHENSON, *Extreme climatic events and their evolution under changing climatic conditions*, in *Global and Planetary Change*, 2004, n. 44, 1-9.

<sup>15</sup> E. GARNIER, *Le dérangements du temps: 500 ans de chaud et de froid en Europe*, Plon, 2009.

<sup>16</sup> Il termine compare per la prima volta nel lavoro di M. LEONARD-S. WESTRA-A. PHATAK-M. LAMBERT-B. VAN DEN HURK-K. MCINNES-J. RISBEY-S. SCHUSTER-D. JAKOB-M. STAFFORD-SMITH, *A compound event framework for understanding extreme impacts*, in *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, 2014, vol. 5, n. 1, 113-128.

senti in un medesimo luogo (multivariati), che il fenomeno si manifesti in diversi momenti (temporalmente composti), che l'evento abbia luogo simultaneamente anche in un luogo distante da dove il rischio climatico è stato generato, ma ad esso collegato da processi fisici o da complessi sistemi umani o naturali (spazialmente composti), che l'intensità dell'accadimento naturale sia il risultato della somma di un rischio climatico nuovo ed un altro evento estremo di lungo periodo ancora in corso (precondizionati)<sup>17</sup>. Insomma, ancor più che l'identificazione in sé dell'evento estremo, che comunque potrebbe essere resa assai agevole dal criterio dell'impatto sociale, la grande sfida sembrerebbe quella di individuare i fattori eziologici che hanno portato allo sviluppo del "disturbo" climatico.

#### 4. *Le espressioni che descrivono le cause: l'inquinamento atmosferico e il cambiamento climatico*

Gli scienziati, ripercorrendo a ritroso il complesso meccanismo causale che sfocia negli eventi climatici estremi, sono arrivati, invero, alla conclusione che è l'alta concentrazione di anidride carbonica a provocare l'innalzamento globale delle temperature, che a sua volta altera il sistema climatico degli ecosistemi, e, dunque, rende più frequenti fenomeni di inondazioni, siccità, dissesto idrogeologico, crisi idriche e via discorrendo. Cosicché, sono comunemente ritenute le principali – benché non le esclusive – cause dei fenomeni metereologici estremi l'inquinamento atmosferico ed il cambiamento climatico<sup>18</sup>.

Con l'espressione inquinamento atmosferico si intende quell'alterazione della composizione chimico-fisica dell'atmosfera nello spazio e nel tempo causata dalla presenza di una o più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da alterare le normali condizioni ambientali. L'atmosfera è, invero, composta da gas, per così dire maggioritari, quali l'azoto, l'ossigeno e l'argon. Oltre a questa fisiologica miscela gassosa, tuttavia, è altresì rinvenibile nell'atmosfera una lunga serie altri gas, che dovrebbero essere presenti solo in minima parte, tra cui i "gas serra", così denominati poiché, trattenendo le radiazioni infrarosse emesse in superficie, invece di fare loro proseguire il cammino sino allo spazio, sarebbero in grado di provocare un aumento della temperatura sulla Terra e, dunque, di agire proprio come il vetro di una serra. Tirando le somme, l'inquinamento atmosferico è, allo-

<sup>17</sup> La classificazione dei diversi tipi di eventi composti è riferibile a J. ZSCHEISCHLER *et al.*, *A typology of compound weather and climate events*, in *Nature reviews earth & environment*, 2020, vol. 1, n. 7, 333-347.

<sup>18</sup> Sul punto, per tutti, M.C. FACCHINI-S. FUZZI, *Qualità dell'aria e cambiamenti climatici: due facce della stessa medaglia*, in *Ingegneria dell'Ambiente*, 2017, vol. 4, n. 4, 344 e ss.

ra, quel fenomeno che si verifica nel caso in cui i valori delle componenti atmosferiche che dovrebbero essere presenti in misura ridotta superano i valori medi. Al di sopra di un certo livello di concentrazione, alcune sostanze inquinanti possono, invero, avere effetti deleteri sulla salute umana, essendosi dimostrati la causa di malattie cardio-polmonari e cancro ai polmoni, come anche sugli ecosistemi, essendo in grado di determinare l'eutrofizzazione o l'acidificazione degli ambienti, con un impatto sulla biodiversità e sulle rese agricole<sup>19</sup>.

Senonché, l'inquinamento atmosferico che è causa di numerosi danni alla salute, all'ambiente e, unitamente considerati, di fenomeni metereologici estremi è, a sua volta, il risultato di diversi fattori sia naturali che antropici. Eruzioni vulcaniche, incendi, ghiaioni e processi biologici di vario tipo sono le principali fonti di inquinamento di origine naturale, mentre le più conosciute cause antropogeniche sono il traffico veicolare, l'agricoltura intensiva, il riscaldamento domestico ed altre attività portate avanti dall'uomo. Ciononostante, sul piano giuridico, l'inquinamento rappresenta, da sempre, un fenomeno strettamente collegato all'attività umana. Nella normativa sovranazionale, viene, infatti, definito come «l'introduzione nell'atmosfera da parte dell'uomo, direttamente o indirettamente, di sostanze o di energia che abbiano effetti nocivi che possano mettere in pericolo la salute dell'uomo, danneggiare le risorse biologiche e gli ecosistemi, deteriorare i beni materiali e nuocere ai valori ricreativi ed altri usi legittimi dell'ambiente»<sup>20</sup> e pressoché la medesima definizione è stata riproposta anche sul piano interno. Sul punto, la prima definizione di inquinamento atmosferico è offerta, invero, dall'art. 2 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203, stando al quale, «si intende per inquinamento atmosferico ogni modificazione della normale composizione o stato fisico dell'aria atmosferica, dovuta alla presenza nella stessa di una o più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da alterare le normali condizioni ambientali e di salubrità dell'aria; da costituire pericolo ovvero pregiudizio diretto o indiretto per la salute dell'uomo; da compromettere le attività ricreative e gli altri usi legittimi dell'ambiente; alterare le risorse ecologiche e gli ecosistemi e i beni materiali pubblici e privati». Un'ulteriore nozione è, poi, contenuta nell'art. 268, comma 1, lett. a), del citato d.lgs. n. 152 del 2006 per il quale l'inquinamento atmosferico rappresenta una «modificazione dell'aria atmosferica, dovuta all'introduzione

<sup>19</sup> L'inquinamento atmosferico è considerato dall'Oms il rischio ambientale più importante, essendo stato responsabile nel 2019, di un decesso su nove nel mondo, stando al *Global burden of disease study 2019* (Gbd 2019), *data resources*, (n.d.), *healthdata.org*, 4 agosto 2022, <http://ghdx.healthdata.org/gbd-2019>.

<sup>20</sup> Si tratta della prima definizione di "inquinamento atmosferico" approntata dalla Convenzione di Ginevra del 1979, ratificata in Italia con legge 27 aprile 1982, n. 289. Sul punto, si rinvia a G. D'ANDREA, *La tutela della qualità dell'aria*, in AA.Vv., *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, a cura di R. Giuffrida e F. Amabili, Torino, 2018, 207 ss.

nella stessa di una o più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da ledere o da costituire un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o compromettere gli usi legittimi dell'ambiente». Da ultimo, il significato di "inquinante" viene perimetrato dall'art. 2 del citato d.lgs. n. 155 del 2010, che viene ad essere «qualsiasi sostanza presente nell'aria che può avere effetti dannosi sulla salute umana o sull'ambiente nel suo complesso».

Ebbene, sulla base di questa accezione "ristretta" di inquinamento sono sorti numerosi obblighi internazionali di cooperazione per gli stati e, conseguentemente, precise regole di condotta per i cittadini. L'inquinamento atmosferico è, invece, una materia la cui disciplina risulta dalla sovrapposizione di diverse fonti normative: internazionali, comunitarie, nazionali e regionali. Quanto al fondamentale apporto del diritto internazionale, è la Convenzione di Ginevra del 1979 ad approntare per la prima volta una definizione di inquinamento atmosferico, accezione reimpiegata e sviluppata in seguito dalla Convenzione di Vienna del 1985, prima, e dal Protocollo di Montreal del 1987, poi. Sul piano europeo, sono, invece, le direttive 96/62/CE del 27 settembre 1996, 2008/50/CE del 21 maggio 2008 e 2015/2193/UE del 25 novembre 2015 a testimoniare l'impegno comunitario nel tempo profuso per la messa a punto di norme generali volte a favorire il raggiungimento e la conservazione di un'adeguata qualità dell'aria in tutti gli stati membri.

E tanto è risalente la considerazione giuridica dell'inquinamento atmosferico, quanto lo è anche la rilevanza penale dell'immissione in atmosfera da parte dell'uomo di sostanze cosiddette inquinanti<sup>21</sup>. Sul piano nazionale, per primo è stato il reato di getto pericoloso di cose previsto ai sensi dell'art. 674 c.p. a trovare una sua compiuta – ancorché discussa – applicazione proprio in tema di inquinamento atmosferico<sup>22</sup>. Successivamente, proprio in ragione della crescente importanza del tema, sono state introdotte diverse contravvenzioni all'interno del d.lgs. n. 152 del 2006 – tutte racchiuse nell'art. 279 – volte a sanzionare le emissioni poste in essere in violazione o in assenza di espressa autorizzazione<sup>23</sup>, fino ad arrivare ad irrobusti-

<sup>21</sup> Sull'evoluzione, in Italia, della disciplina penalistica volta a contrastare l'inquinamento antropogenico, si vedano, per tutti, P. PATRONO, *Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1980, 83 ss.; A. GALANTI, *La tutela dell'ambiente tramite il diritto penale: prospettive di evoluzione*, in *Lexambiente.it*, 30 novembre 1999; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, 4 ss.; L. SIRACUSA, *I delitti di inquinamento ambientale e di disastro ambientale in una recente proposta di riforma del legislatore italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, n. 1-2, 207-241; C. BOVINO-R. CODEBÒ-A. SCARCELLA, *Ecoreati. I nuovi delitti contro l'ambiente*, Milano, 2015, 6 ss.; A. POSTIGLIONE, *Recenti sviluppi in Italia della tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. e giur. agr., alim e amb.*, 2015, numero speciale, 15 ss.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. R. LOTTINI, *sub art. 674 c.p.*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, a cura di F. Giunta, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2007, 1712-1741 ss.

<sup>23</sup> Per un commento dell'art. 279 d.lgs. n. 152 del 2006, si veda, per tutti, D. MICHELETTI, *sub art. 279, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, cit., 459-488 ss.

re la tutela, da ultimo, con la previsione di uno specifico delitto di evento, qual è la fattispecie di inquinamento ambientale di cui all'art. 452-*bis* c.p.<sup>24</sup>.

Su questo sfondo si innesta, dunque, la nuova prospettiva che considera l'inquinamento atmosferico, non più un fenomeno a sé stante, ma piuttosto il tassello di un più ampio quadro causale. In ragione della variabilità della sua estensione, nonché della sua potenzialità lesiva, l'inquinamento atmosferico è stato collocato, invero, alla base dei processi di mutamento del clima, giacché, come emerge dall'attuale stadio delle riflessioni scientifiche, i fattori responsabili dell'inquinamento atmosferico sono, al tempo stesso, causa del progressivo aumento della temperatura globale e dei conseguenti mutamenti del clima<sup>25</sup>.

Le variazioni del clima della Terra, ossia le modificazioni, a diverse scale spaziali e storico-temporali, dei parametri statistici relativi a una o più grandezze di carattere climatico o ambientale, quali la temperatura, le precipitazioni, la pressione e la composizione chimica dell'atmosfera, la nuvolosità, la temperatura degli oceani, la distribuzione e lo sviluppo di piante e animali costituiscono, secondo gli scienziati del clima, i cosiddetti "cambiamenti climatici". Eppure, come insegna la paleoclimatologia<sup>26</sup>, il pianeta da sempre attraversa fasi di cambiamenti climatici più o meno rapidi e più o meno ciclici, si pensi al passaggio dall'era glaciale all'era interglaciale e, inoltre, molti dei parametri che influenzano il clima sono in lento, ma continuo mutamento tanto che il clima di per sé non è mai puramente statico, ma sempre variabile, oggetto di un più o meno lento, ma sempre costante, mutamento. Non sembra, pertanto, agevole comprendere quali siano le variazioni del clima a venire, questa volta, in rilievo, quali principali cause del verificarsi degli eventi climatici estremi. Ad aumentare il grado di complessità della materia, interviene, poi, l'essenza squisitamente multidisciplinare del fenomeno, che involge di fatto la conoscenza dei più disparati campi scientifici, quali la meteorologia, la fisica, l'oceanografia, l'astronomia ed altri ancora.

Volendo semplificare, lo studio del cambiamento climatico si compone di due distinte fasi: la rilevazione dell'avvenuto mutamento climatico sulla base di evi-

<sup>24</sup> Cfr. L. SIRACUSA, *I delitti di inquinamento ambientale e di disastro ambientale*, cit., 233 ss.; C. BOVINO-R. CODEBÒ-A. SCARCELLA, *Ecoreati*, cit., 6 ss.; A. POSTIGLIONE, *Recenti sviluppi in Italia della tutela penale dell'ambiente*, cit., 15 ss.

<sup>25</sup> *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*.

Quanto alla potenziale discrasia tra fonte promanante e zona in cui si riversano gli effetti, il pensiero va all'inquinamento atmosferico attraverso le frontiere a lunga distanza di cui all'art. 1b della Convenzione di Ginevra del 1979.

<sup>26</sup> Si veda, per tutti, T. GEORGIADIS-L. MARIANI, *Clima e Cambiamento Climatico. II. Dati Osservativi, Paleo-Climatologia, Modelli Climatici, Attività Internazionali*, in *Rivista italiana di agrometeorologia*, 2006, vol. 4-25, n. 2, 5 ss.

denze sperimentali frutto dell'analisi statistica di serie storiche di dati atmosferici; l'attribuzione, sulla scorta di studi mirati, delle cause del mutamento, che possono essere sia naturali che antropiche.

Senonché, anche con riferimento al cambiamento climatico, l'unica fonte produttiva del fenomeno che viene in rilievo, nel contesto giuridico, è quella antropica, consistente in un'alterazione del clima ricollegabile direttamente o indirettamente ad un'attività umana, che, addizionata alla sempre presente variabilità naturale, contribuisce ad alterare la composizione dell'atmosfera globale<sup>27</sup>. Il cambiamento climatico, in questo contesto, si sostanzierebbe, dunque, nel mutamento del valore medio delle normali climatiche, tra due periodi di tempo, attribuibile esclusivamente, o quasi, alle attività umane e giacché tali attività devono essere in grado di alterare la composizione globale dell'atmosfera, si tratterà necessariamente dell'emissione di sostanze climalteranti, quali gas serra e particolati atmosferici.

Ebbene, se così stanno le cose, l'inquinamento atmosferico ed i cambiamenti climatici sono da considerarsi due fenomeni strettamente interconnessi ed interagenti. Per un verso, le sorgenti di sostanze inquinanti possono essere anche sorgenti di sostanze climalteranti; è il caso della combustione di combustibili fossili. Per altro verso, i cambiamenti climatici influenzano la qualità dell'aria sia dal punto di vista dell'incremento o diminuzione di emissioni naturali e antropogeniche, sia sotto il profilo delle condizioni meteorologiche che influenzano la dispersione e l'accumulo di inquinanti. E proprio in ragione della loro affinità presentano pressoché le medesime criticità quando impiegati nel campo del diritto. Entrambi sono considerati, sul piano normativo, di origine puramente antropica e rispetto ad ambedue, di conseguenza, sorge il problema di come isolare la condotta dell'uomo dagli infiniti altri fattori con cui essa interagisce e solo insieme ai

<sup>27</sup> Per un inquadramento del tema, sul piano internazionale, M. WEWERINKE-SINGH, *State Responsibility, Climate change, and Human Rights under International Law*, Oxford, 2019, 61; A. BOYLE, *Climate Change, The Paris Agreement and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, n. 67, 771 ss.; J. BUSBY, *Warming world: Why Climate Change Matters more Than Anything Else*, in *Foreign Affairs*, 2018, n. 97, 49 ss.; mentre, nella letteratura italiana, A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Esi, 2022, 7 ss. Nello specifico, sulla Convenzione quadro di New York si veda D. BODANSKY, *UN Convention on Climate Change*, in *Yale Journal of International Law*, 1993, 62; P. SIMONE, *Caratteristiche e principi fondamentali della Convenzione quadro dell'ONU sui cambiamenti climatici*, in *Dir. giur. agr.*, 1996, 415 ss. Per un inquadramento più generale, si rinvia, inoltre, a G. TAMBURELLI, *Gli atti internazionali sulla protezione dell'ozono stratosferico e la loro esecuzione in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 675-724; S. BERTAZZO, *La definizione e l'attuazione di una politica sui cambiamenti climatici in ambito internazionale e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1141-1190; A. GRATANI, *Misure contro l'inquinamento atmosferico. La lotta contro l'uso di sostanze che riducono lo strato di ozono tra diritto internazionale e diritto comunitario*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, 73 ss.; C. LEONARDI, *Le emissioni di gas ed effetto serra nelle politiche delle Nazioni Unite e della Comunità europea*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 7-26.

quali produce l'effetto devastante. Anche se ormai è chiaro che l'uomo è da considerarsi il principale inquinatore della storia e che in tal modo avrebbe contribuito in larga parte allo stato di degrado climatico oggi constatabile, rimane il problema di stabilire l'esatta incidenza del comportamento umano rispetto alla progressione del decorso causale (inquinamento atmosferico e cambiamento climatico) e così anche rispetto al verificarsi dell'evento (fenomeno climatico estremo).

5. *Le espressioni per indicare l'incidenza dell'uomo:*  
attribution science e carbon footprint

Se gli eventi estremi sono conseguenza del riscaldamento globale, che a sua volta è causato da emissioni prodotte dall'uomo, l'attribuzione di un singolo evento ad un soggetto non può che passare per due fasi: una relativa all'accertamento che l'evento sia il risultato del cambiamento climatico ed una seconda in cui si verifichi che il cambiamento climatico sia stato causato dalle attività svolte da parte di uno Stato, di una grande impresa o da determinati individui. Sembra questo, invero, il processo causale la cui accurata ricostruzione è imprescindibile per potersi parlare di responsabilità penale anche in questo ambito.

Il proposito di stabilire l'influenza del cambiamento climatico nell'accadimento degli eventi estremi apre uno spazio notevole alla "*Attribution Science*", vale a dire quella branca della scienza che si occupa, segnatamente, di analizzare la relazione causale esistente tra gli eventi estremi ed il cambiamento climatico, sulla base dell'impiego di modelli climatici che mostrano l'impatto dei gas serra sul pianeta, combinati con i dati meteorologici attuali raccolti dalle stazioni a terra e dai satelliti meteorologici, nonché con le informazioni storiche provenienti da serie di dati globali<sup>28</sup>. L'attenzione si focalizzerebbe, qui, nel valutare la variazione di probabilità di un evento estremo tra un mondo cosiddetto "fattuale", in cui l'evento si è verificato, ed uno per così dire "controfattuale", in cui non vi sarebbero stati cambiamenti climatici antropogenici. Il tutto tramite la simulazione di lunghe serie temporali, con cui, poi, calcolare la probabilità di accadimento degli eventi. Diverse sono oggi le tecniche impiegate per addivenire al risultato avuto di mira. Per un verso, vi è chi utilizza, come metrica, la frazione di rischio attribuibile, ossia il rapporto tra la differenza tra la probabilità fattuale e quella controfattuale divisa per la probabilità fattuale<sup>29</sup>. Per altro verso, sono stati svi-

<sup>28</sup> A. JÉZÉQUEL *et al.*, *Behind the veil of extreme event attribution*, in *Climatic change*, 2018, vol. 149, n. 3-4, 367-383.

<sup>29</sup> P. PALL *et al.*, *Anthropogenic greenhouse gas contribution to flood risk in England and Wales in autumn 2000*, in *Nature*, 2011, vol. 470, n. 7334, pp- 382-385.

luppato metodi che si soffermano, piuttosto, sulla comprensione dei meccanismi fisici di diversi tipi di eventi estremi influenzati dai cambiamenti climatici, distinguendo, ad esempio, tra effetti del cambiamento climatico sulla circolazione atmosferica ed effetti sulla termodinamica<sup>30</sup>.

Senonché, la mancanza di un accordo scientifico, innanzitutto sul metodo da seguire, non pare compatibile con l'impiego di queste risorse all'interno di un processo penale. Le evidenze scientifiche che possono entrare in un procedimento giudiziario di questo tipo non sono e non possono essere, per il vero, quelle riferibili a tesi isolate di singoli scienziati, ma solo quelle formatesi all'interno della comunità scientifica nel suo complesso<sup>31</sup>.

A ciò si aggiunga, poi, che tutti gli approcci all'attribuzione sono accomunati da uno stesso punto di approdo, ossia una risposta espressa in termini percentuali. Il che porrebbe l'interrogativo della concreta incidenza del dato probabilistico all'interno di un procedimento che deve concludersi necessariamente con una pronuncia che al ragionevole dubbio non si arresti, ma che lo superi.

Di fronte ai numerosi danni causati dagli eventi meteorologici estremi, ci si chiede, inoltre, se ed eventualmente chi possa essere chiamato legalmente a rispondere. Pur assumendo che sia possibile stabilire con certezza la relazione causale tra un evento estremo ed il riscaldamento globale, rimarrebbe da verificare che l'aumento delle temperature possa essere, a sua volta, ricondotto al comportamento tenuto da uno o più soggetti. A tal fine, è stato elaborato il concetto di "impronta carbonica". Questa locuzione, che deriva dalla nozione di "carbon footprint"<sup>32</sup>, indica la misura della quantità di emissioni di gas serra rilasciate da un prodotto, da un servizio, da un'organizzazione, da un evento o da un individuo, espresse generalmente in tonnellate di CO<sub>2</sub> equivalente e, come tale, può essere impiegata per la determinazione degli impatti ambientali che le emissioni di origine antropica hanno sui cambiamenti climatici.

In base all'oggetto del calcolo, esistono diversi tipi di impronta carbonica. L'impronta carbonica di prodotto, ad esempio, comprende la quantificazione di tutte le emissioni di gas ad effetto serra lungo tutto il ciclo di vita del prodotto,

<sup>30</sup> G. SHEPHERD, *A common framework for approaches to extreme event attribution*, in *Current Climate Change Reports*, 2016, vol. 2, n. 1, 28-38.

<sup>31</sup> Su quale debba essere «l'itinerario razionale di un'indagine» da seguire per valutare l'ingresso di una prova scientifica all'interno del processo penale, Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341, con nota di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*. Nondimeno, sulle luci ed ombre di una simile impostazione, si rinvia, per tutti, a F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categoria sostanziale e regole di giudizio*, in questa *Rivista*, 2014, 561 ss.

<sup>32</sup> M. WACKERNAGEL-W. REES, *Our Ecological Footprint Reducing Human Impact on the Earth*, New Society Publishers, Philadelphia, 1996.

dall'estrazione delle materie prime allo smaltimento finale. L'impronta carbonica d'organizzazione mira, invece, a misurare le emissioni di gas serra prodotte direttamente dall'organizzazione e quelle indirettamente generate dall'impiego di energia elettrica e termica durante il suo ciclo produttivo<sup>33</sup>. Quanto al metodo, non esiste un solo modo per calcolare l'impronta di carbonio. Si tratta di una misurazione complessa che tiene conto di molti fattori, e che può essere effettuata a diverse scale. In generale, più che misurata direttamente, l'impronta di carbonio viene stimata. Che sia di uno Stato, di un'azienda o di un individuo, tale entità viene approssimata sulla base di criteri definiti dalla comunità scientifica e dagli standard internazionali.

Misurare la propria impronta di carbonio è, allora, un'operazione fondamentale per le aziende medie e grandi in molti settori e, in particolar modo, per le società quotate che devono documentare ai propri azionisti, attraverso il bilancio di sostenibilità, il loro impegno nella lotta al riscaldamento climatico. Altresì di indubbia utilità è l'uso di tale parametro ai fini del monitoraggio delle emissioni che avvengono all'interno dello Stato così da pianificare politiche volte ad assicurare il rispetto degli impegni assunti a livello internazionale<sup>34</sup>.

Il suo impiego all'interno del processo penale, tuttavia, potrebbe non essere così auspicabile. I problemi sono, qui, a bene vedere, analoghi a quelli rilevati con riferimento alla scienza dell'attribuzione: l'inesistenza di un unico strumento valido per effettuare il calcolo dell'impronta di carbonio, nonché di un metodo prestabilito per svolgere l'operazione, si porrebbe in contrasto con la necessaria condivisione da parte della comunità scientifica del dato che si intende introdurre nel processo; inoltre, trattandosi di una stima – e non di una rilevazione esatta – delle emissioni totali di gas serra prodotte, si riproporrebbe la questione di come impiegare il dato probabilistico ai fini dell'elaborazione della decisione finale.

## 6. Un'autonoma tutela penale per il clima?

La ricostruzione sin qui condotta dei possibili significati dei lemmi in uso nel linguaggio climatico porta, a questo punto, ad un rilievo di fondo. Il lungo cammino che da singole condotte climalteranti porta al verificarsi di fenomeni meteorologici estremi non è privo di tappe intermedie. All'emissione antropica deve,

<sup>33</sup> W. REES, *Ecological footprint and appropriated carrying capacity: What urban economics leave out*, in *Urban Environ.*, 1992, vol. 4, 20-130.

<sup>34</sup> In questo senso, la Regione Piemonte propone un più massiccio impiego dell'impronta di carbonio nella *Deliberazione della Giunta Regionale 18 febbraio 2022, n. 23-4671. L. 221/2015. D.G.R. 24-5295 del 3 luglio 2017. Strategia regionale sul Cambiamento Climatico. Approvazione Primo stralcio e disposizioni sull'elaborazione delle politiche regionali*, 3.

infatti, seguire l'inquinamento atmosferico, che, solo qualora si traduca in riscaldamento globale, potrebbe avere come effetto quello di aumentare la probabilità che eventi estremi abbiano luogo. L'*attribution science* e l'impronta carbonica si dimostrano gli unici strumenti in grado di fare luce sulla complessa dinamica causale, eppure il loro grado di condivisione da parte della comunità scientifica non pare raggiungere la soglia sufficiente a giustificarne l'ingresso nel giudizio penale. In sostanza, la naturale ed imprevedibile variabilità del clima, la moltitudine di fattori che a tal fine vengono in rilievo, nonché la "macro-condotta" richiesta per aversi un effettivo impatto umano sull'andamento dell'entità naturale, la quale non può che essere il frutto di una serie sterminata di comportamenti singoli e ripetuti, rendono la costruzione di una responsabilità penale a partire dall'evento tanto difficoltosa da poterla ragionevolmente escludere.

D'altro canto, introdurre un nuovo bene giuridico, che assuma le sembianze del clima o dell'atmosfera, per tentare di arginare i problemi che una tutela penale fondata sull'evento presenterebbe, non pare essere una soluzione sufficientemente persuasiva per diverse ragioni.

Il riconoscimento del clima quale bene giuridico autonomo – si sostiene – sarebbe necessario in ragione della sua differenziabilità semantica dall'ambiente<sup>35</sup>. Partendo dalla considerazione per la quale l'ambiente costituirebbe l'insieme delle condizioni fisiche necessarie a garantire la sopravvivenza degli esseri viventi, mentre il clima rappresenterebbe, invece, il contesto all'interno del quale tali componenti si trovano, si approda qui alla conclusione di apprestare tante tutele penali quanti sono i concetti ontologicamente diversi. Il clima, a differenza degli elementi che compongono l'ambiente, possiede una dimensione globale ed è legato a fattori con interrelazioni più complesse di quelle che riguardano le singole componenti ambientali. Ed allora come è diverso il clima dall'ambiente, così dovrebbe essere anche «il volto esterno dei reati contro il clima»<sup>36</sup>. Il tutto, però, senza escludere la possibile esistenza di zone di intersezione tra i due ambiti di tutela<sup>37</sup>.

L'idea, pur costituendo una plausibile alternativa al problematico impiego dell'istituto della causalità, non convince. Misurare i confini dell'ambiente, prima, e del clima, poi, è un'operazione indispensabile ai fini di correttamente valutare l'opportunità di ampliare il diritto penale e la constatazione che dalla differenza di significato dei due termini possa derivare l'intangibilità di alcune condotte climalteranti da parte del diritto penale ambientale è, per di più, un dato che non

<sup>35</sup> A. NIETO MARTÍN, *No mires arriba: las respuestas del derecho penal a la crisis climática*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2022, 269 ss.; trad. it. A. Nieto Martín, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *Sistema penale*, 2022, n. 10, 47 ss.

<sup>36</sup> A. NIETO MARTÍN, *Don't look up*, cit., 54.

<sup>37</sup> A. NIETO MARTÍN, *Don't look up*, cit., 56.

può passare inosservato e che dovrebbe far riflettere. Cionondimeno, la plausibilità di una simile soluzione è messa in crisi dal disavanzo definitorio che attualmente caratterizza la nozione di “clima”<sup>38</sup>.

Seppur sicuramente prezioso per la salvaguardia del pianeta, il clima è – a questo punto dovrebbe essere chiaro – un concetto ancora oggi difficile da cogliere per una moltitudine di ragioni. Non ne agevolano la comprensione il carattere superindividuale, trattandosi di una risorsa a disposizione di tutti gli abitanti del pianeta ma della quale nessuno potrebbe appropriarsi; la natura immateriale, configurandosi come un insieme statistico di variabili, in quanto tale, privo di referenti materiali; la sua indeterminatezza ed indeterminabilità, almeno nell'immediato, dovute al suo essere in perenne trasformazione ed al bisogno di essere posto a confronto con dati registrati in passato o pronosticati ai fini di una sua valutazione<sup>39</sup>. Tutte caratteristiche che aiutano a contestualizzare la circostanza per la quale, come precedentemente illustrato, ad oggi non solo non esiste una definizione giuridica di clima, ma neanche è ravvisabile una rassicurante concordanza di vedute tra gli scienziati.

L'inconsistenza lessicale del clima costituisce, dunque, un'impasse insuperabile.

Resta allora da valutare la seconda ipotesi, quella di aprire le porte del diritto penale al bene giuridico “atmosfera”. L'esigenza del nuovo oggetto giuridico si spiegherebbe, questa volta, sulla base di un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, in quanto la minaccia rappresentata da un fenomeno intrinsecamente globale, quale il mutamento climatico, potrebbe essere adeguatamente fronteggiata solo mediante la protezione di un bene delle medesime dimensioni<sup>40</sup>; in secondo luogo,

<sup>38</sup> Sull'importanza di delimitare a priori il concetto che si vuole innalzare a bene giuridico, nonché sulla necessaria “tangibilità” ed “afferrabilità”, si veda M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in questa Rivista, 2011, 36 ss.

