

**IL DIRITTO PENALE DELLA VITTIMA.
RICADUTE SISTEMATICHE E INTERPRETATIVE**

Gherardo Minicucci



in disCrimen dal 27.10.2020

SOMMARIO 1. Il diritto penale tra *favor societatis* e *favor rei*. — 2. Il paradigma vittimario: lo stato dell'arte. — 3. Un identikit della vittima. — 4. La vittima quale strumento argomentativo. — 5. La tipicità "postuma": la sovversione del rapporto tra diritto e processo penale. — 6. La torsione verso l'illecito penale "aquiliano": il ruolo della violenza impropria. — 7. Conclusioni.

1. Il diritto penale tra *favor societatis* e *favor rei*

Il diritto penale è oggi temprato da un costante riferimento alla vittima, sia sul versante sostanziale che su quello processuale. È svanita la "persona offesa" – incolore, senza una storia da narrare – e si sono spalancate le porte alla "vittima", concreta e narratrice privilegiata della vicenda sfociata nel reato.

Questa sostituzione ha comportato – e sta comportando – un forte mutamento della radice stessa del paradigma punitivo e del suo funzionamento processuale.

Occorre subito distinguere il profilo della partecipazione dell'offeso al processo penale dalla diversa questione del posizionamento del baricentro del diritto e della giustizia penale. Mentre è certamente da rivedere – ammesso che ancora effettivamente resista – l'idea che la persona offesa sia "ospite" del processo penale, occorre chiedersi quale modello di giustizia penale, complessivamente considerata, sia desiderabile *de iure condito* e *de iure condendo*, e, soprattutto, se sia o meno auspicabile spostare l'asse di rotazione del sistema dal reo alla vittima.

Non è certo difficile affermare che quest'ultima direzione sia stata privilegiata, specialmente nel corso degli ultimi anni: si è forse trattato di una reazione ad un sistema che, probabilmente più di altri, ha faticato – e tuttora fatica – a costruire momenti di ascolto e di confronto tra le parti sostanziali, nonché storicamente carente sul piano delle prerogative processuali. Basterà ricordare che una delle tante ragioni sottese alla riforma che ha unificato la congiunzione carnale e gli atti di libidine sotto l'obiettiva nozione di "atti sessuali" è stata proprio quella di eliminare in radice la

possibilità di sottoporre la persona offesa a faticosi approfondimenti della puntuale dinamica dei fatti occorsi¹.

La doverosa attenzione alle forme di partecipazione al processo, però, ha divelto un argine. Guardando al sistema nel suo complesso, oggi, ci si accorge che risulta talora spogliato della sua veste pubblicistica in favore di dinamiche anche puramente privatistiche. È ben vero che non sono certo novità assolute – che trovavano già allocazione, ad esempio, negli istituti relativi alla querela – ma la cui pervasività sta mutando faccia al processo penale, oggi non più espressivo del puro rapporto punitivo “a due” tra lo Stato e il reo, ma reso trilaterale, con reciproche interferenze e frizioni.

La formalizzazione di un rapporto diretto tra reo e vittima ha comportato la tendenza verso la “privatizzazione” del diritto penale, qui da intendersi in un duplice senso: da un lato, si consente il rientro protagonista della vittima nel processo, facendo sì che la dinamica del conflitto sia sempre più centrata su un “*bargaining di volta in volta intavolato dalle parti in conflitto*”²; dall’altro, si induce l’effetto della “monetizzazione” della pretesa penale, anche da parte degli organi della accusa pubblica, nonché l’implementazione di strumenti processuali di conio civilistico³. Quale, ad esempio, l’art. 162-ter c.p., introdotto come valvola di sfogo per i casi in cui vi sia un immotivato rifiuto di rimettere la querela. Al fondo, si vuol evitare l’abuso del processo penale da parte del querelante⁴, ricollocato dalla norma in esame entro il perimetro delle pretese puramente civilistiche: un rifiuto di rimettere la querela che si motivi con la pura richiesta di pena – pur sempre requisito indefettibile della medesima – è dunque potenzialmente censurabile. Si vuol così sterilizzare la vendetta privata, seppur non tramite la riaffermazione del

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 7ª ed., Padova, 2019, 385.

² Così già C. E. PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale*, in *Riv. fac. diritto Curitiba*, 1992/1993, 27. Più di recente cfr. R. PALAVERA, *Il penalista e il suo partito*, Pisa, 2018, 107.

³ Da diverse prospettive, cfr. M. VOGLIOTTI, *La metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Ars interpretandi*, 2001, 663 ss.; G. MARTIELLO, “Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole “punire” il reo, in *Criminalia*, 2017, in part. 336 ss.; T. PITCH, *Il protagonismo della vittima*, in *discrimen.it*, 20 febbraio 2019, 2 ss.

⁴ In questi termini cfr. F. GIUNTA, *Il potenziamento della querela-selezione e la sua gestione giudiziale in presenza di condotte riparatorie*, in *Riv. pen.*, anticipato su *discrimen.it*, 10 novembre 2018, 10, e C. SANTORIELLO, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: un primo argine contro la strumentalizzazione del processo penale da parte della vittima*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl., 178 ss. *Amplius* cfr. G. P. DEMURO, *L’estinzione del reato mediante riparazione*, in *Criminalia*, 2018, in part. 374 ss., e S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, *ivi*, 402.

monopolio punitivo, bensì attraverso la rinuncia alla pena, che ben più della punibilità stessa è piena manifestazione del potere⁵.

Pur assai significativa, l'introduzione dell'art. 162-ter c.p. non riesce – del resto non è questa la sua vocazione – a riequilibrare del tutto i rapporti tra autore e vittima. In molti altri luoghi concettuali si apprezza la totale sopraffazione delle istanze della tutela su quelle delle garanzie.

