BIBLIOTECA DI
STVDI VRBINATI

A CURA DI
ROSA PALAVERA, NICOLA PASCUCCI, CECILIA VALBONESI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI



Urbino
University Press



BIBLIOTECA DI
STVDI VRBINATI

2

1506
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO
UUP URBINO UNIVERSITY PRESS

La Collana Biblioteca di Studi Urbinati affianca la Rivista Studi Urbinati, che svolge un'intensa attività culturale e scientifica da quasi cento anni. La Collana accoglie opere individuali o collettanee di respiro monografico relative agli stessi ambiti scientifici della Rivista: Diritto, Economia, Scienze politiche, Sociologia.

A CURA DI
ROSA PALAVERA, NICOLA PASCUCCI, CECILIA VALBONESI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI

SILENZIO, DIRITTO, DIRITTI
a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Cecilia Valbonesi

Comitato di direzione
Ulrico Agnati, Marco Cangiotti (Direttore), Monica De Simone (Coordinatrice della redazione), Paolo Polidori, Cesare Silla

Comitato scientifico
Fei Anling (Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino), Roberta Cucca (Norwegian University of Life Sciences), Mauro Magatti (Università Cattolica del S. Cuore di Milano), Hans-Peter Müller (HU Berlin), Arpad Szakolczai (University of St. Gallen), Chiara Tenella Sillani (Università degli Studi di Milano), Bjørn Thomassen (Roskilde Universitet), Davide Ticchi (Università Politecnica delle Marche), Frederic Vandenberghe (IFCS-UFRJ), Romana Xerex (Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa)

Redazione
Monica De Simone (coordinamento), Rossella Iatomasi, Marco Pernarella, Francesca Zanetti

Progetto grafico
Mattia Gabellini

Referente UUP
Giovanna Bruscolini

In copertina
Vilhelm Hammershøi, *The tall windows*, Museum Ordrupgaard, Charlottenlund (Dk)

[Print] ISBN 9791257650087
[PDF] ISBN 9791257650063
[ePub] ISBN 9791257650070

Opera sottoposta a peer review secondo il protocollo UPI

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
https://press.uniurb.it/index.php/UrbinoUP

© Gli autori per il testo, 2025, 2026
© Urbino University Press per la presente edizione
Pubblicato da: Urbino University Press | Via Saffi, 2 | 61029 Urbino
Sito web: https://uup.uniurb.it/ | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (https://www.streetlib.com/it/)

SOMMARIO

Ius tacere, ius tacendi 9
Rosa Palavera

Per non tacere il silenzio 15
Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Cecilia Valbonesi

CAPITOLO I

Il silenzio come spazio normativo

Silenzio e potere politico in Roma antica 33
Margherita Frare

Misura e validazione della «diligenza organizzativa». Tra anomia, Stato post-regolatore, ordinamenti periferici 45
Eliana Greco

La comunicazione interna ed esterna dei modelli aziendali di organizzazione e controllo nella prevenzione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro 63
Filomena Pisconti

CAPITOLO II

Il silenzio del legislatore

Tra silenzi e dissimulazione: Gli inasprimenti di pena tramite la politica delle circostanze del reato 77
Gianluca Ruggiero

Extradition of Persons with Mental Disorders and the Related Administrative Dimension: A Comparative Perspective between Civil Law and Common Law Systems 95
Alessia Teresa Accoto

Blockchain and criminal protection of personal data: challenges and perspectives under GDPR and italian law 115
Carlotta Conversi

CAPITOLO III

Il silenzio delle spade

Restorative justice and supranational sources: an overview 129
Elena Mattevi

Gemelli diversi. La recente riforma spagnola in tema di giustizia riparativa non colma le distanze con il sistema italiano 145
Davide Bianchi

Reflections on the Legitimacy and Limits of EU Sanctions in the Context of International Criminal Law 179
Magdi Nicoletta Vecchiet

CAPITOLO IV

Il silenzio delle vittime

I percorsi riparativi nei casi di violenza contro le donne. 199
La narrazione come risposta al "silenziamento" della vittima fra dinamiche di reificazione e "ingiustizia epistemica"
Marta Lamanuzzi

Rumore bianco, le città sorgive e i centri di aiuto per le vittime di reato. 215
Donde hay musica no puede haber cosa mala
Ivan Cecchini

CAPITOLO V

Silenzi dietro le sbarre

Il "silenzio degli innocenti": infanzia reclusa. 267
Quali possibili strategie per tutelare chi non può difendersi?
Emma Tidu

La pena del silenzio: separazione e disumanizzazione.
Riflessioni dal film Il segreto dei suoi occhi di Juan Josè Campanella 297
Alberto Tortoroglio

IUS TACERE, IUS TACENDI

Rosa Palavera

1. PARTE PRIMA[1]. IUS TACERE, IL SILENZIO DEL DIRITTO

Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. *Quod non est in lege, nec in iure*. Per lungo tempo, nell'orizzonte del penalista, il silenzio del diritto non era considerato un tassello mancante. Al contrario, era l'aprirsi sereno del cielo tra le rocce scure, la musica delle onde danzanti intorno all'arcipelago dei divieti[2].

Poi è sopraggiunto l'*horror vacui*. Argomenti congegnati per contrastare l'assioma della *completezza* dell'ordinamento son rivoltati a contrastarne la *frammentarietà*, tanto cara a quanti occupa il *diritto terribile*. Occorre riempire i vuoti di tutela! L'incriminazione è divenuta l'ossigeno d quella tutela. Ciò che prima era respiro del paesaggio ha cominciato a essere percepito come anossia. Lo *spazio libero dal diritto* è relegato ad artificio retorico, buono solo davanti ai cancelli della morte. La vita dev'essere normata e il *diritto vivente*, l'unico che può inseguirla in ogni anfratto, è diritto *pronunciato*: di quello solo si *parla*.

Eppure *ius dicere* e *ius tacere* sono intrecciati, più di quanto non appaia.

2. RILEGGENDO EMILIO BETTI

In Italia, più risaputamente di altri, Emilio Betti ammonisce i «feticisti della lettera della legge e della sussunzione sillogistica»[3] e proclama la «deficienza della disciplina legislativa», la funzione normativa e la portata evolutiva dell'interpretazione, il compito della giurisprudenza quale «organo competente della coscienza sociale del tempo», che affida ai giudici la valutazione non solo delle norme ma anche della «natura delle cose», per effetto, «certamente, di una rap-

1 La riflessione si pone idealmente in rapporto di complementarietà con quanto destinato alla pubblicazione, con il medesimo titolo, in A. Fabbri - A. Cupri (a cura di), *Segreto confessionale e diritto secolare. Un confronto tra modelli giuridici*, in questa stessa collana.

2 G. Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.5.1982*, Padova 1984, 112.

3 E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano 1949, 362.

presentanza d'indole morale e non legale, conforme all'altezza e alla perennità della missione affidata ai giuristi»[4].

Reticenze, titubanze e ambiguità della norma scritta diventano *spazio ermeneutico*: lo spazio del *più vivo ius dicere*, diritto che nel *tacere della legge* prospera e non cessa di fluire: l'analogia stessa, «auto-integrazione dell'ordine giuridico», «non è punto impensabile» nemmeno in ambito penale[5]. È accennato il tema del limite e «il nesso che lega l'oggettività dei valori col problema centrale dell'interpretazione, nel cui processo la totalità spirituale di ognuno è impegnata ad intendere quella comune oggettività»[6], ma mentre si promette di squarciare il velo di un tempio, si divelle l'argine di una diga.

Ecco intrecciarsi la prima aporia. Dopo averne stigmatizzato l'*incompletezza*, l'ermeneutica conduce l'ordinamento alla sua *saturazione*. Lo *ius dicere* si alimenta di constatati o asseriti *silenzi*: in quelli, affrancato, genera il suo *nomos*.

3. RILEGGENDO RODOLFO SACCO

Allo sguardo di Rodolfo Sacco, ogni ricerca di vincoli è ormai caduta e ogni afflato di comunanza si è spento[7]. Persino il dialogo tra *Gesagtes e Ungesagtes*[8] sembra essere collassato in una monoloquente sudditanza del primo rispetto al secondo: la generazione del *nomos* è governata dai *crittotipi*[9], di cui il comparatista va cacciatore e senza la comprensione dei quali è impossibile leggere comprendere il diritto.

Il loro funzionamento, in ogni caso, è presto spiegato. Il giudice inviene la sua *pronuncia* attingendo a un patrimonio normativo personale e *non dichiara-*

4 E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Milano 1955, rispettivamente, 833, 801 ss. e 839 ss., 858

5 E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit. 69 e 85 ss., ove si ricorda che l'apprezzamento analogico del giudice «nel vigente diritto positivo italiano è ritenuto inopportuno, perché mette in pericolo la certezza del diritto», ma, al tempo stesso, si sottolinea che «il divieto dell'analogia ha carattere storicamente condizionato» e si illustra che altri ordinamenti l'ammettono, portando i significativi esempi dei codici penali sovietici del 1922 e del 1926, nonché della legge emanata in Germania il 28 giugno 1935: semplicemente, «essi partono da una diversa valutazione comparativa degli interessi sociali in conflitto», in cui l'«interesse preminente» è «quello alla difesa della società e della costituenda solidarietà (comunione di sforzi) fra consociati contro il pericolo rappresentato da comportamenti antisociali».

6 E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 57.

7 A partire da H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzuge einer philosophischen Hermeneutik*, Tubingen 1960.

8 H.-G. Gadamer, *Selbstdarstellung. Hans-Georg Gadamer*, in L.J. Pongratz (a cura di), *Philosophie in Selbstdarstellungen*, vol. III, Amburgo 1977, 60 ss.

9 Così R. Sacco, *Crittotipo* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, vol. V, Torino 1990: «Normalmente, un giurista appartenente ad un sistema dato prova maggior difficoltà a liberarsi dall' insieme dei crittotipi presenti nel suo sistema, che non ad abbandonare le regole di cui sia pienamente consapevole».

to: culturale, etico, politico, ideologico, persino inconsapevole e innato. Questo bagaglio entra in Camera di consiglio senza far rumore e altrettanto in silenzio ne esce, accompagnando l'interprete nel suo a decidere *cripticamente* a quale padrone obbedire[10]: il diritto *muto* non deve essere verbalizzato o perde i suoi connotati, *soprattutto* se la verbalizzazione è dotta[11]. In fondo, «*quartus fluvius non dictum est contra quid vadat, aut quam terram circumeat*»[12], perché il diritto è *tutto affare d'uomini*[13].

Ecco intrecciata la seconda aporia: non solo la *law in action* fiorisce nel silenzio della legge, ma, anche laddove il legislatore abbia detto la sua, lo *ius dicere* è determinato dal *non detto*. Ed è, si badi, il solo diritto vigente: la *law in the books* – ma, a questo punto, anche il diritto esplicitamente pronunciato, almeno per quanto attiene alla parte motivazionale – è *diritto apparente*[14].

4. RILEGGENDO ROBERT COVER

Robert Cover sembrerebbe completare l'affresco, recuperando la ricerca di un significato condiviso nell'orizzonte di un pluralismo radicale: «*A great legal civilization is marked by the richness of the nomos in which it is located and which it helps to constitute*»[15]. La conclusione, tuttavia, non è quella attesa.

Come il penalista sa bene, l'interpretazione si consuma all'ombra della coercizione[16], «*in a field of pain and death*»[17], perché, posti di fronte allo spettacolo della «*luxuriant growth of a hundred legal traditions*», i giudici affermano che

10 Così R. Sacco, *Processo ermeneutico* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, *Aggiornamento*, Torino 2012, § I, 1: «Condannato alla solitudine, l'interprete prudente potrà essere preoccupato per il timore di far male, e forse sentirà il bisogno di qualcuno che lo aiuti a leggere il testo. L'interprete spregiudicato potrà sentirsi rassicurato, perché potrà fingere di leggere, e cripticamente obbedire ad un altro padrone (alla sua cultura, al partito, alla propria coscienza). In un caso come nell'altro, l'interprete sarà solo; il legislatore, in quel momento, sarà lontano».

11 R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna 2015, 52.

12 Aug., *de Gen adv. Manich.*, II, 10, 13-14, in riferimento a *Gen*. 2:14.

13 Così, con una certa licenza ermeneutica, O. Sacchi, *Ius pluribus modis dicitur. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia*, in G. Limone (a cura di), *La forza del diritto, il diritto della forza*, Milano 2014, 72 ss., 77.

14 R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*5, Torino 1980, 15.

15 R.M. Cover, *Nomos and Narrative, Foreword a The Supreme Court, 1982 Term*, in *Harvard Law Review*, 1983, 4 ss., 6.

16 R.M. Cover, *Nomos and Narrative*, cit., 40.

17 R.M. Cover, *Violence and the Word*, in *The Yale Law Journal*, 1986, 1601 ss., 1602, che prosegue evidenziando come l'idea stessa di interpretazione possa essere «*misleading*», nella misura in cui suggerisce una costruzione sociale di una realtà interpersonale attraverso il linguaggio, ma conclusivamente distrugge, per causa del dolore che cagiona, il linguaggio stesso.

«*this one is law*» e «*destroy or try to destroy the rest*»[18]. Ed ecco l'implicazione che i sostenitori della centralità dell'ermeneutica tralasciano[19]: insieme alle vite degli individui, lo *ius dicere* travolge il loro *nomos*, ossia il terreno in cui si radicano i paradigmi della dedizione, dell'acquiescenza, dell'interlocuzione e della resistenza[20].

La constatazione è tanto più pregnante per chi persegua una visione reintegratrice della pena, giacché il giudizio distrugge esattamente quella parte di *nomos* che consentirebbe l'avvio della ricerca di una qualsiasi condivisione di senso circa l'essenza e il *telos* della punizione[21]: una condivisione senza la quale è impossibile la rieducazione.

Si intreccia così la terza aporia: se lo *ius dicere* trova nel silenzio della legge la sua premessa e nel *non detto* del giudice il suo canone, compie nella tacitazione del *nomos* il suo risultato.

5. TACERE IL DIRITTO PER PRESERVARE L'INTERLOCUZIONE: OSSIA, PER IL DIRITTO STESSO.

Il cerchio si è chiuso. Se «*ἔοικε δὲ πλεοναχῶς λέγεσθαι ἡ δικαιοσύνη καὶ ἡ ἀδικία*»[22], in molti modi esse si possono tacere. Naturalmente, questa è solo una delle declinazioni del rapporto tra diritto e silenzio, resa sotto la scorta di una forse non generosa lettura del *dire il diritto*. Nondimeno, ponendo l'interrogativo circa la sorte dei *nomoi* sconfitti – tralasciarti dal legislatore, non creduti dal giudice e non inclusi nell'esecuzione – essa apre una via di ricerca promettente per il penalista, consentendo di valorizzare a livello sostanziale, rendendoli partecipi delle strategie di prevenzione e di risposta al reato, presidi usualmente relegati al piano processuale o, comunque, delle garanzie.

Istituti come la riserva di legge e il contraddittorio, del resto, già *de iure condito*, poggiano sull'auspicio che universi normativi tacitati possano in ogni modo lasciare semi di riconoscibilità nella norma o nella pronuncia che pur li ha esclusi. Al tempo stesso, *de iure condendo*, ipotesi quali la richiesta di maggioranze qualificate per l'introduzione di norme incriminatrici, come pure percorsi di giustizia riparativa che, non precludendo l'esito estintivo, si mostrino in grado

18 R.M. Cover, *Nomos and Narrative*, cit., 53.

19 R.M. Cover, *Violence and the Word*, cit., 1601: qualcosa di ovvio che la crescente letteratura «*blithely ignores*».

20 R.M. Cover, *Nomos and Narrative, Foreword a The Supreme Court, 1982 Term*, in *Harvard Law Review*, 1983, 4 ss., 6.

21 R.M. Cover, *Violence and the Word*, cit., 1629: «*Between the idea and the reality of common meaning fails the shadow of the violence of law, itself*».

22 *Eth. nic.* 1129a26-27.

di disinnescare le dinamiche difensive efficacemente, mirano a includere innesti vitali di *nomoi prima facie* non convergenti. Una prospettiva che acquista ancor maggiore interesse in relazione a contesti familiari, lavorativi, di cura o comunque difficilmente rescindibili sul piano relazionale: contesti, cioè, nei quali l'accertamento condiviso e la riscrittura partecipata delle regole possono considerarsi interessi del tutto prevalenti rispetto alla risposta meramente sanzionatoria.

Per usare, ancora una volta, le parole di Robert Cover: «*We ought to stop circumscribing the nornos; we ought to invite new worlds*»[23]. Ma forse si deve andare oltre: sciogliendo e risanando gli intrecci del silenzio giuridico, muovendosi tra innumeri e sempre diversi punti di campionamento, occorre scandagliare senza paura fino a che punto una comunità sia disposta a rinunciare alla *parola coercitiva* per preservare il diritto stesso. E cominciare a costruire da lì.

23 R.M. Cover, *Nomos and Narrative*, cit., 68.

PER NON TACERE IL SILENZIO[1]

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Cecilia Valbonesi

1. QUESTO VOLUME: QUALCHE PAROLA SU UN PROGETTO "SILENZIOSO"

Il ciclo di incontri "Silenzio & Diritto" nasce con l'intento di *far parlare*, senza far rumore. È un *format* flessibile e aperto, con una forte vocazione interdisciplinare e interateneo, votato alla contaminazione tra didattica e ricerca, anche nella speranza di propiziare vocazioni tra gli studenti, i neolaureati e, più in generale, nelle nuove generazioni di studiosi: talvolta perplessi o inquisitori, sempre più lucidi di quanto credano e forse al fondo più genuinamente appassionati di quanti, spesso con garanzie maggiori, li hanno preceduti. In questo volume, in particolare, si è data occasione di pubblicare anche una piccola selezione di contributi degli studenti del corso di dottorato dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo, ma non solo. Il convincimento è che spazi di dialogo aperti costituiscano una specifica esigenza dei più giovani; l'auspicio è che iniziative come questa possano, nel loro piccolo, contribuire a rispondere a questa esigenza.

Scegliere il *silenzio* per *far parlare* è stata una decisione del tutto naturale. Il silenzio è la precondizione del dialogo[2]. Di silenzio sono costruiti gli spazi in cui dialogare, ma, al tempo stesso, il respiro del silenzio *abita* quegli spazi: è una scaturigine che accomuna, potente e generativa. Alcune delle idee nate dalla proposta sono raccolte in questo volume e un secondo è in corso di lavorazione[3]; altre sono state esposte solo nel ciclo di incontri[4]; altre ancora saranno conservate soltanto nella memoria delle riunioni informali dei gruppi di lavoro. Chi scrive ha davvero la speranza che possano manifestare nel tempo la loro freschezza carsica e suscitatrice nelle ricerche di chi vi ha partecipato: meritando

1 Il contributo è frutto della riflessione comune dei curatori; tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono opera di Rosa Palavera, i paragrafi 3 e 4 di Cecilia Valbonesi e il paragrafo 5 di Nicola Pascucci.

2 Per tutti, H. Arendt, *The Life of the Mind*, London 1978, 19 ss.

3 A. Fabbri - A. Cupri (a cura di), *Segreto confessionale e diritto secolare. Un confronto tra modelli giuridici*, in questa stessa collana.

4 La registrazione di parte dei quali è a disposizione di chi ne faccia richiesta.

in ogni caso, per pazienza, generosità e creatività, la più sincera gratitudine di chi ha organizzato gli incontri e dei curatori degli atti.

Questo volume è principalmente dedicato al silenzio *del* diritto. L'approccio "*Law and...*", cui ci si è ispirati, rinviene inevitabilmente più spunti di quanti ci si possa impegnare a sviluppare. Il risultato non ha ambizioni di esaustività, per la semplice consapevolezza di non poterla conseguire. Si è scelto di non porre limiti a cosa ciascuno intendesse per "*Law*" – dalla legge scritta nei codici ai fenomeni di normazione spontanea, dal diritto in qualsiasi modo formalizzato all'assiologia pretergiuridica della giustizia – chiedendo solo, nella misura del possibile, di non considerare tutto *la stessa cosa*. Del pari, il silenzio non si manifesta in una sola forma. Il diritto è un prodotto dell'*uomo* e, quindi, gli uomini leggono il silenzio del diritto prima di tutto secondo parametri *umani*: il silenzio come assenza di ogni rumore, il silenzio come assenza di interlocuzione e il silenzio come assenza di comunicazione verbale o scritta sono tutti *modi del silenzio*. E non sono tutti uguali. Alla pluralità fenomenologica risponde una pluralità giuridica. Alla pluralità di manifestazioni segue una pluralità di effetti. Ogni silenzio del diritto genera un'esperienza giuridica differente. Il viaggio ha inizio *osservando*, senza fare rumore.

2. IL DIRITTO SI NUTRE DEL SUO SILENZIO?

Esistono silenzi indifferenti al diritto, silenzi che lo erodono e silenzi che contribuiscono a consolidarlo. Nel primo capitolo è contemplato il contributo del silenzio alla stessa orditura delle macrostrutture normative.

Nel saggio di Margherita Frare un silenzio vigoroso e coreografico consegna al destinatario il suo messaggio al pari, se non meglio, di ogni altra forma di comunicazione. Diverse declinazioni si sovrappongono, tratteggiando il silenzio come distillato del potere, nella misura in cui può essere imposto o, al contrario, non ha alcun bisogno di esserlo. Come spesso accade, immagini antiche, persino notturne e intrise di sacro, portano riflessioni tutt'altro che estranee agli orizzonti della riflessione contemporanea.

Il contributo di Eliana Greco approfondisce l'evoluzione trasformativa dell'attore pubblico, che per il tramite di un silenzio non anomico, bensì preverbale, conserva, trasferisce e attribuisce la "parola normativa" agli stessi contesti normati. La laconicità dell'ordinamento statuale si fa alveo in cui strutturare un sistema di buone prassi e la competenza regolativa ne risulta riallocata, decen-

trata, ricombinata e potenziata. Relegando ai margini, almeno negli intenti, la coercizione e l'eccedenza sanzionatoria.

Il versante "in ombra" del fenomeno è analizzato da Filomena Pisconti: l'impatto dell'effettività della comunicazione interna ed esterna sulla disseminazione di regole, valori e responsabilità, sulla riconoscibilità delle dinamiche di sfruttamento, sulla costruzione di filiere etiche trasparenti, consapevoli e monitorabili. La mappa dei silenzi burocratici diviene allora una griglia di lettura per i fenomeni di *decoupling* strutturale tra norme e prassi, il cui contrasto è un vero atto di giustizia organizzativa, che restituisce il diritto come parola condivisa e praticata.

In tutti questi casi, il silenzio sistemico del diritto genera una nuova normatività: più o meno giusta, più o meno silenziosa. Esiste, tuttavia, anche un silenzio puntiforme. Esistono silenzi normativi colpevoli, per lentezza nella comprensione e nell'adeguamento ai fenomeni sociali che si intendono regolamentare o per deliberata attesa, ritrosia politica, attendismo reticente. Il secondo capitolo propone alcuni *close up* sui silenzi del legislatore e sui diversi effetti che possono suscitare.

La disciplina delle circostanze del reato, dai titoli autonomi di nuovo conio alle blindature dei giudizi di bilanciamento, offre a Gianluca Ruggiero un'efficace occasione di ricognizione degli spazi giuridici del "non detto" che si annidano proprio nella produzione delle leggi: pieghe normative di libertà volutamente riservate all'interprete, etichette ingannevoli e altre opzioni simboliche il cui clamore monopolizza l'attenzione, riforme "ai margini" del sistema, che delimitano il perimetro delle fattispecie senza fare rumore. Ipotesi diverse, accomunate da tacite connivenze circa obiettivi precisi, che possono leggersi soltanto guardando al "tratto nascosto".

Uno sguardo necessariamente comparato guida Alessia Teresa Accoto nell'esame della delicata tematica dell'imputabilità nell'ambito delle domande di estradizione. Formulazioni criptiche o sbrigative falliscono la prova del dialogo intergiurisdizionale, ma le ambiguità interpretative e le prassi divergenti non richiedono solo sforzi di cooperazione e armonizzazione delle regole. Esse costringono altresì i singoli ordinamenti a interrogarsi sui propri sistemi di diritti, sui livelli di fiducia accordati alla scienza, sul grado di individualizzazione del giudizio che un approccio comunque normativo è disposto a tollerare. Il silenzio costringe a pensare e a mettersi in discussione.

Carlotta Conversi si confronta con il silenzio dell'*enforcement*, prendendo spunto dall'inadeguatezza concettuale della regolamentazione europea e nazionale in tema di protezione dei dati di fronte al paradigmatico *test case* delle

blockchain: architetture distribuite immutabili, trasparenti, decentralizzate, che sembrano sottrarsi ai tradizionali modelli di attribuzione della responsabilità. Il diritto sembra restare inerte di fronte a una realtà che procede senza di lui, ma anche in questo caso il silenzio può trasformarsi in *osservazione* e, forse, in un ripensamento profondo delle categorie.

Silenzio e diritto si affrontano, amici, antagonisti o alleati, guardinghi o conniventi, sinergici o contrapposti, camminano fianco a fianco verso l'equilibrio o verso l'entropia. Esiste un punto, però, in cui il diritto tace perché decide di *fermarsi*. Si "mette in pausa", quantomeno, il diritto *armato*: depone la spada. Quel che riprende il cammino è ancora diritto? È soltanto il silenzio delle spade o anche il silenzio delle toghe o, infine, è il silenzio della stessa esperienza giuridica, che cede il passo a una relazionalità non normata? E in quali modi il diritto può porsi in ascolto di questa parola, che in certa misura sceglie di *dare*, senza *dirne* il limite, senza coercirne il con-*fine*?

3. IL SILENZIO DEL DIRITTO COME SPAZIO PER PAROLE DI UMANITÀ

Il terzo capitolo è dedicato al silenzio delle spade: immagine ripresa dal titolo dello studio comparato di Grazia Mannozzi[5], ma il pensiero va, in prima istanza, alla dottrina che, dibattendo della giustizia di transizione, caratteristica della storia politica e giudiziaria dei sistemi dell'America Latina, ha ricordato le radici profonde, anche occidentali, di questa scelta di composizione sociale ed ha messo in luce le torsioni alle quali viene sottoposto il diritto penale laddove esso rappresenti lo strumento destinato a perseguire un obiettivo virtuoso, come quello di 'regolare i conti' con un passato di gravi violazioni di diritti fondamentali[6].

In quel contesto emerge con forza il ruolo centrale della peculiare interpretazione del decreto di amnistia emanato in Cile nel 1978, offerta nei primi anni '90 del secolo scorso dalla c.d. dottrina Aylwin e soprattutto dell'*Informe* de la *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, ovvero della Commissione Rettig, il quale raccomandava al nuovo governo democratico l'adozione di misure volte alla riparazione delle conseguenze dannose subite dalle vittime. Nelle parole di Aylwin: *justicia en la medida de lo posible*.

5 G. Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003.

6 Per tutti, G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013, 75-161.

Si trattò, letteralmente, di dar voce ad una fra le prime esperienze concrete di giustizia riparativa (o *restorative justice*): una delle espressioni più significative della scienza penalistica contemporanea. Essa si propone come un modello di giustizia che mira a superare la tradizione del castigo, inscritta nel codice genetico del diritto penale, a favore di una lettura relazionale del conflitto scaturito dal reato. Mentre il sistema penale classico si incentra sulla violazione della norma e sulla conseguente sanzione, il paradigma riparativo pone al centro la lesione dei legami interpersonali e sociali, cercando di *riparare* le conseguenze del reato attraverso il coinvolgimento attivo delle parti.

Il percorso riparativo, scaturito da pratiche basate sul valore empirico dell'esperienza, ha affidato poi ad una regolamentazione sovranazionale la cornice di legittimità e diremmo anche di effettività necessaria per la sua integrazione nei sistemi legali moderni. Come evidenzia il saggio di Elena Mattevi, l'interesse degli organismi internazionali (ONU, Consiglio d'Europa, Unione Europea) per la giustizia riparativa non è puramente ideale, ma risponde a precise esigenze pragmatiche e di sistema che si appuntano su tre profili fondamentali. Si assiste in primo luogo ad una crisi del sistema sanzionatorio tradizionale: la presa di coscienza dell'inefficacia delle pene detentive brevi, al contempo costose e inefficaci nel contrasto alla recidiva. In secondo luogo, le dimensioni ingravescenti del contenzioso giudiziario hanno spinto organismi sovranazionali come il Consiglio d'Europa a promuovere la giustizia riparativa come strumento privilegiato, destinato a deflazionare il carico burocratico e il carcere. Il terzo profilo è quello qui più rilevante, di fronte alla necessità di offrire una risposta alle istanze di giustizia avanzate delle vittime, che per decenni hanno rappresentato le "grandi dimenticate" del processo penale. La spinta verso modelli riparativi coincide con la rinnovata attenzione internazionale al ruolo di chi subisce il reato, garantendo non solo un risarcimento economico, ma soprattutto l'antitesi del silenzio: un ascolto attivo e una partecipazione diretta.

Così, il quadro normativo di rifermento appare alquanto complesso. In questo crescente e stratificato assetto ordinamentale, le Nazioni Unite hanno offerto un contributo di prim'ordine inaugurato dalla Risoluzione 1998/23, cui si accompagna la Risoluzione sullo Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale (*Economic and Social Council* ONU n.1999/26 del 28 luglio 1999). Tra tutte le fonti indicate da Elena Mattevi spicca il ruolo centrale che deve riconoscersi alla Risoluzione sui Principi base circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale (*Economic and Social Council* ONU n. 2002/12), la quale fornisce

il complesso delle definizioni fondamentali, distinguendo tra "processo riparativo" (l'interazione facilitata) ed "esito riparativo" (l'accordo raggiunto, come la riparazione o i servizi socialmente utili). Si tratta di definizioni fondamentali per costruire un linguaggio comune e universalmente riconosciuto e superare contestualmente la condizione di silenzio creata in precedenza dal vuoto semantico contenuto in linguaggi vuoti o inappropriati. Il saggio chiarisce anche l'apporto del Consiglio d'Europa, attraverso la Raccomandazione CM/Rec (2018)8, ma il ruolo di autentico protagonista è assunto dalla Direttiva 2012/29/UE, non per nulla nota come "Direttiva vittime", che stabilì *standard* minimi, richiedendo che i servizi riparativi siano utilizzati solo se nell'interesse della vittima e basati sul suo consenso libero e informato: il silenzio non poteva essere (più) interpretato come assenso rispetto alle decisioni statali.

La trasposizione di queste istanze ha raggiunto un impatto sistematico soltanto a distanza di diversi anni, grazie alla c.d. riforma Cartabia (D.lgs. 150/2022) e i successivi decreti attuativi, i quali si caratterizzano per il pregio di aver recepito fedelmente il complesso delle raccomandazioni internazionali maturate in tema di *restorative justice*. Occorre sottolineare come il legislatore non sia caduto nella tentazione di tratteggiare una riforma improntata alla deflazione del contenzioso tenendola lontano da strumentalizzazioni che ne avrebbero decretato, probabilmente, il fallimento. Così, se la partecipazione deve essere libera e il consenso può essere revocato in qualsiasi momento del percorso, il silenzio si fa nuovamente protagonista, ma per una volta in senso positivo, consentendo di considerare proibita qualsiasi divulgazione di quanto emerso durante il programma riparativo, a meno che le parti non concordino diversamente. Inoltre, non è richiesta una confessione formale di colpevolezza, bensì un "riconoscimento dei fatti essenziali", il quale non può tuttavia essere utilizzato come prova contro l'imputato in un eventuale processo successivo.

Emerge infine la centralità del ruolo del mediatore, cui il contributo di Elena Mattevi affida le sorti di un fruttuoso esito della riforma. Il mediatore deve prestare uguale attenzione a tutte le parti, assicurando che non vi siano disparità di ruoli o pressioni indebite: gli si richiedono competenze rigorose sui temi oggetto della controversia nonché il possesso di doti umane e di giudizio, maturate nel corso di una formazione specifica e continua, che rappresenta oggi la vera sfida attuativa della novella.

Si tratta di temi cruciali, evidenziati con estremo nitore anche nel contributo di Davide Bianchi, il quale concentra le sue riflessioni sui profili comparatistici con l'ordinamento spagnolo, protagonista di una recente ed interessante

riforma. La *Ley Orgánica* 1/2025, entrata in vigore in Spagna nell'aprile 2025, introduce infatti un'ampia riforma del sistema giudiziario volta ad incrementarne l'efficienza. Un profilo centrale è rappresentato dal potenziamento dei sistemi di giustizia riparativa che l'Autore analizza in chiave comparatistica rispetto alla riforma Cartabia. Bianchi evidenzia come, sino allo scorso anno, la giustizia riparativa in Spagna fosse regolata da una normativa frammentaria, trovando il suo riferimento principale, dal 2015, nel *Estatuto de la víctima del delito* il quale privilegiava la riparazione materiale e morale del danno. Inoltre, se da un lato l'accesso ai percorsi riparativi imponeva all'autore del reato un obbligo di preventiva ammissione dei fatti commessi, dall'altro la giustizia riparativa era vista come uno strumento per ottenere una deflazione sanzionatoria anche attraverso la concessione della sospensione condizionale della pena.

Nonostante questo rigido quadro nazionale, esistevano già esperienze locali (come in Catalogna, nei Paesi Baschi o in Navarra) basate su modelli più partecipativi e umanistici, volti alla riconciliazione e al coinvolgimento della comunità. Su questi si innestano le novità della L.O. 1/2025, che integra la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* con una disposizione specifica sulla giustizia riparativa (*Disposición adicional novena*). Il contributo di Bianchi ne illustra i principali aspetti innovativi, che si sostanziano nel rilievo centrale riconosciuto ai servizi di *restorative justice*, i quali diventano percorsi strutturali del sistema giudiziario spagnolo, potendo essere intrapresi per quasi tutti i reati (esclusi, a differenza dell'Italia, violenza di genere e sessuale) e in ogni fase del procedimento, compresa l'esecuzione. Se il giudice può inviare le parti alla giustizia riparativa anche d'ufficio, fissando tempi precisi (massimo tre mesi, prorogabili una sola volta), l'equilibrio tra le parti è garantito attraverso diritti informativi e garanzie (come la confidenzialità) a entrambi i partecipanti, non solo alla vittima.

Pur nella presa d'atto di una significativa progressione dell'ordinamento spagnolo sul terreno in oggetto, l'Autore evidenzia la presenza di un inferiore coefficiente di novità rispetto alla citata riforma Cartabia. Il sistema spagnolo resterebbe, infatti, orientato al risultato riparativo per la vittima, il cd. "*outcome-focused*" e all'efficienza processuale, trascurando la dimensione trasformativa e il riconoscimento reciproco tra le parti. In sostanza, il legislatore spagnolo si sarebbe limitato a sistematizzare prassi già esistenti, mantenendo un forte legame con la logica punitiva tradizionale. In sintesi, il contributo di Bianchi evidenzia come, sebbene la riforma spagnola "stabilizzi" il sistema e introduca garanzie significative, non staremmo assistendo ancora a una piena transizione verso un

modello di giustizia riparativa che metta al centro la persona e la ricostruzione dei legami sociali.

Il contributo di Magdi Vecchiet porta il lettore in una prospettiva completamente diversa, analizzando la legittimità e i limiti delle sanzioni UE nel rapporto con il diritto penale internazionale. Al silenzio delle spade, qui inteso come scelta di opzioni non armate, volte al contenimento di una conflittualità i cui profili bellici sono tutt'altro che metaforici, fa da sfondo un altro silenzio: quello della Corte penale internazionale, cui si rimprovera scarsa efficacia e doppio *standard*, attesa l'estraneità alla sua giurisdizione di grandi potenze internazionali. L'utilizzo sempre più frequente da parte dell'Unione Europea di sanzioni quali strumenti politici finalizzati a reagire a violazioni gravi del diritto internazionale (si pensi, per tutti, alla guerra in Ucraina) sembra allora una risposta indotta da una sorta di vuoto di tutela. Il diritto eurounitario interviene attraverso misure quali l'embargo, restrizioni commerciali e finanziarie, congelamento di beni, divieti di viaggio e sanzioni mirate contro individui, imprese o settori economici, solo perché innanzi a un Consiglio di Sicurezza ONU sovente bloccato da un infausto incrocio di veti, tali strumenti comunitari offrono rapidità d'azione e pressione politica.

Anche in questa opzione, tuttavia, non mancano criticità rilevanti: garanzie procedurali assenti o demandate agli ordinamenti nazionali, rischio di violazione dei diritti fondamentali, confusione tra responsabilità individuale e collettiva, applicazione disomogenea tra Stati membri e dubbia efficacia concreta nel fermare i conflitti. Le sanzioni, che non possono considerarsi pene in senso stretto, bensì misure preventive e temporanee, interrompono un silenzio altrimenti "assordante". Sebbene costituiscano strumenti fragili, politicamente utili e giuridicamente controversi, rappresentano una risposta alternativa all'inerzia della giustizia internazionale. Anche nel loro esercizio, tuttavia, è importante il "non detto": non escluso il ritorno del diritto *armato* proprio per rafforzarne, anche sul piano penale, l'effettiva applicazione. Si torna a guardare in zone d'ombra: ogni volta in cui, nel silenzio del diritto mite, l'efficacia della parola incoercita sembra stentare a decollare.

4. RESTITUIRE VOCE ALLE VITTIME: DOVE IL SILENZIO DEL DIRITTO RISCHIA DI TOGLIERE LA PAROLA

Il silenzio ha rappresentato e tutt'oggi rappresenta una delle più comuni e per certi versi ineluttabili condizioni esistenziali della vittima. Le scienze psicologiche ci

illustrano come la difficoltà di tradurre il dolore in parola, specie quanto quest'ultimo scaturisce da un evento frutto di una condotta penalmente rilevante, costringe la vittima ad una condizione di isolamento dalla quale appare complesso affrancarsi. La circostanza risulta acuita dalla fisiologica inettitudine del diritto penale e, ancor più del processo penale, ad offrire alla vittima percorsi di dialogo, di tutela efficace e di ricostruzione della propria identità ferita che superino il mero meccanismo risarcitorio, spesso avvertito come unico percorso esperibile.

Ancor peggio, la mancanza di risposte strutturalmente adeguate alle esigenze della vittima ha alimentato la strumentalizzazione dei sistemi repressivi a fini vendicativi, di fatto dimenticando come la natura pubblicistica di questi ultimi costituisca il vero baluardo affinché *nec cives ad arma veniant*. La vittima è pertanto indotta a trascurare la difesa delle proprie prerogative, scoraggiata non solo da una difficile condizione esistenziale ma, soprattutto, da una giustizia penale esclusivamente finalizzata a stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'autore.

Tuttavia, se, da un più ampio punto di vista ordinamentale, le esigenze delle vittime sembrano meglio veicolate dai percorsi di giustizia riparativa, come messo in luce dai contributi di Davide Bianchi ed Elena Mattevi, si registrano altresì, anche laddove una via condivisa di dialogo non sia percorribile, istanze evolutive destinate ad aprire speranze di superamento dei disequilibri sinora tratteggiati. Dal punto di vista processuale, in particolare, hanno fatto la loro comparsa e si vanno consolidando interventi a beneficio della "vulnerabilità" delle vittime, che si realizzano a livello di scelte probatorie, di tecniche aggiornate di comunicazione, di assistenza durante il processo, di corresponsione di indennizzi adeguati. Come ha sottolineato la dottrina, esse rappresenterebbero «il terreno di coltura» di «nuovi 'diritti umani' meritevoli di essere salvaguardati *al di fuori* di qualsiasi logica vendicativa»[7].

Il quarto capitolo cerca una lettura delle opzioni giuridiche per il superamento del silenzio delle vittime sia in presenza che in assenza di dialogo con l'autore del reato.

Il contributo di Marta Lamanuzzi si articola in una analisi dei percorsi di giustizia riparativa esperiti nei casi di violenza contro le donne, soffermandosi sul nesso tra narrazione, recupero della voce della vittima e contrasto ai processi di silenziamento. L'Autrice evidenzia come la violenza di genere non si esaurisca nell'offesa fisica o psicologica, ma si accompagni spesso a dinamiche di reificazione, che trasformano la donna in un oggetto privo di autonomia e capacità

7 Così: G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in Legis. pen. (1° giugno 2021) 16.

decisionale. In tale prospettiva, il silenzio imposto alla vittima costituisce uno strumento di dominio che può manifestarsi prima, durante e dopo il reato.

Particolare attenzione è dedicata alla violenza domestica, dove la reiterazione degli abusi produce frequentemente impotenza appresa e dipendenza emotiva. La vittima può essere indotta persino a dubitare delle proprie percezioni e della propria capacità di giudizio, rafforzando la subordinazione e ostacolando la denuncia. Il ciclo della violenza – tensione, aggressione, pentimento e apparente riconciliazione – contribuisce inoltre a mantenere la persona offesa all'interno della relazione abusante. L'Autrice si sofferma sulla descrizione del silenziamento *post delictum*, riconducendolo al fenomeno della vittimizzazione secondaria. Lungi dall'essere sempre benefico, il contatto con il sistema penale può generare, vuoi per la sua struttura intrinseca vuoi per carenze formative degli operatori, ulteriori sofferenze quando la vittima è costretta a ripetere il racconto traumatico, fronteggiando stereotipi di genere o subendo valutazioni moralistiche sulla propria vita privata. In questo quadro viene richiamato il concetto di ingiustizia epistemica: la donna può essere privata di credibilità testimoniale oppure non disporre degli strumenti culturali e linguistici necessari per interpretare la propria esperienza di violenza.

Di fronte a tali criticità, la giustizia riparativa viene proposta come possibile spazio di ascolto e riattivazione dell'*agency* della vittima. Attraverso percorsi volontari e protetti, la donna può narrare la sua storia con tempi e modalità propri, porre domande, ottenere risposte e riappropriarsi di un ruolo attivo. La narrazione assume così funzione terapeutica e ricostruttiva, contrastando l'isolamento e la perdita di identità verso i quali era stata spinta dalla violenza, con possibili effetti positivi anche sull'autore del reato, favorendone la responsabilizzazione e la rielaborazione del vissuto violento. Una giustizia riparativa, quindi, che non può e non deve essere intesa come (automatica) alternativa al processo, ma come strumento complementare, da utilizzare con cautele assai rigorose, capace di restituire parola e potere decisionale alla vittima.

La riflessione è arricchita dal contributo di Cecchini, la cui tesi mira al superamento di una concezione esclusivamente repressiva del governo dei conflitti sociali. Punto d'avvio è l'osservazione secondo cui la città non coincide semplicemente con il Comune quale ente amministrativo, ma rappresenta uno spazio complesso di relazioni, disuguaglianze e partecipazione democratica, che richiede strumenti giuridici nuovi e più aderenti alla realtà sociale. In tale prospettiva, la sicurezza urbana non dovrebbe essere interpretata solo in termini di controllo e ordine pubblico, ma come costruzione di condizioni di convivenza, inclusione

e accesso effettivo ai diritti. Ne discende una critica della tendenza contemporanea a privilegiare logiche emergenziali e securitarie, fondate sull'espansione del diritto penale e sulla figura del "nemico", a discapito della libertà personale e della dignità umana.

Richiamando il pensiero di Nussbaum e di altri Autori, il saggio evidenzia come l'uguaglianza non possa ridursi a dato formale, ma richieda politiche in grado di sviluppare concretamente le capacità individuali, rimuovendo ostacoli economici, sociali ed etnici. In quest'ottica, il ruolo che potrebbero assumere le istituzioni locali consisterebbe nella promozione di servizi di prossimità, mediazione sociale, accesso al lavoro e all'abitazione. Particolare rilievo assume la nozione di "giustizia di prossimità": sportelli territoriali e servizi pubblici in grado di offrire orientamento giuridico, gestione extragiudiziale dei conflitti minori, mediazione nei rapporti di vicinato o familiari e supporto immediato dopo il reato. Tali strumenti permettono non solo di prevenire discriminazioni nell'accesso alla giustizia ma altresì di fornire risposte più rapide ed efficaci ai bisogni concreti dei cittadini. Fra gli strumenti destinati a scardinare il silenzio, la presenza di operatori sociali appare maggiormente idonea ad ascoltare quelle voci flebili che non sarebbero abbastanza forti per emergere.

Un ruolo centrale è riconosciuto anche alla tutela della vittima. Il contributo richiama la Direttiva 2012/29/UE e la successiva normativa italiana, sottolineando un elemento importantissimo, ovvero il diritto della persona offesa ad accedere a servizi di assistenza indipendentemente dalla presentazione di una denuncia. I centri di supporto dovrebbero garantire gratuità, riservatezza, accompagnamento e protezione dal rischio di vittimizzazione secondaria. In questo quadro si inserisce la disciplina introdotta dal D.lgs. 150/2022, che collega i centri per le vittime ai programmi di giustizia riparativa. Ad essi spetta il compito di informare la vittima sull'esistenza di tali percorsi, valutarne l'interesse concreto e accompagnarla durante l'eventuale partecipazione, sempre nel rispetto della volontarietà e della sicurezza personale. Se il crimine ferisce, la giustizia deve prima di tutto riparare; per questa ragione la città democratica dovrebbe privilegiare modelli partecipativi, relazionali e inclusivi, nei quali la risposta al conflitto non si limiti alla punizione, ma miri alla ricomposizione dei legami sociali e alla protezione effettiva delle vittime.

Ma il contributo di Ivan Cecchini va oltre l'analisi normativa e propone un'interpretazione originale del rapporto tra silenzio e rumore, del diritto e della comunità, attraversando una sequenza di paradigmi della città insicura: dai modelli storici del controllo dello spazio e dei corpi, in cui proprio il corpo – il bat-

tito e il respiro – si fa antagonista del silenzio della città/fabbrica, al panoptismo della *post* metropoli, in cui l'invasione dei rumori è tale da necessitare un sottofondo sordo e annichilente che li assorba tutti, che avvolga e renda indifferenti, invitando al riparo e alla difesa. Purtuttavia, nei centri per le vittime e nei percorsi riparativi, la Città può tornare a esser sorgiva, cessare l'eco del frastuono straniante e ritrovare in spazi di tutela volontaria, riservata, confidenziale e gratuita, la musicalità del proprio *nomos* partecipato, le prime note di una ri-composizione.

5. DAL SILENZIO COME DIRITTO AL DINIEGO GIURIDICO DELL'INTERLOCUZIONE: IL VOLTO MULTIFORME DEL SILENZIO IN CARCERE

Il quinto capitolo è dedicato a un'autentica aporia, che conduce a quello che è forse il luogo di più stridente tacitazione dell'umano per opera del diritto: il silenzio in carcere.

Nella sua classica accezione processual-penalistica, il silenzio viene spesso in questione come diritto difensivo a favore dell'indagato e dell'imputato, all'interno del procedimento penale. Com'è noto, esso è sancito a livello legislativo dall'art. 64 comma 3 c.p.p.[8], espressione del principio *nemo tenetur se detegere*[9], tassello fondamentale del *fair trial*[10].

Il silenzio, nel procedimento penale, viene diffusamente in questione anche in merito all'articolata disciplina dei segreti professionali, d'ufficio e di Stato, ai sensi degli artt. 200 ss. c.p.p.[11].

Durante la fase esecutiva resta poi in capo al condannato il diritto a dichiararsi innocente e, ove esaminato in un processo come testimone assistito, il dirit-

8 Il diritto *de quo* si è caratterizzato per un percorso espansivo, ad opera sia della giurisprudenza europea che di quella costituzionale: v., di recente, Corte giust., Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B. c. CONSOB, in *Sist. pen.*, 3 febbraio 2021, sul diritto al silenzio dell'accusato anche nei procedimenti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente appartenenti alla "materia penale"; Corte cost., 5 giugno 2023, n. 111, la quale ha esteso la portata della facoltà di non rispondere dell'imputato alle domande sulle proprie condizioni personali.

9 In dottrina, per tutti, V. Grevi, *«Nemo tenetur se detegere». Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1971, *passim*.

10 Il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole» è riconosciuto dall'art. 14 § 3 lett. *g* del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Il principio *de quo*, seppur non citato espressamente nell'art. 6 CEDU, è considerato dai giudici di Strasburgo un sicuro corollario dell'equo processo: v., *ex multis*, Corte eur. dir. uomo, Gr. Ch., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, proc. n. 54810/00, § 100; Corte eur. dir. uomo, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, proc. n. 10828/84, § 44.

11 In argomento, la dottrina è vastissima: per una puntuale ricognizione, v. M. Panzavolta, *Commento agli artt. 200-204 c.p.p.*, in L. Giuliani-G. Illuminati (dir. da), *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*4, Milano 2025, 798-841.

to di non rispondere sui fatti per i quali sia stata emessa una sentenza di condanna a suo carico, «se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione» (art. 197-*bis* comma 3 c.p.p.).

A questo concetto di silenzio, nell'esecuzione penitenziaria se ne affianca un altro, oggetto di studio nel presente volume: un vincolo scarsamente approfondito, che tuttavia costituisce il *trait-d'union* tra diversi istituti e che spesso, a differenza di quanto accade nelle indagini preliminari e nel processo, non si traduce in diritti, bensì in restrizioni di vario tipo che si aggiungono all'ordinaria espiazione della pena. Il silenzio assume quindi una connotazione ampia e atecnica, che coinvolge la disciplina così come la prassi della vita detentiva: non un diritto al silenzio, ma una condizione che limita le comunicazioni del detenuto, comprimendone i diritti fondamentali.

Accanto alle forme di isolamento ed esclusione conseguenti alle più gravi sanzioni disciplinari (esclusione dalle attività comuni, isolamento durante la permanenza all'aria aperta, esclusione dalle attività ricreative e sportive), circoscritte nel tempo e comunque finalizzate a risocializzare il detenuto consentendogli di riflettere sul disvalore delle proprie condotte (art. 39 ord. penit. e, in relazione all'esclusione dalle attività in comune, art. 33 comma 1 lett. *b* ord. penit.), sono previste anche tipologie di isolamento giustificate da ragioni sanitarie (art. 33 comma 1 lett. *a* ord. penit.) o di cautela processuale (art. 33 comma 1 lett. *c* ord. penit.), le cui modalità esecutive sono affidate al regolamento. La legge, nelle ipotesi indicate dall'art. 33 comma 1 ord. penit., si premura comunque di sancire il divieto di «limitazioni alle normali condizioni di vita, ad eccezione di quelle funzionali alle ragioni che lo hanno determinato» (art. 33 comma 3 ord. penit.). Altro esempio di "silenzio", inteso come radicale compressione degli spazi di socialità, può conseguire alla sorveglianza particolare *ex* art. 14-*bis* ord. penit. e alla sospensione delle «normali regole di trattamento» in caso di rivolta o di «altre gravi situazioni di emergenza» *ex* art. 41-*bis* comma 1 ord. penit.

Alla peculiare nozione di "silenzio" calata in ambito detentivo si collega sicuramente la normativa sul doppio binario penitenziario e, in particolare, quella del c.d. "carcere duro" *ex* art. 41-*bis* commi 2 ss. ord. penit.[12]: una disciplina che prescrive limitazioni penetranti e controverse, perdipiù disposte non dalla magistratura di sorveglianza ma dal Ministero della giustizia, finalizzate a isolare il detenuto dall'ambiente malavitoso di provenienza attraverso misure drastiche

12 Secondo i dati aggiornati al 29 aprile 2025, poco più dell'1% dei detenuti in Italia (precisamente 742, l'1,19%) era sottoposto a detto regime di estremo rigore: v. Antigone, *Senza respiro. XXI rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, in *www.rapportoantigone.it*, p. 114, in cui si osserva che questo numero cospicuo si mantiene costante nel tempo, considerato che nel 2019 era pari a 748.

che limitano i contatti e le comunicazioni con il mondo esterno, in forte tensione con il principio di eguaglianza e con la finalità risocializzante della pena[13]. La riduzione dei colloqui visivi e telefonici, riconducibile alla citata condizione di silenzio "forzoso" del detenuto, è altresì prevista riguardo ai condannati per i delitti dell'art. 4-*bis* comma 1, primo periodo, ord. penit. nei cui confronti operi il divieto di concessione dei benefici penitenziari (artt. 37 comma 8 e 39 comma 2 reg. esec.). Anche per le deroghe ai limiti delle conversazioni telefoniche, il legislatore ha dettato una normativa nettamente peggiorativa rispetto a quella comune (art. 2-*quinquies* decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, conv. con modif. in legge 25 giugno 2020, n. 70). I rapporti con il mondo esterno e con la famiglia, che, ai sensi dell'art. 15 ord. penit., dovrebbero permeare l'intero trattamento rieducativo, vengono quindi pretermessi in ragione di esigenze securitarie. Si tratta di una disciplina in cui il "silenzio" rischia costantemente di essere concepito dal detenuto come una forma di "pena sulla pena", con una portata straniante e alienante.

Il "silenzio" del detenuto si riflette anche nell'impossibilità di comunicare il proprio disagio: è in questa direzione che sembra purtroppo andare il decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, conv. in legge 9 giugno 2025, n. 80 (uno degli ormai innumerevoli "decreti sicurezza"), nella parte in cui aggiunge la circostanza aggravante dell'art. 415 comma 2 c.p. (istigazione a disobbedire alle leggi commessa «all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute») e il delitto di «rivolta all'interno di un istituto penitenziario» *ex* art. 415-*bis* c.p., attuabile anche mediante «condotte di resistenza passiva», fattispecie al contempo inserita tra i reati ostativi *ex* art. 4-*bis* ord. penit.[14].

A queste restrizioni normative, che si riverberano sulle comunicazioni dei detenuti, fanno da contraltare alcune essenziali aperture provenienti dalla Corte costituzionale: si pensi alla pronuncia sull'affettività in carcere[15], che schiude le porte a un diritto fondamentale finora negato. In tale occasione la Corte invoca, nelle more di un intervento legislativo, la collaborazione da parte delle articola-

13 Non a caso, singoli aspetti della disciplina sono stati, anche di recente, dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale, in quanto ritenuti ingiustificatamente afflittivi e, quindi, inutili a perseguire le finalità cui tende il regime del "carcere duro": v., per tutte, Corte cost., 18 marzo 2025, n. 30, che ha riallineato la normativa sulla permanenza all'aperto, prima limitata a due ore al giorno, a quattro ore come i detenuti comuni; Corte cost., 22 maggio 2020, n. 97, che ha rimosso il divieto di scambiare oggetti tra detenuti sottoposti al "carcere duro"; Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 186, che ha eliminato il divieto di cuocere cibi.

14 V. A. Tortoroglio, *La pena del silenzio: separazione e disumanizzazione. Riflessioni dal film Il segreto dei suoi occhi di Juan Josè Campanella*, in *questo volume*.

15 Corte cost. 26 gennaio 2024, n. 10.

zioni centrali e periferiche dell'amministrazione della giustizia, «non esclusi i direttori dei singoli istituti», al fine di garantire l'attuazione concreta di tale diritto.

Un'ulteriore declinazione dei rapporti tra silenzio e carcere è quella legata all'informazione. Il mondo del carcere è spesso allontanato dagli occhi della comunità esterna: un vero e proprio "alone di nebbia" che separa la collettività dalla realtà penitenziaria, che cioè isola dal resto del mondo ciò che viene considerato "il male". Si tratta di un fenomeno che si riflette anche a livello topografico: com'è noto, spesso gli istituti penitenziari vengono collocati fuori dalle città, proprio come i cimiteri e le discariche, per tenerli il più possibile lontani dagli occhi della maggioranza[16].

Tra i fenomeni poco conosciuti, su cui si stende un "velo di silenzio", vi è quello dei bambini in carcere: non certo per loro colpe, ma per seguire la madre detenuta. Il contributo di Emma Tidu affronta i problemi che si pongono nel delicato bilanciamento tra la necessità di scontare la pena e le esigenze della prole. Al riguardo, è di recente intervenuto il citato decreto-legge n. 48/2025, conv. in legge n. 80/2025, che, modificando gli artt. 146 e 147 c.p., ha irrigidito ulteriormente la disciplina. Sorgono anche problemi pratici, dovuti alla carenza numerica degli ICAM (istituti a custodia attenuata per detenute madri), che spesso, di fatto, costringono alcune madri a tenersi con loro i bambini in istituti penitenziari ordinari, del tutto inadeguati alle esigenze di questi ultimi[17]. Il silenzio cala dunque, a sua volta, su un silenzio preesistente, che il diritto, se non contribuisce a produrre, quantomeno asseconda.

Lo scritto di Alberto Tortoroglio chiude le riflessioni, quasi in una verticale: il silenzio imposto che si fa pena, ossia diviene l'atto che esprime la coercizione al suo massimo grado. Ma si badi: la "pena del silenzio" non si sostanzia nel privare della parola il prigioniero. Essa riguarda, al contrario, il tacere del carceriere. Quasi a ricordare che una risposta meno *penosa* al reato, magari proprio nell'orizzonte di una realizzazione più concreta del mandato rieducativo, tanto richiede l'impegno del condannato, quanto reclama la partecipazione dell'*altro*, che si disponga a ri-accogliere, anche soltanto in uno *scambio di parola*. Viene allora evocato il senso più autentico dell'espressione «devono tendere» contenuta nell'art. 27 comma 3 Cost., che, lungi dal postulare una rieducazione forzosa del detenuto, implica invece l'attiva predisposizione da parte della collettività di tutti i mezzi necessari a rendere possibile il percorso risocializzante di quest'ultimo.

16 V., di recente, le osservazioni di un detenuto del carcere di Oristano: T. Romeo, *Carcere uguale cimitero*, in *www.ristretti.it*, 25 settembre 2025.

17 E. Tidu, *Il "silenzio degli innocenti": infanzia reclusa. Quali possibili strategie per tutelare chi non può difendersi?*, in *questo volume*.

CAPITOLO I

Il silenzio come spazio normativo

SILENZIO E POTERE POLITICO IN ROMA ANTICA

Margherita Frare

1. IL SILENZIO CHE 'CREA' IL POTERE: IL RITO DELLA *DICTIO DICTATORIS*

Il *focus* di questo intervento è il rapporto esistente tra silenzio e potere politico in Roma antica, un rapporto che sovente finisce per coniugarsi anche con la dimensione del segreto.

In particolare vedremo come il silenzio viene declinato in taluni specifici contesti istituzionali: silenzio come momento rituale nella *dictio dictatoris*; silenzio come mancata opposizione ad un atto istituzionale, ovvero come implicita accettazione nei processi decisionali; silenzio come espressione di rispetto verso chi prende pubblicamente la parola; ma anche silenzio come sigillo di un segreto politico-religioso reso indisponibile alla collettività e affidato a pochi prescelti con il compito di custodirlo per la salvezza dello stato. Lungi dal rappresentare un mero vuoto comunicativo, in questi contesti il silenzio, seppur diversamente declinato, è volto a preservare il buon andamento della vita pubblica e la saldezza degli assetti di governo, assumendo anche una connotazione giuridica. Ma andiamo con ordine.

Il legame tra segreto e potere affonda le radici nell'epoca più antica della città e affiora nitidamente in occasione della nomina del dittatore che deve avvenire secondo un preciso rituale, in territorio romano, dopo aver preso gli auspici, di notte e, per l'appunto, in silenzio.