<sup>39</sup> Sulla natura e sulla sorte dei beni giuridici superindividuali si veda, per tutti, F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2<sup>a</sup> ed., vol. 1, Torino, 2004, 57, consultabile on-line al link <https://discrimen.it/libri/lineamenti-di-diritto-penale-delleconomia/>.

<sup>40</sup> Sul punto, v. fondamentalmente, H. SATZGER-N. VON MALTITZ, *Das Klimastraftrecht. Ein Rechtsbegriff der Zukunft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2021, vol. 133, fasc. 1, 1 ss. La questione è stata affrontata, giungendo ad analoghi risultati, anche da ulteriori studiosi. Cfr., segnatamente, T. HORTER-T. ZIMMERMANN, *Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2023, 440 ss. e 481 ss.; R. SCHRÖDER, *Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen “strafrechtlichen Klimanotstand” - und wenn ja wie viele?*, *ivi*, 623 ss.; I. ZERBES, *Klimanotstand! Ein Beitrag zur Rechtfertigung zu Gunsten von Allgemeinrechtsgütern*, *ivi*, cit., 503 ss.; N. SARFRAZ, *Ziviler Ungehorsam zum Schutz des Klimas im Lichte der Rechtfertigungsdogmatik*, in H. Satzger-N. von Maltitz (a cura di), *Klimastraftrecht*, cit., 541 ss.; S. LICHTENTHÄLER-A. HERRMANN, *Keine Rechtfertigung von Straftaten zum Zwecke des Klimaschutzes über § 34 StGB wegen sogenannten Klimanotstands*, in *Nachhaltigkeitsrecht*, 2024, 76 ss.; K. VOLLE, *Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktio-*

poiché con la nuova tutela sarebbe possibile giungere ad incriminare le singole condotte inquinanti che, pur non producendo un mutamento del clima, sarebbero sempre in grado di compromettere l'integrità dell'atmosfera, provocando ciascuna un aumento, anche minimo, della concentrazione di gas-serra ivi presenti<sup>41</sup>.

Ebbene, la proposta ha il merito di ridurre l'estensione dell'entità giuridica che si intende introdurre nell'ordinamento. L'atmosfera, se posta a raffronto con il clima, presenta più modeste dimensioni, costituendo la stessa una delle componenti del sistema climatico, insieme alla biosfera, all'idrosfera ed alla geosfera. A ciò si aggiunga, per di più, che, separando concettualmente l'atmosfera dalla qualità dell'aria, si otterrebbe il risultato di arrivare a punire quelle condotte climalteranti che non siano anche inquinanti, ossia quelle emissioni antropiche di gas-serra che, pur capaci di mettere a repentaglio la composizione dell'atmosfera, non comporterebbero alcun nocumento effettivo – per lo meno in via diretta – per la qualità dell'aria.

A discapito degli allettanti risvolti punitivi, anche questa soluzione sconta, tuttavia, il problema della corretta perimetrazione concettuale dell'aspirante bene. L'atmosfera non è, invero, concetto meno volatile di quello di clima e, per tale ragione, presta il fianco alle medesime critiche circa l'indeterminatezza ed indeterminabilità del concetto che si vuole assurgere a categoria dogmatica. Inoltre, a differenza del clima, l'atmosfera non è un concetto sconosciuto alla nozione di ambiente. Accedendo all'accezione di "unità ecologica completa"<sup>42</sup>, la stessa costituirebbe già una componente dell'ambiente e, per tale ragione, verrebbe meno l'esigenza di aggiungere un nuovo pezzo all'odierno *puzzle* penale.

Per rimanere entro il perimetro di un diritto penale a base oggettivistica, la soluzione preferibile pare, allora, quella di valorizzare il grado di concretezza del bene giuridico e, piuttosto che introdurne di nuovi ed evanescenti, si dovrebbe pensare a rafforzare la tutela di un bene già esistente, qual è quello dell'ambiente. Benché non totalmente sovrapponibile al clima, l'ambiente si pone sulla strada di una sua salvaguardia, potendo configurare rispetto allo stesso un bene-mezzo. È difficile negare, invero, che il clima possa grandemente beneficiare da un'attenta cura dell'ambiente sul quale esso non solo influisce ma dalle condizioni del quale è fortemente influenzato.

Quanto più propriamente alla tecnica legislativa, continuare a costruire l'incriminazione a partire da un'offesa all'ambiente consente di arretrare la tutela penale ad un momento che si porrebbe come eccessivamente anticipato, e per ciò

*nierung von Klima-Aktivist: innendurch die Strafgerichte*, in P. Hellwege-D. Wolff (a cura di), *Klimakrisenrecht*, Tübingen, 2024, 165 ss.

<sup>41</sup> H. SATZGER-N. VON MALTITZ, *Das Klimastrafrecht*, cit., 9.

<sup>42</sup> G. ROSSI, *Situazioni giuridiche soggettive, danni e tutele*, in AA.VV. *Diritto dell'ambiente*, 5ª ed., 2021, 100 ss.

non giustificabile sotto il profilo dell'offensività, se ad esso si sostituisse il clima. L'indubbio vantaggio di scegliere un bene giuridico che sia il più concreto possibile è, come noto, quello di elevare il grado dell'offesa richiesto dalla fattispecie.

In quest'ottica, il clima potrebbe venire in rilievo per giustificare la creazione non già di nuove fattispecie, ma tutt'al più di ipotesi aggravate degli odierni eco-reati, che trarrebbero la loro ragion d'essere dagli effetti che quello specifico danno o pericolo all'ambiente potrebbe provocare nel lungo termine. Soluzione questa che, per il vero, sembra esser quella adottata anche dalla recente direttiva in materia ambientale richiamata in apertura. Non tanto e non solo mediante l'inasprimento del trattamento sanzionatorio, ma anche e soprattutto attraverso l'introduzione della nuova figura di *qualified crimes* (art. 3, lett. *a*) e *b*) direttiva UE 2024/1203), il legislatore europeo ha inteso spostare il baricentro dell'incriminazione sulla gravità, riconoscendo al tempo stesso la multiformità, delle conseguenze dannose che possono derivare dai "tradizionali" reati ambientali<sup>43</sup>.

Piuttosto che farsi tentare dalla creazione del "nuovo", occorre, allora e prima di tutto, salvaguardare il "presente" e ciò è possibile solo scegliendo di rincorrere l'oggettività anziché lo scopo.

<sup>43</sup> L. SIRACUSA, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., 63.

OTAVA PIHA

IL MIO CORPO È IL MIO TEMPIO?  
IL RAFFRONTO FRA REATI SESSUALI E PATRIMONIALI  
NELL'ALVEO DI UNA TRADIZIONE BASATA SUI DIRITTI UMANI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alla ricerca di risposte. – 3. Tollerato sino a prova di illiceità. – 4. L'autodeterminazione come elemento agevolante (*enabler-autonomy*). – 5. Il mio corpo non è il mio tempio. – 5.1. Un concetto lato di proprietà. – 5.2. La condivisione come modello di rapporto patrimoniale. – 5.3. Il valore dell'autodeterminazione patrimoniale. – 6. Distinzioni utili. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La recente ondata di interventi legislativi che hanno riformato i reati in materia sessuale<sup>1</sup>, con la riformulazione delle fattispecie di violenza carnale<sup>(†)</sup> al fine di in-

<sup>(\*)</sup> Il lavoro è pubblicato in lingua originale (*My Body Is My Temple? Comparing Sexual Crimes and Property Crimes in a Human Rights Tradition*) su *German Law Journal*, 2024, vol. 25, n. 3, 589-602. Si applica la licenza CC-BY 4.0.

L'Autrice intende ringraziare coloro che hanno commentato le sue riflessioni e le sue bozze per questo articolo; in particolare: Sakari Melander, Tuomas Ojanen, Esko Yli-Hemminki, gli organizzatori ed i partecipanti alla *Critical Legal Conference 2022*, oltre che i revisori anonimi.

Quanto a conflitti di interesse, l'Autrice dichiara che nelle prime fasi della scrittura del presente articolo lavorava presso o prestava consulenza a favore del ramo finlandese di *Amnesty International* (periodo 2019-2021) e faceva parte del *board* della ONG *Women's Line* in Finlandia (periodo 2019-2022).

Il presente lavoro è stato supportato da finanziamenti da parte della *Olga and Kaarle Laitinen Foundation*, del *Finnish Concordia Fund*, della *Emil Aaltonen Foundation* e dell'Associazione degli Avvocati Finlandesi (*Suomalainen lakimiesyhdistys*).

Traduzione dall'inglese a cura del dott. Niccolò Decorato.

<sup>1</sup> Alcuni esempi includono l'introduzione di fattispecie basate sul consenso in Germania nel 2016, in Islanda e Svezia nel 2018, in Grecia nel 2019, in Danimarca nel 2021, in Spagna nel 2022 ed in Finlandia nel 2023. La Norvegia nel 2018 ha, invece, rigettato una proposta per una ridefinizione della violenza carnale basata sul consenso.

<sup>(†)</sup> L'articolo originale usa il termine *rape* sia per il fenomeno criminologico che come *nomen iuris* delle fattispecie in discussione, coerentemente con l'uso della letteratura inglese in materia. Data la presenza, in vari ordinamenti che stanno sullo sfondo del lavoro, di un novero di fattispecie differenziate (*ex multis*, ad es.: in Inghilterra e Galles *rape, assault by penetration e sexual assault*; in Finlandia, *raiskaus e seksuaalinen kajoaminen*), si è ritenuto, salvo poche eccezioni, di tradurre *rape* con il *nomen iuris* del nostro abrogato art. 519 c.p., per mantenere il riferimento ad una categoria di

centrarle sul consenso anziché sulla coercizione, costituisce un importante sviluppo in ambito penale ed un progresso sulla via dei diritti umani, tanto nei Paesi nordici, quanto nel resto d'Europa. Nonostante tali modifiche legislative, risulta inverosimile ritenere risolta la questione dei livelli di tutela necessari, giusti o desiderati per l'autodeterminazione sessuale (*sexual autonomy*)<sup>(3)</sup>, tanto a livello nazionale quanto internazionale, dacché le norme in materia di diritti umani non specificano esattamente i requisiti per la tutela di tale bene, così lasciando irrisolti quesiti pratici relativi al come trattare i diversi tipi e livelli di offesa all'autodeterminazione sessuale nel diritto penale. Dove potrebbero trovarsi tali risposte? Molti studiosi di *common law* hanno ritenuto illuminante considerare quanto più estesa e facilmente accettata sia la tutela della proprietà nel diritto penale, rispetto all'autodeterminazione sessuale. Nella teorica dei diritti umani, tuttavia, tale raffronto potrebbe risultare o incoerente con l'impianto dei diritti umani, o ridondante.

Lo scopo di questo articolo è di trovare un inquadramento concettuale che consenta di comparare i reati sessuali e quelli contro il patrimonio senza perciò ridurre le persone ad oggetti, o dimenticarsi della dignità umana. Due aspetti sono cruciali per raggiungere tale obiettivo. In primo luogo, comparare è cosa diversa sia dal modellare una cosa su un'altra, sia dal ragionamento analogico, che, partendo da un dominio di partenza (*source*), lo mappa su un dominio di arrivo (*target*). Nella costruzione di un modello, così come nell'analogia una delle due cose è primaria e l'altra è secondaria. Diversamente, un raffronto non implica una gerarchia, è simmetrico. In secondo luogo, i reati contro il patrimonio andrebbero concepiti come reati contro l'autodeterminazione anziché come reati contro i beni o il diritto di proprietà. Così, il punto focale della comparazione diviene l'autodeterminazione stessa: l'autodeterminazione sessuale e l'autodeterminazione patrimoniale (*autonomy over property*).

Diversamente, non ci si propone un raffronto sistematico tra reati sessuali e contro il patrimonio, ma, piuttosto, quello di incoraggiare l'uso di tale raffronto

condotte più ristretta rispetto a quella che è attualmente tipizzata dall'art. 609-bis c.p. sotto la rubrica di violenza sessuale – N.d.T.

<sup>(3)</sup> Si è optato per il termine "autodeterminazione", anziché per "autonomia" in ragione del fatto che l'articolo è costruito sull'accostamento concettuale fra una *sexual autonomy* ed una *autonomy over property*, considerate come *species* della categoria della *autonomy*; tuttavia, nel linguaggio giuridico italiano la locuzione "autonomia patrimoniale" avrebbe rimandato piuttosto all'autonomia patrimoniale perfetta od imperfetta, anziché alla libertà di autodeterminarsi sotto il profilo patrimoniale. Parimenti, si è scartata l'opzione di tradurre il tutto con le categorie della libertà sessuale e della libertà patrimoniale poiché più avanti nel testo si fa espresso riferimento al fatto che la libertà (*freedom*, o, nella costruzione di Wittrock di cui alla nota 36, *liberty*) è una delle componenti della *autonomy*. Secondo le categorie della nostra dottrina penalistica, potremmo inquadrare le due nozioni quali *species* del *genus* della libertà morale – N.d.T.

nell'alveo di una tradizione basata sui diritti umani, mostrando come si possa renderlo coerente con la dignità umana. L'analisi vuole essere universale nel senso che non si è ancora ad un ordinamento specifico od alle rispettive definizioni tanto di reati contro il patrimonio quanto di reati sessuali. Di conseguenza, inevitabilmente, alcuni esempi non saranno pertinenti per qualche ordinamento, ma ciò non dovrebbe inficiare l'argomentazione nel suo complesso. Si prenderanno le mosse evidenziando due approcci all'analisi dei reati sessuali: mediante i diritti umani e mediante il raffronto con altri reati. Questo articolo è un tentativo di combinare questi due approcci apparentemente confliggenti. Per giustificare ulteriormente l'approccio comparatistico, sarà esaminato il modo in cui i reati contro il patrimonio e quelli sessuali condividono un quadro giuridico che rende sensato il raffronto, mentre, per altro verso, ciò non accade per i reati commessi mediante violenza fisica – altro termine di comparazione frequentemente utilizzato –, il cui quadro giuridico di riferimento è invece diverso. Dopodiché, saranno illustrate le caratteristiche dell'autodeterminazione che rendono il raffronto illuminante: essa andrebbe intesa come una facilitatrice (*enabler*) delle interazioni umane, non un ostacolo, e come scalare, relazionale e multidimensionale. Successivamente, sarà esplorato come l'autodeterminazione si rapporti con i diritti patrimoniali e come il patrimonio si rapporti con il corpo, per poi considerare come le differenze fra autodeterminazione sessuale e patrimoniale possano essere tenute di conto. Infine, saranno tratte delle conclusioni circa il tipo di domande cui il raffronto potrebbe dare risposta.

## 2. Alla ricerca di risposte

Le riforme europee che hanno portato ad incentrare le fattispecie di violenza carnale sul consenso si sono susseguite sulla scia della Convenzione di Istanbul (2011)<sup>2</sup>, di casi di violenza carnale di alta risonanza e di movimenti come il c.d. *#MeToo*, sebbene l'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali esistesse già dai tempi dell'interpretazione data alla Convenzione EDU in *M.C. c. Bulgaria* (2004)<sup>3</sup> e da quella data alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna in *Vertido c. Filippine* (2010)<sup>4</sup>. Benché il tenore letterale delle novelle legislative differisca – per esempio, in Islanda, Dani-

<sup>2</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, art. 36.

<sup>3</sup> Corte EDU, 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, punti 164-166.

<sup>4</sup> *Vertido c. Filippine*, CEDAW, Comunicazione 18/2008, Doc. ONU CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010), § 8.9(b)(ii). V. anche COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 35*, 2017, Doc. ONU CEDAW/C/GC/35, § 33.

marca e Grecia si fa riferimento all'assenza del consenso, in Svezia e Finlandia ad una partecipazione non volontaria, in Germania ad un atto sessuale contro il volere della vittima –, puntano tutte alla tutela del medesimo diritto: l'autodeterminazione sessuale. Un'analisi dottrinale o una valutazione dei meriti relativi delle diverse scelte legislative esula dagli scopi del presente articolo, ma non dovrebbero distrarre da ciò che qui si intende argomentare.

Ciò nonostante, le disposizioni in materia di diritti umani sono carenti dal punto di vista della specificazione dei requisiti esatti per la tutela dell'autodeterminazione sessuale, così lasciando irrisolti quesiti pratici relativi al come trattare i diversi tipi e livelli di offesa dell'autodeterminazione sessuale nel diritto penale. La mancanza di consenso è graduabile, o ci sono altri tipi di offesa all'autodeterminazione sessuale oltre a quella caratterizzata dalla mancanza di consenso? Modalità fraudolente, adescamento, condizioni di vulnerabilità della vittima<sup>5</sup>, ovvero abuso di una posizione di potere<sup>6</sup> possono viziare il consenso?

Il regime giuridico di tali situazioni varia considerevolmente tra i Paesi nordici<sup>7</sup>. Tale eterogeneità è un indizio che la nostra visione dell'autodeterminazione sessuale e delle sue violazioni non è ancora consolidata. A titolo di esempio, in Svezia l'abuso della condizione di dipendenza della vittima rientra espressamente nel novero dei casi in cui la partecipazione di questa è da ritenersi non volontaria. In Finlandia, invece, solo il "grave abuso" di una "speciale posizione di potere" a causa della quale la vittima non può formare od esprimere il suo volere integra gli estremi della non volontarietà, mentre l'abuso sessuale resta una fattispecie autonoma con una lista dettagliata dei tipi di situazione in cui l'abuso di una posizione di potere è criminalizzato. In Danimarca ed Islanda l'abuso di una posizione di potere, invece, è criminalizzato in varie disposizioni riguardanti rapporti sessuali con detenuti o persone ospitate in altri istituti, ovvero con una persona che dipenda dall'agente quanto a denaro, lavoro, trattamento sanitario, o per altra ragione di cura. Pertanto, in Finlandia, Danimarca ed Islanda l'abuso di potere non osta categoricamente alla configurazione del rapporto come consensuale o volontario, ma ciò nonostante è considerato una violazione dell'autodeterminazione sessuale, persino laddove non si rientri nei casi di mancanza di consenso o di non volontarietà.

<sup>5</sup> Quali lo stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti, disabilità, malattia mentale o fisica, povertà, od altre avversità.

<sup>6</sup> Quali i rapporti fra datore di lavoro e lavoratore, fra guardia carceraria e prigioniero, fra datore di cura e paziente, fra allenatore ed allievo. Tali rapporti sono tutti legati alla vulnerabilità, ma in questo articolo userò vulnerabilità in un senso più generale e meno specifico rispetto al tipo di relazione.

<sup>7</sup> Gli articoli di legge rilevanti in materia sono nel codice penale svedese (*Brottsbalken*) SFS 1962:700, capitolo VI, § 1; nel codice penale finlandese (*Rikoslaki*), 39/1889, capitolo XX, §§1-5; nel codice penale danese (*Straffeloven*) 1930:126, capitolo XXIV, §§216-221; nel codice penale islandese (*Almenn hegningarlög*), capitolo XXII, artt. 194-198.

Tale distinzione è stata oggetto di critiche. Ad esempio, il Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO), nel suo rapporto di valutazione iniziale sulla Finlandia, ha evidenziato che il “fatto che l’atto sia compiuto senza il consenso della vittima è il punto da cui dovrà dipendere la pena, che sia compiuto da un agente che usi violenza ovvero da un agente che abusi della sua posizione di potere rispetto alla vittima” e lanciato un monito alla Finlandia “contro la creazione di una gerarchia fra le vittime sulla base delle loro caratteristiche, quali la giovane età, l’essere indifesi, il rapporto di dipendenza, la malattia, od altre circostanze”, poiché “lo stupro è stupro”<sup>8</sup>. La critica potrebbe essere letta nel senso che l’abuso di potere o vulnerabilità vizi sempre il consenso e che la mancanza del consenso non sia graduabile, ma un tale approccio presenta delle difficoltà, che saranno discusse *infra*. La motivazione alla base della presente pubblicazione è il desiderio di trovare un metodo contestualizzato per analizzare i diversi approcci giuridici a tali casi.

Conaghan critica la tendenza ad approcciare i quesiti centrali delle disposizioni in materia di violenza carnale, inclusi i tentativi di perimetrarla mediante la ricerca di una sorta di “essenza” universale di tale reato. Piuttosto, ella invoca la necessità di contestualizzare il modo in cui concepiamo la violenza carnale ed uno spostamento dell’attenzione dalle “riflessioni astratte attorno a cosa sia la violenza carnale” ad un “coinvolgimento onesto, creativo e costruttivo con il ruolo che il diritto ha nel regolare le condotte sessuali illecite”<sup>9</sup>. Il presente lavoro intende suggerire che, in contrasto ed aggiunta alla “riflessione astratta”, potremmo ricorrere ad un raffronto con altri reati, in ispecie quelli contro il patrimonio.

Molti studiosi di *common law* hanno ritenuto illuminante considerare quanto più estesa e facilmente accettata sia la tutela della proprietà nel diritto penale, rispetto alla libertà sessuale. Ad esempio, nel 1986, nel suo saggio “*Rape*”, Estrich ebbe a scrivere: “molto di ciò che colpisce circa il reato di violenza carnale – e rivelatore quanto al sessismo del sistema – emerge solo quando esso viene esaminato in relazione ad altri reati”<sup>10</sup>. A detta di Estrich, il sistema opera sul-

<sup>8</sup> Il GREVIO monitora l’implementazione della Convenzione di Istanbul e la prima valutazione è stata fatta prima dell’avvento delle riforme. GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE, *GREVIO Baseline Evaluation Report: Finland*, GREVIO/Inf(2019)9, §167.

<sup>9</sup> J. CONAGHAN, *The Essence of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, vol. 39, n. 1, 156-157. Similmente, Frances Olsen ha sostenuto che un’analisi dei diritti in astratto non riesca a dare risposta ai problemi pratici delle leggi in materia di violenza carnale e che possa persino essere dannosa laddove lo scopo sia la salvaguardia dell’integrità sessuale delle giovani donne: F. OLSEN, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis* [1984], in K.T. Barlett-R. Kennedy (a cura di), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, Routledge, 1991, 310-312.

<sup>10</sup> S. ESTRICH, *Rape*, in *Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, n. 6, 1090.

la base di una presunzione alla stregua della quale gli uomini hanno titolo ad accedere ai corpi delle donne, mentre non è garantito un omologo accesso alle case ed ai portafogli di queste ultime. La legge non richiede alla vittima di una rapina di resistere, a differenza di quanto accade con la vittima di una violenza carnale. Una “sottomissione passiva” o financo un “concorso di colpa” (*contributory negligence*) non configurano un consenso nel caso di rapina, furto, o violazione di domicilio, mentre lo configurano nel caso della violenza carnale<sup>11</sup>. Circa un decennio più tardi, in “*Unwanted Sex*”, Schulhofer osservò:

«Viviamo in un mondo in cui la legge ci protegge tutti vigorosamente contro l'uso della forza, il sotterfugio, l'abuso di autorità e l'inganno che inficino il nostro dominio sul nostro patrimonio. Viviamo in un mondo che mai per un solo istante contempla l'idea che la credulità di una vittima o il “concorso di colpa” attenui la responsabilità penale di una persona che profitti di una situazione mediante intimidazione, estorsione, ovvero abuso di fiducia. Eppure, quando le donne invocano un'omologa tutela per la propria integrità fisica e sessuale, vengono denigrate come se cercassero di impetrare privilegi speciali, o se si crogiolassero nel vittimismo»<sup>12</sup>.

Nel 2013, Rubinfeld ebbe ad evidenziare un'incoerenza di carattere centrale nelle disposizioni in materia di violenza carnale rispetto ad altre aree del diritto:

«se la violenza carnale è sesso senza il consenso della vittima – come molte corti, disposizioni di legge e studiosi sostengono –, allora il sesso mediante frode dovrebbe essere violenza carnale, dacché le corti hanno sostenuto per un secolo, in sostanzialmente ogni altra area del diritto all'infuori di questa, che un consenso ottenuto mediante l'inganno non integra affatto un consenso»<sup>13</sup>.

All'incirca nello stesso periodo, Dsouza sosteneva l'applicazione della teoria delle pressioni indebite (*undue influence*), sviluppata nel diritto dei contratti e talvolta applicata ai reati contro il patrimonio, nel contesto dei reati sessuali<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> EAD., *ivi*, 1125-1126.

<sup>12</sup> S.J. SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, Harvard University Press, 1998, 13.

<sup>13</sup> J. RUBENFELD, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, in *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, n. 6, 1372. Schulhofer si chiede altresì come mai “diamo per scontato che il diritto penale debba punire coloro che ottengano beni patrimoniali mediante frode, mentre la legge non pone restrizione – alcuna – all'uso di tattiche fraudolente volte all'ottenimento del consenso all'amplesso... [b]uone ragioni vengono raramente offerte per tale rifiuto da parte del diritto di proteggere l'autodeterminazione sessuale financo dai più smaccati casi di induzione fraudolenta” (S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 112).

<sup>14</sup> M. DSOUZA, *Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law*, in *Law and Philosophy*, 2014, vol. 33, n. 4.

Pertanto, il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio non è inusuale nella tradizione di *common law*, mentre è alieno alla tradizione di *civil law*, dove le basi della criminalizzazione vengono cercate nell'ambito dei diritti umani, da cui i diritti relativi alla proprietà sono considerati separati. La violenza carnale e gli altri reati sessuali sovvertono in via diretta la dignità umana e vengono criminalizzati in ragione di tale sovversione. I diritti legati alla proprietà vengono invece visti come meramente strumentali alla dignità umana: sono necessari per l'ottenimento di sicurezza, libertà, uguaglianza e di un adeguato tenore di vita<sup>15</sup>, ma i comuni reati contro il patrimonio non minacciano direttamente la dignità umana. Un raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio è, dunque, considerato incoerente con l'approccio basato sui diritti umani. Alternativamente, può essere considerato ridondante, dacché l'essenza della violenza carnale, o ciò che è "in gioco", può essere meglio rappresentato facendo riferimento direttamente ai diritti umani.

La possibile critica contro il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio è simile a quella rivolta al modello proprietario della violenza carnale, entro il quale i nostri corpi sono trattati come beni patrimoniali e la nostra autodeterminazione come un diritto di proprietà, il che è inadeguato rispetto alla tutela dell'autodeterminazione sessuale<sup>16</sup>. Ad esempio, Russell ha sostenuto che il *Sexual Offences Act* del 2003 in Inghilterra e Galles non sia riuscito a tutelare le donne, poiché la violenza carnale è ivi concepita come un'offesa alla "proprietà della persona", il che nasconde la natura essenziale della violenza carnale, che è quella di una violazione dello stesso essere una persona<sup>17</sup>. La critica evidenzia la centralità delle cose che ci rendono umani: la nostra soggettività, la nostra inviolabile dignità ed il nostro intrinseco valore.

### 3. Tollerato sino a prova di illiceità

Alcuni potrebbero ritenere che i reati sessuali non siano reati ordinari, che siano incomparabili, ma ciò pare fuorviante per varie ragioni. In primo luogo, tutti i reati condividono le regole ed i principi generali del diritto penale e non vi è, pertanto, ragione per escludere parallelismi tra i reati sessuali ed altre categorie

<sup>15</sup> Per esempio, v. B. DAVY, *Human Dignity and Property in Land—A Human Rights Approach*, in S. Pellissery-B. Davy-H.M. Jacobs (a cura di), *Land Policies in India: Promises, Practices and Challenges*, Springer, 2017.

<sup>16</sup> Sui modelli proprietari della violenza carnale, v. A. PHILLIPS, *Our bodies, whose property?*, Princeton University Press, 2013, 43-64.

<sup>17</sup> Y. RUSSELL, *Thinking Sexual Difference Through the Law of Rape*, in *Law & Critique*, 2013, vol. 24, n. 3, 272.

di reati. In secondo luogo, il rigetto di ogni comparazione può contribuire al dannoso mito della ineguagliabile pravità della violenza carnale, talvolta financo “peggiore della morte”: un mito che potrebbe frustrare i tentativi di una sua analisi, esacerbarne i danni ed ostacolare la ripresa di chi vi è sopravvissuto<sup>18</sup>.

I reati contro il patrimonio rappresentano un termine di comparazione migliore per i reati sessuali rispetto ai reati perpetrati mediante violenza fisica, in ragione della struttura del diritto penale nei Paesi nordici. La violenza fisica, infatti, è di per sé vietata: l'accusa dovrà solo provare la sussistenza di una condotta fisicamente violenta. L'esercizio dell'autodeterminazione personale (per esempio, la presenza del consenso) può costituire una causa di giustificazione, ma l'onere della prova ricadrà sull'imputato; la violenza fisica è vietata sino a prova della sua liceità. Invece, una violazione dell'autodeterminazione (ad esempio, la mancanza del consenso) è parte dell'elemento oggettivo dei reati sessuali e contro il patrimonio. Nei secondi, la violazione di tale autodeterminazione è implicita in termini quali “rubare” o “ingannare”<sup>19</sup>. Dsouza ha formulato la convincente argomentazione che, in assenza di prove in un caso di specie, “la descrizione della condotta di ‘penetrazione sessuale’ è neutra quanto al profilo del consenso”, non è presunta né consensuale né non consensuale<sup>20</sup>. Ciò nonostante, poiché l'accusa deve provare la commissione del reato, nei fatti la disposizione non è neutra; l'interazione sessuale è, se non presunta lecita, almeno tollerata sino a prova della sua illiceità. Analogamente, l'accusa deve dimostrare che un trasferimento patrimoniale non fosse parte di una transazione o dono liberamente disposti. Vi è, dunque, una somiglianza di tecnica legislativa fra reati di carattere sessuale e patrimoniale, che non esiste invece per i reati commessi a mezzo della violenza fisica.

Nella pratica, la presunzione di tollerabilità può venire ribaltata dal contesto. Per esempio, un intervento chirurgico necessario dal punto di vista medico è in genere presunto lecito e l'onere della prova dell'esecuzione contro la propria volontà grava sul paziente. Similmente, è di solito richiesto poco a prova della mancanza di consenso quando un estraneo si appropria del denaro di altri senza dar nulla in cambio, ovvero a prova della sussistenza del consenso in una normale sessione di allenamento nelle arti marziali. Ebbene, il raffronto fra reati sessuali e

<sup>18</sup> Phillips chiede se sia questo il “nucleo di verità” nella “altrimenti implausibile assimilazione della violenza carnale alle lesioni od al furto”: A. PHILLIPS, *op. cit.*, 59.

<sup>19</sup> In Islanda, si è registrata una proposta di criminalizzazione della violenza carnale in termini simili. Secondo tale proposta, “furto” non richiede una definizione perché il suo significato è generalmente noto, e così varrebbe per “stupro”. La proposta fu rigettata. Bragadóttir sottolinea come sarebbe stato probabile che così “stupro” tornasse al vecchio e tradizionale significato di violenza carnale mediante coercizione: R. BRAGADÓTTIR, *Legislation on the Offence of Rape in Icelandic Criminal Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2021, vol. 8, n. 2, 70-71.