Ciò non può meravigliare, posto che il *favor societatis* e il *favor rei* sono da sempre in contrasto, e da sempre la loro composizione è la sfida dei sistemi penali democratici⁶. Senza pretesa di esaustività, è opportuno richiamare alcuni passaggi di questo percorso, da cogliere nella sinergia tra diritto sostanziale e processuale, specialmente per l'influenza che avranno sullo sviluppo delle presenti riflessioni.

2. Il paradigma vittimario: lo stato dell'arte

Un primo dato significativo riguarda lo stesso posizionamento della vittima nello scenario processuale, posto che la sua presenza tende fisiologicamente a sfumare, quando non ad annichilire, la presunzione di innocenza dell'art. 27, co. 1, Cost. All'estremo, si può giungere a negare il principio costituzionale, sostituendolo con un principio opposto, foriero di una presunzione eguale ed inversa⁷. Basti considerare che la definizione della vittima offerta all'art. 2 della direttiva 2012/29/UE – molto ampia, per “*cerchi concentrici*”⁸ – si centra sull'esistenza di un danno (di per sé poco significativa) e sulla sua derivazione da un reato: il quale, però, è proprio il *thema probandum* del processo penale. Breve: è il reato che genera la vittima, ma nel processo si diventa tali ben prima che questo elemento costitutivo sia accertato. Il che genera una dinamica *finzionale*⁹ – ovvero che vi sia una vittima, accertata come tale – che orienta lo sviluppo processuale e interpretativo, costituendo la base motivazionale delle scelte compiute, in quello che sembra essere un bilanciamento tra opposti

⁵ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, 32 ss.

⁶ G. VASSALLI, *I principii generali di diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699 ss.

⁷ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 11.

⁸ A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Pitch*, in *discrimen.it*, 20 febbraio 2019, 3.

⁹ *Amplius* cfr. P. TRONCONE, *Fictio legis e fictio iuris. Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale*, in *Arch. pen.*, 1/2020, in part. 6 ss.

principi. Sta di fatto, però, che il processo penale non è un luogo neutro, atteso che il tessuto costituzionale si trama attorno alla figura dell'accusato. Peraltro, si potrebbe opinare sul fatto stesso che la presunzione di non colpevolezza sia un principio: si tratta di una regola di fondo dell'impianto complessivo della giustizia penale, insuscettibile di bilanciamento sino alla dimostrazione del suo opposto. È una regola, e come tale applicabile nella logica del *tutto-o-niente*: o è valida, oppure non lo è¹⁰.

Non meno marcati, poi, sono i riflessi di natura strettamente processuale: si pensi alla forgiatura giudiziale della misura cautelare non custodiale sulla base della relazione tra autore e vittima (così svalutando i "casi e modi" previsti dalla legge, almeno secondo l'art. 13 Cost.); alla audizione dei testi cc.dd. "vulnerabili": nozione puramente normativa, talora sprovvista di qualsivoglia legame con la realtà empirica¹¹; alla facoltà di opporsi alla richiesta di archiviazione, compresa quella per tenuità del fatto¹²; alla totale schizofrenia tra il *favor separationis* – esemplificata dalla dichiarazione di incostituzionalità che ha travolto l'opposizione a decreto penale¹³ – e l'ipervalutazione del narrato della vittima durante la fase delle indagini (recuperata, ma solo in parte, dalle cautele che devono circondare la valutazione della testimonianza della persona offesa, se costituita parte civile); alla concessione *ope legis* del patrocinio a spese dello Stato, senza limiti, per i reati di violenza, recentemente estesa anche a chi viene riconosciuto in legittima difesa (e non per caso: a certe condizioni, e per puro paradosso, "vittima" può essere anche il reo).

Ancora, molteplici sono i poteri assegnati alla vittima per incidere, più o meno direttamente, sulla persona del reo: si pensi alla interlocuzione, pur a certe condizioni, sulle misure cautelari personali (art. 299, co. 2-*bis*, c.p.p.); alla valorizzazione della predisposizione di un programma di prevenzione della violenza organizzato da servizi socio-assistenziali *ante* condanna (art. 282-*quater*, co. 1, ult. periodo, c.p.p.) ai fini della modifica o della revoca della misura cautelare in essere (uno slittamento

¹⁰ Sul punto cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di N. Muffato, Bologna, 2010, 81 ss. e 116 ss.

¹¹ F. TRAPPELLA, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen.*, 3/2019, 7 ss. e 34 ss.; H. BELLUTA, *Il processo penale ai tempi della vittima*, Torino, 2019, 25 ss.; L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 129 ss. Da una diversa prospettiva cfr. M. BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. uomo*, 18 dicembre 2019, 1 ss., nonché gli interventi raccolti nel volume *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018.

¹² G. SPANGHER, *Vittima e persona offesa nelle nuove dinamiche del processo penale*, in *Giur. it.*, 2019, suppl., 75 ss.

¹³ C. cost., 27 febbraio 2015, n. 23, in *www.cortecostituzionale.it*.

“rieducativo-terapeutico”, quindi, che si produce proprio nella fase delle indagini); al non secondario ruolo giocato sulla concessione della sospensione del processo con messa alla prova. E un’elencazione rapsodica potrebbe continuare¹⁴.

Eguale denso di conseguenze, poi, è il rapporto tra Stato e vittima, nel duplice rapporto che essa ha con la pubblica accusa e col giudicante. Il passaggio dalla tutela dei beni alla tutela della persona, in carne ed ossa, comporta che il diritto diventi “emotivamente denso”, e che il pubblico ministero e il giudice siano esposti a questa carica emozionale. Il primo, com’è stato autorevolmente affermato, può scivolare verso l’improprio ruolo di tribuno dei diritti della vittima, talora senza la mediazione della legge¹⁵; il secondo, invece, può essere portato a colmare eventuali “lacune” di tutela operando una lettura estensiva, analogica o “criminologica” delle fattispecie incriminatrici, specialmente davanti a condotte che comportino una decisa riprovazione morale.