È opportuno premettere che il diritto romano, specialmente quello arcaico, si intreccia fittamente con la sfera del sacro: prima di porre in essere i più importanti atti pubblici, come convocare i comizi per procedere alle elezioni, votare le leggi, oppure nominare il dittatore, è usanza che il magistrato di volta in volta competente interpreti il volere degli dèi attraverso gli auspici. Poiché un requisito ricorrente nei riti religiosi era che si svolgessero senza alcuna interferenza,

anche di tipo sonoro[1], si comprende che la quiete notturna garantisse al meglio tale necessità.

A Roma il dittatore è un magistrato straordinario, nominato su indicazione del senato da parte di uno dei due consoli[2] al quale viene attribuito, attraverso una *lex curiata de imperio*[3], un potere assoluto in circostanze di grave pericolo, interno o esterno, per la città: oggi probabilmente rapporteremo tali situazioni allo stato di necessità[4]. Il dittatore, a differenza del console, non è costretto a spartire il proprio potere, l'*imperium*, con un altro collega, essendogli affiancato solo un comandante di cavalleria, il *magister equitum* scelto da lui stesso e destinato a rimanergli subordinato; il potere di chi ricopre la dittatura è infatti soggetto a un unico limite di tipo temporale, previsto a presidio della libertà dei cittadini e della *res publica* (la carica può durare al massimo sei mesi, la metà rispetto a quella annuale dei consoli).

Le principali testimonianze storiche sul rituale di investitura del dittatore provengono da Tito Livio. Lo storico patavino racconta[5] che in una fase molto delicata della guerra contro i Sanniti, acerrimi nemici di Roma, il senato decise di far nominare dittatore Papirio Cursone, uomo nel quale tutti riponevano grande fiducia. Tutti, ad eccezione del console Fabio, al quale era inviso. Gli vennero quindi inviati degli ambasciatori con l'incarico di convincerlo a mettere da parte le proprie riserve e a pensare esclusivamente alla salvezza della patria. La visita sortì gli effetti sperati perché Fabio si risolse a nominare Papirio – precisa Livio – «di notte e, quindi, nel silenzio (*nocte deinde silentio*) com'è usanza fare

1 Le fonti attestano la ricorrenza di cerimonie religiose notturne, come il rituale citato in Liv. 23.35.16 (*nocturnum erat sacrum*) e gli auspici tratti dal *pullarius* in Liv. 10.40.2 (*tertia vigilia noctis iam relatis litteris a collega Papirius silentio surgit et pullarium in auspicium mittit*).

2 Livio (4.31.4) invero attesta che vi fu un caso in cui, mancando entrambi i consoli, la nomina del dittatore venne disposta da un tribuno militare e che gli àuguri si pronunciarono positivamente in ordine alla competenza di detto magistrato a *dicere dictatorem* in tale circostanza straordinaria. Su questo passo cfr. E. Sini, *A proposito del carattere religioso del dictator (note metodologiche sui documenti sacerdotali)*, in SDHI 42 (1976) 421.

3 Tra la vasta letteratura che si è occupata del tema si può vedere F. Cassola, F. Reduzzi Merola, *Note sulla «lex curiata de imperio»*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, I, Napoli 2006, 543-546.

4 Sul punto cfr. O. Licandro, *Cesare deve morire. L'enigma delle Idi di Marzo*, Milano 2022, 49.

5 Liv. 9.38.9-14: *Ob haec etiam aucta fama, ut solet, ingens terror patres invasit dictatoremque dici placebat; nec, quin Cursor Papirius diceretur, in quo tum summa rei bellicae ponebatur, dubium cuiquam erat. Sed nec in Samnium nuntium perferri omnibus infestis tuto posse nec vivere Marcium consulem satis fidebant. Alter consul Fabius infestus privatim Papirio erat; quae ne ira obstaret bono publico, legatos ex consularium numero mittendos ad eum senatus censuit, qui sua quoque eum, non publica solum auctoritate moverent ut memoriam simultatium patriae remitteret. Profecti legati ad Fabium cum senatus consultum tradidissent adiecissentque orationem convenientem mandatis, consul demissis in terram oculis tacitus ab incertis quidnam acturus esset legatis recessit; nocte deinde silentio, ut mos est, L. Papirium dictatorem dixit. Cui cum ob animum egregie victum legati gratias agerent, obstinatum silentium obtinuit ac sine responso ac mentione facti sui legatos dimisit, ut appareret insignem dolorem ingenti comprimi animo.*

(*ut mos est*)». È stata giustamente sottolineata la rilevanza di tale ultimo inciso[6] perché permette di desumere che la procedura in questione, civile e religiosa insieme, continuava ad essere osservata anche ai tempi di Livio, attivo in età del principato. Tale circostanza non deve stupire poiché i romani difficilmente abbandonavano gli antichi *mores* i quali, oltre ad essere parte di una sedimentata tradizione culturale, rappresentavano il nucleo sacro e primigenio del *ius civile*. La riluttanza a discostarsene era giustificata anche dalla paura di inimicarsi gli dèi e di mettere conseguentemente a repentaglio la pace e la stabilità dello stato.

Tornando alla vicenda del console Fabio, trovo significativo che, quando gli ambasciatori si recarono a ringraziarlo per aver assecondato le indicazioni del senato, egli *obstinatum silentium obtinuit*[7] e, senza rispondere, li congedò[8], come se il silenzio servisse a preservare l'investitura, oltre che a legittimarla[9]. È tra questi due "vuoti sonori" che nel racconto liviano trova suggestivamente spazio ed effettività la *dictio dictatoris*, la voce del console che nomina Papirio.

Livio riporta anche un altro episodio, accaduto sempre nell'ambito della guerra contro i Sanniti e nel pieno del conflitto tra patrizi e plebei[10]. Il console, attenendosi al consueto rituale, nominò dittatore Claudio Marcello nel proprio accampamento, ma gli àuguri (i sacerdoti preposti a trarre gli auspici dall'osservazione del cielo), sollevarono un problema di regolarità della nomina, in modo evidentemente strumentale (la scelta era infatti ricaduta su un plebeo e il collegio augurale al tempo era costituito esclusivamente da membri patrizi i quali intendevano preservare la propria egemonia facendo leva – se necessario – su presunte violazioni dei *sacra*[11] da parte dei magistrati). È interessante notare che Livio, nel riportare il punto di vista dei tribuni della plebe, i quali naturalmente si erano espressi per la validità della nomina, sottolinea che la questione di nullità era pretestuosa, perché il console non aveva rivelato a nessuno i dettagli della procedura e che non c'era nessun mortale in grado di aver visto (l'accenno è al buio

6 La permanente cogenza del rituale è ben evidenziata da O. Licandro, *Cesare deve morire* cit., 51, proprio con riferimento alla scelta, evidentemente non causale da parte di Livio, di associare il *mos* all'indicativo presente *est*.

7 L'espressione 'ostinato silenzio' ricorre anche in Liv. 9.7.3 ove però è riferito all'atteggiamento tenuto dai soldati romani dopo la grave umiliazione delle Forche caudine: un tacere che, per quanto riferisce il racconto liviano, in realtà covava una grande rabbia e andava interpretato come l'anelito di un prossimo riscatto.

8 Liv. 9.38.14.

9 Fermo restando che il sigillo finale del conferimento dell'*imperium* si aveva attraverso la *lex de imperio* davanti ai comizi curiati.

10 Liv. 8.23.14: *Dixit M. Claudium Marcellum; ab eo magister equitum dictus Sp. Postumius. Nec tamen ab dictatore comitia sunt habita, quia vitione creatus esset in disquisitionem venit. Consulti augures vitiosum videri dictatorem pronuntiaverunt*.

11 Tale aspetto è approfondito da N. Rampazzo, *'Quasi praetor non fuerit'. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli 2008, 200-201.

della notte) o udito (l'allusione è al silenzio) qualcosa che potesse aver invalidato gli auspici e che tanto meno gli auguri, stando a Roma, potevano conoscere le irregolarità eventualmente commesse dal console che stava nel suo accampamento[12]. Tenere celato il rituale a chi non vi prende parte appare congruo rispetto alle caratteristiche della procedura di nomina, per cui ciò che accade nella quiete notturna 'naturalmente' non trapela, né deve trapelare.

Come ha evidenziato Francesco Arcaria in un bel volumetto dedicato al ruolo del silenzio nel diritto romano «durante la notte vi era una minore possibilità di suoni perturbativi della presa degli auspici che, grazie appunto al benefico isolante del silenzio, erano perciò ritenuti più affidanti e sicuramente meno passibili di *vitia*»[13].

Il rigore riguardava anche l'arco temporale entro il quale compiere il rito: dal tramonto che segnava il termine delle quotidiane attività giuridiche[14] (come i processi) fino al *gallicinium*, il canto del gallo che anticipava il sorgere del sole[15]. Come si accennava prima, il silenzio, favorito dalla notte, è garanzia di validità della procedura e, al tempo stesso, di segretezza, una interconnessione che nel rituale di nomina del dittatore è particolarmente coerente con la straordinarietà della carica, l'allarme politico che ne giustifica il ricorso e, vista l'urgenza, la conseguente necessità di non incorrere in alcuna irregolarità.

2. SILENZIO E MANCATA *INTERCESSIO*

Silenzio deriva da *silere* «che allude al fatto, puramente negativo, di rimanere muti»[16].

12 Liv. 8.23.15-16: *Eam rem tribuni suspectam infamemque criminando fecerunt: nam neque facile fuisse id vitium nosci, cum consul oriens de nocte silentio diceret dictatorem, neque ab consule cuiquam publice privatimue de ea re scriptum esse nec quemquam mortalium exstare qui se vidisse aut audisse quid dicat quod auspicium dirimeret, neque augures divinare Romae sedentes potuisse quid in castris consuli vitii obuenisset*.

13 F. Arcaria, *"Chi tace non dice nulla". Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine 2023, 57.

14 Sulla fissazione di questo *range* temporale cfr. Licandro, *Cesare deve morire* cit., 51-52.

15 Cfr., recentemente, F. Giumetti, *Prima che il gallo canti. A proposito della 'dictio' del 'dictator' tra diritto, antropologia e storia delle religioni*, in L. Garofalo (a cura di), *La dittatura romana*, I, Napoli 2017, 69-106, con ampia bibliografia.

16 F. Arcaria, *"Chi tace non dice nulla"* cit., 17. Sull'etimologia del termine si veda anche C. Pennacchio, *Tacitast melior mulier semper quam loquens (Plaut. Rud. 1114). Processo al femminile: la reità, il patrocinio giudiziale e la testimonianza*, in Rivista di Diritto Romano 23 (2023, nuova serie 8), 74 (https://www.ledonline.it/Rivista-diritto-romano/ - DOI: https://doi.org/10.7358/rdr-2023-penn). Il giurista Paolo, vissuto in età severiana, sostiene in un frammento del suo libro 56 *ad edictum*, inserito nel Digesto giustinianeo (D. 50.17.142) che chi tace non può dirsi che confessi (*qui tacet, non utique fatetur*) ma è altrettanto vero che non nega (*sed tamen verum est eum non negare*). Per quanto sia arduo interpretare il breve enunciato paolino, esso appare collocare il silenzio in un campo neutro, privo di contenuti prestabiliti dal diritto. Va anche detto che il contesto originario del frammento citato appartiene al campo del processo romano, dove il ruolo del *silentium* è stato ampiamente indagato dalla dottrina e sul quale tuttavia non possiamo soffermarci.

Se in termini generali il *silentium* rappresenta il dato, di per sé incolore, di non produrre alcun suono, guardando al diritto pubblico romano, con particolare riferimento all'esercizio delle funzioni dei vari soggetti istituzionali, vediamo che spesso esso corrisponde al mancato esercizio, da parte di chi ne è titolare, del diritto di opposizione a un atto politico.

Nei testi liviani troviamo alcuni esempi che ci guidano in questa direzione. Scorriamoli brevemente: in Liv. 2.55.1 si narra che i consoli avevano ordinano la leva senza che i tribuni della plebe si fossero opposti e che il popolo si era infuriato più per il *silentium* tenuto da quest'ultimi che per l'arroganza dimostrata dai primi[17]. In Liv. 5.9.2[18] il momentaneo silenzio tenuto dai tribuni della plebe viene contrapposto al loro successivo attacco nei confronti dei tribuni militari che rifiutavano di adeguarsi alle indicazioni del senato; in Liv. 38.47.1[19] un generale si vanta di aver celebrato il trionfo per i propri successi militari, non solo senza ricevere il veto da parte dei tribuni della plebe (*non solum silentio*) ma addirittura godendo del loro pieno favore (*sed referre etiam* [...] *viderentur parati esse*), cosa – a suo dire – straordinaria dal momento che essi erano soliti opporsi a simili richieste; in altro luogo ancora[20] si legge che era stata indetta la leva senza che fosse intervenuta l'opposizione da parte dei senatori (*silentio patrum*). Una situazione simile ricorre in Liv. 2.57, dove si fa menzione di una legge approvata ed entrata in vigore *silentio*, ovvero senza che fossero intervenute contestazioni nel corso del suo iter deliberativo[21].

Il termine corrisponde anche e più in generale all'inattività politica di un magistrato della *res publica*, come attesta Liv. 2.27.10 dove il console Publio Servilio Prisco Strutto viene accusato dal collega Appio Claudio di demagogia per non aver preso posizione di fronte al rifiuto del popolo di arruolarsi nonostante il senato avesse emesso un preciso ordine in tal senso (*qui populari silentio rem publicam proderet*). Si veda poi Liv. 3.32.2 ove si ricorda il 453 a.C. come un anno pesantissimo a causa della carestia che flagellò Roma ma al tempo stesso come una parentesi di pace favorita, non solo dalla penuria di mezzi e dalle gravi

17 Si veda in particolare il passaggio: *Tum vero irasci plebs tribunorum magis silentio quam consulum imperio, et dicere actum esse de libertate sua*.

18 *Inter haec tribuni plebis, cum in concordia hominum secundisque rebus civitatis inviti silentium tenuissent, feroces repente minari tribunis militum, nisi in auctoritate senatus essent, se in vincla eos duci iussuros esse*.

19 *Manlium in hunc maxime modum respondisse accepi: 'tribuni plebis antea solebant triumphum postulantibus aduersari, patres conscripti; quibus ego gratiam habeo, quod seu mihi seu magnitudini rerum gestarum hoc dederunt, ut non solum silentio comprobarent honorem meum, sed referre etiam, si opus esset, viderentur parati esse'*.

20 Liv. 3.41.7.

21 Liv. 2.57: *Victus tamen patrum consensu quievit; lex silentio perfertur*.

perdite umane, ma anche dal *perpetuo silentio* dei tribuni rimasti – pare di capire – più o meno colpevolmente inattivi.

In tutti questi casi il *silentium* indica in termini tecnici il mancato esercizio dello *ius intercessionis* da parte dei tribuni della plebe o la mancata opposizione da parte di altri magistrati e soggetti politici a determinati atti pubblici.

Assai peculiare è poi il *silentium* inteso come divieto imposto agli avvocati di esercitare la professione forense e, quindi, principalmente di parlare in pubblico per perorare le ragioni dei propri assistiti: in D.3.1.8 (Papin. 2 *quaest*.)[22] il termine indica nello specifico l'interdizione quinquennale comminata a carico di alcuni avvocati come pena per determinati crimini.

Significativo è anche il celebre episodio del decemviro Appio Claudio il quale, avendo tentato di ridurre in servitù e abusare della giovane plebea Virginia, era stato sottoposto a giudizio. Di fronte alla prospettiva di subire le conseguenze di una condanna certa, non indugiò a presentare appello al popolo (*provocatio ad populum*) pronunciando la formula prevista '*provoco*'. Di fronte a questa dichiarazione, sottolinea Livio, che da sola era in grado di offrire una garanzia di libertà, *silentium fecit*[23]. La folla «sentendo che gli dèi esistevano e non avevano abbandonato le cose umane» tace di fronte all'esercizio di un diritto fondamentale da parte di un proprio concittadino, nonostante fosse stato proprio quest'ultimo, nel corso del decemvirato, a negarlo autoritativamente al popolo. L'atmosfera si tinge di un retroscena religioso che si coniuga bene con la concezione sacrale del diritto più arcaico e il silenzio torna a suggellare tale momento.

3. SILENZIO COME RISPETTO VERSO CHI PRENDE PUBBLICAMENTE LA PAROLA

Non mancano casi in cui il *silentium* corrisponde a una manifestazione di rispetto nei confronti di chi si accinge a pronunciare un'orazione pubblica di fronte ad una assemblea politica (popolare o senatoria). In questo contesto il silenzio non si contrappone bensì si accompagna alla parola, potenziandola e rendendola più efficace.

Accadde per esempio che il censore Tiberio Sempronio Gracco, padre dei più celebri fratelli Gracchi, prese la parola nel corso della votazione di una legge

22 *Imperator Titus Antoninus rescripsit eum, cui advocationibus in quinquennio interdictum esset, post quinquennium pro omnibus postulare non prohiberi. divus quoque Hadrianus rescripserat de exilio reversum postulare posse. nec adhibetur distinctio, quo crimine silentium vel exilium sit irrogatum, ne scilicet poena tempore determinata contra sententiae fidem ulterius porrigatur*.

23 Liv. 3.56.6-7.

per convincere l'assemblea a non approvarla e, stante la grande fiducia che si era guadagnato presso i cittadini[24], era riuscito ad esporre le proprie ragioni nel più assoluto silenzio, mentre il collega Caio Claudio Pulcro, che subito dopo intendeva sostenere la medesima posizione, faticò a prendere la parola e dovette ricorrere all'intervento del banditore affinché placasse il frastuono che si era levato.

L'onore e la reputazione godute da un personaggio politico gli fanno meritare il 'silenzio' della platea che lo ascolta anche quando essa non ne approvi le idee. Così accadde al cartaginese Annone che, nel racconto liviano, pronunciò in senato un discorso per scongiurare una nuova guerra contro Roma *magno silentio propter auctoritatem suam*[25], nonostante gli astanti fossero tutti schierati con l'opposta fazione guerrafondaia, capeggiata da Annibale.

Se poi a parlare è il dittatore o chi ricopre una posizione di particolare autorità il s*ilentium* diventa addirittura obbligatorio. Gli episodi in cui viene intimato sono ricorrenti: può accadere che sia il dittatore o un altro magistrato ad imporlo[26] servendosi di un segnale sonoro da parte di un suonatore di tromba[27] o di tuba[28], com'era il *praeco*[29], addetto a varie mansioni tra cui quella di banditore nell'ambito delle procedure di voto.

Il silenzio può manifestarsi anche come antitesi al rumore o, se vogliamo, come un suo atto interruttivo. Questo rapporto si coglie bene con riferimento ad un episodio cruciale della storia romana. Com'è noto, nel 450 a.C. i decemviri furono incaricati di redigere le XII tavole ma, avendo finito per assumere un potere dispotico, dopo due anni vennero costretti dal senato a deporre la carica. Visto che nel frattempo erano state sospese le altre magistrature, i plebei chiesero e ottennero di rieleggere i tribuni, che erano preposti alla loro difesa. Le fonti raccontano che i plebei si diressero verso Roma gareggiando a fare festa con i passanti e, si intende, facendo anche un gran chiasso. Quando però entrarono in città e si accinsero a salire sul colle Aventino, ecco che presero ad in-

24 Liv. 43.16.8: *Qui postquam uenit ut censores ad dissuadendum processerunt, Graccho dicente silentium fuit; [cum] Claudio obstreperetur, audientiam facere praeconem iussit*.

25 Liv. 21.10.1.

26 Cfr. Liv. 6.15.2: *Tum dictator silentio facto, "utinam" inquit* [...]; Liv. 8.35.4: *Tum dictator silentio facto 'bene habet' inquit* [...]; Liv. 34.50: *Silentio deinde facto petiit* [...]; Liv. 35.44.1: *In concilium ut uentum est, aegre a Phaenea praetore principibusque aliis introductus silentio facto dicere orsus rex*.

27 Liv. 2.45.12: *Fabius deinde ad crescentem tumultum iam metu seditionis collega concedente, cum silentium classico fecisse* [...].

28 Liv. 33.32.3: *Ad spectaculum consederant, et praeco cum tubicine, ut mos est, in mediam aream, unde sollemni carmine ludicrum indici solet, processit et tuba silentio facto ita pronuntiat* [...].

29 Liv. 8.32.1: *Cum silentio facto praeco Q. Fabium magistrum equitum citavit* [...]; Liv. 28.27.1: *Tum silentio per praeconem facto ita coepit* [...]; Liv. 29.27.1: *Ubi inluxit, Scipio e praetoria naue silentio per praeconem facto 'divi divaeque' inquit* [...]; Liv. 45.29.1: *Silentio per praeconem facto Paulus Latine, quae senatui, quae sibi ex consilii sententia uisa essent, pronuntiauit*.

camminarsi, riferisce Livio, ancora armati ma in silenzio[30]. Viene da domandarsi perché ricorra nuovamente l'elemento del silenzio. La ragione è che, mancando i magistrati della plebe, a dirigere le operazioni di creazione dei nuovi tribuni era stato preposto, in via eccezionale, il pontefice massimo che rappresentava la più importante autorità religiosa romana, al punto che in età del principato era l'imperatore a ricoprire questa carica. La presenza del Pontefice imponeva al corteo festante di tacere. Potere e silenzio tornano nuovamente ad intrecciarsi in una procedura politica intrisa di sacralità.

4. IL *SILENTIUM* CHE PRESERVA IL POTERE: IL CURIOSO CASO DEL NOME SEGRETO DI ROMA

Nella sfera pubblica il silenzio è associato anche alla suggestiva figura di Angenora, una dea tutelare di Roma, alternativamente rappresentata con la bocca bendata e sigillata[31] o con un dito avvicinato alle labbra[32] che invita a tacere.

Essa rientrava tra le divinità che vegliavano affinché a Roma regnasse la pace e i suoi confini restassero inviolati[33]. In particolare Angenora era preposta a custodire un vero e proprio tabù: il primitivo, segretissimo, nome di Roma. Solo la massima autorità religiosa, il pontefice massimo e, forse, pochi altri prescelti avevano il privilegio di conoscerlo[34]. Era possibile evocarlo solamente in occasione di determinate pratiche misteriche[35] ma col tempo anche questa eccezione fu revocata per scongiurare ogni possibile fuga di notizie. Chi avesse osato trasgredire il divieto, avrebbe subito le peggiori conseguenze.

Non si tratta solo di un fatto leggendario, giacché Plinio il Vecchio racconta che un tribuno della plebe, Quinto Valerio Sorano, attivo negli anni della guerra civile tra sillani e mariani, e noto per le sue competenze filologiche[36] più che per

30 Liv. 3.53.5: *Armati per urbem silentio in Aventinum perveniunt*.

31 Plin. *N.H*. 3.65: *Diva Angerona* [...] *ore obligato obsignatoque simulacrum habet*. Su questo passo cfr. E. Cantarella, *Passato prossimo: donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 20033, 48.

32 Macr. *Sat*. 3.9.4: *Angeronam, quae digito ad os admoto silentium denuntiat*.

33 Tra i protettori più cari alla *civitas* troviamo *Terminus*, il dio preposto alla difesa dei confini, al quale si narra che il re Numa Pompilio avesse dedicato uno spazio consacrato sul colle Capitolino che i romani ritennero per sempre inviolabile.

34 Per un'approfondita analisi sui depositari del segreto nome di Roma rimando a G. Ferri, *Valerio Sorano e il nome segreto di Roma*, in Studi e materiali di Storia delle religioni 73 (2007, n.s. 31.2) 271-303, con ampia bibliografia e ricognizione delle fonti.

35 Di tali rituali si parla in Plin. *N.H*. 3.65, su cui torneremo. Cfr. recentemente F. Feraco, *Gli Arcana Caerimoniarum in Plin. Nat. 3 65. Tra religione e diritto*, in Paideia 76 (2021) 435-450.

36 È sempre Plinio, nella prefazione delle sue Storie Naturali (*Praef*. 33), a dar conto dell'erudizione di Sorano dichiarando di essersi ispirato al sommario da questi utilizzato per redigere un'opera, di cui riporta il titolo (Ἐποπτίδων), forse dedicata alle divinità tutrici greche e romane.

sue doti politiche, aveva avuto l'ardire di svelare il nome segreto di Roma, oltraggio – questo – che gli era costato caro[37]:

> [...] inoltre Roma stessa, di cui è considerato empio pronunciare l'altro nome durante i misteri cerimoniali, abolito per utilissima e salvifica garanzia, lo svelò Valerio Sorano e poco dopo ne scontò la pena.

Sull'episodio si è conservata anche la testimonianza di Plutarco[38], il quale annota che Sorano trovò la morte per aver rivelato il nome della divinità protettrice di Roma, di cui non doveva conoscersi nemmeno il sesso[39] e che fu Gneo Pompeo ad indurlo a parlare per poi ordinare ai suoi di ucciderlo seduta stante[40]. Sembra quindi che il segreto fosse duplice, ricadendo sul nome della città e, al tempo stesso, su quello del suo nume tutelare. L'ulteriore e conseguente congettura è che tali nomi coincidessero.

Sulla tragica fine di Sorano si aggiunge l'ulteriore versione di Servio che è anche più dettagliata. Premesso che a nessuno è consentito evocare, nemmeno durante i *sacra*, il nome di Roma e che invece il tribuno della plebe Valerio Sorano ebbe l'ardire di farlo, Servio[41] riporta due diversi finali, entrambi suffragati da fonti che tuttavia non richiama espressamente: secondo alcuni l'empio tribuno sarebbe stato tratto in arresto e crocifisso per ordine del senato, secondo altri, per sottrarsi all'esecuzione della pena sarebbe fuggito in Sicilia dove, catturato da un pretore, sarebbe stato infine giustiziato.

Perché, si sono chiesti in molti, la *res publica* proteggeva così strenuamente il 'vero' nome di Roma? Una risposta ci viene fornita già dagli antichi e risiede in un'altra usanza religiosa, l'*evocatio*[42], che i romani svolgevano prima di occupare un insediamento nemico. Ad informarcene è nuovamente Plinio il Vecchio che

37 Plin. *N.H.* 3.65: *Superque Roma ipsa, cuius nomen alterum dicere nisi arcanis caerimoniarum nefas habetur optimaque et salutari fide abolitum enuntiavit Valerius Soranus luitque mox poenas*.

38 Plut. *Quaest. Rom*. 61.

39 Che il nome di Roma (del suo nume tutelare) rappresentasse un arcano sembra emergere anche dal testo epigrafico riportato su un altare rinvenuto alla base del Palatino, recante il seguente messaggio sibillino: «che tu sia un dio o una dèa (*Sei deo sei deivae*)». Esso trova un corrispondente nell'iscrizione apposta sullo scudo dedicato a Giove nel Campidoglio con le parole *genio urbis Romae sive mas sive foemina* così da rendere oscuro persino il sesso della divinità tutelare di Roma.

40 Plut. *Pomp*. 10.

41 Serv. *Ad Aen*. 1.277. Si veda anche, più conciso ma rispondente, Serv. *Ad Georg*. 1.498.

42 Cfr. G. Ferri, *Tutela segreta ed evocatio nel politeismo romano*, Roma 2006.

cita come fonte Verrio Flacco il quale, a sua volta, si sarebbe richiamato ad altri *auctores*[43]:

> Verrio Flacco annovera degli scrittori i quali credevano che, in vista degli assedi, in primo luogo i sacerdoti romani evocassero abitualmente la divinità sotto la cui tutela era posta la città in questione e le promettevano un culto pari o addirittura più grande presso i romani. Questo culto sacro si mantiene immutato nelle consuetudini dei pontefici e per tale ragione si conserva il segreto sul nome della divinità tutelare di Roma, onde evitare che qualche nemico possa agire nello stesso modo.

L'*evocatio* era dunque funzionale ad ottenere un lasciapassare da parte della divinità straniera in forza del quale i romani potevano procedere all'*occupatio* senza più temere di turbare la *pax deorum*.

Perduta la tutela divina, assieme alla terra, la città conquistata rimaneva svuotata e priva di ogni forza rigenerativa[44].

Si capisce allora che mantenendo il mistero sul nome della propria città e della divinità protettrice, i Romani erano convinti che nessun popolo straniero avrebbe potuto giocare la stessa carta dell'*evocatio* contro di loro, lasciando Roma priva di difesa e di futuro. L'effettivo svolgimento di questo rito è attestato dalle fonti: vi ricorse il dittatore Furio Camillo invocando il nume tutelare della città di Veio contro la quale i romani erano in guerra. Ci è giunto anche il testo dell'evocazione[45]:

> Sotto il tuo comando, Apollo Pitico, e ispirato dal tuo divino volere mi dirigo a distruggere Veio e ti prometto in voto la decima parte del bottino. Al contempo supplico te, Giunone Regina, che ora hai casa a Veio, di seguire noi vincitori nella

43 Plin. *N.H.* 28.18: *Verrius Flaccus auctores ponit, quibus credat in obpugnationibus ante omnia solitum a Romanis sacerdotibus evocari deum, cuius in tutela id oppidum esset, promittique illi eundem aut ampliorem apud Romanos cultum. Et durat in pontificum disciplina id sacrum, constatque ideo occultatum, in cuius dei tutela Roma esset, ne qui hostium simili modo agerent*.

44 Efficacemente N. Iannelli, *Del nome segreto di Roma e della sua divinità tutelare*, in Id., *Misteri, culti e segreti dell'antica Roma. Dalla fondazione dell'Urbe a Costantinopoli. Il Sator e i simboli della tradizione romana*, Firenze 2014, 243 parla di «desacralizzazione» della città conquistata a seguito dell'*evocatio*. Cfr. sul tema anche G. Ferri, *Tutela Urbis. Il significato e la concezione della divinità tutelare cittadina nella religione romana*, Stuttgart, 2010.

45 Liv. 5.21.2-5: *Tuo ductu inquit, Pythice Apollo, tuoque numine instinctus pergo ad delendam urbem Veios, tibique hinc decimam partem praedae voveo. Te simul, Iuno regina, quae nunc Veios colis, precor, ut nos victores in nostram tuamque mox futuram urbem sequare, ubi te dignum amplitudine tua templum accipiat*. La traslazione della statua di Giunone da Veio su ordine di Furio Camillo è ricordata anche da Valerio Massimo (1.8.3) il quale costruisce un immaginario dialogo tra un soldato romano addetto al trasporto e la dèa che, interrogata sul punto, avrebbe acconsentito espressamente a migrare a Roma. Cfr. anche Plut. *Cam*. 5-6 e Dion. Hal. 12.14.20 e 13.3.

> nostra città, che presto sarà anche tua, dove ti accoglierà un tempio degno della tua grandezza.

Altro caso è quello di Scipione Emiliano[46] che prima dell'attacco finale contro Cartagine, pronuncia la formula di supplica tramandata, questa volta, da Macrobio[47]:

> Sia un dio o una dèa sotto la cui tutela sono posti il popolo e la città di Cartagine e specialmente tu, che hai assunto la difesa di questo popolo e di questa città, vi supplico, vi imploro e vi chiedo la grazia di abbandonare il popolo e la città di Cartagine e di lasciare i loro luoghi, templi, cose sacre e di andare lontano da essi, e di incutere al popolo e alla città paura, timore reverenziale e oblio e, uscendo, di venire a Roma, da me e dai miei; che inoltre i nostri luoghi, templi, cose sacre e città siano per voi più cari e graditi e che siate ben disposti nei confronti miei, del popolo romano e dei i miei soldati. Se avrete fatto ciò, io prometto in voto che vi dedicherò dei templi e dei giochi.

Il fatto che il nome di Roma fosse coperto dal più assoluto silenzio in realtà rende improbabile che esso sia trapelato per mezzo di un cittadino come Valerio Sorano che, non solo non aveva mai ricoperto alcuna carica sacerdotale, ma che, al momento della presunta rivelazione, era tribuno della plebe, funzione che gli imponeva di proteggere ancor più strenuamente tale segreto, ammesso che lo conoscesse, per il bene del popolo e di Roma stessa.

Concordo dunque pienamente con Giorgio Ferri quando sostiene che l'empietà di cui venne accusato Sorano fu solo un astuto pretesto usato dai sillani per sbarazzarsi di lui. Che fosse un simpatizzante della fazione di Mario è atte-

46 Sull'episodio cfr. N. Berti, *Scipione, Caio Gracco e l'evocatio di «Giunone» da Cartagine*, in Aevum (1990) 69-75.

47 Macr. *Sat*. 3.9.7: *Sed videndum ne quod nonnulli male aestimaverunt nos quoque confundat, opinantes uno carmine et evocari ex urbe aliqua deos et ipsam devotam fieri civitatem. Nam repperi in libro quinto rerum reconditarum Sammonici Sereni utrumque carmen, quod ille se in cuiusdam Furii vetustissimo libro repperisse professus est.* [7] *Est autem carmen huiusmodi quo di evocantur cum oppugnatione civitas cingitur: si deus, si dea est, cui populus civitasque Carthaginiensis est in tutela, teque maxime, ille qui urbis huius populique tutelam recepisti, precor venerorque veniamque a vobis peto ut vos populum civitatemque Carthaginiensem deseratis, loca templa sacra urbemque eorum relinquatis, absque his abeatis* [8] *eique populo civitatique metum formidinem oblivionem iniciatis, propitiique Romam ad me meosque veniatis, nostraque vobis loca templa sacra urbs acceptior probatiorque sit, mihique populoque Romano militibusque meis propitii sitis. Si <haec> ita feceritis ut sciamus intellegamusque, voveo vobis templa ludosque facturum*. Cfr. anche Serv. *Ad Aen*. 12.841.

stato dalle fonti[48], che fosse anche uno scomodo avversario di Silla è una conseguenza facilmente desumibile, visto anche il ruolo istituzionale che ricopriva.

D'altro canto, contestare la violazione di una norma religiosa a un personaggio politico allo scopo di metterlo a morte o provocarne l'allontanamento dal consesso civile è un espediente ricorrente nella storia romana, soprattutto nei torbidi della crisi della repubblica. Qualche decennio prima, nel 132 a.C., toccò anche a Tiberio Gracco, accusato dall'aristocrazia terriera di aver oltraggiato la *sacrosanctitas* del collega Marco Ottavio che egli aveva fatto destituire perché si era ingiustificatamente opposto alla riforma agraria proposta dallo stesso Tiberio su sollecitazione del popolo. Proprio la *sacrosanctitas*, la più importante prerogativa della carica tribunizia, rende improbabile che Valerio Sorano sia stato condannato alla pena di morte fintanto che era in carica, ovvero finché permaneva la protezione derivante dal suo essere *sacrosanctus*. Tale ipotesi è ancor più estranea alla prassi costituzionale romana se rapportata alla pena della crocifissione, prevista per le persone di infima condizione e per gli schiavi. Si trattò più probabilmente di un omicidio politico che Pompeo e la sua fazione, di parte sillana, provarono a giustificare accusando Sorano di alto tradimento mentre non è credibile che nel corso di una normale conversazione, come sostiene Plutarco, egli abbia compiuto la leggerezza di svelare il nome di Roma.

Sulla questione tornò ad interrogarsi lo storico Giovanni Lido[49], vissuto in età bizantina, il quale azzarda l'ipotesi che il 'vero' nome di Roma fosse il suo palindromo *amor*. Una tesi, questa, che potrebbe trovare un gancio nella relazione esistente tra Roma e Venere, madre della stirpe romana e invocata pubblicamente anche con il nome di Angenora. Non può tuttavia dirsi che quella presentata da Giovanni Lido fosse una rivelazione, dal momento che il binomio Roma-Amor era già presente nella letteratura precedente, oltre ad essere attestato nei graffiti sui muri pompeiani. Proprio questa 'popolarità' fa dubitare che la soluzione da lui proposta avesse colto nel segno. L'arcano permane e il mito di Angenora sembra ancora intimare il silenzio su questo incredibile segreto di Stato.

48 Gli orientamenti politici di Sorano sono resi noti da Plutarco (*Pomp*. 10) che lo annovera tra le file dei Mariani.

49 G. Lido *de mens*. 4.50.

MISURA E VALIDAZIONE DELLA «DILIGENZA ORGANIZZATIVA».
Tra anomia, Stato *post*-regolatore, ordinamenti periferici[1]

Eliana Greco

1. *POST*-REGOLAZIONE, «NON-DETTI» NORMATIVI, «SILENZIO PREVERBALE»

L'idea del «declino», del «tramonto» o dell'«eclissi» dello Stato è un *topos* in progressivo *abbandono*: sebbene nel tempo largamente recepito, esso è stato destinatario di recenti proposte di rivisitazione critica, che mirano a validare non già una *dismissione* o un *indebolimento* dell'attore pubblico e della sua competenza regolativa, ma una evoluzione, in senso trasformativo, dei modi in cui questa funzione si esprime e si realizza[2].

Siffatta impostazione è stata in maniera particolare avvertita nella letteratura di derivazione anglosassone – pressoché a partire dagli studi di Colin Scott [3] – ed emblematicamente rappresentata attraverso il paradigma dello Stato *post*-rego-

1 Il concetto di anomia è qui utilizzato in accezione "letterale" e non criminologica, alludendo alla mancanza di previsioni normative e non invece alla nozione elaborata da Émile Durkheim (su cui v., per tutti, G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 439).

2 Sul tema dell'"eclissi dello Stato", si vedano: L. Casini, *Lo stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano 2020, 13 ss.; cfr., per una più estesa analisi, H. Willke, *The Tragedy of the State: Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, in Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy (1986) 455 ss., 466 ss.; I. Sand, *Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide – What is Public Law under Conditions of Globalization*?, in C. Macamlaigh-C. Michelon-N. Walker (Eds.), *After Public Law*, Oxford 2013, 154. Cfr., sul punto, le osservazioni di G. Di Vetta, *Diritto penale e Post-Regulatory State. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica*, in G. Gullo-V. Militello-T. Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, Milano 2021, 491 ss.; v., altresì, A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000; W. Röpke, *Presupposti e limiti del mercato*, in AA.VV., *Le regole della libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Centro Studi Tocqueville-Acton, Milano 2010, 174; su questo tema, con più specifico riferimento all'assetto regolativo degli enti, v. S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia*?, in Le Società (2015) 473 ss. spec. 478.; C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in Dir. pen. e proc. (2015) 261 ss.

3 Cfr. C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State*, in J. Jordana-D. Levi-Faur (Eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Northampton 2004, 45 ss. Il tema è stato sviluppato, nella dottrina italiana, da Di Vetta, *Diritto penale e post-regulatory state* cit., 291 ss. e da F. Venturi, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale. Analisi descrittiva e prescrittiva del sistema di responsabilità* ex crimine *degli enti nell'orizzonte del* post-regulatory state, in Criminalia (2021) 161-205.

latore: un modello che appare certamente più incline, rispetto a quello tipico dell'epoca positivista, a restituire un'immagine o un'idea di co-disciplina o, con altro lessico, di *meta-regolazione*, di *regolazione indiretta* o di *regolazione smart* [4].

Si tratta, in sostanza, di sistemi nei quali lo Stato è «*giustapposto a*» e «*non sostituito da*» altri attori sociali; modelli in cui esso rinuncia – certo – ad alcuni compiti di disciplina, riallocandoli (con diversi gradi di vincolatività e cogenza) in capo agli ordinamenti particolari ma, al contempo, definisce cornici pubblicistiche con valenza programmatica, all'interno delle quali i codici auto-normati originano, o si riserva compiti di controllo *non preventivi* ma *successivi*[5].

Uno scenario, insomma, in cui lo spazio di intervento pubblicistico arretra e cede il passo a una funzione: (*i*) o di verifica *ex post* dell'apparato normativo auto-prodotto dagli ordinamenti periferici; (*ii*) o di definizione *ex ante* delle linee di indirizzo alle quali gli attori privati possono conformarsi, dando luogo così a una «auto-normazione "preordinata" dal diritto punitivo pubblico», in cui «il legislatore, per scopi riconducibili alla finalità politico-criminale "ultima" di prevenzione di fatti offensivi rientranti nell'orbita della tipicità giuridico-penale, inneschi» e veicoli esso stesso fenomeni di autopoiesi ordinamentale [6]; un contesto, in sintesi, in cui il monopolio dello Stato è – sì – *ridimensionato* ma *non misconosciuto*. Come si è osservato, «la nuova geografia [...] comprende [...] un processo molto più differenziato di quello suggerito dalle nozioni di declino generale»: ciò che si registra è, invece, il ricorrere di operazioni di «riposizionamento» e «rimodellamento» dello Stato stesso «in un più vasto ambito di potere[7]».

4 Cfr., su questi temi, oltre alla letteratura già richiamata, P. Drahos (Ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Sydney 2017; B. Jessop, *Governance and Meta-Governance: On Reflexivity, Requisite Variety and Requisite Irony*, in H. Bang (Ed.), *Governance, Governmentality and Democracy*, Manchester 2003; C. Parker, *Reinventing Regulation within the Corporation: Compliance Oriented Regulatory Innovation*, in Administration & Society (2000) 529 ss.; C. Parker-C. Scott-N. Lacey-J. Braithwaite (Eds.), *Regulating Law*, Oxford 2004.

5 Cfr., sul tema, l'ampia analisi di D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino 2022 e S.B. Taverriti, *L'autocontrollo penale. Sistematica funzionalità politico-criminale del diritto riflessivo*, Milano 2025.

6 Cfr., ancora, Bianchi, *Autonormazione e diritto penale* cit., 131 ss.

7 Lo fa notare Di Vetta, *Diritto penale e Post-regulatory State. Tutela di funzioni e tutela penale periferica* cit., 295, il quale richiama altresì il pensiero di P. Zumbansen, *Neither "public" nor "private", "national" nor "international": transnational corporate governance from a legal pluralist perspective*, CLPE Research Paper (2010) 7 e di S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton 2006. L'Autore rileva come i richiamati concetti di "riposizionamento" e "rimodellamento" si esprimano «in più direzioni: a) nell'alterazione funzionale delle componenti amministrative, tecniche, giuridiche ed operative che compongono lo stato, che si proiettano nel "globale": si tratta della c.d. "denazionalizzazione", dinamica che investe significativamente anche il diritto statale; b) nella partecipazione ("*engagement*") dello stato alle dinamiche della regolazione che si sviluppano nel contesto globale e trascendono i consueti modelli del *government* nazionale e internazionale: l'attore statale accede, in varia forma, ai regimi regolatori globali (intergovernativi, quindi pubblici, ibridi o privati) e instaura con questi relazioni istituzionali e operative, che alla fine modificano le sue stesse strutture interne; c) nello sviluppo, anche all'interno, di originali modelli ibridi (pubblico-privato) di regolazione, quindi nella produzione

In questo senso, il «silenzio» del legislatore rispetto agli ambiti "coperti" dai diritti riflessivi ha una connotazione non *anomica* in accezione stretta – cioè, di *rinuncia effettiva alla regolazione* –, bensì "preverbale[8]": un ritiro che contiene una «possibilità di parola», la quale diviene «atto» e «realtà» mediante il trasferimento ad altro ordinamento, solitamente di natura *sub*-statuale[9].

Questo processo di trasformazione, che ha condotto al parziale *decentramento* delle competenze regolative dell'attore pubblico, ha, per vero, conosciuto un *doppio ambientamento* e una *doppia direzione*: si è mosso, cioè, sia *verso l'interno*, dando luogo a quelle forme di auto-normazione e di diritto riflessivo di cui oggi molto si discute[10]; sia *verso l'esterno*, aprendosi all'influenza pervasiva e sempre crescente delle fonti sovranazionali, in un territorio – quello del diritto penale – che, classicamente, mal tollerava incursioni da territori a esso alieni[11].

di "nuovi tipi di normazione, di elementi legislativi, di sentenze di tribunali", cioè "di tutta una serie di nuove legalità"; d) nell'interazione e interferenza del diritto interno con un "diritto globale" ("*transnational law*") che si forma "accanto allo Stato", si legittima su base epistemica o funzionale e rivendica un'applicazione che prescinde dalle forme della validità territoriale e formale degli ordinamenti giuridici nazionali (territoriali)» (*ivi*, 295-296).

8 Sull'idea del «silenzio preverbale» come «premessa della parola creativa», v. G. Steiner, *Linguaggio e silenzio*, Milano 2001, 27 ss.

9 Sui diritti riflessivi, v., da ultimo, Taverriti, *L'autocontrollo penale* cit.

10 Sul rapporto tra auto-normazione e diritto penale nella letteratura di lingua italiana, si veda anzitutto il già richiamato lavoro monografico di Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità* cit.; cfr., altresì, G.A. De Francesco, *Uno sguardo fugace sulla c.d. Autonormazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17 aprile 2023, 1 ss.; Di Vetta, *Diritto penale e post-regulatory state* cit., 291 ss.; E. Greco, *Dal venire meno del «monismo» giuridico alla legittimazione del fenomeno auto-normativo. Il* self-regulatory model *nel sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, in *I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra Hard Law e Soft Law*, in Gullo-Militello-Rafaraci (a cura di), *I nuovi volti del sistema penale* cit., 163 ss.; V. Mongillo, *La privatizzazione delle fonti: criteri di autonormazione e di autocontrollo,* in A. Gargani (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agroalimentare*, Torino 2021, 49 ss.; V.B. Muscatiello, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio*, in Riv. trim. dir. pen. ec. (2020) 311 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, *(dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in Cass. pen. (2013) 376 ss. (Parte I) e 845 ss. (Parte II); Id., *Autonormazione e controllo penale*, in Dir. pen. proc. (2015) 261 ss.; Id., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione*?, in C.E. Paliero-S. Moccia-G.A. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 117 ss.; G. Rotolo, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-Regulation: in Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention*, in S. Manacorda-F. Centonze (Eds.), *Corporate Compliance on a Global Scale: Legitimacy and Effectiveness*, Cham 2021, 239 ss.; A. Savarino, *I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali*, in Riv. trim. dir. pen. ec. (2021) 311 ss.; S.B. Taverriti, *L'autocontrollo penale*, cit.; Ead., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *Criminalia* (2021) 129 ss.; V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2014; Venturi, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale* cit., 161 ss.

11 Cfr., su questi temi, V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino 2023; Id., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2021) 1233-1252; Id., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2015) 154-187; Id., *I principi penalistici nel* network *multilivello: trapianto, palingenesi,* cross-fertilization, in Riv. it. dir. proc. pen. (2012) 839-874; Id., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012; Id., Art. 7/1, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, 258-288; A.M. Maugeri,

Accanto a questi rilievi è necessario svilupparne altri due: il primo, che funge da orizzonte teorico delle presenti riflessioni, consiste nell'individuazione del fondamento stesso delle dinamiche auto-regolative nell'idea della *pluralità degli ordinamenti*, dapprima sviluppata da Santi Romano e poi recepita in seno agli ambienti anti-positivisti[12]; il secondo rilievo è il seguente: ancorché il fenomeno dell'auto-normazione non abbia mai apprezzabilmente attecchito nell'ordinamento penale se non in tempi recenti – e peraltro con una certa resistenza ideologica, per ragioni naturalmente legate al suo carattere di statualità e ai principi che lo governano – l'idea auto-regolativa è, nondimeno, sempre *esistita*; ed è esistita, come tratto che potremmo definire *naturale* o *fisiologico*, in tutte quelle ipotesi in cui sia il tipo stesso ad "aprirsi" all'esterno[13]. Il caso paradigmatico che meglio esprime questa dinamica "relazionale" è senz'altro il tipo colposo, in cui è la struttura della condotta a richiedere un processo costante di eterointegrazione e quindi l'utilizzo di regole cautelari (extra-penali e, nel caso di colpa generica, prasseologiche), in funzione co-fondativa del fatto tipico [14]. Proprio in forza di

Il ruolo della Corte Edu nella promozione dei diritti fondamentali in materia penale tra conquiste e resistenze: il sistema sanzionatorio, in A. Saccucci (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti* (2016-2020), Napoli 2021, 429 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità, Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino 2022; sui medesimi temi, v., altresì, F. Viganò, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2022, 15-39; Id., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2020) 1775-1819; Id., *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2017) 1281-1314.

12 Per una più ampia analisi delle tesi di Santi Romano, v. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Macerata 2018; sia altresì consentito il rimando a E. Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, Torino, 2024, 10 ss., per una trattazione del tema con riferimento all'auto-regolazione.

13 Cfr. *infra*, § 2.

14 Sulla colpa, senza pretesa di esaustività, cfr.: G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990; Id., *Colpa* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 945 ss.; Id., *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 114 ss.; Id., *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in Dir. pen. proc. (2015) 738-742; M. Caputo, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in Dir. pen. cont. 16 luglio 2012 e in Riv. it. dir. proc. pen. (2012) 875 ss.; Id., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017; Id., *Colpa medica* (Voce), in *Enc. dir. (Reato colposo)*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 153-200; D. Amato, *Comunicazione del rischio e responsabilità penale. Riflessioni a margine della sentenza della Cassazione sul caso "Grandi rischi"*, in Criminalia (2016), 107-123; D. Castronuovo, *Colpa penale* (Voce), in *Enc. dir. (Reato colposo)* cit., 200-232; Id., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in Giur. it. (2021) 2218-2224; F. Donelli, *La violenza come infortunio: specificare la colpa e ragionare per principi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24 aprile 2021, 1-37; M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2013) 124 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in Dir. pen. cont., 13 maggio 2019; M. Gallo, *Colpa penale* (Voce), in *Enc. dir*., Milano 1960, 624 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993; Id., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in Dir. pen. proc. (1999) 1291 ss.; Id., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in Riv. it. dir. proc. pen. (1999)

questo connotato, la colpa penale è stata definita come avente carattere di «incompletezza[15]» e di apertura verso un costante apporto esterno di tipicità, necessario alla concretizzazione del precetto. A questa incompletezza strutturale o fondativa corrisponde, però, una completabilità che potremmo chiamare «deontica», la quale deriva dal ruolo costitutivo riferibile allo standard cautelare e al suo carattere modale. Il tipo colposo, quindi, già per sua natura, è più incline di altri all'assorbimento di regole tecniche promananti da formazioni *sub*-statuali: tratto, questo, che, per vero, esso condivide, come si diceva, con tutte le fattispecie e le categorie fortemente normativizzate.

Questo profilo si apprezza, con un vigore più intenso, in quelle declinazioni della colpa penale in cui il processo auto-regolativo ha ricevuto una valorizzazione crescente e, se possibile, maggiore rispetto alle ipotesi ortodosse o tradizionali.

Ci si riferisce, in particolare, al sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, che nasce e si sviluppa come spazio nel quale l'attore pubblico quasi totalmente trasferisce all'attività regolativa privata importanti funzioni di disciplina[16], dando luogo a una abdicazione effettiva al sapere specialistico, la cui validazione resta comunque subordinata alla verifica circa l'adeguatezza del sistema preventivo.

Uno dei profili di criticità più avvertiti nella letteratura e nella prassi rispetto alla conformazione del sistema italiano di *Corporate Criminal Liability* risiede, del resto, in un lamentato *disimpegno* o in un *disinteresse* dello Stato nel tracciare le direttrici della *compliance*: un silenzio, dunque, dapprima contrassegnato come *anti-verbale* o *anomico* e non quale preludio a modelli regolativi promananti da altra fonte[17].

86 ss.; Id., *La legalità della colpa*, in Criminalia (2008) 154 ss.; Id., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità* cit., 87 ss.; Id., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in DisCrimen 2 gennaio 2021; C. Iagnemma, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, Pisa 2020; F. Mantovani, *Colpa* (Voce), in *Dig. disc. pen*., Torino 1988, 299 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965; M. L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave: argomentazioni intorno a una tesi*, Roma 2021; Id., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020; D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010; C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2005) 1670 ss.; Id., *Colpa* (Voce), in *Enc. dir*., Milano 2017, 222-265; P. F. Poli, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di* extrema ratio *ed effettività della tutela penale*, Milano 2021; C. Valbonesi, Prima tipicità *della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli 2023.

15 Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale* cit., 137 fa notare come risalga «a Welzel [...] il rilievo secondo cui le fattispecie colpose presenterebbero carattere "incompleto" e "aperto" e dunque dovrebbero essere "integrate" attraverso il concetto di diligenza o altri affini» (cfr., sul tema, in particolare, la nota 185). Critica il carattere di "apertura" delle fattispecie colpose C. Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtpflichtmerkmale*, Berlin 1970, 53 ss.

16 Cfr., per più ampi rilievi, Bianchi, *Autonormazione e diritto penale* cit., 132 ss.; v., altresì, Taverriti, *L'autocontrollo penale* cit., 263 ss.

17 Secondo la definizione fornita da Steiner, *Linguaggio e silenzio* cit., 27 ss.

La definizione della condotta *compliant* è, difatti, demandata[18]: (*i*) a una disciplina di rango primario «essenziale e laconica[19]», di carattere generalissimo (primariamente, gli articoli 6 e 7 del decreto 231; l'articolo 6, per esempio, al comma 3, esplicitamente richiama i «codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti», che possono essere funzionali alla redazione dei modelli) che registra rarissime eccezioni, tra cui senz'altro si annovera l'articolo 30 del d.lgs. 81/2008, comunque circoscritto a una precisa area di rischio (quella legata, per l'appunto, alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro); (*ii*) alle *prassi virtuose* che si sviluppano all'interno delle imprese più attente, con l'ausilio delle indicazioni che provengono dalle rappresentazioni aggregative esponenziali, le quali risultano positivizzate in fonti di *soft law*, perlopiù nella forma della linea-guida.

2. *LACUNE STRUTTURALI. IL «SILENZIO» DEL LEGISLATORE NELLA DEFINIZIONE DELLA CONDOTTA* COMPLIANT. *LA VALUTAZIONE DELL'ADEMPIMENTO ALLA PRETESA ORDINAMENTALE DI CONFORMITÀ*

Che l'assetto descritto abbia generato cortocircuiti notevoli *su almeno due livelli* è un dato ampiamente acquisito dalla scienza esperta.

Per fornire una rapida veduta, viene anzitutto in rilievo il piano – potremmo dire – pedagogico-orientativo dell'impresa, che «è chiamata a individuare [...] cautele 'autonormate' [...] senza potersi giovare, nella maggior parte dei casi, di "un catalogo prestabilito di precauzioni da consultare"» (in letteratura, del resto, si è discorso di «solitudine dell'impresa[20]»); accade, insomma, che la regola cautelare non esista *ex ante* – e non sia quindi conoscibile dall'agente come regola comportamentale astratta – ma sia ricostruita *ex post* in sede giudiziale, favorendo altresì il rischio di dare forma a: (*i*) meccanismi di *compliance difensiva* o di *over-compliance*, orientata più a scopi di verificabilità processuale che di effettiva sedimentazione di una cultura della conformità[21]; «gli adempimenti non rispondono alla preoccupa-

18 Come si è osservato in letteratura, l'accertamento della idoneità del modello rappresenta «uno degli aspetti più oscuri, se non un autentico punto di crisi della disciplina della responsabilità *ex delicto* delle società», che si inserisce in «un "sistema di autonormazione" e di "autocontrollo penale" che, a ben vedere, non è mai stato – sin dalla sua progettazione – davvero autonomo, ma ha sempre scontato una dipendenza simbiotica dal 'collaudo' giudiziale» [in questi termini, V. Manes, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in Giur. comm. (2021) 633 ss.].

19 È il lessico utilizzato da Manes op. ult. cit., 633.

20 Cfr. F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2017) 945 ss.

21 In questo senso sempre Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma* cit., 945 ss.; v., altresì, Manes, *Realismo e concretezza* cit., 633 ss.

zione di prevenire i reati e le illegalità in ambito aziendale, [...] bensì soprattutto a quella di sottrarsi agli addebiti in sede giudiziaria, esibendo un attivismo "di facciata"[22]»; (*ii*) dinamiche di *iper-normazione* derivanti da una lettura quasi mitizzante dei processi di positivizzazione delle regole cautelari che risultano controproducenti per diverse ragioni: dapprima, un non convincente trasferimento dell'illecito dell'ente sul terreno – a esso non confacente, per i motivi dei quali a breve diremo – della colpa specifica[23]; di seguito, la effettiva compressione dello spazio utile allo lo sviluppo di quella "consapevolezza situazionale" necessaria all'acquisizione di un patrimonio esperienziale di competenze non tecniche, funzionali alla gestione di fatti avversi inattesi, che pure suggerirebbero di accludere le stesse *Non Technical Skills* al giudizio di colpa, non solo organizzativa, ma anche individuale[24].

Il secondo livello è chiaramente rappresentato dal controllo giudiziale di idoneità in un contesto in cui né gli standard ai quali conformare i dispositivi di auto-controllo né, di conseguenza, quelli di validazione postuma appaiono codificati, fatte salve le generiche indicazioni delle quali si è detto[25].

Tralasciando la "via" – pur suggerita in alcune, pur apprezzabili iniziative di riforma [26] – della *attestazione preventiva del modello conforme agli standard nazio-*

22 Cfr. ancora Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma* cit., 945 ss.

23 Si è cercato di rimarcarlo già in E. Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa. Modelli emergenti e proposte di rinnovazione*, cit., 112 ss.

24 Cfr., sul tema del "governo dell'inatteso", K.E. Weick-K. M. Sutcliffe, *Governare l'inatteso*. *Organizzazioni capaci di affrontare le crisi con successo*, Milano 2010. Sulle "NTS" nel giudizio di colpa, v. G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. Donini-R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità* cit., 114 ss.; cfr., altresì, se si voglia, E. Greco, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa* (*Rapporto sulla ricerca dell'Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale in collaborazione con ANACNA*), Torino 2021, 76-77.

25 Manes, *Realismo e concretezza*, cit., p. 633 ss. ha difatti rilevato come «la 'controllabilità ermeneutica' della valutazione, peraltro, diventa particolarmente sfuggente per la 'bidirezionalità' che – come evidenziato – contrassegna la prospettiva di giudizio: profilo di ambiguità che spesso getta il giudicante in una sorta di *impasse*, in genere risolta attraverso la 'soluzione *passe-partout*' di segno colpevolista, dove la mancanza di esigenze reattive – e di effettiva rimproverabilità rispetto al reato-presupposto commesso – viene colmata da una qualche ravvisata necessità preventiva, e viceversa». Alla luce di siffatte acquisizioni si sono elaborate, nella letteratura più recente, proposte volte alla codificazione degli stessi standard di validazione giudiziale (v., sul tema, R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino 2022, 320 ss.).

26 Ci si riferisce, in particolare, al Progetto AREL, promosso dalla Associazione AREL ("*Agenzia di Ricerche e Legislazione*") e dal Ministero della Giustizia, sulla falsariga della previsione della «asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza» attribuita, dall'articolo 51, comma 3-*bis* del d.lgs. 81/2008 agli organismi paritetici («*Gli organismi paritetici svolgono o promuovono attività di formazione, anche attraverso l'impiego dei fondi interprofessionali di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e successive modificazioni, e dei fondi di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nonché, su richiesta delle imprese, rilasciano una attestazione dello svolgimento delle attività e dei servizi di supporto al sistema delle imprese, tra cui l'asseverazione della adozione e della efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30, della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività*»); v., sul tema, tra tutti: G. De Vero, *Il progetto di modifica della*

nali o internazionali – sulla quale non ci intratterremo in quanto a nostro avviso impraticabile, poiché fondata su presunzioni assolute di idoneità che condurrebbero a una totale privatizzazione del giudizio di colpa organizzativa[27] – come può ipoteticamente rispondersi a queste difficoltà[28]?

responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie, in Dir. pen. proc. (2010) 1138; G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. Stile-V. Mongillo-G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/ 2001*, Napoli 2013, 182; A. Fiorella, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in A.M. Stile-V. Mongillo-G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi* cit., 359 ss.; A. Fiorella-A. S. Valenzano, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato* Roma, 2016, 83 ss.; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in Riv. trim. dir. pen. ec. (2017) 1010 ss.; V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezze dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in Rivista 231 (2011) 69 ss.; M. Vizzardi-L. Santa Maria, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, in Dir. pen. cont., 10 novembre 2010; M. Zalin, è *opportuno introdurre un sistema di certificazione dei modelli 231*?, in Rivista 231 (2018) 91-93.