<sup>20</sup> M. DSOUZA, *op. cit.*, 495-496.

contro il patrimonio sovente mette in luce le incoerenze nel modo in cui tali presunzioni sorgono nel processo penale; la soglia per inferire una carenza di consenso dalle circostanze può risultare, infatti, eccessivamente elevata nel caso dei reati sessuali. L'affermazione di Estrich per cui il sistema presume in favore degli uomini l'accessibilità dei corpi delle donne, ma non delle loro case o portafogli, si riferisce proprio a tali presunzioni basate sul contesto.

Alcuni hanno proposto la criminalizzazione di ogni pratica di carattere penetrativo, con l'attribuzione al consenso del ruolo di causa di giustificazione<sup>21</sup>, ma vi sono buone ragioni per non accogliere tali proposte. In primo luogo, tale approccio criminalizzerebbe atti che non consideriamo sbagliati: c'è una differenza notevole fra ritenere che il sesso consensuale sia un fatto tipico, ma giustificabile e quindi non punito, e ritenere che non sia un fatto tipico. In secondo luogo, tale approccio metterebbe a rischio i diritti dell'imputato: se i rapporti sessuali fossero di per sé criminalizzati, la colpevolezza potrebbe dedursi dal solo fatto che il rapporto sessuale sia intenzionale e l'onere della prova circa il consenso ricadrebbe sulla difesa. Ci saranno pure situazioni che reclamano una spiegazione da parte dell'imputato e le decisioni dei giudici inevitabilmente non potranno che poggiare su certe presunzioni e deduzioni, tuttavia, esse devono essere proporzionate e non intaccare i diritti della difesa<sup>22</sup>. Quello di violenza carnale è un reato grave e spesso difficile da dimostrare, e non vi è motivo alcuno di pensare che invece sarebbe più facile provare la propria innocenza. Ribaltare l'onere della prova sarebbe pertanto una grave violazione dei diritti dell'imputato.

La differenza di approccio giuridico riscontrabile con riferimento ai rapporti sessuali ed ai trasferimenti di proprietà, da un lato, e con riferimento alla violenza fisica, dall'altro, sorge da una differenza nei soggiacenti valori da tutelare. La dannosità primaria dei reati sessuali e contro il patrimonio deriva dalla violazione dell'autodeterminazione. Invece, persino quando i requisiti dell'autodeterminazione sono rispettati, la violenza fisica attinge *in via principale* ad altri valori, in specie la tutela della salute. Pertanto, l'autodeterminazione non è un valore che possa far premio sugli altri, così giustificando la messa in pericolo di altre persone, e ciò neanche muovendo dal punto di vista dei diritti umani<sup>23</sup>. Per esempio, in

<sup>21</sup> A titolo di esempio, J. WALL, *Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 35, n. 4, 777-798. Brownmiller e Dworkin hanno sostenuto che ogni rapporto sessuale sia una forma di abuso delle donne, benché non sia chiaro se pensino che ogni rapporto sessuale debba perciò essere criminalizzato come violenza carnale: v. S. BROWNMILLER, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, 1976; A. DWORKIN, *Intercourse*, Free Press, 1988.

<sup>22</sup> Come ritenuto, ad es., in Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, punti 47, 51; Corte EDU, 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, punto 28.

<sup>23</sup> I diritti umani non garantiscono, ad es., piena autodeterminazione quanto allo scegliere di morire. V. Corte EDU, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito; V. BEŠIREVIC, *The Discourses of Au-*

*Laskey c. Regno Unito*, la Corte EDU ha ritenuto che la violenza fisica possa essere vietata financo se consensuale, in funzione della tutela della salute, laddove essa comporti o rischi un grado significativo di lesione, anche nel caso in cui non sia stato arrecato un danno permanente o non sia stato necessario un intervento medico<sup>24</sup>. Si prendano le frasi “Caio mi ha penetrato sessualmente”, “Caio ha il mio portafoglio” e “Caio mi ha percosso”: le prime due pongono problemi di contesto (consenso), mentre la terza ingenera immediatamente il senso di qualcosa di sbagliato. Questa intuizione corrisponde alla logica dell’offesa sottostante.

Nondimeno, vi è un’apparente contraddizione nell’approccio che il diritto ha rispetto all’autodeterminazione. Essa è ritenuta una tutela contro l’interferenza e postula che nessuno possa tangere i nostri possedimenti od i nostri corpi senza previo consenso, eppure la legge considera i rapporti sessuali ed i trasferimenti di proprietà come tollerabili fino a prova contraria. Tale contraddizione è in parte dovuta al fatto che i due assunti operano in relazione a rapporti diversi: il primo struttura quelli tra persone, il secondo quello tra una persona ed il diritto. Per smantellare del tutto la contraddizione, tuttavia, dobbiamo considerare la natura e lo scopo dell’autodeterminazione nelle nostre vite.

#### 4. *L’autodeterminazione come elemento agevolante (enabler-autonomy)*

Autodeterminazione significa, grosso modo, la possibilità di prendere decisioni e di eseguirle secondo le proprie preferenze, senza che altri vi interferiscano<sup>25</sup>. Le condizioni necessarie all’autodeterminazione, o “auto-governo”, sono state dibattute a fondo sia in filosofia che nel diritto penale, perciò lo scopo di questo lavoro non vuole essere quello di esaminare tali condizioni, dacché ciò che si propone è che perlomeno alcune di esse possano essere scoperte tramite il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio. Sarà, tuttavia, necessario esaminare alcune caratteristiche centrali dell’autodeterminazione. Poiché i reati sessuali e contro il patrimonio riguardano, in definitiva, le interazioni umane, affronterò l’autodeterminazione partendo dalla premessa che ciò che avviene nel foro interno – se l’agente possa formulare preferenze di second’ordine, se il ragionamento sia razio-

*tonomy in the International Human Rights Law: Has the Age of a Right to Die Arrived?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, n. 62/63.

<sup>24</sup> È interessante notare che il caso *Laskey* riguardava il sesso sadomaso, così collocandosi a cavallo fra iniziale liceità ed illiceità. La Corte ha ritenuto che l’aspetto sessuale dell’attività fosse secondario rispetto a quello della violenza, dando preminenza al diritto alla salute rispetto al diritto alla riservatezza. Corte EDU, 19 febbraio 1997, *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, punti 45-46.

<sup>25</sup> V., ad es., J. CHRISTMAN, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, in E.N. Zalta (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edizione Autunno 2020, 2020.

nale, deliberativo, oppure reattivo rispetto a valori o preferenze di second'ordine<sup>26</sup> – non è così importante per l'autodeterminazione, quanto il come una persona ed i suoi processi mentali si rapportino con il mondo esterno. Pertanto, l'autodeterminazione richiede anche la libertà e la possibilità di agire<sup>27</sup>: i processi mentali di una persona potrebbero ben essere autodeterminati, ma, in assenza della possibilità di agire conformemente, la sua autodeterminazione sarebbe incompleta. Per esempio, la vittima di violenza carnale che abbia costantemente rigettato le aggressioni del reo e non si sia mai sottomessa, ma sia stata fisicamente sopraffatta, trova la sua autodeterminazione violata tanto quanto la vittima la cui sottomissione sia stata ottenuta perché malmenata. La mancanza di rispetto per il loro processo decisionale è il ponte che porta dalla libertà all'autodeterminazione.

Nell'approccio tradizionale, il rapporto sessuale è visto come uno sconfinamento, un'ingerenza nel corpo della persona, permessa solo laddove autonomamente scelta. Nedelsky ha criticato la concezione per la quale le persone sarebbero enti delimitati (*bounded selves*) ed i nostri diritti, come quello all'autodeterminazione, sarebbero dei confini. La metafora del confine non riesce a cogliere il ruolo dell'autodeterminazione in una società moderna caratterizzata dall'interdipendenza. Per massimizzare l'autodeterminazione, infatti, bisogna rapportarsi con gli altri: la persona con la più ampia autodeterminazione sessuale è quella che ha l'opportunità di condividere la propria sessualità, non “la più isolata”<sup>28</sup>. Dunque, l'essere capaci di autodeterminarsi non è uno *status* che ci separa dagli altri; rende, piuttosto, possibili interazioni significative, benigne e mutualmente benefiche: l'autodeterminazione, ne consegue, è relazionale<sup>29</sup>.

La teorica dei diritti umani pure presenta due nozioni di autodeterminazione. Tradizionalmente, essa è stata costruita come una tutela dei nostri diritti negativi, cioè della libertà da interferenze e violazioni<sup>30</sup>, una nozione che ha trovato esito operativo, ad esempio, nell'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali. Invece, gli aspetti agevolatori dell'autodeterminazione rappresenta-

<sup>26</sup> V. J.J. FISCHER-H.R. O'CONNELL, *Disabling Consent, or Reconstructing Sexual Autonomy*, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 2015, vol. 30, n. 2, 447-455; S. BLUSS-A. WESTLUND, *Personal Autonomy*, in E.N. Zalta (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edizione Primavera 2018, 2018.

<sup>27</sup> Sulla differenza, v. J. CHRISTMAN, *op. cit.*

<sup>28</sup> J. NEDELSKY, *Law's Relations: a Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, 2011, 97-110, il testo citato è a p. 97. Il margine decisionale è una misura, non una definizione, dell'autodeterminazione.

<sup>29</sup> C. MACKENZIE-N. STOLJAR, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, 2000; J. NEDELSKY, *op. cit.*; J.J. FISCHER-H.R. O'CONNELL, *op. cit.*; V. BROOKS-J.C. THOMPSON, *Due Looks Like a Lady: Gender Deception, Consent and Ethics*, in *The Journal of Criminal Law*, 2019, vol. 83, n. 4.

<sup>30</sup> E.g., J. GUMBIS-V. BACIANSKAITE-J. RANDAKEVICIUTE, *Do Human Rights Guarantee Autonomy?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, n. 62/63.

no strumenti di emancipazione, per esempio, nei paradigmi relativi ai minori, alle persone con disabilità, o ai diritti delle donne<sup>31</sup>. L'autodeterminazione come elemento agevolante è evidente con riferimento al diritto alla salute sessuale: nessuno può pretendere un diritto assoluto ad avere rapporti sessuali con altre persone, ma la massimizzazione della salute sessuale richiede "un approccio positivo e rispettoso alla sessualità ed alle relazioni sessuali, così come la possibilità di fare esperienze sessuali piacevoli e sicure, libere da coercizioni, discriminazioni e violenze"<sup>32</sup>. Riconciliare le due nozioni di autodeterminazione è difficile, in quanto l'una pone l'accento sull'isolare o proteggerci dagli altri, mentre l'altra richiede di massimizzare le nostre possibilità di interazione con gli altri. Un tale cimento è al di là degli scopi di questo articolo.

Nella comparazione fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio, oltre alla natura relazionale risultano importanti altre due caratteristiche dell'autodeterminazione come elemento agevolante. In primo luogo, l'autodeterminazione è scalare. Non è né "indipendenza assoluta" né "pieno controllo", che sarebbero null'altro che un costrutto fragile e misantropo destinato ad essere violato ogni qualvolta qualcosa o qualcuno all'infuori di noi influenzasse le nostre decisioni od azioni. Una tale nozione di autodeterminazione sarebbe, insomma, impossibile nella pratica, dacché dipendenza e gerarchie sono inevitabili<sup>33</sup>. Né può dirsi che l'autodeterminazione sia una rubizza creatura capace di sopravvivere in ogni circostanza fuorché nei casi più disperati e pericolosi, di talché ci si possa aspettare che una persona resista alle ingerenze "sino all'estremo". Piuttosto, l'autodeterminazione è uno spettro continuo, può essere inficiata in misura minore o maggiore, a seconda delle circostanze. Siamo tutti soggetti all'influenza delle norme sociali e delle persone che ci circondano, ma, a seconda della forza di tali influenze, delle circostanze, delle risorse a disposizione e delle nostre capacità, tali pressioni influenzeranno le nostre azioni ed esperienze in misura diversa. Ciò rende l'autodeterminazione fondamentalmente diversa dal consenso: il consenso o esiste (è valido) o non esiste (non è valido). Immaginiamo di dover criminalizzare gli atti sessuali non consensuali: in tal caso, una differenziazione delle offese

<sup>31</sup> La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità all'art. 3(a) menziona espressamente l'"autonomia individuale, inclusa la libertà di fare le proprie scelte" come uno dei suoi principi generali. V., ad es., L. LUNDY, *A Lexicon for Research on International Children's Rights in Troubled Times*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2019, vol. 27, n. 4; J. BROWNE-E.R. DORRIS, *What Can We Learn From a Human-Rights Based Approach to Disability for Public and Patient Involvement in Research?*, in *Frontiers in Rehabilitation Sciences*, 2022, vol. 3; ONU, *Beijing Declaration and Platform of Action*, adottata alla IV Conferenza mondiale sulle donne, 1995. V. anche, ad es., V. BEŠIREVIC, *op. cit.*

<sup>32</sup> ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, 5.

<sup>33</sup> J. NEDELSKY, *op. cit.*, 41, 64-65, 124.

a carattere sessuale basata sulle modalità di commissione, come quella adottata in Finlandia, Danimarca ed Islanda, appare illogica<sup>34</sup>. Eppure, quello di autodeterminazione è un concetto più ampio di quello di consenso<sup>35</sup>. Nel contesto dell'autodeterminazione come scalare, illogico sarebbe, piuttosto, il raggruppare tutte le violazioni sotto il medesimo titolo.

In secondo luogo, l'autodeterminazione è un concetto multidimensionale. Le sue dimensioni possono essere strutturate e chiamate in diversi modi<sup>36</sup>. L'approccio qui adottato è guidato dal tipico raffronto fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio sulla base delle modalità commissive, che inficiano dimensioni diverse dell'autodeterminazione, e non è da intendersi come una descrizione esauriente di quest'ultima. La legislazione in materia di violenza carnale e le disposizioni in materia di diritti umani che lo concernono si sono tradizionalmente concentrate sulla non-coercitività e sulla capacità. La prima rappresenta la nostra libertà da influenze dannose e minatorie, mentre la seconda le nostre capacità fisiche, psicologiche e, da ultimo, sociali con riferimento al processo decisionale ed alle azioni. Perciò, la nozione di capacità tradizionalmente ha coperto questioni quali l'età del consenso e l'incapacità totale, come nel caso del dormiente. Tuttavia, essa include anche l'idea, più vasta, di vulnerabilità, nel suo riconoscere i rapporti di dipendenza e nel suo prevedere deroghe in rapporto a gruppi o persone vulnerabili<sup>37</sup>. Infine, il concetto

<sup>34</sup> Radaçiq afferma lo stesso con riferimento alla Croazia: “non c'è bisogno di tre diverse fattispecie gerarchicamente ordinate sulla base delle diverse forme di mancanza di consenso [...] perché il consenso non è graduabile”; I. RADAÇIQ, *Rape Myths and Gender Stereotypes in Croatian Rape Laws and Judicial Practice*, in *Feminist Legal Studies*, 2014, vol. 22, n. 1, 81.

<sup>35</sup> Sovente le definizioni di consenso o non colgono l'autodeterminazione nella sua interezza (es., il “modello ibrido del consenso” [*hybrid account of consent*] di Chadha), o richiedono così tante spiegazioni che tanto varrebbe spiegare cosa sia l'autodeterminazione (es., lo *standard* del consenso affermativo descritto da Torenz), ovvero dipendono direttamente dalla nozione di autodeterminazione per essere riempite di contenuto (es., Valentiner include fra i requisiti del consenso il fatto che l'agente “raggiunga un accordo sull'atto sessuale mediante trattativa nel rispetto dell'autodeterminazione di ciascuno”). K. CHADHA, *Sexual Consent and Having Sex Together*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, vol. 40, n. 3; R. TORENZ, *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. 5; D.-S. VALENTINER, *The Human Right to Sexual Autonomy*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. 5, 706.

<sup>36</sup> Ad es., Wittrock parla di quattro dimensioni: “libertà (libertà dalle coercizioni), opportunità (le alternative fra cui possiamo scegliere), capacità (cosa siamo capaci di fare, in astratto), e genuinità (il grado in cui le [nostre] scelte sono veramente le nostre, cioè basate sulle capacità di ragionamento e le informazioni a disposizione)”; J. WITTRÖCK, *A Human Right to Friendship? Dignity, Autonomy, and Social Deprivation*, in *The International Journal of Human Rights*, 2022, vol. 26, n. 9, 1599. Il diritto penale di Inghilterra e Galles tratta alcune di queste dimensioni: “ai fini di questa Parte [del *Sexual Offences Act*], una persona presta consenso se *concorda per scelta* ed ha la *libertà e capacità* di fare quella scelta” – *Sexual Offences Act* del 2003, art. 74, corsivi aggiunti.

<sup>37</sup> V., ad es., CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, in *CETS*, 2011, n. 210,

di coercizione nel quadro dei diritti umani si è esteso sino ad includere non solo le condotte coercitive, ma anche le “circostanze coercitive”<sup>38</sup>.

I processi decisionali autonomi vengono inficiati nei casi di informazioni scorrette o del tutto false, per cui ne consegue che l'autodeterminazione conosce una dimensione informazionale. Tale tipo di autonomia è in gioco nei casi di inganno, ma ciò che risulta difficile determinare con esattezza è quanto rilievo attribuire alla libertà da influenze attive, come l'adescamento<sup>39</sup>. Esse, pur essendo parte essenziale dei normali rapporti umani, influenzano il processo decisionale e possono quindi risultare problematiche dal punto di vista dell'autodeterminazione. Studi di psicologia hanno dimostrato l'effetto che influenze subdole possono avere sul processo decisionale<sup>40</sup> ed un impatto sull'autodeterminazione è stato riscontrato con riferimento alle regole sull'imparzialità ed al divieto di corruzione. Alcune legislazioni in materia di reati sessuali vietano l'adescamento in circostanze in cui la capacità decisionale della vittima è ridotta; ad es., in ragione della giovane età o di una disabilità<sup>41</sup>. Quanto debba estendersi la criminalizzazione delle influenze attive nella sfera sessuale resta un dibattito aperto.

La non coercitività, la capacità, l'essere informati e la libertà dalle influenze attive sono i prerequisiti per un processo decisionale autonomo. Ma l'autodeterminazione può essere violata anche laddove la scelta della vittima non sia rispettata: ad es., laddove abbia rifiutato di partecipare o non abbia scelto affatto. Esempi tipici sono l'esecuzione di attività sessuali o trasferimenti di proprietà a dispetto del fatto che l'altra persona abbia detto “no”, ovvero l'uso di modalità furtive

§ 87, per una lista non esauriente delle persone rese vulnerabili da particolari circostanze ai fini della Convenzione di Istanbul. “Vulnerabilità” è un termine che può essere inteso in vari modi e che ha peraltro sollevato critiche per la sua associazione con il concetto di debolezza. V., ad es., E.C. GILSON, *Vulnerability and Victimization: Rethinking Key Concepts in Feminist Discourses on Sexual Violence*, in *Signs*, 2016, vol. 42, n. 1; M. HEIKKILÄ-H. KATSUI-M. MUSTANIEMI-LAAKSO, *Disability and Vulnerability: a Human Rights Reading of the Responsive State*, in *International Journal of Human Rights*, 2020, vol. 24, n. 8.

<sup>38</sup> Corte EDU, 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, punto 163; Vertido c. Filippine, CEDAW, cit., § 8.9(b)(ii)b; COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 35*, cit., § 33.

<sup>39</sup> Schulhofer le chiama offerte non coercitive o induzioni: S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 159-166.

<sup>40</sup> B. ENGLISH-T. MUSSWEILER-F. STRACK, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2006, vol. 32, n. 2; K. BURNS-A. BECHARA, *Decision Making and Free Will: A neuroscience perspective*, in *Behavioral Sciences & the Law*, 2007, vol. 25, n. 2.

<sup>41</sup> L'adescamento di minorenni è, di solito, criminalizzato, ma ciò spesso più in ragione della dannosità per lo sviluppo del minore che a tutela dell'autodeterminazione. Persino in assenza di adescamento, l'atto sessuale con un minore è sovente criminalizzato. La norma riflette, invece, attenzione per l'autodeterminazione laddove il minore sia tutelato contro l'adescamento anche qualora abbia un'età superiore a quella del consenso.

per rubare un bene o violentare una persona che dorma. In tali casi, il processo decisionale della vittima potrebbe pure essere autodeterminato, ma il suo comportamento non lo è. Questa dimensione ha trovato conforto nelle disposizioni sulla violenza carnale nel campo dei diritti umani, attraverso l'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali.

Il quadro teorico dell'autodeterminazione come relazionale, scalare e multi-dimensionale consente un raffronto contestualizzato fra reati sessuali e reati contro il patrimonio. Ciò che ci interessa è se gli *standard* in materia di autodeterminazione differiscano a seconda di cosa venga tutelato e, se così è, su quali basi. Anzitutto, è necessario quindi prendere in considerazione le conseguenze che la teorica dell'autodeterminazione ha per i reati contro il patrimonio.

### 5. *Il mio corpo non è il mio tempio*

Il rapporto tra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio è stato, in particolare, oggetto di disamina nel quadro del “modello proprietario della violenza carnale”, al quale sono state indirizzate critiche che sono rilevanti anche per addivenire ad un raffronto fra reati sessuali e reati contro il patrimonio che non modelli gli uni sugli altri<sup>42</sup>. Il modello proprietario della violenza carnale considera il corpo come un bene patrimoniale, sicché, per analogia, l'autodeterminazione sessuale deve considerarsi un diritto di proprietà su sé stessi ed i rapporti sessuali delle transazioni. I più grandi ostacoli alle concezioni del corpo come bene patrimoniale, dell'autonomia come diritto di proprietà e del sesso come transazione sono di ordine etico. Una concezione proprietarizzata dell'io viola, infatti, l'imperativo categorico kantiano, il quale impone di trattare le persone come fini<sup>43</sup>. Lacey, Russell e Phillips criticano il modo in cui il metro dell'autodeterminazione come diritto di proprietà oscura i tratti corporei ed emotivi dell'esperienza della violen-

<sup>42</sup> V. A. PHILLIPS, *op. cit.*, 43-64.

<sup>43</sup> È interessante notare come certi autori abbiano sostenuto che la riduzione delle persone ad oggetti, di cui faccia parte o meno la negazione dell'autodeterminazione, costituisce l'aspetto centrale di ciò che c'è di riprovevole nella violenza carnale. Se, poi, ritengano che ciò renda i reati sessuali e quelli contro il patrimonio più o meno comparabili non è chiaro. V. M.C. NUSSBAUM, *Objectification*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1995, vol. 24, n. 4; J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, in *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007, 17-18, 29; M. PLAXTON, *Nussbaum on Sexual Instrumentalization*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2016, vol. 10, n. 1; M.C. NUSSBAUM, *Citadels of pride: sexual assault, accountability, and reconciliation*, W.W. Norton & Co., 2021, 3-5.

za carnale, sminuendo l'offesa che arreca allo stesso essere persona della vittima<sup>44</sup>. L'idea del sesso come transazione potrebbe essere usata per giustificare perché un marito non possa essere accusato di violenza carnale nei confronti della moglie<sup>45</sup>, oppure per precludere a chi lavora nel settore dei servizi sessuali la possibilità di revocare il proprio consenso<sup>46</sup>. Non è mio scopo contro-argomentare: oggettificare il corpo è problematico. Piuttosto, il mio obiettivo è mostrare come il raffronto non dipenda dalle concezioni del corpo come bene patrimoniale, dell'autonomia come diritto di proprietà, o del sesso come transazione. A tal fine, dobbiamo portare la nostra attenzione sulla natura dei diritti reali.

Un raffronto fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio non dovrebbe fare affidamento su un modello proprietario della violenza carnale, bensì su un modello dei reati contro il patrimonio incentrato sull'autodeterminazione. Tale "modello", da usarsi ai fini del raffronto fra le due categorie di reati, non sarà una caratterizzazione esaustiva della proprietà, delle relazioni proprietarie, o dei reati patrimoniali, ma, piuttosto, un insieme di caratteristiche che potranno dare una forma alla comparazione. Tali caratteristiche dovranno essere coerenti con i principi del diritto penale, ma non necessariamente legate alle teorie correnti sulla proprietà nell'ambito del diritto civile. Le caratteristiche che esamineremo riguarderanno il concetto stesso di proprietà, i tipi di relazioni proprietarie ritenute emblematiche ed il valore dell'autodeterminazione patrimoniale.

### 5.1. *Un concetto lato di proprietà*

Analogamente a quanto avviene nel quadro dei diritti umani afferenti al diritto di proprietà, il modello del patrimonio incentrato sull'autodeterminazione considera la "proprietà" come una categoria estesa che afferisce ad interessi aventi valore monetario ovvero ad oggetti materiali, anche laddove il loro valore moneta-

<sup>44</sup> N. LACEY, *Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 1998, vol. 11, n. 1, 57-62; Y. RUSSELL, *op. cit.*, 263-264; A. PHILLIPS, *op. cit.*, 42-64.

<sup>45</sup> Ad es., secondo Dripps, «le imposizioni sessuali non violente sono meritevoli di pena poiché l'agente espropria un bene di valore alla vittima», ma ciò non si estende alla donna sposata perché «non è chiaro che i diritti ed interessi della "vittima" ne vengano violati», benché «non abbia espresso approvazione». Ciò in quanto Dripps ritiene che «il marito non ha cercato di sfuggire ai termini del loro rapporto», che a quanto pare includono rapporti sessuali ogni qual volta lo desidera, anche laddove la moglie sia priva di sensi. D.A. DRIPPS, *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*, in *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, n. 7, 1801.

<sup>46</sup> Carnegy-Arbuthnott documenta i problemi associati al considerare il lavoro di carattere sessuale come una qualunque altra occupazione: H. CARNEG-Y-ARBUTHNOTT, *On a Promise or on the Game: What's Wrong with Selling Consent?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2020, vol. 37, n. 3, 418-419.

rio non sia in gioco<sup>47</sup>. Per esempio, le fattispecie di furto/appropriazione indebita (*theft*) e truffa tipicamente si estendono fino a ricomprendere anche i fondi depositati in un conto bancario, i quali costituiscono un interesse pecuniario che non può veramente caratterizzarsi come “proprietà”, né tanto meno come “possedimento”, e che non si basa tanto su un diritto di proprietà, quanto, piuttosto, su un rapporto di debito-credito fra cliente e banca. Alcuni reati, come la violazione di domicilio (*trespass to property*), non tangono interessi monetari a meno che non li si consideri una perdita di *chance* quanto alla possibilità di far pagare l'ingresso, ma, in ogni caso, tangono invece un interesse all'autodeterminazione in relazione a degli oggetti materiali. In alcuni ordinamenti, tali reati non sono neanche categorizzati come reati contro il patrimonio, bensì come reati contro la riservatezza. Nondimeno, ricadono entro la cornice del modello del patrimonio incentrato sull'autodeterminazione.

Un sistema di diritto patrimoniale è un modo importante di regolare l'autodeterminazione patrimoniale, ma non è l'unico; anche il diritto penale, difatti, contiene disposizioni a governo di interessi monetari che normalmente non caratterizzeremmo come “reati contro il patrimonio”, quali i reati di bancarotta, che restringono l'autodeterminazione patrimoniale del debitore a garanzia dei diritti “proprietary” dei creditori. Ma il diritto penale può entrare in gioco anche laddove la persona la cui autodeterminazione sia violata non soffra alcuna perdita pecuniaria; per esempio, nel caso in cui un truffatore convinca taluno a lasciargli un'eredità. Il punto centrale dell'ingiustizia sta nell'interferenza con l'autodeterminazione della persona che lascia l'eredità piuttosto che nel pregiudizio di carattere finanziario che ne ricava la persona cui l'eredità sarebbe altrimenti andata, se non fosse avvenuta la truffa. Il concetto chiave nei nostri diritti patrimoniali non è quindi il diritto di proprietà, ma un diritto di carattere decisionale: l'autodeterminazione.

## 5.2. *La condivisione come modello di rapporto patrimoniale*

La transazione, il trasferimento del diritto di proprietà, è divenuta il modello del diritto patrimoniale. La vendita, o il suo corrispettivo criminale, il furto, è ritenuta caratterizzante per l'autodeterminazione patrimoniale e le sue violazioni; quando li si considera modello per i reati sessuali, il sesso diviene una transazione e la violenza carnale un furto. Ma ci sono molti altri modi di fare uso del nostro

<sup>47</sup> Per esempio, l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU garantisce ogni persona, fisica o giuridica, quanto al “rispetto dei suoi beni”. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la definizione di “beni” può estendersi a «una “legittima aspettativa” di ottenimento di un ‘bene’» e a beni che possono non avere alcun valore economico: *e.g.* Corte EDU, 14 settembre 2021, Pintar e altri c. Slovenia, punto 91.

patrimonio ed un modello migliore per le interazioni patrimoniali sarebbe rappresentato dalla condivisione dell'uso di qualcosa di nostra proprietà.

Una simile condivisione rassomiglia all'attività sessuale autodeterminata molto più di una transazione, per almeno quattro ordini di ragioni. In primo luogo, il contesto, tanto della condivisione quanto dell'attività sessuale, è, di solito, quello di una relazione intima, ed entrambe le cose sono, idealmente, espressione di fiducia. In secondo luogo, le motivazioni sono più altruistiche che nella transazione, che è di solito caratterizzata da un razionalismo economico egoistico. Condividere non richiede l'aspettativa di un ricavo: c'è, quindi, una maggiore aspettativa di rispetto. In terzo luogo, ciò che conta nella condivisione di ciò che è di nostra proprietà non è (necessariamente) il vantaggio che se ne ricava, ma la condivisione stessa: si pensi alla condivisione di un desco per pasteggiare assieme, ovvero di un'autovettura per viaggiare assieme. Gardner ha sostenuto che si possa parlare di buon sesso quando esso costituisce un'attività di squadra; in tale genere di attività, ambo le parti agiscono di concerto per ottenere qualcosa *assieme*, l'uno *con* l'altro: l'uno non fa qualcosa *a* l'altro<sup>48</sup>. Alla stessa maniera, potremmo dire che i rapporti patrimoniali siano buoni quando sono caratterizzati da un'attività congiunta e da un obiettivo condiviso, piuttosto che da una egoistica massimizzazione della propria ricchezza<sup>49</sup>. Benché Gardner consideri che il consenso possa non essere necessario nelle attività di squadra<sup>50</sup>, ciò non è possibile con riguardo all'autodeterminazione. Infine, e soprattutto, l'autodeterminazione (e figuriamoci il "diritto di proprietà") non è ceduta durante la condivisione. Poiché ad essere condiviso è l'uso, anziché il diritto di proprietà, la controparte non acquisisce diritti o titolo sull'oggetto dell'autodeterminazione (benché possa apportare come contributo all'interazione qualcosa che è oggetto della *sua* autodeterminazione).