Ciò che in questa sede più interessa, nondimeno, è l’effetto di questo complesso di fattori sul modo stesso di concepire la reazione penale. A ben vedere, infatti, il descritto mutamento di paradigma influisce in modo decisivo sul modo di interpretare le fattispecie: dal reato come integrazione del fatto tipico e violazione della norma incriminatrice si transita al reato quale lesione di una vittima concreta, in quella che par essere una estremizzazione, talora moralistica, del principio del danno, inteso in chiave estensiva della tutela¹⁶. Come si vedrà, la vittima non ha bisogno del bene giuridico, né tantomeno di un’offesa a lei diretta: la vittimizzazione, infatti, può addirittura prescindere dal diretto coinvolgimento nella vicenda illecita.

3. Un identikit della vittima

Nella prospettiva che la vittima sia il motore per una trasformazione del paradigma punitivo, risulta imprescindibile provare a riempire di contenuto il concetto, mettendone a nudo le caratteristiche essenziali, principali ed eventuali.

Partendo da una prima considerazione, forse banale, si può affermare che la

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche cfr. M. MONTAGNA, voce *Vittima del reato (profili processuali penali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 963 ss.

¹⁵ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 105.

¹⁶ Rischio, quest’ultimo, lucidamente evidenziato da G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 70 ss. Sul tema cfr. M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1562 ss.

vittima è tale in ragione di quanto ha subito: la sua legittimazione – e la sua “forza” – sta proprio nella identificazione col male ingiustamente patito. La vittima sta e cade col reato. Anzi: ne è vivente prova emblematica. Per questa ragione è ontologicamente pura, poiché evoca, più o meno direttamente e consapevolmente, una dinamica sacrificale¹⁷. La posizione della vittima è quindi “originaria” e tendente al trascendente, in grazia della aggressione ad un diritto che è stato violato: tanto più il diritto è inviolabile, quanto più la posizione della vittima si innalza¹⁸. Inquadrando l’essere sotto il profilo dell’avere, la vittima-concetto riduce la vittima-soggetto ad un “portatore di proprietà (e non di azioni)” e “gli chiede di restare, dolorosamente ma orgogliosamente, ciò che è”; la sua condizione di “incapacità” e di “debolezza” è un *de facto* che diventa *de iure*¹⁹.

Com’è stato efficacemente notato, i suoi connotati principali sono i seguenti: (i) è titolare di una condizione inalienabile; (ii) è innocente; (iii) è portatrice di una verità che (iv) si traduce in una storia, o, meglio, *nella* storia di quella persona, identificando quest’ultima col suo vissuto²⁰. A ciò consegue che la storia vittimaria è sempre autorevole, posto che nessuno, in definitiva, può discuterla in quanto tale. Con ciò non si vuol certo affermare che la condizione di vittima sia in qualche cercata o ambita, né che tali caratteristiche siano artatamente accentuate da chi è stato offeso da un reato. Né, ancora, si intende che la vittima sia tale perché lo ha meritato, non difendendosi quando poteva²¹.

D’altra parte, si può essere vittima per cause sovraindividuali, anche se non si è stati colpiti direttamente dall’illecito: ne sono chiari esempi la discriminazione razziale, o, in un certo senso, il negazionismo. Esiste quindi anche una vittimizzazione “artificiale”, diacronica – oggi, con una terminologia tristemente usuale, si direbbe “a distanza” – rispetto alla quale le pene sono sempre più presenti e più gravi, anche se hanno come contraltare delle condotte che, per le loro caratteristiche, dovrebbero a maggior ragione indurre ad una revisione critica fondata sulla proporzionalità della

¹⁷ *Amplius* cfr. R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, trad. it. a cura di O. Fatica e E. Czerkl, Milano, 1980, in part. 102 ss.

¹⁸ L. ZOJA, *Paranoia. La follia che fa la storia*, Torino, 2011, 366 ss.

¹⁹ D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Milano, 2014, 89 e 95.

²⁰ Ancora D. GIGLIOLI, *Critica*, cit., 85 ss.

²¹ A. DI MARTINO, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro e E. Piemontese, Torino, 2004, 192 ss.

sanzione²². Com'è noto, ciò non comporta una diminuzione qualitativa dello status vittimario che ciascun interessato può eventualmente reclamare, che è anzi talora impiegato per proporre vere e proprie “*class action* penalistiche”, operanti sull'inedito piano della meritevolezza di pena: sul punto, la storia dell'omicidio stradale è particolarmente eloquente.

La perimetrazione del concetto astratto di vittima è quindi utile a mettere in chiaro quali siano le sue caratteristiche ricorrenti, e soprattutto a dimostrare quanto la sostituzione alla persona offesa faccia transitare il diritto penale dalla tutela di un bene giuridico alla tutela di una – quella – persona. Per converso, l'autore è l'anti-identità, l'anti-vittima, la sua negazione: quindi anch'egli è un “tipo”, o comunque finisce per diventarlo (lo *stalker*, il *pedofilo*, l'*omofobo*, il *razzista*, etc.).

Tuttavia, mentre le aspettative del sistema giuridico, per quanto severe, sono emotivamente neutre, le aspettative della vittima possono finire con l'essere brutalizzanti nei confronti della comunità che decidesse di appropriarsene per “fare giustizia”²³, soprattutto laddove l'idea che il proprio “avversario” sia un criminale consenta, o addirittura legittimi, la soddisfazione del proprio desiderio di persecuzione. Gli esempi storici più significativi sono innumerevoli, e non per caso hanno spesso trovato più efficace soluzione nelle alternative alla giustizia penale ordinaria (si pensi alla giustizia di transizione dei tribunali speciali o delle *Truth commissions*²⁴, ovvero alle clemenze generali).