27 Si vedano, sul punto, le considerazioni di Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive* cit., 105, il quale osserva come «*in limine*, alcune osservazioni dottrinali hanno riguardato la procedura di attestazione, rispetto alla quale si è criticato il ruolo assegnato al Ministero della Giustizia, sia perché le regole individuate nel regolamento da emanarsi determinerebbero un *vulnus* al principio di legalità, sia perché esso contribuirebbe al 'processo di degiurisdizionalizzazione', già insito nella possibilità di attestazione del Modello", e a una "sostanziale 'burocratizzazione/privatizzazione' della colpevolezza organizzativa dell'ente". Il punto di maggiore criticità della proposta si rinviene tuttavia nella presunzione quasi-assoluta di idoneità preventiva, "destinata a liberare il campo dalle verifiche del giudice, privatizzando d'imperio il giudizio per colpa"». Cfr., altresì, M. Colacurci, *L'illecito "riparato" dell'ente*. *Uno studio sulle funzioni della* compliance *penalistica*, Torino 2022, 274, il quale fa notare che «La prospettiva di una certificazione a valenza pubblicistica della *compliance*, sulla scorta di quanto avviene in materia di certificazioni ISO, non appare praticabile: la delega di un simile compito a soggetti privati rischierebbe di ingenerare un vero e proprio "mercato" di certificazioni preventive, incentivando modelli di *compliance* meramente cartolari. Al medesimo tempo, istituire certificatori pubblici sembra un'ipotesi di ancor più di difficile realizzazione, data l'onerosità e la difficoltà di individuare i soggetti più adatti a svolgere simile funzione». Un discorso differente può condursi, a proposito delle certificazioni, in relazione agli standard «ISO», redatti dall'«*International Organization for Standardization*», di cui, appunto, la sigla «ISO» rappresenta l'acronimo; si tratta di una associazione non governativa, composta dai rappresentanti degli enti di regolazione di più di centosessanta Stati. «Fino ad oggi l'ISO ha pubblicato più di ventimila standard, attraverso un procedimento partecipato improntato alla democraticità tramite la presenza, all'interno dei comitati tecnici, non solo di rappresentanti del mondo dell'industria, ma anche di organizzazioni non governative, governi e altri stakeholder individuati dai membri dell'ISO, in grado di rappresentare gli interessi più disparati». Sul tema, v. P. Delimatsis, *Global Standard-Setting 2.0: How the WTO Spotlights ISO and Impacts the Transnational Standard-Setting Process*, in Duke Journal of Comparative & International Law (2018) 287; G.M. Gherardi, *Standard e regolazione condivisa*, Torino 2018; P. Marquez, *Standardization and Capture: The Rise of Standardization in International Industrial Regulation and Global Administrative Law*, in 7 Gl. Jur. (2007) 2 ss.; J. Yates-C.N. Murphy, *Coordinating International Standards: The Formation of the ISO*, in MIT Sloan Research Papers (2007) 1-36. Occorre tuttavia segnalare che in moltissimi casi le imprese si conformano agli standard internazionali ISO, talvolta conseguendo anche la relativa certificazione e che, tuttavia, la giurisprudenza si conserva riluttante a riconoscere in tale certificazione un indice di idoneità, né essa acquisisce alcun valore ai fini della valutazione di adeguatezza. V., più estesamente, a questo proposito, le notazioni di Colacurci, *L'illecito "riparato"* cit., 257 ss. e di Manacorda, *L'idoneità preventiva* cit., nota 201. Sul tema delle certificazioni preventive nel richiamato progetto di riforma, v. G.M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.l. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti*. *Un rimedio peggiore del male?,* in Cass. pen. (2010) 4036 ss.; V. Manes-A.F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze-M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità penale degli enti*, *Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016, 161; F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in Le Società (2010) 1249; Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo* cit.

28 Si segnala a questo proposito la recente proposta di riforma per la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche – d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 elaborata dal Tavolo tecnico

Ricorrendo alle categorie richiamate[29], un punto di partenza potrebbe essere quello di incoraggiare il passaggio da un sistema di *Meta-Regulation* di tipo debole a un modello *Meta-regolativo* di tipo forte, cioè a una più solida distribuzione di compiti tra attore pubblico e soggetti privati, che implichi un reciproco impegno nella co-determinazione delle regole preventive, in un senso che non comporti delega totale al sapere specialistico, né una espansione di quest'ultimo che giunga a fenomeni di *iper-normazione*, bensì una ragionevole cooperazione nello scopo preventivo: insomma, una sollecitazione *reale* dei diversi livelli normativi, che appare peraltro in linea la *ratio* del decreto 231.

Il versante pubblico della *partnership*, del resto, sebbene "inadempiente" sul piano regolativo, si riserva comunque un controllo successivo di tipo giudiziale, senza rendere manifesti i criteri in base ai quali *quel* controllo sarà compiuto: dato, questo, che rappresenta un paradosso e che pure andrebbe assorbito o comunque temperato[30].

3. LINEE DI INDIRIZZO. ATTORE STATUALE, FORMAZIONI PARTICOLARI, SPAZI *META-REGOLATIVI*. LA DISTRIBUZIONE DELLA FUNZIONE PREVENTIVA SU TRE LIVELLI: *MACRO-, MESO-, MICRO-*

Muovendo dalle precedenti acquisizioni, l'idea va nel senso di un governo rafforzato del rischio d'impresa – e della sua attitudine a divenire rischio-reato –, distribuito su *tre circuiti di gestione*, dotati di compiti e aree d'azione differenti; l'assetto auspicato risponde a quella esigenza di procedimentalizzazione/ritualizzazione che, come più avanti meglio diremo[31], rappresenta uno strumento di legittimazione – sia dal punto di vista "formale" della produzione della fonte auto-normata, sia in relazione ai meccanismi di osservanza della stessa – dei processi regolativi attuati da soggetti diversi da quello pubblico[32] (solo per inciso, alla medesima logica sembrano conformarsi i «criteri guida per la redazione di

istituito presso il Ministero della Giustizia (la relazione è consultabile in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1768574114_relazione-conclusiva.pdf).

29 Cfr. *supra*, § 1.

30 Cfr. sempre la Relazione del tavolo tecnico, di cui *supra*, nota 28.

31 Cfr. *infra*, § 4.

32 Nel senso della adeguata valorizzazione dei diversi livelli normativi per conseguire una finalità rieducativa del "sistema 231" – finalità che l'Autrice comunque intende come connotata da elementi di «alterità» rispetto al diritto penale delle persone fisiche ma che emerge con vigore dalle disposizioni del testo normativo – si orienta A.M. Maugeri, *La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/01: la rieducazione dell'ente*, in M. Catenacci-V.N. D'Ascola-R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, Roma 2021, 1683.

codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti» emanati nel febbraio 2025 dal Ministero della Giustizia[33]).

Lo svolgimento della funzione preventiva, ripartito su più canali regolativi, risulterebbe, in particolare, articolato nel modo che segue.

(a) Livello I *(macro-)*. Il livello *macro-* si rivolge allo Stato e richiede a quest'ultimo di fissare in modo non generalista i criteri-guida del processo auto-normativo, facendosi carico di determinarne i contenuti «preventivi essenziali[34]»; questa operazione potrebbe svolgersi attraverso l'emendamento degli articoli 6 e 7 del decreto 231 e/o con l'introduzione di una o più norme *ad hoc* [35].

Integrando «il modello di *soft law* delle linee-guida di categoria», che al momento rappresenta l'unico strumento disponibile per orientare la *compliance*, se si fa astrazione dagli standard internazionali, si giungerebbe alla definizione di una piattaforma «di regole condivise, attestate dalla prassi, ovviamente suscettibili di essere rinforzate dal singolo ente»; così, «ne uscirebbe fortemente ridimensionata la sostanziale vaghezza della attuale disciplina, colmata non da improbabili atti di auto-normazione ma da prescrizioni, oggetto di rinvio legislativo, precise e certe[36]».

(b) Livello II (*meso-*). Il livello *meso-* riguarderebbe l'intervento di altre amministrazioni pubbliche, diverse dallo Stato, in funzione di co-regolamentazione.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di istituire un organismo *ad hoc* – in specie, una agenzia governativa dipendente dal Ministero della giustizia o anche una autorità amministrativa indipendente sulla falsariga di A.N.AC.[37] –

33 Il documento è consultabile in https://www.giustizia.it/.

34 Cfr. sul punto le osservazioni di Manacorda, *L'idoneità preventiva* cit., 110 il quale osserva come «Sulla scorta di significativi esempi tratti dal diritto comparato, ed in particolare dal diritto inglese e nordamericano, i pubblici poteri potrebbero dedicarsi ad una predisposizione dei principi generali ('*principle oriented approach*') di redazione e valutazione del modello, "facendo carico al legislatore di determinare, quantomeno, i criteri preventivi essenziali", utili tanto per i destinatari della norma quanto per il giudice chiamato a motivare in punto di idoneità preventiva. Si tratterebbe, comunque, di criteri-guida flessibili, compatibili con la necessità di modellare le regole di auto-organizzazione sulle specificità di ogni singolo ente e con la più volte ricordata salvaguardia del libero apprezzamento del giudice».

35 Cfr., se si voglia, per più ampie osservazioni, E. Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa* cit., 127 ss.

36 In questi termini, Manacorda, *op. loc. ult. cit*.

37 Su questo punto, O. Di Giovine-S. Dovere-C. Piergallini, *La responsabilità dell'ente nel d.lgs. n. 231/2001: paradigmi imputativi e prospettive di riforma*, in F. Centonze-S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti*. *Dato empirico e dimensione applicativa*, Bologna 2023, 375 rilevano come «si potrebbe istituire, per legge, un tavolo istituzionale permanente o un organismo amministrativo pubblico che prima stili e poi aggiorni, con cadenza periodica, "protocolli pilota 231", così da offrire indicazioni utili agli enti destinatari del decreto legislativo»; Venturi, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale* cit., 198 propende per l'istituzione di una Autorità amministrativa indipendente «sul modello dell'ANAC, la quale svolga funzioni consultive e di vigilanza riguardanti il contrasto, tramite autoregolazione regolata, dei reati economici. La costituzione di un'autorità amministrativa di questo genere consentirebbe una riforma radicale del sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti». L'Autore, tuttavia, giunge a prefigurare l'e-

preposto alla prevenzione di illeciti legati allo svolgimento dell'attività d'impresa e all'incentivo delle funzioni di *compliance*, con compiti *direttivi*, *consultivi*, ma *non* di controllo: una funzione di vigilanza – o anche di vigilanza collaborativa – sarebbe difficilmente pensabile – anche a fronte di una eventuale limitazione, in prospettiva *de iure condendo*, dell'area di operatività del decreto tarata su requisiti dimensionali – rispetto a *tutte* le imprese ricadenti nello spettro applicativo della disciplina[38].

A questo organismo spetterebbe, altresì, di procedere a una normazione di maggiore dettaglio, sulla base delle linee di indirizzo tracciate dal legislatore statuale; esso potrebbe anche occuparsi della redazione di modelli-pilota o modelli-guida, con una precisazione: il modello-pilota rappresenta un'"arma a doppio taglio" e ha senso se inserito in questo contesto di regolazione multilivello; non può rappresentare, da solo, una soluzione percorribile, perché condurrebbe a forme di appiattimento della *compliance*[39].

Operativamente, la elaborazione dei modelli-pilota potrebbe prevedere la distinzione delle cautele per: (*i*) *aree di attività*; (*ii*) *tipologia di illecito*; (*iii*), *livelli di rischio* (elevato, medio, basso), secondo un approccio non dissimile da quello adottato nell'AI Act[40].

spletamento di poteri sanzionatori della predetta autorità, nel caso di imprese inadempienti all'adozione del modello (che, in questa impostazione, diverrebbe obbligatorio). Riteniamo, a questo proposito, che l'imposizione del MOG e la eventuale reazione "punitiva" anche in assenza di realizzazione di fatti di reato si ponga in chiave distonica con l'idea di regolazione responsiva che dovrebbe informare la disciplina 231.

38 Di diverso avviso, Venturi, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione* cit., 55 ritiene che una limitazione dello spettro applicativo del decreto ai soli enti dotati di più di dieci dipendenti potrebbe circoscrivere la portata del problema.

39 Sul tema dei «modelli pilota», v. le osservazioni di Manacorda, *L'idoneità preventiva* cit., 110. Sul medesimo profilo, si vedano le notazioni di Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale* cit., 847 ss.; Id., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in Dir. pen. proc. (2019) 530 e 535. V., altresì, Colacurci, *L'illecito "riparato"* cit., 267 ss. e Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione* cit., 313 ss.

40 Sul più ampio tema dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel diritto penale, v.: G. Balbi-F. De Simone-A. Esposito-S. Manacorda (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale. "Nuovi scenari"*, Torino 2022; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in Dir. pen. cont., 29 settembre 2019, 1-33; A. Cappellini, Machina delinquere non potest*? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in Criminalia (2018) e in disCrimen (27 marzo 2019) 1-23; M. Colacurci, *Quale diritto penale dell'IA? Alcune riflessioni a partire dalla proposta di regolamento dell'Unione Europea*, in Jus (2023) 353 ss.; F. Consulich, Flash offenders*. Le prospettive di* accountability *penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2022) 1015-1055; Id., *Il nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in Banca, borsa, titoli di credito (2018) 195 ss.; F. Coppola, *Intelligenza artificiale, metaverso e sistema penale: prevenzione, repressione, opportunità, rischi*, Milano 2025; B. Fragasso*, Intelligenza artificiale e responsabilità penale. Principi e categorie alla prova di una tecnologia "imprevedibile"*, Milano 2025; A.M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra* evidence based practices *e tutela dei diritti fondamentali*, in Arch. pen. (2021) 1-37; L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Giappichelli, Torino 2023, 31-103; C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da*

Siffatta "codificazione" dovrebbe, naturalmente, avvenire giovandosi del coinvolgimento dei «saperi esperti» secondo un approccio *multistakeholder*.

(c) Livello III (*micro*-). All'interno di questa cornice di massima, spetterebbe, poi, all'attore privato *positivizzare* e *attuare* le regole preventive di rischi specifici, integrando le indicazioni promananti dai primi due livelli con gli esiti delle operazioni – sempre imprescindibili – di censimento, valutazione e monitoraggio dei rischi: regole delle quali sarebbe così garantita una migliore «solidità culturale» nel circolo di rapporti che venga in considerazione e, per quel tramite, una più agevole pre-conoscibilità da parte dell'agente concreto.

Con una specificazione, a chiusura del sistema: l'osservanza dello standard legislativamente stabilito, integrato con quello amministrativo di "secondo livello", non avrebbe una valenza esaustiva per il giudizio di colpa, bensì di orientamento (per le imprese, dapprima e per il giudicante, poi); la singola impresa, cioè, sarebbe chiamata ad adeguare il catalogo delle cautele in base a variabili diverse e ulteriori, quali, per esempio, la *cerchia degli utenti*, la *tipologia di attività*, le *modalità* e *l'oggetto della produzione*, l'*area geografica* in cui è collocata[41].

La colpa di organizzazione, insomma, è (e resterebbe) *colpa generica* e l'aderenza alla regola di fonte pubblicistica non inibirebbe il ricorrere di una condotta colposa rilevante *ex* d.lgs. 231/2001: ciò in ragione della impossibilità di procedere a una codificazione cautelare o para-cautelare completa che sia in grado di inglobare le molteplici e mutevoli situazioni di rischio che possano eventualmente interessare i diversi settori di attività[42]; in questo modo, il meccanismo di positivizzazione cogestito non darebbe luogo, nel caso di osservanza dello standard, a presunzioni assolute di non-responsabilità, bensì, semmai, a presunzioni di tipo relativo.

'mezzo' ad 'autore' del reato?, in Riv. it. dir. proc. pen. (2020) 1745-1772; L. Scollo, *L'intelligenza artificiale entra nel codice penale*, in Dir. pen. proc. (2025) 693 ss. Nella dottrina non italiana, *ex multis*: R. Abbott-A. Sarch, *Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction*, in UC Davis Law Review 53 (2019) 325-384; S. Beck, *Intelligent Agents and Criminal Law. Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood*, in Robotics and Autonomous Systems (2016) 138-143; C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2019) 1909-1942; A. Garapon-J. Lasségue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (ed. it. M. R. Ferrarese), Bologna 2021.

41 Questi temi sono oggetto di ulteriore approfondimento in Greco, *L'illecito dell'ente nella teoria della colpa* cit., Cap. II.

42 A questo proposito, V. Mongillo, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, in Cass. pen. 2023, 704 ss. sottolinea come «Tuttavia, i parametri di idoneità del modello organizzativo tracciati dall'art. 6, comma 2, sono molto elastici e privi di contenuto realmente modale-cautelare. La colpa dell'ente, che *primo visu* parrebbe "specifica" per inosservanza di regole scritte, in realtà è tale solo "tendenzialmente", giacché rivela, nei suoi meccanismi ricostruttivi, i lineamenti della colpa cd. "generica"». Propende invece per una colpa organizzativa specifica come soluzione *de lege ferenda* A. Orsina, *La responsabilità da reato dell'ente*, *tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino 2024, 285.

La normazione derivante dalla combinazione dei piani *macro-* e *meso-*, più precisamente, avrebbe – oltre al vantaggio di facilitare, orientandolo verso un criterio affidabile di validazione, l'accertamento in sede giudiziale – l'esclusiva funzione di *indiziare* il processo d'individuazione dello standard – e dunque della figura-modello organizzativa – senza però esaurirlo del tutto, non potendosi comunque considerare quale fonte di regole cautelari in grado di radicare un rimprovero per colpa specifica: al pari delle *guidelines* del settore medico, le regole in quella sede codificate potrebbero tutt'al più inquadrarsi come indicazioni operative di massima idonee a incidere sulle modalità applicative di una cautela in senso tecnico[43].

Una conclusione di segno opposto – pur apparentemente supportata, nel settore della salute e della sicurezza sul lavoro, dall'articolo 30, comma 5, d.lgs. 81/2008, il quale pone una presunzione di idoneità del modello conforme alle linee-guida UNI-INAIL o al British Standard OHSAS 18001:2007[44] – non risulta convincente (la corretta esegesi del richiamato articolo 30 muoverebbe, del resto – come già la pronuncia sul caso "Impregilo I" aveva rimarcato –, nel senso

43 Cfr., sul tema delle linee-guida, Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure* cit.; Id., *Colpa medica* (Voce) cit., 153-200; Id., "*Filo d'Arianna" o "Flauto magico"?*, cit., 875 ss.; C. Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in Dir. pen. cont., 23 settembre 2013; F. Buzzi, *Formulazione e comunicazione della diagnosi: aspetti medico legali e risvolti deontologico-relazionali*, in Riv. it. med. leg. dir. san. (2005) 31 ss. Sul tema, si vedano anche: G.M. Caletti, *La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario*, in Riv. it. med. leg. (2019) 289 ss.; F. Consorte, *Colpa e linee guida*, in Dir. pen. proc. (2011) 1227 ss.; O. Di Giovine, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in Riv. it. med. leg. (2013) 78 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della* malpractice, Torino 2012; S. Grosso, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2016) 146 ss.; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva* cit., 107; M. L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave* cit.; D. Micheletti, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in Criminalia (2019) 706-744; L. Risicato, *Il nuovo statuto penale del la colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del per sonale sanitario*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 giugno 2017; G. Rotolo, Guidelines *e* leges artis *in ambito medico*, in Riv. it. med. leg. (2013) 277 ss.; C. Valbonesi, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2013) 250 ss.

44 Come noto, l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, al co. 5, dispone che «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6». In particolare, con «British Standard OHSAS 18001:2007» si fa riferimento allo standard inglese che designa un sistema di gestione della sicurezza e della salute sul lavoro («OHSAS» è l'acronimo di «*Occupational Health and Safety Assessment Series*») delineato dal «BSI» («*British Standard Istitution*») nel 1999, poi modificato nel 2007 (BS OHSAS 18001 2007) e infine sostituito con la norma UNI ISO 45001:2018. La «Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro» ha redatto la *Tabella di correlazione tra i requisiti richiesti dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 con quelli delle linee-guida UNI-INAIL e delle BS OHSAS 18001:2007* (cfr. la Tabella di correlazione tra i requisiti richiesti dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 con quelli delle linee-guida UNI-INAIL e delle BS OHSAS 18001:2007, 11 luglio 2011, consultabile su *www.lavoro.gov.it*).

di ritenere eventualmente integrata, a fronte dell'adeguamento alle *guidelines*, l'*idoneità* del modello solo in relazione alla sua *astratta* funzionalità preventiva e non anche rispetto a quella fase di *efficace attuazione*, pure richiamata dall'articolo 6 d.lgs. 231/2001[45]).

La complessità del contesto in cui le *corporations* agiscono, cui si correla l'insorgenza di rischi atipici e mutevoli, è tale – lo si è detto – da delegittimare qualsiasi pretesa di completezza dell'eventuale "inventariazione" (para)-cautelare disposta dai corpi intermedi, con il conseguente, più verosimile – residuare di spazi di operatività per le ipotesi di colpa (organizzativa) generica[46].

In sintesi: il ricorso proficuo a una tipologia di governo dei rischi distribuito su più livelli non può astrarsi, in termini di efficacia, dal consolidamento di criteri che la orientino verso un paradigma di crescente procedimentalizzazione [47], al fine di: (*i*) «perimetrare la costruzione e la validità della fonte privata»; (*ii*) fornire criteri per orientare l'attività valutativa «in sede di controlli *ex post*»; (*iii*) evitare il «rischio di autoreferenzialità delle fonti auto-prodotte[48]».

4. TECNICHE DI AUTOPOIESI ORDINAMENTALE. DA HELMUT WILLKE A JULIA BLACK

Nel saggio *The tragedy of the State*[49], Helmut Willke dà conto di un rinnovato assetto dell'autorità statuale, che implica meccanismi di «differenziazione e di

45 Sul punto, v. Cass. pen., Sez. V., 30 gennaio 2014 (ud.: 18 dicembre 2013), n. 4677 (caso *Impregilo* I), in Riv. dott. comm. (2015) 169 ss.; in Dir. pen. proc. (2014) 1431-1441 ss., con nota di A. Bernasconi, *"Razionalità" e "irrazionalità" della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*.; in dottrina, F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in Rivista 231 (2008) 77-96 e G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, *Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino 2009, 187 convengono sulla inesistenza di una presunzione assoluta di idoneità; in senso opposto, v. R. Lottini, *I modelli di organizzazione e gestione*, in F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano 2010, 177.

46 Secondo C. Piergallini, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in Le Società (2011) 46 ss., invece, l'ambito del "rischio organizzativo" sarebbe terreno di elezione della colpa specifica e ciò in considerazione del fatto che i rischi con cui la *corporation* si trova a confrontarsi non possono essere assimilati a quelli "comuni", dal momento che «essi abbracciano beni giuridici di ragguardevole spessore e coinvolgono decisioni ed attività seriali, procedimentalizzate» (*ivi*, 49).

47 Se ne discuterà *infra*, § 4.

48 Piergallini, Ius sibi imponere: *controllo penale mediante autonormazione*? cit.,141, rinviene una possibile sequenza di procedimentalizzazione nei seguenti passaggi: «coinvolgimento di tutti gli attori del conflitto sociale»; «partecipazione di tutti i "saperi esperti"; «concorso del formante giurisprudenziale»; «attività permanente di riesame».

49 Cfr. H. Willke, *The Tragedy of the State* cit., 455 ss. Si vedano, altresì: H. Willke, *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2001; Id., *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2002; Id., *Heterotopia: Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main, 2003.

reintegrazione, di gerarchia e di eterarchia» con i diritti riflessivi e le formazioni particolari.

In questo scenario, in cui – lo si è detto[50] – il monopolio dell'attore pubblico è, sì, posto in discussione, ma all'interno di un processo dialogico con fonti altre sulle quali comunque esso esercita una attività di controllo preventivo o postumo, si fa strada l'idea della procedimentalizzazione della regola auto-normata – e, più in generale, dei processi di regolazione – come strumento di validità e legittimazione, alternativo alle strategie tradizionali di produzione del diritto: idea, questa, che peraltro, a ben vedere, sembra attingere alla medesima matrice che ha informato la genesi dell'azione amministrativa come *azione procedimentalizzata* e, dunque, come *legittima* forma di esercizio del potere da parte delle amministrazioni pubbliche[51].

Più precisamente, a partire dagli studi di Julia Black[52], la «*proceduralisation*» è assurta a condizione di affidabilità del sistema regolativo, quale apparato che può oggi funzionare solo se i vari ordinamenti, centrali e periferici, dialoghino tra loro e siano disposti a cedere spazi più o meno estesi di potere.

Come la stessa Autrice osserva, «più frequentemente associato in letteratura alle tesi di Teubner, l'appello alla procedimentalizzazione è un appello che reclama il passaggio dall'idea di regolazione come imposizione di un precetto che richieda il raggiungimento di fini sostanziali a strategie indirette in cui questi fini sono indotti e non coercitivamente imposti[53]».

In questo modo, da tecnica regolativa, la procedimentalizzazione diviene vero e proprio strumento per reinventare e riallocare i «modi» di esercizio del potere.

Muovendo da due accezioni (*thin* e *tick*) del concetto[54], a seconda del livello di vincolatività ed estensione dei diritti riflessivi, negli studi richiamati si indivi-

50 Cfr. *supra*, § 1.

51 Per una più ampia analisi, cfr. Greco, *L'illecito dell'ente* cit.

52 Cfr. J. Black, *Proceduralizing Regulation* (Part I), in *Oxford Journal of Legal Studies* (2000) 597-614; Ead., *Proceduralizing Regulation* (Part II), in *Oxford Journal of Legal Studies* (2001), 33-58; Ead., *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, in Current Legal Problems (2001) 103-146; Ead., *Constitutionalising Self-Regulation*, in Modern Law Review (1996), 24 ss. Nella dottrina italiana, l'idea di procedimentalizzare la regola auto-normata, nel settore della responsabilità degli enti, è proposta da Piergallini, Ius sibi imponere cit., 141.

53 Cfr. Black, *Proceduralizing Regulation* (Part I) cit., 598 ss.

54 Nell'opinione dell'Autrice, le due accezioni sarebbero così definibili: «*This may be described as a "thin" conception of proceduralisation, where procedures are aimed simply at bargains and compromises. Alternatively, participation could be orientated towards the mutuality, consensus and inter-subjective understanding of deliberative democracy. This deliberative form of proceduralisation may be described as a "thick" conception. Thin/thick conception. If the calls for proceduralisation are simply a call for procedures for bargaining and compromise, the "thin" conception of proceduralisation, then they offer little that is new. A "thick" conception of proceduralisation would be a more radical form and one that could provide the motivating basis for action that the thinner version may lack*» (cfr. Black, *op. ult. cit*., 598 ss.).

duano alcune strategie regolative, utili affinché questo meccanismo si realizzi e, al contempo, produca legittimazione[55].

- *Enhancement*: designa il potenziamento delle capacità di *governance* dello Stato, che però non comporta alcun mutamento nel ruolo dello Stato stesso né alcuna ri-concettualizzazione del suo rapporto con la società, ma si appunta sul *miglioramento* dei canali attraverso i quali l'attore pubblico svolge le sue funzioni.
- *Relocation*: indica il trasferimento della funzione di *governance* dallo Stato ad altro sistema regolativo, per esempio il mercato.
- *Recombination*: comporta il rimescolamento e la riprogettazione dei meccanismi di governo, con la redistribuzione di ruoli e competenze tra ordinamenti centrali e formazioni periferiche.
- *Decentralizing*: implica la alterazione del ruolo di *governance* dello Stato, senza che da ciò derivi il dominio di un altro sistema; la strategia si risolve, in sostanza, nello spostamento dalla regolamentazione statale ad altre «sedi multiple» e nell'adozione di strategie di normazione indirette o negoziali.

Questi schemi di interazione possono essere mutuati come *framework* concettuali per orientare quei processi di *Meta-Regulation* che presentino carattere di particolare criticità ed essere utilizzati per migliorare la gestione "rafforzata" del rischio in settori specifici[56].

A siffatte osservazioni segue un altro rilievo: il processo auto-normativo, veicolato da strategie di procedimentalizzazione, può, meglio di quello precettivo etero-prodotto, indurre meccanismi di osservanza; la coesistenza di una cornice pubblicistica con l'esigenza che le regole di comportamento originino dai conte-

55 Per una più ampia descrizione e più estesa analisi delle strategie richiamate, cfr. Black, *op. ult. cit*., 598 ss. L'Autrice rileva, più precisamente, quanto segue: «*Faced with the recognition of the inadequacies and incapacities of the state to exercise governance or regulatory functions and yet the need for some form at least of co-ordination, four options appear to be available. These are enhancement of the governance capacities of the state; the relocation of the function of governance to another, for example, the market; the recombination of the steering mechanisms, for example of the state and the market; or decentring, the reduction of the governance role of the state but without resulting in the dominance of any one other system. Enhancement involves no change in the role of the state and no reconceptualization of its relationship to society, it focuses rather on the improvement in the way that the state performs its governance functions, eg. addressing internal complexity by developing "joined-up government" or the introduction of techniques of new public management. Relocation is the shift of the governance function to one other system rather than others, for example to the market as in the neoconservative demands for "deregulation". Recombination involves the redesign of the competencies or jurisdictions according to various parameters such as to result in an appropriate "mix" (public-private partnerships, the "third way"?). Decentring involves a shift from state regulation to other, multiple, locations, and the adoption of indirect or negotiative strategies of regulation*».

56 Sia consentito il rimando a Greco, *L'illecito dell'ente* cit., spec., Cap. II.

sti stessi nei quali esse vigono – mercé la rinuncia a tecniche impositive e a forme di «eccedenza sanzionatoria[57]» – favorisce un assetto che relega «la coercizione ai margini della teoria generale del diritto[58]», riconoscendole esclusivamente un ruolo di «richiamo "espressivo" dell'esistenza e del valore della norma stessa[59]».

In questa prospettiva, il superamento del monopolio legislativo statale coincide con una più generale ridefinizione dei "modi" della produzione normativa. Rinunciando all'imperatività del comando eteronomo, la dimensione pubblicistica riscopre la sua efficacia nella capacità di orientare l'autonomia dei sistemi riflessivi; è precisamente in questo dialogo strutturato che il diritto ritrova la sua legittimazione e la sua forza espressiva, affidando la tenuta dell'ordinamento a matrici procedurali volte a generare una conformità spontanea e sostenibile.

57 L'espressione è di G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano 2018, 113.

58 V. sempre Forti, *op. ult. cit*., 116; v., altresì, T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari 2021, 82 ss.; H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino 1965; F. Schauer, *La forza del diritto*, Milano 2016, 95; E. Resta, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari 2009, 89 ss.; A. Visconti, *Contenuti «informativi» della sanzione penale e coerenza del «sistema»*, in G. Forti-G. Varraso-M. Caputo (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli 2014, 445-459; M. De Benedetto-N. Lupo-N. Rangone (a cura di), *The Crisis of Confidence in Legislation*, London 2020.

59 Forti, *La cura delle norme.* cit., 115. Sul tema delle ragioni che veicolano l'osservanza della legge, v. G. Forti, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienza e prospettive*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2013) 1108-1045; Id., *La cura delle norme* cit., 113 ss.; sul tema v., altresì F. Centonze-S. Manacorda, *Introduzione. Il "circolo virtuoso" della regolazione e l'evoluzione del d.lgs. N. 231/2001*, in F. Centonze-S. Manacorda (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti* cit., 9, i quali sottolineano come sia necessario indagare, soprattutto empiricamente, i motivi che spingono ad adeguare i propri comportamenti ai predicati normativi, osservando come ciò richieda «una radicale revisione del processo decisionale pubblico (che dovrebbe basarsi sempre su evidenze empiriche rilevate, ove necessario e opportuno, anche attraverso specifici esperimenti comportamentali) e un aumento delle tipologie di contenuto regolatorio. Sul tema, altresì, ampiamente, F. Centonze, *La parabola della deterrenza*, in C. Piergallini-G. Mannozzi-C. Sotis-C. Perini-M. Scoletta-F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano 2022, 295-320.

LA COMUNICAZIONE INTERNA ED ESTERNA DEI MODELLI AZIENDALI DI ORGANIZZAZIONE E CONTROLLO NELLA PREVENZIONE DEL REATO DI INTERMEDIAZIONE ILLECITA E SFRUTTAMENTO DEL LAVORO

Filomena Pisconti

1. ROMPERE IL SILENZIO: TRASPARENZA, COMUNICAZIONE E MODELLO 231 NEL CONTRASTO ALLE PRATICHE DI SFRUTTAMENTO LAVORATIVO

L'espressione "silenzio del diritto" può essere intesa come una densa metafora giuridico-filosofica, articolata in almeno tre accezioni fondamentali. Essa rimanda, innanzitutto, al silenzio come assenza del diritto, quando le istituzioni non intervengono o intervengono troppo tardi di fronte all'ingiustizia.

Vi è poi il silenzio inteso come inadeguatezza, che si manifesta quando il diritto esiste ma non riesce a incidere realmente sulla realtà sociale. Infine, si parla di silenzio come complicità, quando il diritto si riduce a formalità e burocrazia, perdendo la capacità di offrire garanzie e protezione effettive.

Nella complessa e stratificata realtà dello sfruttamento illecito del lavoro, il silenzio diventa un elemento sistemico: isola le vittime, opacizza le responsabilità, indebolisce gli strumenti di controllo e crea condizioni in cui l'illegalità può radicarsi indisturbata. Per rompere tale circuito, il diritto deve farsi spazio di comunicazione e di emersione, favorendo canali sicuri di ascolto, segnalazione e denuncia, capaci di restituirgli effettività e presenza nella realtà concreta dei rapporti di lavoro.

Come è noto, solo con la legge del 29 ottobre 2016 n. 199 il legislatore ha inserito il delitto di «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro» di cui all'art. 603 *bis* c.p. nell'art. 25 *quinquies*, comma 1, lett. a), del d.lgs. 231/2001.

Tale scelta normativa ha rappresentato un passaggio decisivo, poiché ha tradotto in un intervento organico la consapevolezza che il fenomeno del "caporalato" non può più essere interpretato come una realtà microeconomica, riconducibile alle condotte episodiche di singoli intermediari mossi dalla ricerca di un profitto illecito personale, ottenuto mediante il trattenimento di parte della

retribuzione dei lavoratori sfruttati. Al contrario, l'inquadramento del reato nel sistema della responsabilità da reato degli enti evidenzia la dimensione strutturale e organizzata del fenomeno, che coinvolge segmenti della filiera produttiva e richiede quindi strumenti repressivi e preventivi capaci di incidere sulle dinamiche imprenditoriali che lo sostengono[1].

L'analisi empirica del fenomeno evidenzia come il "caporalato" non si esaurisca nelle ipotesi in cui l'impresa assuma direttamente, in violazione della normativa, lavoratori sfruttati, ma ricomprenda altresì i casi in cui la persona giuridica venga utilizzata quale schermo organizzativo per lo svolgimento di attività di intermediazione illecita di manodopera. Tale configurazione "mediata" del fenomeno rivela la sua natura strutturale e sistemica; ciò nondimeno, il legislatore ha a lungo ritardato un intervento organico volto a ricondurne la repressione all'interno di un quadro di responsabilità d'impresa.

L'aggiornamento del Modello 231, successivo alla riforma del 2016, riveste un ruolo centrale nel contrasto allo sfruttamento illecito del lavoro, poiché l'inserimento del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo tra i reati presupposto ha imposto alle imprese di ripensare in profondità i propri presidi organizzativi.

Tale revisione non si è limitata alla semplice inclusione di protocolli aggiuntivi, ma ha richiesto una rielaborazione sistemica dei processi di selezione dei fornitori, gestione degli appalti, controllo della manodopera e verifica della conformità lungo l'intera catena del valore.

1 Sull'inserimento del reato di cui all'art. 603 bis c.p. nel catalogo di quelli presupposti del d.lgs. 321/2001 e, più in generale, sulla riforma del 2016, cfr., in particolare, F. Pisconti, *Modelli e sanzioni dell'Ente nel contrasto alla fattispecie penale del "caporalato". Il superamento di un insostenibile vuoto normativo,* in Giurisprudenza penale web 1 bis (2021), 1-11; Id., *La responsabilità delle persone giuridiche per il reato di "caporalato",* in Annali del Dipartimento Jonico VIII, Taranto 2020, 217-229; A. Giuliani, *Profili di (Ir)Responsabilità da reato delle persone giuridiche rispetto ai fatti di c.d. "caporalato" (Art. 603-bis c.p. e D. Lgs. 231/2001 a confronto)*, in Bocconi Legal Papers 6 (2015) 269 s.; T. Padovani, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in Guida al Diritto 48 (2016), 48 s.; C. Ronco, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in Il Lavoro nella Giurisprudenza 7 (2016), 655 s.; D. Ferranti*, La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell'ottica del legislatore*, in Diritto penale contemporaneo 15 (2016), 1-7; F. Stolfa, *La legge sul "caporalato"(ln 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura,* in Diritto della sicurezza sul lavoro 1 (2017), 86 s.; A. De Rubeis*, Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in Diritto penale contemporaneo 4 (2017), 221 s.; A. De Sanctis, F. Scicolone, *Intermediazione illecita, sfruttamento del lavoro e responsabilità degli enti*, in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 1 (2017), 59 s.; D. Piva*, I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della l. 199/2016*, in Archivio penale 69.1 (2017), 184-196; A. Madeo, *La riforma del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro,* in Studium Iuris 3 (2017), 284 ss.; E. Cadamuro, Il nuovo volto del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ("caporalato"), in Rivista di diritto penale dell'economia 3-4 (2016), 823 ss.

Il fenomeno, non più riconducibile a condotte marginali di singoli intermediari, si manifesta oggi come una dinamica strutturale delle filiere produttive, capace di radicarsi proprio grazie al silenzio che lo circonda: il silenzio delle vittime, che non denunciano per timore di perdere il lavoro o subire ritorsioni; quello delle imprese committenti, che preferiscono ignorare le condizioni in cui operano appaltatori e subappaltatori; e, per lungo tempo, anche quello del sistema normativo, che solo con la legge n. 199/2016 ha iniziato a fornire strumenti adeguati di prevenzione e responsabilizzazione.

In questo quadro, l'aggiornamento del Modello 231 rappresenta un passaggio decisivo perché introdurrebbe procedure di controllo più rigorose, rafforza i doveri dell'Organismo di Vigilanza, impone verifiche sulla filiera e valorizza canali interni di segnalazione, trasformando la trasparenza e la comunicazione in veri e propri strumenti di legalità.

Il Modello così rinnovato rompe i meccanismi del silenzio che favoriscono lo sfruttamento e restituisce al diritto la capacità di parlare, emergere e incidere nella realtà aziendale, facendo della rottura del silenzio non solo un dovere etico ma un atto giuridico di responsabilità collettiva.

È fondamentale, in questa prospettiva, mettere in evidenza il doppio livello di comunicazione che il Modello 231 è chiamato a garantire.

Sul versante interno, la comunicazione diffonde regole, valori e responsabilità, rendendo riconoscibili eventuali dinamiche di sfruttamento e dando voce ai lavoratori attraverso procedure chiare e canali di segnalazione protetti. Rompere il silenzio interno significa compiere un vero atto di giustizia organizzativa, perché consente di far emergere ciò che altrimenti resterebbe nascosto.

Sul versante esterno, la comunicazione si traduce in obbligo di trasparenza verso fornitori, *partners* e pubblico, contribuendo alla costruzione di una filiera etica e consapevole: il diritto "parla" davvero quando è trasparente, conoscibile e verificabile.

All'interno del Modello 231, il diritto non si esprime solo come norma scritta, ma come parola condivisa e praticata, capace di orientare le condotte e di prevenire fenomeni di illegalità. Dove invece il silenzio domina – nell'impresa, nella filiera o nella società – il diritto si indebolisce e l'illegalità trova terreno fertile. Il d.lgs. 231/2001, infatti, nasce con l'obiettivo di far sì che il diritto entri realmente nelle organizzazioni societarie, trasformandosi in un sistema di responsabilità e prevenzione capace di incidere sui processi decisionali e sulle dinamiche operative.

In questa prospettiva, il Modello 231 rappresenta lo strumento attraverso cui il diritto rompe il silenzio che spesso avvolge le condotte illecite: esso richiede una comunicazione interna fatta di formazione, procedure chiare, canali di segnalazione e trasparenza organizzativa, e una comunicazione esterna orientata alla responsabilizzazione dei fornitori, al dialogo con gli *stakeholders* e alla rendicontazione verso la società civile.

Tuttavia, quando il Modello si riduce a un adempimento formale, privo di effettiva applicazione, il diritto torna a tacere, scivolando in un silenzio burocratico che ne svuota la capacità di prevenzione e finisce per agevolare, anziché contrastare, le dinamiche illecite.

In tali casi si parla di *decoupling* (disaccoppiamento) organizzativo: uno scollamento strutturale tra le norme formalmente adottate dall'impresa e le pratiche effettivamente attuate. L'organizzazione societaria "esibisce" un Modello conforme alle aspettative istituzionali – quindi idoneo a soddisfare gli standard di legalità richiesti dall'ordinamento – ma continua a operare, nella realtà quotidiana, secondo logiche che ignorano o aggirano quelle stesse regole.

Il Modello diventa così una facciata di legittimazione, utile a proiettare all'esterno un'immagine di conformità, senza però incidere sui comportamenti interni, sulla gestione dei rischi o sulla prevenzione delle condotte illecite.

Il diritto è presente nei documenti e nella comunicazione istituzionale, ma non incide sulle scelte strategiche né sulla gestione delle forniture. Si tratta di un silenzio performativo, che consente al modello produttivo di continuare a generare sfruttamento pur in presenza di forme apparenti di legalità.

Nel contesto del d.lgs. 231/2001, il *decoupling* si manifesta quando le procedure non sono applicate, i canali di segnalazione non sono effettivamente accessibili, la formazione è nominale e l'Organismo di Vigilanza non esercita un controllo sostanziale ma meramente rituale.

In tali circostanze, il Modello 231 perde la propria portata trasformativa: lungi dall'interrompere quel silenzio organizzativo che consente l'insorgenza e la persistenza di prassi illecite, finisce per perpetuarlo, traducendosi in un "silenzio burocratico" che alimenta una conformità meramente formale e priva di effettiva incidenza sui processi aziendali, compromettendo la funzione preventiva attribuita al sistema.

Il rischio, in definitiva, è che l'ente adotti il Modello esclusivamente per finalità di legittimazione esterna, mentre i processi operativi rimangono impermeabili alle regole organizzative e riproducono le stesse dinamiche di opacità e irresponsabilità che l'impianto normativo intendeva contrastare, con un evidente

fenomeno di *decoupling* tra assetto formale e comportamento sostanziale. Tale divaricazione, oltre a neutralizzare la funzione esimente, compromette la capacità del Modello di operare come strumento di *governance* e di *due diligence* interna, riducendone la valenza di presidio sistemico nella tutela dei diritti dei lavoratori[2].

Nel fenomeno del "caporalato", il silenzio del diritto non coincide soltanto con l'assenza di norme, ma anche con l'assenza di ascolto: è in tale vuoto che l'ingiustizia si insinua, si normalizza e si struttura in sistema. Quando il diritto non comunica, non intercetta le vulnerabilità e non dà voce ai lavoratori, il silenzio diviene terreno fertile per lo sfruttamento. Tuttavia, quello stesso contesto può trasformarsi nello spazio in cui il silenzio del diritto si converte in parola di denuncia, purché l'ordinamento – e, in particolare, l'impresa – adottino strumenti idonei a rendere visibile ciò che altrimenti rimarrebbe sommerso.

Il diritto torna così a esprimersi non come comando distante, ma come dialogo tra etica, lavoro e dignità umana. Perché il diritto sia davvero "vivo", non è sufficiente che esista: deve essere ascoltato. E, affinché sia ascoltato, deve parlare attraverso persone, processi, flussi comunicativi e pratiche quotidiane che ne rendano tangibile la presenza.

Il Modello 231 assume, in questa prospettiva, un ruolo decisivo: se attuato con trasparenza e non come mero adempimento formale, esso interrompe il

2 Su tale concetto si veda*, in particolare,* M. Catino, *Normal organizational wrongdoing? Grandi imprese e devianza organizzativa,* in Sistema penale online, 15 ottobre 2024. L'autore affronta il fenomeno del *wrongdoing* organizzativo, inteso come quell'insieme di condotte illecite o devianti che non si configurano come episodi isolati, ma come pratiche strutturali e integrate nelle attività ordinarie delle grandi imprese. Il focus viene posto, in particolare, sull'industria della moda e sulle dinamiche della filiera produttiva, con riferimento ai profili di sfruttamento del lavoro e di responsabilità degli enti. Tale concetto trova riscontro soprattutto nei recenti provvedimenti di amministrazione giudiziaria che hanno coinvolto, tra le altre, realtà riconducibili ai marchi Alviero Martini, Armani, Valentino, Dior e, più recentemente, Loro Piana. In particolare, cfr. Trib. Milano, Sez. prev., decr. 15.01. 2024, n. 1; Trib. Milano, Sez. prev., decr. 03.04. 2024, n. 10; Trib. Milano, Sez. prev., decr. 06.06.2024, n. 12; Trib. Milano, Sez, prev., decr. 15.05.2025; Trib. Milano, Sez, prev., decr. 08.07.2025. In tutti i casi, il Tribunale aveva rilevato una forma di agevolazione colposa nei confronti di reati di sfruttamento lavorativo posti in essere da subappaltatori: il *brand,* pur non avendo consapevolezza diretta, è stato ritenuto negligente nel controllare la catena produttiva, consentendo così condizioni di lavoro abusive. Quel che era emerso, inoltre, era un vero e proprio processo di *decoupling* aziendale, nel quale la struttura di *compliance* diventa un meccanismo di legittimazione esterna, utile a esibire conformità agli standard normativi e reputazionali, mentre le attività di produzione continuano a basarsi su meccanismi che tollerano – o indirettamente incentivano – il ricorso a intermediazioni illecite, sfruttamento e opacità contrattuali lungo la filiera. Sulle vicende del cd. "caporalato" della moda, F. Pisconti*, Idoneità dei modelli aziendali 231 e due diligence nei processi di outsourcing. Riflessioni sulle recenti applicazioni dell'amministrazione giudiziaria per sfruttamento di manodopera nel sistema di supply chain dell'alta moda*, in Rivista di Diritto Penale dell'Economia 1-2 (2025), 380-411; M. Di Lello Finuoli, *Fashion Industry e "lavoro povero": l'amministrazione giudiziaria delle aziende di moda per la prevenzione del caporalato,* in Sistema 231 1 (2024), 19-47; E. Locascio Aliberti*, Reati di impresa nella supply chain e responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001. Riflessioni a margine di alcuni provvedimenti in tema di luxury fashion "insostenibile" e criminale,* in Il Nuovo diritto delle società 2 (2025), 242-282; M. Vulcano, *Sfruttamento lavorativo e colpa di organizzazione nella filiera: l'amministrazione giudiziaria tra risanamento, riforma della governance e modelli d'impresa evoluti,* in Giurisprudenza penale web 7-8 (2025), 1-45.

silenzio organizzativo e trasforma la norma in parola, la paura in possibilità di espressione, l'impresa in uno spazio di responsabilità condivisa.

Perché il Modello sia realmente efficace, non è sufficiente che sia redatto in modo corretto: esso deve essere conosciuto, attuato, monitorato e soprattutto *comunicato*. La comunicazione interna – verso dipendenti, collaboratori, organi aziendali – e quella esterna – verso fornitori, *partners* e *stakeholders* – rappresentano componenti essenziali per garantire trasparenza, credibilità e reale applicazione dei protocolli di prevenzione.

Una comunicazione inefficace, insufficiente o puramente formale rischia non solo di svuotare il Modello della sua funzione preventiva, ma anche di aumentare il rischio che l'ente venga ritenuto responsabile in caso di commissione di un reato-presupposto.

In definitiva, un Modello 231 concretamente attuato costituisce un presidio essenziale per prevenire fenomeni di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo, poiché incide sui processi organizzativi che ne favoriscono l'emersione e consente al diritto di esercitare una funzione effettiva di tutela dei lavoratori e di garanzia della legalità nella filiera produttiva.

2. LA COMUNICAZIONE INTERNA ED ESTERNA NEL MOGC E L'IMPORTANZA DELLA PREVENZIONE DEL RISCHIO-REATO DI INTERMEDIAZIONE ILLECITA E SFRUTTAMENTO DEL LAVORO

Con l'espressione "comunicazione interna" s'intende l'informazione rivolta ai soggetti all'interno dell'organizzazione: dipendenti, dirigenti, collaboratori, organi societari, strutture operative. Essa deve essere capillare, cioè raggiungere tutti i livelli dell'organizzazione, chiara e dettagliata, poiché i destinatari devono comprendere quali sono i rischi, le condotte attese, le sanzioni disciplinari; deve, infine, essere periodica, ripetuta, e modulata in funzione dei destinatari e dei ruoli aziendali.

Con l'espressione "comunicazione esterna" si intende, invece, l'informazione rivolta a soggetti al di fuori dell'organizzazione: fornitori, sub-fornitori, *partners* commerciali, clienti, *stakeholders*, pubblico[3]. Essa deve includere ad

3 Sui concetti di comunicazione interna ed esterna nel modello 231 cfr. D. Soria, M. Soria, *La comunicazione interna ed esterna nel Modello 231*, in Amministrazione e Finanza 8 (2012), 23-29; F. Gnecchi, *Comunicazione di governance aziendale*, in Symphonya. Emerging Issues in Management 1 (2006), 47-61 e con un approccio più educativo al problema cfr. P. J. Pattiasina, *The role of internal communication in building a positive corporate culture,* in International Journal on Social and Education Sciences 1.3 (2024), 705-717; A Parrotta, A.

esempio: pubblicazione del Modello 231, del Codice Etico, indicazione dei fornitori che accettano clausole di *compliance*, impegni contrattuali di conformità, procedure di selezione dei soggetti esterni. Questo tipo di comunicazione serve a evidenziare che l'ente instaura relazioni trasparenti e conformi, e che richiede ai *partners* di rispettare standard etici e di *compliance*.

Al di là della distinzione sopra richiamata, la comunicazione assolve diverse funzioni fondamentali. In primo luogo, rende note in modo chiaro le regole interne, definendo ciò che è consentito, ciò che è vietato e quali comportamenti l'organizzazione si attende dai propri membri. In secondo luogo, contribuisce a consolidare una cultura della *compliance* e della legalità, intese non come meri adempimenti burocratici, ma come valori identitari dell'ente.

La comunicazione ha, inoltre, il compito di evidenziare che l'organizzazione esercita un controllo effettivo e che eventuali violazioni comportano conseguenze, incluse sanzioni disciplinari. Infine, in caso di procedimento, essa contribuisce a dimostrare che l'ente ha adottato un modello organizzativo adeguato e ha operato tramite strumenti idonei, fungendo da elemento probatorio dell'efficacia del modello stesso.

La comunicazione dei modelli organizzativi riveste un ruolo strategico nel contrasto al fenomeno del caporalato, poiché consente di diffondere in modo capillare le regole interne, chiarendo comportamenti consentiti, divieti e responsabilità lungo l'intera filiera produttiva. Non si tratta solo di assicurare la conoscenza formale delle prescrizioni del modello, ma di radicare una cultura della legalità e del rispetto dei diritti dei lavoratori, soprattutto nei contesti caratterizzati da vulnerabilità e rischio di sfruttamento.

Una comunicazione efficace deve rendere evidente che l'ente esercita un controllo concreto sui processi di reclutamento, appalto e subappalto, prevedendo sanzioni disciplinari e contrattuali per le condotte non conformi, incluse quelle riconducibili a intermediazione illecita di manodopera, trasmettendo all'interno e all'esterno dell'organizzazione un messaggio chiaro di intolleranza nei confronti di ogni forma di abuso.

Le imprese che adottano un MOGC efficace devono innanzitutto dotarsi di clausole contrattuali vincolanti[4], che obblighino fornitori e subappaltatori

Griffa, *Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale: flussi informativi e verifiche di adeguatezza del Modello*, in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 2 (2021), 329-338; M. Malavasi, *La regolamentazione dei flussi informativi nel Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001,* in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 1 (2010), 85 ss.

4 Sul contenuto ideale dei modelli nel contrasto della fattispecie di intermediazione illecita del lavoro cfr., in particolare, D. Carissimi, *"Caporalato" e sfruttamento del lavoro: nuovi confini della 231*, in Ambiente Legale Digesta online 3 (2016), 508 ss. Sulla necessità di un adeguamento del Modello all'introduzione del nuo-

al rispetto delle normative sul lavoro e dei principi etici aziendali. È opportuno che i fornitori e i *partners* della filiera siano informati dei rischi, delle responsabilità e delle clausole/procedure che l'ente applica per prevenire tali fenomeni.

La comunicazione esterna deve quindi includere anche l'integrazione della filiera: rendere noti i criteri di selezione, i controlli, le aspettative dell'ente nei rapporti esterni. Questo contribuisce a inviare segnali di trasparenza e a rafforzare la reputazione dell'impresa.

Ancora, internamente, la comunicazione ha la funzione di diffondere principi etici e procedure operative tramite *policy,* codice etico, formazione periodica e canali di *whistleblowing*, assicurando che apicali e dipendenti comprendano il divieto assoluto di pratiche di sfruttamento, l'importanza della tracciabilità dei rapporti di lavoro e delle verifiche sugli appalti, nonché le conseguenze disciplinari e penali in caso di violazione.

Esternamente, la comunicazione del Modello 231 contribuisce a presidiare il rischio di "caporalato" lungo la catena del valore imponendo clausole contrattuali e requisiti di *compliance* a fornitori, appaltatori e agenzie interinali, rendendo pubblico l'impegno aziendale tramite dichiarazioni ESG, bilanci di sostenibilità, codici di condotta dei fornitori e meccanismi di *due diligence*. In questo modo il modello non rimane un documento formale ma diventa presidio operativo e reputazionale, capace di prevenire il reato e di dimostrare, in caso di indagine, un'effettiva adozione e comunicazione verso tutti gli *stakeholders* rilevanti.

Tale approccio riflette anche le logiche della nuova Direttiva (UE) 2024/1760 CSDDD (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*), che impone alle imprese obblighi di *due diligence* sui diritti umani e sull'impatto ambientale lungo tutta la catena del valore, nonché la necessità di rendicontare e intervenire sui rischi di sfruttamento lavorativo.

In questo senso, il Modello 231 può diventare uno strumento operativo di *compliance* alla CSDDD, integrando controlli, monitoraggio della *supply chain,* responsabilità apicali e meccanismi di rimedio, e contribuendo a dimostrare la concretezza degli impegni ESG.

Ne deriva un sistema unico e coerente in cui prevenzione del "caporalato", responsabilità d'impresa e rendicontazione di sostenibilità operano congiun-

vo reato cfr. F. Ruggieri, *L'aggiornamento del Modello 231 al nuovo delitto di caporalato,* in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 2 (2017), 331 s.; F. Pisconti, I *delitti di "caporalato", la responsabilità da reato degli enti e l'aggiornamento del MOGC*, in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 2 (2021), 359 s.; M. Chilosi, M. Riccardi, *Reato di "caporalato": quali riflessi sui modelli 231*?, in Ambiente e Sicurezza web 4, 2017; L. Pistorelli, *La responsabilità degli enti per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro,* in La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti 1 (2018), 35 s.

tamente, rafforzando sia la tutela dei lavoratori sia la resilienza reputazionale e normativa dell'organizzazione, concorrendo a sostituire il silenzio dell'omissione con la voce della responsabilità[5].

All'interno, i lavoratori sono consapevoli, formati e dotati di strumenti per segnalare abusi; all'esterno, fornitori e *partners* sono obbligati a rispettare standard chiari, sotto lo sguardo attento di *stakeholders* e opinione pubblica. Questo doppio livello di comunicazione riduce in maniera significativa la possibilità che il "caporalato" si insinui, rendendo il MOGC un presidio reale contro lo sfruttamento.

È pertanto necessario che il Modello 231 contempli una sezione espressamente dedicata al rischio di intermediazione illecita e sfruttamento della manodopera quale reato presupposto, individuando protocolli specifici di prevenzione. A tal fine, il piano di comunicazione interna dovrà prevedere sessioni strutturate di formazione e informazione rivolte ai soggetti coinvolti nella filiera produttiva, con particolare riferimento alle funzioni acquisti e approvvigionamenti, ai responsabili degli appalti e alle unità operative interessate. Inoltre, sarà opportuno programmare comunicazioni periodiche sulle condizioni contrattuali dei fornitori, attività di controllo sui subappalti e meccanismi di segnalazione tempestiva di eventuali anomalie.

È altresì necessario che il piano di comunicazione esterna preveda la pubblicazione sul sito istituzionale (o, se del caso, sulla intranet aziendale) del Codice Etico e del Modello 231, con specifico riferimento ai profili di compliance in materia di tutela del lavoro e gestione della filiera. A ciò deve accompagnarsi l'inserimento, nei contratti con fornitori e subappaltatori, di clausole che richiedano l'adozione di adeguati standard di conformità e che consentano all'ente di effettuare *audit* e verifiche. Tali clausole, unitamente ai criteri di valutazione e controllo applicati dall'organizzazione, devono essere comunicate in modo chiaro ai partners esterni, attraverso informative periodiche e iniziative di engagement rivolte ai soggetti della *supply chain*.

In caso di rilevazione di anomalie – ad esempio tramite segnalazioni relative a possibili condotte di sfruttamento – è necessario attivare tempestivamente le

5 Sulla direttiva cfr., senza pretesa di esaustività, M. Stella Richter Jr., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in Rivista delle società 4 (2002), 714 s.; S. Bruno*, Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la stakeholder company*?, in Rivista del diritto commerciale 3 (2022), 303 s.; F. Laus, *Corporate Sustainability Due Diligence e amministrazione del rischio*, in Le società 8-8, (2024), 913 s.; A. Viccari, *Risikoanalyse e Risikomanagement nella LkSG: spunti in tema di assetti adeguati nella "catena di fornitura",* in Giurisprudenza commerciale 5 (2023), 757 s.

procedure disciplinari e/o contrattuali previste dal Modello, assicurando la tracciabilità delle azioni intraprese e il coinvolgimento delle funzioni competenti. È altresì opportuno comunicare, sia internamente sia verso l'esterno, le misure adottate, nel rispetto della riservatezza dei soggetti coinvolti, al fine di dare evidenza dell'esistenza di un presidio effettivo e non meramente formale.