Mettere l'accento sul paradigma della condivisione anziché su quello della transazione muta taluni degli usuali raffronti. Per esempio, Schulhofer sostiene che la truffa nelle transazioni patrimoniali tipicamente attinga al cuore della transazione: il profitto promesso non è affatto ottenuto, ovvero il valore oggettivo del profitto è enormemente sproporzionato rispetto alla controprestazione della vittima. Nella truffa sessuale, dove l'amplesso è ottenuto a mezzo di fraudolente professioni d'amore, promesse di matrimonio, od altre siffatte menzogne, il valore della transazione dipende dalle aspettative e dall'atteggiamento della vittima – da se ritenga il sesso un'interazione il cui valore stia primariamente nell'attività stessa, ovvero lo ritenga parte di una rete di interessi più importanti e duraturi.

<sup>48</sup> J. GARDNER, *The Opposite of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, vol. 38, n. 1, 53-56.

<sup>49</sup> Financo una transazione potrebbe avere un obiettivo condiviso – mutuo beneficio o "*win-win*" –, ma la condivisione di un oggetto di nostra proprietà raffigura al meglio tali caratteristiche.

<sup>50</sup> ID., *ivi*, 60. Per una critica, v. K. CHADHA, *op. cit.*

Per Schulhofer, ciò giustifica la non rilevanza penale della truffa sessuale<sup>51</sup>. Tuttavia, nel momento in cui si rifiuta l'idea del sesso come una transazione, il raffronto con la truffa non pare più appropriato. Tipicamente, il reato di truffa richiede che la vittima soffra un danno patrimoniale a causa della frode. Una persona che riuscisse a vendere un telefono fingendosi della stessa confessione religiosa dell'acquirente non sarebbe tipicamente condannata per truffa se il telefono fosse conforme alla sua descrizione, per quanto l'aspetto religioso possa essere stato determinante per l'acquirente. Pertanto, l'autodeterminazione della decisione non è tutelata separatamente dal valore dell'oggetto dell'autodeterminazione. Nella condivisione, l'esito o "beneficio" non è la cosa più importante, per cui il "valore della (trans)azione" va trovato altrove. La condivisione presuppone una maggiore aspettativa di fiducia e rispetto, che la frode vizia. In tale contesto, qual è il valore della stessa autodeterminazione?

### 5.3. Il valore dell'autodeterminazione patrimoniale

Il valore dell'autodeterminazione sessuale è di solito ritenuto immanente. Quello dell'autodeterminazione patrimoniale è, invece, oggetto di maggior dibattito. Come diritto umano, il diritto di proprietà è tipicamente inquadrato in termini di diritto di decidere che uso fare del proprio patrimonio per soddisfare ai propri bisogni essenziali e per il proprio diletto<sup>52</sup>. È, inoltre, particolarmente qualificato, dacché interessi pubblici o sociali possono fornire ragioni per privare taluno della sua proprietà. La sua importanza è collegata alla possibilità di ottenere altri valori, quali la sicurezza, la libertà, l'uguaglianza ed un adeguato tenore di vita<sup>53</sup>. Nel diritto penale, il diritto di proprietà garantisce il funzionamento del sistema economico, anche laddove un valore fondamentale, quale l'adeguato tenore di vita, non sia messo in pericolo dal reato. Ne consegue che il valore più ovvio di un diritto di proprietà è il suo valore d'uso.

Ciò nonostante, il rispetto per l'autodeterminazione patrimoniale è stato altresì collegato alla dignità. Per esempio, Atuahene ha caratterizzato la confisca dei beni della popolazione nera durante l'*apartheid* in Sudafrica ed altri casi di spos-

<sup>51</sup> S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 156. Schulhofer non spiega perché la truffa sessuale non dovrebbe essere criminalizzata nei casi dove il 'valore' del sesso sia stato così intaccato dalla truffa ed i consueti requisiti in punto di elemento soggettivo siano presenti.

<sup>52</sup> La Convenzione americana dei diritti dell'Uomo riconosce a ciascuno "il diritto di usare e godere della sua proprietà" (art. 21). La Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli riconosce un più vago "diritto di proprietà" (art. 14), così come un "diritto di accesso alla proprietà pubblica ed ai servizi" (art. 13) ed il diritto di un popolo di disporre liberamente della propria ricchezza e delle proprie risorse naturali (art. 21).

<sup>53</sup> B. DAVY, *op. cit.*; I. LEIJTEN, *The Right to Minimum Subsistence and Property Protection under the ECHR: Never the Twain Shall Meet?*, in *European Journal of Social Security*, 2019, vol. 21, n. 4.

sessamento come “sottrazioni di dignità” (*dignity takings*): una speciale categoria di esproprio, in quanto costituiscono una forma di disumanizzazione perpetrata dallo Stato<sup>54</sup>. Alexander ricava il valore costitutivo della proprietà dalla dignità, che descrive come un “potenziale per l’autonomia ed il diritto di svilupparlo”<sup>55</sup>. A tal riguardo, come esempio cita *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, un caso in cui per una violazione di domicilio furono riconosciuti danni compensativi meramente simbolici, ma danni punitivi ingenti. Nella fattispecie, l’azienda, nonostante le vigorose proteste della famiglia Jacque, ne aveva violato il domicilio ed il vicedirettore aveva non solo fatto mostra di una intenzionale mancanza di rispetto, ma financo di una deliziata soddisfazione. Per Alexander la sentenza fu corretta perché “*Steenberg Homes* aveva mancato di rispetto in misura così patente alla dignità della famiglia Jacque e ne aveva minato la prosperità”<sup>56</sup>. Dunque, le offese al patrimonio causano un affronto separato dal valore del bene.

Alexander ha ricollegato la violazione di domicilio alla dignità, ma l’esempio pone anche una questione relativa al valore dell’autodeterminazione, che ha più che un mero valore d’uso<sup>57</sup>. L’autodeterminazione come elemento agevolante è costitutiva delle nostre esperienze in questo mondo; pertanto, una violazione dell’autodeterminazione sessuale causa l’“impatto psichico e soggettivo” che Russell sostiene vada perduto adottando una concezione patrimonializzata di autodeterminazione<sup>58</sup>. Un’offesa all’autodeterminazione è un attacco alla persona, anche laddove l’autodeterminazione si estenda a qualcosa di diverso da sé stessi, come il patrimonio. Nell’esempio *supra*, l’acquirente del telefono probabilmente si sentirà gabbato, benché la legge non ritenga l’offesa alla sua autodeterminazione abbastanza importante da essere criminalizzata. Questo non è, tuttavia, il caso per

<sup>54</sup> B. ATUAHENE, *We Want What’s Ours: Learning from South Africa’s Land Restitution Program*, Oxford University Press, 2014, 26-34.

<sup>55</sup> G.S. ALEXANDER, *Property, Dignity, and Human Flourishing Essay*, in *Cornell Law Review*, 2019, vol. 104, n. 4, 1005.

<sup>56</sup> *Ivi*, 1020.

<sup>57</sup> Il valore d’uso dell’autodeterminazione è in rapporto al valore d’uso dell’oggetto dell’autodeterminazione ed al valore dell’autodeterminazione per il nostro benessere o per l’ottenimento di altri valori. Sull’impatto della (esperienza della) autonomia sulla nostra salute, v., ad es., R. LARSON, *Is Feeling “In Control” Related to Happiness in Daily Life?*, in *Psychological Reports*, 1989, vol. 64, n. 3; P.A. FRAZIER, *The Role of Attributions and Perceived Control in Recovery from Rape*, in *Journal of Personal and Interpersonal Loss*, 2000, vol. 5, n. 2-3; P. FRAZIER-N. KEENAN-S. ANDERS-S. PERERA-S. SHALLCROSS-S. HINTZ, *Perceived Past, Present, and Future Control and Adjustment to Stressful Life Events*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2011, vol. 100, n. 4; L. TAY-E. DIENER, *Needs and Subjective Well-Being Around the World*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2011, vol. 101, n. 2; S.E. ULLMAN-L. PETER-HAGENE, *Social Reactions to Sexual Assault Disclosure, Coping, Perceived Control, and PTSD Symptoms in Sexual Assault Victims*, in *Journal of Community Psychology*, 2014, vol. 42, n. 4.

<sup>58</sup> Y. RUSSELL, *op. cit.*, 263.

tutti i reati contro il patrimonio. La violazione di domicilio penalmente rilevante<sup>(5)</sup>, ad esempio, può essere integrata anche mediante inganno e non richiede un danno di carattere economico: in tal caso è l'autodeterminazione stessa ad essere ritenuta di valore. Su queste basi, Pundik e colleghi caldeggiavano la criminalizzazione della truffa sessuale laddove l'agente abbia mentito attivamente, l'inganno sia stato determinante per il processo decisionale ed il reo sapesse che l'inganno era determinante<sup>59</sup>. Tale approccio troverebbe una corrispondenza, appunto, nella violazione di domicilio penalmente rilevante.

Il valore dell'autodeterminazione non diminuisce né varia nel tempo od a seconda delle circostanze. Equiparare il corpo ad un bene patrimoniale ha suscitato critiche attorno al valore della verginità o dell'assenza di una previa relazione sessuale, dacché i beni non usati sono di maggior valore di quelli di seconda mano<sup>60</sup>. Ragionare inforcando gli occhiali della condivisione, piuttosto che quelli della transazione, può, ancora una volta, aiutare a districare tale falso parallelismo. Il valore dell'azione sta nel valore dell'autodeterminazione per la persona che la esercita e non è intaccato dal numero di volte in cui essa sia già stata esercitata. Inoltre, l'idea che il miglior esercizio dell'autodeterminazione sia escludere gli altri e mantenere qualcosa "intonso" è in contrasto con un'idea di autodeterminazione come elemento che agevola interazioni significative e benigne. Le scelte di avere a che fare, o di non avere a che fare, sono esercizi di autodeterminazione egualmente validi e preziosi.

Wertheimer ebbe a sostenere che "la distanza tra il (disgustoso) modello proprietario [della violenza carnale] e quello (avvenente) incentrato sull'autodeterminazione non è poi molta"<sup>61</sup>. Ciò poiché i diritti reali sono anch'essi basati sull'autodeterminazione. Nondimeno, le differenze fra l'approccio basato sull'autodeterminazione e quello basato sul diritto di proprietà sono rilevanti: nel quadro del primo, i nostri beni non devono necessariamente essere materiali od avere valore economico, i nostri diritti patrimoniali non devono necessariamente essere diritti reali ed i nostri rapporti patrimoniali non devono necessariamente essere transazioni. L'approccio ai diritti patrimoniali ed ai reati contro il patrimonio fondato sull'autodeterminazione si concentra su chi decide e su chi controlla il bene. Nella teorica dell'autodeterminazione come elemento agevolante, l'oggetto dell'autodeterminazione può essere qualunque cosa; è l'interferire con l'autodeterminazione

<sup>(5)</sup> In certi ordinamenti, come quello del Regno Unito, il *trespass to land* rientra difatti nella categoria civilistica dei *tort* e risulta penalmente rilevante solo in certi casi – N.d.T.

<sup>59</sup> A. PUNDIK-S. SCHNITZER-B. BLUM, *Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex*, in *Criminal Justice Ethics*, 2022, vol. 41, n. 2, 168.

<sup>60</sup> Y. RUSSELL, *op. cit.*, 264.

<sup>61</sup> A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, 2003, 34.

che lede la soggettività e la dignità di una persona. Tuttavia, ciò non significa che non vi siano differenze fra reati contro il patrimonio e reati sessuali.

### 6. *Distinzioni utili*

Nessuna comparazione è perfetta. Il raffronto fra i reati contro il patrimonio e quelli sessuali si impenna sulla tesi che almeno un valore comune sia violato in entrambi i casi. Nondimeno, non è necessario che i nostri interessi all'autodeterminazione patrimoniale e a quella sessuale abbiano la stessa "taglia" perché la comparazione abbia senso. È chiaro che, nel complesso, l'autodeterminazione sessuale è legata ad un interesse più importante di quello rappresentato dall'autodeterminazione patrimoniale<sup>62</sup>. Il diverso interesse alla tutela dell'autonomia nei due casi porta molti alla conclusione che il raffronto non sia appropriato e che svaluti le persone. Gardner ritiene che una sopravvissuta ad una violenza carnale che descrivesse la sua esperienza "come l'aver subito un furto in casa" si renderebbe autrice di "una grave farsa", mostrando una "straordinaria mancanza di sensibilità morale"<sup>63</sup>. Una delle ragioni (benché non la più importante secondo Gardner) è che, a sua detta, l'analogia sminuirebbe o banalizzerebbe la violenza carnale. È veramente così? La vittima che comparasse la sua esperienza al furto in casa potrebbe ben aver inteso che "è stato come l'aver subito un furto in casa – solo peggio". Per qualcuno che non sia stato violentato, ma solo derubato in casa propria, il raffronto indicherebbe gli interessi in gioco, pur nella diversa entità del danno<sup>64</sup>. Soppesare il valore dei diversi tipi di autodeterminazione può essere parte essenziale del raffronto. Un'offesa all'autodeterminazione sessuale è un'offesa più intima all'autodeterminazione, è più probabile che risulti emotivamente devastante e in più comporta l'offesa di

<sup>62</sup> Come affermato dalla Corte EDU, ad es. in Corte EDU, 14 ottobre 2008, *Blumberga c. Latvia*, punto 67.

<sup>63</sup> J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, cit., 14.

<sup>64</sup> L'esperienza soggettiva della violenza carnale non è l'oggetto del raffronto; nessuno direbbe che ci si senta alla stessa maniera nel subire un furto e nell'essere violentati. Watt ebbe a criticare la tesi di Gardner su ciò che vi è di sbagliato nella violenza carnale in ragione del fatto che avrebbe relegato le emozioni "ad un mero evento secondario". Concordo con la risposta di Gardner a tale critica: in primo luogo, con il fatto che il trauma soggettivo possa ben essere l'aspetto più importante della violenza carnale, ma che, ciò nonostante, continuiamo a nutrire interesse per la comprensione di quando e come tale trauma si verifica; in secondo luogo, con il fatto che accantonare considerazioni valoriali di natura teorica e critica in ragione dell'"orrore" della violenza carnale sia espressione di paternalismo nei confronti delle vittime. B. WATT, *The Story of Rape: Wrongdoing and the Emotional Imagination*, in *The Denning Law Journal*, 2014, vol. 26, 49; J. GARDNER, *Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape*, in *The Denning Law Journal*, 2017, vol. 29, 5.

altri importanti valori; queste differenze costituiscono buone ragioni per tutelare l'autodeterminazione sessuale in modo più rigoroso di quanto non venga fatto per l'autodeterminazione patrimoniale<sup>65</sup>. La comparazione può essere usata per mostrare che ciò non avviene *de iure condito* e per pretendere quindi leggi più stringenti in materia di violenza carnale.

Il secondo motivo per cui Gardner ritiene che l'analogia fatta dalla ipotetica sopravvissuta alla violenza carnale dimostri "straordinaria mancanza di sensibilità morale" è che ignora la primazia dell'essere rispetto all'avere:

«i diritti patrimoniali sono necessariamente il corollario, o caso secondario (*shadow case*): si può fare un'analogia fra ciò che accade a ciò che ci appartenga e ciò che accada a noi stessi, poiché ciò che possediamo può essere un'estensione di noi stessi; ma non possiamo fare la medesima analogia fra ciò che accada a noi stessi e ciò che accada ai nostri possedimenti, poiché non possiamo considerare noi stessi come un'aggiunta a ciò che possediamo»<sup>66</sup>.

Un raffronto non implica una gerarchia, a differenza di quanto accade con il ragionamento analogico. Una comparazione è simmetrica in quanto non ha senso dire che "i reati contro il patrimonio rassomigliano a quelli sessuali più di quanto quelli sessuali rassomiglino a quelli contro il patrimonio": essi si rassomigliano gli uni agli altri in egual misura. Asimmetrie possono, invece, sorgere laddove venga introdotto un *tertium comparationis*. Personalmente ritengo che il punto nodale del raffronto stia nell'autodeterminazione: i reati contro il patrimonio rappresentano i diritti del proprietario meglio di quanto non facciano i reati sessuali, per cui il diritto di proprietà non è un termine di comparazione né utile né adeguato. Tuttavia, il patrimonio e le relazioni sessuali rappresentano l'autodeterminazione grosso modo nella medesima misura; ciò rende l'autodeterminazione un interessante termine di comparazione, anche se i due non rappresentano l'autonomia esattamente alla stessa maniera. Da questo punto di vista, ha senso dire che "la violenza carnale è come un furto in casa".

Poiché il raffronto non richiede che nutriamo il medesimo interesse per l'autonomia, o per qualunque suo altro aspetto, sia esattamente lo stesso in ambo i contesti, esso non implica di per sé un'affermazione di carattere precettivo. Schulhofer bolla la comparazione fra reati contro il patrimonio e reati sessuali come "suggestiva e fuorviante in parti uguali"; fuorviante perché non dovremmo presumere che gli *standard* di interferenza inaccettabile nei confronti dell'autodeterminazione siano

<sup>65</sup> Come pretende S. ESTRICH, *op. cit.*, 1182; S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 67, 117-118.

<sup>66</sup> J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, cit., 14.

i medesimi nei due tipi di reato<sup>67</sup>. Ma per decidere di tutelare l'autodeterminazione sessuale e quella patrimoniale in modi e misure diversi, dovremmo motivare la nostra scelta e le ragioni possono essere tanto ideologiche quanto pragmatiche. Per esempio, Schulhofer ritiene che sia la presenza di minor consenso attorno a ciò che sia giusto e sbagliato nei rapporti sessuali, rispetto a quanto avviene con rispetto alle transazioni patrimoniali, ad aver portato alla riluttanza a regolare i primi. Benché ciò di per sé non sia una ragione sufficiente per una tutela più debole dell'autodeterminazione sessuale, tale disaccordo sociale è un fattore rilevante da considerare laddove si vogliano correggere i confini della criminalizzazione in una democrazia<sup>68</sup>. Le fattispecie di truffa a carattere patrimoniale sovente richiedono che l'inganno sia stato determinante in punto di valore patrimoniale. Come è stato sostenuto *supra*, tale requisito non avrebbe senso nei rapporti sessuali. L'autodeterminazione stessa ne è violata, piuttosto che il "valore della transazione". Nel sostenere la posizione per cui la truffa sessuale dovrebbe essere criminalizzata a tutela dell'autodeterminazione, Pundik e colleghi nondimeno argomentano in favore dell'introduzione di restrizioni di ordine pratico in modo da non reintrodurre il reato di adulterio<sup>69</sup>. Il riconoscimento del valore immanente dell'autodeterminazione potrebbe, tuttavia, anche condurci a revocare in dubbio il nostro approccio alla truffa di carattere patrimoniale.

Gli *standard* di autodeterminazione possono essere diversi anche a causa del coinvolgimento di altri valori. Per esempio, l'accesso reiterato ad un certo bene potrebbe fondare la base di un'azione per acquisirlo, così riducendo il diritto all'autodeterminazione del proprietario. Lo stesso non vale per l'autodeterminazione sessuale, dacché le azioni *in rem* sulla base del previo accesso al bene, quali quelle fondate sull'usucapione, tipicamente tutelano diritti su beni essenziali al fine di garantire qualche altro aspetto della dignità umana. Non vi è, invece, un valore alternativo che possa giustificare un'analogia *deminutio* dell'autodeterminazione sessuale.

Le ragioni per l'adozione di *standard* di autodeterminazione diversi per i reati sessuali e per quelli contro il patrimonio sono particolarmente convincenti laddove risultino dalle differenze nella natura dell'autodeterminazione nei due contesti. Per esempio, l'esercizio dell'autodeterminazione sessuale di solito richiede l'uso intimo delle nostre carni, mentre possiamo esercitare l'autodeterminazione patrimoniale

<sup>67</sup> S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 116. V. anche L.E. CHIESA, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, in *Yale Law & Policy Review*, 2017, vol. 35, n. 2, 444.

<sup>68</sup> Schulhofer puntualizza che, storicamente, anche al momento di estendere la tutela della proprietà alle modalità di acquisto non violente vi fu disaccordo sociale circa la giusta estensione della tutela; S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 67. Si potrebbe persino dire che il maggior consenso sia il risultato di una storia di criminalizzazione più risalente nel tempo, una profezia che si auto-avvera.

<sup>69</sup> A. PUNDIK-S. SCHNITZER-B. BLUM, *op. cit.*, 12.

senza alcuna interazione fra corpi. Data tale natura più carnale dell'autodeterminazione sessuale, non possiamo rinunciare alla nostra autodeterminazione in relazione ai nostri corpi ed alla nostra sessualità, ma possiamo – e frequentemente lo facciamo – rinunciare alla nostra autodeterminazione patrimoniale in relazione ad un certo bene. Un'altra persona non può esperire una *actio* o vantare qualche titolo sul nostro corpo o sulla nostra condotta sessuale, ma può esperire *actiones* contro i nostri beni. Ne consegue che una dichiarazione di volontà circa un rapporto sessuale non può essere vincolante; dovremmo mantenere il diritto di cambiare idea riguardo i nostri rapporti sessuali in ogni momento, prima o durante il rapporto. La natura vincolante delle espressioni dell'autodeterminazione patrimoniale giustifica l'esistenza di tutele specifiche che potrebbero non essere necessarie nel caso delle espressioni dell'autodeterminazione sessuale. Allo stesso tempo, altre considerazioni, come la summenzionata maggior importanza ed intimità dell'autodeterminazione sessuale, potrebbero spingere nella direzione opposta.

## 7. Conclusioni

Questo articolo è nato dal desiderio di trovare un modo di analizzare i diversi approcci che si riscontrano nei Paesi nordici sul tema dei rapporti sessuali, il cui impianto penalistico è variabile o contestato. La mia proposta è stata di cercare delle similitudini fra reati contro il patrimonio e reati sessuali per comprendere meglio la natura ed il valore dell'autodeterminazione. I punti cardine di tale proposta stanno nella concezione relazionale, scalare e multidimensionale dell'autodeterminazione, oltre che nel riconoscimento dell'autodeterminazione umana come fondamento dei reati contro il patrimonio. Nondimeno, la mia proposta non implica un'affermazione di carattere precettivo nel senso dell'adozione degli stessi *standard* di autodeterminazione sia per i reati contro il patrimonio che per quelli sessuali. Piuttosto, la criminalizzazione dovrebbe essere ben attenta alle differenze fra i rapporti sessuali e patrimoniali.

Il raffronto solleva quesiti circa l'estensione delle condotte penalmente rilevanti, cioè sul contenuto del diritto penale. Perché alcune offese all'autodeterminazione, come l'inganno, sono criminalizzate nel settore dei rapporti patrimoniali, ma non in quello delle attività sessuali? Inoltre, nella sua ampiezza il settore dei reati contro il patrimonio stabilisce delle gerarchie tra appropriazioni indebite clandestine, violazioni di obblighi fiduciari, inganno ed uso della violenza come modalità di condotta fondanti una colpevolezza per aver compiuto abusi nei confronti di qualcuno. Tale gerarchia è raramente revocata in dubbio: non dovrebbe forse esistere una analoga anche nel settore dei reati sessuali?

Il raffronto può però essere utile anche dal punto di vista della tecnica legislativa, cioè della forma del diritto penale. Per esempio, le fattispecie nel settore dei reati contro il patrimonio tendono ad essere dettagliate e differenziate per modalità della condotta e tipo di bene (rapina, estorsione, furto, furto d'auto, appropriazione indebita, truffa, truffa mediante carte di credito, usura, uso indebito, violazione di domicilio, vandalismo, reati contro la proprietà intellettuale, frode assicurativa, reati di bancarotta, e così via), mentre le proposte di estensione delle condotte sessuali penalmente rilevanti sovente si basano sull'espansione di poche etichette (violenza carnale, aggressione sessuale), facendo leva su ben pochi concetti (consenso, coercizione). La comparazione fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio dovrebbe servire a spingere il dibattito oltre gli sviluppi di tale ultimo tipo, alla ricerca di una nozione fondamentale che consenta di dettagliare, differenziare e contestualizzare. Tale differenziazione resta visibile nelle leggi dei Paesi nordici: o nei sotto-articolati sulla violenza carnale o negli articolati dedicati alla criminalizzazione degli abusi sessuali e di altre offese. Allo stesso tempo, il consenso o la volontarietà possono essere visti come un principio unificante od ermeneutico. La domanda è: i Paesi nordici hanno bisogno di maggiore piuttosto che di minore contestualizzazione al fine di garantire una tutela esaustiva dell'autodeterminazione sessuale?

Il raffronto potrebbe, altresì, mettere in evidenza le lacune dell'ordinamento più in generale. La legge ed il sistema non riescono a riconoscere ed accettare che l'abuso a fini sessuali di una posizione di potere o della vulnerabilità di una vittima sia un abuso – come molti sostengono – perché l'abuso è sessuale, oppure presentano lo stesso problema nel riconoscere gli abusi nei rapporti patrimoniali, laddove abbiano luogo nell'ambito di un rapporto di poteri sbilanciato, di condizioni di vulnerabilità, ovvero come parte di una rete complessa di relazioni? Io ho cercato di mostrare che anche nel quadro di una teoria dei diritti umani tali questioni possono essere affrontate in modo sia significativo che appropriato attraverso un raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio; tale cimento dovrebbe essere oggetto di ulteriori ricerche.

SARA RICCARDI

IL MOTIVO MISOGINO E OMOTRANSFOBICO  
NEL QUADRO DEGLI *HATE CRIMES*.  
TRAMA DEL DIRITTO PENALE  
*DE JURE CONDITO* E *DE JURE CONDENDO*

SOMMARIO: 1. Il disegno di legge in materia di femminicidio nel multiforme quadro dei *gender hate crimes*. – 2. Oggetto e scopo del lavoro: lo studio del “motivo di genere” per una disciplina uniforme del crimine d’odio. – 3. Premessa: la non opportunità di una fattispecie autonoma. – 4. Come punire i *gender hate crimes* mediante fattispecie circostanziali: l’alternativa tra *motivo* e *finalità*. – 4.1. La lettura che qualifica la “finalità di discriminazione e di odio” come *finalità-idoneità offensiva*. – 4.2. La lettura che qualifica la “finalità di discriminazione e di odio” come *motivo biasimevole*. – 5. La “*finalità di odio e discriminazione*” come movente, alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata. – 6. Spunti *de jure condendo*. In particolare, rimodulazione del trattamento sanzionatorio previsto all’art. 604 *ter* c.p.

1. *Il disegno di legge in materia di femminicidio nel multiforme quadro dei gender hate crimes*

Da qualche tempo, il disegno di legge in materia di femminicidio, presentato (nella prima versione) il giorno 31 marzo 2025 e infine approvato dal Senato pressoché all’unanimità, occupa un ruolo di primo piano nel dibattito penalistico. La proposta intende inserire nel tessuto del codice penale un nuovo art. 577 *bis*, per l’appunto rubricato “*femminicidio*”, il quale punisce con la pena dell’ergastolo «*chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali*». La comunità accademica ha espresso, in prevalenza, una posizione fortemente critica, evidenziando profili di incostituzionalità e ragioni di impraticabilità processuale (più approfonditamente *infra*, par. 3)<sup>1</sup>. Tali voci sono rimaste, tuttavia, inascoltate, e il disegno di legge è ormai prossimo a una sua definitiva approvazione.

<sup>1</sup> G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, in *Sist. Pen.*, 14 marzo 2025; rimandiamo, inoltre, al documento *Contro l’introduzione del delitto di*

Per meglio comprendere la fattispecie in esame occorre ripercorrere la discussione che da molti lustri investe la categoria dei *gender hate crimes*, cioè quei crimini motivati da sentimenti di intolleranza, disprezzo e ostilità in ragione dell'appartenenza della vittima a un determinato genere, orientamento sessuale o identità di genere<sup>2</sup>. All'interno di tale categoria occupa un ruolo prioritario, ma non esclusivo, la violenza operata "contro la donna", solitamente denominata "violenza di genere". Si tratta di un fenomeno diffuso e diversificato, le cui molteplici articolazioni (violenza fisica, psicologica, economica) si radicano nel ruolo subalterno che, dal punto di vista politico, istituzionale ed economico, la donna (ancora) riveste all'interno della società<sup>3</sup>. Ma la categoria dei *gender hate crimes* consta anche di quei reati perpetrati in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere della vittima: i primi commessi per una «paura e un'avversione irrazionale provate nei confronti dell'omosessualità maschile e femminile» – tal è la definizione di *crimine d'odio omofobico* elaborata dal Parlamento Europeo nella Risoluzione del 24 maggio 2012<sup>4</sup> –; i secondi volti a svelire l'identificazione soggettiva di un individuo con un determinato genere, non necessariamente corrispondente al sesso biologico.

L'eterogeneo volto dei *gender hate crimes* riflette, in definitiva, il particolare significato che, nell'ambito delle più recenti ricostruzioni sociologiche, antropologiche e filosofiche, è stato attribuito al termine "genere". Dapprima utilizzato in netta contrapposizione al termine "sesso", da intendersi come attributo naturale in grado di distinguere i maschi dalle femmine, il genere è stato inteso quale costrutto sociale funzionale alla comprensione, e al contrasto, di disuguaglianze, di-

*femminicidio* reperibile in *Sist. Pen.*, 28 maggio 2025. Per approfondimenti bibliografici ulteriori *infra*, par. 3.

<sup>2</sup> Tra le principali opere monografiche dedicate al tema degli *hate crimes* e *gender hate crimes*: R. DE PAOLIS, *Le asimmetrie nelle asimmetrie. Profili penali delle disuguaglianze di genere negli squilibri di potere*, Torino, 2025; A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino, 2024; L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Napoli, 2019; B. SPINELLI, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2008; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, Napoli, 2015; E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia comparazione prospettive*, Napoli, 2017. Per quanto concerne l'afferente tematica del c.d. *hate speech*, *ex multis*, S. PRANDI, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione*, Milano, 2020.

<sup>3</sup> A. MANNA, *La donna nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2005, 851 ss.; M. L. FADDA, *Differenza di genere e criminalità. Alcuni cenni in ordine ad un approccio storico, sociologico e criminologico*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss.; L. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Quest. Giust.*, 2022, fasc. 4, 1 ss.

<sup>4</sup> Risoluzione 2012/2657 del Parlamento Europeo sulla lotta all'omofobia in Europa.

scriminazioni e stereotipi storicamente giustificati da ragioni biologiche<sup>5</sup>. Più approfonditamente, stando alla definizione accolta da importanti documenti internazionali, il genere rappresenta(va) l'insieme di «ruoli e attribuiti [...] che una determinata società considera appropriati per donne e uomini»<sup>6</sup>. Simile ricostruzione, tuttavia, a parere dello stesso movimento femminista, peccava per l'incapacità di rappresentare le c.d. «minoranze sessuali»<sup>7</sup>. E così, l'originario binomio «sesso-genere» si è arricchito di ulteriori nozioni, quali quelle, già richiamate, di «*orientamento sessuale*» e «*identità di genere*». Riprendendo alcuni tentativi definitivi elaborati dallo stesso legislatore penale, l'orientamento sessuale indica l'attrazione sessuale o affettiva di un individuo nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o entrambi i sessi; l'identità di genere, invece, attiene all'identificazione di un individuo in un determinato genere, a prescindere dal sesso biologico di appartenenza<sup>8</sup>. In estrema sintesi, se il concetto di sesso rimanda a dati biologici, e il genere rappresenta un costrutto sociale, orientamento sessuale e identità di genere esprimono propensioni o scelte individuali, che possono tradursi in una radicale separazione tra gli orientamenti della persona, la sua identità sociale e le sue connotazioni biologiche.