4. La vittima quale strumento argomentativo

È indiscutibile che la vittima-concetto costituisca (anche) una figura retorica di grande potenza. Tale strumento argomentativo gode della possibilità di essere impiegato sia al di fuori del processo, sia al suo interno. Nel primo caso, è certamente appannaggio di un legislatore interessato alla creazione di un diritto penale di lotta, con parallela sovversione dei principi liberali; nel secondo, invece, può essere sfruttato da una giurisdizione che voglia imperniare sulla tutela, e non sulla garanzia, il

²² Le riflessioni sono tratte dalla relazione introduttiva della Prof.ssa Paz de la Cuesta Aguado svolta nell'ambito del seminario “*El derecho penal actual entre la racionalidad y la victimidad*” (Firenze, 9 settembre 2019).

²³ W. HASSEMER - J. P. REETSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, 126.

²⁴ Si veda il puntuale raffronto tra dinamica domestica e sovranazionale di P. RIVIELLO, *Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2016, in part. 534 ss.

suo operato. Con due rispettivi esiti, tra loro interferenti: il securitarismo, ossia il diritto penale del nemico; il vittimocentrismo, cioè il, forse più temibile, diritto penale dell'amico²⁵, nel quale la "relazione nemicale" non preesiste alla reazione repressiva, essendo invece da quest'ultima costituita *ex novo*²⁶. La relazione nemicale fisiologicamente impoverisce il fatto di reato e tende ad una risposta sanzionatoria sproporzionata, rovesciando il finalismo della pena, che diventa solo eccezionalmente rieducativo²⁷. Apre, poi, al non più soltanto futuribile panorama dell'estensione indiscriminata delle misure di prevenzione personali anche a fenomenologie criminali non abnormi, ed anche a prescindere dalla condanna in sede di cognizione²⁸.

Ne sia prova il fatto che l'uso politico-criminale della vittima non infrequentemente comporta l'individuazione di gruppi sociali contrapposti, in lotta più o meno aperta, rispetto a cui proporre soluzioni giuridiche particolareggiate e derogatorie, che "superino" il sistema ordinario²⁹. È uno dei molti punti di emersione della c.d. giuridicità debole, che si concreta nella tendenza a disciplinare i fenomeni definendo norme e procedure singolari o speciali per far fronte a esigenze particolari di un peculiare ambito³⁰, sterilizzando la disciplina comune, ridotta ad una funzione residuale.

In breve: nel paradigma del diritto penale dell'amico è lo Stato a porsi quale nemico del reo e ad instaurare un conflitto³¹, trasformandosi da potere costituito in potere costituente, in quanto capace di selezionare coloro che ne legittimano l'esistenza. Anziché affievolire il confine tra diritto penale e guerra, come il *Feindstrafrecht*, questo *Freundstrafrecht* fa svanire il diaframma tra diritto penale e vendetta.

Naturalmente, poi, la vittima è il referente privilegiato di ogni politica criminale populistica³² – quando non "plebeistica"³³ – soprattutto laddove essa diventi la

²⁵ La suggestione è tratta, pur nella diversità contenutistica, da F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 486 ss.

²⁶ Sul tema, anche per la terminologia impiegata, cfr. F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 704.

²⁷ F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico*, cit., 710.

²⁸ Sul punto si veda l'esauritivo quadro tracciato da A. M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 947 ss.

²⁹ In tema cfr. V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, in *Arch. pen.*, 3/2017, in part. 3 ss.; più in generale cfr. A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale*, in *Quad. storia penale giustizia*, 2019, 265.

³⁰ Così S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, 59 ss.

³¹ P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2/2020, 336.

³² In tema cfr. J. W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?*, trad. it. a cura di E. Zuffada, Milano, 2017, 63 ss., nonché E. AMODIO, *A furor di popolo*, Roma, 2019, 12 ss. e 131 ss.

bandiera di un apparente rinnovamento morale-politico³⁴. L'adesione a questo genere di politiche e la conseguente logica binaria del "noi-loro" nasconde dei seri contraccolpi sulla concezione della pena, sempre più intesa in chiave neutralizzante, se non impositiva di una risocializzazione forzata. Si ricorderanno, oltre alle suesposte recenti interpolazioni recate dal c.d. "codice rosso" (l. 19 luglio 2019, n. 69), le proposte, anche legislative, in tema di castrazione chimica³⁵. Inoltre, si affaccia sempre più l'idea che la vittima sia un "terzo controinteressato" rispetto alla pena³⁶, titolare in via originaria di un vero e proprio diritto alla punizione³⁷.

È ben vero che il diritto penale non può disinteressarsi della vittima, altrimenti rinuncierebbe al suo ruolo di pacificatore sociale: ciò che è discutibile è che al titolare di un diritto alla riparazione possa o debba essere riconosciuto anche il diritto di orientare la risposta penale, ben diverso da quello riconosciuto all'offeso dal reato, al quale si è affidato talora il compito di selezionatore secondario delle istanze punitive mediante la querela, quale decisore sul bisogno di pena di un certo fatto. La vittima, al contrario, è a tutti gli effetti un terzo polo di interessi, oltre al reo e alla giurisdizione pubblica, complessivamente considerata³⁸. Il che riporta alla "privatizzazione" del processo penale, nel senso sopradetto: il diritto, presto o tardi, si adegua sempre ai fenomeni che deve regolare; e dimostra lo scivolamento dello Stato "sociale" verso il modello dello Stato "penale"³⁹, anche se non sempre le aspettative sociali sono corrisposte dalla giurisdizione.

In quest'ottica, matura e si sviluppa una epidermica avversione per i principi e le regole basilari del diritto penale classico, "illuministico", intesi come limiti alla

³³ Per la terminologia, ed ulteriori approfondimenti, cfr. L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 206.

³⁴ Così L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1771.