Tale approccio contribuisce a consolidare una cultura della legalità: la comunicazione non si esaurisce in un mero adempimento informativo ma diviene espressione della diligenza organizzativa dell'ente.

3. CONCLUSIONI: IL RUOLO STRATEGICO DELLA COMUNICAZIONE

Il contrasto al "caporalato" e allo sfruttamento lavorativo richiede, dunque, la responsabilizzazione delle imprese e l'adozione di strumenti concreti di prevenzione.

In questo quadro, la comunicazione assume un valore strategico: quella interna plasma la cultura aziendale e rende i lavoratori protagonisti della legalità, mentre quella esterna rafforza la trasparenza e impegna l'impresa di fronte ai suoi *stakeholders*.

Lungi dall'essere un mero adempimento formale, il MOGC diventa così un mezzo di sostenibilità sociale, capace di coniugare legalità, etica e competitività. Contrastare il "caporalato" significa, in definitiva, costruire filiere più giuste, più sicure e più credibili e rafforzare l'idea di una responsabilità che riguarda l'intera comunità economica e civile.

La lotta a tale fenomeno non può essere affidata esclusivamente alla repressione penale: richiede strumenti di prevenzione diffusi, capaci di coinvolgere l'intera comunità produttiva. In questo modo, la comunicazione, all'interno, educa e responsabilizza i lavoratori, rafforzando i canali di prevenzione e segnalazione; all'esterno, consolida la trasparenza e diffonde standard di legalità lungo l'intera filiera.

La comunicazione diventa così il ponte che trasforma un modello organizzativo da documento formale a strumento operativo di prevenzione. Essa contribuisce a rafforzare la reputazione dell'impresa e a costruire filiere etiche e sostenibili, in cui il rispetto della dignità dei lavoratori risulta un valore fondativo.

Il "caporalato", pertanto, può essere efficacemente contrastato solo se le imprese assumono la comunicazione come leva di responsabilità sociale, rendendo il MOGC un presidio di legalità non solo al loro interno, ma lungo tutta la catena del valore.

Nell'ambito dello sfruttamento lavorativo, la parola del diritto non basta se non è accompagnata da una voce organizzativa, da un sistema che sappia comunicare, prevenire e ascoltare. In questo senso, il Modello di organizzazione, gestione e controllo rappresenta un passaggio cruciale: un tentativo di tradurre la norma penale in cultura aziendale, la legalità in prassi quotidiana.

Il Modello 231 impone alle imprese di adottare procedure, codici etici, canali di segnalazione e attività di formazione finalizzati a prevenire la commissione di reati. Ma soprattutto, richiede che tali strumenti siano comunicati – internamente ed esternamente – in modo chiaro, capillare e trasparente.

La comunicazione, infatti, non è un elemento accessorio del Modello 231: è la sua condizione di esistenza. Un modello non comunicato, non conosciuto o non compreso equivale, di fatto, a un modello silente e, dunque, inefficace.

In questo quadro, la comunicazione assume un valore etico e politico: è la forma attraverso cui il diritto si fa parola condivisa, espressione pubblica di un impegno comune.

Laddove la comunicazione viene meno, subentra di nuovo il silenzio del diritto. È il silenzio dell'azienda che non informa i propri dipendenti, del lavoratore che non osa segnalare, dell'amministrazione che non controlla. È un silenzio che genera complicità, invisibilità e indifferenza, gli stessi meccanismi che alimentano il "caporalato" e le sue molteplici forme di sfruttamento.

Il Modello 231 – quando attuato in modo sostanziale – rompe tale silenzio, restituendo centralità ai valori della legalità e della dignità del lavoro. Ciò avviene attraverso la predisposizione di canali di *whistleblowing* che consentono di segnalare comportamenti illeciti o irregolari, garantendo al contempo la tutela del segnalante; attraverso percorsi formativi, che trasformano la mera conoscenza delle norme in consapevolezza etica; e, infine, tramite forme di trasparenza verso l'esterno, che permettono alla collettività di valutare la coerenza tra i principi dichiarati dall'ente e i comportamenti effettivamente adottati.

Ogni volta che la comunicazione viene meno, il diritto torna al silenzio. Ogni volta che un'impresa sceglie di non vedere o di non dire, il diritto perde voce, e con essa perde legittimità. Il diritto, infatti, non vive nelle norme che tacciono, ma nelle organizzazioni che le rendono effettive.

CAPITOLO II

Il silenzio del legislatore

TRA SILENZI E DISSIMULAZIONE:
Gli inasprimenti di pena tramite la politica delle circostanze del reato

Gianluca Ruggiero

1. "NON RIVELARE NULLA"

Il titolo del ciclo di incontri *Silenzio & Diritto*, dedicato alla cosiddetta *Fatti-specie reticente* e ai "silenzi" del legislatore, è ben rappresentato dall'immagine in locandina che riprende l'opera barocca *Le Silence* del 1790 del pittore francese Joseph Ducreux che ritrae un uomo che porta l'indice sulle labbra con uno sguardo che non è un invito al silenzio, ma un segnale tra la complicità e la connivenza, una richiesta a "non rivelare nulla", a "non parlare". Un gesto eloquente e carico di mistero.

Sono tante le ipotesi in cui la letteratura penale si trova a confrontarsi con i silenzi carichi di mistero del legislatore. Spazi vuoti che necessariamente sono occupati dall'interpretazione giudiziale e accademica. Talvolta, il silenzio nasconde una *truffa delle etichette* come spesso è rappresentata, ad esempio, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti in merito alla sua natura giuridica. Altre volte, il silenzio può nascondere un *escamotage* che consente al legislatore la possibilità di raggiungere l'obiettivo che si è prefissato, ma in modo meno dirompente, più silenzioso tanto da passare in sordina.

Le brevi riflessioni che seguono girano attorno a un dubbio legato al silenzio e agli obiettivi del legislatore penale: da una parte, la disciplina delle circostanze del reato – e in particolare il tema delle blindature delle circostanze nel giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. – che solitamente non fa rumore come se fosse un aspetto secondario, quasi ai margini del sistema penale; dall'altra, la "prepotenza" di un titolo autonomo di reato di nuovo conio che irrompe nell'ordinamento attirando l'attenzione degli studiosi e soprattutto dell'opinione pubblica. A guidare questo dubbio la storia recente del delitto di femminicidio, un tempo inquadrato dal *Codice rosso* come omicidio aggravato con una blindatura parziale delle circostanze aggravanti e oggi titolo autonomo di reato ai sensi dell'art. 577 *bis* c.p.

Due modalità di produzione della materia penale che possono condividere lo stesso esito e la stessa volontà del legislatore in un'epoca di passioni tristi e di mero repressivismo progressivo, dalla cui scelta del tutto arbitraria, il potere politico trae vantaggi e svantaggi a seconda del suo obiettivo comunicativo: silenzio o clamore.

2. LE CIRCOSTANZE DEL REATO (CENNI)

L'illecito penale è un'entità giuridica *graduabile*, ed è proprio in ragione di una ontologica variabilità di disvalore che esso esprime che il legislatore prevede accanto alla descrizione del fatto una forbice edittale e non una pena fissa[1]. La forbice edittale impone al giudice un'attività di commisurazione guidata dagli indici posti dall'art. 133 c.p. – gravità del fatto e capacità a delinquere del reo – per trovare un adeguato equilibrio tra disvalore del fatto ed entità della pena.

Talvolta, accade che la forbice edittale non sia sufficiente a rappresentare il disvalore concreto dell'illecito, in quanto la fattispecie astratta non è mai in grado di esaurire interamente tutti i casi della vita. In altri termini, alcuni aspetti particolari del fatto che in concreto si è consumato, che sono in grado di incidere sul trattamento sanzionatorio, non riescono a trovare la giusta "considerazione" all'interno della forbice edittale e dei criteri guida posti dall'art. 133 c.p.

Alla commisurazione *in senso stretto* quindi si aggiunge così una *in senso lato,* perché la scelta della pena più adeguata al caso concreto prosegue oltre il limite massimo o minimo della pena edittale, dipendendo dall'applicazione degli elementi circostanziali che sono in grado di completare la fase di determinazione del trattamento sanzionatorio[2].

La ricorrenza delle circostanze comporta una modificazione, quantitativa o qualitativa, della pena in un senso che può essere sfavorevole o favorevole al reo. Si tratta di componenti molto importanti all'interno del sistema poiché concorrono al processo di individualizzazione del trattamento sanzionatorio al fatto concreto, e dunque possono realizzare l'istanza costituzionale di proporzione sottesa all'intero ordinamento penale. Inoltre, esse rappresentano un argine alla trasformazione della discrezionalità commisurativa del potere giudiziario in un vero e proprio arbitrio perché impongono, per via legislativa, l'obbligo di presa

1 Fatta eccezione per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo che rappresenta però una pena fissa *sui generis* in ragione della possibilità per il condannato di poter accedere, in alcuni casi, alla liberazione condizionale.

2 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* in *Il sistema penale*, a cura di C.E. PALIERO, Torino 2024, 478.

in considerazione[3] di alcuni elementi del fatto che il legislatore ritiene rilevanti ai fini della determinazione del disvalore del reato e che non possono scomparire nel "calcolo", o meglio dire nel processo "intuitivo" della commisurazione giudiziale.

È evidente, in estrema sintesi, che attorno alla categoria delle circostanze ruota uno confronto *silente,* tra due super-principi della penalità: la *legalità* con il suo rigido imperativo del rispetto del dettato legislativo; la *discrezionalità* legata al *volto costituzionale dell'illecito* e al *volto del reo.* Le differenti tecniche legislative adottate per la disciplina delle circostanze possono comprimere o espandere i due principi, andando a restringere (se non addirittura ad annullare) i margini di discrezionalità giudiziale a favore della *legalità,* oppure estendendoli a favore del potere giudiziario.

3. IL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO, DAL CODICE ROCCO ALLA RIFORMA DEL'74

Uno dei "terreni" in cui il confronto tra *legalità* e *discrezionalità* si fa più vivace è l'istituto del concorso eterogeneo di circostanze, che pur collocato nell'art. 69 c.p. riveste un'importante capacità performativa dell'intero volto dell'illecito penale e dell'orientamento della politica criminale nel nostro ordinamento[4].

Le ragioni sono presto dette. Da una parte, c'è l'abnorme produzione legislativa delle circostanze per cui quasi sempre un reato si manifesta circostanziato; dall'altro, l'enorme potere esercitato dall'interpretazione giudiziale[5] tramite le circostanze che, talvolta, è in grado di annichilire la volontà legislativa. È facile intuire allora la spasmodica attenzione per questo istituto, oggetto di numerose riforme: tra ampliamenti e restrizioni, il giudizio di bilanciamento rappresenta al meglio il gioco del tiro alla fune tra *legalità* e *discrezionalità.*

Si è in presenza di concorso eterogeneo nell'ipotesi in cui sullo stesso reato convergono sia circostanze aggravanti che attenuanti, e dunque il giudice è chiamato a operare un giudizio di prevalenza o di equivalenza. A differenza della fredda e aritmetica disciplina del Codice Zanardelli che prevedeva l'applicazione

3 R. BARTOLI, *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in CP 5/2016, 2263. R. BARTOLI, M. PIFFERI (a cura di) *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità,* Milano 2016, 19 ss. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma,* Firenze 2014, 1 ss.

4 A. CAPUTO, *Una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale dei limiti al giudizio di bilanciamento,* in CP 9/2023, 2736.

5 F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato, l'enorme potere dei giudici sulle circostanze,* in RIDPP 2015, 1743 ss.

congiunta dei singoli aumenti e diminuzioni di pena; la Relazione ministeriale al Codice Rocco, definiva il bilanciamento *ex* art. 69 c.p. un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato.

La disciplina – così come imposta – appare una sorta di "romanzo senza fine[6]" poiché consente un'espansione rilevante della discrezionalità giudiziale: se si giudicano prevalenti le aggravanti, non si considerano le diminuzioni di pena date dalle attenuanti; se si ritengono prevalenti le attenuanti, non si computano le aggravanti; se aggravanti e attenuanti si ritengono equivalenti, si applica la pena che sarebbe stata comminata se non concorresse alcuna circostanza. Soprattutto, quel che conta non è il numero delle circostanze, potendo anche una sola circostanza attenuante (o aggravante) prevalere su una molteplicità di circostanze di segno opposto. Il giudice, infatti, è chiamato dall'art. 69 c.p. a *pesare,* e quindi a valutare quale elemento circostanziale incide di più sul disvalore del fatto di reato.

È inutile dire che è un "romanzo senza fine" – impossibile da riassumere in queste brevi riflessioni – anche la proliferazione di tesi e orientamenti della letteratura che sin dalla promulgazione del Codice a oggi hanno tentato di giustificare la bontà o l'irrazionalità del giudizio di bilanciamento.

Un "romanzo senza fine" è anche la legislazione attorno all'art. 69 c.p.

Il testo originario della disposizione prevedeva, infatti, due preclusioni al giudizio di bilanciamento: ai sensi del quarto comma le disposizioni di cui ai commi precedenti «*non si applicano alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi altra circostanza, per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato*»; in tal caso, stabiliva il quinto comma, «*gli aumenti e le diminuzioni di pena si operano a norma dell'articolo 63, valutata per ultima la recidiva*».

Le due preclusioni rispondevano a una logica immanente al sistema del Codice in quanto le circostanze autonome introducevano una diversa cornice edittale dipendente da una valutazione legislativa di maggiore o minore gravità[7]; mentre, l'esclusione di quelle inerenti alla persona del colpevole dipendeva da una eterogeneità funzionale rispetto alle circostanze reali. Infine, l'ultima parte del comma 5 dell'art. 69, assicurava un "privilegio" alla circostanza della recidiva i cui effetti dovevano comunque essere conteggiati per ultimi, per evitare una possibile elisione attraverso precedenti passaggi di commisurazione della pena[8].

6 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* cit., 494.

7 T. PADOVANI, *Circostanze del reato* (voce), in DDP, II, Torino 1988, 212 ss.

8 A. MELCHIONDA, *Art. 3 legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in LP 2006, 438.

La nota riforma del 1974[9] ha eliminato le due preclusioni, estendendo il giudizio di bilanciamento anche alle circostanze autonome e a quelle inerenti alla persona del colpevole.

La riforma fu oggetto di aspre critiche da parte della letteratura che sottolineava da una parte, l'enorme potere discrezionale che veniva attribuito ai giudici nella fase di commisurazione della pena[10]; dall'altra, che – seppur innovativa – la novella rappresentava un *escamotage* per evitare la revisione della Parte Speciale del Codice con le sue anacronistiche cornici edittali[11].

4. LA FUNZIONE DEL GIUDIZIO *EX* ART. 69 C.P.

Con la novella del 1974 è tornato il dibattito – invero mai sopito – in relazione alla funzione del giudizio di bilanciamento che in estrema sintesi (e in modo non esaustivo) può essere ricondotto a due orientamenti.

Una prima tesi, che trova ancoraggio nelle indicazioni offerte dalla Relazione al Re del progetto definitivo del Codice[12], legge nel giudizio *ex* art. 69 c.p. la funzione di individualizzazione della pena nel senso di adeguamento della sanzione al caso concreto[13]. La seconda tesi colloca, invece, il giudizio nell'ambito della determinazione legale della pena, quindi nella fase astratta precedente alla commisurazione da parte del giudice[14].

Quest'ultima tesi – proposta prima della novella del'74 – si basava su tre elementi normativi: a) l'esclusione dal giudizio di comparazione posta dall'allora quarto comma in relazione alle circostanze inerenti alla persona del colpevole; b) l'incidenza della disciplina dell'art. 69 c.p. sulla definizione dei termini di prescrizione del reato; c) il c.d. *effetto di elisione* di alcune circostanze come conseguenza del bilanciamento. I primi due elementi sono stati superati dalla riforma del'74 (e poi dalla legge n. 251 del 2005[15]); mentre, per parte della letteratura, permane l'*effetto di elisione* che non consente al giudizio di comparazione di essere defi-

9 In particolare, l'art. 6 d.l. 11 aprile 1974, n. 99 conv. con modif. dalla l. 7 giugno 1974 n. 220.

10 D. PULITANÒ, *Diritto penale,* Torino 2019, 430 s.

11 T. PADOVANI, *Circostanze del reato,* cit., 213.

12 La Relazione al Re sottolineava la «*necessità che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche*».

13 A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento,* Torino 2010, 23.

14 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* vol. I, *Art. 1-83,* Milano 2004, 709.

15 L'art. 6 della Legge del 2005 ha sostituito l'art. 157 c.p. che, nella nuova formulazione, stabilisce al terzo comma l'inapplicabilità dell'art. 69 c.p.

nito il vero e proprio momento di individualizzazione della pena[16] in quanto le circostanze soccombenti scomparirebbero sotto il peso delle circostanze ritenute prevalenti. In altre parole, riprendendo l'espressione di Francesco Carnelutti, tali circostanze cadrebbero sotto l'*effetto di elisione*[17] e quindi non sarebbero più considerate dal giudice per la determinazione della pena finale, con la logica conseguenza di impedire una genuina valutazione del caso concreto[18].

Di diverso avviso è, invece, parte della letteratura che ritiene che nella individualizzazione della pena base, il giudice deve escludere dalla propria ricognizione l'elemento qualificato come circostanza al fine di evitare la doppia valutazione, in modo tale che la considerazione della circostanza assuma attualità già nella fase preliminare dell'intero procedimento commisurativo e non solo nella fase di aumento o di diminuzione della pena. Per Giancarlo De Vero, il giudizio di bilanciamento «*serve in limine a stabilire quale modello commisurativo il giudice deve seguire nell'operazione di commisurazione in senso stretto*» occorrendo decidere «*se determinati fattori, comunque appartenenti al sostrato di fatto della misura della pena e quindi in nessun caso "cancellabili", debbano essere valutati nella prospettiva dell'art. 63, comma 1, se le corrispondenti circostanze proprie risultano prevalenti, ovvero in quella dell'art. 133 c.p., se le medesime siano invece ritenute soccombenti*»; in questo caso «*è assolutamente fuor di luogo parlare di elisione del relativo valore*» che, invece, troverà adeguata considerazione nella definizione della pena base[19]. In altri termini, nessuna circostanza sarà dimenticata: gli elementi soccombenti saranno recuperati per la commisurazione della pena base rivestendo il "nuovo" ruolo di *circostanze improprie* al pari degli indici dell'art. 133 c.p.

Di particolare interesse la posizione della giurisprudenza costituzionale che ha sempre riconosciuto al giudizio di bilanciamento una funzione di individualizzazione della pena. La Corte costituzionale ha sottolineato in più occasioni come la riforma del'74 sia stata spinta dall'intento di «*adeguatezza in concreto della pena, rispetto alle rigidità (in eccesso) che si erano verificate con particolare riguardo alla parallela esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze aggravanti che determinano la pena in modo indipendente da quella ordinaria*

16 F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata comune: implicazioni sul bilanciamento e sugli altri effetti ad essa connessi,* in CP 2007, 4109.

17 SABATINI GIUS., *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso,* in AP 1952, I, 116. Dello stesso tenore F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale,* Milano 1943, 223.

18 L'espressione è di A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli 1971, 55.

19 G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena,* Milano 1983, 199 s. Negli stessi termini parte della giurisprudenza di legittimità Cfr. C., Sez. VI, 15 dicembre 1992, n. 2018.

del reato o che stabiliscono una pena di specie diversa[20]». Per la nota sentenza n. 38 del 1985, il legislatore tramite l'art. 69 c.p. attribuisce ai giudici il potere di «*esprimere, ai fini della pena, un giudizio omogeneo e complessivo su tutta la vicenda soggettiva ed oggettiva dell'illecito*».

5. IL DIRITTO PENALE *DELL'EMERGENZA*

A pochi anni dalla novella del'74, nel 1979 la legislazione emergenziale dei cosiddetti *anni di piombo* ha inaugurato una nuova modalità di inasprimento sanzionatorio: non solo creare nuove fattispecie di reato e inasprire le sanzioni delle fattispecie già esistenti, ma anche prevedere delle deroghe al giudizio di bilanciamento attraverso le c.d. blindature o privilegi[21]. Appena liberato dai lacci e lacciuoli posti dai compilatori del Codice, e aperto alla discrezionalità giudiziale, il giudizio di bilanciamento tornava (in parte) ad essere servo delle ragioni della politica criminale.

Il primo intervento si deve al decreto-legge 15 novembre 1979, n. 625 – Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica – conv. con modif. nella legge 6 febbraio 1980, n. 15 che all'art. 1 stabiliva: «*le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato*».

Sin da subito l'interpretazione della disposizione suscitò un vivace confronto in letteratura.

Una prima tesi, muovendo dalla considerazione della generale obbligatorietà del giudizio *ex* art. 69 c.p. aveva attribuito alla deroga del'79 il significato di stabilire la vincolatività dell'esito della comparazione; in altri termini, la deroga avrebbe imposto la necessaria prevalenza delle aggravanti con l'inapplicabilità, quindi l'*elisione,* delle attenuanti soccombenti.

Un secondo orientamento – fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale del 1985 – leggeva nella norma, invece, una mera facoltatività del giudizio di comparazione, e di conseguenza, la prevalenza delle aggravanti si porrà come

20 C. cost. sent. 168 del 1994.

21 Le circostanze privilegiate sono distinte in due categorie a seconda che la blindatura sia totale o parziale. Nella prima ipotesi si esclude che le circostanze attenuanti concorrenti possano essere dichiarate prevalenti o equivalenti con la circostanza rafforzata; nella seconda ipotesi viene, invece, esclusa per le circostanze attenuanti solo la prevalenza, rimanendo impregiudicata la possibilità di una loro equivalenza. A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate,* cit., 83.

esito vincolato solo se il giudice non avrà ritenuto di applicare distintamente e successivamente, *ex* art. 63 c.p., le variazioni di pena date da tutte le circostanze concorrenti[22].

Con la legislazione del 1991[23] viene introdotta un'altra particolare deroga al giudizio, caratterizzata da un lato, dall'esclusione della prevalenza e dell'equivalenza delle circostanze attenuanti indicate rispetto alle aggravanti privilegiate, e dall'altro, dalla previsione che le diminuzioni di pena si applicano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente all'applicazione delle aggravanti.

L'impostazione normativa della deroga degli anni '90 ha portato la letteratura a seguire due diversi orientamenti: a) il legislatore ha recepito *in toto* le indicazioni della Consulta del 1985, e quindi dopo aver escluso l'equivalenza o la prevalenza delle attenuanti, la norma andrebbe a prevedere il principio secondo il quale le diminuzioni di pena si operano sull'aumento conseguente alle aggravanti[24]; b) «*se concorrono con le aggravanti in questione anche circostanze attenuanti (...) queste ultime non possono impedire l'aumento relativo alle finalità di terrorismo e/o ad altre aggravanti autonome, ma devono essere tenute in conto ove il giudizio di comparazione non sfoci nella prevalenza delle aggravanti: in tal caso per le attenuanti non soccombenti si farà luogo alle diminuzioni di pena relative muovendo dalla pena risultante dagli aumenti già previamente operati*[25]».

La traccia adottata nel 1991 è stata impiegata dalla successiva legislazione – come nella repressiva novella della recidiva del 2005[26] – e oggi caratterizza la maggioranza delle deroghe al giudizio di bilanciamento[27] che tuttora mantengono vivo il dibattito nella letteratura tra coloro che sostengono che le deroghe all'art. 69 c.p. seguono il modello tracciato dalle sentenze del 1985 e chi vede nella norma e nella *ratio* delle circostanze privilegiate una forma di esclusione del giudizio di bilanciamento[28].

22 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,* nota a C. cost. sentenze nn. 38 del 1985 e 194 del 1985, in RIDPP 1986, 1295.

23 Art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. con modif. nella l. 12 luglio 1991, n. 203 e art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 conv. con modif. nella l. 18 febbraio 1992, n. 172.

24 G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 7, d.l. 31 dicembre 1991, n. 419,* in LP 1992, 771.

25 M. ROMANO, *Commentario sistematico,* cit., 716.

26 E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia,* in RIDPP 2-3/2007, 520. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili,* in GD, Dossier, 1/2006, 32 ss. G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere,* in DPP 2006, 170 ss. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva,* in DPP 2006, 175 ss. G. CARUSO, *Recidiva* (voce), in DDP, Agg., vol. II, Utet 2008, 1048.

27 A. CAPUTO, *Una nuova declaratoria di illegittimità costituzionale,* cit., 2736.

28 G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122,* in LP 1994, 211.

6. LE BLINDATURE. *L'OMICIDIO DI PROSSIMITÀ*

Il *diritto vigente* offre un panorama molto ampio e confuso di deroghe al giudizio di bilanciamento. Deroghe che non seguono alcun *fil rouge,* nemmeno quello più comune della rilevanza del bene giuridico, ma che sono invece accomunate solo dalla volontà di garantire *in concreto* un forte inasprimento sanzionatorio tramite l'obbligo rafforzato di presa in considerazione delle circostanze aggravanti privilegiate.

Non potendo per ragioni di sinteticità del presente lavoro riportare un quadro completo dei privilegi (parziali e totali) nel nostro ordinamento, si propone invece una riflessione sulla blindatura del delitto di omicidio volontario introdotta nel 2019 con la legislazione del c.d. *Codice rosso* e dichiarata poi parzialmente incostituzionale.

Con la sentenza n. 197 del 2023 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell'art. 577, co. 3, c.p. nella parte in cui impedisce la soccombenza della circostanza aggravante del c.d. *omicidio di prossimità*, commesso a danno di un familiare o altra persona legata da un rapporto di convivenza o affettivo, rispetto alle attenuanti generiche e alla provocazione.

Tre gli episodi che hanno dato origine alla questione di legittimità costituzionale[29]: a) un uomo da tempo dedito alla cura della moglie affetta da un grave disturbo bipolare la uccideva in occasione dell'ennesima aggressione violenta della donna; b) dopo anni di violenze, subite insieme alla mamma e al fratello, un ragazzo accoltellava il padre durante una lite domestica provocandone la morte; c) una donna, vittima di ripetute violenze e abusi da parte del marito, lo strangolava durante il sonno dopo avergli somministrato del sonnifero. Tre drammatiche vicende «*maturate in contesti di prolungata e intensa sofferenza, causata da una lunga serie di soprusi e maltrattamenti posti in essere – colpevolmente o no – dalle stesse vittime*[30]».

In tutti questi casi trovava applicazione la disciplina dell'omicidio aggravato, ai sensi dell'art. 577, co. 3, c.p. in cui il legislatore aveva sancito la blindatura parziale dell'aggravante rispetto alla maggior parte delle attenuanti previste dal Codice.

29 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 RIDPP 2024, 161 ss. S. PRANDI, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità,* in DPP 5/2024, 625 ss.

30 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*

La circostanza oggetto della scure della Consulta è stata al centro negli ultimi anni di diverse novelle dirette a un inasprimento della pena per il delitto di omicidio nelle ipotesi in cui la vittima sia legata al reo da un rapporto di parentela o affettivo. Originariamente l'aggravante era legata al solo omicidio dell'ascendente o del discendente ai sensi dell'art. 577, co. 1, c.p., e all'omicidio commesso in danno del coniuge, del fratello o sorella, del padre o della madre adottivi, o del figlio adottivo o contro un affine in linea retta *ex* art. 577, co. 2, c.p.

Con la Legge 11 gennaio 2018, n. 4, l'aggravante di cui al primo comma è stata estesa anche a nuovi soggetti passivi del reato quali il coniuge anche legalmente separato, l'altra parte dell'unione civile e la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente; mentre, il secondo comma è stato esteso anche al coniuge divorziato e all'altra parte dell'unione civile ove cessata. Nel 2019, con la Legge n. 69 – *Codice rosso* – la platea dei soggetti passivi è stata ulteriormente estesa: il primo comma si riferisce anche al discendente per effetto di adozione di minore, e l'espressione «*contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente*» veniva sostituita con «*persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva*» considerando alternative le due condizioni che in precedenza dovevano coesistere. Il secondo comma veniva esteso, invece, anche alle persone legate al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, nonché all'adottante o l'adottato nell'ipotesi di adozione del maggiorenne.

Oltre a estendere la platea dei soggetti passivi, il legislatore del *Codice rosso* introduceva la blindatura parziale che sanciva il divieto di prevalenza sulle aggravanti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 577 c.p. di ogni attenuante diversa dal vizio parziale di mente, della minore età, dei motivi di particolare valore morale o sociale e delle diminuenti di cui all'art. 114 c.p.

La novella del 2019 con lo scopo di garantire un severo trattamento sanzionatorio andava a ridurre la discrezionalità dell'autorità giudiziaria nella commisurazione della pena attraverso un irrigidimento del bilanciamento delle circostanze[31]. Infatti, come nei giudizi per cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, la normativa non consentiva la dichiarazione di prevalenza di circostanze quali la provocazione e le attenuanti generiche. Il meccanismo di blindatura parziale stabiliva che il giudice avrebbe potuto dichiarare le attenuanti al massimo equivalenti rispetto all'aggravante, con conseguente applicabilità della pena base per l'omicidio volontario e quindi la pena da ven-

31 P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi,* Milano 2020, 176.

tuno a ventiquattro anni di reclusione. Attraverso questa tecnica legislativa, il legislatore aveva raggiunto l'obiettivo di ridurre i margini di discrezionalità giudiziaria che avrebbero potuto vanificare la *ratio* della disciplina legale tarata su una politica criminale che valutava l'*omicidio aggravato dalla prossimità* come portatore di una gravità impressa in astratto[32] e quindi indiscutibile, o meglio non bilanciabile. Dinanzi alla necessità di dare una risposta severa agli omicidi infra-familiari e in particolare i c.d. femminicidi, la previsione di un limite alla discrezionalità giudiziale *ex* art. 69 c.p. appariva al legislatore necessaria per evitare il rischio della "disapplicazione" delle aggravanti.

Dinanzi alla complessità delle concrete situazioni di vita, la Corte costituzionale ha dichiarato l'art. 577, co. 3, c.p. parzialmente illegittimo, rilevando plurimi profili di violazione degli artt. 3 e 27 Cost. e restituendo di fatto al giudice il suo margine di discrezionalità nel bilanciamento *ex* art. 69 c.p.

Nell'esaminare la questione, la Consulta censura la blindatura parziale dell'*omicidio di prossimità* per violazione dei principi di proporzionalità[33] e individualizzazione[34] del trattamento sanzionatorio, in quanto l'automatismo sanzionatorio *livella* sotto un'unica cornice edittale – il minimo dei ventuno anni di reclusione – qualsiasi ipotesi di omicidio infra-familiare.

Per la Corte, sebbene ogni omicidio, determinando la lesione irreversibile del bene vita, si presta a una valutazione unitaria di assoluta gravità, da sempre il diritto penale distingue tra fatti più o meno gravi[35] anche nell'ambito degli omicidi punibili. Il disvalore soggettivo e oggettivo del delitto varia in modo significativo a seconda del caso di specie, e ragioni di proporzionalità e di individualizzazione della pena impongono che ciò si rifletta sul *quantum* della sanzione comminata. Per raggiungere tale finalità, nell'ordinamento giocano una funzione essenziale sia le circostanze *improprie* all'interno delle singole forbici edittali, sia (soprattutto) le circostanze *proprie* che in riferimento al delitto di omicidio sono in grado di aggravare notevolmente la pena tanto da mutarla nell'ergastolo o di attenuarla – anche di molto – in ragione della specificità del caso concreto. Infatti, come dimostra il caso in commento, per la Corte le circostanze della provocazione e le attenuanti generiche hanno un «*ruolo essenziale per assicurare, anche nell'ordinamento italiano, che la pena per l'omicidio volontario possa essere convenientemente ridotta rispetto al generale minimo edittale di ventun anni di reclusione,*

32 A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato,* Padova 2000, 581 s.

33 F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale,* Torino 2021.

34 L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità,* Milano 2010.

35 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.1 del *Considerato in diritto.*

in casi caratterizzati da una minore offensività del fatto o minore colpevolezza dell'autore, ovvero dalla presenza di ragioni significative che comunque rilevano un suo minor bisogno di pena[36]», garantendo così la miglior individualizzazione del trattamento sanzionatorio alle irripetibili specificità del caso concreto.

È da questa prospettiva, nella relazione tra circostanze e proporzionalità, che va letta l'incostituzionalità della blindatura come forma di automatismo legislativo che impedisce al giudice di comminare una sanzione ritagliata sulle specificità delle circostanze in cui il reato si è consumato, e quindi preclude la possibilità di comminare una pena che possa riassumere adeguatamente il disvalore del fatto-reato.

La sentenza in commento si inserisce nel lungo filone della giurisprudenza costituzionale che, salvo alcune eccezioni[37], ha dichiarato illegittime le blindature seguendo tre direttrici: a) l'eccessiva divaricazione tra fattispecie base e fattispecie attenuata, che comporta la comminatoria di una pena sproporzionata a causa del divieto di prevalenza delle attenuanti[38]; b) la considerazione dell'ampiezza della fattispecie presa in esame[39], in cui può essere ricondotta una varietà di condotte di differente gravità di cui la blindatura non consente di "tener conto"; c) la constatazione secondo cui il divieto di prevalenza delle attenuanti non consentirebbe al giudice di tener conto del ridotto grado di rimproverabilità soggettiva nel caso concreto[40] che – come per i fatti oggetto della sentenza del 2023 – preclude la valutazione dell'«*eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'agente, rendendolo più o meno rimproverabile*[41]».

In questa prospettiva, è facile cogliere la violazione del principio di uguaglianza che, se letto attraverso il principio di colpevolezza, si oppone all'idea di una pena minima di ventun anni destinata ad accomunare tutti gli omicidi aggravati dall'art. 577 c.p. – determinando una presunzione *iuris et de iure* e un automatismo legislativo[42] – che pur caratterizzati dal contesto familiare e affettivo in cui si verificano, possono essere profondamente diversi tra loro[43]. Per queste ragioni la Corte costituzionale ha restituito al giudice l'esercizio della discrezio-

36 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.3 del *Considerato in diritto.*

37 C. cost. 17 aprile 2019, n. 88.

38 Cfr. C. cost. 9 novembre 2023, n. 201.

39 Cfr. C. cost. 12 maggio 2023, n. 94.

40 Cfr. C. cost. 24 aprile 2020, n. 73.

41 C. cost. 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.2.1. del *Considerando in diritto.*

42 S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento,* in Rivista. Gruppo Pisa 1/2018, 1 ss.

43 S. PRANDI, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento*, cit., 630.

nalità penale intesa come «*il rinvio al caso concreto per coglierne un particolare significato, inesprimibile in termini astratti e insuscettibile di essere tipizzato*[44]».

Le preclusioni al giudizio *ex* art. 69 c.p. impediscono di cogliere la complessità della vita reale che viene così offuscata dal vincolo imposto alla discrezionalità giudiziale[45].

7. IL FEMMINICIDIO

Con il d.d.l. A.S. n. 1433 il legislatore ha espresso la volontà di configurare il c.d. femminicidio come autonoma figura di reato caratterizzata da un trattamento sanzionatorio di particolare rigore attraverso la previsione della pena dell'ergastolo. L'obiettivo: rafforzare la risposta dell'ordinamento contro le forme di manifestazioni di prevaricazione e violenza contro le donne e di assicurare una protezione effettiva delle vittime.

Sin da subito la letteratura non solo ha individuato tutta una serie di criticità nella modalità di tipizzazione della nuova fattispecie oggi prevista all'art. 577 *bis* c.p., ma ha sentito la necessità di lanciare un SOS contro un'emergenza legislativa che è stata definita "antiumanista e non femminista[46]".

Dopo una prima formulazione, oggetto di pesanti censure da parte della letteratura, il testo votato all'unanimità dal Senato della Repubblica prevede che: «*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 è punito con la pena dell'ergastolo*».

44 F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* Milano 1965, 117.

45 M. PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali,* cit., 170.

46 *Contro l'introduzione del delitto di femminicidio: documento sottoscritto da oltre settanta professoresse, ricercatrici e studiose penaliste,* in Sist. pen. 28.5.2025. G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio,* in Sist. pen. 14.3.2025. M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già,* in Sist. pen. 18.3.2025. 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. 12.6.2025. G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali,* in Sist. pen. 20.6.2025. D. PULITANÒ, *Messaggi normativi e messaggi culturali. La discussione sul femminicidio,* in Sist. pen. 21.6.2025. A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio,* in Sist. pen. 25.6.2025. R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?,* in Sist. pen. 15.7.2025. V. MANES, *Sul disegno di legge avente ad oggetto l'introduzione del delitto di "femminicidio",* in Giur. pen. web 7-8/2025.

Oltre alle numerose criticità in termini di tassatività, determinatezza, motivi, uguaglianza, sulla quale non è possibile soffermarsi, l'iniziativa governativa è di particolare interesse per il rischio di ridondanza della normativa penale.

Il femminicidio è già reato ed è sanzionato con la pena dell'ergastolo come dimostrano i più recenti casi di cronaca. L'ergastolo è oggi comminato per l'omicidio, quando ricorre almeno una tra le numerose circostanze aggravanti che sono riferibili all'uccisione di una donna che può essere considerato come femminicidio[47]. In base agli artt. 576 e 577 c.p., sarà comminata la pena dell'ergastolo se l'omicidio è consumato: 1) contro il coniuge, anche legalmente separato, o la parte di un'unione civile; 2) contro persona stabilmente convivente; 3) contro persona legata da relazione affettiva; 4) contro l'ascendente o il discendente; 5) per motivi abietti o futili; 6) con crudeltà; 7) con sevizie; 8) con premeditazione; 9) in occasione del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi; 10) in occasione del delitto di sfregio permanente del volto; 11) in occasione dei delitti di prostituzione e pornografia minorile; 12) in occasione dei delitti di violenza sessuale, anche di gruppo, e di atti sessuali con minorenne; 13) dall'autore del delitto di atti persecutori. Si tratta delle ipotesi più frequenti dove matura il delitto di uccisione della donna "perché donna[48]". Ma non solo. Come sostenuto da gran parte della letteratura, la disciplina vigente ha il pregio di non differenziare i generi e le minoranze vulnerabili in modo discriminatorio, dunque di essere un diritto uguale applicabile a tutte le persone, oltre a essere un diritto non mite, non indeterminato e ciecamente repressivo[49].

Secondo tale normativa, le eventuali circostanze attenuanti concorrenti, se ritenute prevalenti, garantiscono un trattamento sanzionatorio più mite. Questo esito era precluso dalla normativa vigente prima dell'intervento della Consulta nel 2023.

Ritorna il dubbio che segue questa breve riflessione: l'intervento legislativo appare una "risposta" alla sentenza della Corte costituzionale?

Come rilevato nelle brevi note introduttive, il legislatore per sanzionare lo stesso fatto-reato ha due vie: ricorrere alle circostanze o tipizzare un titolo autonomo di reato. Nel caso del femminicidio sembra aver percorso per tanti anni la via del delitto circostanziato, successivamente "blindato" con i privilegi garantiti alle aggravanti; rimosso il privilegio, ha intrapreso la via (non facile) della tipizzazione del titolo autonomo di reato.

47 G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio,* cit., 160.

48 M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio,* cit.

49 M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio,* cit.

8. LE DUE VIE, CIRCOSTANZE O TITOLI AUTONOMI DI REATO?

Giunti a questo punto della riflessione, constatato che il legislatore può raggiungere e realizzare le sue finalità seguendo sia la via delle circostanze (magari blindate) al fine di imporre la "presa in considerazione" di dati elementi, sia quella del titolo autonomo di reato, occorre infine interrogarsi sulle ragioni che spingono il legislatore a seguire un percorso anziché l'altro.

Diversamente da quanto si possa immaginare, il problema della distinzione tra circostanze ed elementi essenziali del reato ha origini relativamente recenti[50]. Infatti, in passato le circostanze erano utilizzate come *accidentalia delicti* e quindi come criteri indefiniti di commisurazione della pena intra-edittale. In questi termini, era evidente la diversa funzione tra elementi *essentialia,* attinenti alla struttura e alla teoria generale del reato che erano in grado di determinare la cornice edittale astratta, e gli elementi accessori delegati alla funzione di adeguamento, in sede giudiziaria, della sanzione alle peculiarità del caso concreto[51].

Le incertezze sono affiorate nel momento in cui i compilatori del Codice Rocco hanno operato la scelta di elevare le circostanze a rango di elementi – eventuali – della struttura del reato, attribuendo ad esse la funzione teorica di rideterminazione legale ed extra-edittale del precetto secondario, soprattutto nelle ipotesi delle circostanze a effetto speciale e indipendente[52].

Sottratte (almeno in apparenza) alla fase della commisurazione giudiziale della pena, si è presentato per la letteratura l'arduo compito di distinguere le circostanze dagli elementi essenziali del reato, la cui classificazione è assai importante per l'operatività della norma in sede giudiziaria[53].

Se tale operazione risulta agevole con riferimento alle aggravanti e alle attenuanti comuni *ex* artt. 61 e 62 c.p. e per le circostanze speciali individuate per *nomen iuris* dal legislatore, l'identificazione in tanti altri casi non è semplice:

50 G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione,* in CP 7-8/2007, 2819.

51 A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato,* cit., 133 ss.

52 M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale,* vol. I, III ed., Milano 2004, 632.

53 A titolo meramente esemplificativo: le circostanze non incidono sul *tempus* e sul *locus commissi delicti,* e quindi la qualificazione di un elemento come circostanza comporta importanti effetti. Circa il *tempus* sulla individuazione del momento consumativo del reato, e quindi sul *dies a quo* nella prescrizione, della legge applicabile in caso di successione di leggi *ex* art. 2 c.p. e sulla configurabilità del tentativo. Quanto al *locus,* sull'applicabilità della legge penale italiana ai sensi dell'art. 6 c.p. e sulla determinazione del giudice competente per territorio *ex* art. 8 c.p. Inoltre, in tema di concorso di persone nel reato, mentre l'art. 118 si occupa delle sole circostanze, gli artt. 116 e 117 fanno riferimento ai soli elementi costitutivi. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione",* in RIDPP 4/2011, 1566 ss.

non esiste una differenziazione basata su dati di tipo ontologico-qualitativo, dal momento che non esistono sul piano della realtà dei peculiari caratteri distintivi delle circostanze rispetto agli elementi essenziali del reato[54]. Per queste ragioni, si comprende come l'opzione legislativa di legiferare tramite circostanze o attraverso la tipizzazione di fattispecie autonome, sia derivante unicamente da una libera scelta potestativa e discrezionale del legislatore, anziché da una sua presa d'atto della presenza di un dato naturalistico definibile *ex ante,* al di fuori del diritto, come elemento essenziale o circostanza[55].

Anche la comparazione di alcune fattispecie circostanziate identificate per *nomen iuris* con altre fattispecie autonome, lascia intendere in modo chiaro come sia rimesso al solo *arbitrium* del legislatore la scelta di tipizzare dati elementi specializzanti come essenziali o accidentali[56]. È sufficiente, a titolo esemplificativo, comparare il delitto di infanticidio *ex* art. 578 c.p. con le fattispecie aggravate di omicidio volontario di cui agli artt. 576 e 577 c.p. Nel primo caso gli elementi specializzanti della figura base dell'omicidio doloso sono presi in considerazione dal legislatore come dati costitutivi di un'autonoma fattispecie correlata da una propria cornice edittale, mentre nella seconda sono valutati come mere circostanze. O anche seguendo la storia di alcuni delitti come la *Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*, un tempo circostanza aggravante del reato di lesioni personali, e dal 2019 con il *Codice rosso* titolo autonomo di reato punito ai sensi dell'art. 583 *quinquies.*

La distinzione non è agevole, tanti sono i criteri elaborati dalla letteratura e dalla giurisprudenza[57]. Mancando una base ontologica che consenta una differenziazione oggettiva, è rilevante la volontà del legislatore come unico fattore nella scelta della tecnica di produzione normativa.

Si potrebbe concludere che il legislatore ricorrerà alla creazione di una fattispecie autonoma quando la sua politica criminale è connotata sia dalla massima severità per limitare l'intervento giudiziario, sia dall'intento di lanciare un messaggio preciso e severo. Ma se questa sarebbe la via più lineare e naturale per una politica criminale repressiva e populista, non è certamente la via più semplice da praticare. Come rilevato dalla letteratura in relazione al d.d.l. femminicidio, il rischio è la creazione di fattispecie, severe nel trattamento sanzionatorio e solenni nel lessico, che tuttavia rimangono inefficaci nell'esperienza, perché opache nell'ac-

54 G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato,* Napoli 1963, 172 ss.

55 M. ROMANO, *Commentario,* cit., 634. D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale,* in *SO di G. Marinucci,* a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, Milano 2006, 679.

56 G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato,* cit., 2821.

57 F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza?*, cit., 1564 ss.

certamento, e anche poco coerenti con i principi dello Stato di diritto costituzionale[58]. In altri termini, è difficile creare e poi soprattutto dare operatività ad un titolo autonomo di reato con elementi costitutivi di non agevole definizione. Al contrario, appare più semplice legiferare attraverso le circostanze che sono rette da principi non categorici, ma tendenziali come la determinatezza e la precisione che in quest'ambito si fanno orientativi più che assumere una valenza imperativa[59].

Negli stessi termini di maggiore "agilità" si pone l'accertamento processuale degli elementi circostanziali in relazione all'individuazione dei criteri di imputazione soggettiva. Se un elemento è dato come costitutivo di un'autonoma fattispecie di tipo doloso, in relazione a esso dovrà essere accertata necessariamente la sussistenza del dolo, al pari di ogni altro elemento costitutivo del *Tatbestand*; al contrario, se si tratta di mera circostanza aggravante sarà sufficiente accertare la sussistenza della colpa secondo quando disposto dall'art. 59, co. 2, c.p. La natura circostanziale di un elemento affievolisce la piena attuazione del principio di colpevolezza, poiché consente di imputare al reo la circostanza aggravante di una fattispecie incriminatrice dolosa a titolo (semplificato) meramente colposo.

Se queste considerazioni – brevemente riportate – segnano degli evidenti vantaggi nel legiferare tramite circostanze in quanto il legislatore è meno "pressato" dal rispetto dei principi costituzionali e dalle stringenti ragioni dell'accertamento processuale, la scelta di tipizzare una circostanza incontra però un grande ostacolo: il concorso eterogeneo su cui "incombe" il rischio che l'elemento circostanziato, a cui il legislatore ha voluto assegnare un "obbligo di presa in considerazione", possa "scomparire" nel caso concreto attraverso il bilanciamento giudiziale.

È forse per queste ragioni, che il legislatore negli ultimi anni ricorre sempre più spesso alla categoria delle circostanze blindate, seppur inseguito dalle pronunce di illegittimità costituzionale. Una tecnica di produzione normativa che senza dubbi ha dei vantaggi: a) consente una maggiore agilità nella produzione normativa; b) è garanzia di un più "semplice" accertamento giudiziale; c) crea un automatismo che imbriglia la discrezionalità giudiziale. Indubbi vantaggi di una tecnica normativa (spesso) incostituzionale.

Ma, in conclusione, c'è un altro vantaggio che è interessante rilevare nella prospettiva del *silenzio*: legiferare tramite circostanze è una modalità di produzione della materia penale più *silente*, meno rumorosa rispetto all'introduzione di una fattispecie *ad hoc* che attira, invece, l'attenzione degli esperti e dell'opinio-

58 V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica,* cit., 14.

59 F. CONSULICH, *Le circostanze del reato,* cit., 480. L'A., fa riferimento a circostanze come il "fatto di lieve entità" di cui all'art. 311 c.p. o al danno di "rilevante gravità" di cui all'art. 61, co. 1, n. 7 c.p.; tutte ipotesi in cui sono ampliati i margini della discrezionalità giudiziale.

ne pubblica: fanno più *rumore* le quattordici fattispecie di reato introdotte con il decreto sicurezza del 2025, meno le nove circostanze aggravanti.

Le circostanze e la loro disciplina appaiono sempre un aspetto secondario, quasi ai margini dell'universo della penalità, eppure sono in grado di incidere profondamente sul volto del sistema penale. Come ammoniva Stefano Rodotà: «*le perversioni degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema*[60]». Al contrario del *silenzio* del legislatore, la letteratura penale e la giurisprudenza costituzionale ci fanno riflettere sulla complessiva fisionomia del nostro ordinamento e delle sue potenziali deformazioni: svelando il tratto misterioso, enigmatico e sibillino del *silenzio,* rivelano tutto!

60 S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici,* in *Quale libertà,* a cura di M. Bovero, Roma-Bari 2004, 56.

EXTRADITION OF PERSONS WITH MENTAL DISORDERS AND THE RELATED ADMINISTRATIVE DIMENSION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS

Alessia Teresa Accoto

1. INTRODUCTION

Extradition constitutes a fundamental instrument of international judicial cooperation in criminal matters, enabling the requesting State to obtain the surrender of an individual located in the territory of another State in order to prosecute them or to enforce a criminal conviction already issued. However, this mechanism encounters limitations stemming from the respect for fundamental human rights, chief among which are the protection of mental health and the principle of criminal responsibility [1].

The present study examines the legal framework governing extradition requests involving individuals affected by severe mental disorders. The analysis focuses on three distinct situations: persons who were not criminally responsible at the time of the offence, persons who are currently unable to participate effectively in criminal proceedings, and convicted individuals who develop a serious mental disorder during the enforcement of a sentence[2]. The central question is whether, and to what extent, such mental incapacity constitutes a bar to extradition, and what legal safeguards are provided to protect such individuals[3].

This work argues that mental incapacity does not generally constitute an autonomous ground for refusing extradition. Rather, comparative analysis demonstrates that the protection of persons lacking criminal responsibility is

1 A. Cassese, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Il Mulino, Bologna 2006; S. Trechsel, S.J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005.

2 A further conceptual clarification is necessary. Although the expression "persons lacking criminal responsibility" is used throughout this article as a general descriptive category, the analysis distinguishes between three legally distinct situations: (i) individuals who were not criminally responsible at the time of the offence because of a mental disorder; (ii) individuals who are currently unable to participate effectively in criminal proceedings owing to mental incapacity; and (iii) convicted persons who develop a serious mental disorder during the enforcement of a sentence. While these categories may produce similar concerns in extradition proceedings, they raise different legal questions and are therefore examined separately throughout the paper. C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023.

3 A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, 1. *Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna 2005.

achieved through a combination of legal mechanisms, including humanitarian exceptions, the prohibition of inhuman or degrading treatment under Article 3 ECHR, fair trial guarantees under Article 6 ECHR, and administrative safeguards exercised during extradition procedures. The paper therefore examines how these different layers of protection interact across civil law and common law systems, with particular attention to the growing convergence of domestic and supranational standards aimed at safeguarding vulnerable individuals. The focus will be placed on Italy, France, and Germany with respect to the civil law tradition, and on the United Kingdom and the United States as representative of common law systems[4].

From a methodological perspective, the comparative analysis is structured around a number of common variables that emerge across both civil law and common law systems. These include: the legal definition of lack of criminal responsibility and its relationship with mental disorder; the distinction between substantive criminal responsibility and procedural competence to stand trial; the role of psychiatric and medical expertise in extradition proceedings; the legal grounds for refusing, postponing, or conditioning extradition on mental health grounds; the involvement of administrative authorities in assessing humanitarian concerns; and the use of diplomatic or medical assurances to mitigate risks associated with transfer. These variables provide a common analytical framework through which the different national approaches can be compared.

Particular attention will also be devoted to the administrative dimension of extradition. The protection of individuals affected by serious mental disorders does not depend exclusively on judicial decision-making, but also on the activities of ministries, central authorities, healthcare institutions, and diplomatic actors involved in the extradition process. The collection of medical evidence, the exchange of information between States, the provision of assurances, and decisions concerning the timing or postponement of surrender frequently play a decisive role in safeguarding fundamental rights.

Through an examination of legislative frameworks, case law, and legal doctrine, this paper seeks to determine whether there is a trend towards convergence among legal systems in the protection of vulnerable individuals, and whether international legal instruments provide common criteria for assessing the appropriateness of extradition in cases involving lack of criminal responsi-

4 M. Delmas-Marty, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in Riv. it. dir. e proc. pen. (1997) 545; C. Slobogin, *Minding Justice: Laws That Deprive People with Mental Disability of Life and Liberty*, Harvard University Press, Harvard 2006.

bility. The analysis will conclude with critical reflections on the desirability of introducing shared minimum standards to strengthen the protection of fundamental rights in extradition proceedings.

2. MENTAL DISORDER AND CRIMINAL PROCEEDINGS: DISTINGUISHING CRIMINAL RESPONSIBILITY, PROCEDURAL CAPACITY AND SENTENCE ENFORCEMENT

In Italian criminal law, according to well-established legal doctrine, criminal responsibility (understood as imputability[5]) constitutes a prerequisite for liability[6]: an individual may be found guilty and punished only if, at the time of the offence, they were capable of understanding and willing their actions (substantive responsibility)[7]. This condition is distinct from procedural capacity, which refers to the individual's ability to effectively participate in criminal proceedings (procedural competence)[8] and also from incapacity arising after conviction during the enforcement of a sentence. This distinction is crucial for assessing extradition cases, which require balancing the needs of inter-State cooperation with the protection of individual fundamental rights[9].

For the purposes of extradition law, three distinct categories must be differentiated. The first concerns criminal responsibility at the time of the offence and relates to the individual's capacity to understand and control their conduct when the alleged crime was committed. The second concerns procedural capacity, namely the ability of the requested person to understand the proceedings and effectively exercise defense rights at the time extradition is sought or criminal proceedings are conducted. The third concerns mental incapacity arising after conviction during the enforcement of a sentence, which raises questions regarding the compatibility of detention and punishment with human dignity and

5 "Imputabilità".

6 Several theories have been proposed on this issue: imputability as the capacity to bear punishment; imputability as the capacity for culpability. The problem was raised by F. Grispigni, *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato*, in La Scuola Positiva (1911) 1-17; see also F. Grispigni, *La responsabilità giuridica dei c.d. non imputabili*, Società Editrice Libraria, Milano 1920, 6.

7 Is the first category that concerns criminal responsibility at the time of the offence and relates to the individual's capacity to understand and control their conduct when the alleged crime was committed.

8 The second category that concerns procedural capacity, namely the ability of the requested person to understand the proceedings and effectively exercise defence rights at the time extradition is sought or criminal proceedings are conducted.

9 The third one concerns mental incapacity arising after conviction during the enforcement of a sentence, which raises questions regarding the compatibility of detention and punishment with human dignity and the rehabilitative function of criminal sanctions. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2026, 347 ss.

the rehabilitative function of criminal sanctions. Although these situations may overlap in practice, they involve different legal standards, different evidentiary assessments, and potentially different consequences for extradition proceedings.

In the Italian system, substantive criminal responsibility is governed by Article 85 of the Criminal Code, which provides that no one can be punished for an act defined by law as a crime if, at the time it was committed, they were not criminally responsible. A person is considered criminally responsible if they have the capacity to understand and to will[10]. The law identifies several main causes for exclusion of responsibility linked to the individual's mental condition: total or partial mental defect (Articles 88[11] and 89[12] of the Italian Criminal Code), which respectively entail a complete exclusion of liability or a reduction of the sentence (these conditions are assessed by psychiatric evaluation to determine the subject's mental state at the time of the act)[13]; minor age (Articles 97[14]-98[15]), whereby individuals under 14 are always exempt from responsibility, and those aged between 14 and 18 may be exempt if found incapable of understanding or willing due to immaturity; deaf-mutism (Article 96[16]); chronic intoxication from alcohol or narcotics (Article 95[17]); and intoxication due to unforeseeable circumstances or force majeure (Article 91[18])[19].

10 Text in the original language: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere».

11 Article 88 italian criminal code: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere».

12 Article 89 italian criminal code: «Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita».

13 M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè Editore, Milano 1990, 516 ss.

14 Article 97 italian criminal code: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni».

15 Article 98 italian code of criminal procedure: «È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere; ma la pena è diminuita. 1. Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale».

16 Article 96 italian criminal code: «Non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità d'intendere o di volere. 1. Se la capacità d'intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita».

17 Article 95 italian criminal code: «*Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89*».

18 Article 91 italian criminal code: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità di intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore. 1. Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, la pena è diminuita».

19 G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale* cit.

Procedural capacity, by contrast, is governed by Article 70[20] of the Italian Code of Criminal Procedure, which provides that proceedings cannot continue against a person who, due to mental illness, is unable to participate meaningfully in the trial. This provision is intended to safeguard the right to an effective defense and the principle of a fair trial, and it applies regardless of the individual's mental state at the time of the offence, focusing instead on their condition during the judicial process[21].

Instead, ever in the Italian criminal justice system, the onset of mental illness in a convicted person who was originally deemed criminally responsible at the time of the offence affects the enforcement stage of the sentence. Pursuant to Articles 147 and 148 of the Criminal Code, the execution of the sentence must be suspended whenever the convicted person suffers from a serious mental disorder, since the rehabilitative function of punishment (Article 27(3) of the Constitution) would otherwise be undermined. In such circumstances, the judge orders admission to an appropriate psychiatric facility – currently the Residences for the execution of security measures (REMS[22]) – by applying a security measure in lieu of the penalty. This substitution, however, does not extinguish the sentence: its execution remains suspended and may resume should the state of mental infirmity cease. The system thus reflects a balance between the demands of social defense and the protection of the dignity of the convicted individual, who cannot be subjected to imprisonment when unable to comprehend its meaning or benefit from its rehabilitative purpose[23].

A similar distinction is observed in common law jurisdictions. In the United States, criminal responsibility is assessed through various tests depending on the state jurisdiction, including the *M'Naghten Rule*, the *Irresistible Impulse Test*, and the *Cognitive Capacity Test*. Procedural competence is evaluated through

20 Article 70 italian code of criminal procedure: «1. Quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere e vi è ragione di ritenere che, per infermità mentale sopravvenuta al fatto, l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone anche di ufficio, perizia. 2. Durante il tempo occorrente per l'espletamento della perizia il giudice assume, a richiesta del difensore, le prove che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, e, quando vi è pericolo nel ritardo, ogni altra prova richiesta dalle parti. 3. Se la necessità di provvedere risulta durante le indagini preliminari, la perizia è disposta dal giudice a richiesta di parte con le forme previste per l'incidente probatorio. Nel frattempo restano sospesi i termini per le indagini preliminari e il pubblico ministero compie i soli atti che non richiedono la partecipazione cosciente della persona sottoposta alle indagini. Quando vi è pericolo nel ritardo, possono essere assunte le prove nei casi previsti dall'articolo 392».

21 P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020, 132-133.

22 "Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza".

23 For further information on this point see: F. Italia, *The Inadequate Protection of Prisoners with Mental Disorders in the Case Law of the European Court of Human*, in Cassazione penale 4 (2025) 1365-1373.

the standard of *competency to stand trial*, which requires that the defendant be able to understand the nature of the proceedings and assist their legal counsel[24][25].