Per quanto la categoria dei *gender hate crimes* sia generalmente trattata dalla letteratura in modo unitario<sup>9</sup>, le vicende che vi confluiscono ricevono una diversa considerazione da parte dell'ordinamento penale. Il principale elemento differenziale non concerne l'*an* della responsabilità – del resto, il motivo di discriminazione e odio incentrato sul genere si limita a qualificare ipotesi già altrimenti tipiche di reato – bensì il *quomodo* e il *quantum*, ovvero il titolo di reato e la determinazione del trattamento sanzionatorio.

<sup>5</sup> Per un'evoluzione storica A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2015, fasc. 1, 438 ss., I.F. CORTÉS, *Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere*, in *Genlus*, 2021, fasc. 2, 2.

<sup>6</sup> Art. 3 lett. c. della Convenzione di Istanbul stipulata dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011.

<sup>7</sup> Ci riferiamo, in particolare, al movimento femminista della *Queer Theory*. Fondamentale l'opera di J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the subversion of identity*, New York-Londra, 1990.

<sup>8</sup> Non potendo ripercorrere il dibattito relativo alle definizioni di genere e identità di genere, sono state riprese le definizioni contenute all'art. 1 del Disegno di Legge Zan (*infra*, par. 3).

<sup>9</sup> *Ex multis*, L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, fasc. 3, 1533, la quale, all'esito di un'indagine comparata, evidenzia come le categorie del genere, orientamento sessuale e identità di genere «viaggino sempre insieme: violenza omotransfobica e violenza di genere sono accomunate in tutte le legislazioni»; A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazioni di genere*, in *Genlus*, 2024, fasc. 1, 2 s., ove viene valorizzata la prospettiva di genere quale strumento in grado di inquadrare offese che non riguardano solo la violenza rivolta contro le donne, ma anche fatti basati sull'identità di genere.

Soffermandoci, anzitutto, sul panorama sovranazionale ed europeo, soltanto gli atti espressivi di “*violenza di genere*”, intesa quale violenza rivolta *contro la donna*, sono stati oggetti di espliciti obblighi di incriminazione. Tra gli strumenti internazionali più rilevanti, annoveriamo la Convenzione di Istanbul, stipulata dal Consiglio d’Europa l’11 maggio 2011<sup>10</sup> e la recente Direttiva UE 2024/1385, entrambe rivolte al contrasto della violenza rivolta contro le donne e della violenza domestica<sup>11</sup>. Per contro, i documenti europei ed internazionali dedicati alle discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e identità di genere sono atti di *soft law*, incapaci di determinare un obbligo di incriminazione per agli stati aderenti<sup>12</sup>.

L’Italia ha ratificato la Convenzione di Istanbul con legge 27 giugno 2013, n. 77. In realtà, il nostro ordinamento già qualificava come reati molte delle condotte di cui si sollecita la criminalizzazione<sup>13</sup>; nondimeno, alla ratifica hanno poi corrisposto significativi interventi legislativi, tra cui la legge 15 ottobre 2013, n. 119, dai mezzi di comunicazione definita come “*legge sul femminicidio*”, seguita dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, ai più nota come “*Codice Rosso*”. Soffermandoci sul solo diritto sostanziale, il lascito più importante di queste riforme è rappresentato dalle aggravanti incentrate sulla *relazione familiare-affettiva*, contenenti un aggravamento di pena per il soggetto che abbia commesso la fattispecie base nei confronti del coniuge, anche separato o divorziato, o della persona con cui il reo «è o è stato legato da una relazione affettiva», a prescindere dall’aver intrattenuto con essa una convivenza (si pensi agli artt. 577 co. 2; 609 *ter* co. 5 *quater*; 612 *bis* co. 2; art. 613 *ter* co. 3, c.p., solo per citarne alcune)<sup>14</sup>. Alla definizione di dette circostanze si è accompagnata l’introduzione di un numero più ristretto di figure

<sup>10</sup> Per un’analisi della Convenzione rimandiamo a L. GOISIS, *Genere e diritto penale*, cit., 12.

<sup>11</sup> Recentemente commentata da A. MASSARO, *La direttiva UE 2024/185 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull’ordinamento italiano*, in *Sist. Pen.*, 2025, fasc. 3, 107 ss.

<sup>12</sup> Per un’analisi dei principali documenti internazionali L. D’AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del D.d.l. Zan*, in *Leg. Pen.*, 29 giugno 2021, 1 ss.; E. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà d’espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 7; M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, in *GenLus*, 2015, fasc. 1, 18; A. DI MARTINO, *Osservazioni sul D.d.l. Zan «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità»*, in *disCrimen*, 2021, fasc. 3. Una voce parzialmente dissonante è quella di L. GOISIS, *Sulla riforma dei delitti contro l’uguaglianza*, cit., 1527, a parere della quale gli strumenti di *soft law*, per quanto non comportino un obbligo di incriminazione, invocherebbero implicitamente l’intervento del diritto penale.

<sup>13</sup> Si pensi al decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009 n. 38, il quale aveva introdotto un reato tipicamente espressivo della violenza contro le donne, ossia il delitto di atti persecutori di cui all’art. 612 *bis* c.p.

<sup>14</sup> In proposito, A. SPENA, voce *Famiglia e diritto penale (evoluzione)*, in *I tematici*, vol. *Famiglia*, a cura di F. Macario, Milano, 2022, 488 ss.

autonome di reato, anch'esse non "tipicamente" volte alla tutela delle donne, sebbene riferite a fenomeni che, sul piano criminologico, vedono la donna come vittima elettiva, quali il delitto di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583 *quinquies* c.p.) e la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612 *ter* c.p.)<sup>15</sup>.

In definitiva, in queste espressioni di tutela penale rafforzata – di cui non è sfuggito il carattere talvolta simbolico e propagandistico<sup>16</sup> – il *topos* della violenza di genere smarrisce il proprio volto dietro lo schermo di figure normative primariamente riferite alla violenza contro le donne. Nessuna disposizione è invece dedicata ai crimini motivati da odio omofobico o transfobico, né, ancora, guadagna una qualificazione penale differenziata il crimine dettato da odio misogino, realizzato al di fuori di un rapporto affettivo, come ad esempio l'uccisione della prostituta al fine di denigrare la sua condizione (c.d. femminicidio "non intimo").

E così, prima ancora dell'iniziativa legislativa volta a introdurre una fattispecie autonoma di femminicidio, il dibattito dottrinale aveva da tempo sottolineato la necessità di conferire esplicita rilevanza al motivo di discriminazione e odio incentrato non solo sul genere, ma anche orientamento sessuale e identità di genere (nel prosieguo denominato anche "motivo di genere"), al fine di approntare una disciplina unitaria, coerente e priva di lacune al multiforme universo dei *gender hate crimes*. Tra l'altro – e questa sarà la prospettiva di sistema che anima il nostro studio – l'assenza di norme dedicate al "genere" non solo stride con l'ampia gamma di disposizioni emanate per contrastare il fenomeno della "violenza contro le donne"<sup>17</sup>, ma anche con quelle fattispecie che da tempo puniscono più severa-

<sup>15</sup> Particolarmente rilevante è anche l'introduzione dell'attenuante di cui all'art. art. 61, co. 5, *quinquies*, c.p. volta a conferire espressa visibilità alla c.d. "violenza assistita", ossia la violenza perpetrata in presenza di minore, dalla quale possono derivargli apprezzabili danni psicologici, sociali e cognitivi. Oltre al fronte sostanziale, le riforme constano di un ampio novero di misure processuali e preventivo-cautelari. In argomento, *ex multis*, C. PECORELLA, *Sicurezza vs. libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, 1 ss.; A. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.* 2009, fasc. 19, 52 ss.; V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, 117 ss.

<sup>16</sup> Particolarmente critica è la voce di F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in questa *Rivista*, 2013, 59 ss.

<sup>17</sup> Si noti che in passato alcuni Autori hanno dubitato della possibilità di ricomprendere il fenomeno di *violenza domestica* nella categoria degli *hate crimes*, obiettando che i crimini d'odio vengano perpetrati verso soggetti tra loro "intercambiabili", contrariamente alla violenza domestica caratterizzata da un rapporto pregresso tra vittima e autore. Tali criticità hanno condotto ad una soluzione di compromesso: la violenza domestica può ascrivere al *gender hate crime* nel caso in cui l'aggressore mira a colpire una donna qualsiasi, e non una donna in particolare, e la vittima sia stata scelta in quanto appartenente al genere femminile. L'evoluzione del dibattito è ripercorsa da L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 35, cui rimandiamo per opportuni riferimenti bibliografici.

mente particolari tipologie di *hate crimes*: la mente corre, in special modo, all'art. 604 *ter* c.p., il quale prevede, come già menzionato, un aumento sanzionatorio per i crimini commessi per «finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso»<sup>18</sup>.

## 2. Oggetto e scopo del lavoro. Lo studio del “motivo di genere” per una disciplina uniforme del crimine d’odio

Da una prospettiva generale, i *gender hate crimes* rappresentano una particolare forma di crimini d’odio (*hate crimes* o *bias motivated crimes*). Essi, come noto, constano di due elementi: una condotta che costituisce un crimine di qualsiasi tipo, motivata da un pregiudizio nei confronti di una categoria protetta, identificabile per linguaggio, religione, etnia, nazionalità o altre caratteristiche, quali per l'appunto il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere<sup>19</sup>.

Nel nostro ordinamento, i crimini d’odio sono stati per la prima volta disciplinati dall'art. 3 del c.d. “Decreto Mancino” (d.l. 26 aprile 1993, n. 122 conv. in legge 25 giugno 1993, n. 205), il quale prevedeva un aumento di pena fino alla metà per tutti i reati (fuorché quelli già puniti con l'ergastolo) commessi “*per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità*”. Suddetta disposizione, assieme a quella volta a criminalizzare la propaganda e istigazione all'odio, afferente alla più generale tematica dei “*discorsi d’odio*” (introdotta con la legge “Reale” 22 maggio 1975, n. 152, attuativa della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, firmata a New York il 7 marzo 1966, e in seguito modificata dalla “Legge Mancino”), è stata inserita nel tessuto codicistico a seguito delle norme attuative della c.d. “riserva di codice” (d.lgs. 6 aprile 2018 n. 21). In tale occasione è stata introdotta, nel titolo dedicato ai delitti contro la persona, un'apposita Sezione I *bis*, rubricata “*Dei delitti contro l'eguaglianza*”, nella

<sup>18</sup> Alcuni Autori propongono, criticamente, un confronto persino con l'aggravante di cui all'art. 36 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, la quale, pur non recando alcun riferimento alla «finalità di discriminazione e odio», prescrive un aumento di pena (da un terzo alla metà) per coloro che commettano reati non colposi contro la persona e contro il patrimonio e in materia di prostituzione «*in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale*»: E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, fasc. 1, 27; L. GOISIS, *Crimini d’odio*, cit., 260.

<sup>19</sup> Come ben evidenzia L. GOISIS, *Hate Crimes, Social Media and Criminal Law. Hints on the Recent Italian Legislative Proposal Against Incitement to Discrimination and Hate*, in *Genus*, 2021, fasc. 1, 1.

quale figurano l'art. 604 *bis* c.p. e l'art. 604 *ter* c.p., aventi rispettivamente ad oggetto i discorsi d'odio e i crimini di odio.

L'art. 604 *ter* c.p., nello specifico, limita il proprio campo di applicazione ai reati commessi per *motivi/fini di discriminazione razziale, etnica, nazionale e religiosa*. Da decenni si esclude, dunque, la possibilità di comminare l'aggravante nel caso in cui il reato sia commesso per fattori discriminatori "di seconda generazione", identificati nell'*orientamento sessuale e di genere, nell'età o nelle condizioni socioeconomiche della vittima*<sup>20</sup>. A ben vedere, è stata soprattutto l'esclusione dei fattori discriminatori legati al genere a sollecitare un vivace dibattito in merito alle soluzioni normative consone a supplirne l'assenza. In virtù della particolare predisposizione vittimogena dei soggetti appartenenti al genere femminile, omosessuali e *transgender*, per come messa in luce dalle recenti indagini criminologiche<sup>21</sup>, si è evidenziato che sarebbe del tutto contrario al canone di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* punire alcune forme di *hate crimes*, in specie quelle connotate da odio etnico, nazionale, razziale e religioso, e tralasciare quelle connotate da odio misogino, omofobico e transfobico<sup>22</sup>.

Le ricostruzioni e proposte avanzate nel dibattito dottrinale risultano, in verità, variegate. Largamente condivisa è l'opinione secondo la quale non sarebbe necessario adottare una fattispecie autonoma: le soluzioni divergono, al più, per quanto concerne l'individuazione della fattispecie circostanziale meglio in grado di comprendere in sé il motivo/finalità incentrato su genere, sesso e orientamento sessuale. Mentre taluni propongono un'attenuante "comune", sulla falsariga dei "motivi" abietti *ex art. 61 n. 1 c.p.*, oppure proprio l'estensione di suddetta aggravante, altri sollecitano una riformulazione dell'art. 604 *ter* c.p. in modo tale da comprendere i fattori discriminatori ad oggi non espressamente richiamati.

Accolta, per le ragioni di cui presto diremo, la tesi che rifiuta la necessità di una fattispecie autonoma, nelle pagine che seguono verrà prestata particolare attenzione alle proposte di definizione di una aggravante. Il dibattito, a questo

<sup>20</sup> Come evidenzia A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 118, nonché la Relazione del Gruppo di lavoro incaricato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) di redigere una proposta in materia di delitti contro l'umanità e l'eguaglianza (*La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Edizioni DiPLaP, 2023, 762 s.).

<sup>21</sup> Per una disamina del fenomeno "in cifre", *ex multis*, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 26; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 168 ss.

<sup>22</sup> M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit., 13; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 456, 516; E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 25 ss.; A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazione di genere*, cit., 41; P. CAROLI, *La giurisprudenza penale italiana di fronte alle discriminazioni delle persone LGBTQIA+*. Una ricognizione sistematica del diritto vivente, in *Sist. Pen.*, 29 marzo 2023, 21.

proposito, risulta particolarmente interessante, in quanto le diverse soluzioni, comunque articolate, celano un interrogativo fondamentale, che a ben vedere già affiora nell'attuale interpretazione dell'art. 604 *ter* c.p., circa la natura giuridica dell'aggravante "discriminatoria" che si innesta su una fattispecie base, sia questa motivata da un pregiudizio legato all'etnia, religione, nazionalità, sesso, genere, e così via. In particolare, si tratterà di comprendere se l'aggravante in questione qualifichi penalmente un "motivo", ovvero una "finalità", nei termini che meglio preciseremo in seguito<sup>23</sup>. La questione non è confinata a un ambito meramente teorico, ma solleciterà alcune considerazioni in merito al carico sanzionatorio da irrogare al cospetto di simili ipotesi criminose, alla luce del principio di colpevolezza, proporzionalità e ragionevolezza.

Per ragioni di spazio, il lavoro si occuperà soltanto dei crimini d'odio motivati da un pregiudizio legato al genere, senza pronunciarsi sulla diversa tematica dei discorsi d'odio (c.d. *hate speech*). Questi ultimi, come già accennato, involgono problematiche relative alla criminalizzazione di condotte, quali la propaganda o incitamento all'odio, che costituiscono in linea di principio forme di manifestazione del pensiero. Da questo punto di vista, il nostro compito risulta all'apparenza meno complesso, limitando il campo di studio a condotte che, pur realizzate per motivi riconducibili a pregiudizi culturali dell'agente, integrano già di per sé un reato<sup>24</sup>.

### 3. Premessa: la non opportunità di una fattispecie autonoma

Suonano convincenti, dicevamo, le argomentazioni contrarie all'introduzione di una fattispecie autonoma specificamente dedicata all'uccisione della donna, dell'omosessuale o della persona transessuale "in quanto tale".

Una prima argomentazione attiene alla necessità di salvaguardare l'impianto *gender neutral* ereditato dal diritto penale classico. Come noto, in ossequio ai principi di uguaglianza formale ed *extrema ratio*, il diritto penale di epoca liberale si è mostrato indifferente alle caratteristiche della vittima e dall'autore – *in primis* quelle inerenti al sesso – che non incidano su qualità e quantità dell'offesa: le fat-

<sup>23</sup> Simile traiettoria d'indagine è stata valorizzata nella recente opera monografica di A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., *passim*.

<sup>24</sup> In questi termini, L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 202 ss.; P. CAROLI, *La giurisprudenza penale italiana*, cit., 94; R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604 bis*, in *Sist. Pen.*, 12 luglio 2021; A. PERIN, *Giustizia egualitaria*, cit., 20; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 156, la quale evidenzia la stretta correlazione tra *hate speech* ed *hate crimes* nel senso che il primo sarebbe prodromico e funzionale alla commissione di crimini di odio.

tispecie devono in linea di principio applicarsi, allo stesso modo, nei confronti di “*chiunque*” versi nella situazione descritta dalla fattispecie legale<sup>25</sup>. Tra l’altro, un diritto penale differenziato per “*tipo di vittima*” ingenera non poche difficoltà circa l’esatta individuazione del destinatario della tutela rafforzata. Invero, a fronte dell’esplicita valorizzazione della “donna” operata dal disegno di legge dedicato al femminicidio, ci si è criticamente chiesti quale sia il soggetto che la legge intende tutelare: deve trattarsi, cioè, di una donna di sesso biologico femminile oppure è possibile includere anche chi si identifica nella donna sul piano del genere?<sup>26</sup>

In senso contrario potrebbe osservarsi che la “purezza” dell’impianto *gender neutral* sia da tempo messa in discussione, considerando passate disposizioni (come l’omicidio “per causa d’onore” di cui all’art. 587 c.c.) che rendevano la donna oggetto di un trattamento penale diversificato e peggiorativo; e più recenti fattispecie volte a conferire esplicita rilevanza al genere, o meglio “sesso”, della vittima, quale il delitto di mutilazioni genitali femminili previsto all’art. 583 *bis* c.p. Tali rilievi, però, non sembrano cogliere nel segno. Da un lato, l’impianto discriminatorio, ereditato dal codice di impronta fascista, appare superato dall’azione congiunta del legislatore e della Corte Costituzionale<sup>27</sup>; dall’altro, il richiamo all’art. 583 *bis* c.p. è poco calzante rispetto ad una discussione in merito alla violenza di genere. L’art. 583 *bis* c.p. è stato introdotto dal legislatore per disciplinare quei fenomeni, diffusi soprattutto in alcune culture africane, di modificazione o aggressione degli organi genitali femminili (MGF). A tali pratiche si ricorre per molteplici finalità: preservare la verginità e la fedeltà della donna, perfezionare la femminilità (secondo alcune credenze, infatti, una donna “non escissa” non sarebbe fertile), sancire l’appartenenza alla comunità<sup>28</sup>. Se è pur vero che

<sup>25</sup> Come noto, da un iniziale ruolo di “marginalità”, la vittima ha assunto, anche su impulso del diritto eurounitario, una crescente centralità nel sistema della giustizia penale. Senza poter ripercorrere le tappe di questa evoluzione, rimandiamo alle indagini di V. DEL TUFO, *Profili critici e vittima-donnatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss.; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4, 1761 ss.; AA.VV., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino, 2004.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, cit., spec. 135 ss.

<sup>26</sup> R. DE PAOLIS, *Le asimmetrie nelle asimmetrie*, cit., 146.

<sup>27</sup> Per un’evoluzione storica v. A. SPENA, voce *Famiglia e diritto penale (evoluzione)*, cit., 488 ss.; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Milano, 2011, 667 ss.; A. VALLINI, *Il diritto penale alla prova di “vecchi” e “nuovi” paradigmi familiari*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 283 ss.

<sup>28</sup> *Ex multis*, F. BASILE, *Commento all’art. 583 bis*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, vol. III, Milano, 2011, 5328 ss. ID., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. Pen. Proc.*, fasc. 6, 2006, 679 ss.; O. DI GIOVINE, *Multiculturalismo e violenza contro le donne*, cit., 136 ss. e E. GRANDE, *Hegemonic Human*

tali consuetudini rappresentino uno strumento di controllo esterno da parte della società sulla donna, esse non sono precipuamente espressive di quel rapporto di supremazia maschile tipico delle società patriarcali. La loro persistenza si spiega soprattutto per il valore fondante della tradizione, come dimostra la circostanza che vengano regolarmente eseguite e sostenute da donne della comunità<sup>29</sup>. Come si è provocatoriamente osservato, le MGF sarebbero praticate anche se i sistemi africani fossero autenticamente “matriarcali”<sup>30</sup>.

Peraltro, il richiamo operato dall’art. 583 *bis* c.p. al solo sesso femminile, e non anche a quello maschile, non tradisce l’impianto *gender neutral* del diritto penale, ma si impone alla luce di quella diversa considerazione che, soprattutto in ambito medico, le MGF hanno ricevuto rispetto alle mutilazioni genitali maschili. Sin dagli anni Cinquanta, l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha condannato le MGF sia perché dirette a menomare le funzioni sessuali delle donne, sia perché praticate su bambine e in contesti igienico-sanitari inadeguati, dando luogo a conseguenze gravi immediate (emorragie e infezioni) e a lungo termine (vaginitismo, difficoltà di consumare il rapporto sessuale, formazione di cisti e calcoli)<sup>31</sup>. Diversamente, seguendo i pareri dell’OMS, le mutilazioni genitali maschili (come ad esempio la circoncisione), pur non essendo prive di criticità (anch’esse, se praticate in ambienti sanitari inappropriati, producono conseguenze dannose sulla salute dei soggetti di sesso maschile)<sup>32</sup>, sono generalmente considerate rimedi terapeutici e preventivi adeguati rispetto a determinate patologie, ad esempio per ridurre il rischio di contagio da HIV negli uomini eterosessuali<sup>33</sup>.

Più controversa è stata, invece, la scelta di punire le MGF mediante una fattispecie *ad hoc*, atteso che le medesime potevano essere ricondotte alla disciplina prevista per i reati di lesioni personali *ex art.* 582-583 c.p. Mentre una parte della dottrina ha evidenziato il valore meramente simbolico della norma<sup>34</sup>, a parere di

*Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective*, in *Global Jurist Frontiers*, 2004, 1.

<sup>29</sup> G. LA MONACA-F. AUSANIA-G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili. Aspetti socio-antropologici, giuridici e medico legali e contributo casistico*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2004, fasc. 3-4, 648.

<sup>30</sup> E. GRANDE, *Hegemonic Human Rights*, cit., 17.

<sup>31</sup> Come è stato dichiarato in più documenti internazionali (per la cui analisi rimandiamo, *ex multis*, G. LA MONACA-F. AUSANIA-G. SCASSELLATI SFORZOLINI, *Le mutilazioni genitali femminili*, cit., 654 ss.), le MGF costituiscono «grave violazione dei diritti delle donne e delle bambine».

<sup>32</sup> Così evidenzia E. GRANDE, *Hegemonic Human Rights*, cit., 17.

<sup>33</sup> *New data on Male circumcision and HIV prevention: policy and programme implication*, WHO and UNAIDS, 2007; *Preventing HIV through safe voluntary medical male circumcision for adolescent boys and men in generalized HIV epidemics: recommendations and key considerations*, WHO, 2020.

<sup>34</sup> *Ex multis*, F. PALAZZO, *Considerazioni conclusive*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERANARDI, Milano, Giuffrè, 2006, 191; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e*

altre voci le fattispecie di lesioni risultano inconferenti rispetto allo specifico disvalore connesso alle MGF, le quali, oltre a ledere l'integrità psico-fisica di donne e bambine, frustrano in maniera permanente la loro libertà sessuale<sup>35</sup>. Al di là delle soluzioni prospettate in dottrina, la scelta del legislatore è stata senz'altro dettata dall'esigenza di evitare che tali condotte fossero punite con pene eccessivamente blande, posto che le fattispecie (circostanziali) di lesioni gravi o gravissime possono essere bilanciate, *ex art.* 69 c.p., con circostanze attenuanti. Inoltre, la creazione di un'apposita disposizione avrebbe reso più evidente il disvalore del fatto, agevolando la denuncia da parte dei servizi sanitari e scolastici<sup>36</sup>.

Tornando, dunque, alla necessità di un impianto *gender neutral* merita evidenziare come le tendenze di politica criminale più recenti, intese a contrastare la "violenza domestica", abbiano assunto un atteggiamento di indifferenza tanto nei confronti del soggetto attivo quanto verso il soggetto passivo del reato. Difatti, le circostanze aggravanti incentrate sulla relazione *famigliare-affettiva*, così come le fattispecie autonome di cui agli artt. 583 *quinquies* c.p., 612 *ter* c.p. e 612 *bis* c.p. omettono qualsiasi riferimento al genere del soggetto attivo e passivo del reato. Così, sebbene emanate per reprimere fenomeni generalmente rivolti contro le donne, esse ben possono trovare applicazione nelle (più eccezionali) ipotesi di aggressioni realizzate dalla donna nei confronti del partner o *ex partner* di sesso maschile, nonché nei casi in cui è coinvolta una coppia omosessuale. Ciò che conta, insomma, è che tra l'autore e vittima vi sia stato un rapporto familiare-affettivo, a nulla rilevando, altresì, l'orientamento sessuale o l'identità di genere dei soggetti (un tempo) uniti dalla relazione. Da questa prospettiva, anziché «dare un corpo sessuato» ai protagonisti della vicenda giuridica<sup>37</sup>, risulta di gran lunga preferibile salvaguardare l'impianto "neutro" del diritto penale: l'unico a veicolare una reale parità di trattamento, assimilando le coppie omosessuali alle più "tradizionali" coppie eterosessuali<sup>38</sup>.

*multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in *Legalità penale e crisi del diritto oggi*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, N. Pugiotto, Milano, 2008, 193 ss.

<sup>35</sup> C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, fasc. 2, 861.

<sup>36</sup> F. BASILE, *La nuova incriminazione*, cit., 684.

<sup>37</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sist. Pen.*, 2025, fasc. 5, 22.

<sup>38</sup> Per alcuni spunti in questa direzione A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., 450. Recentemente, G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra Realpolitik e principi costituzionali*, in *Sist. Pen.*, 2 giugno 2025, par. 2, secondo cui il disegno di legge in materia di femminicidio introduce un'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'uccisione realizzata da un uomo nei confronti di un altro uomo, nell'ambito di relazioni omosessuali, ovvero da una donna nei confronti di un uomo.

La fattispecie circostanziale si impone anche alla luce di esigenze di coerenza sistematica. Sin dal 1993 la strategia di contrasto ai crimini d'odio è venuta a radicarsi su una fattispecie circostanziale, seppur limitata a fattori discriminatori imperniati su *etnia, razza, religione e nazionalità*. Se dunque adottassimo una fattispecie autonoma per punire il crimine d'odio misogino o omotransfobico andremmo a creare una protezione delle vittime «a geometria variabile», che mal si concilia con le esigenze di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità del sistema sanzionatorio<sup>39</sup>.

In questa direzione si sono del resto mosse le proposte legislative (all'esito mai approvate) che nel corso degli anni hanno cercato di approntare un contrasto penale specifico e rafforzato ai crimini commessi per odio omofobico e transfobico. Esse, infatti, hanno vieppiù oscillato, al pari delle proposte dottrinali, tra la creazione di nuove circostanze "comuni", da un lato, e l'estensione dell'art. 604 *ter* c.p., dall'altro<sup>40</sup>. L'ultimo tentativo è rappresentato dal Disegno di Legge firmato dal deputato Zan, il quale promuoveva un'estensione degli artt. 604 *bis* c.p. 604 *ter* c.p. alle discriminazioni incentrate sul sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità<sup>41</sup>.

Soffermandoci più approfonditamente sull'ipotesi di femminicidio, ad oggi al centro del dibattito parlamentare e accademico, deve anzitutto osservarsi come i numerosi documenti internazionali emanati a tutela del genere femminile non pongono in capo gli stati un obbligo di adottare una fattispecie *ad hoc*, precipuamente volta a tipizzare l'uccisione di una donna "in quanto donna"<sup>42</sup>. Inoltre, alle (pur vero minoritarie) voci che evidenziano la drammaticità dei fenomeni in questione, tale da alimentare «un'esigenza di giustizia»<sup>43</sup>, può agilmente obiettarsi come un reato di femminicidio "già ci sarebbe", essendo sufficiente applicare le fattispecie incentrate sull'aggravante della relazione "famigliare-affettiva"<sup>44</sup>. Si noti, inoltre, che in caso di omicidio, l'aggravante in questione conduce a irrogare la

<sup>39</sup> Evidenzia questo aspetto, con particolare riferimento all'ipotesi di femminicidio, V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, in *Sist. Pen.*, 12 giugno 2025, 12. L'aspetto di maggior coerenza sistematica della fattispecie circostanziale è altresì evidenziato da A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, in *Sist. Pen.*, 25 giugno 2025.

<sup>40</sup> Senza poter ripercorrere le proposte susseguitesi in materia, rimandiamo all'evoluzione tracciata da L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 509 ss., E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 30.

<sup>41</sup> Per un commento rimandiamo alle opere citate in precedenza, spec. nt. 12.

<sup>42</sup> Lo evidenzia, da ultimo, R. DE PAOLIS, *Le asimmetrie nelle asimmetrie*, cit., 129.

<sup>43</sup> F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, cit., par. 4; C. PECORELLA, *Perché può essere utile*, cit., par. 5; P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste*, cit., 22.

<sup>44</sup> M. DONINI, *Perché introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, in *Sist. Pen.*, 18 marzo 2025. Evidenzia il carattere meramente simbolico della riforma G. FIANDACA, *Il foglio*, 13 marzo 2025.

pena dell'ergastolo, analogamente a quanto previsto dal disegno di legge approvato al Senato.

Peraltro, anche considerando il fenomeno del femminicidio nella sua globalità, (includendo, dunque, ipotesi di femminicidi non intimi), l'uccisione di una donna "in quanto donna" (*rectius* l'uccisione di una donna nel contesto di relazioni diseguali tra uomini e donne)<sup>45</sup> concerne una realtà criminologica alquanto variegata, comprensiva di tutte quelle pratiche violente esercitate da un soggetto di sesso maschile in danno di una donna, accomunate soltanto dall'intento di denigrare e umiliare la sua condizione. Una simile eterogeneità rende difficile cristallizzare il fenomeno in una fattispecie penale che rispetti i requisiti di determinatezza e tassatività<sup>46</sup>. Non è un caso, dunque, che in alcuni stati in cui è stata introdotta un'ipotesi specifica di "femminicidio", denominata anche "femicidio" (principalmente quelli latino americani, tra cui Brasile, Cile, Costa Rica, Honduras, Perù), il legislatore abbia poi sentito l'esigenza di stilare un catalogo di condotte ricorrendo le quali detto crimine può dirsi integrato<sup>47</sup>.