³⁵ Il riferimento è alla proposta di legge A.C. 272/2018, il cui testo è reperibile sul sito della Camera dei Deputati (<https://www.camera.it/leg18/126?tab=2&leg=18&idDocumento=272&sede=&tipo=>).

³⁶ Argomento, quest'ultimo, speso addirittura dall'Avvocatura dello Stato a "difesa" della preclusione relativa ai permessi premio per i condannati per reati di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. pen. nell'ambito del procedimento incidentale che ha dato luogo alla sentenza costituzionale n. 253 del 23 ottobre 2019.

³⁷ In questo senso, per tutti, J. P. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als problem*, München, 1999, 123. Insuperabili, sul punto, le considerazioni critiche di V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17*, 2011, in part. 103 ss., cui si rimanda anche per i puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

³⁸ P. P. PAULESU, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 593 ss.

³⁹ L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, trad. it. di M. Guareschi, Milano, 2000, in part. 70.

giustizia sostanziale, come ostacoli da rimuovere. La loro capacità arginante, invero, è assai limitata, e ciò in ragione della loro stessa genesi: essi nascono con la finalità antiautoritaria di fronteggiare il “leviatano”, ma oggi si trovano davanti un antagonista diverso, reso meno appariscente da un sistema multilivello e dall’acquiescenza della stessa collettività. Siamo, com’è stato lucidamente notato, nel pieno *post-illuminismo* penale, in cui viene progressivamente meno l’affidamento nella razionalità scientifica, in favore di un diffuso sentimentalismo sociale che rende la sfera emotiva il prioritario strumento di comprensione del reale, come tale orientata dalle paure e dal risentimento⁴⁰. Da qui un nuovo compito per i principi: non più solo arginare il potere dello Stato, ma tentare di frenare la vendetta collettiva, soprattutto nel contesto della moderna oclocrazia informatica.

5. La tipicità “postuma”: la sovversione del rapporto tra diritto e processo penale

Guardando ai caratteri più concreti di questo mutamento di paradigma, emergono due fenomeni distinti ed interferenti: il primo consiste nell’inversione del rapporto tra tipicità e processo; il secondo, invece, si connette allo snaturamento dei caratteri essenziali dell’illecito penale.

Quanto alla prima delle questioni poste, lo schema classico – e ancora formalmente vigente – che si produce dall’interferenza tra diritto penale sostanziale e processuale imporrebbe una sequenza del tipo seguente:

fatto – norma – processo – pena

Lo schema anzidetto si impernia sulla constatazione che la tipicità dovrebbe costituire il pilastro per l’attivazione del processo penale, tanto che la precisa definizione dell’addebito, sia “in fatto” che “in diritto”, costituisce una delle garanzie centrali per il reo-imputato⁴¹. Naturalmente ciò non toglie, come la prassi giudiziale dimostra, che la funzione regolativa del diritto penale sostanziale possa, in concreto, cedere il passo a interpretazioni più “aperte” e meno rispettose del principio di legalità. Ciò, peraltro, è spesso consentito da norme incriminatrici sempre più intese come un “canovaccio” su cui tessere, *ex post*, la reale trama dell’illecito (i cc.dd. *Offene Tatbestände*)⁴².

⁴⁰ Così F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico*, cit., 713. I caratteri del post-illuminismo penale sono compendati in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019, 46 ss.

⁴¹ F. GIUNTA, *La forma dell’imputazione e la sostanza del processo*, in *disCrimen*, 2/2020, 579.

⁴² In termini, da ultimo, M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L’imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2/2020, 7 ss.

Quando, però, nell'equazione entra la vittima, si assiste talora ad un vero e proprio rovesciamento del paradigma. Salvi i non pochi casi fisiologici, in cui il rapporto tra diritto penale e processo è mantenuto integro, il punto di partenza è una condotta che sia – o sia percepita come – antisociale, deviante, indesiderata e che dimostri che il sistema morale del reo è antitetico rispetto a quello dominante. Non è richiesto che sia anche tipica: occorre che rechi un apprezzabile disvalore sociale ovvero che sia percepita come indebita dalla vittima. Il disvalore – sostituto del giudizio retrostante alla tipizzazione – è portato e incarnato dalla vittima, che domanda soddisfazione nel giudizio.

Il “modello classico”, a questo punto, opporrebbe il vaglio della tipicità. Il diverso paradigma in discorso, invece, lascia che le ragioni della vittima diventino le ragioni della giustizia, facendo abbandonare alle seconde ciò che le giustifica e legittima, ovvero sia il loro fondamento legalistico. La pretesa della vittima diviene quindi una fonte di ri-definizione del precetto penale, in funzione della sua aspettativa e della sua tutela: è la libertà personale a dover essere giustificata, non già la sua privazione⁴³. Non è più il fatto tipico che fonda il processo, ma il processo che si mette “a caccia” del fatto tipico. Quando, poi, la vicenda processuale ha una rilevanza mediatica, ed eventualmente concerne una molteplicità di persone, si perviene non solo alla pretesa di ri-definire il precetto, ma addirittura di determinare la pena o a richiedere ulteriori sanzioni extra-processuali, di natura sociale o economica.

Se ciò è vero, il processo non è più la sede del confronto tra fatto storico e norma incriminatrice, bensì il luogo in cui quest'ultima viene ricostruita e ridefinita: la tutela del singolo prevarica le garanzie del *nullum crimen*; è l'accusa a fondare la colpa, non viceversa⁴⁴. Per l'effetto, la tipicità non è il presupposto della sentenza, ma il suo prodotto; correlativamente, la responsabilità si afferma sulla base di una ascrizione che dipende da un preesistente status dell'autore o della vittima⁴⁵. Risulterà quindi chiaro che lo schema del rapporto tra diritto penale e processo si articola diversamente, e più precisamente secondo la seguente formula:

disvalore sociale – vittima – processo – tipicità – pena

Si tratta di una vera e propria “tipicità postuma”, brillantissima formula con la quale si identificano i casi nei quali, da un lato, si sovverte la logica del diritto e del

⁴³ G. MARRA, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *Criminalia*, 2019, anticipato su *discrimen.it*, 15 settembre 2020, 15.