In the United Kingdom, the doctrine of insanity is likewise based on the *M'Naghten Rules*, according to which a defendant is not criminally liable if, due to a mental disorder, they were unable to understand the nature of the act or that it was wrong. Procedural competence is evaluated using the standard of *fitness to plead*, which requires that the individual be able to understand the charges, make informed decisions regarding their defense strategy, and participate effectively in the trial[26].

With regard to the execution of a sentence against a person who develops a serious mental disorder, common law jurisdictions recognize the principle that punishment cannot be carried out against those who are mentally incompetent, although the mechanisms differ. In the United States, constitutional jurisprudence – from Ford vs. Wainwright (1986)[27] to Panetti vs. Quarterman (2007)[28] – has established that executing a sentence against a mentally incompetent individual violates the Eighth and Fourteenth Amendments, requiring the suspension of the sentence until competence is restored, often with placement in a forensic psychiatric facility. In the United Kingdom, by contrast, the *Mental Health Act 1983* provides for hospital orders, which temporarily substitute imprisonment with admission to a high-security psychiatric hospital, sometimes accompanied by restriction orders that condition release on the Secretary of State's approval. In both jurisdictions, the execution of the sentence is suspended for the duration of the mental disorder; however, while the U.S. approach focuses primarily on suspension pending restoration of competence, the U.K. model implements a substitution mechanism that grants greater administrative discretion over the individual's detention and release.

At the supranational level, the case law of the European Court of Human Rights has repeatedly emphasized the importance of protecting individuals with mental disorders in judicial proceedings. In particular, there is no unified criminal law framework governing criminal responsibility: the determination of a person's capacity to understand and act at the time of the offense remains

24 C. Slobogin, *Minding Justice: Laws That Deprive People with Mental Disability of Life and Liberty*, Harvard University Press, Harvard 2006.

25 Cfr. D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre) colpevolezza e pena*, Jovene Editore, Napoli 2020.

26 A. Ashworth, J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, 1 ss.

27 Ford vs. Wainwright, 477 U.S. 399, Judgment of 26 June 1986.

28 Panetti vs. Quarterman, 551 U.S. 930, Judgment of 28 June 2007.

the exclusive competence of national legal systems. Similarly, the assessment of competence at the time of trial is left to the member states, which must ensure the right to a fair trial under Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, the EU, and more broadly the Council of Europe through the European Court of Human Rights jurisprudence[29], imposes specific obligations on member states concerning the enforcement of sentences against individuals who develop a mental disorder after conviction: detention cannot be inhuman or degrading, and measures must be provided to suspend the execution of the sentence or to place the individual in an appropriate psychiatric facility until mental competence is restored. In this way, the European framework protects the dignity of the convicted person and the rehabilitative purpose of punishment, while leaving broad discretion to national systems regarding the modalities and instruments of enforcement.

The Court has ruled that extraditing a person who is incapable of participating effectively in their trial may constitute a violation of Articles 3[30] (prohibition of inhuman or degrading treatment) and 6[31] (right to a fair trial) of the European Convention on Human Rights, particularly where adequate medical care or procedural safeguards are not ensured in the requesting State[32].

These distinctions provide the conceptual framework for the comparative analysis developed in the following section.

29 This issue will be examined in greater detail below in the third chapter.

30 Article 3 ECHR: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

31 Article 6 ECHR: «1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. 2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: a. to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him; b. to have adequate time and facilities for the preparation of his defence; c. to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require; d. to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; e. to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court».

32 Bensaid vs. United Kingdom, App. No. 44599/98, Judgment of 6 February 2001, ECHR 2001-I.

3. EXTRADITION AND MENTAL DISORDER: COMPARATIVE RESPONSES TO CRIMINAL NON-RESPONSIBILITY, PROCEDURAL INCAPACITY AND POST-CONVICTION MENTAL ILLNESS

The issue of extraditing mentally incompetent individuals highlights the different foundational approaches of civil law and common law systems, particularly with regard to the balance between the demands of criminal justice and the protection of individual rights. In order to ensure a consistent comparison, the following analysis focuses on five principal variables: the legal definition of criminal non-responsibility, the distinction between non-imputability and competence to stand trial, the evidentiary role of psychiatric expertise, the legal grounds available for refusing or postponing extradition, and the role played by administrative authorities and diplomatic assurances in safeguarding fundamental rights. Through these parameters, it is possible to identify both significant differences and growing areas of convergence among the examined jurisdictions.

3.1 Italy

In the Italian legal system, extradition is governed by Articles 697 et seq. of the Code of Criminal Procedure, which establish a set of conditions, including the respect for the fundamental rights of the individual. Of particular relevance to the present analysis, Article 705 of the Code[33] provides that the Court of Appeal may refuse extradition if there are grounds to believe that the individual risks being subjected to inhuman or degrading treatment in the requesting State. This provision, in conjunction with Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR), may be interpreted as affording protection to mentally incompetent persons, where their psychiatric condition renders the transfer hazardous to their health or incompatible with human dignity.

33 Article 705 procedural italian criminal code: «1. Quando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente, la corte di appello pronuncia sentenza favorevole all'estradizione se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna e se, per lo stesso fatto, nei confronti della persona della quale è domandata l'estradizione, non è in corso procedimento penale né è stata pronunciata sentenza irrevocabile nello Stato. 2. La corte di appello pronuncia comunque sentenza contraria all'estradizione: a) se, per il reato per il quale l'estradizione è stata domandata, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali; b) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; c) se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero alla pena di morte o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona; c-bis) se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta».

Although Italian case law has not explicitly established that an individual's inability to consciously participate in proceedings in the requesting State constitutes an autonomous ground for refusing extradition, such a conclusion may be inferred through systematic and interpretative reasoning, in light of principles established in adjacent legal areas.

Specifically, under domestic law, the supervening mental incapacity of the accused to consciously participate in criminal proceedings mandates, pursuant to Articles 70 and 71 of the Code of Criminal Procedure, the suspension of the trial, in accordance with the principles of effective adversarial process and the right to defense.

Similarly, in extradition matters, Article 705(2)(c-bis) of the Code prohibits surrender where there are serious humanitarian concerns, such as psychiatric or physical conditions that, in view of the prison conditions or healthcare system of the requesting country, pose a real risk of inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 3 ECHR.

In light of these legal and jurisprudential frameworks, it can be inferred that the presence of a severe mental illness – where it fundamentally impairs the individual's ability to participate meaningfully in foreign proceedings – may, in certain circumstances, amount to a situation capable of compromising the core of fundamental rights, thus justifying refusal of extradition. This interpretation aligns with Article 111 of the Italian Constitution and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). Attention must be paid both to the issue of mental capacity at the time of the alleged offence and to the individual's fitness to stand trial at the time extradition is sought.

3.2 France

In France, extradition is governed by the Code of Criminal Procedure (Articles 696 et seq.), which lists among the grounds for refusal a manifest breach of fundamental rights (Article 696.4, paragraph 7). French case law demonstrates careful attention to the mental health of the person sought, particularly with reference to Article 3 ECHR. On multiple occasions, French courts have suspended or denied the extradition of individuals suffering from serious psychiatric conditions where the requesting State could not provide adequate therapeutic care[34].

However, in the absence of a specific statutory provision, the evaluation is entrusted to the competent judge, who assesses each case individually, often rely-

34 M. Delmas-Marty, *Verso un diritto penale comune europeo?* cit., 545.

ing on expert medical opinions. The French approach is therefore characterized by a judicial model in which protection for the mentally incompetent is grounded in a broad interpretation of constitutional and conventional principles.

3.3 Germany

In Germany, extradition is governed by the Law on International Mutual Assistance in Criminal Matters (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG). This law provides that extradition may be refused if it conflicts with the fundamental principles of the German constitutional order or violates fundamental human rights, including the right to human dignity enshrined in Article 1 of the Basic Law (Grundgesetz – GG). German jurisprudence has recognized the need to assess the compatibility of extradition with the individual's mental health status, especially where there is a risk of deterioration or of receiving inadequate treatment abroad.

Particularly significant is the 2007 judgment of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) on the European Arrest Warrant[35], which underscored the necessity of concretely verifying the respect for fundamental rights in the event of the forced transfer of a vulnerable person. This position has also been reiterated in cases concerning extradition requests from non-EU States.

3.4 United Kingdom

In the United Kingdom, extradition is governed by the Extradition Act 2003, which distinguishes between requests from EU Member States (Part 1) and those from third countries (Part 2). The UK system provides for refusal of extradition where it would be "oppressive" to the requested person due to personal circumstances such as serious mental illness (Extradition Act 2003, Sections 91–93)[36].

British courts have consistently recognized that extradition of individuals suffering from severe mental disorders may violate Article 3 ECHR, particularly where appropriate treatment is lacking or there exists a real risk of suicide (ECtHR, Bensaid vs. United Kingdom, 2001). The UK approach favors a case-by-case balancing of the public interest in extradition against the individual's right to mental health, often relying on psychiatric evaluations and proportionality assessments[37].

35 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2 BvR 2236/04, Judgment of 18 July 2005.

36 For further information see N. Walker, *Crime and Insanity in England*, Edinburgh U.P., Edinburgh 1968.

37 A. Ashworth, J. Horder, *Principles of Criminal Law* cit., 1 ss.

3.5 United States

In the United States, extradition is governed by bilateral treaties and the doctrine of dual criminality. Assessment of the individual's mental health takes place within the framework of federal extradition proceedings, during which the judge must determine whether the person is capable of understanding the charges and participating in the process[38].

Although the Supreme Court has not directly addressed the issue of mental incapacity as an obstacle to extradition, affirmed the importance of mental health rights in other contexts, stating that the inhumane treatment of individuals with mental disabilities may constitute a violation of the Fourteenth Amendment[39].

Moreover, several federal courts have suspended extradition in cases involving serious psychiatric diagnoses, especially where the individual risks irreversible harm or where the requesting State lacks adequate healthcare guarantees. Nonetheless, protections in the U.S. are generally less structured than in Europe, and courts exercise broader discretion in granting mental health-related defenses[40].

3.6 Concluding Remarks

The comparative analysis highlights several common trends as well as important structural differences. First, none of the examined jurisdictions recognizes mental incapacity as an autonomous statutory ground for refusing extradition. Protection is instead achieved through broader constitutional, human rights, or humanitarian safeguards. Second, all jurisdictions distinguish, albeit with different terminology, between criminal responsibility at the time of the offence and the individual's present capacity to participate in legal proceedings. Third, psychiatric expertise plays a central role throughout the examined systems, although its procedural weight varies considerably. Civil law jurisdictions generally rely on formally appointed experts whose assessments are integrated into judicial decision-making, whereas common law systems tend to grant courts greater discretion in evaluating competing expert evidence. Finally, significant differences emerge regarding the administrative dimension of extradition. While civil law systems emphasize legality review and constitutional guarantees, common law jurisdictions generally allow wider reliance on executive discretion, humanitarian considerations, and diplomatic assurances. Nevertheless, all

38 See R.J. Bonnie, *The Competence of Criminal Defendants: Beyond Dusky and Drope*, in University of Miami Law Review 47 (1993) 539 ss.

39 Ford vs. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986); Panetti vs. Quarterman, 551 U.S. 930 (2007).

40 M.L. Perlin, *The Jurisprudence of the Insanity Defense*, Carolina Academic Press, Durahm 1993.

systems examined reveal an increasing tendency to subject extradition decisions involving persons affected by mental incapacity to enhanced scrutiny grounded in human dignity and fundamental rights[41].

4. THE ROLE OF INTERNATIONAL LAW AND SUPRANATIONAL JURISPRUDENCE IN THE PROTECTION OF THE NON-IMPUTABLE PERSON

The complexity of extradition procedures between different states makes the intervention of international law and supranational courts indispensable, as they act as guarantors of the respect for fundamental rights in extradition cases, particularly for individuals who are non-imputable.

4.1 International Human Rights Law

The main international legal framework is represented by the European Convention on Human Rights (ECHR), which guarantees, among other things, the right to a fair trial (Art. 6) and the prohibition of inhuman or degrading treatment (Art. 3). The European Court of Human Rights (ECtHR) has developed extensive case law aimed at ensuring that extradition does not pose a real and substantial risk to the mental health and dignity of the person[42].

Particularly relevant is the case of Bensaid vs. the United Kingdom *(*2001), in which the ECtHR held that the extradition of a person suffering from severe mental disorders may violate Article 3 if the requesting State does not provide adequate medical treatment or if there is a risk of suicide or inhuman treatment. This ruling has served as a landmark for numerous national and supranational decisions.

In parallel, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) also protects the right to a fair trial and human dignity, though its application in extradition cases is less specific compared to the ECHR. Other instruments, such as the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, reinforce the necessity of ensuring adequate and non-discriminatory treatment.

4.2 Case Law of the Court of Justice of the European Union (CJEU)

Within the European Union, the CJEU has played a key role in defining the limits of mutual recognition where the execution of a European Arrest Warrant

41 On this point see R. Wenin, *La mens rea nello Statuto di Roma. Un'analisi esegetico-sistematica dell'art. 30 in chiave comparata*, Giappichelli Editore, Torino 2012.

42 For further information V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford 2009.

(EAW) may jeopardize fundamental rights. In the landmark judgment Aranyosi and Căldăraru (Case C-659/15)[43], the Court held that the execution of an EAW must be postponed where there is objective, reliable, specific and properly updated evidence demonstrating a real risk of inhuman or degrading treatment in the issuing Member State. The executing judicial authority is required to conduct an individual assessment and, where necessary, seek additional information from the issuing authority before deciding whether surrender may proceed[44].

This approach, defined two-step test, was subsequently refined in ML (Case C-220/18 PPU)[45], where the Court clarified that the assessment required by Aranyosi must be concrete and individualized, focusing on the specific detention conditions that the requested person is likely to face after surrender. The judgment confirmed that mutual trust cannot operate automatically where credible evidence suggests a risk to fundamental rights and reinforced the obligation of judicial authorities to verify the actual circumstances of detention in the issuing Member State[46].

The principles established in ML were further developed in Dorobantu (Case C-128/18)[47], where the Court clarified that the executing judicial authority must assess, on the basis of objective, reliable, specific and properly updated information, whether the detention conditions likely to be faced by the requested person in the issuing State comply with the requirements of Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The judgment reinforced the obligation to conduct an individualized assessment of the actual conditions of detention and confirmed that mutual trust cannot dispense judicial authorities from verifying the effective protection of fundamental rights where credible risks have been identified.

43 Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, Aranyosi and Căldăraru, EU:C:2016:198, Judgment of 5 April 2016.

44 For further information on the European Arrest Warrant: A. Stirone, *Il mandato di arresto europeo*, Giappichelli, Torino 2025 and L. Bernardini, *Rifiuto della consegna per motivi di salute nella fase esecutiva del m.a.e.*, in Giurisprudenza Italiana 2 (2026), 458-470.

45 Case C-220/18 PPU, ML, EU:C:2018:589, Judgment of 25 July 2018.

46 Cfr. G. Colavecchio, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in Ordine internazionale e diritti umani (2021) 1311-1312. For further information see V. Mitsilegas, *The limits of mutual trust in Europe's area of freedom, security and justice: from automatic inter-State cooperation to the slow emergence of the individual*, in Yearbook of European Law (2012), 319 and V. Mitsilegas, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in New Journal of European Criminal Law 6 (2015) 457 ss.

47 Case C-128/18, Dorobantu, EU:C:2019:857, Judgment of 15 October 2019.

This line of jurisprudence was further developed in E.D.L. (Case C-699/21)[48], concerning a requested person suffering from a serious medical condition. The Court held that surrender must be postponed where substantial grounds exist for believing that the transfer itself would expose the individual to a real risk of a significant reduction in life expectancy or a rapid, substantial and irreversible deterioration of health. The judgment is particularly relevant for cases involving severe mental disorders because it shifts the focus from the substantive criminal status of the requested person to the concrete consequences of surrender on that individual's health and dignity.

The E.D.L. judgment confirms that mutual recognition is not absolute and that executing authorities must undertake a detailed and individualized assessment of medical evidence. It also emphasizes the importance of cooperation between issuing and executing authorities, including the exchange of information and the consideration of measures capable of mitigating the identified risks[49].

Taken together, Aranyosi and Căldăraru, ML, and E.D.L.[50] demonstrate the progressive evolution of EU law from a model based on largely automatic mutual trust toward a system of conditional trust grounded in the protection of fundamental rights. This jurisprudence requires an individualized assessment of vulnerability, detention conditions, and health-related risks, confirming that mutual recognition cannot prevail where surrender would expose the requested person to a real risk of treatment contrary to Article 4 of the Charter.

4.3 Other International Bodies and Standards

Organizations such as the Council of Europe, the United Nations, and the World Health Organization (WHO) have promoted guidelines and recommendations for the protection of persons with mental disorders in the judicial context, highlighting the importance of ensuring humane and rights-based treatment.

The principle of non-refoulement, generally applied in international humanitarian and refugee law, is also relevant in extradition matters to prevent the transfer of individuals to countries where they may face inhuman treatment or conditions incompatible with their mental health status.

48 Case C-699/21, E.D.L., EU:C:2023:295, Judgment of 18 April 2023.

49 M. Aranci, *La tutela della salute può giustificare il rifiuto della consegna del ricercato – Corte giust., sentenza 18 aprile 2023, causa C-699/21, EDL*, in Rivista del contenzioso europeo 1 (2023) 1-5; G. Colaiacovo, *Mandato d'arresto europeo e tutela della salute: la Corte di giustizia detta criteri stringenti*, in Cass. pen. 7-8 (2023) 2585 ss.

50 Also see Case C-128/18, Dorobantu, EU:C:2019:857, Judgment of 15 October 2019.

4.4 Challenges and Future Perspectives

Despite the legal and jurisprudential advancements, critical issues remain concerning the difficulty of assessing mental health in a transnational context, disparities between the healthcare and judicial systems of the involved countries, and the lack of binding uniform global standards.

Recent CJEU case law, particularly E.D.L., suggests that future developments may increasingly focus on vulnerability-based assessments rather than rigid legal classifications. This approach places greater emphasis on the concrete effects of surrender on the individual concerned and requires judicial authorities to evaluate medical evidence in a dynamic and individualized manner.

The adoption of common minimum standards, as proposed by some scholars and international bodies, could help address these gaps, ensuring more effective and consistent protection of the non-imputable person in extradition proceedings[51].

The implementation of these supranational standards is not entrusted exclusively to courts. In practice, compliance with human rights obligations often depends on the activities of administrative authorities responsible for gathering medical information, communicating with foreign authorities, assessing assurances, and coordinating the practical execution of surrender. For this reason, the administrative dimension of extradition constitutes an essential component of the protection framework applicable to mentally vulnerable individuals.

5. ADMINISTRATIVE PROFILES OF THE EXTRADITION OF THE PERSONS EXEMPT FROM CRIMINAL RESPONSIBILITY BY REASON OF MENTAL DISORDER

As the preceding analysis has shown, the protection of individuals with psychiatric conditions in extradition proceedings cannot be ensured solely through substantive criminal law rules, procedural guarantees, or supranational human rights standards. Equally important is the administrative framework through which extradition requests are processed and implemented. The extradition of individuals affected by serious mental disorders therefore engages not only judicial safeguards but also complex administrative mechanisms that may significantly influence the outcome of the surrender procedure.

51 M. Chiavaro, A. Perduca, *La cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Giappichelli, Torino 2022.

The protection of mentally vulnerable individuals is therefore not entrusted exclusively to judicial authorities. Extradition procedures reveal a form of shared responsibility between courts and administrative authorities, both of which contribute to the assessment of risks affecting the individual's health, dignity and procedural rights. Judicial review alone would often be insufficient, since many of the factual elements relevant to the decision – including medical information, detention conditions and diplomatic assurances – are collected and verified through administrative channels.

In most legal systems, extradition requests undergo a dual-level assessment: an administrative stage, typically conducted by the central authority (e.g., the Ministry of Justice), and a judicial stage, entrusted to the courts[52]. The administrative authority performs a crucial gatekeeping function, ensuring that the request is formally valid, consistent with international treaties, and compatible with the fundamental rights protected under domestic law before judicial review occurs[53].

In cases involving non-imputable individuals, administrative scrutiny assumes heightened importance.

First, it requires the collection and evaluation of medical and psychiatric documentation, often obtained through cooperation with health authorities or international medical institutions. Such documentation is essential to determine whether the individual can withstand transfer without being subjected to inhuman or degrading treatment, in accordance with Article 3 ECHR and analogous constitutional provisions (e.g., Article 1 GG in Germany; Article 111 of the Italian Constitution). Particular importance is attached to diplomatic assurances.

Second, the central authority may request assurances from the requesting State regarding the adequacy of psychiatric care, detention conditions, and access to medical treatment.

Particular importance is attached to diplomatic assurances. Where concerns arise regarding the individual's mental health, requesting States may provide specific guarantees concerning access to psychiatric treatment, detention conditions, continuity of medical care, or placement in specialized facilities. Although such assurances do not automatically eliminate the risk of rights violations, they frequently constitute a decisive element in the assessment conducted by both

52 In Italy, the Ministry of Justice acts as the central authority responsible for receiving, transmitting and coordinating extradition requests. Although the final decision belongs to the judicial authority, the Ministry plays a crucial role in collecting information, liaising with foreign authorities and evaluating the practical feasibility of surrender.

53 UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition*, 2012.

judicial and administrative authorities. However, the reliance on such assurances raises significant questions regarding their enforceability and the availability of effective post-surrender monitoring mechanisms, particularly when a vulnerable individual's health is at stake.

The importance of the administrative functions has been further reinforced by the Court of Justice of the European Union in E.D.L. The Court stressed that where serious health concerns arise, executing authorities must rely on objective and up-to-date medical evidence and engage in active communication with the issuing authority in order to determine whether adequate safeguards can be provided. This process may include requests for additional information, clarification regarding available healthcare facilities, and assurances concerning the treatment that will be made available after surrender. Consequently, the administrative phase of extradition and surrender procedures increasingly operates as a mechanism for risk assessment and prevention, rather than merely as a formal stage of intergovernmental cooperation.

This obligation reflects positive duties established by ECtHR jurisprudence, notably in Bensaid vs. United Kingdom (2001) and Soering vs. United Kingdom (1989)[54], to prevent the transfer of individuals at risk of serious harm due to their mental condition.

Administrative authorities may also exercise discretion to suspend the extradition procedure when there are serious doubts about the individual's current capacity to undergo proceedings abroad. This mirrors domestic safeguards such as Articles 70 and 71 of the Italian Code of Criminal Procedure, which requires suspension of trial in cases of supervening mental incapacity. Similarly, in France, although there is no explicit statutory provision, judicial practice is supported by administrative collection of expert opinions. In common law jurisdictions, judicial oversight is predominant, but administrative actors - such as the U.S. Department of State or the U.K. Home Secretary - retain significant discretion in granting or denying extradition, allowing them to account for humanitarian concerns, including severe psychiatric conditions[55].

From a comparative perspective, the administrative dimension serves as a preventive safeguard complementing judicial review. Civil law systems emphasize formal legality checks combined with protection of constitutional rights, whereas common law jurisdictions allow broader administrative discretion, of-

54 Soering vs. United Kingdom, App. No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, Series A No. 161.

55 UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition*, 2012; J. Silvis, *Extradition and Human Rights Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context*, 2014 (Lecture presented 20 May 2014, PC-OC meeting in Strasbourg).

ten framed in terms of "oppressiveness" or proportionality. In both models, the administrative stage increasingly operates as a first filter, preventing extradition proceedings from advancing where there is a clear risk of undermining fundamental rights. Recent practice shows a trend toward formalizing administrative safeguards through intergovernmental agreements, memoranda of understanding regarding prison and healthcare conditions, and protocols for the transfer of medical records. Although not always binding, these mechanisms reflect growing recognition that the protection of requested persons suffering from serious mental disorders must be addressed not only in court but also within the broader framework of inter-State cooperation. Thus, administrative profiles emerge as a crucial layer of protection, ensuring that extradition procedures remain consistent with international human rights obligations and the dignity of the individual.

In this way, the administrative dimension of extradition cannot be regarded merely as a procedural stage ancillary to judicial decision-making. Rather, it constitutes an autonomous layer of protection through which States identify, assess and mitigate the risks associated with the surrender of vulnerable individuals. The increasing reliance on medical assessments, inter-authority cooperation and diplomatic assurances demonstrates that the effective protection of persons affected by serious mental disorders depends as much on administrative action as on judicial review.

6. CONCLUSION

The extradition of persons affected by serious mental disorders lies at the intersection of international judicial cooperation, fundamental rights protection, and the diverse legal traditions governing criminal responsibility and procedural fairness. The comparative analysis conducted in this article demonstrates that mental incapacity does not generally operate as an autonomous ground for refusing extradition. Rather, its legal relevance emerges through a combination of constitutional principles, humanitarian considerations, fair trial guarantees, human dignity requirements, and administrative safeguards designed to protect particularly vulnerable individuals.

The analysis has also shown the importance of distinguishing between three legally distinct situations: the absence of criminal responsibility at the time of the offence, the inability to effectively participate in criminal proceedings, and the onset of serious mental illness during the enforcement of a sentence. Although these situations may produce similar concerns in extradition proceedings, they

engage different legal standards and require separate assessments. Accordingly, extradition decisions involving individuals with psychiatric conditions cannot be based on a generic notion of mental incapacity, but must take into account the specific legal implications arising from each condition.

From a comparative perspective, significant differences remain between civil law and common law systems. Civil law jurisdictions generally rely on codified rules and constitutional guarantees, whereas common law systems tend to favor case-by-case balancing and broader judicial or executive discretion. Nevertheless, a common trend is clearly emerging. Across all examined jurisdictions, the protection of individuals experiencing severe mental illness increasingly depends on individualized assessments of risk, the use of psychiatric expertise, and the recognition that extradition cannot be justified where it would undermine fundamental rights.

Supranational jurisprudence has played a decisive role in promoting this convergence. The case law of the European Court of Human Rights has established that extradition may not proceed where there exists a real risk of inhuman or degrading treatment or a serious impairment of fair trial rights. Likewise, the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, particularly Aranyosi and Căldăraru, ML, and E.D.L., reflects a progressive shift from a model of largely automatic mutual trust toward a framework of conditional trust based on the concrete assessment of individual vulnerability, detention conditions, and health-related risks. These decisions confirm that the decisive question is not merely whether surrender is formally justified, but whether its execution is compatible with the protection of human dignity and fundamental rights.

The analysis further demonstrates that these protections cannot be guaranteed solely through judicial review. The administrative dimension of extradition plays an equally important role. Ministries of Justice, central authorities, healthcare institutions, and diplomatic actors contribute to the collection of medical evidence, the exchange of information between States, the evaluation of assurances, and the practical management of surrender procedures. As recent European case law confirms, the effective protection of mentally vulnerable individuals increasingly depends upon close cooperation between judicial and administrative authorities.

From a normative perspective, this article argues that extradition systems should adopt common minimum procedural guarantees for persons affected by serious mental disorders. Such safeguards should include mandatory psychiatric assessment whenever substantial doubts arise regarding the individual's

mental condition, reasoned judicial review of the impact of surrender on health and procedural rights, the possibility of obtaining medical and humanitarian assurances from the requesting State, and the postponement or refusal of extradition where a serious and individualized risk cannot be adequately mitigated. While legal systems may legitimately differ in their institutional arrangements, international cooperation in criminal matters must remain subject to a shared commitment to human dignity, effective access to justice, and the protection of vulnerable persons.

The comparative analysis suggests that the traditional focus on criminal responsibility should be progressively replaced by a vulnerability-based approach. What ultimately matters is not whether the requested person was criminally responsible at the time of the offence, but whether extradition would expose that person to a real risk of degrading treatment, denial of effective participation in proceedings, or serious deterioration of health.

Ultimately, the legitimacy of extradition cannot be measured solely by its effectiveness as a mechanism of international cooperation. It must also be assessed by its capacity to protect those individuals whose mental condition places them at particular risk. Only through an integrated approach combining criminal law safeguards, human rights protection, medical expertise, and administrative oversight can extradition remain consistent with the fundamental values upon which contemporary legal systems are founded.

BLOCKCHAIN AND CRIMINAL PROTECTION OF PERSONAL DATA: CHALLENGES AND PERSPECTIVES UNDER GDPR AND ITALIAN LAW

Carlotta Conversi

1. INTRODUCTION

The rapid diffusion of blockchain technology has profoundly altered the landscape of data governance, decentralization, and digital identity. Initially conceived as the infrastructure behind cryptocurrencies like Bitcoin, blockchain has since evolved into a multipurpose technology applied in finance, health, logistics, and, notably, personal data processing. Blockchain's core features – immutability, decentralization, and transparency – pose unique challenges to data protection regimes, particularly the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR) and national criminal provisions such as Articles 167-bis and 167-ter of the Italian Data Protection Code (D.lgs. 196/2003, as amended by D.lgs. 101/2018).

Beyond its technical appeal, blockchain represents a paradigmatic test case for the adaptability of contemporary legal systems. The clash between distributed architectures and traditional models of accountability raises questions not only of regulatory compliance but also of the scope and effectiveness of criminal law as an instrument of last resort. In fact, blockchain highlights the limits of a legal order that presupposes identifiable actors, linear causation, and centralized control[1].

This introduction therefore situates blockchain within the broader debate on digital constitutionalism[2], informational self-determination, and the evolution of criminal enforcement in the age of decentralization. It suggests that the protection of personal data can no longer be understood solely through administrative and civil enforcement, but must also include a reflection on the boundaries and functions of criminal law. By expanding the scope of the introduction in this way, the article aims to frame blockchain not as a purely technical prob-

1 P. Hacker, I. Lianos, G. Dimitropoulos, S. Eich (eds.), *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford University Press, Oxford 2019.

2 E. Celeste, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in International Review of Law, Computers & Technology 33 (2019) 76-99.

lem for compliance, but as a profound legal and philosophical challenge for the future of privacy and criminal justice.

While GDPR is widely recognized as the gold standard of privacy regulation globally[3], its principles of accountability, purpose limitation, data minimization, and the right to erasure appear fundamentally at odds with the technological structure of blockchain. For instance, the inability to modify or delete entries on a blockchain directly contradicts the right to be forgotten under Article 17 GDPR. This tension has prompted scholars to question the compatibility of blockchain with existing data protection laws[4].

Beyond civil and administrative consequences, violations of data protection norms can entail criminal liability under certain national legal frameworks. In Italy, Articles 167-bis and 167-ter of the Italian Data Protection Code, introduced by D.lgs. 101/2018, represent a selective and targeted penal protection of personal data, aimed at sanctioning specific harmful conduct beyond mere administrative non-compliance[5]. These provisions were designed to align Italian criminal law with the GDPR's enforcement regime while preserving proportionality and legality in criminal sanctions.

However, the application of such criminal norms in the context of blockchain remains ambiguous. The decentralized and transnational nature of blockchain systems raises complex questions regarding jurisdiction, intent, and the identification of responsible actors. Moreover, blockchain-based data processing often involves pseudonymous identifiers, further complicating the attribution of unlawful conduct and the imposition of penal consequences[6].

2. THE REGULATORY FRAMEWORK: GDPR AND THE ITALIAN DATA PROTECTION CODE

The European legal framework for the protection of personal data is primarily governed by the General Data Protection Regulation (GDPR), adopted in 2016 and enforced since May 2018. This regulation introduced a harmonized approach across the European Union, strengthening individuals' rights while imposing

3 P. Voigt, A. von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Springer, Cham 2017.

4 M. Finck, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, in European Data Protection Law Review 4 (2018) 17-35.

5 G. Martiello, *La tutela penale dei dati personali: un'introduzione agli artt. 167, 167-bis e 167-ter del c.d. «codice della privacy»*, in disCrimen 1 (2022) 87-102.

6 A. Wright, P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, SSRN Working Paper, 2015.

clear obligations on data controllers and processors. It aims to ensure transparency, purpose limitation, data minimization, accuracy, storage limitation, and integrity of personal data. The GDPR also affirms a wide array of data subject rights, such as access, rectification, erasure, and data portability, as well as providing mechanisms for redress and supervision through Data Protection Authorities.

Despite the GDPR's sophistication, it does not itself establish criminal sanctions. Instead, Article 84 of the GDPR explicitly leaves it to Member States to introduce penal consequences for particularly serious violations, provided these are effective, proportionate, and dissuasive. Thus, the question of criminal enforcement is inherently tied to national legislative discretion.

In Italy, this discretion was exercised through D.lgs. 101/2018, which modified the Italian Data Protection Code (D.lgs. 196/2003) to ensure alignment with the GDPR. Crucially, the Decree introduced and redefined several provisions aimed at reinforcing penal protection for privacy breaches. Article 167 of the Italian Data Protection Code targets unlawful data processing that results in tangible harm and is carried out with intent to gain or to cause injury. Article 167-bis expands criminal liability to the unauthorized processing of special categories of personal data, such as those concerning racial origin, political opinions, health, or sexual life, regardless of whether actual harm occurs. Article 167-ter, instead, penalizes the unlawful communication or dissemination of personal data that should be protected by specific technical or organizational safeguards.

These penal provisions reflect a selective criminalization approach, focused not on every regulatory breach but on conduct deemed socially dangerous or morally blameworthy. As Martiello notes, the intent behind these articles is to draw a clear line between administrative non-compliance and criminal wrongdoing, reserving the latter for the most serious threats to individual dignity and informational self-determination[7].

Yet, the application of these norms to blockchain-based systems remains uncertain. Italian criminal law, grounded in the principles of legality and strict interpretation, may struggle to accommodate emerging technologies that blur traditional legal categories, although this tension does not necessarily rule out an interpretation of existing provisions capable of addressing new technological contexts. The attribution of liability in decentralized systems is particularly problematic: identifying a data controller or processor – a fundamental prerequisite under both the GDPR and national criminal law – becomes elusive when data is managed collectively by pseudonymous or anonymous nodes across

7 G. Martiello, *La tutela penale dei dati personali*, cit.

jurisdictions. In this respect, the decentralized nature of blockchain directly challenges not only regulatory enforcement, but the basic conceptual underpinnings of criminal responsibility in privacy law[8].

3. BLOCKCHAIN'S STRUCTURAL TENSIONS WITH DATA PROTECTION PRINCIPLES

Blockchain technology, by design, introduces systemic tensions with the fundamental principles of data protection law. As a distributed ledger system, blockchain ensures that data entered into the network is immutable, tamper-resistant, and replicated across numerous nodes. This structure, while enhancing security and trust in decentralized environments, presents serious challenges for the implementation of core privacy rights, particularly under the GDPR.

One of the most prominent conflicts arises from the principle of data minimization and the right to erasure. Article 5(1)(c) of the GDPR mandates that personal data should be «adequate, relevant and limited to what is necessary», while Article 17 of the GDPR confers on individuals the «right to be forgotten». These provisions require that data controllers be able to delete or modify personal data upon request or when the lawful basis for processing no longer applies. However, in a blockchain environment, data is irreversibly written into the ledger. Although some architectural solutions – such as storing only hashes or using off-chain storage – have been proposed to mitigate this issue, they often fall short of fully satisfying the GDPR's requirements[9].

Moreover, the decentralization inherent in blockchain disrupts the traditional accountability model of data protection law. GDPR relies on the clear identification of a data controller and, where applicable, a processor. These roles carry specific responsibilities, including responding to data subject requests, ensuring lawful bases for processing, and notifying authorities in case of data breaches. In public or permissionless blockchains, however, there may be no identifiable or legally responsible entity orchestrating the processing. Instead, data is collectively validated and stored by multiple, often anonymous, nodes.

8 M. Finck, V. Moscon, *Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0*, in IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 50 (2019) 77-108.

9 M. Finck, *Blockchain and the General Data Protection Regulation. Can distributed ledgers be squared with European data protection law?*, European Parliamentary Research Service – Scientific Foresight Unit (STOA), Brussels 2019.

This fragmentation undermines enforcement efforts and raises complex questions about how criminal or administrative responsibility can be assigned[10].

Another key issue is the problem of pseudonymity. Blockchain networks typically allow users to interact through cryptographic keys rather than real names, creating a pseudonymous environment. While this enhances user privacy in theory, it also hinders legal authorities from identifying wrongdoers, especially in cross-border contexts. The GDPR defines personal data broadly to include «any information relating to an identified or identifiable natural person» (Art. 4(1) GDPR). As such, even a blockchain address can qualify as personal data if it can be linked – directly or indirectly – to an individual[11]. This broad interpretation imposes regulatory obligations on actors who may not even consider themselves part of a formal data processing chain.

These structural tensions are even more acute when viewed through the lens of criminal law. Unlike civil or administrative liability, criminal sanctions require higher thresholds of proof, including *mens rea* (criminal intent) and a clearly defined unlawful act. In the blockchain context, proving intent, identifying actors, and demonstrating unlawful data processing is exceptionally difficult. A node operator may not be aware that the data stored in a block is personal or sensitive; participants may be acting according to a consensus algorithm rather than with individual purpose. This undermines the foundational criminal law principles of culpability and personal responsibility[12].

4. CRIMINAL LIABILITY AND THE ITALIAN ARTICLES 167-BIS AND 167-TER

The Italian legal system provides for criminal liability in the context of data protection violations through specific provisions embedded in the Italian Data Protection Code, as amended by D.lgs. 101/2018. Among these, Articles 167-bis and 167-ter represent key instruments for penal enforcement, especially when sensitive personal data is processed or disseminated unlawfully.

Article 167-bis of the Italian Data Protection Code criminalizes the unlawful processing of special categories of personal data, such as those revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, health status, or sexual orientation. What is notable about this provision is that it does

10 P. Hacker, I. Lianos, G. Dimitropoulos, S. Eich (eds.), *Regulating Blockchain*, cit.

11 M. Finck, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, cit.

12 A. Wright, P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology*, cit.

not require actual harm to be demonstrated. The mere violation of obligations imposed by law or regulation, when committed without appropriate authorization or a valid legal basis, is sufficient to establish criminal liability. This reflects a legal recognition that the very act of misusing sensitive data may endanger human dignity and informational autonomy, even in the absence of economic or psychological damage[13].

Article 167-ter of the Italian Data Protection Code, in turn, penalizes the unlawful communication or dissemination of personal data that is protected by specific technical or organizational security measures. This applies in situations where personal information – such as biometric data, health records, or data subject to profiling – is shared or exposed without compliance with legal safeguards. The aim is to address cases where the mere loss of confidentiality may pose significant risks to data subjects, irrespective of how the data is ultimately used.

Both provisions embody a selective criminalization model, grounded in the principles of *ultima ratio* and proportionality. Italian legislators have refrained from broadly criminalizing all forms of GDPR violations. Instead, penal sanctions are reserved for conduct that is considered particularly serious from a social or ethical standpoint. However, this approach reveals its limitations when applied to decentralized technologies such as blockchain.

These difficulties compound the identification problem already noted above: in pseudonymous, multi-node systems, no single actor typically fits the figure of a data controller or processor on which both the GDPR and Italian criminal law rely. As Finck and Moscon have argued, blockchain challenges the traditional legal concepts of control, purpose limitation, and accountability that underpin data protection enforcement[14].

A related complication concerns the fault requirement discussed earlier: since participation in a validation process is typically algorithmic rather than the product of individual decision-making, establishing that a node operator or developer acted with intent or negligence is correspondingly difficult.

Furthermore, jurisdictional concerns are amplified in decentralized settings. Unlike the GDPR, whose Article 3 asserts a broad extraterritorial reach, Italian criminal law adheres more strictly to territorial principles. This poses challenges when blockchain nodes or actors are located abroad. Although mutual legal assistance mechanisms and international cooperation can address some of these

13 G. Martiello, *La tutela penale dei dati personali*, cit.

14 M. Finck, V. Moscon, *Copyright Law on Blockchains*, cit.

gaps, the diffuse and transnational nature of blockchain systems continues to frustrate effective enforcement.

At this stage, the general principles of criminal law become relevant correctives. The notion of *concorso di cause*, as discussed under Article 40 of the Italian Penal Code, allows liability to be shared when multiple factors contribute to a harmful outcome. This doctrine, traditionally employed in cases of complex causal chains, could be adapted to blockchain, where the unlawful result is often the cumulative effect of various algorithmic and human contributions[15]. Similarly, the criteria of territoriality contained in the opening provisions of the Italian Penal Code (Articles 6-10) provide interpretive tools to extend jurisdiction when part of the unlawful conduct or its effects occur on Italian soil[16].

By explicitly referencing these principles, courts and scholars can demonstrate that classical criminal categories – such as causation, territoriality, and culpability – still offer valuable interpretive guidance when applied to emerging digital infrastructures. Such a move would not only give more conceptual breadth to privacy-related criminal law but also underline the continuity between traditional penal doctrines and new technological challenges. In this perspective, blockchain becomes not merely a disruptive anomaly, but a testbed for the resilience of general principles of criminal law.

5. COMPARATIVE REFLECTIONS: U.S. APPROACHES TO BLOCKCHAIN AND PRIVACY VIOLATIONS

While the European Union has developed a comprehensive framework for data protection centered on the GDPR, the United States adopts a sectoral and fragmented approach, lacking a unified federal privacy statute. This divergence is especially relevant when comparing how each system addresses blockchain-based privacy violations and whether criminal enforcement plays a meaningful role in safeguarding personal data.

In the United States, data protection is governed by a patchwork of federal laws, such as the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), the Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA), and the Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), alongside state-level legislation like the California Consumer Privacy Act (CCPA). None of these laws, however, systematically

15 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Cedam, Padova 2011.

16 G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Giuffrè, Milano 2017.

regulate blockchain technologies, nor do they establish strong criminal penalties for general privacy violations. Enforcement is typically administrative or civil in nature, led by agencies such as the Federal Trade Commission (FTC).

Nevertheless, certain federal laws have been used in criminal prosecutions involving digital privacy breaches. The Computer Fraud and Abuse Act (CFAA), for example, provides criminal sanctions for unauthorized access to protected computers, which has been applied in cases involving data scraping or digital trespass. However, the CFAA was not designed to address decentralized architectures or blockchain-specific behavior. As such, its applicability to blockchain-related privacy issues is limited and often controversial[17].

In contrast to the GDPR's principle of accountability, which imposes positive obligations on data controllers and processors, U.S. law tends to focus on the prevention of harm through ex post remedies. Privacy enforcement is often triggered only after a breach has occurred and actual damage can be shown. This reactive posture is ill-suited to blockchain environments, where data, once recorded, cannot be modified or erased. Immutable records on blockchain systems challenge the very foundation of consent-based privacy protection, since users may not anticipate the long-term consequences of recording personal information on a permanent ledger.

Moreover, the decentralized nature of blockchain exacerbates enforcement difficulties. In the U.S., jurisdiction depends heavily on the location of servers, users, or companies. Blockchain systems, by their very nature, operate across jurisdictions and may involve anonymous participants who are impossible to locate or prosecute. This raises practical barriers for law enforcement, especially when blockchain is used for illicit activities such as identity theft, doxxing, or unauthorized data publication.

From a comparative perspective, both the U.S. and EU face similar challenges when dealing with blockchain's incompatibility with traditional privacy concepts. However, the EU's attempt to reconcile blockchain with GDPR principles – through technical guidelines, regulatory sandboxes, and legal interpretation – demonstrates a more proactive commitment to privacy-by-design. By contrast, U.S. criminal law appears less equipped to engage with the nuances of distributed ledger systems in a data protection context.

Still, recent developments in U.S. state law signal a potential shift. Laws such as the New York SHIELD Act and the Washington Privacy Act introduce higher standards for data security and create more stringent reporting require-

17 O.S. Kerr, *Computer Crime Law*, II ed., Thomson/West, St. Paul 2009.

ments. Though primarily civil, these laws could lay the groundwork for future criminal enforcement mechanisms adapted to decentralized technologies.

6. THE ROLE OF TECHNOLOGY-NEUTRAL CRIMINAL LAW AND FUTURE CHALLENGES

The challenges posed by blockchain to the criminal protection of personal data raise a broader question: to what extent can criminal law remain effective in a technologically evolving environment without undergoing structural transformation? This dilemma is especially relevant for legal systems like Italy's, which are rooted in principles of legality, typicity, and personal culpability. These foundations, while essential to safeguarding individual liberties, may limit the flexibility of the law to confront emerging, non-traditional forms of harm and accountability.

One of the prevailing responses to this dilemma is the concept of technology-neutral regulation. Technology-neutrality suggests that laws should be drafted in a way that applies across technological contexts, focusing on behavior and outcomes rather than the technical means used. In theory, this approach allows legal norms – including criminal statutes – to endure despite rapid innovation. In practice, however, such neutrality can prove illusory when the assumptions underlying legal categories no longer align with technical realities[18].

Criminal law in the context of data protection exemplifies this tension. Provisions like Articles 167-bis and 167-ter of the Italian Data Protection Code are formally technology-neutral but assume a centralized model of data governance, identifiable actors, and a linear causality between unlawful conduct and harm. These assumptions are incompatible with blockchain systems, where data is processed in a decentralized, multi-node environment, and control is often algorithmically distributed. As a result, even when a blockchain-based action clearly infringes on data subject rights – such as recording sensitive personal data without consent – the path to establishing criminal responsibility remains legally uncertain.

Another problem lies in the application of traditional concepts such as "unlawful processing" or "unauthorized communication" in the context of smart contracts and automated consensus mechanisms. The automated nature of these systems complicates the attribution of intent (*mens rea*), a cornerstone of criminal responsibility. If a privacy breach occurs due to a flaw in a smart

18 R. Brownsword, *Law, Technology and Society. Re-imagining the Regulatory Environment*, Routledge, Abingdon 2019.

contract or an automated process without human intervention, can criminal liability be assigned, and to whom? These questions illustrate how automation and decentralization strain classical legal doctrines.

Moving forward, lawmakers and courts may need to consider new models of liability and enforcement that reflect the realities of decentralized digital infrastructures. One possibility is the development of functional analogues to the figure of the data controller, adapted to blockchain environments. This could include attributing responsibility to entities or individuals who initiate or design blockchain applications, or who have the power to influence technical parameters that affect data processing. Another avenue is the creation of a collective or shared liability framework, in which responsibility is distributed among network participants based on their roles and capacities[19].

From a normative perspective, legislative reforms could explicitly recognize blockchain-specific categories of responsibility, introducing presumptions of liability for developers and validators where compliance duties are structurally unavoidable. For example, blockchain architects who design smart contracts that inherently process personal data could be required to integrate privacy-by-design measures, with criminal liability arising only in cases of deliberate circumvention or reckless omission[20]. Furthermore, amendments to Articles 167-bis and 167-ter of the Italian Data Protection Code could clarify how unlawful dissemination or unauthorized processing should be interpreted in decentralized contexts, ensuring that the criminal law remains both effective and proportionate.

Such proposals would align criminal enforcement with the principle of technological neutrality[21], while adapting it to the structural peculiarities of distributed ledger systems. In this sense, criminal law could evolve toward a risk-based and forward-looking approach, where the allocation of responsibility reflects both the preventive duties of blockchain designers and the residual accountability of network participants. This would avoid a merely symbolic penal protection and ensure that criminal sanctions operate as an *ultima ratio*, complementing – but not duplicating – the administrative mechanisms provided under the GDPR[22].

19 M. Finck, V. Moscon, *Copyright Law on Blockchains*, cit.

20 A. Wright, P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology*, cit.

21 R. Brownsword, *Law, Technology and Society*, cit.

22 P. Voigt, A. von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, cit.

7. CONCLUSION

The emergence of blockchain technology challenges the foundational assumptions of data protection law, particularly when examined through the lens of criminal liability. Designed to ensure transparency, immutability, and decentralization, blockchain disrupts conventional legal models that rely on centralized control, identifiable actors, and clear lines of accountability. As this paper has shown, the friction between blockchain and the European data protection regime – anchored in the GDPR and national implementations such as the Italian Data Protection Code – is not merely technical but structural and conceptual.

Articles 167-bis and 167-ter of the Italian Data Protection Code were introduced to provide targeted criminal sanctions for serious privacy violations, especially those involving sensitive personal data or unlawful dissemination. However, their effective application presupposes a legal environment that blockchain resists: one in which actors are known, actions are traceable, and intent can be established. In decentralized networks governed by consensus algorithms and pseudonymity, these conditions often fail to materialize.

Comparative analysis with the United States reveals that while criminal enforcement of privacy violations is generally limited under U.S. law, the same structural challenges are evident. Legal frameworks on both sides of the Atlantic remain ill-equipped to address the risks posed by blockchain-based data processing, particularly in public and permissionless systems. Yet, the European approach, with its focus on data subject rights and proactive regulatory engagement, may offer a more promising foundation for future reforms.

Looking ahead, the development of technology-neutral legal principles is essential but insufficient on its own. Legislators, courts, and regulatory authorities must engage in a deeper reconceptualization of responsibility, liability, and enforcement in the age of distributed digital infrastructures. This could involve redefining legal roles within decentralized systems, introducing shared or functional accountability, and adopting risk-based enforcement mechanisms that reflect the realities of blockchain governance.

In parallel, legal actors must be equipped with the knowledge and technical understanding necessary to interpret blockchain-based conduct through a criminal law lens. Without such efforts, the penal protection of personal data risks becoming symbolic – asserting rights and prohibitions that cannot be effectively enforced.

CAPITOLO III

Il silenzio delle spade

RESTORATIVE JUSTICE AND SUPRANATIONAL SOURCES: AN OVERVIEW

Elena Mattevi

1. RESTORATIVE JUSTICE IN THE FRAMEWORK OF SUPRANATIONAL SOURCES

Thanks to the comprehensive regulation of restorative justice introduced into our legal system by implementing Delegated Law no. 134 of 27 September, 2021, we now have a broad body of legislation governing this subject.

However, *restorative justice* was first regulated – gradually and in increasingly comprehensive form – within supranational sources, which have served as a fundamental reference point for restorative practices that had often already taken root in various legal systems and, naturally, also for Italian legislation.

It is worth recalling that the concept of *restorative justice* began to gain wide attention starting in the 1970s, especially overseas, as a new approach to criminal justice. This approach moves beyond the traditional logic of punishment to propose a relational interpretation of conflict related to or originating from the crime, using alternatives to traditional penalties. The aim is to promote reconciliation between the offender and the victim and to consensually repair the consequences of the crime.

The issue has gained increasing prominence in international debate, eventually receiving formal legal recognition. Supranational organizations began to focus on the subject in the 1980s, coinciding with the renewed attention to the role of victims in criminal proceedings.

The affirmation of restorative justice – and more specifically, at least in its early stages, of criminal mediation – was strongly influenced by the positions taken by the United Nations and the Council of Europe. These were the first to issue key documents emphasizing the need to make room for new forms of alternative justice, later followed by the European Union with its 2001 Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings, and then, although more cautiously, with Directive 2012/29/EU on «minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime».

However, the interest in restorative justice shown by supranational bodies cannot be explained solely by the shift in attitudes toward crime victims that took place in the final decades of the last century. It also stems from a broader and more widespread sense of dissatisfaction with traditional justice systems. Some supranational sources focused on this new model of justice primarily as a response to different demands, both in terms of the UN's normative output and the Council of Europe's soft law instruments.

Restorative justice also arises, on one hand, from the crisis in credibility of the traditional penal system in terms of the effectiveness of punishment and its alignment with its legitimizing aims. On the other hand, it reflects the recognised inefficiency of traditional criminal justice.

As for the first aspect, for example, restorative justice has appeared to be an encouraging response to the demand for alternatives to traditional punishment[1].

According to the United Nations Economic and Social Council, restorative justice tools can help address prison overcrowding by reducing the use of custodial sentences – especially short-term ones – which have proven ineffective and costly to society. Thus, in Resolution 1998/23 of July 28, 1998, Member States were encouraged, where possible, to delegate the management of minor criminal conflicts to the parties themselves, through mediation, compensation, or settlement agreements involving either payment of a portion of the offender's income to the victim or the performance of work by the offender for the benefit of the victim.

As for the enforcement phase of sentencing, Recommendation No. R (99)22 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, dated September 30, 1999, stressed in point 15 the importance of promoting mediation and victim compensation as part of alternative measures to detention, with the aim of reducing prison overcrowding.

Concerning the second point, attention to restorative justice as a means to reduce the burden on the justice system has been addressed in multiple initiatives by the Council of Europe.

With Resolution Res (2002)12 of 18 September 2002, the Committee of Ministers established the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), with the aim of improving the efficiency and functioning of judicial systems in Member States and enabling better implementation of Council of Europe legal instruments concerning the efficiency and fairness of justice (Art. 1, Appendix).

1 M. Venturoli, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in Sistema penale (31 maggio 2023) 8.

The Resolution called for the implementation of the recommendations developed over the years by the Committee of Ministers to improve the efficiency of judicial systems, as listed for illustrative purposes in Appendix II of the document, along with others relevant to similar issues (§ 2.ii). Among these, in the field of criminal justice, was Recommendation No. R (99)19 concerning penal mediation.

The centrality of Recommendation No. R (99)19 – also in terms of procedural efficiency[2] – is demonstrated by the creation in 2006 of a working group on mediation, which led to the adoption in 2007 of actual "Guidelines for a better implementation of the existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters." The explanatory commentary to the Recommendation emphasised that the pursuit of this aim is one of the fundamental arguments for introducing restorative procedures in criminal matters.

2. RESTORATIVE JUSTICE AND VICTIM PROTECTION

As mentioned, the rediscovery of the role of the victim in the criminal justice system – encouraged by victimological thinking[3] – together with the perceived ability of restorative justice to respond to victims' needs, help us understand why the most important supranational documents on victim protection have given a privileged role to criminal mediation, first, and then, more generally, to restorative justice.

According to the Treaty on the Functioning of the European Union, signed on 13 December 2007, «the rights of victims of crime» are among the matters of transnational importance in which the European Parliament and the Council may establish minimum rules through criminal harmonisation directives (Title V, Chapter IV, Article 82(2)(c)).

The interest shown by supranational bodies, both universal and European, in victim protection, even before the Treaty of Lisbon, explains the growing demand for alternative dispute resolution and compensation instruments capable of actively involving those directly concerned, listening to them and, where

2 As P. Maggio clearly points out in *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in Sistema penale (27 February 2023) 3, the aim of procedural deflation cannot exhaust the plurality of needs that restorative justice is called upon to address.

3 M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, 14; F. Wertham, *The Show of Violence*, Greenwood Press Publishers, New York 1948, 259: «The murder victim is the forgotten man. What with sensational discussions on the abnormal psychology of the murderer, we have failed to emphasize the unprotectedness of the victim and the complacency of the authorities. One cannot understand the psychology of the murderer if one does not understand the sociology of his victim. What we need is a science of victimology».

appropriate, inviting the perpetrators of the crime to take responsibility for the damage caused by their conduct and thus for the suffering caused. Crime is essentially seen as a breach of interpersonal bonds.

Unlike the Council of Europe, however, the European Union has not been able to adopt comprehensive legislation specifically dedicated to restorative justice due to the lack of an appropriate legal basis: its regulation within the framework of victim protection legislation was the only way to regulate the matter, at least in part[4].

In summary, the most important sources to remember are: Resolution 40/34 of 29 November 1985 adopted by the United Nations General Assembly and containing the Declaration of "Fundamental Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", the Recommendation on assistance to victims and the prevention of victimisation, adopted in 1987 by the Committee of Ministers of the Council of Europe (Rec. No. R (87)21 of 17 September 1987), and the aforementioned Framework Decision of the Council of the European Union of 15 March 2001, which required Member States to ensure that victims have «an effective and appropriate role» in their criminal justice systems (Art. 2), followed by the Directive of 25 October 2012 (2012/29/EU of 25 October 2012), which sets out very detailed rules.

Also worth mentioning is the recent Recommendation on the rights, services and support for victims of crime, adopted in 2023 by the Committee of Ministers of the Council of Europe (Rec. No. R (2023)2 of 15 March 2023), replacing Rec. No. R (2006)8 of 14 June 2006 on assistance to victims of crime.

It was with the 2006 Recommendation, in particular, that the courageous openness towards restorative justice instruments was accompanied by a call for caution: the Committee of Ministers focused not only on the benefits but also on the possible risks for victims underlying restorative justice practices (§ 13).

United Nations Resolution 40/34 of 29 November 1985 requires that judicial and administrative mechanisms be established and strengthened, where necessary, to enable victims to obtain redress through formal or informal procedures that are prompt, fair, free of charge and accessible (§ 5). It also encourages the use of informal dispute resolution models, such as mediation, where they appear appropriate for reconciliation and reparation for victims (§ 7).

Within the Council of Europe, the Recommendation on assistance to victims and the prevention of victimisation, adopted in 1987 by the Committee

4 M. Kilchling, L. Parlato, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla Direttiva sulla vittima: verso un diritto alla mediazione? Germania e Italia a confronto*, in Cass. pen. (2015) 4190.

of Ministers (Rec. No. R (87)21 of 17 September 1987), considering, among other things, that traditional criminal justice alone is not sufficient to repair the damage and distress caused by the crime, contains – within the framework of a complex set of strategies – an explicit reference to mediation between the perpetrator and the victim of the crime as a tool to be encouraged, as well as the evaluation of results, with particular reference to the degree to which the interests of the victim are satisfied.

With the experimental phase now well and truly over, Recommendation No. R (2023)2 of 15 March 2023 outlines in its appendix a number of principles on restorative justice, following on from Recommendation No. R (2006)8 of 14 June 2006, and reaffirms the need for services to be generally accessible (Art. 18) but also to comply, for the protection of victims, with the principles contained in Recommendation No. R (2018)8 of 3 October 2018 on restorative justice in criminal matters, which is the most comprehensive source on the subject adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe. The legislative act reflects a full awareness of the need for different legal systems to provide the tools to mitigate the potential risks to victims arising from participation in programmes, with the support of victim support services.

Within the European Union, the most effective harmonisation instrument developed prior to the 2012 Directive is undoubtedly Framework Decision 2001/220/JHA of the Council of the European Union of 15 March 2001 on the «standing of victims in criminal proceedings», which was initiated by the Portuguese Republic during its Presidency of the European Union.

The Framework Decision, whose objectives were not fully achieved, was therefore replaced by Directive 2012/29/EU containing specific and meaningful obligations regarding the rights of victims of crime: information, assistance, protection and participation in criminal proceedings. However, it should be noted that the European legislator has taken a cautious approach to the risks of further victimisation to which victims may be exposed during a restorative process.

Compared to the Framework Decision, the Directive does not refer exclusively to criminal mediation, but more broadly to «restorative justice services», which may theoretically include restorative programmes that are less well known in Europe, such as extended dialogue with parental groups or mediation councils (Recital 46).

Beyond this profile, Article 12 of the Directive, in requiring Member States to facilitate «the referral of cases, where appropriate, to restorative justice services, including by establishing procedures or guidelines on the conditions for such

referral», requires that such services be «used only if they are in the interest of the victim» and be «based on the victim's free and informed consent», obtained after detailed information has been provided on the procedures and their potential outcomes, as well as on the methods of monitoring the implementation of any agreement. The same article also lays down provisions concerning the need for services to be safe and competent, the prior acknowledgement of the essential facts of the case by the offender (perpetrator of the crime), the voluntary nature of the agreement reached, which may be taken into account in any criminal proceedings, and the obligations of confidentiality.

Within the scope of the Directive, restorative justice services are effectively considered to be instruments of «great benefit» to the victim (Recital 46), but here too there is no lack of caution, fears and reservations.