Ulteriori critiche possono essere mosse a quelle ricostruzioni che hanno apprezzato la legge su un piano squisitamente simbolico. Pur nella consapevolezza che i femminicidi non diminuiranno dando loro un nome apposito, si scrive, essi almeno affioreranno nella loro specificità nel linguaggio, nelle argomentazioni e nel dispositivo di una sentenza, dimostrando di "esistere" come tali in ragione della loro specificità, a beneficio di una auspicata evoluzione della coscienza culturale sociale del Paese<sup>48</sup>. Sennonché, anche a prescindere da un rifiuto di principio della funzione simbolica quale criterio di legittimazione dell'intervento penale<sup>49</sup>, tale obiettivo potrebbe essere parimenti raggiunto attraverso la previsione di

<sup>45</sup> Per un'evoluzione del concetto di femminicidio J. STREUER, *De qué hablamos cuando hablamos de femicidio? Una aproximación*, in *Revista Electrónica de Criminología*, 8 giugno 2024, 1 ss.

<sup>46</sup> A. MERLI, *Violenza di genere*, cit., 459; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica*, 9; R. DE PAOLIS, *Le asimmetrie nelle asimmetrie*, cit., 129 s.

<sup>47</sup> Ci riferiamo alla legislazione del Guatemala, ove la *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer* ha stilato un catalogo di otto condotte integranti l'ipotesi di "femicidio". A parere di A. MERLI, *Violenza di genere*, cit., 457, dalla legge emerge la volontà del legislatore di tipizzare una serie di contesti specifici «che si suppongono legati a una motivazione di genere, la cui esistenza, ai fini della configurabilità della fattispecie, deve ritenersi presunta, nel senso che non occorre la prova della sua esistenza concreta». A parere di M. DONINI, *Perché introdurre un reato di femminicidio*, cit., nei paesi latino-americani, contrassegnati da gravissimi e diffusi episodi di violenza perpetrati nei confronti di migliaia di donne, l'utilizzo di una fattispecie autonoma è servito per contrastare una situazione di intollerabile compressione di diritti umani.

<sup>48</sup> P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste*, cit., 32.

<sup>49</sup> Critica, in particolare, l'aspetto simbolico della riforma R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?*, in *Sist. Pen.*, 15 luglio 2025, 1 ss. In precedenza, anche L. GOISIS, *Genere e diritto penale*, cit., 20, ha evidenziato il carattere meramente simbolico di una fattispecie "ad hoc" incentrata sul femminicidio.

una fattispecie aggravante, all'uopo denominata "*femminicidio*". In altri termini, anziché disciplinare in maniera unitaria il fenomeno dei *gender hate crimes*, e più in generale quello dei crimini d'odio (prospettiva privilegiata nel presente studio), l'uccisione di una donna "in quanto donna" potrebbe ricevere maggiore visibilità mediante la tipizzazione di un'apposita fattispecie circostanziale, eventualmente sottratta al regime di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. Una simile soluzione, oltre a favorire l'auspicata funzione simbolica e promozionale, eviterebbe quegli squilibri sistematici derivanti dall'introduzione di una fattispecie autonoma.

#### 4. *Come punire i gender hate crimes mediante fattispecie circostanziali: l'alternativa tra motivo e finalità*

Esclusa l'ipotesi di una fattispecie autonoma, occorre volgere lo sguardo verso quelle proposte che intendono colmare l'assenza del "*motivo di genere*" attraverso l'introduzione di una specifica fattispecie circostanziale. Nel panorama dottrinale è possibile distinguere tre approcci, come poc'anzi accennato: alcuni Autori valorizzano un'interpretazione "evolutiva" della circostanza di cui all'art. 61 n. 1 c.p. (motivi abietti); altri promuovono la creazione di una nuova fattispecie circostanziale, incentrata sul "*motivo di genere*"; altri ancora sollecitano una riscrittura dell'art. 604 *ter* c.p. (ad oggi limitato alle «*finalità di discriminazione e di odio etnico, nazionale, razziale o religioso*») in modo tale da accogliere i fattori discriminatori oggetto del presente studio.

Da un punto di vista squisitamente topografico, lo si anticipa, quest'ultima soluzione appare maggiormente persuasiva, in quanto valorizza la norma elaborata dal legislatore, più di tre decenni or sono, per disciplinare il fenomeno degli *hate crimes*. Essa risulta, dunque, preferibile rispetto a quelle soluzioni che, promuovendo la creazione di una nuova fattispecie comune, recano il rischio di "frammentare" la categoria dei crimini d'odio. Difatti, mentre i fattori discriminatori di "prima generazione" continuerebbero ad essere disciplinati dall'art. 604 *ter* c.p., i fattori discriminatori di "seconda generazione" troverebbero considerazione nel lungo catalogo di circostanze stilato dall'art. 61 c.p. Neppure convincente appare la tesi che intende servirsi della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 1 c.p., in quanto quest'ultima, come vedremo a breve, non è idonea, in ragione dei suoi contenuti e della sua finalità, ad accogliere le fattispecie criminose incentrate su motivi di odio e discriminazione.

Le proposte che sollecitano l'introduzione di un'aggravante comune sono comunque molto stimolanti, nella misura in cui impongono di confrontarsi con la natura giuridica della circostanza discriminatoria, a prescindere dal fattore discriminatorio considerato, e dall'inquadramento normativo che a quella circo-

stanza si voglia riservare. Invero, nel fare leva sulla creazione di una fattispecie incentrata sui “*motivi di genere*”, pressoché affine a quella prevista per i “*motivi abietti*”, inducono ad interrogarsi se l’aggravante in questione possa davvero qualificarsi come “*motivo*”, o non costituisca, piuttosto, una “*finalità*”. Questa prospettiva di indagine merita di essere percorsa, giacché tale oscillazione da tempo adombra, altresì, l’interpretazione dell’art. 604 *ter* c.p., per cui la «finalità di discriminazione o di odio» etnico, nazionale, razziale e religioso è talvolta interpretata come autentica “*finalità*” e talaltra come “*motivo/movente*”<sup>50</sup>. L’analisi del “*motivo di genere*” consentirà, insomma, di riflettere sull’intera categoria dei crimini d’odio, nell’ottica di avanzare una disciplina uniforme e unitaria.

Entrando nel merito della distinzione, una celebre opera monografica ha approfondito le differenze intercorrenti tra i motivi, da un lato, e le finalità, dall’altro. Il motivo rappresenta una componente “psico-dinamica”, concernente «*il quid, la causa psichica, lo stimolo*» che ha indotto il soggetto ad agire; la finalità, invece, è qualcosa di più “statico” dal punto di vista psicologico, sebbene destinato a informare le modalità di realizzazione del fatto ed i suoi esiti, identificabile nella «*rappresentazione*» di un *risultato* che il soggetto ambisce concretamente a perseguire. Detto diversamente, mentre il motivo stigmatizza un *atteggiamento psicologico dell’agente*, la finalità richiede un *nesso teleologico esteriorizzato tra condotta e atti o risultati offensivi ulteriori*<sup>51</sup>.

Alla luce di simile distinzione – posto che il crimine d’odio possiede un contenuto offensivo già indiscutibilmente espresso dalla fattispecie base – ecco nitidamente stagliarsi l’interrogativo cui cercheremo di dare risposta; e, cioè, se il supplemento di carico sanzionatorio correlato all’orientamento discriminatorio esprima una maggiore biasimevolezza dei processi di elaborazione della scelta criminosa, oppure sia espressivo di un’oggettiva incrementata offensività, insita nell’obiettivo che la condotta persegue a danno della vittima e/o della categoria “prese di mira”. Il quesito prospettato non ha una valenza puramente speculativa, ma sollecita, e orienta la risposta a, un ulteriore interrogativo circa l’entità della sanzione che il legislatore è legittimato ad irrogare dinanzi a tali ipotesi criminose, alla luce del canone di colpevolezza e razionalità punitiva. E del resto, questa prospettiva ci è nuovamente suggerita dal dialettico confronto tra le tesi emergenti nel panorama dottrinale, che molto divergono quanto a ricadute san-

<sup>50</sup> I divergenti orientamenti giurisprudenziali sono messi in luce da L. FERLA, *L’applicazione della finalità di discriminazione razziale*, cit., 1449 ss.; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 44; S. PRANDI, *L’uguaglianza violata*, cit., 238; A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 226.

<sup>51</sup> Fondamentale l’opera di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 6 ss. Recentemente sul tema A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., *passim*.

zionatorie. L'aggravante di cui all'art. 604 *ter* c.p., privilegiata da alcune tesi quale "luogo sistematico" elettivo per l'inquadramento del motivo discriminatorio legato al genere, rappresenta, infatti, una circostanza aggravante ad effetto speciale, per giunta sottoposta ad un peculiare meccanismo di blindatura (più dettagliatamente *infra*, par. 6); diversamente, una circostanza "comune" – sia essa identificata, a seconda delle impostazioni, nell'art. 61 n. 1 c.p. ovvero in altra di nuova formulazione – assume "efficacia generale" (comportando un incremento della pena fino ad un terzo) ed è tendenzialmente soggetta al regime di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.

#### 4.1. La lettura che qualifica la "finalità di discriminazione e di odio" come finalità idoneità offensiva

Le proposte inclini a qualificare il "motivo di genere" nei termini di un'autentica *finalità* pongono in debito risalto il dato per cui gli *hate crimes* lederebbero il bene giuridico della *pari dignità*. Tale tesi mutua le riflessioni che hanno già interessato la genesi degli art. 604 *bis* c.p. e 604 *ter* c.p., confluiti, come già visto, nel tessuto codicistico a seguito dell'attuazione della c.d. "riserva di codice" (d.lgs. 6 aprile 2018 n. 21)<sup>52</sup>. Secondo l'indirizzo tradizionale, gli atti criminosi realizzati per motivi di discriminazione e odio sarebbero, appunto, *finalisticamente orientati* a «la più totale negazione della personalità dell'uomo come valore in sé»<sup>53</sup>, implicando ed esplicitando, perciò, un atteggiamento di radicale contrapposizione ai principi di eguale rispetto e riconoscimento dovuti agli individui come tali, a prescindere dalle proprie origini, dalla propria religione da ogni altra condizione personale e sociale<sup>54</sup>. Con riferimento all'oggetto del nostro studio, l'essere don-

<sup>52</sup> Come si evince dall'evoluzione storica tracciata, *ex multis*, da S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit., 76 ss., L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 93 ss., A. GALLUCCIO, *La parola pericolosa*, cit., 105 ss. in passato il bene giuridico tutelato dagli *hate crimes* era identificato nella salvaguardia dell'ordine pubblico e della pace sociale. Tale visione è stata nel tempo superata dalla dottrina, la quale ha evidenziato come l'ordine pubblico fosse, da un lato, difficilmente definibile e, dall'altro, incapace di afferrare la sostanza del fenomeno criminoso, identificata nella negazione dell'identità della persona. Alcuni Autori ancora oggi valorizzano l'ordine pubblico e la pace sociale, propugnando la natura plurioffensiva delle fattispecie. V. in proposito, G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, 1333.

<sup>53</sup> G. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 conv. Con modifiche dalla l. n. 205/1993*, in *Leg. Pen.*, 1994, fasc. 2, 179.

<sup>54</sup> In tema, v. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale*, a cura di S. Riondato, Padova, 2006, 117; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 66; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto*

na, così come essere omosessuali o *transgender*, non sono elementi neutrali rispetto al reato, bensì rappresentano quelle caratteristiche che il reo vuole conculcare, animato come è da sentimenti di disprezzo, odio e riluttanza<sup>55</sup>. Nelle elaborazioni più recenti, il bene giuridico della dignità ha ricevuto una più nitida caratterizzazione combinandosi con il principio di eguaglianza espresso all'art. 3 Cost. Ne è così derivato un inedito bene giuridico, quello della "*pari dignità*", che si lascia apprezzare per la portata maggiormente selettiva. Esso, si scrive, esprime limpidamente l'idea di cosa non sia dignitoso, e cioè un trattamento vessatorio diseguale, riservato al soggetto in ragione di caratteristiche attinenti alla sua identità<sup>56</sup>.

Diversi Autori che aderiscono a questa impostazione pongono altresì in evidenza l'efficacia riflessa che (i discorsi e) i crimini d'odio riversano nei confronti del gruppo cui la vittima appartiene. Si è scritto, in proposito, che la commissione del crimine d'odio ingenera un diffuso sentimento di paura e ansia nei soggetti portatori della caratteristica presa di mira, i quali si percepiscono vulnerabili e maggiormente esposti alle altrui azioni violente<sup>57</sup>.

Delineata la rilevanza del bene giuridico in gioco, occorre chiedersi come debba estrinsecarsi un'offesa percepibile alla pari dignità, e come essa deriverebbe dalla "finalizzazione" discriminatoria. Sul punto, lo si anticipa, non vi è uniformità di vedute. Secondo una prima ricostruzione è necessario che la condotta risulti oggettivamente idonea a diffondere un clima di odio e ostilità verso la vittima stessa o la categoria cui appartiene<sup>58</sup>. A questa interpretazione si è uniformata una parte della giurisprudenza che riconosce la circostanza di cui all'art. 604 *ter* c.p. solo se l'azione criminosa sia in grado di suscitare in altri un analogo sentimento di odio e dar luogo, in futuro o nell'immediato, al «concreto pericolo di

penale. *La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 gennaio 2014, 35 ss.; L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018.

<sup>55</sup> E. PESCE, *Omofobia e diritto penale*, cit., 4.

<sup>56</sup> A. GALLUCCIO, *La parola pericolosa*, cit., 349; M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., 1020; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 275; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit., 78; A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazione di genere*, cit., 41. Rimandiamo anche alle osservazioni di A. PERIN, *Giustizia egualitaria e cultura della colpevolezza: la sanzione del «motivo di genere» nel diritto penale cileno*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2022, fasc. 3, 25, il quale valorizza l'art. 3 Cost. non solo come principio solidaristico "criminalizzante", ma anche come canone di "ragionevolezza", in grado di condurre il potere punitivo verso una parziale depenalizzazione.

<sup>57</sup> L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 152.

<sup>58</sup> Come sottolineato in passato da A. SPENA, *La parola(-) odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in questa *Rivista*, 2006, 595. L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 547 s. Il nesso "finalistico" risulta essenziale nell'indagine di A. VALLINI, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, fasc. 1, 46, per cui la fattispecie di propaganda di cui all'art. 604 *bis* c.p. può assumere una valenza criminosa solo se risulti idonea ad un'istituzionalizzazione dell'avversione razzista.

*comportamenti discriminatori»*<sup>59</sup>. Tale visione è stata contrastata da una recente proposta dottrinale, secondo cui la dignità, oggetto di tutela, dovrebbe essere valorizzata alla luce dell'*autonomia e autodeterminazione* individuale, a prescindere da proiezioni più late o collettive del disvalore d'azione o d'evento, e anche da considerazioni circa la vulnerabilità della vittima o della tipologia di vittime. Invero, nella misura in cui il crimine d'odio attenta alle condizioni che devono essere a tutti i consociati parimenti riconosciute per poter esplicitare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali, la stigmatizzazione penale dell'orientamento discriminatorio promuoverebbe l'autodeterminazione individuale e il riconoscimento del singolo sul piano sociale. Avvalorando questa prospettiva, il disvalore penalmente significativo verrebbe ad annidarsi in una «*forma di coercizione arbitraria*» riferibile ad una *caratteristica personale* della singola vittima<sup>60</sup>.

Accedendo a tale tesi, il più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 604 *ter* c.p. (circostanza, quest'ultima, ad effetto speciale) trae giustificazione dall'oggettiva, speciale offensività dell'azione finalizzata, e idonea a, ledere il bene giuridico della pari-dignità (ancorché questa valutazione, come appena visto, non sia unanimemente intesa). Coloro che valorizzano nell'art. 604 *ter* c.p. un disvalore obiettivo, ultroneo rispetto a quello previsto dalla fattispecie-base, e determinato dall'orientamento della condotta, risultano inclini ad estendere la medesima disposizione ai fattori discriminatori incentrati sul "*genere, orientamento sessuale e sull'identità di genere*". Anche in questo caso, si precisa, l'elemento discriminatorio deve esprimere, oltre alla consapevolezza di offendere il bene giuridico del reato base, anche una proiezione volontaristica effettiva contro la pari dignità<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Cass. Pen., Sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862 ; Cass. pen., Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 307, Ced 28014601.

<sup>60</sup> A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 289 ss. L'Autore valorizza, in questo senso, la posizione di M. PELISSERO, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in *Diritto e persone LGBTQI+*, a cura di M. Pelissero, A. Vercellone, 2022, 251.

<sup>61</sup> Simile prospettiva limpidamente emerge nella recente opera di A. PERIN, *Motivi aggravanti*, cit. 218 ss. Dopo aver rifiutato una lettura "*personalistica*" del motivo, poiché in radicale contrasto con la Costituzione, l'Autore salvaguardia la legittimità costituzionale dell'art. 604 *ter* c.p. interpretando la disposizione alla stregua di un'autentica «finalità», nei termini appena evidenziati. Valorizza una lettura del motivo di odio nei termini di "finalità" anche L. D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*, cit., 38. Alcuni Autori, pur non qualificando espressamente l'aggravante di cui all'art. 604 *ter* c.p. nei termini di una "finalità" sollecitano l'estensione dell'art. 604 *ter* c.p. ai *gender hate crimes* valorizzando il bene giuridico della pari dignità. Si veda, in particolare, L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 525; M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, cit. 13; A. COSTANTINI, *Diritto penale e discriminazione di genere*, cit., 42.

#### 4.2. La lettura che qualifica la “finalità di discriminazione e di odio” come motivo biasimevole

Secondo una diversa impostazione dottrinale e giurisprudenziale, l'atto di discriminazione e di odio merita di essere inquadrato nei termini di un motivo/movente. Sono specialmente le proiezioni offensive discendenti dalla supposta “finalità” ad apparire poco plausibili, e a suggerire quindi letture focalizzate, semmai, sui processi motivazionali. In primo luogo, alcuni Autori criticano lo stesso bene giuridico della pari dignità, stigmatizzandone il carattere vago ed eccessivamente «impalpabile», come tale in grado di evocare innumerevoli contenuti<sup>62</sup>. La sua connotazione «etico-emozionale», si osserva, non consentirebbe di definire quando e come risulterebbe offesa un'entità astratta quale la “dignità”<sup>63</sup>. Inoltre, viene messa in discussione l'efficacia riflessa che i crimini d'odio riverserebbero nei confronti del gruppo cui la vittima appartiene. Mancherebbero, infatti, evidenze scientifiche in grado di dimostrare il pregiudizio “sociale” subito dagli appartenenti del gruppo, sicché tale argomento, per quanto suggestivamente evocato, rimarrebbe nei fatti indimostrato<sup>64</sup>.

La valorizzazione dell'atto discriminatorio nei termini di un motivo/movente ha dato peraltro adito a diverse ricostruzioni: alcune agiscono su un piano *de jure condito* altre, invece, su un piano *de jure condendo*. Le prime muovono dal presupposto che la valorizzazione di motivi che hanno spinto il soggetto ad agire rischierebbe di incentrare l'intervento punitivo sul mero atteggiamento interiore, sacrificando istanze di materialità e offensività<sup>65</sup>. In questo senso, piuttosto che inserire nuove figure circostanziali (o estendere quelle esistenti) incentrate ap-

<sup>62</sup> Per alcune critiche G. GOMETZ, *L'odio proibito. La repressione giuridica dello hate speech, in Stato, Chiese, e pluralismo confessionale*, 2017, fasc. 32, 30 s.; A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2011, fasc. 11, 885 ss. Sul punto, v. *infra*, par. 3.

<sup>63</sup> G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, cit., 9. In senso affine, M. RONCO, *Legge contro l'omofobia è una violazione delle libertà*, in <https://alleanzaccattolica.org/legge-contro-lomofobia-violazione-della-liberta/>, par. 4.

<sup>64</sup> G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, fasc. 2, 287 ss. L'Autore discute le tesi della c.d. *Critical Race Theory* (CRT), un movimento giuridico che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha riletto il fattore dell'appartenenza razziale quale costruzione sociale (e non biologica), funzionale a istituire e radicare rigide gerarchie sociali. La CRT ha sviluppato forti critiche al diritto “cieco al colore” (*color blindness*) interessandosi soprattutto dei profili attinenti alla libertà di espressione. Nel campo delle discriminazioni di genere è invalso lo speculare termine “*gender blindness*”, definito dall'*European Institute for Gender Equity*, come la difficoltà di riconoscere il ruolo e le responsabilità delle donne e degli uomini attribuiti o imposto in base a specifici contesti sociali, culturali, economici e politici.

<sup>65</sup> L. EUSEBI, *Colant omnes quemque. Tornare all'essenziale dopo il Ddl Zan*, in *Jus*, 10 gennaio 2022, 2, nonché G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, cit., 25.

punto su una *Gesinnung* discriminatoria, sarebbe preferibile valorizzare quelle disposizioni già presenti nel tessuto codicistico. Precisamente, si suggerisce di interpretare in maniera costituzionalmente orientata la circostanza aggravante dedicata al motivo *abietto* di cui all' art. 61, n. 1, c.p., ritenendo meritevoli di sdegno e ripugnanza quegli atteggiamenti contrassegnati da pregiudizio e odio nei confronti di un soggetto appartenente ad una minoranza individuata in base all'orientamento sessuale e identità di genere<sup>66</sup>.

Tale tesi trae ulteriore argomento dal fatto che una tutela penale "rafforzata" sia solitamente destinata a soggetti affetti da un'intrinseca incapacità (limitazione congenita o acquisita della capacità di autotutelarsi). Pertanto, l'espressa valorizzazione del motivo omotransfobico connoterebbe in termini di parziale incapacità i soggetti omo e transessuali, arrecando, paradossalmente, un ulteriore *vulnus* alla loro dignità personale<sup>67</sup>. Un argomento non dissimile è stato evocato anche nell'ambito della violenza perpetrata contro il genere femminile, al fine di osteggiare la creazione di misure normative dirette a conferire alla donna una maggiore protezione rispetto all'uomo<sup>68</sup>. Secondo questa prospettiva, un simile approccio perpetuerebbe una visione sessista e patriarcale, confermando la condizione di debolezza e inferiorità della donna rispetto ai soggetti di sesso maschile<sup>69</sup>.

Le ricostruzioni che promuovono una valorizzazione dell'art. 61 n. 1 c.p. sono rimaste, in realtà, minoritarie. Non solo, comprensibilmente, gli Autori che qualificano la finalità di discriminazione e odio come autentica "*finalità*", ma anche coloro che inquadrano la medesima nei termini di un "*movente*", hanno criticato la possibilità di equiparare il motivo discriminatorio al motivo abietto. Difatti, stando all'interpretazione consolidata della giurisprudenza di legittimità, il motivo abietto è quello idoneo a suscitare un sentimento di ripugnanza in una persona di «*media moralità*»<sup>70</sup>. Così, nel subordinare il giudizio di abiezione del motivo al "*comune sentire*", la disposizione rischia di creare dei vuoti di tutela, in quanto gli atteggiamenti sessisti e omotransfobici presenti nella nostra società potrebbero

<sup>66</sup> G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, 46; M. RONCO, *Legge contro l'omofobia*, cit., par. 2; F. PESCE, *Omofobia e diritto penale*, cit., 31. V. anche G. FIANDACA, "*Cosa non va nel d.d.l. Zan*", in *Il Foglio*, contrario all'equiparazione sul piano etico-sociale e normativo di omotransfobia e razzismo.

<sup>67</sup> G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale*, cit., 20. In questa critica si intravede la conseguenza "paradossale" della tutela predisposta in favore di talune categorie di soggetti, nel senso che la medesima rischia di far passare le vittime come individui ingiustamente privilegiati. G. PINO, *Discorso razzista*, cit., 287; A. SPENA, *La parola(-) odio*, cit., 602.

<sup>68</sup> In proposito, A. MANNA, *La donna*, cit., 887 parla di «*garanzie sessuate*».

<sup>69</sup> A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., 459.

<sup>70</sup> Cass. Pen., Sez. I, 11 maggio 2023, n. 44186 in *DeJure*.

non ingenerare nella maggioranza, e dunque nella “media”, dei consociati un sentimento di particolare ignobilità<sup>71</sup>.

Da questa prospettiva si auspica l’inserimento del motivo “di genere” in seno al catalogo delle circostanze aggravanti comuni *ex art. 61 c.p.* Segnatamente, per il motivo misogino è stata proposta una clausola aggravante comune volta a punire reati commessi a «*causa del genere della vittima, o se si preferisce, fondat[a] su discriminazione legate al genere*»<sup>72</sup>; con riferimento alle aggressioni motivate da odio omotransfobico, alcuni Autori hanno proposto una nuova fattispecie circostanziale comune dedicata a “*reati commessi per motivi di omofobia e transfobia*”<sup>73</sup>; altri hanno ritenuto di aggiungere alla locuzione “*motivi abietti e futili*”, di cui all’art. 61, co. 1, c.p., la frase “*motivi fondati sul sesso o sulle tendenze sessuali*”<sup>74</sup>.

Ad ogni modo, alla ricostruzione cui è dedicato questo paragrafo, considerata nelle sue diverse articolazioni, si è uniformata una parte della giurisprudenza che, a prescindere dal fattore discriminatorio considerato, ha prediletto la lettura della finalità discriminatoria nei termini di un motivo/movente. Tale tendenza emerge, in particolare, da due indirizzi giurisprudenziali. Il primo, per supplire alla mancanza di una disposizione volta a colpire più severamente il crimine motivato da un pregiudizio omotransfobico, si è servito della circostanza aggravante di cui all’art. 61, co. 1, c.p., così qualificando il motivo discriminatorio come abietto<sup>75</sup>. Il secondo concerne l’interpretazione dell’art. 604 *ter* c.p. ai casi di discriminazione etnica e razziale: in controtendenza rispetto all’indirizzo precedentemente esposto, la “*finalità di discriminazione e odio*” è stata applicata dalla giurisprudenza a prescindere dalla idoneità della condotta criminosa di diffondere un sentimento d’odio. Ciò che conta, ai fini dell’applicazione della disposizione, non è la percezione della condotta da parte di terze persone, bensì la possibilità di ricavare dal-

<sup>71</sup> Spec. L. D’AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria*, cit., 32; L. GOISIS, *Crimini d’odio*, cit., 524; M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell’intervento penale*, cit., 21. Significativa Cass. pen., Sez. I, 22 aprile 2009, n. 16968 secondo cui non può ritenersi abietto l’omicidio maturato in un contesto omosessuale per ragioni di gelosia.

<sup>72</sup> A. MASSARO, *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *GenIus*, 3 gennaio 2025, 29. L’Autrice pone in risalto il dato del contesto per evitare di soggettivare eccessivamente la fattispecie. Tuttavia, come vedremo a breve, una lettura costituzionalmente orientata impone di riconoscere i requisiti soggettivi solo nella misura in cui essi promanano dalle circostanze del fatto (*infra*, par. 5).

<sup>73</sup> E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 34, per il quale è altresì plausibile la locuzione “*reati commessi in ragione dell’omosessualità o della transessualità della vittima*”.

<sup>74</sup> Così osserva A. DI MARTINO, *Osservazioni sul D.D.L.*, cit., 23 nel commentare il c.d. “D.d.l. Zan”. L’Autore in alternativa promuove la locuzione “*atti riguardanti condizioni od opinioni relative alla sfera della sessualità*”.

<sup>75</sup> Sul punto, P. CAROLI, *La giurisprudenza penale*, cit., 99, cui rinviamo per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

la medesima un «*significato intrinseco di discriminazione o odio (razziale, nazionale, etnico, religioso)*»<sup>76</sup>.

5. *La “finalità di odio e discriminazione” come motivo/movente, alla luce di un’interpretazione costituzionalmente orientata*

Delle diverse ricostruzioni emerse in dottrina e giurisprudenza appare ai nostri occhi maggiormente convincente quella volta a qualificare la finalità di discriminazione (razziale, etnica, nazionale, religioso, di genere) nei termini di un autentico motivo/movente. In primo luogo, la lettura che ravvisa nell’aggravante un *quid pluris* di lesività, da identificarsi nella lesione alla «pari dignità», risulta solo in apparenza conforme ad un diritto penale del fatto; e ciò vale tanto per quelle tesi che ravvisano l’oggettività in un evento ulteriore, identificato nell’idoneità del fatto discriminatorio a provocare un pericolo di comportamenti discriminatori, quanto per quelle ricostruzioni che identificano la medesima in una lesione alla pari dignità, da leggersi alla luce dell’*autonomia e autodeterminazione* individuale (*supra*, par. 4.1.)

La prima ricostruzione pone il problema di delineare il contesto effettivamente idoneo a provocare un pericolo di emulazione. Si dovrebbe forse guardare alla risonanza mediatica che ha ricevuto il fatto (per cui nell’immediato futuro qualche soggetto potrebbe prendere spunto dall’azione criminosa) oppure fare riferimento alle circostanze che hanno connotato l’azione criminosa? Sul punto, la giurisprudenza non risulta affatto chiara, talvolta riconoscendo l’applicazione dell’aggravante nel caso in cui terze persone abbiano assistito all’azione criminosa<sup>77</sup>. Questa valutazione, però, non convince pienamente: in primo luogo, essa propone un accertamento presuntivo, dando ad intendere che i terzi, alla vista del reato, siano immediatamente invasi da un sentimento d’odio tale da tradursi in ulteriori azioni discriminatorie; in secondo luogo, essa conduce ad escludere dalla fase di commisurazione “*extra edittale*” il fattore di discriminazione o odio (magari palesemente estrinsecato, come la scritta di parole ingiuriose sul corpo della vittima) sol perché nessuna persona vi abbia assistito ovvero l’azione non abbia goduto di un sufficiente impatto mediatico<sup>78</sup>. Peraltro, anche qualora riuscis-

<sup>76</sup> Cass. pen., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295; Cass. pen., Sez. V, n. 18 giugno 2015, n. 25756; Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2013, n. 25870, Cass. pen., Sez. V, 19 luglio 2017, n. 49503.

<sup>77</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2024, n. 31850, in *DeJure*.