⁴⁴ Così A. GARAPON, D. SALAS, *La repubblica penale*, Macerata, 2008, 20.

⁴⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Prefazione*, in F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 18.

processo penale, e, dall'altro, l'agente comprenderà soltanto a cose fatte se il proprio comportamento sia o meno illecito, con ogni conseguenza anche in punto di colpevolezza⁴⁶. Parallelamente, ciò fa sì che la tutela giurisdizionale, nel farsi alfiere di valori personali – intesi in senso individualistico, non personalistico – resti la sede della risoluzione del conflitto, ma non della applicazione della legge-fattispecie, legata a doppio filo alla stabilità e alla omogeneità della società civile.

6. La torsione verso l'illecito penale "aquiliano": il ruolo della violenza impropria

La sostituzione della "vittima" alla "persona offesa" comporta una non secondaria serie di effetti sul modo di interpretare le fattispecie incriminatrici. Si tratta di una distorsione che non è certamente frutto della dinamica sopra esposta, ma che in questo nuovo *humus* culturale ha trovato una nuova linfa. In questa galassia riluce particolarmente la stella della violenza, con specifico riferimento alla violenza c.d. "impropria", che gioca un ruolo assai significativo nel mutamento di paradigma imposto dall'approccio vittimocentrico.

Com'è noto, mancando una nozione generale, la dottrina ha sempre più valorizzato il nesso tra la violenza e la contrarietà al volere del soggetto passivo⁴⁷ e da questa equazione è poi sorta la definizione "classica" di violenza impropria, consistente in ogni mezzo che produca il medesimo risultato, esclusa la minaccia⁴⁸, e oggi accolta da una pressoché unanime manualistica e dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite⁴⁹. Essa consente di traslare il contenuto violento, richiamato quale modalità della condotta, sul risultato ottenuto dall'agente.

Per tale via sfuma – e, talora, si perde – la corporalità della violenza, che alberga non più nel mezzo impiegato per la coazione del soggetto passivo, ma nella coazione che ne deriva. Nella categoria rientrerebbero (i) le condotte che pongono il soggetto passivo nell'incapacità di agire consapevolmente (es.: narcotizzazione); (ii) l'uso di sostanze che aggirano il controllo della volontà sollecitando reazioni riflesse

⁴⁶ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 31 ss. e 72 ss. Le considerazioni appena spese traggono decisivo spunto dalla relazione tenuta dal Prof. Dario Micheletti al convegno "La difesa delle garanzie liberali nella stagione della giustizia euro-vittimocentrica" (Ferrara, 20 e 21 settembre 2019), la cui registrazione è consultabile nella sezione "Multimedia" di *discrimen.it*.

⁴⁷ G. D. PISAPIA, *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940, 15.

⁴⁸ Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2016, 140.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 13178/2020, in *CED*, rv. 278735, in part. 24, 26 e 27.

del corpo che sono insopprimibili (es.: lancio di lacrimogeni); (iii) le condotte limitative della libertà di movimento avvenute senza contatto corporeo (es.: chiudere una persona in una stanza girando la chiave); (iv) il c.d. “picchettaggio” ostruzionistico; (v) l’omissione di comportamenti giuridicamente doverosi; (vi) le condotte stradali di guida aggressiva che costringono ad arrestare la marcia o a invertirla; (vii) infine, le condotte che, senza comportare l’impossibilità di movimento del soggetto passivo, lo pongono tuttavia davanti alla necessità di rinunciare a tenere un comportamento o di tenerlo rischiando di ledere beni altrui⁵⁰.

La violenza finisce per divenire un concetto di genere, ricomprendente qualunque condotta che è in grado di produrre un costringimento, e dunque anche la stessa minaccia.

Oggi il tema è caricato delle aspettative punitive che si connettono al settore della tutela della persona *lato sensu* inteso, i cui *core crimes* sono rappresentati dai delitti di atti persecutori, violenza sessuale, violenza privata e maltrattamenti in famiglia. Si tratta degli illeciti delle cc.dd. “fasce deboli” – torna, ancora, l’idea di un diritto penale differenziato, prossimo e solidale – che ha trovato nelle riforme del 2013 e del 2019 nuova linfa per un’ulteriore autonomizzazione.

In questi settori si apprezza chiaramente la perdita totale dei confini della condotta intesa come modalità di lesione, com’è chiaramente dimostrato dall’infinita casistica giurisprudenziale relativa al delitto di violenza privata, che ne ha snaturato i già sbiaditi connotati, e che l’ha resa, da norma di chiusura e residuale, un vero e proprio grimaldello attraverso il quale sanzionare ogni comportamento latamente antisociale o deviante. Ancora, si pensi alle molte difficoltà che talora si hanno nell’inquadrare, oggi, una determinata condotta nell’abuso delle condizioni di inferiorità oppure in un irriconoscibile concetto di violenza, nonostante la loro cristallina autonomia concettuale; ovvero, ancora, l’estensione massima assegnata all’abuso di autorità, in conseguenza della valorizzazione dell’effetto coattivo che ne deriva⁵¹.

È ben vero, invece, che la violenza implica spesso un legame obiettivo col risultato lesivo previsto dalla norma incriminatrice, anche se non necessariamente con uno stato di coazione⁵². In tali casi, essa esprime la modalità comportamentale riprovata dall’ordinamento, che tuttavia deve porsi come strumentale per la realiz-

⁵⁰ Per tutti cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 264.

⁵¹ Da ultimo cfr. Cass. pen., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326, in *giurisprudenzapenale.com*, 2 ottobre 2020, 12 ss.