The attention given to restorative justice by the 2012 Directive is justified only indirectly and from the victim's point of view, with the concern to ensure that such processes are implemented in a manner that respects the victim's needs[5].

3. SUPRANATIONAL SOURCES SPECIFICALLY DEDICATED TO CRIMINAL MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE

The most comprehensive and systematic regulation of restorative justice is contained in certain legislative acts of the United Nations and the Council of Europe.

Since 1999, the United Nations – like the Council of Europe – has been working on the implementation of mediation and restorative justice in the criminal justice system, starting with Resolution 1999/26 of 28 July 1999.

The document illustrates the importance of these tools for resolving conflicts concerning minor offences, reiterating that they can adequately satisfy victims, prevent future unlawful behaviour and represent a valid alternative to short-term prison sentences or fines (§ 3). The Resolution calls on States to develop them at the legislative level as an alternative to traditional formal proceedings, creating awareness-raising policies – both among the authorities responsible for their implementation and within local communities – and providing specific training courses for those involved in the implementation of restorative processes (§ 5).

States, international organisations and other bodies are therefore called upon to exchange information and experiences on mediation and restorative

5 See V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa. Il quadro e la cornic*e, in Legisl. pen. (15 giugno 2021) 18 ss.

justice (§ 6), and the Commission is recommended to consider the usefulness of formulating basic principles in this regard, in order to ensure fairness in the definition of minor offences (§ 8).

During the 10th Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Vienna in April 2000, support for these instruments was confirmed; a wide-ranging discussion was held on these issues and the Resolution «Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the 21st Century» was adopted. The latter strongly encouraged the development of restorative justice policies, procedures and programmes (§ 28) as new approaches to justice for reducing crime and promoting respect for the rights, needs and interests of victims, offenders, the community and all other parties.

It was precisely on the basis of these initial initiatives that the United Nations Economic and Social Council, with Resolution 2000/14 of 27 July 2000, drew up the preliminary draft of the "Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters", which took its final form with the adoption of ECOSOC Resolution 2002/12 of 24 July 2002.

It represents a fundamental point of reference – starting with the definitional proposals – for all States wishing to regulate restorative programmes or, in any case, for all entities or subjects (governmental and non-governmental organisations, United Nations network bodies involved in crime prevention) operating in this field.

In the context of the Council of Europe's regulatory sources dealing exclusively with restorative justice, the first measure to be mentioned is the aforementioned Recommendation No. R (99)19 of the Committee of Ministers, adopted on 15 September 1999 and concerning criminal mediation. It represents «the only document in Europe systematically dedicated to the subject»[6].

It was Recommendation CM/Rec No. (2018)8 of 3 October 2018 on restorative justice in criminal matters, however, that outlined the most comprehensive framework of principles to be taken into account by Member States in the development of restorative justice; a development that the Recommendation in question aims to encourage both within and outside the context of criminal proceedings (§ 1).

Thus, in the Declaration of the Ministers of Justice of the Member States of the Council of Europe on the role of restorative justice, delivered in Venice on 14 December 2021 at the conference of Ministers of Justice of this suprana-

6 A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2010, 215.

tional body, held on the theme of "Crime and Criminal Justice", the Council of Europe was invited to encourage and assist Member States in developing national plans or policies for the implementation of this latest Recommendation.

A comprehensive review of the sources mentioned above – in particular Council of Europe Recommendation CM/Rec (2018)8 and UN Resolution 2002/12 of 24 July 2002, as well as certain passages from the 2007 CEPEJ Guidelines and Directive 2012/29/EU – allows us to identify the fundamental principles of restorative justice and the areas that need to be strengthened in order to ensure a certain uniformity in the regulations and quality standards guaranteed by the restorative programmes implemented in the various legal systems.

It is no coincidence, therefore, that the Recommendation, together with Directive 2012/29/EU and the United Nations "Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters" (Resolution 2002/12), is one of the reference sources used in drafting the implementing decree of the Italian delegation on restorative justice.

Starting with the question of definition, which has always been one of the most debated aspects of supranational literature on the subject, it should be noted that restorative justice was tried and tested long before it was defined.

The first experiments with restorative justice were not prompted by national or international political initiatives, but arose from the bottom up, in the 1970s, thanks to proposals from operators in the "traditional" criminal justice system or social service officials who were seeking practices that could more effectively meet the needs of those who had suffered the negative consequences of a crime[7].

Restorative justice is difficult to define because it is characterised by «informality, flexibility and malleability»[8].

Among the definitions of restorative justice offered by supranational sources, the most interesting is found in the Resolution of the United Nations Economic and Social Council concerning "Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters" (Resolution 2002/12), which effectively distinguishes between 'restorative process' and 'restorative outcome'.

The "restorative programme", defined as a whole, must make use of "restorative processes" and aim to achieve "restorative outcomes" (§§ 1, 2 and 3).

7 D. O' Mahony, J. Doak, *Reimagining Restorative Justice: Agency and Accountability in the Criminal Process*, Bloomsbury Publishing Plc, London 2017, 3.

8 V. Bonini, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini, Pisa 2022, 728; G. Mannozzi, *Giustizia riparativa: la questione definitoria*, in G. Mannozzi, G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino 2017, 89.

More specifically, "restorative processes" include those processes in which: «the victim, the offender and, where appropriate, any other individual or member of the community who has suffered the consequences of a crime participate actively together in resolving the issues arising from the criminal offence, usually with the help of a facilitator».

The "restorative outcomes", reached by consensus, include: «responses and programmes such as reparation, restitution, socially useful activities aimed at meeting individual and collective needs and responsibilities of the parties, and achieving the reintegration of the victim and the offender».

The centrality of the 2002 Resolution for Italian reform is immediately apparent when reading Article 42 of Legislative Decree No. 150/2022, which opens the comprehensive regulation on restorative justice by offering a series of definitions.

The two most important concepts are those of "restorative justice" and "restorative outcome".

Article 42(1)(a) also builds the concept of "restorative justice" on the concept of "programme" «that allows the victim, the person identified as the offender and other members of the community to participate freely, consensually, actively and voluntarily in the resolution of issues arising from the offence, with the help of an impartial, suitably trained third party, known as a mediator».

More recently, Recommendation CM/Rec (2018)8 of the Council of Europe identifies restorative justice as «the process that allows people who suffer harm as a result of a crime and those responsible for that harm, if they freely consent, to participate actively in the resolution of issues arising from the offence, with the help of a trained and impartial third party» (§ 3), expressly citing practices such as mediation, restorative or family group conferencing and circles.

However, the door is also open to practices that do not involve dialogue between victims and perpetrators and which can nevertheless «be designed and implemented in a manner strictly adhering to the fundamental principles of restorative justice» (§ 8).

The definitions offered by supranational sources, however, are not always consistent with each other. For example, Directive 2012/29/EU defines services as «any process that allows the victim and the offender to participate actively, if they freely consent, in the resolution of issues arising from the crime with the help of an impartial third party» (Article 2(1)(d)). This concept appears to be modelled on that formulated exclusively for criminal mediation by Recommendation No. R. (99)19 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, with the risk of creating some confusion in this regard.

This definition completely omits the community, but Recommendation CM/Rec(2018)8 also takes a cautious approach to this aspect.

Paragraphs 4 and 27 of CM/Rec (2018)8 provide that other persons directly or indirectly affected by the offence (including representatives of the affected communities) may, where appropriate, participate in restorative justice and that restorative justice services should be as inclusive and flexible as possible, so as to allow as many people as possible to participate. As we have seen, there is no reference to the community in the definition of "restorative justice" provided in Recommendation CM/Rec(2018)8, § 3.

The "Cartabia" enabling law no. 134/2021 included, among the guiding principles and criteria with which the delegated legislator should comply, «the compliance of restorative justice programmes with the interests of the victim of the crime, the perpetrator of the crime and the community» (Article 1, paragraph 18, letter d)[9].

It is therefore easy to understand why the latter, also called upon to provide a definition of restorative justice, focused primarily on the source developed within the United Nations.

4. SUPRANATIONAL GUIDELINES FOR RESTORATIVE JUSTICE

Finally, we will analyse the main guidelines on restorative justice offered by the various supranational sources on the subject.

As we have repeatedly mentioned, the Council of Europe Recommendation CM/Rec (2018)8 – which is based primarily on Recommendation No. R(99)19 on mediation in criminal matters, but also takes into account all other sources – offers the most comprehensive framework. Without prejudice, of course, to national regulations, the principles contained in the relevant Appendix therefore represent the benchmark par excellence for «all public and private agencies operating in the context of criminal justice and which refer or refer cases to restorative justice bodies or which may in any case resort to restorative justice or apply its principles in their work» (§ 2).

9 This regulatory choice reflects the contributions of several scholars of restorative justice, who have focused on the importance of the community's role in the restorative model from a variety of perspectives: as victims of crime or recipients of restorative interventions, but above all as social actors in promoting the restoration and resocialisation of offenders. Cfr. G. Mannozzi, *Giustizia riparativa: la questione definitoria* cit., 93; H. Zehr, H. Mika, *Fundamental Principles of Restorative Justice*, Appendix of H. Zehr, A. Gohar, *The Little Book of Restorative Justice*, in https://sites.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf (s.d.), 84.

Restorative justice must be based on two solid foundations: the parties should be able to participate actively in the resolution of the offence, and responses to the offence should be primarily oriented towards addressing and repairing the harm caused to individuals, relationships and society (§ 13 CM/Rec (2018)8).

Voluntariness, dialogue, equal attention to the needs of those concerned, the collective dimension of agreements, reparation and the absence of domination are other key principles of the model, but it is desirable that they also support broader reforms of criminal justice (§ 14 CM/Rec (2018)8)[10].

Going into more detail, an important issue addressed by supranational bodies is that of accessibility. Restorative justice services must be "generally available", without any restrictions related to the type, severity or geographical location of the offence (§ 18 CM/Rec (2018)8) and accessible «at every stage of the criminal justice process/system» (§ 19 CM/Rec (2018)8; § 6 Res. 2002/12).

No detailed information on the costs of restorative justice can be found in the sources. However, the CEPEJ Guidelines (§ 34) invite Member States to ensure financial support, providing that only in exceptional circumstances should the offender bear the related costs, which should in any case be proportionate to their means.

Along the same lines, the 2018 Recommendation recalls that «restorative justice, in order to be effectively implemented, requires adequate human and financial resources» (§ 54 CM/Rec (2018)8).

In this regard, legal doctrine has expressed the view that restorative justice centres should operate in a public context and offer their services free of charge. This aspect is fundamental in light of the public nature of criminal law; it is necessary to avoid the matter being dominated by market logic[11].

Criminal offences are prosecuted by the public justice system, and it is not desirable for restorative justice to be administered by entities that operate according to different principles or priorities. Nor is it desirable for the parties involved to be required to bear the costs of participation.

10 See UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, Vienna 20202, 5: «Restorative justice practitioners tend to agree that what truly makes a particular response to crime a "restorative" one is not only a specific practice or process, but more importantly its adherence to a broad set of values that provide a common basis for the participation of parties in responding to a criminal incident and its consequences. These values include truth, fairness, physical and emotional safety of participants, inclusion, empowerment of participants, safeguarding of victims' and offenders' rights, reparation, solidarity, respect and dignity for all involved, voluntariness and transparency of process and outcomes».

11 A. Ceretti, C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in Dir. pen. e proc. (2001) 773.

With regard to procedural guarantees, international documents also refer to the fundamental principles of "fair trial" or "procedural fairness" for these procedures: the right to defence (legal assistance), the right to translation – at least "where appropriate" (§ 23 CM/Rec (2018)8) – the right to review by the "judicial authorities" of the referral of a case to restorative justice centres and of how to proceed – or discontinue the proceedings – after an agreement has been reached, as well as promptly in the event of failure of the programme or non-implementation of the agreement reached (§§ 23, 32 and 35 CM/Rec (2018)8 ; §§ 11, 13, 15, 16 and 17 Res. 2002/12).

The need for judicial review is naturally greater if restorative justice affects judicial decisions (§ 7 CM/Rec (2018)8).

The mediator/facilitator, in addition to possessing – as we shall see – the necessary skills, including interpersonal skills, and being adequately trained, must be impartial (§ 18 Res. 2002/12), but in a particular way, given that he or she is required to pay equal attention to each of the parties (§§ 3, 41, 42 and 46 CM/Rec (2018)8). Restorative justice, in fact, is not designed to defend the interests of one party to the detriment of the other, but to support them in expressing their needs and seeing them met as far as possible (§§ 14 and 15 CM/Rec (2018)8).

The free and voluntary (§§ 3, 14, 16 CM/Rec (2018)8; § 7 Res. 2002/12) participation of those involved in restorative justice programmes, which can be an alternative to trial, is the golden rule of restorative justice.

Freedom and voluntariness make a fruitful encounter between the offender and the victim possible: they are conditions for the feasibility of restorative processes. They also make it possible to avoid possible friction with the fundamental principles of criminal proceedings and guarantee that "active participation" in the resolution of issues arising from the offence, which, together with "reparation for the harm caused", is the most characteristic feature of restorative justice (§ 13 CM/Rec (2018)8).

Consent – conscious, informed, spontaneous, never vitiated by pressure or other underhanded or unfair means (§ 13 Res. 2002/12; §§ 16, 25 and 26 CM/Rec (2018)8; §§ 31 and 32 CEPEJ Guidelines; Art. 12, paragraph 1, letters a and b Directive 2012/29/EU) – must cover all stages of the process (it can be revoked at any time: § 16 CM/Rec (2018)8; § 7 Res. 2002/12). Consent must naturally also cover any agreements (§ 50 CM/Rec (2018)8; § 7 Res. 2002/12).

However, the role of the facilitator/mediator is decisive when it comes to reaching consensus. They must not simply take note of the lack of consensus, especially at the beginning: in the preparatory meeting, they must invest time

in understanding the reasons behind the reluctance of the parties involved and in removing the causes of the refusal, particularly when these lie in a lack of information or trust.

Restorative justice is characterised by confidentiality: any form of disclosure of the content of the discussions that take place during the programme is prohibited, unless the participants agree otherwise (§ 17 CM/Rec (2018)8; § 14 Res. 2002/12; Art. 12, paragraph 1, letter e Directive 2012/29/EU). There are two reasons for this guarantee: to ensure free expression between the parties and to protect the principle *nemo tenetur se detegere*.

When reporting to the authorities on the outcome of the programme, the facilitator/mediator must not dwell on what emerged during the programme, nor express any judgement on the behaviour of the protagonists (§ 53 CM/Rec (2018)8). Once again, the restorative justice professional must be adequately prepared to draft these communications with the right balance, especially when the authorities themselves request a detailed report.

Restorative justice agencies must be guaranteed sufficient autonomy from the criminal justice system, although the need to ensure compliance with the guidelines (§ 20 CM/Rec (2018)8) must also be addressed through supervision by a competent authority.

The principle of confidentiality is subject to limited exceptions, which must be regulated by national legislation (§ 14 Res. 2002/12), in order to correctly guide the work of facilitators/mediators in complex cases where they may be faced with the costs of «breaching the confidentiality assured to the parties or the legal consequences of any failure to report»[12].

The facilitator/mediator must, for example, pass on to the competent authorities information about imminent or serious offences gathered during the restorative justice process (§ 49 CM/Rec (2018)8).

The CEPEJ Guidelines (§§ 17 and 18) reiterate the need for each State to legislate on the duty of confidentiality, which is to be considered binding on the facilitator/mediator and subject to appropriate disciplinary sanctions in the event of a breach, at any stage of the procedure and even after its conclusion.

Programmes must take place «in a safe and welcoming environment», allow «sufficient time to prepare the parties for participation» (§ 47 CM/Rec (2018)8) and be conducted «effectively but at a pace that is sustainable for the parties» (§ 48 CM/Rec (2018)8).

12 A. Ceretti, C. Mazzucato, L*e "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa*, in Nuove esperienze di giustizia minorile 1 (2008) 204.

During the preparatory phase, the facilitator/mediator is required to carry out a delicate assessment of the risks for those involved (§ 29 CM/Rec (2018)8); risks that may exist in particular when the offence arose in violent contexts and which may make a 'face-to-face' meeting between the parties inadvisable. At the same time, the professional must interrupt the programme if this is necessary to ensure the safety of the participants (§ 47 CM/Rec (2018)8; § 10 Res. 2002/12).

Directive 2012/29/EU, in particular, requires that special attention be paid to the safety needs of the victim: only if these needs are met can restorative justice services be used (Art. 12, paragraph 1, letter a).

With regard to agreements, the 2018 Council of Europe Recommendation clarifies that they do not necessarily have to include "tangible" results, as dialogue may also have sufficiently satisfied the needs and interests of the parties (§ 51 CM/Rec (2018)8). Rather, agreements must contain «fair, achievable and proportionate actions» to which all participants have given their consent (§ 50 CM/Rec (2018)8).

In truth, agreements should be based exclusively on proposals made by the parties, but when there are «aspects [...] that are clearly disproportionate, unrealistic or unfair», facilitators/mediators should intervene, explaining their reasons (§ 52 CM/Rec (2018)8; § 7 Res. 2002/12).

Much debate surrounds the question of the need for some kind of prior "acceptance of responsibility" on the part of the accused, to which restorative justice should be subordinate. On the one hand, this would guarantee compliance with the principle of non-culpability in restorative justice – understood as a prohibition on the "involvement of persons not involved in the facts" – and, on the other hand, the feasibility of the programme: the parties, even if only to be able to talk fruitfully about a historical fact, must not declare themselves uninvolved in it.

It is essential to specify, however, that such admission must relate only to participation in the act and must be kept separate from criminal liability in the strict sense, which is determined during the trial.

The documents cautiously refer to mere "acknowledgement of the basic facts of a case", specifying that participation in the programme must not be used against the defendant/suspect as evidence of admission of guilt in court (Section 8 of Resolution 2002/12; § 30 CM/Rec (2018)8; Art. 12, paragraph 1, letter c Directive 2012/29/EU). Such an admission must not be treated as a confession or used as evidence.

Although it is not always clear whether the acknowledgement should be made before mediators or before the referring authorities, the former solution should be preferred, as it ensures that the judgement is not even indirectly influenced by the factual conditions for initiating the programme.

Although they do not establish an obligation to define specific rules on restorative justice, both Recommendation CM/Rec (2018)8 (§21 and 22) and, in similar terms, ECOSOC Resolution 2002/12 (§12), focus on the usefulness of a clear legal basis, especially for cases in which restorative justice intersects with traditional justice and, therefore, for «procedures for referring cases to restorative justice and their handling at the end of the restorative justice process» (§22 CM/Rec).

In conclusion, we believe it is essential to briefly return to the professional figures called upon to manage restorative justice programmes.

Although the judicial authority may have a decisive role "at the entrance" (referral of the case) and "at the exit" (procedural assessment of its outcome) of restorative justice programmes, the role of the facilitator/mediator, as we have already seen, is of incomparable importance. He or she is a facilitator of dialogue, must know how to manage the emotions of the participants, but, first and foremost, must provide the necessary information and understand whether the conditions are in place for the parties to meet; in conclusion, he or she must draft communications addressed to the judicial authority but, at the same time, is also a sort of "guarantor of the agreement", at least in terms of its reasonableness and proportionality[13].

Well aware of this, supranational bodies pay particular attention to this figure, requiring the development of serious training courses aimed at acquiring and maintaining the skills necessary to perform this delicate task.

Mediators should be «recruited from all sections of society» and «have a good knowledge of local cultures and communities» (§ 40 CM/Rec (2018)8; § 19 Res. 2002/12).

They should be selected on the basis of their "judgement", "common sense and interpersonal skills" and, before undertaking restorative justice activities, receive initial basic training that promotes the acquisition of a high level of competence, including conflict resolution skills and the additional requirements necessary to work with victims, offenders and vulnerable persons, as well as basic knowledge of the criminal justice system (§§ 41 and 42 CM/Rec (2018)8; § 19 Res. 2002/12).

13 F. Brunelli, *Programmi di giustizia riparativa*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia* cit., 758 s.

Training should then be ongoing.

The adoption of minimum standards of required skills and ethical rules, as well as specific procedures for the selection, training, evaluation and support of mediators (§ 36 CM/Rec (2018)8), is strongly recommended by the Council of Europe, together with a constant exchange of good practices between European criminal mediators (§§ 22 and 23 CEPEJ Guidelines).

Taking these recommendations into account, the efforts made by the Italian legislator – most recently with two decrees of the Minister of Justice, which implemented the provisions of Legislative Decree 150/2022 – to regulate a comprehensive training programme for expert mediators and to regulate this profession, which has been left to improvisation for too long, can only be reassuring.

GEMELLI DIVERSI. LA RECENTE RIFORMA SPAGNOLA IN TEMA DI GIUSTIZIA RIPARATIVA NON COLMA LE DISTANZE CON IL SISTEMA ITALIANO

Davide Bianchi

1. OGGETTO E ORIZZONTE DELL'INDAGINE

Allo scoccare dell'ultimo anno del quarto di secolo, il Re di Spagna ha "sanzionato" la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, che era stata approvata in via definitiva dal *Congreso de los Diputados* nel dicembre 2024 e che è entrata in vigore nell'aprile 2025. Si tratta di un'ampia riforma del sistema giustizia spagnolo, che ha interessato sia il comparto civile sia quello penale e che ha avuto come filo conduttore l'incremento dell'efficienza e dell'efficacia dell'amministrazione giudiziaria, con interventi sia sulle strutture istituzionali sia su molte regole procedurali, tra cui rilevanti modifiche volte a dare maggiore spazio a meccanismi *ADR*[1] e – profilo di primario interesse ai fini del presente contributo – anche a percorsi di giustizia riparativa.

Subito viene alla mente la vasta opera riformatrice conosciuta come "Riforma Cartabia", che, nel medesimo intento di razionalizzazione e fluidificazione di un sistema giudiziario pachidermico e spesso lontano dai bisogni concreti dei cittadini, è intervenuta sia sul versante civile (d.lgs. 10.10.2022 n. 149) sia su quello penale (d.lgs. 10.10.2022 n. 150), tra l'altro rafforzando, nella prima branca, le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie[2] e – novità dirompente (nel panorama italiana e non solo) – costruendo *ex novo*, nella seconda, una disciplina organica in materia di *Restorative Justice*[3].

1 Per quanto riguarda la materia civile, il previo ricorso ai «*Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC)*» è stato sancito come generale condizione di procedibilità della domanda giudiziale; v. Consejo General de la Abogacía Española, *Guía sobre la regulación de los MASC en la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del servicio público de justicia*, 19.3.2025, in particolare 5 ss. (reperibile in *www.abogacia.es*).

2 V. per tutti P. Lucarelli, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in Giustizia consensuale (2023) 337 ss.; M. Lupano, *La riforma della mediazione civile*, in Giur. it. (2023) 730 ss.; A. Nicolussi, *La mediazione familiare*, in Nuove Leggi Civ. Comm. (2023) 1354 ss.

3 Anche restringendo al solo plesso della giustizia riparativa, i commenti alla riforma Cartabia sono innumerevoli; tra gli altri, oltre ai contributi raccolti in R. Bartoli, F. Cingari (a cura di), *La giustizia riparativa*

Di seguito si cercherà di delineare un quadro della normativa spagnola dedicata alla giustizia riparativa, con approfondimento della recente riforma, per poi compararla all'attuale regolazione italiana, con la quale sembra condividere molto ma divergere anche in più punti salienti. L'analisi offrirà anche l'occasione per alcune riflessioni più generali sui molteplici differenti modi di concepire la giustizia riparativa e i suoi rapporti con il sistema punitivo.

2. PRIMA DELLA L.O. 1/2025: LACERTI NORMATIVI E APPRODI ERMENEUTICI VITTIMOCENTRICI...

Eccettuato il sistema di giustizia minorile, dove fin dalla *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero*, la mediazione penale è espressamente prevista e può costituire una risposta al reato propriamente alternativa alla sanzione penale (potendo escludere quest'ultima del tutto)[4], a livello di legislazione statale gli unici riferimenti normativi alla giustizia riparativa erano costituiti dall'art. 44 *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, che proibiva e tuttora proibisce la mediazione nei casi di violenza contro le donne[5], dall'art. 84 *Código Penal Español* (per come modificato dalla *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*) e dagli artt. 3 e 15 della *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. Il novellato art. 84 C.P.E. ha inserito tra i possibili obblighi condizionanti la *suspensión de la ejecución* de la pena

nella riforma Cartabia: le relazioni di un primo corso di formazione, in Sist. pen. (24.11.2023), a quelli riuniti nella sezione L. Eusebi (a cura di), *Giustizia riparativa*, in DPP (2023) 79 ss., e ai volumi collettanei V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino 2024, e A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino 2024, si vedano M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l'esito riparativo come circostanza attenuante comune*, in Leg. pen. (28.11.2022); F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 - Parte I: "disciplina organica" e aspetti di diritto sostanziale*, in Sist. pen. (27.2.2023); Id., *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino 2025, 174 ss.; P. Maggio, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 - Parte II: "disciplina organica" e aspetti di diritto processuale*, in Sist. pen. (27.2.2023); E. Mattevi, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano 2023, 233 ss.; L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, *ivi*, 268 ss.; M. Galli, *Tra binario riparativo e binario punitivo: i nuovi tracciati della giustizia penale dopo la riforma "Cartabia"*, in E.M. Catalano-R.E. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Efficienza e razionalizzazione delle risorse nel procedimento di primo grado*, Torino 2023, 271 ss.; E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in Leg. pen. (21.12.2023).

4 V. per tutti A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal a la entrada en vigor de la LO 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia*, in Revista de jurisprudencia (2025) parr. 2 e 3.2 (reperibile in *www.elderecho.com*); M.J. Guardiola Lago, J.M. Tamarit Sumalla, *La justicia restaurativa en el sistema penal español*, UOC (2013), 28 ss.

5 Divieto riflesso anche nell'art. 87 *ter* della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (poi abrogato dalla L.O. 1/2025, che però ha ripetuto tale divieto nell'art. 89 L.O.P.J).

(assimilabile per molti aspetti alla sospensione condizionale della pena italiana) «*El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*». Ciò non significa ovviamente che il giudice possa imporre il percorso mediativo o l'accordo riparativo ma, laddove i protagonisti dell'episodio criminoso abbiano autonomamente raggiunto quest'ultimo, il suo adempimento può andare a formare uno dei "contenuti" della misura sospensiva, a pena di revoca[6]. Dunque mediazione libera in sé ma massimamente cogente nell'esecuzione del suo eventuale risultato positivo, conseguendo all'inadempimento l'assoggettamento alla pena detentiva.

L'art. 3 L. 4/2015, per come modificato dalla *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, ha invece ribadito il divieto di mediazione nei casi di violenza di genere, aggiungendo identico divieto per i casi di violenza sessuale. L'art. 15 L. 4/2015, in attuazione della Direttiva 2012/29/UE, ha espressamente previsto la facoltà per la vittima di un reato – fatta eccezione per i predetti casi vietati – di accedere a «*servicios de justicia restaurativa* [...] *con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*»; non si tratta(va) d'un diritto pienamente riconosciuto, poiché la legge non prevede(va) un corrispondente obbligo per i pubblici poteri di istituire centri di giustizia riparativa[7].

La medesima disposizione, in conformità alla precitata Direttiva europea e ai principali standard internazionali e sovranazionali[8], ha fissato anche le condizioni per l'accesso ai percorsi di mediazione penale e i requisiti minimi che tali percorsi devono rispettare. Quanto alle condizioni, oltre al fondamentale presupposto del consenso informato tanto da parte della vittima quanto da parte

6 V. I. Sánchez García de Paz, *Art. 84*, in M. Gómez Tomillo Rodrigo (a cura di), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Cizur Menor 2015, 766, secondo cui tale condizione «*sólo puede imponerse cuando tal acuerdo exista previamente*»; a parere di J.J. García Pérez, J. Sánchez Melgar, *Art. 84*, in J. Sánchez Melgar (a cura di), *Código Penal*, Madrid 2024, 729 s., l'obbligo condizionante in parola non sarebbe imponibile *tout court*: «*el Código Penal adelanta un efecto que no está aún vigente*» (prima della L.O. 1/2025).

7 Il legislatore del 2015 non istituì servizi di giustizia riparativa ma rinviò a quelli disponibili sul territorio (mentre provvide ad istituire «*Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito*»); cfr. A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal* cit., par. 4.1; M. Alcalá, *Regulación del procedimento de justicia restaurativa en la LO 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, in Dosier Jurídico (2025) 5 s.

8 Oltre all'art. 12 della "Direttiva vittime", cfr. i *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, incorporati nella Risoluzione ECOSOC 2002/12, in particolare *Sections* II (*Use of restorative justice programmes*) e III (*Operation of restorative justice programmes*); la CM/Rec(2018)8, in particolare *Sections* III (*Basic principles of restorative justice*) e V (*The operation of criminal justice in relation to restorative justice*). Sulle fonti "transnazionali" della giustizia riparativa, v. per tutti E. Mattevi, *La giustizia riparativa nelle fonti sovranazionali: uno sguardo d'insieme*, in Sist. pen. (24.11.2023).

dell'autore[9], viene richiesta l'assenza di pericoli per la prima e – dato tutt'altro che banale, specie per il lettore italiano – l'espresso riconoscimento da parte del secondo dei fatti essenziali che fondano la sua responsabilità penale[10]; in modo pleonastico, viene anche confermato che vi sono casi nei quali la giustizia riparativa è vietata per legge. Quanto ai requisiti minimi, vengono esplicitate le due basilari garanzie della confidenzialità del procedimento riparativo e della piena revocabilità del consenso.

Del tutto evidente l'impostazione "vittimocentrica", in linea d'altronde con la Direttiva europea oggetto d'attuazione[11]. Al di là del fatto che il diritto all'informazione preventiva e alla sicurezza nel corso del procedimento riparativo vengono esplicitati solo a favore della persona offesa (potendosi però dare per scontato che valgano anche per il reo), l'unico obiettivo riconosciuto dal legislatore è la riparazione dei danni da reato, con completa obliterazione della ricucitura dei legami interpersonali e comunitari, così come del riconoscimento reciproco delle parti coinvolte. L'impostazione politico-culturale è ben espressa nel Preambolo della legge: «*el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor*». La locuzione «*justicia restaurativa*», nella prospettiva del legislatore spagnolo del 2015, fa ingresso nell'ordinamento per rendere inequivoco l'obiettivo riparativo a vantaggio della (sola) vittima e il ruolo di superiorità (anche) morale riconosciuto a quest'ultima, rimarcandosi la differenza rispetto alle procedure mediative proprie degli altri rami dell'ordinamento, in particolare quello privatistico, dove tendenzialmente si fronteggiano e si confrontano parti

9 Per vero, il diritto informativo viene stabilito solo a favore della vittima ma la dottrina, pur criticando la formulazione normativa, lo ritiene pacificamente estensibile all'autore: P. Francés Lecumberri, *La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?*, in Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas 3 (2018) 26 s.; P. Bello San Juan, *El encaje de la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico español a la luz del Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015) y del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*, in Revista de Victimología (2023) 63. Lo stesso quanto alla garanzia della sicurezza nello svolgimento del procedimento riparativo: v. ancora P. Francés Lecumberri, *La justicia restaurativa* cit., 28; P. Bello San Juan, *El encaje de la justicia restaurativa* cit., 63.

10 Elemento sottolineato già da A. Pisconti, *La* Restorative Justice *nel sistema della giustizia penale spagnola: peculiarità a confronto con il sistema italiano*, in Sist. pen. (21.10.2024) 13 ss.

11 Tuttavia, per P. Francés Lecumberri, *La justicia restaurativa* cit., 16, il legislatore spagnolo ha accentuato la prospettiva vittimocentrica andando al di là non solo delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa ma anche delle norme della stessa "Direttiva vittime".

in astratto ed *ex ante* paritarie e dove comunque è carente la censura morale nei confronti di chi sembra o risulta aver torto[12].

Tale impostazione pare aver trovato sostanziale accoglimento da parte della magistratura. Nella *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, emanata nel settembre 2024 dal *Consejo General del Poder Judicial*, si ribadisce: «*La mediación en el ámbito penal presenta una serie de peculiaridades que la singularizan respecto a la que se lleva a cabo en el resto de jurisdicciones. Desde la perspectiva de la justicia restaurativa el sistema de justicia debe procurar ante todo la reparación del daño causado por el delito. Esto supone situar a la víctima en el centro del sistema penal* [...] *los encuentros entre víctima y agresor no pueden denominarse procesos de mediación porque entre las partes no hay un conflicto. El delito por lo general no es un conflicto, es un daño que se causa a una persona inocente por un agresor, por ello ese diálogo entre víctima y victimario encaminado a reparar el daño causado por el delito, en el que interviene un facilitador, no resulta adecuado denominarlo mediación en el ámbito penal, sino que es preferible – es más justo para la víctima- llamarlo encuentro o diálogo restaurativo*»[13].

In questa prospettiva appare del tutto logico che la sostanziale ammissione degli addebiti (almeno nella loro dimensione fattuale) da parte dell'imputato (ma anche del condannato) costituisca prerequisito imprescindibile del percorso riparativo[14]. Parimenti, non stupisce che *víctima* e *infractor* abbiano pieno diritto all'assistenza difensiva durante gli incontri riparativi: «*pueden ir acompañados por su abogado o/y su procurador, si lo tuvieran*»[15]. Ancora, risulta

12 Rileva P. Francés Lecumberri, *La justicia restaurativa* cit., 7: «*el Estatuto de la Víctima ha cooptado el concepto de Justicia restaurativa como modelo de justicia, en beneficio de una concreta política-criminal, nombrando la justicia restaurativa como un servicio para la víctima*»; con una strumentalizzazione della «*prestación de este servicio para introducir elementos morales y sesgos subjetivos de la percepción del propio legislador respecto de las personas que cometen delitos*».

13 *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, 2024, 131 s. (documento reperibile in *www.poderjudicial.es*).

14 Punto focale rimarcato anche dalla *Guía para la práctica* cit., 136: «*El respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento exige que no quepa la derivación cuando el acusado niegue la existencia y/o participación en el hecho, es decir, cuando, desde la perspectiva factual, declare que no es culpable del hecho porque no ha participado en el mismo*»; e 151, dove si apre ad una possibilità di rinvio al centro di mediazione in caso di contestazione da parte dell'inquisito della sola qualificazione giuridica dei fatti (di per sé ammessi), ossia nel caso di chi, «*admitiendo que el hecho sustancialmente le pertenece, se opone a la significación jurídica que se pretende del mismo, ora por estimar que no es típico, ora por considerar que, siendo típico, no es injusto u ora por valorar que siendo injusto no le es reprochable*». Si veda anche J.M. Tamarit Sumalla, *El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa*, in Revista de Victimología (2020) 52 s., sull'importanza del riconoscimento dei fatti essenziali costitutivi del reato addebitato, quale «*doble garantía, pues tiene un sentido para la víctima, ya que el reconocimiento es condición necesaria (aunque no sea suficiente) de reparación moral, así como para el infractor, como garantía de respeto a su presunción de inocencia en el proceso penal, si se entiende, como debe hacerse, que tan sólo son candidatos a un proceso restaurativo aquellos infractores que asumen su responsabilidad por del hecho cometido*».

15 *Guía para la práctica* cit., 135 e 151.

del tutto consentaneo che, al di fuori delle ipotesi di reati minori procedibili su istanza privata o estinguibili con condotte reintegratorie, lo sbocco naturale del percorso riparativo – con esito positivo ed effettivo adempimento riparatorio – sia rappresentato dalla pena patteggiata («*conformidad*»), ridotta in virtù dell'attenuante della *reparación del daño* (art. 21.5 C.P.E.) e, al ricorrere dei limiti di pena, condizionalmente sospesa (artt. 82 ss. C.P.E.)[16].

Una *justicia restaurativa*, pertanto, non solo *victim-focused* ma anche molto integrata nei meccanismi sanzionatori, tanto da costituire il viatico per accordi sulla pena e il contenuto di istituti sospensivi.

2.1. ... ma anche grandi esperienze di giustizia riparativa "partecipativa"...

Va dato atto che nella stessa *Guia* del C.G.P.J. affiora una concezione di giustizia riparativa meno lontana dal modello *process-based*[17]: viene sottolineata l'importanza della *participación* anche dell'autore e della comunità[18]; seppur in via residuale, si ammette l'istanza riconciliativa[19]; si riconosce la validità del «*Plan de reparación*» concordato dalle parti, anche laddove limitato a contenuti simbolici[20]; tra gli indici dell'opportunità del rinvio di offensore e offeso al servizio di giustizia riparativa, si specifica la loro «*voluntad de solución del problema (mirada al futuro) y no de venganza (mirada al pasado)*»[21].

Lo stesso *Consejo General del Poder Judicial*, tra il 2005 e il 2008, mancando allora una cornice legale, aveva promosso il primo progetto nazionale volto a stimolare e valutare esperienze di mediazione penale integrate in ogni fase del procedimento penale (*instrucción*, *enjuiciamiento*, *ejecución de la sentencia*); se il legame con la giustizia punitiva convenzionale era dunque centrale, tuttavia il tipo di mediazione oggetto del progetto appariva poco influenzato da modelli vittimocentrici e più vicino a modelli partecipativi, fondati sull'incoraggiamen-

16 V. *Guía para la práctica* cit., 139 ss.; v. anche A. Pisconti, *La* Restorative Justice cit., 16 ss.

17 Su tale modello di *Restorative Justice* (anche detto "puro") e sulla sua tendenziale contrapposizione al modello *outcome-focused* (anche detto "massimalista"), v. per tutti M. Zernova-M. Wright, *Alternative visions of restorative justice*, in G. Johnstone, D.W. Van Ness (a cura di), *Handbook of Restorative Justice*, London 2011, 91 ss.; recentemente, F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale* cit., 33 ss.

18 *Guía para la práctica* cit., 131 (pur riservandosi ruolo protagonistico alla vittima) e p. 149 (dove peraltro si esplicita che il diritto all'informazione preventiva, presupposto di un consenso effettivamente libero, spetta anche all'*investigado/encausado*, malgrado il silenzio della L. 4/2015).

19 «*Únicamente cuando el delito se produzca entre personas con una previa relación -amical, familiar, vecinal, etc. – entre las que habitualmente el delito sea la manifestación de un conflicto interpersonal, es adecuado hablar de mediación penal, pero no en el resto de supuestos*» (132).

20 *Guía para la práctica* cit., 142 e 152.

21 *Guía para la práctica* cit., 151 s.

to delle parti a trovare una ricostruzione veritativa e una soluzione condivise del conflitto esploso nel fatto criminoso o da questo generato[22].

Fin dalla metà degli anni '80, inoltre, si sono avuti progetti locali di mediazione in materia penale, alcuni solidamente strutturati a livello di *Comunidad Autónoma*, come ad esempio in Catalogna; anche questi progetti appaiono più legati ad un modello dialogico e conciliativo che ad uno *victim-centred* e *outcome-focused*[23]. Anche dopo l'introduzione dell'*Estatuto de la víctima del delito*, la *Generalitat* catalana, pur avendo chiaro l'obiettivo di ristoro dei danni provocati dal reato, è rimasta comunque ancorata a radici partecipative e trasformative; nella *Estratègia de justícia restaurativa 2030* si dichiara che la giustizia riparativa «*posa el focus a empoderar la gent corrent les vides de la qual han estat afectades. Així mateix, requereix l'esforç dels qui decideixen o els que faciliten processos de decisió per promoure una resposta menys estigmatitzadora i punitivista cap a l'infractor. Tot sempre des de la pràctica de valors com ara mostrar respecte, evitar o minimitzar la violència i la coacció cap a altres persones, i preferir la inclusió a l'exclusió*»[24]. Ancora, tra le finalità (del rilancio) della *justícia restaurativa* in *Catalunya*, il citato documento esplicita: «*- Reduir la tendència punitiva en la resolució de conflictes i problemes socials; - Prevenir conflictes en l'àmbit comunitari i promoure solucions pacífiques i dialogades quan es produeixin, desjudicialitzant la conflictivitat social; - Fomentar la responsabilitat i la reinserció de les persones que hagin comès delictes; - Reparar el dany causat a les víctimes del delicte, així com restaurar la convivència a la comunitat afectada*»[25]. Come

22 V. E. Pascual Rodríguez, *La mediación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado de lo penal nº 20 de Madrid*, in *www.poderjudicial.es*, 1 ss.; l'A., che è stata una delle mediatrici penali del progetto, parla apertamente di «*encuentro conciliador*» e individua i seguenti «*criterios de intervención*» per lo svolgimento dell'incontro mediativo: «*Unificación de las versiones de los hechos* [...] *Análisis de los sentimientos* [...] *Identificación de las ventajas del proceso de mediación por parte de ambos* [...] *Separar a las personas del conflicto* [...] *Centrarse en los intereses y no en las posiciones* [...] *Utilización de criterios objetivos* [...] *Invención de opciones en beneficio mutuo* [...] *Evaluación de las alternativas al acuerdo*» (8 ss.). V. anche D. Gaddi, *La médiation pénale en Espagne*, in Lettre des Médiations 7 (2019) 33 s.; J. García García-Cervigón, *Experiencias de mediación penal de adultos en España*, in Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza (2010) 145 ss.; J.M. Tamarit Sumalla, M.J. Guardiola Lago, *La justicia restaurativa* cit., 8 e 12.

23 Cfr. P. Casanovas, J. Magre, M.E. Lauroba (diretto da), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (2011) 651 ss.; D. Gaddi, *La médiation pénale* cit., 34 s., che così introduce il programma catalano di giustizia riparativa del 2006: «*L'objectif de cette initiative est d'offrir une réponse au délit qui est centrée sur les personnes et les relations, en favorisant la réparation des dommages, la protection des victimes et le rétablissement de la «paix sociale, compte tenu de la perspective de toutes les parties*»; v. anche J. García García-Cervigón, *Experiencias de mediación penal* cit.; J.M. Tamarit Sumalla, M.J. Guardiola Lago, *La justicia restaurativa* cit., 8 ss.

24 *Estratègia de justícia restaurativa 2030. D'un servei pioner a un dret de ciutadania*, 2024, 6, documento ufficiale di (ri)programmazione e promozione della giustizia riparativa in Catalogna, pubblicato nel 2024 e reperibile in *www.govern.cat*.

25 *Estratègia de justícia restaurativa* cit., 8.

principi-base dei percorsi riparativi risultano consolidati quelli «*de gratuïtat, voluntarietat de participació durant tot el procés, confidencialitat, flexibilitat per adaptar el procés i la metodologia a les necessitats de les persones implicades, bilateralitat –totes les parts tenen l'oportunitat d'expressar-se– i neutralitat per part del personal tècnic facilitador*»[26].

Certamente ispirata al modello partecipativo anche l'esperienza basca, che peraltro ha assunto tratti riecheggianti metodi mediativi di tipo umanistico. Ci si riferisce in particolare ai percorsi riparativi che hanno coinvolto vittime dell'ETA ed *ex*-appartenenti al gruppo terroristico basco a partire dal 2011, nell'ambito d'un ambizioso progetto organizzato dall'Ufficio per le vittime del terrorismo del Governo basco e dal Ministro degli interni spagnolo[27]. Ferma restando la peculiarità di tali percorsi rispetto alla mediazione "extra-penale", essendo chiaramente riconosciuti e distinti i ruoli di *agresor* e di *víctima*, così come l'obiettivo prioritario di «*efectiva satisfacción de las necesidades de las víctimas*»[28] (si trattava di reati gravissimi, come omicidi volontari e sequestri di persona, oggetto di sentenze irrevocabili in fase d'esecuzione), l'approccio è stato assai diverso rispetto a quello poi adottato dal legislatore spagnolo del 2015.

L'orizzonte è meno angusto e meno focalizzato sul risultato del risarcimento morale e materiale: «*El objetivo final es que las personas, unas y otras, sean capaces de no quedar lastradas por el pasado, sanen sus heridas y se abran al futuro como un tiempo en el que "lo mejor está siempre por venir"*»[29]; il legame conflittuale scaturito dal reato non viene negato ma esplicitato come punto di partenza del percorso: «*El hecho doloroso del crimen vinculó a ambas partes de manera dialéctica y violenta, el encuentro restaurativo regenera de manera sanante ese lazo ya inevitable*»[30]; la dimensione personalistica e dialogica è centrale e apre a esiti riconciliativi e trasformativi sia delle relazioni sociali e comunitarie sia della stessa interiorità delle persone coinvolte: «*aportar humanidad en espacios deshumanizados* [...] *aliviar el sufrimiento, aunque fuese mínimamente, tanto de quienes habían sufrido los zarpazos del terrorismo como de quienes causaron un dolor irreparable, a través*

26 *Estratègia de justícia restaurativa* cit., 13 s.; v. anche 15 s.

27 Cfr. E. Pascual Rodríguez (a cura di), *Los ojos del otro*, Maliaño 2013; E. Pascual Rodríguez, J.C. Ríos Martín, *Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo*, in Oñati Socio-Legal Series (2014) 427 ss.; G. Varona, *Who Sets the Limits in Restorative Justice and Why? Comparative Implications Learnt from Restorative Encounters with Terrorism Victims in the Basque Country*, in Oñati Socio-Legal Series (2014) 550 ss.

28 E. Pascual Rodríguez, J.C. Ríos Martín, *Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos* cit., 438 (gli AA. hanno svolto il ruolo di facilitatori nel progetto).

29 *Ivi*, p. 430.

30 *Ivi*, p. 436.

de un encuentro personal entre ambos [...] *esa es la legitimación del buen Derecho: satisfacer necesidades de las personas, minimizando el dolor humano* [...] *En ese dialogo emocional, repleto de información y, sobre todo, de reconocimiento personal es donde se recobra la humanidad* [...] *todos los partícipes salen ganando y la ganancia de uno no supone ninguna pérdida para el otro; bien al contrario, la ganancia de uno añade beneficios al otro* [...] *Restaurar es curar y apostar por lo que recrea vínculos, no por lo que levanta murallas insalvables*»[31].

Un percorso così complesso e così intimo richiede ovviamente tempo: «*se trata de procesos largos, siempre personalizados, de dimensión humana* [...] *el propio iter es el generador de las transformaciones, acabe o no en un encuentro restaurativo*»[32]. Altro elemento di significativa differenziazione rispetto al modello tratteggiato a livello legislativo e recepito a livello giudiziario, dove la *mediación intrajudicial* deve stare al passo coi tempi processuali, dipendendo alla fine dal calendario delle udienze; come d'altronde è logico, laddove alla giustizia riparativa si attribuiscano effetti giuridici spendibili nel procedimento penale[33].

Ed ecco un'altra differenza essenziale: al fine di garantire, per un verso, la genuinità e libertà della scelta da parte dei condannati di partecipare al programma riparativo e, per altro verso, la buona fede di questi ultimi, fu escluso qualsiasi meccanismo premiale; i partecipanti avrebbero avuto accesso ai benefici penitenziari esattamente al pari di tutti gli altri detenuti[34]. A questa fondamentale regola della "neutralità penitenziaria" fecero eccezione gli ultimi due incontri tra vittime ed ex-terroristi, che furono incorporati nel programma rieducativo ministeriale quali elementi del trattamento penitenziario e furono indirizzati all'esplicitazione di una richiesta di perdono da parte degli autori di reato (attirando le critiche degli originari promotori del progetto); la «*petición expresa de perdón a las víctimas*», per i soggetti condannati per reati di terrorismo o com-

31 *Ivi*, p. 430, 432, 436 e 439.

32 *Ivi*, p. 436.

33 Si veda la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* cit., 135, che, in riferimento alla normativa ante-riforma, chiarisce che il rinvio del caso al servizio di giustizia riparativa non comporta la sospensione del procedimento penale, a meno che non lo richiedano entrambe le parti; in quest'ultima ipotesi la sospensione non può eccedere i due mesi e comunque non può esser concessa se pregiudica l'interesse generale o di un terzo. Se il giudice non sospende il procedimento, «*Se tendrá en cuenta que* [...] *exista plazo suficiente para practicar las sesiones de mediación entre la citación y la celebración de la vista correspondiente*». Ad ogni modo, «*El plazo para la realización de la mediación será el que el Tribunal establezca*», anche se, su richiesta dei facilitatori o delle parti, può poi prorogarlo (138).

34 V. E. Pascual Rodríguez, J.C. Ríos Martín, *Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos* cit., 438: «*Un requisito de nuestra oferta es que la incorporación al programa,* per se*, no supusiera ningún beneficio penitenciario para la persona presa. [...] Los eventuales beneficios que puedan producirse por razones jurídicas y de política criminal se darán siempre dentro del marco de la legislación penal y penitenciaria y en idénticos términos al resto de los presos, pero no necesariamente vinculados al proyecto*» (grassetto nel testo citato).

messi in seno ad organizzazioni criminali, è un requisito dell'ammissione al «*tercer grado*» (il regime penitenziario più favorevole) e alla «*libertad condicional*» (artt. 72 *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre*, *General Penitenciaria*, e 90 C.P.E., per come integrati dalla *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*)[35].

2.2. ...e una disciplina organica, o meglio "olistica", in terra navarrina.

Se le notevoli esperienze di mediazione sopra ricordate sono state sostanzialmente neglette dalla prima normativa nazionale spagnola in tema di *justicia restaurativa* (la L. 4/2015), di esse sembra invece aver fatto tesoro il legislatore "regionale" (*recte*, autonomico) della *Comunidad Foral de Navarra*, che per primo, in Spagna, ha varato una disciplina organica in materia di giustizia riparativa[36].

La *Ley Foral* del 2023 non si limita peraltro ai soli percorsi riparativi in materia penale ma abbraccia e promuove tutti i tipi di *mediación* "extra-penale" ed anche le «*prácticas restaurativas comunitarias*», ossia «*herramientas de prevención y resolución de conflictos no judicializados, así como de promoción de la cohesión social, que buscan generar condiciones colectivas de confianza, respeto y cuidado, de forma que los conflictos que puedan surgir se gestionen en sus estadios iniciales de forma espontánea por la comunidad*» (come le definisce l'art. 44 della *Ley Foral*). Dunque una prospettiva che si potrebbe dire "olistica", che supera gli steccati delle categorie giuridiche e delle controversie giudiziarie nel perseguimento della poliedrica finalità di «*Prevenir los conflictos en el ámbito comunitario y promover su solución pacífica y dialogada cuando se produzcan, desjudicializando la conflictividad social.* [...] *Reparar el daño causado a las víctimas de delitos, así como a las comunidades donde estos se produzcan.* [...] *Fomentar la responsabilidad y la reinserción de las personas que hayan cometido delitos, apoyando la superación de los condicionantes sociales de los mismos.* [...] *Contribuir a la cohesión social, generando condiciones colectivas de confianza, respeto y cuidado, de forma que los conflictos que puedan surgir se gestionen en sus estadios iniciales por la comunidad*» (art. 11 *Ley Foral*).

Di grande interesse la disposizione che consacra i principi informatori di tutti i percorsi riparativi, siano questi connessi ad un procedimento penale o totalmente svincolati da qualsivoglia procedura giudiziaria: «*a) Voluntariedad. Las personas que intervengan en estos procesos son libres para participar, así*

35 Cfr. G. Varona, *Who Sets the Limits* cit., 557 s.; nonché D. Gaddi, *La médiation pénale* cit., 35.

36 Cfr. P. Romero Seseña, *El desarrollo de la Justicia Restaurativa en España y su prohibición en casos de violencia sexual y de género: reflexiones a partir de la LO 10/2022 y la nueva Ley Foral 4/2023 de Navarra*, in Revista de Derecho Penal y Criminología (2023) 308 ss.

como para desistir de los mismos en cualquier momento. b) Igualdad. Las personas participantes actuarán en un plano de igualdad de oportunidades, debiendo la persona encargada del proceso velar por que se garantice el equilibrio entre las mismas, prestando especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres y el respeto a la diversidad sexual y de género. c) Confidencialidad. Los procesos y toda la información obtenida verbal o documentalmente en el transcurso de los mismos serán confidenciales, salvo cuando las personas participantes dispensen de forma expresa y por escrito de esta obligación o alguna disposición legal así lo disponga. d) Imparcialidad y neutralidad. La persona encargada del proceso no podrá iniciar o deberá abandonar el proceso cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad, siguiéndose los principios dispuestos en la legislación aplicable. Así mismo la persona encargada del proceso deberá mantener una postura neutral ante la voluntad de las partes durante todo el proceso. e) Buena fe y respeto mutuo. Las personas participantes y la persona encargada del proceso actuarán conforme a las exigencias de la buena fe y del respeto recíproco. f) Flexibilidad. Las personas participantes y la persona encargada del proceso pueden organizar los procesos de la manera que estimen más adecuada a las características del caso y a las necesidades existentes, siempre que se cumplan los principios esenciales establecidos en la legislación aplicable. g) Competencia técnica. Las personas encargadas de los procesos deberán contar la preparación técnica adecuada exigida legalmente para llevarlos a cabo de forma adecuada» (art. 3 *Ley Foral*).

Ancora una volta una prospettiva "di respiro", evidentemente ispirata a paradigmi *restorative* che mettono al centro le persone e le comunità direttamente interessate dal conflitto e la loro «capacità di volere la soluzione»[37], aliena da ogni unilateralismo stigmatizzante e, invero, poco sensibile anche alle esigenze di efficientamento della giustizia statale. Questa prospettiva trova un adattamento rispetto al *Servicio de Justicia Restaurativa* in materia penale ma non viene certo abbandonata per la presenza di un fatto criminoso che vede un offensore e un offeso. Così, se in linea con la normativa nazionale, anche la *Ley Foral* designa i percorsi riparativi connessi alla perpetrazione d'un reato come un «*servicio público de apoyo especializado a las víctimas*», naturalmente finalizzato alla «*reparación del daño causado*», include però anche «*la responsabilidad y la reinserción de las personas ofensoras y la participación de las personas y comunidades afectadas por los delitos*» (art. 12 *Ley Foral*).

Soprattutto, manifestano una concezione di giustizia riparativa fortemente partecipativa e "multilaterale" i criteri fondamentali di funzionamento del ser-

37 Prendo qui in prestito l'efficace espressione di P. Lucarelli, *La nuova mediazione* cit., 344.

vizio (art. 14 *Ley Foral*). Il primo criterio ad essere stabilito è quello di «*Participación: Debe facilitarse la participación activa y directa de las personas y comunidades afectadas*» (lett. *a*). Com'è ovvio, viene poi esplicitata la tensione verso la «*Reparación*», intesa però in senso "integrale": «*Debe abordarse y tratar de repararse el daño causado a las personas, a las comunidades y a la sociedad en general*» (lett. *b*). Ma accanto a questa, come esito auspicato e mai imposto, riveste rilievo centrale la «*Reinserción: Los procesos deben potenciar la reinserción de las personas infractoras, atendiendo a los factores personales y sociales que se encuentran en la raíz de las conductas dañinas injustas*», di cui si è appunto voluta rimarcare l'assoluta spontaneità: «*La falta de finalización del proceso no podrá tener consecuencias negativas para las personas participantes*» (lett. *d*). Se l'esigenza di «*Protección de las víctimas*» è chiaramente primaria, dovendosi assolutamente evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria e ri-vittimizzazione (lett. *e*), ogni percorso riparativo deve uniformarsi al principio di «*Equidad*»: devono essere rispettati i diritti e le esigenze di tutti i soggetti coinvolti, evitando ogni dinamica di «*dominación*» e di «*desequilibrio de poder*» da qualsiasi parte provenga: autore, vittima, rappresentanti della comunità (lett. *f*). Infine, viene ribadito l'«*Enfoque social y comunitario: Los procesos se dirigirán a promover una cultura de paz en la comunidad afectada y en la sociedad en general, tratando de fomentar las condiciones que eviten que se repitan las conductas dañinas*» (lett. *g*)[38].

L'approccio multilaterale, la valorizzazione della capacità d'incontro e dell'autonomia deliberativa delle parti sostanziali, così come la garanzia dell'equità, sono riflessi anche nelle norme aventi ad oggetto i risultati positivi del procedimento restaurativo (art. 25 *Ley Foral*): questi sono suddivisi in «*acuerdos entre las personas afectadas* [...] *acuerdos de reparación comunitaria* [...] *compromisos de reinserción*» (*apartado* 1); tali accordi devono prevedere «*actuaciones justas, posibles y proporcionales*» (*apartado* 2); al di là di questi vincoli di garanzia, il contenuto dell'esito riparativo è sostanzialmente rimesso all'incontro di volontà delle parti, essendo contemplato solo un (vario) elenco esemplificativo di possibili contenuti (*apartado* 3) e ribadendosi che «*los acuerdos deben basarse en las propias ideas de las partes*», con limitazione dell'intervento officioso dei facilitatori ai soli «*aspectos de los acuerdos que son claramente desproporcionados, poco realistas o injustos*», nel qual caso i facilitatori devono spiegare e registrare i

38 Criteri che trovano ampia rispondenza a livello internazionale – cfr. ECOSOC, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matter* cit.; UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, *Second Edition*, 2020, *passim* – e di Consiglio d'Europa – CM/Rec(99)19 e CM/Rec(2018)8, cit.

motivi del loro intervento, che comunque non può condurre mai ad un risultato riparativo non condiviso dalle parti (*apartado* 4).

Si noti, inoltre, che il legislatore navarrino prevede e definisce plurime «*Técnicas de justicia restaurativa*» – «*mediación penal* [...] *conferencias restaurativas* [...] *círculos restaurativos*» (artt. 21-23 *Ley Foral*) – ma ammette esplicitamente metodi riparativi atipici, i quali dovranno chiaramente rispettare i principi e i criteri fissati nella legislazione nazionale e nella stessa *Ley Foral* (artt. 20 e 24 *Ley Foral*).

Infine, se, com'è ovvio, per le ipotesi e i modi di remissione del caso al servizio di *justicia restaurativa* la legge autonomica rinvia alla legislazione statale (includendo anche i divieti inerenti la violenza di genere e la violenza sessuale), tuttavia, a certe condizioni, apre a percorsi riparativi laddove il procedimento penale si sia concluso senza l'affermazione giudiziale della responsabilità dell'accusato; tali percorsi non dovranno avere nessuna finalità punitiva, dovendo rispettare «*con plena garantía los deberes y obligaciones de abstención, concurrencia y sujeción a los pronunciamientos judiciales*» (art. 13 *Ley Foral*). La norma non è esente da profili problematici ma conferma l'autonomia della giustizia riparativa da quella punitiva, sia a livello procedurale sia e soprattutto a livello di scopi e contenuti.

Non pare azzardato affermare che la recente legge della *Comunidad Foral* di Navarra, lungi dal limitarsi a dettare mere integrazioni della L. 4/2015, abbia costruito un articolato quadro giuridico atto a recepire e regolare le più diverse forme di giustizia consensuale, proponendo, anche con riferimento ai percorsi riparativi intersecanti la giustizia penale, un modello partecipativo orientato alla ricostruzione dei rapporti intersoggettivi e comunitari sfibrati dalle condotte offensive. Un modello che, pur senza perdere di vista la centralità dell'esigenza di ristoro delle persone offese, segna un cambio di passo rispetto alla visione "riduzionistica" dell'*Estatuto de la víctima del delito*.