<sup>78</sup> Da questa prospettiva ben si comprende quell’indirizzo giurisprudenziale che interpreta l’attuale art. 604 *ter c.p.* nei termini di un “*movente*” (*supra*, nt. 81) In tali casi, osserva la Corte, ri-

simo a definire questo aspetto, il giudizio di pericolo verrebbe a fondarsi su una (più fragile) nozione di causalità generale di matrice psicologica e sociologica<sup>79</sup>, con il rischio di addivenire a giudizi non sufficientemente fondati sul piano euristico, rendendo particolarmente fragile il giudizio di offensività<sup>80</sup>.

Non minori criticità emergono da una visione “individualista” della pari dignità, per cui l’oggettività giuridica viene individuata in una «*forma di coercizione arbitraria*» riferibile ad una *caratteristica personale* della vittima<sup>81</sup>. Tale formula, dal carattere indubbiamente suggestivo, presenta, a nostro avviso, alcune criticità. Anzitutto, qualsiasi crimine può rappresentare una “*forma di coercizione arbitraria*”; inoltre, simile impostazione rischia di fondare il disvalore del fatto su un elemento marcatamente soggettivo, di difficile accertamento probatorio, quale la percezione interiore della vittima di aver subito una lesione della propria autodeterminazione. In senso contrario può osservarsi come qualsiasi condotta volta a sottrarre beni giuridici espressi dalla fattispecie base (si pensi, in particolare, alla vita o integrità fisica) rappresenti un atto inequivocabilmente finalizzato a privare la vittima della possibilità di esercitare i suoi diritti, libertà ed esprimere la sua personalità<sup>82</sup>.

Alla luce delle criticità esposte circa la possibilità di trarre dalla “finalizzazione” discriminatoria un disvalore oggettivo aggiuntivo rispetto a quello della fattispecie base, appare preferibile qualificare l’aggravante di cui discutiamo nei termini di un motivo, ravvisando la ragione della maggior punizione nel particolare disvalore soggettivo che connota l’azione criminosa. Del resto, non ci pare che intercorrano significative differenze tra colui che agisce per un motivo abietto e colui che realizza il crimine poiché sollecitato da una ragione di disprezzo e odio legato all’appartenenza della vittima ad un gruppo individuato in base all’etnia, nazionalità, religione, orientamento sessuale, e così via<sup>83</sup>. Beninteso: con tale precisazione non intendiamo aderire a quelle tesi che, *de jure condito*, intendono collocare il “*motivo di odio*” incentrato sul genere in seno al motivo abietto previsto all’art. 61 n. 1 c.p. Come già evidenziato, mentre il motivo abietto concerne valu-

chiedere il pericolo di atti emulativi conduce all’irragionevole conseguenza di escludere l’aggravante in questione in tutti i casi in cui l’azione lesiva si svolga in assenza di terze persone.

<sup>79</sup> Recentemente, in tema di causalità psicologica M. LAMANUZZI, *Causalità e determinatezza nelle interazioni psichiche penalmente rilevanti. Una rilettura del ‘modello Francese’*, Torino, 2024; G. PONTEPRINO, *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, 2024; R. FLOR, *La rilevanza causale delle interazioni psichiche nel diritto penale*, Napoli, 2021.

<sup>80</sup> Evidenza simili criticità A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 284.

<sup>81</sup> A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 291.

<sup>82</sup> Così evidenza, da ultimo, R. DE PAOLIS, *Le asimmetrie nelle asimmetrie*, cit., 129 ss.

<sup>83</sup> P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 108, il quale pone sullo stesso piano un’uccisione motivata da odio razziale e un omicidio commesso per mera avidità.

tazioni percepite dall'interprete come già condivise e rappresentative sul piano morale, il primo riflette un atteggiamento qualificato sul piano etico-sociale dalla contrarietà al principio di eguaglianza<sup>84</sup>. Ciononostante, a fronte di un'oggettività del contenuto offensivo interamente "risolta" dalla fattispecie base, tanto il motivo abietto quanto il motivo discriminatorio forniscono un'indicazione circa l'impulso che ha indotto l'agente alla commissione del crimine<sup>85</sup>.

Non ci pare, inoltre, che la lettura qui proposta, volta a inquadrare la "finalità di odio e discriminazione" nei termini di un maggior disvalore *soggettivo*, possa dirsi in contrasto con lo statuto delle garanzie costituzionali previste in materia penale. Anzitutto, il disvalore del motivo in esame non viene ad incentrarsi su uno mero *status* personale, stigmatizzando una qualità del personale del soggetto (ad es. quella di "misogino" od "omofobo") del tutto estranea al fatto di reato<sup>86</sup>. Piuttosto, esso concerne una componente soggettiva del reato (cioè la colpevolezza), pur sempre imperniato su un fatto offensivo di beni giuridici: l'aggravante sanzionerebbe, invero, una accresciuta rimproverabilità dei motivi che hanno indotto a commettere un comportamento in sé lesivo di beni penalmente tutelati. In proposito, si è evidenziato come l'adesione al diritto penale "del fatto" non possa condurre a tacciare di incostituzionalità tutti quegli elementi che, pur incidendo sul *quantum*, non esprimono una maggiore gravità dell'offesa al bene giuridico in gioco ovvero ledano un diverso bene giuridico<sup>87</sup>.

Peraltro, come insegna un consolidato e autorevole orientamento dottrinale, è sempre possibile praticare una lettura dei "motivi personalistici" (quale il motivo abietto o discriminatorio) conforme al canone di colpevolezza normativa. In primo luogo, essi rappresentano una peculiare declinazione dei "motivi a delinquere", i quali, pur essendo citati nel capoverso dedicato alla "capacità a delinquere" (co. 2 dell'art. 133 c.p.), espressivo della "pericolosità" del reo, sono ritenuti espressivi della colpevolezza del reo. I "motivi", si scrive, colorano il fatto di una maggior o minor colpevolezza, alla luce del contesto e del rapporto fra individuo,

<sup>84</sup> Così evidenzia A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., 78.

<sup>85</sup> In questi termini E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 32 ss. il quale evidenzia, con riferimento al crimine omotransfobico che «ciò che caratterizza i fenomeni da contrastare non riguarda, propriamente, una finalità perseguita dall'agente».

<sup>86</sup> In proposito, v. C. Cost., 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aggravante della "clandestinità" (prevista dall'art. 61 n. 11 *bis* c.p.).

<sup>87</sup> In questi termini, di nuovo, E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale*, cit., 32 ss., secondo cui «nessuno in nome dell'oggettivismo in diritto penale si sognerebbe di contestare la coerenza con il sistema di circostanze comuni come quelle contemplate nell'art. 61 n. 1 e nell'art. 62 n. 1 c.p., l'una e l'altra imperniata sui motivi». In argomento, *ex multis*, C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. Perini, F. Consulich, Giuffrè, Milano, 104.

processo motivazionale e potenziale rispetto delle norme<sup>88</sup>. Pertanto, al fine evitare il rischio di muovere un rimprovero puramente “all’atteggiamento interiore” (anche alla luce dell’art. 59 c.p., che ammette l’imputazione di circostanze aggravanti solo ove esse siano “conosciute o conoscibili”), la maggiore rimproverabilità può altresì collegarsi alla *percepita* biasimevolezza delle ragioni della propria scelta criminosa: un soggetto è tanto più colpevole quanto più sia *consapevole* della stigmatizzazione sociale che colpisce le motivazioni discriminatorie da cui è ispirato, e, ciò nonostante – nonostante, cioè, questo *Anlaß* che ulteriormente incrementa l’esigibilità di una condotta conforme a norme sociali e giuridiche – si determini comunque a commettere il reato<sup>89</sup>. Ovviamente l’aggravante potrà essere riconosciuta solo se le motivazioni non siano rimaste confinate nel “foro interiore” dell’individuo, ma si siano adeguatamente estrinsecate nel contesto in cui ha avuto luogo l’episodio criminoso e nelle dinamiche di realizzazione del fatto: sarà, dunque, necessario appurare se l’azione del reo abbia condotto ad un’autentica svalutazione della dignità del soggetto passivo, in ragione del disprezzo e superiorità razziale, etnica o religiosa (un paradigmatico “caso di scuola” può ad esempio ravvisarsi nella professione di parole ingiuriose contro il soggetto passivo del reato)<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 108. Ancor prima, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 330 ss.; G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 107. È noto il dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha investito il parametro della “capacità a delinquere” ex art. 133, co. 2, c.p. Secondo alcune ricostruzioni esso si proietterebbe nel “passato”, esprimendo l’attitudine del soggetto al fatto commesso; secondo altre elaborazioni, esso si proietterebbe nel “futuro”, rappresentando l’inclinazione del soggetto a commettere nuovi reati. In tema, A. MALINVERNI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 125 ss.; M. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, fasc. 1, 7 ss.; E. MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere per l’applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, fasc. 4, 1342 ss. Significativa è la posizione espressa da quest’ultimo Autore il quale, pur aderendo alla tesi che ravvisa nella capacità a delinquere l’attitudine a commettere nuovi reati precisa «se si prescinde dai motivi a delinquere, di cui al n. 1, tutto il resto [dell’art. 133, co. 2, c.p.] riguarda l’autore e non il fatto commesso *ex se*» (1360 s.). Recentemente, A. PERIN, *Motivi aggravanti*, cit., 216. L’Autore, nel criticare l’impostazione tradizionale, colloca il “motivo moralmente connotato” nella *personalità del reo*. Così ricostruita, suddetta componente rappresenterebbe una quota di disvalore già valutabile alla stregua dell’intensità del dolo (ai sensi dell’art. 133 c.p.), di talché una sua autonoma considerazione rappresenterebbe una violazione del *ne bis in idem*. Simile considerazione, in uno all’esigenza di evitare un diritto penale modellato per “tipo d’autore”, conduce l’Autore a disconoscere la legittimità dell’aggravante assegnata dal codice ai motivi abietti. Per queste ragioni, l’Autore interpreta la discriminazione e l’odio di cui all’art. 604 *ter* c.p. nei termini di una “finalità” (*supra*, par. 4.1).

<sup>89</sup> Così, in particolare, A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, vol. *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, dir. da F. Palazzo e C.E. Paliero, 31.

<sup>90</sup> P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 264, il quale evidenzia come sia fondamentale l’analisi del contesto in cui ha avuto luogo l’azione. Su tale aspetto, con riferimento ai motivi discriminatori L. FERLA, *L’applicazione della finalità di discriminazione razziale*, cit., 1470 ss.

Da ultimo, il disegno di legge in tema di femminicidio sembra convergere verso questa direzione. Difatti, per quanto sia criticabile la scelta di enucleare tale forma di *crimine d'odio (misogino)* in una fattispecie autonoma, il legislatore ha valorizzato il disvalore del reato nell'atteggiamento di *odio, possesso e controllo* provati dall'autore, adeguatamente manifestati nel contesto in cui ha avuto luogo l'azione omicidiaria<sup>91</sup>. Peraltro, anche i primi commentatori della riforma hanno sin da subito operato una lettura "soggettiva" del "motivo misogino", evidenziando come il femminicidio presenti, dal punto di vista oggettivo, un disvalore eguale a quello che connota la soppressione della vita di qualsiasi essere umano<sup>92</sup>. Il *quid pluris* della fattispecie esprime, insomma, un disvalore attinente non alla condotta materiale bensì alla specifica *motivazione soggettiva*<sup>93</sup>.

Infine, la qualificazione della finalità di discriminazione e odio nei termini di un motivo offre un ulteriore argomento, seppur non decisivo, a favore della soluzione normativa volta a tipizzare i crimini d'odio nei termini di una circostanza aggravante: l'opzione per una fattispecie autonoma appare poco opportuna, invero, quando si tratti di inquadrare fattispecie che non modificano il disvalore obiettivo tipico di un reato già esistente, ma solo ne incrementano profili di colpevolezza.

#### 6. Spunti de jure condendo. In particolare, rimodulazione del carico sanzionatorio previsto all'art. 604 ter c.p.

Delineata la natura giuridica dell'aggravante discriminatoria (la quale dovrà necessariamente valere per qualsiasi tipologia di *hate crimes*) occorre tornare alla domanda da cui ha preso le mosse il nostro studio, e cioè l'individuazione del "luogo normativo" più idoneo ad accogliere il "*motivo di genere*". Come già anticipato, dal punto di vista squisitamente topografico, il medesimo merita di essere collocato in seno all'art. 604 ter c.p. Del resto, la costituzione di una Sezione ica-sticamente intitolata "*delitti contro l'eguaglianza*" conferisce alle norme ivi contenute (specificamente gli artt. 604 bis e 604 ter c.p.) un'irresistibile forza attrattiva verso tutte quelle forme di odio e discriminazione iscrivibili nella categoria degli "*hate speech*" ed "*hate crimes*"<sup>94</sup>. In questa direzione, come già prospettato da al-

<sup>91</sup> C. PECORELLA, *Perché può essere utile una fattispecie di femminicidio*, cit., par. 6.

<sup>92</sup> Ancora, C. PECORELLA, *Perché può essere utile una fattispecie di femminicidio*, cit., par. 4.

<sup>93</sup> R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio*, cit., 8; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica*, cit., 8, il quale si interroga sulla possibilità che tale elemento differenziale soggettivo possa rispondere a logiche di tassatività, precisione e provabilità in giudizio.

<sup>94</sup> In questa direzione ci pare convergere anche la più moderna nozione di razzismo elaborata da A. VALLINI, *Criminalizzare l'hate speech*, cit., 38 ss. Sul presupposto che la "razza" non abbia alcuna consistenza biologica o scientifica, l'Autore identifica quest'ultima nell'*«insieme umano, cui*

cuni tentativi di riforma all'esito mai approvati, l'aggravante in parola dovrebbe essere riformulata in modo tale da inserire anche i fattori discriminatori incentrati su «*sexso, orientamento sessuale, genere e identità di genere*». Questa soluzione presenta, oltre al pregio della essenzialità e linearità, anche quello di approntare una disciplina unitaria dei crimini d'odio, tale da assicurare trattamenti sanzionatori omogenei. In questo senso milita non solo il principio di uguaglianza-ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, ma anche le posizioni espresse dai Giudici di Strasburgo, a parere dei quali la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave come quella fondata su razza, origine e colore<sup>95</sup>.

Come anticipato, la rilettura dell'aggravante discriminatoria, precipuamente espressa all'art. 604 *ter c.p.*, nei termini di un "*motivo*" induce l'indagine a rassegnare alcune considerazioni in chiave *de jure condendo* in merito al trattamento sanzionatorio previsto dalla presente disposizione. Quest'ultima rappresenta, come già visto, una circostanza ad effetto speciale, sottoposta a un giudizio di blindatura "parziale". Stridente è dunque il confronto con un'altra fattispecie circostanziale che fonda il maggior carico sanzionatorio sulle motivazioni dell'agente, e cioè l'aggravante di cui all'art. 61 n. 1 c.p., dedicata ai *motivi abietti*<sup>96</sup>, la quale assume efficacia "comune" ed è tendenzialmente soggetta al bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.

Avendo anzitutto riguardo del maggior carico sanzionatorio previsto dall'art. 604 *ter c.p.* non v'è dubbio che al legislatore spetti un ampio margine di discrezionalità nella commisurazione della pena e dei loro aggravamenti. Nondimeno, a parità di contenuto materiale e di *ratio*, ci pare del tutto contrario ai principi di personalità, materialità e offensività irrogare trattamenti sanzionatori differenziati in ragione della particolare tipologia di movente che ha ispirato il reo alla commissione del crimine. Invero, a fronte di due fatti criminosi dal medesimo disvalore oggettivo, risulta difficile quantificare nel loro significato materiale, e conseguentemente diversificare sul piano del trattamento sanzionatorio, le motivazioni

*possano assegnarsi caratteri esteriori unificanti e "naturalizzabili"», quali il gruppo religioso, politico, nazionale, nonché il gruppo connotato per caratteri e orientamenti sessuali. Qualsiasi consorzio si fa "razza" quando l'appartenenza del singolo a quel gruppo venga a connotarsi per «irredimibili connotazioni negative».* Recentemente S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit., 107, la quale, pur aderendo a tale concezione, nega che essa possa adottarsi per l'interpretazione dell'art. 604 *bis c.p.* (e dunque anche l'art. 604 *ter c.p.*), giacché violerebbe il canone di legalità *sub specie* di tassatività.

<sup>95</sup> C. EDU *Lillibendal c. Island*, 11 giugno 2020, n. 29297/18, in cui la Corte ha affermato che non vi è alcuna violazione del diritto alla libertà di espressione, di cui all'art. 10 CEDU, derivante da condanna per incitamento all'odio omofobico contenuto in un commento ad un articolo di giornale *online*.

<sup>96</sup> Per ulteriori spunti critiche in merito al severo trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 604 *ter c.p.* I. MERENDA, *Circostanze del reato*, cit., 33 ss.

espressive di un *surplus* di colpevolezza. Esse dovrebbero più opportunamente esercitare la stessa incidenza sulla commisurazione della pena, nel senso che anche il motivo “discriminatorio” enucleato all’art. 604 *ter* c.p. dovrebbe esprimere quell’efficacia generale propria dei motivi abietti di cui all’ art. 61 n. 1 c.p.

Guardando, invece, al meccanismo di blindatura previsto dall’art. 604 *ter* c.p. non sarebbe possibile, in questa sede, ripercorrere *ex professo* la tematica. Ai nostri fini, preme rammentare il dato largamente condiviso secondo cui l’istituto del bilanciamento, non certamente esente da profili di criticità, sia diretto ad assicurare una visione completa ed organica del colpevole e del reato<sup>97</sup>. Come si è recentemente osservato, l’art. 69 c.p. consegna nelle mani del giudice uno strumento funzionale a gestire le «multiforme vicende» che riguardano la realtà concreta<sup>98</sup>.

Nel corso degli anni, il legislatore ha introdotto numerosi meccanismi di blindatura (totali o parziali), sottraendo determinate aggravanti al giudizio di soccombenza o equivalenza rispetto alle attenuanti concorrenti<sup>99</sup>. Su molti di questi interventi si è scagliata l’opera demolitoria della Corte Costituzionale, la quale, pur riconoscendo tendenzialmente ammissibili le deroghe al bilanciamento, non ha mancato di intervenire quando la discrezionalità del legislatore fosse trasmadata in espressioni di manifesta irragionevolezza<sup>100</sup>. Ai fini del nostro studio, risulta significativo rammentare la recente pronuncia di incostituzionalità (C. Cost. 30

<sup>97</sup> Come noto, le principali criticità dell’istituto del bilanciamento, dal 1974 esteso a tutte le circostanze, si appuntano sulla spiccata discrezionalità del giudice, la quale rischia di condizionare in maniera pervasiva l’intero processo di commisurazione della pena. In argomento, A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, 102; M. BOSCARRELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1256 ss.; G. DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 193 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 688 ss.; A. VALLINI, *Circostanze del reato*, cit., 58 ss., con particolare riferimento alla distinzione tra il giudizio di cui all’art. 62 *bis* c.p. e quello previsto all’art. 69 c.p.; R. BARTOLI, *Le circostanze ‘al bivio’ tra legalità e discrezionalità*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli, M. Pifferi, Milano, 2016, 19 ss.

<sup>98</sup> I. MERENDA, *Circostanze del reato*, cit., 33 ss.

<sup>99</sup> A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010; L. PELLEGRINI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, in *Giur. It.*, 2022, 945 ss. il quale evidenzia come la fioritura dei meccanismi di blindatura rappresenti una reazione alla riforma del 1974, che ha assoggettato al meccanismo di bilanciamento tutte le circostanze, siano esse ad effetto comune, speciale o indipendenti.

<sup>100</sup> Emblematica, in proposito, la vicenda che ha interessato il meccanismo di blindatura per la recidiva reiterata, previsto all’art. 69, co. 4, c.p., introdotta dalla legge “ex Cirielli”. In argomento, *ex multis*, E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 515 ss.; M. LOMBARDO, *Recidiva (rimodulata dalla Corte costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2021, 613; C. PAGELLA, *La Corte costituzionale sull’art. 69, co. 4, c.p.; illegittimo il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata nel caso di delitti per i quali è previsto l’ergastolo*, in *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2023 (v. *infra*, nt. 105).

ottobre 2023, n. 197) che ha interessato l'art. 577 co. 3 c.p. nella parte in cui vieta(va) di considerare prevalenti le circostanze attenuanti della provocazione (art. 61 n. 2) e quelle generiche *ex art. 62 bis* c.p. rispetto ad alcune circostanze aggravanti dell'omicidio, tra cui quella incentrata sulla relazione familiare-affettiva prevista all'art. 577, co. 2, c.p. Tanto l'attenuante della provocazione quanto le attenuanti generiche, scrive la Corte, sono strumenti essenziali per adeguare la misura della pena alla concreta gravità del singolo fatto di omicidio; il carattere "privilegiato" dell'aggravante si risolve in un'irragionevole equiparazione di situazioni illecite, ponendosi in contrasto con gli artt. 3-27 Cost<sup>101</sup>.

Orbene, il meccanismo delineato dall'art. 604 *ter* c.p. non sancisce, a stretto rigore, una deroga al meccanismo di bilanciamento, giacché le circostanze attenuanti possono trovare riconoscimento previa applicazione dell'aumento sanzionatorio previsto dall'art. 604 *ter* c.p.<sup>102</sup>. Al contempo, però, la valutazione del giudice risulta imbrigliata entro rigide presunzioni, essendogli preclusa la dichiarazione di equivalenza o plusvalenza dell'attenuante che abbia più intensamente connotato la vicenda concreta<sup>103</sup>. La tesi sostenuta nel presente studio, incentrata sulla qualificazione della circostanza dei motivi "discriminatori" *ex art. 604 ter* c.p. nei termini di un autentico motivo/movente, ci spinge a rigettare il peculiare regime di blindatura ivi previsto. Tale meccanismo, infatti, fonda, in modo aprioristico e automatico, il maggior carico sanzionatorio su profili di disvalore soggettivo, anche quando sarebbe concretamente possibile, e opportuno, attribuire rilievo a circostanze attenuanti fondate su un minor disvalore oggettivo. In questa direzione si muove, del resto, l'insegnamento della Corte Costituzionale, che in più occasioni ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, co. 4, c.p., nella parte in cui sottopone al meccanismo di blindatura parziale la circostanza aggravante della recidiva reiterata (espressiva di una maggior colpevolezza e pericolosità), impedendo al giudice di dichiarare la prevalenza di circostanze legate

<sup>101</sup> M. PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, fasc. 1, 161 ss.

<sup>102</sup> La disposizione è stata oggetto di differenti ricostruzioni dottrinali. Secondo alcuni Autori, tale clausola implica una maggiore rilevanza dell'aggravante, impedendo al giudice di applicare disgiuntamente attenuanti ed aggravanti (spec. G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, fasc. 4, 1306); secondo altre, tale espressione comporta una deroga al bilanciamento previsto all'art. 69 c.p. per cui dovrebbero sempre applicarsi sia gli aumenti che le diminuzioni (spec. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3 D.L. 26 aprile 1993*, cit., 211).

<sup>103</sup> In tema, I. MERENDA, *Le circostanze del reato*, cit., 35, secondo cui il meccanismo in evidenza si ispira ad una logica principalmente compromissoria.

alla tenuità dell'offesa<sup>104</sup>. Peraltro, il meccanismo di blindatura rischia di assumere un'efficacia meramente simbolica, giacché l'applicazione della circostanza "ad effetto speciale" di cui all'art. 604 *ter* c.p. e la successiva riduzione di un terzo in base alla circostanza attenuante, riconduce la pena entro il limite edittale massimo previsto dalla fattispecie-base<sup>105</sup>.

In conclusione, la riflessione attorno al motivo di genere potrebbe rappresentare l'occasione per modificare la peculiare disciplina prevista dall'art. 604 *ter* c.p. in punto di concorso eterogeneo di circostanze. Anziché persistere in scelte di politica criminale improntate alla più indifferenziata deterrenza, il legislatore potrebbe assegnare al giudice uno spazio di valutazione che gli consenta di soppesare liberamente l'intensità delle circostanze sotto il profilo della loro valenza attenuante o aggravante, così da irrogare un *quantum* di pena rispettoso delle specificità del caso concreto: ciò, tanto più, quando le aggravanti attingono la sfera, personalissima e irripetibile, delle motivazioni e dei fattori culturali, modulabile nelle sue espressioni e differenziabile volta per volta per intensità, impatto psicologico, capacità di connotare il "senso" più profondo della condotta.

<sup>104</sup> Ciò è avvenuto, *ex multis*, per la circostanza del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti *ex* art. 73 co. 5 del t.u. stupefacenti (C. Cost. 5 novembre 2012, n. 251); per la particolare tenuità della ricettazione *ex* art. 648, co. 4, c.p. (C. Cost. 14 aprile 2014, n. 105); per la particolare tenuità della violenza sessuale *ex* art. 609 *bis*, co. 3, c.p. (C. Cost., 14 aprile 2014, n. 106); per il danno patrimoniale di particolare tenuità in relazione alla bancarotta semplice e fraudolenta (C. Cost., 21 giugno 2017, n. 205). Recentemente, l'art. 69, co. 4, c.p. è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 625-*bis* c.p. (C. Cost., 24 marzo 2025, n. 56) e del fatto di lieve entità nel delitto di rapina impropria (art. 628, co. 2, c.p.), introdotto dalla sentenza n. 86 del 2024 della C. Cost., (C. Cost. 23 giugno 2025, n. 117) rispetto alla recidiva aggravata reiterata di cui all'art. 99, co. 4, c.p.

<sup>105</sup> Come osserva A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate*, cit., 48.

**Alla ricerca della “parola giusta”**  
*Incontro con Gabrio Forti*



CRISTINA DE MAGLIE

IL “TEMPO” DELLA PAROLA GIUSTA <sup>(\*)</sup>

1. Quale parola?

Tra le tante parole che possono identificare Gabrio Forti come essere umano, come intellettuale, come giurista, ho scelto questa: *attenzione*.

Con questa parola Gabrio ha concluso la lezione tenuta nell’Università Cattolica di Milano il 20 aprile 2023, solo formalmente “l’ultima”, definita dai suoi amati studenti come “la lezione più bella”.

Ha chiuso la lezione citando Susan Sontag:

«Essere un individuo morale significa prestare un certo tipo di attenzione<sup>1</sup>».

E ha così concluso: “Grazie per la vostra attenzione”.

Anche Simone Weil è molto presente nel Gabrio Forti-pensiero.

«L’attenzione – scrive la grande filosofa francese – è la forma sublime di generosità; (...) consiste nel sospendere il proprio pensiero, lasciandolo disponibile, vuoto e permeabile all’oggetto<sup>2</sup>».

L’attenzione implica perciò la capacità e la forza di distaccarsi da se stessi.

E distacco da sé non significa solo chiudersi nella propria interiorità, ma anche mettersi in ascolto dei bisogni di tutti e soprattutto, dei bisogni dei più *deboli*.

L’obiettivo è allora quello di “incontrare il pensiero altrui” e di “fare spazio alla voce dell’altro”.

In definitiva, l’attenzione significa “capacità di ritrarsi, di diminuire il proprio spazio a favore dell’altro”.

Questo gesto di “diminuzione di sé a favore dell’altro”, è il fulcro della concezione fortiana della vita e qualifica Gabrio Forti come essere umano, intellettuale e giurista.

<sup>(\*)</sup> Testo dell’intervento tenuto all’incontro di studio in occasione della pubblicazione del volume di G. FORTI, *Il tempo della parola giusta. Scritti di diritto penale, criminologia e letteratura*, Milano, 2024. Questo contributo è destinato alla pubblicazione in M. CAPUTO-A. VISCONTI (a cura di), *Il “legno storto” del mondo nello specchio della penalità*, Napoli, 2025.

<sup>1</sup> S. SONTAG, *Nello stesso tempo. Saggi di letteratura e politica*, tr. it., Milano, 2008, 186.

<sup>2</sup> S. WEIL, *La persona e il sacro*, tr. it., Milano, 2012.

2. “L’attenzione” potrebbe essere il sottotitolo del quadro di Norman Rockwell – *Runaway* – scelto per la copertina della raccolta di scritti di Gabrio Forti, “*Il tempo della parola giusta*”, su cui si concentrano le mie considerazioni.

Il quadro è del 1958 e – come è stato detto dai critici d’arte – “niente del dipinto è stato lasciato al caso”.

L’immagine raffigura un bambino di otto anni, “*The Runaway*” – “*Il fuggitivo*”, seduto su uno sgabello di una caffetteria. Con lui sono ritratti un ufficiale di polizia e l’inservente del banco.

A dispetto della situazione, seria ed ansiogena, che normalmente dovrebbe evocare la fuga da casa di un bambino, il quadro irradia un senso di calma, comprensione, protezione.

Tant’è che a lungo è stato esposto in tutti i distretti di polizia del Paese, proprio per instillare nei consociati la fiducia nei confronti delle forze dell’ordine.

Gli storici dell’arte si sono soffermati sulla geometria del dipinto, costruito su linee semplici, chiare, dritte.

Dritto è il bancone, diritta è la linea che unisce le finestre e ben allineate sono le tazze esposte sul mobile di servizio.

In particolare, gli esperti hanno studiato il *triangolo* che si forma tra l’occhio destro del poliziotto, l’occhio sinistro dell’inservente e l’occhio sinistro del piccolo fuggitivo: un triangolo isoscele, quindi con due lati uguali.

Il triangolo dell’*attenzione*. Al centro del triangolo dell’attenzione c’è il giovane fuggiasco: il bambino si affida con serenità al poliziotto, che lo guarda con affettuosa benevolenza. La scena è poi illuminata dal sorriso complice dell’inservente, l’unica figura ritratta non di profilo.

Infine, sotto lo sgabello su cui è seduto il piccolo, c’è un fazzoletto, di colore rosso brillante, in cui sono annodate le cose che il fuggiasco ha deciso di portare con sé. Il fazzoletto è arrotolato su un bastone.

Un bastone “curvo”, l’unico elemento non dritto del quadro.

Questo particolare è stato molto enfatizzato nei commenti degli esperti, che lo hanno definito come un “frammento di grazia”, in grado di bilanciare tutta la rigidità delle linee, che contraddistinguono il quadro<sup>3</sup>.

E mi piace fare qui un collegamento tra il bastone curvo del dipinto e l’*attenzione*, che da sempre Gabrio Forti riserva alla riserva bellezza del “legno storto” del mondo calato nello specchio della penalità.

<sup>3</sup> H. SPEED, *La pratica e la scienza del disegno*, tr. it., Roma, 2021.

3. I saggi contenuti nel volume *"Il tempo della parola giusta"* e soprattutto la splendida monografia dedicata alla "cura delle norme" riguardano anche l'*attenzione* che il legislatore dovrebbe dedicare alla costruzione delle fattispecie penali, alla diade *precetto-sanzione*.

Qui Gabrio Forti individua la malattia che affligge le norme penali della tar-domodernità.

Nella nostra epoca, purtroppo caratterizzata da profonda incultura generale, scientifica e giuridica, la politica criminale tende ad identificarsi con il "bisogno popolare di diritto", una tendenza pericolosa, che può arrivare a distorcere, fino a svalutare, la legalità.