⁵² Così G. DE SIMONE, voce *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 887. *Contra* F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I – L’offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 146 ss.

zazione dell'illecito: si pensi, a titolo di mero esempio e senza pretesa di esaustività, agli artt. 270 e 272 c.p., all'evasione aggravata (art. 385, co. 2, c.p.), all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni di cui all'art. 392 c.p., al turbamento di funzioni religiose (art. 405 c.p.), alla "nuova" fattispecie di danneggiamento (art. 635, co. 1, c.p.)⁵³. Ma ancor più chiaramente, si pensi alla violenza sulle cose, che, laddove non si traduca in una minaccia – è il classico esempio del rapinatore che spari una raffica sul mobilio dell'istituto di credito – costituisce una modalità della condotta che tende a superare un ostacolo opposto dalla cosa medesima, senza il necessario coinvolgimento di un soggetto passivo.

Gli esempi mettono in luce quanto l'interpretazione corrente della violenza impropria sia in realtà relativistica (*tatbestandsspezifisch*) e ad uso e consumo di una particolare vicenda storica, o di gruppi più o meno significativi di condotte ricorrenti. Al contrario, il concetto di "violenza", se si vuole ammettere, deve essere inteso in senso unitario, trovando la sua giustificazione in sé stesso, in quanto espressione di un disvalore preesistente al risultato a cui tende, e non in dipendenza dallo scopo – più o meno accentuato – di tutela di ogni norma incriminatrice e di ogni sua astratta applicazione.

Già alla metà del secolo scorso si è cristallizzata chiaramente l'idea che la tesi della costrizione del volere, contrapposta alla tesi della violenza come forza fisica, portasse all'appiattimento del mezzo sul risultato, consentendo così addirittura di confondere la *vis* e l'inganno⁵⁴. In effetti, nel segno della valorizzazione dei soli effetti della condotta, anche la vicenda di Ulisse e Polifemo sarebbe una storia di violenza impropria. L'affermazione mostra chiaramente il paradosso: il ricorso al narcotizzante usato dall'eroe, infatti, è proprio il contrassegno dell'impossibilità di giocare la partita della fisicità. Si tratta, in questo caso, della rivincita dell'intelletto – della frode? – sulla forza bruta⁵⁵. Allo stesso modo, fuor dall'epica, lo sciopero della fame di un detenuto ha il dichiarato scopo, nei limiti in cui è possibile, di coartare la direzione penitenziaria facendole assumere taluni provvedimenti. Sorprende oggi leggere che, tra i tanti, si portava l'esempio del *"fidanzato respinto che passeggia sotto la casa della ragazza per chiedere spiegazioni e costringe così la stessa a non uscire per evitare discussioni"*, che, ove fosse accolta la tesi della coazione, sarebbe stato ingiusta-

⁵³ Per tutti, pur con riguardo all'art. 392 c.p., cfr. C. PEDRAZZI, *Appunti sulla violenza quale "mezzo" del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 999.

⁵⁴ A. PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, 1962, 22. Cfr. anche B. PETROCELLI, *Violenza e frode*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, in part. 180.

⁵⁵ L'esempio è tratto da F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., 233 ss.

mente chiamato a rispondere di violenza privata⁵⁶. Oggi costui sarebbe certamente indiziato del ben più grave delitto di atti persecutori: nel quale, si noti, la violenza non è neanche evocata (almeno testualmente).

In quest'ottica, si è proposta una normativizzazione del concetto di violenza, intesa come una *“rottura unilaterale delle modalità normali [...] della dialettica dei rapporti intersoggettivi [...] socialmente inadeguata”* rispetto al contesto di riferimento⁵⁷, la quale, proprio per la scelta della normativizzazione, sembra aumentare – anziché diminuirlo – il cono applicativo del concetto di violenza, astraendolo del tutto dalla sua realtà naturalistica. Ancora, si è sostenuto che la violenza debba essere intesa in senso bidimensionale, abbracciando cumulativamente la *vis* e la costrizione, e consistendo quindi nella causazione di una coazione realizzata con una aggressione fisica alla vittima o con mezzi *“sostitutivi che esprimono indirettamente un impiego di energia fisica”* o che *“denotano comunque comportamenti aggressivi”*⁵⁸. Nozione, quest'ultima, in cui si apprezza certamente il tentativo di comporre una sintesi, ma che tende a spostare il problema definitorio sulla *“aggressività”* delle condotte.

Al culmine della distanza dalla concettualizzazione della violenza *“impropria”* si collocano, infine, le tesi che vogliono condivisibilmente accreditare il recupero di una dimensione esclusivamente fisica della violenza. Tale nozione, nucleare, sarebbe fondata sull'equivalenza contenutistica tra la violenza-fine e la violenza-mezzo, che vede la violenza quale lesione o messa in pericolo della vita, dell'integrità fisica o della libertà di movimento, nonché delle condotte riconducibili alla violenza sulle cose⁵⁹, alla ricerca di un concetto unitario e minimale, letterale e disanalogico, applicabile senza la possibilità di rifugiarsi in interpretazioni particolaristiche; tenendo anche conto che tale nozione è talora normativizzata dal legislatore, che ne modifica l'area semantica con attribuzioni di significato peculiari (così, ad esempio, negli artt. 613, 628, co. 3, n. 2, e 634, co. 2, c.p.)⁶⁰.

⁵⁶ A. PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, cit., 23 ss.

⁵⁷ D. PULITANÒ, *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, 373 e 375.

⁵⁸ E. MEZZETTI, voce *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, in part. 267.

⁵⁹ G. DE SIMONE, voce *Violenza (dir. pen.)*, cit., 905 ss.

⁶⁰ In questi termini M. MANTOVANI, voce *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 936 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela penale*, cit., 141 ss., 234 ss., 246 ss., 264 ss.