Dunque, sintetizzando al massimo la situazione della *justicia restaurativa* precedente alla L.O. 1/2025, si potrebbe dire: da un lato, una manciata di disposizioni legislative nazionali focalizzate sugli interessi risarcitori delle persone offese e sulle esigenze della giustizia punitiva; dall'altro, importanti esperienze di mediazione, talora ispirate al modello umanistico e comunque fedeli al paradigma partecipativo, le quali, pur avendo influito su di una recente e rilevante legge "regionale", non hanno tuttavia esercitato nessun influsso sensibile sulla L. 4/2015 e sulla sua interpretazione giudiziale e, come vedremo, sembrano aver trovata scarsa considerazione anche nella riforma del 2025.

3. LA L.O. 1/2025: LA TRAMA NORMATIVA

La L.O. 1/2025, come cennato, ha vastamente rinnovato il sistema giustizia iberico, tanto sul versante civile quanto su quello penale, con l'obiettivo comune di efficientamento della risposta giudiziaria alle esigenze di tutela dei cittadini[39]. Nel profluvio di nuove norme, compare anche un'articolata disposizione interamente ed espressamente dedicata alla giustiziata riparativa: la *Disposición adicional novena*, rubricata appunto *Justicia restaurativa*, che va ad integrare la legge fondamentale in materia di procedura penale (la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882).

Il nuovo disposto normativo, anzitutto, conferma i principi cardinali di «*voluntariedad*» e di «*confidencialidad*» dei programmi riparativi (già esplicitati dalla L. 4/2015), precisando che il diritto ad una informazione completa e preventiva spetta ad entrambe le parti, che il rifiuto di partecipare al percorso o l'abbandono dello stesso non possono avere nessuna conseguenza negativa sulla propria posizione processuale e che, senza il consenso delle parti, quanto appreso durante il procedimento riparativo è inutilizzabile al di fuori di esso (*apartados* 1-4).

Vengono peraltro aggiunti i principi di «*gratuidad*» e di «*oficialidad*» (*apartado* 1), con ciò chiarendo che i servizi di giustizia riparativa costituiscono parte integrante del sistema giudiziario pubblico e sono oggetto di un vero e proprio diritto in capo al soggetto passivo del reato (ferma restando la necessità del consenso e di questo e dell'autore del reato)[40].

Sono poi fissate alcune fondamentali regole procedurali e sostanziali.

Quanto alla fase del rinvio («*remisión*» o «*derivación*» nella terminologia spagnola), viene accolto il "principio di universalità" sia nella sua accezione sostanziale – tutti i reati possono essere oggetto del procedimento riparativo, fatta eccezione per quelli specificamente esclusi per legge[41] – sia nella sua accezione

39 La tensione efficientistica è dichiarata dal legislatore e sottolineata, con varietà d'accenti, dai primi commentatori: cfr. M. Alcalá, *Regulación* cit.; J.I. Cazorla Montoya, *La nueva ley de eficiencia apuesta por la justicia restaurativa*, in *www.abogacia.es*, 24.4.2025; V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo de los órganos judiciales del orden penal con la justicia restaurativa*, in Diario La Ley (8.4.2025); A. Planchadell Gargallo, A. Beltrán Montoliu, *Proceso penal, eficiencia y agilización del Servicio Público Justicia: ejes de la reforma*, in Revista de derecho y proceso penal (2025) 2 ss.; M.L. Soto Rodríguez, *La justicia restaurativa y la mediacion en el derecho penal español y la nueva Ley Organica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del servicio publico*, in *www.acoes.es*.

40 Si veda anche il Preambolo, che parla di «*derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa*»; cfr. A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal* cit., par. 4.1, che sottolinea il passo in avanti rispetto alla L. 4/2015.

41 Resta la preclusione per i reati sessuali e per quelli espressione di violenza di genere, v. anche *infra*.

procedimentale – il percorso riparativo può iniziare in ogni fase del procedimento penale, inclusa quella esecutiva (*apartado* 5). Il *referral* spetta al giudice penale procedente, che decide, su istanza di parte od anche d'ufficio, «*valorando las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima*» (sempre *apartado* 5); nel disporre il rinvio il magistrato determina anche il periodo massimo di svolgimento del percorso riparativo, che non può eccedere i tre mesi, prorogabili di ulteriori tre mesi (*apartado* 6). Si precisa anche che «*el órgano judicial facilitará el acceso al contenido del procedimiento por parte del equipo de justicia restaurativa*» (ancora *apartado* 6), così rendendo inequivoco che gli atti del procedimento penale sono ostensibili ai mediatori.

Quanto alla fase del ritorno al procedimento penale, viene chiarito che i facilitatori dovranno informare il giudice sia del rifiuto di una o ambo le parti di avviare il programma riparativo – deducendosi che il giudice può anche decidere unilateralmente il rinvio ma la volontarietà del percorso riparativo resta *per se* intatta – (*apartado* 7) sia del suo esito, laddove intrapreso. Tale esito ovviamente potrà essere negativo oppure positivo e sarà oggetto di una relazione al giudice da parte del mediatore; la disposizione ha cura di precisare che di tale «*informe*» dovrà esser consegnata copia alle parti e che esso non potrà rivelare il contenuto delle comunicazioni intercorse tra i partecipanti né esprimere valutazioni circa il comportamento tenuto da questi durante il procedimento riparativo (*apartado* 8). Per esito positivo si intende il raggiungimento dell'accordo riparativo, firmato dalle parti e dai loro legali (eventualmente presenti), e il conseguente «*acta de reparación*» (sempre *apartado* 8).

Infine, vengono regolati gli effetti del suddetto «*resultado positivo*» sul procedimento penale (*apartado* 9). L'effetto è estintivo in ipotesi di «*un delito privado o un delito en el que el perdón extingue la responsabilidad criminal*», ossia di reati perseguibili su istanza dell'offeso o per i quali la legge preveda specificamente l'estinguibilità a seguito della manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'offeso (lett. *b*), e – a prescindere dal regime di procedibilità – in ipotesi di «*delito leve* [...] *de conformidad con lo establecido en el artículo 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*», ossia quando il reato è astrattamente sanzionato con una delle «*penas leves*» (art. 33.4 C.P.E.), in concreto risulti di scarsa gravità, in considerazione della natura e delle circostanze del fatto e delle condizioni personali del suo autore, e non sussista un interesse pubblico rilevante nella sua persecuzione, presumendosi carente tale interesse laddove si sia provveduto alla riparazione del danno e non vi sia denuncia da parte della persona offesa (lett. *a*). In tutti gli altri casi il procedimento penale seguirà il suo corso, avendo però

come esito privilegiato il «*juicio de conformidad*»: che ci si trovi prima (lett. *c*) o dopo l'esercizio dell'azione penale (lett. *d*), l'esito processuale prefigurato dalla legge è il patteggiamento, sempreché ovviamente non sussista una volontà contraria dell'indagato/imputato e non si sia in una fase eccessivamente avanzata; va peraltro sottolineato che la stessa L.O. 1/2025 ha potentemente incentivato l'istituto processuale della *conformidad*, eliminando i previgenti limiti di pena[42].

In ogni caso, il giudice terrà conto dell'esito riparativo sia ai fini dell'applicazione dell'attenuante della riparazione del danno *ex* art. 21.5 C.P.E. (pur non espressamente menzionato dalla nuova disposizione) sia ai fini della concessione e concreta configurazione della misura sospensiva *ex* artt. 82 ss. C.P.E. (richiamata alla lett. *e* della nuova disposizione)[43].

3.1. Impatto (limitato) della riforma e prime letture (retrospettive)

Il nuovo disposto normativo è certamente rilevante ma, a ben vedere, probabilmente non così dirompente[44].

Infatti, guardando ai principi e alle garanzie fondamentali, si può osservare come per buona parte la *Disposición adicional novena* si limiti a riconfermare quanto già stabilito dalla L. 4/2015. Semmai adotta una prospettiva meno "unilaterale", meno incentrata sulla vittima, riconoscendo espressamente che i diritti informativi spettano a tutte le parti, che il vincolo di confidenzialità vale anche nei confronti dell'Autorità Giudiziaria, che la negazione del consenso all'intrapresa o alla prosecuzione del percorso riparativo non può avere conseguenze giuridiche negative. Non si può però sottacere l'importanza della consacrazione dei principi di gratuità e ufficialità, che fanno dei servizi di giustizia riparativa un ramo *strutturale* della giustizia pubblica, non un'appendice eventuale rimessa alla buona volontà di organizzazioni private ed enti territoriali[45]. Significativo, inoltre, che nel nuovo testo legislativo non compaia mai la locuzione «*procedimiento de mediación*», che viceversa non era stata del tutto abbandonata dal

42 Sulle modifiche in tema di *conformidad*, v. A. Planchadell Gargallo, A. Beltrán Montoliu, *Proceso penal, eficiencia* cit., par. 4.

43 Cfr. V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo* cit., 8 s.; A. Planchadell Gargallo, A. Beltrán Montoliu, *Proceso penal, eficiencia* cit., par. 5; M.L. Soto Rodríguez, *La justicia restaurativa* cit., par. 7.

44 Viceversa, secondo M.L. Soto Rodríguez, *La justicia restaurativa* cit., par. 3, la nuova *Disposición adicional novena* ha segnato «*una transformación revolucionaria de nuestro sistema procesal*».

45 Quanto al principio di gratuità, la L.O. 1/2025 era stata "anticipata" dalla legge navarrina del 2023 (art. 15 *Ley Foral*). M. Alcalá, *Regulación* cit., 10, evidenza la novità apportata dalla riforma statale: «*los principios de gratuidad y oficialidad son nuevos* [...] *otorgando carta de naturaleza al sistema de justicia restaurativa incorporándolos como parte del proceso penal* [...] *justicia restaurativa como parte del servicio público de justicia*». C'è però chi esprime dubbi sulla concreta strutturazione dei servizi di giustizia riparativa: J.I. Cazorla Montoya, *La nueva ley* cit.

Estatuto de la víctima del delito[46], il che apre senz'altro a pratiche riparative diverse (come ad esempio il *family group conferencing*), le quali comunque non erano precedentemente vietate[47].

Quanto alle regole procedurali concernenti la remissione del caso ai facilitatori e il suo ritorno nel procedimento penale, esse appaiono più la sistematizzazione e formalizzazione di quanto già avviene nella prassi – con tanto di "sanzione" da parte del C.G.P.J.[48] – che norme realmente innovative. Fanno eccezione la disposizione che stabilisce il potere (anche) officioso del giudice d'invio delle parti al servizio di giustizia riparativa e quella che detta i tempi massimi di svolgimento del procedimento riparativo. Infatti, nel testo legislativo non viene fatta alcuna menzione di poteri di veto da parte del pubblico ministero, potendosi quindi ritenere che sul punto il potere decisionale giudiziale sia pieno; la pluricitata *Guia* del C.G.P.J. elaborata ante-riforma, invece, pare subordinare la *derivación* alla mancata opposizione del *Ministerio Fiscal*[49]. Relativamente al profilo cronologico, è poi certamente significativo il contingentamento della durata del percorso riparativo: se anche in precedenza si riconosceva che, nei casi di *mediación intrajudicial*, fosse il magistrato giudicante a dettare i tempi[50], ora la legge fissa un periodo massimo di tre mesi prorogabile una sola volta[51].

Quanto al "principio di universalità", sia nella dimensione sostanziale che in quella procedurale, anch'esso era già largamente accettato (salve le preclusioni legislative su violenza sessuale e violenza di genere), con aperture anche ai reati senza vittime «*individualizadas*» (suscettibili di gestione con metodi di giustizia riparativa diversi dalla tradizionale mediazione)[52].

46 Malgrado l'introduzione del lemma *justicia restaurativa* da parte del legislatore del 2015, come visto (par. 2), al fine di sottolineare la presa di distanze dal modello mediativo.

47 Si ricordi quanto previsto dalla *Ley Foral* della *Comunidad* di Navarra circa le varie *técnicas de justicia restaurativa* (v. *supra*, par. 2.2).

48 Cfr. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* cit., 134 ss.

49 *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* cit., 136 s. Il testo finale della L.O. 1/2025, pertanto, si distacca molto dall'*Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 2020, che legava percorsi riparativi e principio d'opportunità nell'esercizio dell'azione penale, affidando il rinvio al pubblico ministero (il rinvio da parte dell'organo giurisdizionale era invece limitato alle ipotesi d'accordo di tutte le parti); v. P. Bello San Juan, *El encaje de la justicia restaurativa* cit., 68.

50 Cfr. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* cit., 138 (v. *supra*, nota 33).

51 Il limite di tre mesi compariva anche nel citato *Anteproyecto* (ma nell'ambito di una diversa configurazione del potere di rinvio): v. ancora P. Bello San Juan, *El encaje de la justicia restaurativa* cit., 68.

52 Cfr. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, cit., 136 e nota 20; sul complesso tema della compatibilità della giustizia riparativa rispetto ai reati a vittima "diffusa", nella letteratura spagnola, v. M. García Arán (a cura di), *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Valencia 2021; R. Rebollo Vargas, *Problemas procesales y de ejecución penitenciaria: justicia restaurativa y delitos socioeconómicos*, in Estudios Penales y Criminológicos 41 (2021) 1011 ss., il quale, *inter alia*, tratta del pionieristico *Programa de Intervención en Delitos Económicos* (PIDECO), attivato nel 2020 dalla *Secretaría General de Instituciones Penitenciarias* (Ministero degli

Quanto agli effetti dell'esito (positivo) riparativo, ancora una volta le novità appaiono limitate. In quasi tutte le ipotesi si ha poco più che un rinvio a istituti già vigenti e sperimentati anche in chiave riparativa: *conformidad*, *suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*, *sobreseimiento* e *archivo* per i *delitos leves*, *extinción de la responsabilidad* per *perdón de la persona ofendida*. Al più, si potrebbe ritenere che, in riferimento ai reati procedibili a istanza privata, il nuovo testo legislativo ammetta un effetto estintivo direttamente discendente dall'accordo riparativo, ossia che tale effetto estintivo si produca a prescindere dalla formale espressione di perdono *ex* art. 130.5 C.P.E. (se l'interpretazione proposta è corretta, tale effetto immediato del *resultado positivo* chiaramente dovrebbe esser oggetto delle informazioni preventive da dare alla persona offesa)[53].

Al di là della dimensione strettamente tecnica, ci si deve però domandare se la riforma costituisca espressione di una visione di giustizia riparativa diversa da quella fatta propria dal *Estatuto de la víctima del delito* e se, come tale, possa contribuire al rinnovamento degli approcci ermeneutici, *in primis* da parte della magistratura penale.

Come cennato, sicuramente la L.O. 1/2025 manifesta maggior "equilibrio": non essendo un corpo normativo *ex professo* dedicato alla valorizzazione della posizione della vittima (a differenza della L. 4/2015), dà significativo spazio anche alle garanzie per l'indagato/imputato/condannato (su tutti, i diritti informativi e la "neutralità" dell'esito negativo del percorso riparativo rispetto al procedimento penale)[54]. Non appare nemmeno banale che, tra i presupposti dell'avvio del procedimento riparativo, non sia ripetuta l'ammissione dei fatti essenziali da parte dell'*infractor* (requisito invece esplicitato dalla L. 4/2015).

Tuttavia, ciò sembra troppo poco per una reale svolta a livello ermeneutico. Il modello umanistico e trasformativo non sembra aver influenzato la riforma e appare ancora lontano: l'obiettivo centrale resta la *reparación* a vantaggio della vittima, non trovandosi nessun accenno al reciproco riconoscimento dei partecipanti, alla riconciliazione, alla cura dei traumi profondi patiti da entrambe le parti, alla reintegrazione sociale del reo. Alcune delle nuove disposizioni, anzi, sembrano suggellare il modello *outcome-focused*: tempi stretti per l'espletamento del percorso riparativo – definiti dal giudice entro stringenti limiti massimi *ex lege* – e, correlativamente, netto *favor* per il patteggiamento; il tutto in rispon-

interni spagnolo), che ha incluso una «*unidad*» di *justicia restaurativa* nel percorso di rieducazione e reinserimento sociale dei detenuti per reati economici (offensivi in buona parte di beni superindividuali).

53 Sugli effetti della mediazione penale con esito riparativo prima della riforma del 2025 (largamente sovrapponibili a quelli esplicitati da quest'ultima), v. per tutti P. Francés Lecumberri, *La justicia restaurativa* cit., 22.

54 Cfr. A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal* cit., par. 1.2 ss.

denza alla *ratio* efficientista propria dell'intera riforma, *ratio* in sé condivisibile ma aliena dal modello di giustizia riparativa *process-based* di stampo umanistico.

Una conferma del fatto che non vi sia stato nessun cambio di paradigma proviene da alcune – qualificate – prime letture della riforma. Così si esprime il *Tribunal Supremo* nella sentenza n. 84/2025: «*La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de Enero* [...] *ha incluido la vía de la justicia restaurativa en la Disposición adicional 9ª LECRIM* [...], *por la que en 9 puntos desarrolla los principios generales de la justicia restaurativa en virtud de la cual se fija el marco regulador de la aplicación de la mediación penal a desarrollar por los protocolos implementados por el servicio de mediación del CGPJ* [...] *Y todo ello, para conseguir una mejor posición de la victima en el proceso penal, que queda más reconfortada con situaciones tales como la petición de perdón del acusado, el arrepentimiento, compromiso de no reiteración en su conducta reprochable social y penalmente, la consignación para pago de la responsabilidad civil y la aceptación y expreso reconocimiento de la ilicitud penal cometida por el mismo (Art. 15 de la Ley 4/2015* [...] *de estatuto de víctima del delito). Todo ello deriva en un acuerdo de mediación con intervención de expertos mediadores penales formados en mediación debidamente por los institutos de mediación y la coordinación del CGPJ en su implementación. Y de ello se llega la conformidad penal en donde cabe el acuerdo entre la defensa y la más grave de las acusaciones en torno a rebaja penal, en su caso, si se aprecian circunstancias modificativas de responsabilidad penal, y/o la aplicación de subtipos atenuados* [...] *o de penas alternativas a la prisión recogidas en el tipo penal que es objeto de acusación, aunque ello no forma parte del acuerdo de mediación o justicia restaurativa de lo que queda al margen, sino del acuerdo de conformidad penal entre las acusaciones y la defensa, lo que contribuye a la agilización de la justicia penal y de una mayor atención a la víctima, que queda más reconfortada con la aplicación de la justicia restaurativa en el proceso penal*»[55].

Com'è evidente, un'impostazione nitidamente focalizzata sul ristoro della persona offesa e sulla velocizzazione dei procedimenti penali, non priva di inflessioni che potrebbero dirsi moralistiche («*la petición de perdón del acusado, el arrepentimiento*»), la quale non è stata minimamente scalfita dalla recente riforma. Analogamente pare leggere la *justicia restaurativa* post-riforma un autorevole interprete, Magro Servet (magistrato del *Tribunal Supremo*). Quanto alla funzionalità d'economia processuale, «*la justicia restaurativa puede conllevar un evidente beneficio en la Administración de Justicia, y también en el orden jurisdiccional penal, al reducir de forma notable la carga de trabajo pendiente*

55 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 5.2.2025 n. 84, reperibile in *www.vlex.es*.

de tramitar y ejecutar en los órganos judiciales», riconoscendosi comunque il ruolo delle «*partes del conflicto*» nella ricerca di «*una solución*» (con sguardo dunque al modello *process-based*)[56]. Quanto ai reati per i quali è consigliabile la remissione al servizio di giustizia riparativa: «*La mediación con la posterior conformidad es apta para procedimientos donde exista una responsabilidad civil que hay que indemnizar a los perjudicados y víctimas del delito que debe satisfacer el acusado* [...] *La mediación puede que no sea apta en aquellos delitos graves como homicidios o asesinatos, donde posiblemente las víctimas del delito y perjudicados no quieran provocar con la mediación una bajada de la pena que corresponde al acusado por el hecho delictivo, dado que existe una persona que ha sido asesinada por el autor del delito siendo realmente difícil que los perjudicados acepten cantidades económicas para una mediación con una conformidad con rebaja de pena*»[57]. Quanto agli elementi che dovrebbe inglobare un esito riparativo spendibile dall'inquisito nel procedimento penale: «*será necesario que concurran en la actitud y conducta del acusado las circunstancias siguientes:* 1.- *Claro arrepentimiento del acusado.* 2.- *Petición de perdón a la víctima.* 3.- *Reparación del daño causado mediante satisfacción de la responsabilidad civil con el pago, al menos de un 75% de la suma reclamada y el resto aplazado al tiempo que pacten las partes en el acuerdo de mediación, para lo cual en la conformidad penal, —no en el acuerdo de mediación— se supeditará la suspensión de la ejecución de la penal al cumplimiento del pago aplazado comprometido en el acuerdo de mediación penal.* 4.- *Actuaciones del acusado que evidencien de otras maneras la reparación del daño de forma complementaria al pago de la responsabilidad civil*»[58].

In questo quadro, è chiaro che restano pilastri inamovibili la preventiva ammissione degli addebiti (almeno nel loro nucleo essenziale) da parte dell'indagato/accusato e il diritto all'assistenza difensiva durante tutto lo svolgimento del procedimento restaurativo[59].

Insomma, anche dopo la L.O. 1/2025 e in parte proprio in forza di quest'ultima, il sistema spagnolo – a livello statale – appare improntato ad un modello di giustizia riparativa *victim-centred* e fortemente integrato coi meccanismi punitivi. Il sistema però si presenta articolato e pare opportuno distinguere quattro piani, a seconda della gravità astratta e concreta dei reati *sub iudice*.

56 V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo* cit., 2 (l'A. è il *ponente* della sentenza sopra citata).

57 *Ivi*, p. 10.

58 *Ivi*, p. 5; l'A. però parrebbe richiedere tali contenuti solo in rapporto alle ipotesi di mediazione penale richiesta dall'indagato/imputato (fermo restando ovviamente che non potrà aversi mediazione alcuna se non v'è il rinvio da parte del giudice ai servizi di *justicia restaurativa* e se la vittima non presta il suo consenso).

59 *Ivi*, p. 5, 8 s. e 11.

Primo livello: per i reati "minori" (*delitos leves* e reati dove la volontà punitiva del privato è determinante), il procedimento riparativo costituisce una *diversion* utile per giungere ad un rapido risarcimento dei danni *ex crimine* e ad una chiusura anticipata del procedimento penale, con soddisfazione sia dei danneggiati dal reato – anzitutto sul piano materiale – sia delle esigenze deflattive dell'amministrazione giudiziaria e con un importante *output* positivo anche per l'indagato/imputato consistente nell'estinzione della punibilità (sempreché ovviamente si pervenga all'accordo riparativo e questo venga adempiuto).

Secondo livello: per i reati che si potrebbero dire di gravità medio-bassa, rientranti nei limiti della *suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad* (in via generale è posto un limite di pena in concreto pari a due anni), la funzionalità appare similare a quella riscontrata al primo livello, con rapida soddisfazione sia delle pretese risarcitorie sia delle esigenze d'economia processuale e risultato vantaggioso anche per l'inquisito, in questo caso non consistente in un esito proscioglitivo ma in una riduzione di pena – applicazione dell'attenuante della riparazione del danno (art. 21.5 C.P.E.) ed eventualmente di quella analogica legata alle confessioni tardive (art. 21.7 C.P.E.) – e appunto nell'applicazione della misura sospensiva. Lo strumento processuale ideale è qui rappresentato dalla *conformidad*.

Terzo livello: per i reati per così dire di gravità medio-alta, esorbitanti dai limiti della sospensione (iniziale) dell'esecuzione della pena detentiva ma per i quali sussiste un forte interesse ad un pronto risarcimento dei danni da reato, da un lato, e ad una rapida definizione del procedimento penale, dall'altro. Qui il vantaggio "giudiziario" per l'indagato/imputato sta nella mitigazione del trattamento sanzionatorio, in virtù delle attenuanti sopra richiamate, oltre che nei futuri benefici penitenziari dischiusi anche dal risultato riparativo; il vantaggio per la vittima risiede primariamente nel ristoro economico ma non è affatto esclusa – sembra anzi particolarmente valorizzata dalla giurisprudenza – una soddisfazione sul piano morale, consistente ne «*la petición de perdón del acusado, el arrepentimiento, compromiso de no reiteración en su conducta reprochable social y penalmente*»; il vantaggio per la macchina giudiziaria sta anzitutto in una veloce conclusione della vicenda processuale, rinvenendosi sempre nella *conformidad* il modulo processuale privilegiato.

Quarto livello: per i reati molto gravi (come gli omicidi volontari) o comunque classificati come particolarmente "odiosi" da parte del legislatore (come tutti quelli rientranti nell'ampio concetto di «*violencia de género*»), rispetto ai quali la *justicia restaurativa* è sconsigliata o addirittura vietata perché si presume o

che, data l'enormità del misfatto, la vittima (o i suoi familiari) non vogliano far guadagnare all'autore un'attenuante o che tra vittima e autore vi sia uno squilibrio di potere non contenibile e immodificabile, il quale potrebbe scatenare fenomeni di ulteriore vittimizzazione; in un'ottica generalpreventiva, poi, si potrebbe ritenere che sussista un interesse statuale ad una risposta punitiva "piena", anche per rimarcare in chiave pedagogica il disvalore dei fatti commessi. Al più, potranno esser ammesse, in fase esecutiva, *Prácticas restaurativas totalmente ajenas al procedimiento judicial*[60], fermo restando il divieto di mediazione nei casi di violenza sessuale e di violenza di genere (potendosi forse impiegare metodi riparativi diversi da quello mediativo)[61].

4. UN CONFRONTO CON IL SISTEMA ITALIANO: CONSONANZE IMPORTANTI...

Risulta piuttosto palese che l'opera di sistematizzazione e specificazione normativa realizzata dalla L.O. 1/2025 in materia di *justicia restaurativa* abbia rivelato importanti *consonanze* tra il sistema spagnolo e quello italiano.

In primo luogo, sono comuni la gran parte dei principi e delle garanzie fondamentali, che d'altronde discendono da un consolidato *corpus* di fonti internazionali e sovranazionali: volontarietà e confidenzialità dei procedimenti riparativi, con relative garanzie dell'indispensabilità del consenso informato da parte di tutti i partecipanti (artt. 42 lett. *a*, 43 lettere *a* e *d*, 47 e 48 d.lgs. 150/2022), della permanente revocabilità di questo (art. 48 co. 1 d.lgs. 150/2022), dell'assenza di ripercussioni negative in caso di rifiuto o esito negativo del percorso riparativo (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022), della (tendenziale) segretezza/inutilizzabilità di quanto dichiarato e fatto nello svolgimento del percorso riparativo (artt. 43 lett. *e*, 50, 51, 52 d.lgs. 150/2022)[62].

60 V. A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal* cit., par. 3.2.

61 Dato che, da un lato, la nuova *Disposición adicional novena* non fa riferimento alla *mediación*, aprendo a metodi di *Restorative Justice* diversi, e che, dall'altro lato, i divieti espressi inerenti le ipotesi di *violencia de género* e di *violencia sexual* hanno ad oggetto testualmente la sola *mediación*, forse si potrebbe ipotizzare che le altre forme di giustizia riparativa (legittimate dalla riforma del 2025) sfuggano a tali proibizioni. I primi commentatori sembrano però confermare l'estensione di tali divieti alla giustizia riparativa nel suo insieme: V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo* cit., 6 e 11; A. Planchadell Gargallo, A. Beltrán Montoliu, *Proceso penal, eficiencia* cit., par. 5; prima della L.O. 1/2025, l'interpretazione prevalente era nel senso di escludere ogni pratica restaurativa: P. Romero Seseña, *El desarrollo de la Justicia Restaurativa* cit., 307 («*siempre y cuando se trate de casos judicializados*»); *contra* J.M. Tamarit Sumalla, *Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro*, in AA.VV., *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, Bilbao 2013, 324 s. (in riferimento al divieto di mediazione contenuto nella L.O. 1/2004).

62 Su tali principi e sulla disciplina organica della giustizia riparativa introdotta dalla riforma Cartabia, cfr. AA. citati a nota 3.

Semmai si può notare una maggiore articolazione della disciplina approntata dal legislatore italiano del 2022; ad ogni modo, queste basilari "regole del gioco", che ne assicurano la *fairness* e la stessa fattibilità, risultano largamente sovrapponibili.

Anche l'accoglimento dei principi di gratuità e di "universalità" – estranei al nucleo essenziale dei principi di matrice internazionale – costituisce un tratto comune di grande momento: i programmi riparativi sono gratuiti (art. 43 co. 3 d.lgs. 150/2022) e sono attivabili per tutti i reati (artt. 43 co. 4, e 44 co. 1 d.lgs. 150/2022) e in ogni stato e grado del procedimento penale di cognizione e di quello d'esecuzione (art. 44 co. 2 d.lgs. 150/2022).

Elementi differenziali sono costituiti, da un lato, dalla proiezione "extra-procedimentale" dei programmi riparativi italiani, i quali, *ex* art. 44 co. 2 e co. 3 d.l.gs 150/2022, sono esperibili anche dopo l'esecuzione della pena o un provvedimento di proscioglimento non nel merito o, in ipotesi di reati procedibili a querela, addirittura prima dell'inizio del procedimento penale, e, dall'altro lato, dall'esistenza in Spagna di preclusioni assolute legate a specifiche tipologie delittuose. La prima differenza è meno marcata di quanto possa apparire *ictu oculi*, dato che l'ordinamento spagnolo non vieta lo svolgimento di percorsi riparativi sconnessi dal procedimento penale, "semplicemente" tali percorsi non rientrano tra quelli pubblici assicurati e regolati dalla *Disposición adicional novena*[63]. La seconda differenza invece è saliente, come vedremo meglio anche tra breve.

Quanto alle regole procedurali in punto di *referral* e di *feedback*, va registrata ancora una volta una notevole somiglianza. Il ruolo di *gatekeeper* è sempre affidato al giudice penale procedente[64], il quale, su istanza di parte o *ex officio*, valuta discrezionalmente se inviare a meno offensore (presunto o acclarato) e offeso avanti al mediatore (artt. 129-*bis* Cpp e 15-*bis* Op). Una volta deciso l'invio, spetterà al mediatore informare il magistrato sull'effettivo avvio o meno del percorso riparativo e sul suo esito (art. 57 d.lgs. 150/2022), che può essere negativo oppure positivo, identificandosi quest'ultimo con l'«esito riparativo» (art. 42 lett. *e* d.lgs. 150/2022).

Anche su questi profili la regolamentazione italiana è tendenzialmente più dettagliata ma quella spagnola contiene un elemento – nient'affatto secondario

63 Invece, a livello territoriale, come visto, c'è una parziale copertura da parte della *Ley Foral* della *Comunidad* di Navarra (art. 13.3).

64 A meno che non ci si trovi in fase di indagini preliminari, nel qual caso la legge italiana – a differenza di quella spagnola – assegna il ruolo di impulso del percorso riparativo al pubblico ministero (art. 129-*bis* co. 2, ultima parte, Cpp).

– ignorato dal legislatore nostrano: il diritto del mediatore d'accedere «*al contenido del procedimiento*» penale.

Altra differenza sta nella disciplina dei criteri che guidano il giudice nella decisione sul rinvio: mentre la norma spagnola si limita ad indicare semplici *indici*, ossia (generici) elementi oggettivi e soggettivi che vanno a costituire la base della valutazione («*las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima*»), quella italiana si lancia nell'individuazione di *criteri teleologici*, anch'essi alquanto generici ma in linea con la finalità principale attribuita alla giustizia riparativa dal d.lgs. 150/2022 (l'utilità del percorso riparativo rispetto «alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede», art. 129-*bis* co. 3 Cpp, il quale aggiunge l'esigenza di evitare pericoli concreti «per gli interessati e per l'accertamento dei fatti»). Tale differenza, forse, è più apparente che reale, a livello di struttura logica della criteriologia impiegabile dal giudicante nella decisione sul rinvio: per un verso, anche il giudice italiano non potrà che guardare agli indici tratteggiati da quello spagnolo (il concreto fatto criminoso, le condizioni personali di autore e vittima) e, per altro verso, anche il giudice spagnolo, per dare un senso a quegli indici, dovrà leggerli alla luce delle finalità del servizio di giustizia riparativa destinatario della remissione del caso. La vera differenza sta nel contenuto dei criteri teleologici: al di là del fatto che sempre si tratta di un sindacato estremamente delicato[65], a differenti finalità riconosciute alla giustizia riparativa corrisponderanno parametri valutativi conseguentemente diversi. E, come vedremo meglio oltre, pare che su questo punto decisivo il sistema spagnolo e quello italiano siano piuttosto distanti.

Ulteriore rilevante differenza risiede nella gestione dei tempi del procedimento riparativo e di quello penale. Nel sistema italiano i ritmi del primo sono completamente sottratti al giudice e non incontrano nemmeno alcuna predeterminazione legislativa: i tempi del percorso riparativo sono definiti dal mediatore e dalle parti e l'art. 43 lett. *h* d.lgs. 150/2022 stabilisce «la garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma». Nel sistema spagnolo, al contrario, è tutto in mano al giudice, il quale peraltro soggiace a stringenti limiti *ex lege*. Altro profilo che sarà ripreso più avanti.

Un'altra differenza di rilievo sta nella partecipazione dei legali al procedimento riparativo: mentre in Italia i difensori delle parti restano a margine del percorso riparativo, potendo partecipare alla sola «definizione degli accordi relativi all'esito materiale» (art. 56 co. 5 d.lgs. 150/2022), in Spagna l'assistenza difensiva

65 Cfr. F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale* cit., 227 ss.; nonché, volendo, D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva: un dialogo interculturale complesso*, in Riv. it. dir. proc. pen. (2024) 149 ss.

"presenziale" è garantita per tutto lo svolgimento del procedimento riparativo, dall'inizio alla fine senza eccezioni (a meno che non sia la stessa parte sostanziale a non volere la presenza del proprio legale). Si tornerà anche su questo punto.

Quanto agli effetti giuridico-penali dell'esito riparativo, vi sono molte similarità e le differenze appaiono legate più alla differente configurazione degli istituti penalistici "di partenza" che alla disciplina della giustizia riparativa. Anche in Italia il risultato positivo del percorso riparativo conduce all'estinzione della punibilità dei reati considerabili "minori": quelli procedibili a querela (art. 152 Cp, ove il d.lgs. 150/2022 ha espressamente inserito tra le ipotesi di remissione tacita la partecipazione del querelante ad un programma riparativo concluso positivamente) e quelli di «particolare tenuità» (art. 131-*bis* Cp, ove il d.lgs. 150/2022 ha inserito tra gli indici di levità la «condotta susseguente al reato»). L'esito riparativo integra inoltre una specifica circostanza attenuante codicistica (art. 62 n. 6 Cp), che però, a differenza che in Spagna, è stata appositamente rimodellata per sussumere direttamente il risultato positivo del programma riparativo (il d.lgs. 150/2022 ha aggiunto un'ultima parte alla citata disposizione codicistica che pare doversi leggere in tal senso)[66]; ad ogni modo, in entrambi gli ordinamenti è ammessa la riparazione solo simbolica, anche se solo in quello italiano v'è un'equiparazione esplicita tra tale forma d'esito riparativo e quello materiale (artt. 42 lett. *e* e 56 d.lgs. 150/2022). L'esito riparativo figura poi come presupposto o come contenuto di meccanismi sanzionatori di natura sospensiva (rispettivamente, la sospensione condizionale della pena c.d. breve *ex* art. 163 u.c. Cp e la sospensione del procedimento con messa alla prova *ex* artt. 168-*bis* ss. Cp e 464-*bis* ss. Cpp), seppur solo in parte accostabili alla *suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad* spagnola. Infine, in ambito penitenziario, «La partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione [...], nonché della liberazione condizionale» (art. 15-*bis* Op); le nuove disposizioni spagnole non menzionano istituti alternativi applicabili nel corso dell'esecuzione detentiva ma, come visto, i percorsi riparativi sono tenuti in considerazione

66 Fermo il divieto di doppia valutazione, a livello commisurativo la partecipazione del reo al programma di giustizia riparativa può rilevare anche ai sensi dell'art. 133 o dell'art. 62-*bis* Cp; cfr. F. Cingari, *La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in Sist. pen. (24.11.2023) 19 ss.; M. Iannuzziello, *La disciplina organica* cit., 17 ss.; M. Galli, *Tra binario riparativo e binario punitivo* cit., 292 ss.; nonché, volendo, D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva* cit., 141 ss.

dalla magistratura anche a tal fine e sono integrati nei programmi ministeriali volti alla riabilitazione dei condannati[67].

4.1. ...Dissonanze profonde

In definitiva, le consonanze appaiono molteplici e significative ma non si possono trascurare gli elementi differenziali sopra indicati e soprattutto non si può trascurare che la concezione di giustizia riparativa che pare aver mosso la riforma Cartabia del 2021-2022 sembra piuttosto lontana da quella presente nel contesto spagnolo – a livello di istituzioni statali centrali – che ha preceduto la L.O. 1/2025 e che non pare esser stato sensibilmente mutato da quest'ultima. Sembrano cioè emergere *dissonanze* di fondo, le quali non solo si esprimono in profili di disciplina tutt'altro che marginali ma vanno anche a condizionare l'interpretazione di tutte le norme applicabili e, in particolare, di quelle che regolano la remissione dei casi ai centri di giustizia riparativa e di quelle che presiedono al recepimento degli eventuali esiti riparativi.

Ritornando ai principali elementi normativi difformi, la presenza dei difensori all'interno del percorso riparativo e, soprattutto, l'affidamento al giudice penale delle sue tempistiche (entro stretti compassi determinati dalla legge) rimandano l'immagine di una stretta integrazione tra giustizia riparativa e giustizia punitiva, con un ruolo trainante della seconda e, alla fin fine, preminente[68]; una giustizia punitiva, peraltro, notevolmente condizionata da pressioni efficientistiche. Altrettanto può dirsi per l'accento posto sulla *conformidad*. Una simile integrazione non si registra nella disciplina italiana[69], tranne forse in ordine ai

67 V. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, cit., 148 e 155; v. anche *supra*, par. 2.1 e nota 52.

68 Diversi commentatori rilevano l'integrazione definitiva, ad opera della L.O. 1/2025, dei percorsi riparativi nel procedimento penale: per M.L. Soto Rodríguez, *La justicia restaurativa* cit., par. 3.2, «*el principio de oficialidad recalca que la justicia restaurativa forma parte del proceso penal, es parte integrante del mismo y no una alternativa*»; v. anche M. Alcalá, *Regulación* cit., 10 e 12.

69 Si pensi che per un filone della giurisprudenza di legittimità, dato che «il procedimento riparativo di cui all'art. 129-*bis* cod. proc. pen. non ha natura giurisdizionale, concretizzandosi in un servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale, che talora risultano incompatibili con queste ultime» e che v'è una «evidente disomogeneità tra la funzione giurisdizionale svolta dall'autorità giudiziaria e la competenza umanistico-amministrativa dei Centri per la mediazione», il provvedimento giudiziale di rigetto dell'istanza di remissione del caso al centro di giustizia riparativa doveva ritenersi non ricorribile per cassazione né altrimenti impugnabile; così Cass. 12.12.2023 n. 6595, sulla stessa linea Cass. 1.3.2024 n. 12986. Le Sezioni Unite (Cass. S.U. 30.10.2025 n. 5166), però, hanno sposato l'orientamento giurisprudenziale contrapposto, stabilendo che «Il provvedimento del giudice di merito di rigetto della richiesta di invio al Centro per la giustizia riparativa per l'avvio di un programma di giustizia riparativa è impugnabile con l'appello o con il ricorso per cassazione unitamente alla sentenza conclusiva del relativo grado e indipendentemente dal regime di procedibilità del reato» (sentenze tutte reperibili in *Onelegale*). Indubbiamente l'arresto della Cassazione riunita indica una maggiore integrazione tra sistema penale e giustizia riparativa, testimoniata anche dalla affermata «natura autorizzatoria del provvedimento di invio degli interessati al Centro» e dall'esigenza per l'impugnante di dimostrare le possibili ricadute concrete del programma riparativo sulla procedibilità

reati perseguibili a querela rimettibile, dove le istanze conciliative si fondono con quelle deflattive e dove comunque la durata del procedimento riparativo non può esser autoritativamente determinata dal giudice[70].

Altamente significativa anche l'esclusione *ex lege* di alcuni tipi criminosi "odiosi", ossia scatenanti repulsione a livello sociale e reclamanti una risposta punitiva severa. Se l'estromissione delle pratiche mediative nelle ipotesi di violenza sessuale e di violenza di genere trova un fondamento nel peculiare rischio di vittimizzazione secondaria (ed anche di ri-vittimizzazione) dovuto alle dinamiche criminologiche caratteristiche di certi reati[71], la fissazione di un divieto assoluto, che non tiene conto della multiformità dei casi concreti né della volontà e dei bisogni delle vittime in carne ed ossa[72], pare anche il risultato di una certa visione e della giustizia riparativa e dello stesso diritto penale. Se infatti per certi reati si pretende una reazione punitiva quanto più inflessibile e dura possibile, assegnando alla "spada" della giustizia penale non solo funzioni di deterrenza e neutralizzazione ma anche il compito di simboleggiare il ristabilimento ideale dei valori violati e la netta separazione tra vittime e colpevoli, è naturale non voler "spuntare" e in un certo senso "macchiare" quella lama avvolgendola a percorsi di giustizia riparativa che pongono faccia a faccia autore e vittima e che possono condurre a una mitigazione del trattamento sanzionatorio del primo. Ciò sem-

del reato o sul trattamento sanzionatorio (pena l'inammissibilità dell'impugnazione), tuttavia vengono rimarcati la natura non giurisdizionale del procedimento riparativo, la sua autonomia da quello penale, «le peculiarità di struttura e di finalità».

Avevano criticato l'esclusione di rimedi impugnatori da parte del primo filone giurisprudenziale V. Bonini, P. Maggio, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, in Sist. pen. (7.5.2024); G. Daraio, *Il complicato innesto del paradigma riparativo nel sistema processuale penale tra ritardi organizzativi, nodi interpretativi e resistenze culturali*, in *Dir. pen. proc.* (2025) 103 ss.; M. Passione, *Changing lenses: qualcosa di meglio del raddoppio del male*, in Sist. pen. (24.4.2025).

70 Il giudice, su istanza dell'imputato (o dell'indagato post avviso di conclusione delle indagini), sospende il procedimento penale per un periodo non superiore a 180 giorni ma non può direttamente interferire sullo svolgimento del percorso mediativo (art. 129-*bis* co. 4 e co. 4-*bis* Cpp). Ad ogni modo, siffatta più intensa relazione tra procedimento penale e procedimento riparativo aveva portato una parte della giurisprudenza di legittimità ad ammettere l'impugnabilità del rigetto della richiesta d'attivazione del centro di giustizia riparativa nelle – sole – ipotesi di reati procedibili a querela: Cass. 7.6.2024 n. 33152, in *www.italgiure.giustizia.it* (ma si veda la nota precedente sulla recente pronuncia della Cassazione riunita).

71 Cfr. P. Romero Seseña, *El desarrollo de la Justicia Restaurativa* cit., 312, e AA. ivi citati. Consimile *ratio* pare sottesa anche alla previsione d'analogo divieto nelle province canadesi della Nova Scotia e dell'Ontario: v. P. Hughes, *Victim-centred restorative justice: Program design and implementation*, in *www.justice.gc.ca*, 13.5.2024.

72 Partendo da una prospettiva dichiaratamente e convintamente *victim-centred* e avendo ben presenti i rischi di vittimizzazione secondaria e di ri-vittimizzazione, J.A. Wemmers, I. Parent, M. Lachance Quirion, *Restoring victims' confidence: Victim-centred restorative practices*, in International Review of Victimology (2023) 467 ss., criticano aspramente la statuizione di preclusioni assolute che sottraggano alle vittime di tali reati la possibilità di scegliere percorsi di *healing* e di *empowerment*, quali quelli riparativi, dimostratisi efficaci in molti casi e non adeguatamente surrogabili; v. anche D. Gaddi, *La médiation pénale* cit., 34.

bra tanto più vero in un sistema dove – ordinariamente – i percorsi riparativi interagiscono strettamente col procedimento penale, anche in un'ottica efficientistica: se il reato è troppo grave, troppo riprovevole, una simile contaminazione risulta inammissibile. Niente di tutto ciò nel d.lgs. 150/2022, che, come detto, accoglie senza eccezioni il "principio di universalità"; unica – circoscritta – deroga all'art. 41-*bis* co. 2-*quater* lett. *f-bis* Op (introdotta dal d.l. 92/2024, convertito con modificazioni dalla l. 112/2024) per i detenuti sottoposti a regime speciale: deroga che appare dettata in primo luogo da ragioni di prevenzione speciale ma che, a ben vedere, nella sua assolutezza, può far trasparire una *ratio* neo-retribuzionistica ed "espressiva" non dissimile da quella appena tratteggiata[73].

Altra differenza rilevantissima, non ritraibile dal testo della L.O. 1/2025 ma propria del sistema spagnolo e lasciata immutata dalla riforma, consiste nella diversa considerazione del preventivo riconoscimento da parte dell'indagato/imputato dei fatti essenziali fondanti l'accusa. Come noto, tale riconoscimento è considerato la "regola" a livello internazionale e sopranazionale[74] e il legislatore spagnolo l'ha espressamente incorporata nell'art. 15 L. 4/2015 (che non pare doversi ritenere abrogato dalla L.O. 1/2025[75]), mentre quello italiano non ne ha fatto il minimo cenno ed anzi, con l'intento di preservare la presunzione d'innocenza, ha evitato di parlare di "autore" del fatto criminoso, adottando la più neutrale locuzione «persona indicata come autore dell'offesa»[76].

Ora, se la configurazione dell'ammissione dei fatti principali quale pre-requisito del percorso riparativo non indica necessariamente un modello di giustizia riparativa *outcome-focused* e *victim-centred*, pur risultando evidentemente coerente con questo, l'esclusione di tale pre-requisito sembra invece implicare l'adozione di un modello diverso, talmente *process-focused* da ammettere esiti "imprevedibili" – divergenti dall'addebito formulato in sede penale – nella stessa ricostruzione dei ruoli e dei fatti della vicenda conflittuale, laddove ciò scatu-

73 A taluni commentatori la nuova preclusione è apparsa «pleonastica» (M. Palma, *Angusto, inefficace, in ritardo. Il decreto legge n. 92/2024*, in Riv. it. dir. proc. pen. [2024] 801), secondo altri invece sarebbe «di dubbia costituzionalità» (F. Fiorentin, *Giustizia riparativa: prospettive e crisi di una riforma che attende ancora Godot*, in Sist. pen. [8.4.2025] 23).

74 Par. 8 dei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, cit.; par. 30 della CM/Rec(2018)8; art. 12, par. 1, lett. *c*, Dir. 2012/29/UE.

75 Cfr. A.M. Carrascosa Miguel, *Del nacimiento de la mediación penal* cit., par. 1.2, la quale conferma il «*Reconocimiento del hecho por parte del infractor*» come principio della mediazione penale.

76 La Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, 366, spiega: «la scelta lessicale contempera il doveroso rispetto della presunzione di innocenza fino all'eventuale condanna definitiva, da un lato, e l'esigenza di mantenere l'uguale considerazione della vittima del reato e di colui che, pur ritenuto responsabile in via definitiva del reato medesimo, non sia sminuito per sempre dall'esperienza della colpa e dell'offesa».

risca dal libero confronto delle parti davanti al mediatore[77]. Vero che la mancanza di una condivisione preventiva del nocciolo degli addebiti comporta forti tensioni e criticità nei rapporti tra processo penale e procedimento riparativo[78] e vero altresì che, nel silenzio del d.lgs. 150/2022, tuttora si dibatte sulla ricavabilità o meno in via interpretativa del pre-requisito *de quo*[79], ma tale omissione pare indiziare una scelta di fondo del legislatore italiano: la presa di distanze da un modello di *Restorative Justice* focalizzato sui soli interessi della persona offesa/parte civile e strettamente vincolato al procedimento penale.

D'altronde, altre centrali disposizioni del d.lgs. 150/2022, in conformità alla tradizione mediatoria italiana[80], riflettono la preferenza per un modello *pro-*

77 L. Bisori, *La giustizia riparativa dalla prospettiva dell'Avvocato*, in Sist. pen. (24.11.2023) 4, in riferimento al contesto italiano, ammette che «la giustizia riparativa sia chiesta dall'imputato anche per far valere la propria innocenza in un contesto *dialogico*, ove può risultare più agevole verificare se l'accaduto sia stato il frutto solo di *incomprensioni* o del *fraintendimento dei propositi* soggettivi dei protagonisti del fatto oggetto del processo» (corsivi nel testo citato).

78 Cfr. F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale* cit., 205 s.; nonché, volendo, D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva* cit., 149 s.

79 Come visto, propende per la soluzione negativa L. Bisori, *La giustizia riparativa*, cit., ma generalmente è affermata l'esigenza, quantomeno, di una dichiarazione di non estraneità ai fatti nei colloqui preliminari col mediatore: v. M. Bouchard, *L'innesto della giustizia riparativa nel processo: l'avvio e la chiusura dalla prospettiva del giudice*, in Sist. pen. (24.11.2023) 6 ss.; E. Mattevi, *La giustizia riparativa* cit., 251; A. Menghini, *Giustizia riparativa: i principi generali*, in Sist. pen. (24.11.2023) 20; R. Orlandi, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in Dir. pen. proc. (2023) 91. Secondo M. Bouchard, F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano 2024, 204 ss., «il riconoscimento dei fatti costituisce un punto di partenza e non di arrivo per il procedimento riparativo» e, in forza dell'art. 12 della "Direttiva vittime" (da ritenersi *self executing*), è necessario presupposto del percorso restaurativo qualora venga coinvolta la vittima diretta, anche se la sua verifica compete non al giudice remittente ma ai mediatori. Anche per V. Bonini, *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. 150/2022*, in Sist. pen. (24.11.2023) 29 s., il riconoscimento dei fatti essenziali del caso «costruisce in effetti il punto di convergenza sul quale si avvia la tessitura riparativa», tuttavia l'A. sottolinea che esso «non è identificabile con una ammissione di responsabilità, perché ha per tema la scarnificata ossatura di una vicenda umana sulla quale le parti aprono ad un incontro dialogico, non preoccupandosi di guardare agli elementi strutturali del reato e ai criteri fondativi della attribuzione di responsabilità [...] resta estraneo qualsiasi significato cognitivo, aprendo piuttosto al riconoscimento dell'altro come individuo partecipe alla medesima vicenda e, quindi, alla dimensione dialogica [...] È la consapevolezza della macroscopica diversità tematica e funzionale dei due "universi di giustizia" a costruire il più solido baluardo a difesa della presunzione di non colpevolezza»; linea analoga è adottata da P. Maggio, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)* cit., 181.

80 Oltre al noto progetto riparativo che ha coinvolto vittime del terrorismo ed ex-terroristi degli anni di piombo, iniziato nel 2007 e descritto in G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano 2015 (gli AA. sono coloro che hanno guidato il progetto e gli stessi incontri mediativi), si consideri che molti mediatori italiani sono stati formati alla scuola di Jacqueline Morineau (madre della mediazione umanistica): v. G. Ghibaudi, *La giustizia che s'incontra con l'umano*, in Sist. pen. (24.11.2023); S. Stefani, *Chi è e cosa fa il mediatore penale? Considerazioni alla luce della riforma Cartabia*, *ivi*; M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, par. 2, evidenziano come, per attivare i primi centri di mediazione italiani semi-pubblici (finanziati dagli enti locali), «i primi mediatori siano dovuti ricorrere a formatori francesi perché in Italia nessuno possedeva ancora simili competenze».

cess-based d'ispirazione umanistica[81]. A cominciare dalla stessa definizione di «giustizia riparativa: 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 lett. *a*). Lo stesso può dirsi per la norma definitoria dell'«esito riparativo: *qualunque accordo*, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e *idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti*» (art. 42 lett. *e*). Esprimono la medesima matrice molti dei principi fissati all'art. 43: «a) la *partecipazione attiva e volontaria* della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato e degli altri eventuali partecipanti alla gestione degli effetti pregiudizievoli causati dall'offesa; b) l'*equa considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa*; [...] f) la *ragionevolezza e proporzionalità degli eventuali esiti riparativi consensualmente raggiunti*; g) l'indipendenza dei mediatori [almeno due per ogni procedimento riparativo] e la loro *equiprossimità* rispetto ai partecipanti ai programmi di giustizia riparativa»; come già rilevato, «h) la *garanzia del tempo necessario* allo svolgimento di ciascun programma»[82].

Come visto, tale impostazione è sì riscontrabile in rilevantissime esperienze mediative d'oltretirreno e in una poderosa legge autonomica[83], ma non è rinvenibile nell'ordinamento spagnolo a livello nazionale. L'unica finalità della giusti-

81 La centralità della dimensione relazionale e personalistica nel modello di *Restorative Justice* italiano è dato sostanzialmente pacifico nella dottrina nostrana (che pure dà letture diversificate del fenomeno, delle sue origini e dei suoi rapporti col diritto penale): oltre ai contributi di cui a nota 3, v. R. Bartoli, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in Sist. pen. (28.7.2023); G. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in Leg. pen. (2.2.2023) 5 s.; già Id., *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, ivi (1.6.2021) 7 ss.; G. Mannozzi, *Gli effetti trasformativi della disciplina organica in materia di giustizia riparativa*, in Giur. it. (2023) 956 ss.; Ead., *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in Arch. pen. Web (31.5.2022) 3 ss.

82 Corsivi dello scrivente. Autorevoli esponenti della magistratura evidenziano tale «prevalenza dell'elemento procedurale – *process-based* volto a privilegiare il dialogo riparativo in tutte le sue forme – rispetto al suo esito», ravvisando «il rischio che, riducendo il fatto a relazione, a "situazione di conflitto interpersonale da cui scaturisce la commissione del reato" [F. Palazzo, Playdoier *per la giustizia riparativa*, in Leg. pen. (31.12.2022) 5], venga completamente perduta la profonda diversità dei bisogni, degli interessi, delle aspettative in gioco dei protagonisti del fatto stesso. Il conflitto esprime una simmetria che occulta la radicale disomogeneità dei ruoli»: M. Bouchard, F. Fiorentin, *La giustizia riparativa* cit., 180. Preoccupazioni queste evidentemente in linea con quelle del C.G.P.J., che però, come si ricorderà, le ha agevolmente fugate "appoggiandosi" ad un testo normativo – la L. 4/2015 – appunto significativamente diverso dal d.lgs. 150/2022 (v. *supra*, par. 2).

83 V. parr. 2.1 e 2.2. Quanto alla *Ley Foral* navarrina, si possono individuare consonanze ulteriori nell'ampio coinvolgimento della (*rectius*, delle) comunità e nella pluralità e atipicità delle tecniche di giustizia riparativa: rispettivamente, artt. 11, 12, 14 e 20 ss. *Ley Foral*; artt. 42, 43, 45, 53 e 56 d.lgs. 150/2022 (tutti profili che rivelano ulteriori dissonanze rispetto alla normativa statale spagnola).

zia riparativa quivi espressamente riconosciuta è quella «*de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito*» (art. 15 L. 4/2015; similmente si esprime il Preambolo della L.O. 1/2025), che la giurisprudenza arricchisce e specifica con l'obiettivo multiplo di «*conseguir una mejor posición de la victima en el proceso penal, que queda más reconfortada con situaciones tales como la petición de perdón del acusado, el arrepentimiento, compromiso de no reiteración en su conducta reprochable social y penalmente, la consignación para pago de la responsabilidad civil y la aceptación y expreso reconocimiento de la ilicitud penal cometida por el mismo*»[84]. La centralità e superiorità della vittima nel percorso riparativo pare indiscutibile, tanto da aver quotato il sintagma *justicia restaurativa* – di per sé espressivo dell'obiettivo di ristoro dell'offeso – a scapito del termine tradizionale *mediación* – appunto troppo legato, secondo il nomoteta iberico, ad una logica partecipativa e a rischio di indebiti livellamenti tra posizioni sociali e giuridiche che invece devono restare nettamente distinte[85]. Inoltre lo stretto intreccio tra procedimento penale e procedimento riparativo – inequivocabilmente testimoniato dal dominio sui tempi da parte del giudice penale e dal chiaro *favor* per l'incastonamento dell'esito riparativo nel patteggiamento – denota l'inclinazione verso un modello "funzionalistico" di *Restorative Justice*, non solo centrato sugli interessi risarcitori (e di soddisfazione *lato sensu* morale) della persona offesa ma anche proiettato verso obiettivi squisitamente statuali di economia processuale.

5. UN BILANCIO SOMMARIO

Nonostante l'avvicinamento tra il sistema italiano e quello spagnolo realizzato dalla L.O. 1/2025, pare potersi concludere rilevando una persistente sfasatura, riflessa in più punti della disciplina e dovuta principalmente alle diverse concezioni di fondo di giustizia riparativa da cui hanno presso le mosse i rispettivi legislatori nazionali. Sfasatura che influisce sull'interpretazione di alcune norme-chiave e che, a sua volta, finisce per esser incrementata da tali divergenze interpretative.

Così, in un modello vittimocentrico, *outcome-focused* e fortemente integrato col sistema punitivo risulta coerente l'attribuzione di un penetrante vaglio valutativo in capo al giudice penale circa il rinvio dei casi al servizio di giustizia riparativa, vaglio in cui avranno un peso determinante le concrete possibilità di ristoro dei danneggiati dal reato e il disvalore tipologico (o socialmente percepito) di quest'ul-

84 Tribunal Supremo, n. 84/2025, cit.

85 V. *supra*, parr. 2 e 3.1.

timo (almeno prima di arrivare ad una sentenza definitiva)[86]; parimenti, l'accordo riparativo eventualmente raggiunto, tendenzialmente, avrà effetti sulla responsabilità penale se soddisfarà esigenze tipiche della giustizia statuale, quali il pronto risarcimento dei danni *ex crimine* e la sostanziale confessione dell'inquisito[87].

Diversamente, in un modello *process-based*, radicato nella tradizione mediatoria umanistica e dotato di maggiore autonomia rispetto al sistema penale, qualora vi sia un'istanza di *referral* proveniente dalle parti sostanziali, il vaglio preventivo del magistrato dovrebbe essere "leggero" e per così dire estrinseco, sostanzialmente circoscritto alla valutazione dei rischi d'inquinamento probatorio e di quelli di vittimizzazione secondaria e di ri-vittimizzazione; il potere di invio d'ufficio, invece, dovrebbe esser usato *cum grano salis*, specie fuori dall'area dei reati estinguibili con la remissione della querela[88]. In tale modello, poi, anche il vaglio terminale del giudice penale sull'esito riparativo dovrebbe esser essenzialmente estrinseco, almeno con riferimento agli istituti configurati in modo tale da dare rilievo diretto ai risultati positivi del percorso riparativo: se v'è un accordo riparativo "certificato" dai mediatori, questo produrrà automaticamente effetti quali l'estinzione della punibilità nei reati perseguibili a querela rimettibile e il riconoscimento dell'attenuante della riparazione negli altri casi[89].

In conclusione, restano significative differenze tra i due sistemi e queste sembrano rifrangersi in differenti punti di forza e differenti criticità.