L'aspirazione più elevata diviene perciò quella di governare il Paese all'"imitazione dei cow-boy", perché "i cow-boy credono alla legge e riducono la democrazia all'eguaglianza del popolo di fronte alla legge: vale a dire una prateria ben pattugliata"<sup>4</sup>.

La cura delle norme si riduce così a puntare il dito accusatorio verso qualcuno su cui indirizzare la violenza istituzionalizzata.

Questo strumento di rabbia sociale, già segnalato dalla migliore dottrina straniera<sup>5</sup>, è ben evidenziato anche dalla nostra letteratura contemporanea.

Penso in primo luogo a Carlo Enrico Paliero, che nel suo recente, profondo e complesso studio sul *"Mercato della penalità"* si interroga sulle origini del bisogno della pena, arrivando ad una conclusione molto dura.

Secondo l'Autore, le varie spiegazioni sulla penalità (da Foucault a Garland, a Rusche e Kirchheimer) si sono dimostrate avvincenti ma fallaci.

Alla fine, afferma Paliero, la spiegazione più convincente ce la forniscono le concezioni emotive della penalità, che costruiscono il loro paradigma basandosi sul pensiero di Emile Durkheim.

Qui l'Autore riporta un passaggio fondamentale della costruzione di Durkheim.

«(...) la pena consiste in un atto passionale (...). La sua vera funzione è mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità<sup>6</sup>».

In conclusione, afferma Paliero, la pena è "(...) rimasta almeno in parte un atto di vendetta!"<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, 15.

<sup>5</sup> M. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, tr. it., Bologna, 2016.

<sup>6</sup> E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, tr. it., Milano, 1971, 125.

<sup>7</sup> C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, 97.

Questa pulsione vendicativa è ben fotografata anche dalla più recente letteratura sociologica.

Stefano Tomelleri, in un pregevole, recente studio, partendo dal concetto nietzschiano di *risentimento*, analizza in modo disincantato il ruolo, che questa emozione distruttiva assume nella epoca in cui viviamo<sup>8</sup>.

Secondo l'Autore, molti esseri umani vivono in una condizione di "frustrazione permanente", perchè si sentono perennemente bloccati nelle loro aspirazioni esistenziali.

Il fallimento esistenziale corrode così il *desiderio* originario e lo trasforma in desiderio di *vendetta*.

Questa pulsione vendicativa ha un bisogno irrefrenabile di trovar un *capro espiatorio* su cui scatenarsi.

Gabrio Forti e Silvano Petrosino hanno ben illustrato questo meccanismo: un meccanismo che è "folle", ma allo stesso tempo "logico", perché plasmato su un criterio puramente economico. In effetti è "l'ossessione contabile", la perversione che invade e corrompe l'essere umano che abita la società tardomoderna.

«(...) se si è prodotta una perdita o una colpa, *conviene* allora che uno solo paghi per tutti<sup>9</sup>».

In altre parole, più patiamo e più ci logoriamo, nel corpo e nell'anima, più vogliamo che siano torturate, nella carne e nello spirito, le persone che vivono vicino a noi.

Se questa è, come ritengo, la situazione culturale e spirituale che fa da sfondo allo svolgersi delle nostre vite, è evidente e pesante la ricaduta sulla formulazione delle fattispecie penali.

L'attenzione del legislatore, che dovrebbe riguardare sia la costruzione del precepto che la formulazione della sanzione, trascura in modo scandaloso la composizione della norma comando, per concentrarsi esclusivamente sulla norma garanzia.

È infatti la "misura della sanzione" il dilemma che ossessiona la politica criminale dell'oggi. Una sanzione, che deve essere elevata, dura, ispirata al principio della tolleranza zero.

*Attenzione* significa infatti riflessione, ponderazione, pazienza, calma, tempo, immedesimazione nell'altro.

<sup>8</sup> S. TOMELLERI, *La società del risentimento. Alle origini del malessere contemporaneo*, Milano, 2023.

<sup>9</sup> S. PETROSINO, *La tentazione contabile. Religiosità, religione e pulsioni sacrificali*, in G. FORTI-S. PETROSINO, *Logiche follie, sacrifici umani e illusioni della giustizia*, Milano, 2022, 47.

Tutti elementi estranei, se non addirittura incompatibili con il risentimento e l'ansia punitiva che attanagliano gli umani tardomoderni.

Ed è così che l'attenzione è prima soffocata e poi sostituita dal sentimento che sorregge una reazione immediata.

Una condizione che implica queste caratteristiche: fretta, impulsività, forza, violenza, furia, impazienza, urgenza.

4. Questa tendenza, che negli ultimi tempi sembra inarrestabile, può essere invertita.

L'attenzione deve focalizzarsi non solo sulla sanzione, ma anche sul precetto per evitare quel fenomeno di "corruzione delle norme derivante da un loro eccessivo gravitare, singolarmente e nel loro insieme come parti di un ordinamento, sulla risposta sanzionatoria"<sup>10</sup>.

Gabrio Forti da sempre manifesta perplessità nei confronti di quelle ideologie che si consegnano con fiducia cieca e assoluta, nelle braccia del "braccio armato, dello Stato", capace – secondo loro – di costringere i consociati all'obbedienza solo grazie all'impiego delle sanzioni, viste come elementi fondanti e caratterizzanti il sistema della giustizia penale.

Già nel 2013 l'Autore aveva preso una posizione netta a favore dell'impostazione che mira a valorizzare il ruolo delle "emozioni per la moralità", basandosi sull'assunto che esse sono sensibili alla ragione<sup>11</sup>.

Ma è soprattutto nel libro "La cura delle norme", che l'Autore approfondisce in chiave critica alcuni studi importanti di psicologia sociale e arriva alla seguente conclusione:

«le persone osserverebbero il diritto non per paura della punizione o di altre sanzioni; il peso di queste ultime per assicurare l'obbedienza sarebbe dunque secondario, mentre *sarebbe piuttosto la morale* il fattore primario che forgia un comportamento correlato (*law-related behavior*) al diritto<sup>12</sup>».

Questo è un punto di arrivo risolutivo, che stravolge le concezioni tradizionali e apre lo scenario su una polemica molto accesa nella letteratura statunitense: quella tra i seguaci della "morality" vs. i sostenitori della "fear of punishment"<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> G. FORTI, *La cura delle norme*, cit., 119.

<sup>11</sup> G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1108 ss.

<sup>12</sup> G. FORTI, *La cura delle norme*, cit., 119.

<sup>13</sup> Per tutti F. SCHAUER, *The Force of Law*, Cambridge Ma, 2015.

Da questa indicazione, che io condivido completamente, discendono le mie osservazioni.

La capacità delle norme penali di orientare i comportamenti dei consociati dipende *anche* da come le fattispecie sono costruite nella forma. La “cura delle norme penali” riguarda anche il grado di *trasparenza* e di *comprensibilità* del linguaggio che viene utilizzato nella loro redazione.

In conclusione, è fondamentale che il legislatore dedichi “tempo”, studio ed energie per trovare le “parole giuste” con cui comporre la norma penale.

Una conclusione autorevolmente avallata da Winfried Hassemer. Nel famoso studio alla ricerca di “quello che tutti vogliamo. Ovvero: quello che il diritto penale deve fare”, l’Autore si concentra sulla “formalizzazione”.

La *formalizzazione* è l’elemento che “distingue” il diritto penale dal controllo sociale informale.

La formalizzazione

«lo affina, lo rende trasparente, calcolabile e controllabile, lo lega a una catena, lo tiene a freno, lo limita e lo dota di garanzie (...)»<sup>14</sup>.

La formalizzazione – continua Hassemer “è la veste con cui il controllo sociale esercitato dal diritto penale diviene tollerabile”.

Essa

«dà forma ad un oggetto, gli conferisce un profilo e definisce le sue strutture e i suoi margini con maggiore chiarezza, rendendolo più accessibile».

La formalizzazione è associata a termini come *chiarezza*, *consolidamento*, *verifica*, *critica*, *correzione*<sup>15</sup>.

5. La necessità di prestare “attenzione” alla formalizzazione della norma penale si accentua sino a rivelarsi indispensabile se si riconoscono i benefici, che una formazione letteraria solida, produce nel lavoro del giurista.

Qui è doveroso ricordare l’iniziativa meritoria del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell’Università Cattolica di Milano. Dal 2009 il Centro, coordinato da Gabrio Forti, dedica incontri e pubblicazioni al binomio “Giustizia e Letteratura”.

<sup>14</sup> W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, tr. it., Bologna, 2012, 123.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 125.

Un'iniziativa che si è ampliata negli anni, divenendo un punto di riferimento culturale indispensabile per tutta la comunità penalistica.

Ricordo Susan Sontag

«La letteratura può offrire modelli e trasmetterci conoscenze profonde, incarnate nel linguaggio e nella narrazione. La letteratura può allenare e tenere in esercizio la nostra capacità di piangere per chi non è uno di noi, per chi non è simile a noi<sup>16</sup>».

L'educazione all'attenzione che deriva dalla frequentazione e dalla comprensione dei testi letterari potrebbe allenare il giurista a concepire anche il codice penale come un'opera letteraria *prima* che giuridica.

Il codice penale è, a mio avviso, il romanzo più drammatico, che sia mai stato scritto. Le norme penali, infatti, dietro la loro fissità, la loro opacità, raccontano storie tristi, storie di profonda sofferenza umana.

È anche questo il senso "grande" dell'insegnamento del Maestro, che qui onoriamo<sup>17</sup>.

La conoscenza della letteratura può favorire l'individuazione della "parola giusta" nella costruzione della fattispecie. La "parola giusta" in grado di generare "vincoli di identificazione e di empatia", anche nel ramo più spietato del diritto.

<sup>16</sup> S. SONTAG, *Nello stesso tempo*, cit., 168 ss.

<sup>17</sup> G. FORTI, *I "fragili segni dell'umanità"*. *Sul rapporto tra giustizia e letteratura*, in IDEM, *Il tempo della parola giusta*, a cura di M. CAPUTO e A. VISCONTI, Milano, 2024, 519 ss.



MARIO ROMANO

PER GABRIO FORTI <sup>(\*)</sup>

1. Gabrio Forti è oggi il festeggiato, festeggiato dall'Università, dalla Facoltà nella quale ha professato per anni e di cui è stato preside per due mandati quadriennali, festeggiato dai tanti allievi, di cui alcuni già carichi di successi universitari, e festeggiato da noi tutti, che siamo qui convenuti. Nella tradizione accademica dei *Festschrift*, l'onorato è colui al quale in giornate come questa si disvelano studi che cultori della stessa disciplina o di discipline prossime, hanno pensato e scritto per lui e gli offrono per l'occasione, studi che all'onorato fino a quel momento sono di solito ignoti. Qui le cose sono un po' diverse. Alcuni di noi, per questo secondo turno della giornata, sono chiamati a presentare un libro, nel quale sono raccolti alcuni contributi dello stesso festeggiato, contributi che, per quanto significativi, costituiscono una parte minima, per non dire infinitesimale, di quanto l'autore ha disseminato nel corso degli anni in una miriade di interventi di ogni tipo.

Le due modalità di festeggiamento, studi in onore e volume di scritti, finiscono per coincidere, entrambe consentendo, anzi, richiedendo di convergere sulla personalità che intendono omaggiare, ma l'opzione degli scritti, ancorché abbastanza diffusa, reca a mio parere un paio di vizi d'origine. Quanto agli studi, mi è stato confidato che Forti era fermamente contrario a una iniziativa in tal senso. So bene che succede anche questo. È stato il caso ad esempio, qui... "in casa nostra", di Alberto Crespi, che a Federico Stella e a me, quando insieme li proponemmo al nostro Maestro, oppose un rifiuto netto e assolutamente irremovibile. Ma confesso che come il nostro rammarico fu grande allora, altrettanto lo è per me in questo caso, certo come sono che la risposta a un *liber amicorum*, anche nel caso di Forti, non solo sarebbe stata sicuramente corale, ma avrebbe anche permesso di toccare con mano il livello di amicizia e di stima che egli si è conquistato nel nostro Paese, con una attività culturale su vari fronti di cui negli ambienti accademici, nel nostro settore, non è obiettivamente possibile trovare l'eguale.

L'altro vizio del volume di scritti scelti consiste per così dire... nelle strettoie proprie della scelta stessa. Intendiamoci, il volume che presentiamo contiene suf-

<sup>(\*)</sup> Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume M. CAPUTO-A. VISCONTI (a cura di), *Il "legno storto" del mondo nello specchio della penalità*, Napoli, Jovene, 2025.

ficienti testimonianze del percorso dell'autore nei diversi campi in cui ha profuso il suo ingegno e in questo senso adempie meritoriamente a quella *Appelfunktion* che era ed è nelle sue corde, ma inevitabilmente lascia fuori saggi che vi avrebbero altrettanto ben figurato. Mi permetto un solo esempio, per la parte a me più congeniale del diritto penale. Accanto ad “*Explete poenologi munus novum...*”, sulla flessibilizzazione del sistema penale, e al saggio “Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni ‘liberali’ e paternalismi giuridici”, che sono presenti, avrei riservato uno spazio a un altro lavoro che a suo tempo mi aveva molto colpito e che ho voluto ripescare mentre pensavo a queste righe. È il saggio dedicato alla dignità umana, il cui titolo inizia con lo splendido aforisma kafkiano “La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità”. Forti annota che per sviluppare una teoresi della dignità dell'uomo, i penalisti non dovrebbero attardarsi troppo tra le anodine vette della dogmatica. Basta molto meno. L'aforisma continua: “...la luce sulla faccia che arretra in una smorfia è vera, essa soltanto”. E Forti osserva: “la ‘smorfia vera’ è quella che si disegna sui nostri volti mentre volgiamo lo sguardo alla luce di verità che s'irradia ‘a ritroso’ sulla materia penale a partire dai suoi esiti ultimi, dal carcere e dalle sue condizioni, dai solchi profondi impressi sulla persona ad opera della pena *reale*. E a quel punto la smorfia non potrà che assumere i tratti – scrive Forti – di una *contrazione*, un *corrugamento*, un *raggrinzimento* degli elementi ‘muscolari’ nell'arcigno apparato penale. Insomma, dal carcere e dalla vulnerabilità archetipica dell'*homo in vinculis*, Forti dipana un *excursus* esemplare delle modalità con cui le discipline penalistiche integrate, in una politica penale moderna, potrebbero esse stesse contribuire alla costruzione della dignità umana. Un tema, o meglio un cruccio, un assillo, un imperativo morale, questo della riduzione sì del volto arcigno, ma prima ancora delle stesse dimensioni del diritto penale, che, a fronte della ipertrofia che affligge il nostro come altri ordinamenti a noi vicini, Forti non cessa di riproporre, in monografie come quella sulla cura delle norme e la corruzione dei saperi, o come ancora nel recente scritto sulla sussidiarietà, introdotto da un altro titolo letterario, tra i tanti ai quali con acuta sensibilità ci ha abituati: “Niente nel mondo è un oggetto in sé”, per illustrare il nodo cruciale del senso ultimo della norma penale, tra legalità, offensività e appunto sussidiarietà.

Ma vi è un tratto di Gabrio che non posso trascurare. Del “metodo Forti”, a cui rimandano Arianna Visconti e Matteo Caputo nella loro bella introduzione al volume, è parte rilevante uno “stile Forti”, che direi “giusletterario”, uno stile a suo modo unico e inimitabile, perché se è vero che i riferimenti alla dottrina, alle tesi e alle antitesi e relative personalizzazioni, sono un *must* coesistente alla ricerca scientifica, nessuno come Forti, almeno ch'io sappia, riesce a condurre un discorso sul diritto, e sui rapporti tra legalità e giustizia, chiamando a soccorso una così ingente quantità di non giuristi, di autori del mondo delle lettere, della

filosofia, del pensiero e dell'arte in generale. Questa non è solo interdisciplinarietà, è molto di più. Forti aveva evidentemente chiara sin da giovanissimo, verosimilmente addestrato anche dal padre che spesso infatti egli rievoca, la visuale di quella combinazione che ha poi messo a frutto negli straordinari cicli di "Giustizia e Letteratura", che sono divenuti un vero fiore all'occhiello della Facoltà di Giurisprudenza e dell'Università tutta. Ve n'era già traccia nei suoi primi scritti, ma nel tempo quella preziosa "miscela" è andata per così dire affinandosi, fino ad apparirmi quasi un suo bisogno personale (stavo per dire una *addiction*), il bisogno di chi, nutrendo per i libri una passione tutta speciale, ne assorbe mirabilmente i contenuti, che poi riemergono e rompono gli argini, pronti a essere coordinati e coerentemente disposti non appena egli, "entrando nel suo scrittoio", riflette su ciò che di volta in volta è chiamato a comporre. Un giurista, il penalista della colpa e il criminologo raffinato, dunque, ma al tempo stesso un letterato, uno scrittore *tout court*, come l'ho sempre considerato fin dai primi passi della sua carriera universitaria.

Un artista delle parole, direi, e alla costante ricerca di quelle *giuste*. Penso qui, nella specie, alle parole di gratitudine nei ricordi commossi di amici e colleghi scomparsi, alle parole di affettuoso rimpianto per il suo Maestro nella memoria del loro trentennale ricco sodalizio e al desiderio di perpetuarne il magistero nell'Alta Scuola dedicata al suo nome. Ma penso anche, per esteso, e a quel legame tra concetti, culture e persone, alle loro emozioni, sentimenti, pensieri, coltivati come prioritari e richiamati, ad esempio, in quell'"*Only connect*" che, traendo spunto dal plurisenso '*bond*' di impronta fletcheriana, viene posto a base di una indispensabile relazionalità, onde colmare per il mondo del diritto il *gap* culturale spesso lamentato nel confronto con le altre scienze umane e sociali.

2. Ritorno un attimo al libro e alla sua elegante veste estetica. Oltre che dal titolo, il potenziale lettore dovrebbe realmente essere attratto anche dalla copertina patinata, con il simpatico *runaway* di Rockwell che ammicca al poliziotto dallo sguardo bonario e compiacente. Peccato che lo spazio ridotto non abbia ammeso anche il fagottino e l'esile bastone del monello presenti nell'originale, che avrebbero aggiunto un'ulteriore nota di colore. Ma il lettore sarà attratto anche dal richiamo al *fil rouge* che, con la sobrietà che notoriamente si addice ai risvolti di copertina, accomuna con efficace semplicità tutti i saggi raccolti. Dell'introduzione e dei variegati accenti apposti dai due allievi "anziani" – anche a nome dei più giovani – sull'umanesimo del loro Maestro, ho già detto e mi è gradito complimentarmi vivamente con ciascuno di loro.

3. Potrei fermarmi qui. Ma mi sia concesso ancora qualche minuto per almeno accennare a uno scritto fortemente atipico del volume, che si distingue da tutti gli altri non solo perché è in lingua tedesca, ma perché è l'unico a vedere la luce ora per la prima volta. L'autore l'aveva fatto conoscere solamente ad alcuni colleghi italiani. Il sottoscritto era tra questi. Mi aveva non poco impressionato allora e sono stato lieto di ritrovarlo in questi giorni.

È "Un ricordo personale e un tributo d'onore a Hans-Heinrich Jescheck" (questo il sottotitolo), reso nel Convegno Internazionale in suo ricordo svoltosi a Freiburg in Breisgau nel 2011. Il titolo – "Ci incontrammo a Liegnitz" – allude alla città prussiana, ora in territorio polacco, dove Jescheck era nato. Forti rievoca come proprio la sua menzione di quella città, crocevia dei diversi popoli, culture e lingue della Mitteleuropa, avesse avviato allora, nel 1981, il suo primo incontro, da giovane assistente universitario, con il celebrato *Grand Seigneur* del diritto penale, direttore del prestigioso Max-Planck Institut. Da quel giorno, Liegnitz e la battaglia omonima della guerra dei sette anni, con l'epopea di Federico il Grande, l'illuminato re di Prussia, furono il tema principale anche nei ricevimenti successivi. Forti spiega al lettore perché fosse a conoscenza di quel periodo storico e, ricorrendo all'aiuto di alcuni dei suoi autori prediletti, Goethe, Musil e Thomas Mann, nonché di alcuni studi psicoanalitici, rivela la ragione per cui lui stesso fosse da tempo affascinato da quanto di "*Gespenstisch*", di "simbolico", vi fosse nella figura di Federico il Grande, evocato ad emblema della "velleità di rifiuto" di una decadenza, all'epoca, di tipo non politico ma morale. Una velleità di rifiuto che, fatte le debite proporzioni – scrive Forti – anche lui avvertiva verso una certa decadenza dell'università, al tempo in cui tentava di imbrigliare le distrazioni giovanili per creare una base al suo futuro fervore scientifico.

Tratteggiando un ampio affresco storico, non senza richiami a generali e battaglie, Forti si sofferma a lungo sulla figura controversa (da taluno accostata poi anche a Hitler), e sulla personalità travagliata del "vecchio Fritz", sulla sua enorme forza d'animo ma anche sulla sua ambivalenza e le sue contraddizioni. Dalla necessità di comprendere cosa stia realmente nel mezzo tra le contraddizioni di ogni essere umano, Forti riflette come non sia sulla dialettica degli opposti o sulla polarizzazione delle posizioni che occorra volgere l'attenzione, bensì sulla mescolanza e sui contesti di oggetti, sulle linee di collegamento tra di essi, che sono sempre da pensare in modo sistemico. Da ciò la messa a frutto al tempo in cui cercava di veder chiaro tra diritto penale e criminologia, e da ciò anche l'estensione del noto rilievo di Jescheck secondo cui "il diritto penale senza la criminologia è cieco, la criminologia senza il diritto penale non ha argini". Al posto della criminologia e oltre ad essa – annota Forti – possiamo mettere ben altro, e ben più fondamentale: vi è l'intero mondo dell'empiria e della vita umana, davanti al quale il giurista, e il penalista in particolare, sembra chiudere gli occhi. In

questo modo, la metafora di Federico il Grande diviene istruttiva al fine di saggiare le condizioni di legittimazione del diritto, il diritto del vincitore, del più forte, i rapporti tra forza e giustizia, sino alla realistica, sconsolata chiusa di Blaise Pascal: “E così, non potendo fare in modo che ciò che è giusto fosse forte, si è fatto in modo che ciò che è forte fosse giusto”.

Confido che da questi pur scarni accenni si comprenda la complessità dello scritto e quanto meriti di essere letto e meditato, ma non posso qui spingermi oltre. Aggiungo solo che l’ammirata riconoscenza a Hans-Heinrich Jescheck, all’antico ufficiale della *Wehrmacht* (al quale aveva presentato anche suo padre, che durante la guerra aveva partecipato alla Resistenza), da parte dell’ormai maturo Forti, nel 2011, è tangibile, e l’omaggio che ne risulta vibrante e poderoso.

Ma lo scritto, come si è visto, è anche autobiografico ed estremamente rivelatore. Lo è, in modo particolare, là dove rievoca i dubbi, le ansie e i turbamenti delle scelte di gioventù, ciò che può valere, qui e ora, quale testimonianza e prezioso *vademecum* per la folta schiera di allievi che a Forti da tempo fanno corona.

Su questo passaggio, però, credo valga la pena di seguire la narrazione dell’autore alla lettera, quindi traduco il più fedelmente possibile. “Anche il giovane ricercatore milanese – scrive Forti di sé – era attratto da due forze contrapposte: le scienze giuridiche e la carriera universitaria ancora incerta, da una parte, e la non definita affinità verso la letteratura e le lingue, dall’altra (già allora aveva tradotto due biografie storiche, una su Bismarck e l’altra sull’imperatore Guglielmo II)”. E prosegue: “Sentiva, in fondo, che avrebbe intrapreso la via della scienza del diritto, ma per fortuna solo in parte distaccata da impressioni e conoscenze filosofiche, dunque con buone prospettive o almeno con la speranza di potere conciliare le due parti della sua personalità, o anche di far sì che un certo spirito esercitato alla filosofia e al pensiero fosse posto con tutta la sua forza a servizio degli studi giuridici”.

Direi proprio, caro Gabrio, che ci sei riuscito appieno.



## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

PROF.SSA COSTANZA BERNASCONI – Università di Ferrara  
PROF.SSA CRISTINA DE MAGLIE – Università di Pavia  
DOTT. NICCOLÒ DECORATO – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa  
PROF. LUCIANO EUSEBI – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano  
PROF. LUIGI FERRAJOLI – Università di Roma Tre  
DOTT.SSA ARIANNA FESTINESE – Università di Firenze  
PROF. ALBERTO GARGANI – Università di Pisa  
PROF.SSA GRAZIA MANNOZZI – Università dell’Insubria  
PROF. DARIO MICHELETTI – Università di Siena  
PROF. FRANCESCO BARTOLO MORELLI – Università di Messina  
PROF. RENZO ORLANDI – Università di Bologna  
PROF.SSA CATERINA PAONESSA – Università di Firenze  
PROF. MICHELE PAPA – Università di Firenze  
PROF. CARLO PIERGALLINI – Università di Macerata  
DOTT.SSA OTAVA PIHA – Università di Helsinki  
DOTT.SSA SARA RICCARDI – Università di Pisa  
PROF. MARIO ROMANO – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano



---

## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione e un'apposita scheda da compilare firmata. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Coordinatore del comitato di direzione può procedere alla pubblicazione oppure richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Nel caso di studi interdisciplinari o non penalistici il Coordinatore del comitato di direzione individuerà, anche al di fuori della lista, i Revisori esterni ritenuti idonei alla valutazione, dandone notizia al Comitato di direzione.
4. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) le recensioni di libri, gli scritti commemorativi e i resoconti dei convegni; b) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari); c) gli studi, anche tradotti, già pubblicati in riviste italiane o straniere qualificate.  
Anche gli scritti dei componenti del Comitato di direzione saranno sottoposti alla procedura di valutazione sopra descritta. Sarà compito del Coordinatore del comitato di direzione assicurare che i componenti del Comitato di direzione non influiscano in alcun modo sulla scelta dei Revisori. Per gli scritti del Coordinatore del comitato di direzione, la scelta dei revisori sarà effettuata da un componente del Comitato di direzione che gestirà la procedura valutativa.
5. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.  
La procedura, inclusa la comunicazione agli autori dell'esito della revisione, si svolge secondo le modalità e gli strumenti, anche telematici, individuati dal Comitato di redazione, che risultino i più opportuni per garantirne serietà, buona gestione, confidenzialità e documentabilità.

## Revisori

Giuseppe Amarelli  
Enrico Amati  
Enrico Mario Ambrosetti  
Gian Marco Baccari  
Giuliano Balbi  
Federigo Bambi  
Roberto Bartoli  
Elio R. Belfiore  
Filippo Bellagamba  
Costanza Bernasconi  
Marta Bertolino  
Riccardo Borsari  
David Brunelli  
Marcello Busetto  
Alberto Cadoppi  
Alberto Camon  
Damiano Canale  
Matteo Caputo  
Gaetano Carlizzi  
Francesco Cingari  
Federico Consulich  
Carlotta Conti  
Cristiano Cupelli  
Francesco D'Alessandro  
Giampaolo Demuro  
Corrado Del Bò  
Giulio De Simone  
Alberto De Vita  
Mariavaleria Del Tufo  
Alberto di Martino  
Vittorio Fanchiotti  
Fabio Fasani  
Paola Felicioni  
Giovanni Fiandaca  
Stefano Fiore  
Giovanni Flora  
Luigi Foffani  
Désirée Fondaroli  
Gabriele Fornasari  
Benedetta Galgani  
Ignazio Giacona  
Marco Gambardella  
Roberto Guerrini

Dario Guidi  
Giulio Illuminati  
Gaetano Insolera  
Isabella Leoncini  
Sergio Lorusso  
Claudio Luzzati  
Stefano Manacorda  
Adelmo Manna  
Luca Marafioti  
Enrico Marzaduri  
Maria Novella Masullo  
Oliviero Mazza  
Nicola Mazzacuva  
Alessandro Melchionda  
Enrico Mezzetti  
Sergio Moccia  
Gaetana Morgante  
Vito Mormando  
Domenico Notaro  
Giuseppina Panebianco  
Vania Patanè  
Paolo Patrono  
Marco Pelissero  
Davide Petrini  
Michele Pifferi  
Nicola Pisani  
Attilio Pisanò  
Daniele Piva  
Tommaso Rafaraci  
Mario Ricciardi  
Lucia Risicato  
Mauro Ronco  
Alessandra Sanna  
Licia Siracusa  
Placido Siracusano  
Luigi Stortoni  
Valeria Torre  
Andrea Tripodi  
Giovanni Tuzet  
Daniele Velo Dalbrenta  
Paolo Veneziani  
Tiziana Vitarelli  
Raffaele Volante

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di dicembre 2025



Edizioni ETS

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com) - [info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

*Direttore*

Fausto Giunta

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,  
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,  
Daniele Negri, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri  
Antonio Vallini, Vito Velluzzi

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)





- **LUIGI FERRAJOLI**  
*Per una rifondazione della scienza penalistica. Ricordando Franco Bricola.*
- **I grandi orizzonti penalistici**  
LUCIANO EUSEBI, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* – ALBERTO GARGANI, *La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente* – GRAZIA MANNOZZI, *La riparazione: una giustizia senza toga?* – DARIO MICHELETTI, *Le finalità della pena per l'offesa involontaria* – MICHELE PAPA, *La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"* – CARLO PIERGALLINI, *Un 'penale' più 'civile'?*
- **Il punto su... Prova e verità nel processo penale**  
FRANCESCO BARTOLO MORELLI, *L'esame incrociato non equivale al contraddittorio nella formazione della prova. Per una revisione del rapporto tra incidente probatorio e dibattimento* – RENZO ORLANDI, *Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione.*
- Opinioni a confronto** *La violenza digitale*  
COSTANZA BERNASCONI, *I diversi volti della violenza digitale di genere nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela* – CATERINA PAONESSA, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385.*
- **Antologia**  
NICCOLÒ DECORATO, *Nomina nuda tenemus: la confusione del legislatore fra oggetto materiale ed oggetto giuridico nel diritto penale dei beni culturali* – ARIANNA FESTINESE, *Quale lessico per un nuovo bene giuridico? Il caso del "clima"* – OTAVA PIHA, *Il mio corpo è il mio tempio? Il raffronto fra reati sessuali e patrimoniali nell'alveo di una tradizione basata sui diritti umani* – SARA RICCARDI, *Violenza di genere. Il motivo misogino e omotransfobico nel quadro degli hate crimes. Trama del diritto penale de jure condito e de jure condendo.*
- **Alla ricerca della "parola giusta". Incontro con Gabrio Forti**  
CRISTINA DE MAGLIE, *Il "tempo" della parola giusta* – MARIO ROMANO, *Per Gabrio Forti.*

€ 80,00

ISBN 13: 978-8846774491



9 788846 774491