7. Conclusioni

Il quadro tracciato *supra* lascia intravedere una severa falla nella frammentarietà del sistema penale e nella frammentarietà interna delle fattispecie, che sottende chiaramente l'idea che ogni forma di aggressione all'autodeterminazione individuale debba essere, in qualche modo, oggetto della repressione penale. Dal parcheggio nel posto riservato agli invalidi, al bacio sulla guancia, alla petulanza per far risorgere una relazione amorosa, allo “*stalking* condominiale”, ciò che più colpisce – nella sensibilità sociale, prima che in quella della giurisdizione – è il radicamento dell'idea che non vi debba essere alcuno spazio vuoto nella tutela della libertà morale. Il che, per conseguenza, dovrebbe far risorgere anche il plagio consensuale, la cui ammissibilità fu autorevolmente sostenuta all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco in ragione della indisponibilità del bene in discorso⁶¹.

Così si chiude il cerchio: il fatto, divenuto “neutro” a seguito del suo smantellamento interpretativo, si accerta – e quindi viene ad esistere – solo all'esito della valutazione del disvalore sociale insito nella condotta. La tipicità non indizia più sull'antigiuridicità, almeno finché non si accerta il grado di illecita intromissione nella sfera morale altrui, reale o percepita. Ad esempio, nel caso del parcheggio nel posto nominale riservato agli invalidi – correntemente punito ai sensi dell'art. 610 c.p.⁶² – non v'è infatti alcuno che possa desumere dalla condotta i tratti della violenza, che si rintraccia, a posteriori, solo per tramite della qualificazione del soggetto passivo e della correlativa attribuzione della titolarità esclusiva al parcheggio, cui consegue il giudizio sulla condotta “deviante” o “impropria” o comunque *non iure*.

Cade così una premessa centrale del diritto penale moderno: anche i delitti naturali non sono più, di per sé, indici della antigiuridicità generale del comportamento, ma sono riempiti di contenuto *ex post* mediante la normativizzazione di concetti naturalistici ovvero per tramite di una influenza culturale così decisiva da sbilanciare la qualificazione giuridico-penale su significati originariamente non presenti (si pensi, ad esempio, alla valenza assunta dal consenso nei delitti sessuali⁶³).

Questa breve incursione riporta, con la circolarità tipica degli studi penalistici,

⁶¹ Così E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Delitti contro la libertà individuale*, Milano, 1936, 285 e 300.

⁶² *Ex multis* cfr. Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 17794, in *CED-Sentenze WEB*.

⁶³ Sul tema, da diverse angolature, si vedano le riflessioni di G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale e i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *Criminalia*, 2018, 191 ss., e M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, *ivi*, 216 ss.

alla necessità non solo di definire che cosa punire, ma di scolpire, sia legislativamente che ermeneuticamente, i tipi di condotta che si vogliono inibire, vietandoli.

Il modello di incriminazione, infatti, è altrettanto importante rispetto ai valori ad esso retrostanti. Le modalità di lesione sono il cuore dell'illecito penale: un assassinio è diverso da un omicidio colposo, così come una truffa o un'insolvenza fraudolenta sono altro rispetto ad un mero inadempimento contrattuale.

La rilevanza del profilo modale dell'illecito è la testimonianza che il diritto penale intende prevenire non tutti i fatti che cagionano un danno al soggetto passivo, ma soltanto quelli realizzati con una determinata modalità aggressiva caratterizzata da peculiari aspetti oggettivi e soggettivi. Non è possibile vietare di agire causalmente, mentre si può, e si deve, vietare di intraprendere consapevolmente dei comportamenti dannosi o pericolosi: il reato deve essere un "non dover fare", non può risolversi in un "non dover accadere", o, peggio in un "non dover essere".

Al contrario, un'esclusiva valorizzazione del disvalore dell'offesa concreta, legata alla prospettiva teleologico-vittimocentrica, comporta un fisiologico ampliamento della repressione penale in forza dell'intrinseca vocazione espansiva della punibilità che nasce da un ricorso totalizzante alla dimensione della tutela. Comporta, in breve, la surrettizia trasformazione delle fattispecie in reati a forma libera, realizzabili mediante qualunque condotta si legittimi sulla base della sua idoneità causale a cagionare, talora, eventi puramente psichici. E, per l'effetto, determina che il (diritto) penale sia *unica ratio*, e dunque banalizzato.

In tali casi non ricorre né la meritevolezza di pena oggettiva, che è connessa alla funzione critica del bene giuridico, né tantomeno quella soggettiva, ancorata al rispetto del principio di colpevolezza. Si tratta certamente di interessi meritevoli di attenzione, e forse anche di tutela, ma non mediante il diritto penale, il quale non ne ha la disponibilità⁶⁴. In altri termini, questi spazi sono fisiologicamente liberi dal diritto penale, che non vi si radica se non superando un confine ideale. Ma ogni potere che travalica ciò che è strettamente necessario produce un'ingiustizia: il fondamento di ciò che è "necessario" è nella norma incriminatrice e dunque ogni sanzione che punisce fatti non previsti dalla legge è inutile ed abusiva: è una forma sprovvista di contenuto.

Per tale via, le fattispecie incriminatrici si trovano non più ad essere parametri per la valutazione della conformità o meno al diritto di una certa condotta, ma di-

⁶⁴ C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1469.

ventano lo strumento per rispondere a bisogni di pena collettivi – talora più immaginari che reali – attribuendo loro non più una funzione regolativa, ma una funzione tabuistico-simbolica, in ossequio alla logica del massimo mezzo per il minimo risultato⁶⁵. È una “*prevenzione infinita*”⁶⁶ tarata sul bisogno sociale della pena, a prescindere dal disvalore del fatto e del bene da tutelare. Dimostrativa di un male della società, prima ancora che del sistema giuridico-penale.

⁶⁵ Ancora C. E. PALIERO, *Pragmatica*, cit., 1454.

⁶⁶ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, 136.