Il sistema spagnolo, a livello statale, ha sicuramente il pregio della coerenza[90]: ingranaggio fondamentale è il previo riconoscimento della sostanza degli addebiti da parte dell'indagato/imputato; solo questa preliminare (auto-)definizione dei ruoli di *infractor* e correlativamente di *víctima* consente di dischiudere percorsi riparativi *victim-oriented*, la cui auspicata ricaduta processuale è la pena attenuata e patteggiata (laddove non operano meccanismi estintivi)[91]. Si tengono così insieme il rispetto della presunzione d'innocenza, l'obiettivo di un rapido

86 Cfr. V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo* cit., 4 ss.

87 V. ancora V. Magro Servet, *Cómo reducir la carga de trabajo* cit., 4 ss. e Tribunal Supremo, n. 84/2025, cit.

88 Sia consentito il rinvio a D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva* cit., 150 ss.

89 Discorso in parte diverso per quegli istituti sanzionatori che sono integrabili con i risultati riparativi ma sono retti da *rationes* e meccanismi di funzionamento autonomi, quali ad esempio le misure sospensive con messa alla prova; in ogni caso, all'accordo dovrà seguire la riparazione concordata. Sia consentito ancora il rinvio a D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva* cit., 142 ss.

90 Esula dalla presente trattazione il rapporto tra la legislazione nazionale e le normative di livello autonomico, che, come visto, possono integrare la prima (senza derogarvi) anche adottando prospettive marcatamente differenziate (v. in particolare par. 2.2). Ad ogni modo, non è così implausibile che a livello territoriale possano esservi "resistenze interpretative" (dunque applicative) ad una impostazione vittimocentrica e *outcome-focused* calata dall'alto (v. in particolare l'esperienza catalana di cui al par. 2.1).

91 Anche A. Pisconti, *La* Restorative Justice cit., 17 ss. rileva la coerenza del sistema spagnolo, seppur riferendosi alla situazione ante-riforma, che l'A. legge come caratterizzato da un «modello minimale di regolamen-

ristoro dei danni da reato e le esigenze d'efficientamento della macchina giudiziaria. Il rischio principale è quello di una eccessiva funzionalizzazione della giustizia riparativa alle istanze del sistema punitivo, inclusa un'idealizzazione della vittima in chiave generalpreventiva che può aprire ad eccessi neo-retribuzionistici e che può portare al disconoscimento delle esigenze concrete delle stesse vittime reali, come quando per divieto legale o per via interpretativa si estromettono del tutto alcune tipologie criminose dall'orbita della *Restorative Justice*.

Il sistema italiano vanta invece un solido ancoramento a paradigmi partecipativi e umanistici, sforzandosi di valorizzare il franco confronto tra le parti e le sue potenzialità di rigenerazione personale e comunitaria, senza perdere di vista l'obiettivo fondamentale di riparazione integrale dell'offesa. Il rischio principale è quello dell'incoerenza e di una surrettizia nefasta contaminazione tra giustizia riparativa e giustizia punitiva: quando un modello di giustizia così *altro* da quello penale convenzionale stringe rapporti con quest'ultimo, possono innescarsi dinamiche di reciproco condizionamento negativo. Si pensi alla tensione cui verrebbero sottoposti principi-cardine quali quello di presunzione di non colpevolezza o quello d'imparzialità del giudice, laddove, a fronte dell'equivoco dato normativo rappresentato dall'art. 129-*bis* Cpp, questo venisse interpretato nel senso di consentire al giudicante di rinviare d'ufficio al centro di giustizia riparativa un inquisito che non abbia fatto alcuna ammissione di colpa[92]. Oppure si pensi alla non perfetta impermeabilità del procedimento penale rispetto alle dichiarazioni e ai gesti espressi nel corso degli incontri riparativi (la normativa non pone nessun divieto di denuncia da parte del mediatore rispetto a quanto percepito e appreso durante il procedimento riparativo e anche i divieti di testimonianza non sembrano così nitidi[93]), con relativo scuotimento della fondamentale garanzia della confidenzialità dei percorsi mediativi. Ancora, assai problematica risulta l'instaurazione di un vincolo troppo stretto tra esito riparativo e alleggerimento di una risposta sanzionatoria altrimenti aspra, con conseguente offuscamento di principi basilari, quali quello di laicità del dirit-

tazione», ove «non sussistono norme processuali idonee a creare indebite commistioni tra il piano del processo e quello della mediazione» (19).

92 Ipotesi problematica soprattutto a fronte di reati procedibili d'ufficio; cfr., volendo, D. Bianchi, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva* cit., 150; sul tema, recentemente, F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 201 ss.

93 Anzi, a certe condizioni, sussiste un obbligo di denuncia all'A.G. per il mediatore: qualora «vi sia il consenso dei partecipanti alla rivelazione» oppure «il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati» oppure «le dichiarazioni integrino di per sé reato» (art. 52 co. 5 d.lgs. 150/2022); cfr. G. Solinas, *La giustizia riparativa secondo la visione del pubblico ministero*, in Sist. pen. (24.11.2023) 5 s.

to penale, per un verso, e quello della consensualità dei procedimenti riparativi, dall'altro; tale vincolo non è formalmente istituito dalla legislazione italiana ma, soprattutto in connessione con meccanismi sospensivo-probatori quali la M.A.P. e l'affidamento in prova al servizio sociale, il rischio di indebite commistioni non è affatto remoto[94].

Esistono plurime concezioni di giustizia riparativa e plurime possibilità di interazione tra questa e il sistema penale, il quale, a sua volta, è suscettivo di plurimi inquadramenti e orientazioni. In ogni caso, risulta anzitutto imprescindibile fare chiarezza sul modello di giustizia riparativa e sul modello di sistema penale che si vogliono attuare, nel rispetto dei principi sovralegali e dei caratteri identitari di ciascuno di essi; in secondo luogo, tanto a livello legislativo quanto a livello ermeneutico, occorre costruire delle connessioni che siano coerenti coi modelli prescelti e col quadro delle garanzie inviolabili.

94 Rischio colto ben prima della riforma organica del 2022: D. Gaddi, *Mediazione penale, esecuzione della pena e terrorismo: l'incerto ruolo della criminologia nell'analisi di due casi*, in Studi sulla questione criminale (2009) 107 ss.

REFLECTIONS ON THE LEGITIMACY AND LIMITS OF EU SANCTIONS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Magdi Nicoletta Vecchiet

1. THE LEGITIMACY CRISIS OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

The International Criminal Court (ICC) today faces a complex challenge in applying its mandate on a global scale. The context in which it operates is uneven and marked by double standards, as evidenced by the Security Council (UNSC)'s selective practice of referring situations to the Court. With a few important exceptions, the exercise of jurisdiction by the ICC requires the consent of the state where the crimes were committed or the state of nationality of the accused[1]. Representatives of the most powerful states thus remain outside its reach, reinforcing the sense of politicisation of the system. Thanks to their position as non-party states and their veto power within the UNSC, China, Russia, and the United States manage to escape the Court's jurisdiction, despite having repeatedly authorised the opening of investigations into alleged crimes committed on the territory of other non-party states[2]. These dynamics only fuel the perception of selective justice or "victor's justice", the worrying disparity between

1 R. Cryer, *The philosophy of international criminal law*, in A. Orakhelashvili (ed.), *Research handbook on the theory and history of international law*, Cheltenham-Northampton 2011, 560 ss.

2 Moreover, all institutions of international criminal justice, while claiming universal and autonomous authority, structurally depend on the states that establish them, either directly or through international organisations, and guarantee their functioning through political, operational and financial resources. See J.-M. Iyi, *Is international criminal justice the handmaiden of the contemporary imperial project? A TWAIL perspective on some arenas of contestations*, in F. Jeßberger, L. Steinl, K. Mehta (eds.), *International criminal law. A counter-hegemonic project?*, The Hague 2020, 13 ff. The expression of liberal legal cosmopolitanism, indeed, cannot be detached from the context in which it operates: however, much power may be camouflaged through technical-legal operations based on expertise and compliance with rules, courts act as political actors, collecting, processing and redistributing power. See S. Vasiliev, *The crises and critiques of international criminal justice*, in K.J. Heller, F. Mégret, S.M.H. Nouwen, J.D. Ohlin, D. Robinson (eds.), *The Oxford handbook of international criminal law*, Oxford 2020, chap. 27; R. Dicker, *The International Criminal Court (ICC) and double standards of international justice*, in C. Stahn (ed.), *The law and practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, 3 ff.

the victorious and defeated powers, despite the awareness that the effectiveness of the system cannot be separated from the cooperation of all members[3].

The central question addressed in this article is therefore whether, given the structural limitations of international criminal justice, EU restrictive measures can be regarded as a legitimate complementary response to international crimes, or whether their increasing use risks giving rise to new forms of selectivity, politicisation and regulatory fragmentation. The article argues that such measures can, in any case, be considered necessary in the face of a legal and political silence that international criminal law has left partly unresolved. Nevertheless, whilst they may function as a means of complementary accountability, their legitimacy depends on clear limits, effective safeguards and a careful distinction from criminal punishment.

As is well known, the international criminal justice system was established with the fundamental aim of ending impunity for the most serious crimes and has derived significant moral legitimacy from this inspirational purpose[4]. However, this original legitimacy cannot be considered to extend to all the system's modes of operation automatically, nor has it, *per se,* guaranteed the overall legitimacy of its activities in the long term[5]. The question of legitimacy is therefore a recurring theme in the numerous criticisms levelled at institutions, practices, rhetoric and the practical effects of international criminal law (ICL)[6]. It seems unlikely that the current system is successful in deterring potential perpetrators of international crimes, rehabilitating or reintegrating convicted offenders, or fostering reconciliation among post-conflict communities[7]. Put differently, while the international criminal justice system continues to embody an essential normative and enduring aspiration to accountability, its ability to realise that commitment in practice remains necessarily conditioned by jurisdictional limits, dependence on state cooperation and wider geopolitical constraints. As

3 I. Marchuk, *The fundamental concept of crime in international criminal law. A comparative law analysis*, Berlin-Heidelberg 2014.

4 Given the breadth of the concept of 'legitimacy', it should be clarified that, for the purposes of this paper, the term is used in its substantive and functional sense. It refers not only to the formal legality of a measure, but also to the source that permits the exercise of public authority and which is subject to the criteria of regulatory consistency, procedural fairness, proportionality, respect for fundamental rights, democratic accountability and effectiveness. From this perspective, the legitimacy of the restrictions applied by the EU must be assessed using as a benchmark any serious violations of international law and the related consequences provided for by the legal system, without, however, circumventing the safeguards traditionally associated with criminal liability and international criminal justice.

5 L. Arroyo Zapatero, *The criminology of war and the criminal policy of the European Union*, in Contemporary Criminal Law: Quarterly Review 4 (2023) 1-14.

6 S. Vasiliev, *The crises and critiques* cit.

7 *Ibidem*.

a result, responses to some of the most pressing international crises may, in certain circumstances, prove delayed, partial or uneven, and may even give rise to forms of institutional silence.

And it is precisely in this realm between aspirations and institutional constraints that decentralised accountability mechanisms have taken on increasing importance. Their emergence should not be interpreted as a rejection of international criminal justice, but rather as an attempt to support its fundamental objectives through alternative or complementary institutional channels.

Crimes committed in Syria, Iraq and Ukraine have stimulated national and local justice initiatives, with communities independently documenting atrocities and promoting "grassroots" justice and strenuous "lawfare"[8]. Organisations such as the Commission for International Justice and Accountability (CIJA) and the Justice for Peace in Donbas coalition play a crucial role in supporting these efforts, contributing to the development of the ICL[9].

The increasing shift of focus towards criminal responsibility at the local level could be interpreted as a new "Nuremberg moment"[10]. The idea that, in exercising universal jurisdiction, national courts act as proxies of the international community has also been widely supported in legal doctrine. According to this theoretical approach, when a state exercises universal jurisdiction, it does so by virtue of an implicit mandate conferred by the international community[11]. Major regional initiatives include, for instance, the recent proposal to establish a Special Court for the Crime of Aggression, which is a measure of significant political and legal significance. The ICC, as mentioned, while constituting the core of international criminal justice, cannot fully exercise its jurisdiction over the crime of aggression in the absence of an explicit authorisation by the UNSC. This condition is difficult to achieve today. Hence, the need to create an *ad hoc* jurisdiction, formally supported by the CoE through the Resolution of

8 R. Mulgrew, *Towards the development of the international criminal system*, Cambridge 2013.

9 However, the role of civil society organisations in promoting accountability for international crimes remains controversial. On the one hand, national proceedings provide victims with a forum in which to assert their narratives, which is particularly relevant in the so-called «war of narratives»; on the other hand, they operate within an international community of *superiorem non recognoscens*, where some actors justify their conduct by invoking historical prerogatives and territorial claims. See K. Aksamitowska, *The counter-hegemonic turn to «entrepreneurial justice» in international criminal investigations and prosecutions relating to the crimes committed in Syria and Eastern Ukraine*, in F. Jeßberger, L. Steinl, K. Mehta (eds.), *International criminal law* cit., 135 ff.

10 T. Einarsen, *The concept of universal crimes in international law*, Oslo 2012.

11 A. Annoni, *International practice on universal jurisdiction: An overview*, in S. Manacorda, C. Meloni (a cura di), *Le questioni aperte della giustizia penale internazionale nella prospettiva interna.* Atti del Convegno di Studi, Università degli Studi di Milano (29 settembre 2023), Milano 2023.

27 September 2022[12]. These initiatives thus appear to continue moving in the direction of a universal jurisdiction, based on the idea that certain crimes harm the entire human community[13].

The Council of Europe's (CoE) decision is driven by the need to provide concrete answers alongside EU institutions by outlining an action that not only punishes those responsible but also contributes to post-conflict reconstruction and the reform of public institutions in the affected territories[14].

However, even before considering the actual opportunity to put an end to such crimes, it is necessary to recall that the very question of recognising which acts qualify as international crimes remains unsettled. Although the question seems to imply a statement ("which ones are"), rather than an assessment ("which ones should be"), in practice this distinction turns out to be less clear-cut. It is generally agreed that doctrine and practice converge in identifying four core crimes: genocide, war crimes, crimes against humanity, and the crime of aggression[15]. Nevertheless, the absence of a broader consensus on the inclusion of other serious crimes – despite what might by now be expected as established and uncontested – highlights both a normative gap and a political reluctance. In this sense, keeping the debate open is not only inevitable but also necessary,

12 K. Gavrysh, *Special international court on the crime of aggression against Ukraine: Perspectives and critical issues*, in Journal of International Law 1 (2024) 209 ff. The project took concrete form in May 2024, with the signing of an agreement between Ukraine and the Council of Europe aimed at establishing the legal prerequisites for the Tribunal, whose seat is planned to be on Ukrainian territory and whose structure is intended to be multilateral, with funding shared among the member states. On 26 June 2025, Ukrainian President Volodymyr Zelensky and Council of Europe Secretary General Alain Berset formally agreed on the establishment of the Tribunal, with the support of the forty-six member states. The Tribunal will operate in accordance with the standards of international law, while drawing on the constitutional principles of the participating states. It will not be merely an advisory or parliamentary body, but a fully fledged jurisdiction with investigative and prosecutorial powers. See F. Cowell, A. Magini, *Collapsing legitimacy: How the crime of aggression could affect the ICC's legitimacy*, in International Criminal Law Review 17.3 (2017) 517 ff. One of the main critical issues will concern the effective execution of arrest warrants, as illustrated by the precedent concerning Russian President Vladimir Putin. The Tribunal may nevertheless act as an instrument of diplomatic pressure, especially in light of the possibility for non-member states to participate in the proceedings. A further sensitive issue concerns the possibility of trials *in absentia*, which would depart from the model of the Rome Statute. Such a measure, although open to criticism, may be justified by the exceptional nature of the situation, provided that the rights of the defence are fully safeguarded. See M. Chahrōur, *Council of Europe and Ukraine agree to establish special tribunal for the crime of aggression*, in JURIST (26 June 2025) in jurist.org.

13 M. Gur-Arye, A. Harel, *Taking internationalism seriously: Why international criminal law matters*, in K.J. Heller, F. Mégret, S.M.H. Nouwen, J.D. Ohlin, D. Robinson (eds.), *The Oxford handbook of international criminal law*, Oxford 2020, cap. 9.

14 K. Gavrysh, *Special international court* cit., 209-216.

15 A.K. Greenawalt, *What is an international crime?*, in K.J. Heller, F. Mégret, S.M.H. Nouwen, J. D. Ohlin, D. Robinson (eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* cit., cap. 12.

as it offers at least the opportunity to continue and encourage the work of those committed to fostering respect for international law[16].

In this context, it seems appropriate to recall the adoption by the International Law Commission (ILC) of the Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity and the recommendation to the United Nations General Assembly (UNGA) to start the process for the elaboration of an international convention on the subject[17]. Equally recently, in July 2025, the Assembly of States Parties to the International Criminal Court concluded a three-day Special Session at United Nations Headquarters in New York, convened seven years after the activation of the Court's jurisdiction over the crime of aggression. During the session, delegations discussed the ratification, implementation, and application of the Kampala Amendments, underscoring the need for continued dialogue and greater legal clarity[18]. The Assembly adopted by consensus resolution ICC-ASP/S-1/Res.1. *The review of the crime of aggression*, which reaffirmed its commitment to strengthening the Court's jurisdiction and decided to convene another Special Session in 2029 in New York to consider the amendment proposal deposited with the UN Secretary-General in April 2025. Proponents of the reform clarified that the proposal does not intend to alter the definition of the crime of aggression contained in Article 8

16 Antonio Cassese, for example, proposed extending the category to terrorism and torture, while M. Cherif Bassiouni identified as many as twenty-eight international crimes, ten of which – including the four core crimes – would give rise to *jus cogens* obligations. An early version of the Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, drafted by the International Law Commission in 1991, included eleven categories, later reduced to five in the 1996 Draft Code, namely the four core crimes and crimes against United Nations and associated personnel. See A.K. Greenawalt, *What is an international crime?* cit.

17 As noted by Enrico Milano in his presentation at the conference *Harmonisation and Cooperation in International Criminal Law*, in implementation of this recommendation the General Assembly initially entrusted the Sixth Committee with the examination of the Draft Articles, by Resolution 77/249, and subsequently, by Resolution 79/122 of 4 December 2024, convened a United Nations conference of plenipotentiaries, currently scheduled for 2028. The initiative seeks to fill the absence of a specific treaty on crimes against humanity, unlike genocide and war crimes, which are respectively covered by the 1948 Genocide Convention and the 1949 Geneva Conventions, together with the 1977 Additional Protocols. It also aims to strengthen the architecture of international criminal justice by promoting interstate cooperation. More specifically, the initiative pursues two main objectives: on the one hand, to contribute to the implementation of the principle of complementarity enshrined in the Rome Statute; on the other hand, to establish binding legal obligations also for states that are not parties to the Rome Statute, thereby extending the effectiveness of international standards in the prevention and repression of crimes against humanity. See M. Iannuzziello, F. Zazzaro, *Harmonisation and cooperation in international criminal law*, report of the Conference *Harmonisation and Cooperation in International Criminal Law*, University of Milan (13 December 2024), in Sistema penale (9 April 2025).

18 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Assembly of States Parties held a three-day special session on the review of the amendments on the crime of aggression* (July 2025), in icc-cpi.int.

bis, but instead focuses exclusively on the jurisdictional procedures set out in Article 15 bis, particularly paragraphs 4 and 5[19].

The reaction of states to violations of such obligations, such as the suspension of international treaty rights, is generally not based on a right to take countermeasures. On the contrary, it is usually justified by invoking the principle of fundamental change of circumstances (*rebus sic stantibus*), enshrined in Article 62 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties and also referred to in the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the *Wall in the Occupied Palestinian Territories* (2004)[20].

More recent international practice, however, deviates from the cautious view expressed by the ILC in its commentary on Article 54, showing a growing acceptance of collective countermeasures. The sanctions adopted by the EU against Iran, Syria and Russia – in particular for the annexation of Crimea and the conflict in Ukraine – as well as the measures of other states (USA, Canada, Australia, Japan), indicate a consolidated tendency to consider such countermeasures legitimate in response to serious violations of imperative norms and of *erga omnes* obligations. Furthermore, it is according to this latter profile that the measures implemented by the EU against Russia can be assessed[21].

2. EUROPEAN UNION RESTRICTIVE MEASURES: LEGAL BASIS, FUNCTION AND TYPOLOGIES

Restrictive EU measures represent a distinct yet related form of legal and political response within this analysis. Their significance lies not in their ability to establish individual criminal liability, but in their capacity to exert pressure,

19 See A. Amadio, *The 23rd session of the Assembly of States Parties to the Rome Statute: What future for the International Criminal Court?*, in Observatory on the activities of international and supranational organisations, s.d., in osorin.it. Concretely, the proposal aims to enable the Court to exercise jurisdiction where at least one of the states involved – whether the aggressor state or the victim state – is a party to the amendments, thereby overcoming the current requirement of double ratification. It is therefore unsurprising that the harmonisation proposal has attracted criticism, being regarded by some as an instrumental initiative directed, in particular, against Russia. See C. Mcdougall, *Expanding the ICC's jurisdiction over the crime of aggression*, in Journal of International Criminal Justice 22.3-4 (2024) 543 ff. Such a reading, however, overlooks the fact that the review process had already been envisaged both when the Kampala Amendments were adopted, by RC/Res.6, para. 4, and when jurisdiction over the crime of aggression was activated in 2017 by the Assembly of States Parties, by ICC-ASP/16/Res.5. The review is therefore not a reaction to contingent events, but a planned step in the institutional evolution of the international criminal justice system. See P. Grzebyk, *Myths around the review process of the Kampala amendments on the crime of aggression*, in EJIL: Talk! (6 June 2025), in ejiltalk.org.

20 E. Cannizzaro, *On the special consequences of a serious breach of obligations arising out of peremptory rules of international law*, in Id. (ed.), *The present and future of jus cogens*, Roma 2015, 133-144.

21 K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design of EU restrictive measures against Russia*, in Journal of European Integration (2023) 377-394.

express condemnation and discourage specified conduct in situations where the attribution of criminal liability may be delayed, incomplete or stalled at the institutional level.

The EU employs sanctions and restrictive measures as a key instrument of foreign policy, aimed at achieving the objectives outlined in the Treaty on European Union (TEU), particularly Articles 3(5) and 21. These measures contribute to the maintenance or restoration of international peace and security, while also promoting respect for human rights, democracy, and the rule of law, and protecting the EU's fundamental values and interests[22]. Economic sanctions can, therefore, be defined as a tool generally imposed by a state or international organisation against a state, or against specific individuals, companies or organisations in response to violations of international law or, more generally, to behaviour considered harmful to the global order, carried out or facilitated by the recipients themselves to change their policies[23]. However, as will be further examined below, sanctions can take a wide variety of forms.

The EU sanctions regime develops along a dual track: on the one hand, sanctions can be adopted in implementation of binding resolutions of the UNSC (under Chapter VII of the UN Charter); on the other hand, they can be introduced autonomously by the EU, unilaterally, within the framework of its Common Foreign and Security Policy (CFSP)[24]. Although the provisions of the UN Charter do not directly address the Union, two distinct profiles need to be considered.

At the international level, EU Member States, as members of the UN, are obliged to respect the decisions of the UNSC, as set out in Articles 25, 48(2), and 103 of the UN Charter, which take precedence over other international obligations. At the EU level, the Lisbon Treaty aligns the Union's external ac-

22 Over time, the European Union has established guiding principles for the adoption, implementation, monitoring and evaluation of restrictive measures. Particularly relevant in this regard is the document approved by the Political and Security Committee in June 2004, entitled *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures*, later incorporated into the *Guidelines on the Implementation and Evaluation of Restrictive Measures*, most recently updated in May 2018. Reference should also be made to the Council document on *Best Practices for the Effective Implementation of Restrictive Measures*, adopted in May 2018. See A. Zanobetti, *Sanctions, more sanctions: Minimal notes on EU restrictive measures*, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies 3 (2023).

23 L. Bernardini, *La funzione «servente» della giustizia penale nell'enforcement delle sanzioni economiche dell'UE*, in A. Oriolo, A.R. Castaldo, A. Di Stasi, M. Nino (a cura di), *Criminalità transnazionale e Unione europea*, Napoli 2024, 79-105.

24 Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures really targeted, temporary and preventive? The case of Belarus*, in Europe and the World: A Law Review 6.1 (2022).

tion with the principles of the UN Charter, recognising the central role of the Security Council in protecting peace[25].

In terms of content, the EU can opt for a straightforward transposition of the sanctions provided for by the UNSC or reinforce them by adopting additional measures, resulting in a mixed sanctions regime[26]. The autonomous adoption of sanctions by the EU, on the other hand, represents a more recent development in the evolution of its foreign policy, emerging not only as a tool to enhance the Union's strategic autonomy but also as a response to the pressing need for timely action in line with the expectations of the international community[27]. At the same time, this evolution reflects the EU's attempt to fill a normative gap, given the silence of international law on the competence of regional organisations to autonomously adopt restrictive measures. This circumstance has sparked both legal and political debate. Indeed, the growing importance of autonomous sanctions is also linked to the progressive paralysis of the UNSC, brought about by the abuse of the veto power by permanent members (Art. 27(3) UN Statute), which often prevents an effective multilateral response to crises[28].

Quantitatively, autonomous sanctions today exceed those adopted in the implementation of UN resolutions[29]. They are characterised by a predetermined and limited temporal scope, after which their continuation, amendment, or termination is subject to formal review[30].

25 See M. Payandeh, H. Sauer, *European Union: UN sanctions and EU fundamental rights*, in International Journal of Constitutional Law 7.2 (2009) 306 ff. This commitment is also reiterated in the 2018 Guidelines, which set a thirty-day deadline for the implementation of measures adopted under Article 41 of the Charter. See F. Marrella, *Economic sanctions against Russia and the fulfilment of international contracts*, in Italia Oggi (2014) 4 ff.

26 See COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Types of sanctions the EU adopts* (12 April 2024), in consilium.europa.eu. Practice confirms the broad use of this approach, for instance in response to serious human rights violations, as in the cases of the Central African Republic, the Democratic Republic of the Congo, Guinea-Bissau, Liberia, Libya, Sudan and South Sudan; threats to the territorial integrity of states, as in the cases of Eritrea, Mali, Yemen and Somalia; nuclear proliferation, as in the cases of Iran and North Korea; and terrorism, including the regimes established by Security Council Resolutions 1267/1999 and 1988/2011. See C. Eckes, *EU restrictive measures against natural and legal persons: From counterterrorist to third country sanctions*, in Common Market Law Review 51.3 (2014) 869 ff.

27 Initially, the European Economic Community limited itself to implementing decisions adopted by the United Nations Security Council. From the 1980s onwards, the first unilateral sanctions, including those against Argentina, Libya and the USSR, emerged in connection with European Political Cooperation. Following the Maastricht Treaty, the European Union progressively developed an autonomous sanctions capacity, which was further consolidated in 2004 with the adoption of the *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures*, thereby formalising the legal and operational framework for their use. See F. Giumelli, F. Hoffmann, A. Książczaková, *The when, what, where and why of European Union sanctions*, in European Security 30.1 (2021) 1 ff.

28 K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit., 377-394.

29 C. Morviducci, *EU restrictive measures and international law: Some problematic aspects*, in Eurojus 2 (2019), in rivista.eurojus.it.

30 Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures* cit.

The restrictive measures adopted by the EU apply to a wide range of subjects and primarily fall into two categories: on the one hand, sanctions directed against third states; on the other hand, those directed against natural and legal persons, as well as non-state actors[31]. Sanctions directed against third states, adopted within the framework of the CFSP, are, with some exceptions, generally subject to the rule of unanimity in the Council of the European Union, in accordance with Article 29 TEU[32].

The ban on the export of armaments and military equipment, commonly referred to as an arms embargo, is imposed by the EU Council under Article 29 TEU[33]. As this matter falls within the sovereign competence of the Member States, its implementation is carried out at the national level[34]. In contrast to measures related to military equipment, economic, trade, and financial sanctions fall within the EU's competence and are therefore adopted and implemented at the EU level[35].

Regarding economic, trade, and financial measures, it is necessary to clarify the applicable legal and procedural framework. The dual legal basis – the CFSP Decision (a political act) and the Regulation (a binding regulatory act) – guarantees the effectiveness of the measures adopted, which are immediately binding on all Member States and all economic operators carrying out activities within the EU's territory, regardless of their nationality, as well as on EU-based companies operating globally[36].

31 The latter category includes, for example, public officials, members of the armed forces, former government representatives, businessmen linked to the regimes concerned, as well as non-state groups and organisations, including terrorist formations. See F. Marrella, *Economic sanctions* cit.

32 C. Morviducci, *EU restrictive measures* cit.

33 V.V. Voynikov, *EU anti-Russian sanctions (restrictive measures): Compliance with international law*, in Herald of the Russian Academy of Sciences 92 suppl. 7 (2022) 636-642.

34 The embargo entails a prohibition on the sale, supply, transfer, and transport of arms and military equipment, as well as a ban on technical or financial assistance in the military sphere. Such measures may also include "dual-use" items, i.e. goods and technologies that can be used for both civil and military purposes. See Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures* cit.

35 See V.V. Voynikov, *EU anti-Russian sanctions* cit. The procedure involves a first phase in which the Council, acting unanimously within the framework of the CFSP pursuant to Article 29 TEU, adopts the political decision to impose sanctions. This is followed, on the joint proposal of the High Representative and the Commission, by the adoption of an implementing regulation by the Council, acting by qualified majority under Article 215(1) TFEU, with the European Parliament being informed. See G. Gaeta, *EU foreign policy economic sanctions and the duty to state reasons: The Court of Justice's indications on the right to control in the field of fundamental freedoms*, in Criminal Archives 1 (2022).

36 Economic and trade restrictions are among the most frequent and effective sanctioning instruments, given the European Union's economic weight in international markets. They may include prohibitions on the import or export of certain goods and services, the imposition of duties, restrictions in the areas of transport, investment and capital movements, the withdrawal of tariff preferences, and prohibitions on access to ports and airports by entities linked to the state targeted by the restrictive measures. See C.M. Ceolotto, *The complex*

In view of the procedural difficulties associated with the CFSP's requirement of unanimity, the EU has instead adopted alternative mechanisms to impose restrictive economic measures. A relevant reference is Article 218(9) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which allows the Council to suspend the application of an international agreement in the event of serious violations by a third contracting state[37]. If the agreement has been approved by a qualified majority (as is usually the case), the suspension decision can also be adopted by a qualified majority[38]. This instrument is highly political, as it is based on considerations of respect for fundamental rights and consistency with the EU's objectives for cooperation[39].

Similarly, the EU may resort to retaliatory measures, which, although not formally qualified as "sanctions", produce equivalent effects. Such measures may include restrictions on diplomatic contacts, suspension of official visits, interruption of bilateral negotiations, suspension of development aid programmes, and withdrawal of trade preferences (e.g., under the Generalised System of Preferences), as well as bans on the import of certain products from the third state concerned[40].

The EU resorts to "targeted" restrictive measures (targeted sanctions) against non-state actors to reduce the adverse humanitarian effects that could result from generalised sanctions aimed at a state, while at the same time increasing the effectiveness of the sanctioning intervention by directly targeting those responsible for the conduct that justified the adoption of the measure[41]. The complementary role of restrictive measures, however, becomes all the more sensitive when sanctions are directed not only against states. At this level, the distinction between preventive governance and punitive effects indeed becomes

balance between general principles on customs penalties, between regulatory evolution and the jurisprudence of the Court of Justice, in Eurojus 4 (2022), in rivista.eurojus.it.

37 V.V. Voynikov, *EU anti-Russian sanctions* cit., 636-642.

38 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Types of sanctions* cit.

39 A relevant example is the partial suspension of the 1977 cooperation agreement with Syria, decided by the EU Council in response to serious human rights violations. The decision, based on Articles 2(5) and 21 TEU, introduced restrictive measures on trade and financial transactions involving oil, gold, diamonds and precious metals. See K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit., 377-394.

40 L. Lonardo, *Challenging EU sanctions against Russia: The role of the Court, judicial protection, and Common Foreign and Security Policy*, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies 25 (2023) 40-63.

41 See Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures* cit. This approach is reflected in the *Basic Principles on the Use of Restrictive Measures* of 2004, which emphasise the need to focus sanctions on individuals and entities responsible for, supporting, or benefiting from the policies or actions condemned by the European Union. Similarly, the *Guidelines on the Implementation and Evaluation of Restrictive Measures* of 2018 specify that restrictive measures should target those directly involved in, or benefiting from, the sanctioned conduct. See C. Morviducci, *EU restrictive measures* cit.

even less clear-cut, requiring closer attention to procedural safeguards and fundamental rights.

The adoption of restrictive measures against non-state actors is based on two distinct articles of the TFEU: Article 215(2) and Article 75. The former constitutes the general legal basis for sanctions related to serious threats or violations of international law and the fundamental values of the EU (e.g. terrorism, weapons proliferation, human rights violations). The second is narrower in scope and applies exclusively to counter-terrorism measures within the area of freedom, security and justice[42]. The two provisions differ in scope, types of measures, and adoption procedures[43].

As reiterated by the Council of the European Union in its *Guidelines on the Implementation and Evaluation of Restrictive Measures* (2018), the adoption and implementation of restrictive measures must be carried out in full compliance with international law, particularly with fundamental principles relating to human rights. This implies, *inter alia*, respect for the right to a fair trial and the right to an effective remedy by the individuals concerned. Such measures must also be proportionate to the objectives pursued and provide for derogation mechanisms in the presence of humanitarian need[44]. They must also be subject to periodic review to assess their effectiveness and consistency with their original purpose[45].

42 G. Gaeta, *EU foreign policy economic sanctions* cit.

43 See C. Eckes, *EU restrictive measures against natural and legal persons: From counterterrorist to third country sanctions*, in Common Market Law Review 51.3 (2014) 869 ff. Under Article 215(2) TFEU, the European Union may adopt a wide range of restrictive measures, including the freezing of funds and assets of listed natural or legal persons, travel bans and entry bans into the territory of the Union, whose implementation falls within the responsibility of the Member States, restrictions on the export of specific goods or equipment, and financial measures aimed at limiting access to capital markets. See COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Types of sanctions* cit. Article 75 TFEU, by contrast, covers only administrative measures concerning capital movements and payments, such as the freezing of funds, financial assets or economic gains. See C. Morviducci, *EU restrictive measures* cit. Measures based on Article 215 follow the procedure applicable to sanctions against states: first, a political decision is adopted unanimously by the Council within the CFSP framework, pursuant to Article 29 TEU; subsequently, an implementing regulation is adopted by qualified majority, on a joint proposal of the Commission and the High Representative, with the European Parliament being informed. See C. Morviducci, *EU restrictive measures* cit. By contrast, Article 75 TFEU provides for the ordinary legislative procedure, based on a Commission proposal and joint approval by the European Parliament and the Council. See P. Van Elsuwege, *The adoption of «targeted sanctions» and the potential for inter-institutional litigation after Lisbon*, in Journal of Contemporary European Research 7.4 (2011) 488 ff.

44 K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit., 377-394.

45 The obligation to respect fundamental rights applies to all restrictive measures adopted by the European Union, both when they implement binding United Nations Security Council resolutions and when they are autonomously adopted within the framework of the Common Foreign and Security Policy. This requirement has been emphasised by the Court of Justice of the European Union, particularly in the well-known *Kadi* case law, which affirmed the autonomy of the Union legal order in ensuring respect for fundamental rights, including in relation to measures adopted for the implementation of international obligations. See S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes in EU restrictive measures adopted in reaction to Russia's aggression on Ukraine*, in Eurojus (2023).

The balance between the effectiveness of restrictive measures and the requirements of legality has, notably, been progressively defined by the case law of the European Court of Justice, which has thus made judicial review, procedural safeguards and the autonomy of the EU legal order central elements of the constitutional framework governing restrictive measures. From the *Kadi* judgments to those relating to the *Rosneft* and *Bank Mellat* cases, the Court has, in fact, specified that such measures, even when adopted in highly sensitive areas such as international security or the common foreign and security policy, cannot be exempted from its review[46].

In recent years, in addition to its traditional geographically based sanctioning regimes, the EU has introduced global sanctioning regimes that allow for targeted restrictive measures against individuals, entities, or bodies, whether state or non-state, regardless of where the violations or abuses have been committed[47]. Particularly prominent among these is the global human rights regime, inspired by the US *Global Magnitsky Act* and similar legislation adopted by some Member States. This regime was formalised through the CFSP Decision 2020/1999 and Regulation (EU) 2020/1998[48].

46 Against this background, the *Kadi* case law remains the constitutional cornerstone of judicial review of EU sanctions and the autonomy of the EU legal order. In *Kadi I*, the Court held that the implementation within the EU legal order of restrictive measures adopted pursuant to UNSC resolutions could not be exempted from review in the light of EU fundamental rights, thereby affirming the autonomy of the Union legal order and the central importance of the right to be heard, the right to effective judicial protection and the right to property. See Court of Justice, 3 September 2008, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation vs Council and Commission*. In *Kadi II*, the Court further clarified that EU courts must be able to verify whether the grounds relied upon for listing are sufficiently detailed, specific and substantiated, thereby strengthening the requirements of effective judicial protection, proportionality and evidentiary review. See Court of Justice, 18 July 2013, Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, *Commission and Others vs Kadi*. The same constitutional logic is also relevant beyond the context of United Nations sanctions. In *Rosneft*, the Court confirmed its jurisdiction, through the preliminary ruling procedure, to examine the legality of certain CFSP restrictive measures, thereby limiting the view that sanctions adopted in the field of foreign policy are entirely exempt from judicial review. See Court of Justice, 28 March 2017, Case C-72/15, *Rosneft*. Finally, in *Bank Mellat*, the Court emphasised the importance of the obligation to state reasons and of a sufficiently sound factual basis, confirming the annulment of the restrictive measures where the Council had failed to establish, without manifest error of assessment, the factual basis justifying the applicant's inclusion on the list. See Court of Justice, 18 February 2016, Case C-176/13 P, *Council vs Bank Mellat*. On the constitutional significance of the *Kadi* saga, see, among others, G. De Búrca, *The European Court of Justice and the international legal order after Kadi*, in Harvard International Law Journal 51.1 (2010) 1 ff.; A. Gattini, *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation vs Council and Commission, Judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008*, in Common Market Law Review 46.1 (2009) 213 ff.; J. Kokott, C. Sobotta, *The Kadi case. Constitutional core values and international law. Finding the balance?*, in European Journal of International Law 23.4 (2012) 1015 ff.

47 K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit., 377-394.

48 L. Arroyo Zapatero, *The criminology of war* cit., 1-14.

The restrictive measures envisaged affect individuals deemed responsible for, supporting or benefiting from serious violations of human and other fundamental rights[49].

The list of sanctioned entities is approved unanimously by the EU Council, upon the proposal of a Member State or the High Representative and is continuously updated. In practice, this regime has been applied to Russian, Chinese, Chechen and Wagner Group members, among others[50].

3. SANCTIONS AGAINST RUSSIA BETWEEN LEGALITY, EFFECTIVENESS AND POLITICAL NECESSITY

Compared to the restrictive measures adopted in 2014, the Council significantly broadened the designation criteria after the conflict began in 2022[51]. The seriousness of Russia's violations of international law motivated a progressive expansion of the criteria for designating restrictive measures initially adopted against those who had undermined or threatened the territorial integrity, sovereignty, and independence of Ukraine, reaching almost 1,800 individuals and groups[52]. The recipients of such measures currently include not only the highest offices of the Federation and officials at all levels, but also non-state actors and natural or legal persons not directly responsible for the Russian government's illicit activities, such as banking and financial institutions, influential businesspeople, pro-government propagandists, and press organs[53]. These measures aim to inflict severe consequences on Russia for its aggression against Ukraine and to reduce its ability to continue the armed conflict.

The sixth and eighth sanctions packages introduced further sectoral restrictions on the provision of services, which had never been subject to sanctions be-

49 See L. Lonardo, *Challenging EU sanctions against Russia* cit. The measures include bans on entry into, or transit through, the territories of the Member States, the freezing of funds and economic resources, and the prohibition for EU operators to make funds or economic resources available to sanctioned individuals. Exemptions are provided, inter alia, on humanitarian or judicial grounds. See S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

50 L. Arroyo Zapatero, *The criminology of war* cit., 1-14.

51 S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

52 L. Lonardo, *Challenging EU sanctions against Russia* cit., 40-63.

53 See K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit. In addition to individual restrictive measures, the European Union introduced several sectoral measures, including import and export bans and restrictions concerning road and maritime transport, aviation, energy, defence, and the financial and banking systems. See L. Lonardo, *Challenging EU sanctions against Russia* cit. For instance, in February 2022, the European Union closed its seaports, airports and airspace to the Russian Federation. See S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

fore[54]. On 1 March 2022, the Council of the European Union introduced a new form of sectoral restrictive measure concerning media broadcasting activities. Although similar measures had already been adopted in the past, this was, for the first time, an explicit ban on EU operators broadcasting news content from certain media outlets, specifically *Russia Today* and *Sputnik*, which the Russian Federation directly funds. The measure was subsequently extended to other media outlets and renewed over time. In parallel, some propagandists identified as instruments of disinformation were included on the EU's sanctions list[55].

Of all the sectoral measures, the financial sanctions represent the most incisive economic intervention. The Union has essentially excluded Russia from its capital markets and financial services by banning transactions with Russian state-owned entities, including the Central Bank of the Russian Federation, the Regional Development Bank, and numerous state-owned enterprises operating in strategic sectors (such as Rosneft, Transneft, Gazprom Neft, Almaz-Antey, and Rostec)[56]. Additionally, financial messaging services, particularly the SWIFT system, have been banned at several Russian banking institutions. Other bans concern public financing, direct investments in Russia, and participation in projects co-financed by the Russian Direct Investment Fund[57].

A significant innovation introduced by this sanctions regime is the application of nationality-based prohibitions. This feature marks a departure from the traditional sanctions approach, which has typically targeted specific states, governments, or individuals and entities identified by name, applying regardless of personal conduct. This raises sensitive issues relating to proportionality, non-discrimination, and the protection of fundamental rights.

Unlike individual restrictive measures, which affect natural or legal persons named and specifically listed in the Annexes to Decision 2014/145/CFSP and Regulation (EU) 269/2014, financial sanctions based on nationality criteria, provided for in Decision 2014/512/CFSP and Regulation (EU) 833/2014, ap-

54 It is now prohibited to provide the Russian government and legal persons, entities or bodies established in Russia with a wide range of professional services essential to business activity, including accounting, statutory auditing, tax and management consultancy, public relations services, IT consultancy, legal advisory services, architecture and engineering services. With regard to the prohibition on the provision of legal advisory services, several bar associations have brought actions before the General Court of the European Union challenging its legality under EU law. See S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

55 *Ivi*.

56 L. Lonardo, *Challenging EU sanctions against Russia* cit.

57 S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

ply to all natural persons of Russian nationality, residents of Russia and legal persons, entities or bodies established in that state[58].

Although the underlying rationale often rests on the need for efficiency and rapid implementation, this approach, intended to ensure that citizens of the state concerned cannot circumvent the restrictions, blurs the line between individual responsibility and collective attribution. This innovation has therefore been criticised for its potential conflict with fundamental principles of EU law, such as equality before the law and respect for individual legal protection, while also reflecting the Union's attempt to respond quickly to international crises in the absence of more nuanced enforcement tools[59]. In other words, although EU restrictive measures do not formally entail the attribution of criminal liability, their effects may in some cases approximate a punitive logic, especially where listing decisions are connected to allegations of involvement in serious violations of international law and are adopted in the absence of the procedural guarantees normally associated with criminal proceedings[60].

Moreover, EU restrictive measures, by their very nature, are preventive and temporary instruments, subject to six-monthly or annual review, and are not designed as criminal sanctioning mechanisms capable of ensuring justice for crimes committed[61]. In other cases, the Council has adopted a more cautious approach, either merely designating subjects for serious human rights violations rather than for international crimes, or linking certain illegal conduct, such as

58 *Ivi*.

59 V. Trstenjak, *EU sanctions against third countries. Legal bases for EU sanctions against Russia and its citizens*, in *European Studies: The Review of European Law, Economics and Politics* 10 (2023) 15 ss.

60 In this context, the distinction between administrative or preventive restrictive measures, criminal sanctions and hybrid forms of punitive governance should not be understood as rigid or clear-cut. Formally, EU restrictive measures are preventive and administrative instruments, designed to influence behaviour, prevent the continuation of unlawful situations and safeguard the objectives of the Common Foreign and Security Policy. Criminal sanctions, by contrast, presuppose a judicial determination of individual criminal liability and are accompanied by the safeguards traditionally associated with criminal proceedings. Between these two poles, however, there are increasingly hybrid mechanisms which, although not formally criminal, can produce punitive, stigmatising or incapacitating effects comparable to those of criminal law. The distinction is therefore useful primarily for analytical purposes. The categorisation helps to identify the applicable legal regime and the required safeguards, whilst recognising that, in practice, restrictive measures may overlap with punitive governance when they target individuals or entities on the basis of conduct linked to serious violations of international law. On this functional approach to the punitive nature of formally non-criminal measures, see, by analogy, European Court of Human Rights, *Engel and Others vs the Netherlands*, 8 June 1976; European Court of Human Rights, *Welch vs the United Kingdom*, 9 February 1995. With specific regard to EU restrictive measures, see L. Bernardini, *The 'auxiliary' function of criminal justice in the enforcement of EU economic sanctions*, in A. Oriolo, A.R. Castaldo, A. Di Stasi, M. Nino (eds.), *Transnational Crime and the European Union*, Naples 2024, 79 et seq.; R. Virzo, *EU Freezing and Confiscation Measures: Balancing Human Rights and the Risks of Sanctionary Excesses*, in Human Rights and International Law 1 (2024).

61 Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures* cit.

the deportation of minors, to violations of Ukraine's territorial integrity and independence[62].

The European sanctions regime, therefore, qualifies as a provisional, non-criminal measure. Precisely because of this characteristic, EU institutions often use it as a flexible tool to effectively pursue the objectives of general interest defined in restrictive packages. However, this flexibility is a double-edged sword: sanctions are often imposed without rigorous safeguards, which can lead to potential friction with fundamental principles of law. Among the most obvious concerns is the presumption of innocence, the exceptional nature of which has been recognised by the Court of Justice of the European Union[63]. The adoption of measures that penalise natural or legal persons without the guarantees of a proper judicial process raises difficult questions about the boundary between legitimate preventive action and the erosion of fundamental legal safeguards.

Furthermore, the increasing normalisation of such practices risks transforming an emergency tool into a routine governance tool, thereby diluting its extraordinary character. At the same time, these sanctions, imposed in response to war, cannot be assessed solely on legal grounds; they also require an evaluation of their actual effectiveness in reducing violence or ending conflict[64]. This dual tension – between legality and efficiency, rights and security – highlights both the political usefulness and the regulatory fragility and apparent silence of the European sanctions regime.

4. CONCLUDING REMARKS

In conclusion, despite the unprecedented scope of the sanction measures applied to Russia, it is evident that these instruments suffer from critical structural limitations. The international legal framework, and in particular the International Criminal Court system, has often struggled to provide timely and effective responses. In many respects, international and EU rules fail to clearly define the scope, limits, and coordination of restrictive measures, leaving ample room for political discretion. The result is a variable geometry that reflects not only the divergences and difficulties in cooperation among states, but also the enduring "silences" of the law. The tension between legal gaps and political necessity has thus become a defining feature of the current regime, exemplifying

62 K. Meissner, C. Graziani, *The transformation and design* cit.

63 R. Virzo, *EU freezing and confiscation measures between respect for human rights and risks of sanctioning drifts*, in *Human Rights and International Law* 1 (2024).

64 L. Arroyo Zapatero, *The criminology of war* cit., 1-14.

how crises accelerate both the use and the contestation of poorly defined legal instruments and of new frontiers of law.

Against this background, the European Union's restrictive measures cannot be regarded as a substitute for international criminal justice, but rather as a complementary and necessarily provisional response in contexts where the determination of criminal liability is delayed, incomplete or constrained by institutional limitations; in other words, a terrain left silent by law. Their legitimacy, therefore, depends on compliance with strict procedural safeguards, including the provision of clearly stated and individualised reasons, access to effective judicial review, the periodic re-examination of the measures adopted, respect for the principle of proportionality, and the full protection of fundamental rights. From this perspective, a greater judicialisation of sanctions appears necessary not to equate them with penalties in the strict sense, but to ensure that their preventive and political-institutional function can coexist consistently with the safeguards traditionally associated with the attribution of criminal liability.

Since the beginning of the Russian aggression, the European Commission has reiterated the Union's commitment to justice for Ukraine and its people, strengthening its cooperation with the ICC and supporting the Prosecutor's work with over EUR 10 million[65]. In parallel, the Commission, the Council and the Member States have launched unprecedented coordination to investigate international crimes committed on Ukrainian territory, while intensifying efforts to ensure the uniform application of restrictive measures and to reinforce enforcement mechanisms.

Yet, even the EU's approach is far from free of contradictions. The implementation of restrictive measures falls within the competence of the Member States and, in the absence of harmonisation at the EU level, national authorities have adopted divergent definitions of violations and heterogeneous administrative or criminal sanctions[66]. This fragmentation fosters forum shopping, undermines the credibility of EU action, and weakens the pursuit of the CFSP's objectives[67]. Moreover, the need to overcome potential vetoes in the Council has often required compromises in the form of temporary and targeted derogations, later expanded and adapted, thereby consolidating a variable geometry that reflects the constant tension between solidarity with Ukraine and the pro-

65 S. Poli, F. Finelli, *Context specific and structural changes* cit.

66 L. Arroyo Zapatero, *The criminology of war* cit., 1-14.

67 C. M. Ceolotto, *The complex balance* cit.

tection of national interests[68]. These same features, however, reopen the question of legitimacy, given the risk of indiscriminate application of sanctions, and raise doubts about their democratic appropriateness. Finally, their sustainability is also uncertain: taken unilaterally and applied to entire sectors and populations, sanctions risk producing consequences that extend well beyond their immediate political objectives.

68 Y. Miadzvetskaya, C. Challet, *Are EU restrictive measures* cit.

CAPITOLO IV

Il silenzio delle vittime

I PERCORSI RIPARATIVI NEI CASI DI VIOLENZA CONTRO LE DONNE.

La narrazione come risposta al "silenziamento" della vittima fra dinamiche di reificazione e "ingiustizia epistemica"

Marta Lamanuzzi

«La vulnerabilità scaturisce dalla relazione sociale,
oltre che intersoggettiva, nella misura in cui all'esposizione
all'altro corrisponde il potere dell'altro sul sé [...].
Il contrario di vulnerabilità non è pertanto invulnerabilità,
*ma capacità di riattivare l'*agency*».*

Silvia Pierosara[1]

1. LA "REIFICAZIONE" E IL "SILENZIAMENTO" DELLA VITTIMA NELLA VIOLENZA CONTRO LE DONNE

Il tema del "silenzio" gioca un ruolo fondamentale in molte esperienze di vittimizzazione, poiché sono molteplici i processi attraverso i quali la vittima di un reato viene "silenziata" prima, durante e dopo l'offesa.

Prima e durante la commissione del fatto criminoso, il "silenziamento" si inserisce sovente in una più ampia strategia di "reificazione" della persona che subisce l'aggressione. Trasformare *simbolicamente* l'altro in oggetto, di fatto deumanizzandolo, è una tecnica che – come si spiega in criminologia – favorisce l'agire deviante in quanto produce la disattivazione o l'attenuazione del controllo morale sulle proprie azioni. Sykes e Matza, nella loro teoria delle neutralizzazio-

1 S. Pierosara, *Vulnerabilità e consolazione: narrazione come cura*, in L. Alici, F. Maiano (a cura di), *L'etica nel futuro*, Napoli 2020, 183.

ni[2], e Bandura, nei suoi studi sul disimpegno morale[3], ad esempio, illustrano gli effetti di deresponsabilizzazione e, quindi, di agevolazione della commissione del crimine connessi alla proiezione di caratteristiche negative e indesiderabili sulla vittima, considerata ora inferiore ora degna di biasimo, fino a trasfigurarla in una "non-persona", in quanto tale non meritevole di rispetto e non titolare di diritti.

Con specifico riferimento alla violenza contro le donne, Martha Nussbaum descrive sette modalità di "oggettualizzazione" (*objectification*[4]) della vittima, talvolta prodromiche all'azione violenta, altre volte consistenti esse stesse in una forma di violenza. La prima dinamica ruota attorno all'idea di strumentalità e ricorre quando l'uomo *usa* la donna alla stregua di uno strumento a servizio dei propri scopi. La seconda è la negazione dell'autonomia e si sostanzia nel trattare l'altra persona come se fosse priva della facoltà di decidere e di determinarsi in modo autonomo. In terzo luogo, viene in gioco l'inerzia o passività, che si riferisce ad atteggiamenti che sottendono l'altrui mancanza di *agency*, vale a dire di capacità di iniziativa e di azione. In una rilettura della teoria, si è proposto di includere espressamente in questa strategia il c.d. "silenziamento", che consiste nel comportarsi come se l'altro fosse muto, incapace di parlare[5]. Proseguendo nella disamina, per fungibilità si intende la tendenza dell'"oggettualizzatore" a rapportarsi con la persona-oggetto come se fosse intercambiabile con altre con caratteristiche simili. Ancora, la nozione di violabilità rimanda al fatto che l'uomo talvolta tratta la donna come se fosse priva di confini, suscettibile di essere "invasa", aggredita, dominata. Chiudono il cerchio il concetto di proprietà, che indica la tendenza a concettualizzare la donna come *qualcosa* che è posseduto da qualcuno, che può essere comprato o venduto, e quello di negazione della soggettività, che sottolinea il disinteresse dell'"oggettualizzatore" per l'esperienza e i sentimenti della persona oggettualizzata[6].

Anche nelle fonti sovranazionali viene sottolineato espressamente come la violenza contro le donne si estrinsechi spesso in forme di negazione dell'umanità e dei diritti di cui gli esseri umani sono titolari. Nel preambolo della Conven-

2 M. Sykes, D. Matza, *Techniques of neutralization: a theory of delinquency?*, in American Sociological Review (1957) 664-670.

3 A. Bandura, *Moral Disengagement: how people do harm and live with themselves*, New York 2015, trad. it. R. Mazzeo, *Disimpegno morale. Come facciamo del male continuando a vivere bene*, Trento 2017.

4 M.C. Nussbaum, *Sex & Social Justice*, New York 1999, trad. it. R. Mazzeo, *Persona oggetto*, Trento 2022, 37 ss.

5 R. Langton, *Sexual solipsism*, Oxford 2008, 228-229.

6 M.C. Nussbaum, *Persona oggetto* cit., 69-70.

zione di Istanbul si precisa, ad esempio, che le varie forme di violenza contro le donne in quanto donne «(la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto "onore" e le mutilazioni genitali femminili) costituiscono una *grave violazione dei diritti umani* delle donne e delle ragazze»[7]. Anche nella recente Direttiva europea sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica si afferma che «la violenza contro le donne e la violenza domestica costituiscono una violazione dei *diritti fondamentali* sanciti dalla Carta e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, come 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»[8].

Nella violenza domestica[9] le *dinamiche di silenziamento* e *reificazione* della donna sono strettamente legate al contesto e alla reiterazione delle condotte vittimizzanti, che finiscono spesso per trasmettere alla persona offesa una sensazione di impotenza, distogliendola dal denunciare. La nota teoria dell'impotenza appresa (*learned helplessness*) descrive proprio gli automatismi psichici che conducono alla passiva accettazione di stimoli dolorosi perfettamente evitabili da parte di un soggetto che versa in una condizione di afflizione e prostrazione. Vivere ripetute esperienze negative, di fallimento o di sottomissione violenta, mina il senso di autoefficacia portando il soggetto a percepire come azzerate le proprie *chances* di intervenire sul corso degli eventi e a sviluppare, di conseguenza, atteggiamenti improntati all'inerzia e alla rassegnazione, nonché disturbi come ansia e depressione[10].

7 Preambolo della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011 (*corsivi nostri*).

8 Direttiva UE 1385/2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, *considerando* 3 (*corsivi nostri*).

9 Nella Direttiva UE 1385/2024, alla "violenza domestica" viene ricondotto «qualsiasi atto di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, consumato all'interno della famiglia o del nucleo familiare, indipendentemente dai legami familiari biologici o giuridici, tra coniugi o partner o tra ex coniugi o partner, a prescindere che l'autore di tali atti conviva o abbia convissuto con la vittima» (art. 2, lett. b).

10 I primi studi sul tema risalgono alla fine degli anni Sessanta e sono stati condotti da Martin Seligman: M.E.P. Seligman, *Helplessness: on depression, development, and death*, San Francisco 1975. V. anche L.Y. Abramson, M.E. Seligman, J.D. Teasdale, *Learned helplessness in humans: critique and reformulation*, in *Journal of Abnormal Psychology* 87(1) (1978) 49-74.

A ciò si aggiungano gli effetti dell'andamento "ciclico" che spesso caratterizza i maltrattamenti perpetrati dal partner, come spiega Lenore Walker nel celebre testo dedicato alla "sindrome della donna maltrattata"[11]. La fase acuta della violenza vera e propria è solitamente seguita dalla fase delle scuse, in cui l'agente minimizza l'accaduto e ne attribuisce la colpa alla persona offesa o a cause esterne quali il lavoro o l'alcol. Si arriva così, di frequente, alla fase della riconciliazione, in cui il responsabile si mostra premuroso, attento e innamorato, finché non inizia la fase di crescita della tensione e dell'insofferenza dell'uomo verso la donna, che precede una nuova esplosione della violenza[12]. Tale alternanza porta la vittima ad adottare "strategie di sopravvivenza" durante le fasi "critiche", che consistono spesso in atteggiamenti di sottomissione, "silenzio" e accondiscendenza, nella costante speranza di un rinsavimento del partner (speranza – nutrita dalle fasi di "quiete" – che opera quale deterrente all'interruzione della relazione e alla ricerca di aiuto).

Ancora, secondo la teoria della dissonanza cognitiva, fra i fattori che "silenziano" la donna, impedendole di uscire dalla relazione vittimizzante, vanno annoverati una serie di processi mentali fondati sul concetto di "investimento": investimento emozionale (la relazione merita di essere vissuta, una separazione sarebbe emotivamente troppo dolorosa), investimento sociale (una separazione genererebbe scalpore e imbarazzo nell'ambiente sociale di appartenenza), investimento familiare (una separazione nuocerebbe ai figli), investimento economico (una separazione avrebbe ripercussioni economiche negative), investimento nello stile di vita (una separazione comporterebbe la rinuncia a condizioni di vita "privilegiate"), investimento nell'intimità (una separazione potrebbe avere come conseguenza, a titolo di ritorsione, la diffusione di informazioni o contenuti relativi alla sfera dell'intimità e della sessualità della coppia)[13].

Da ultimo, fra le tecniche di silenziamento della donna nella violenza perpetrata dal partner, merita un cenno il c.d. *gaslighting*[14], una «forma di abuso

11 L.E.A. Walker, *Battered woman syndrome*, New York 2017. Con l'espressione *battered woman syndrome*, in psicologia, si indica un insieme di sintomi e comportamenti che spesso ricorrono in una donna che ha subito maltrattamenti fisici e/o psichici o abusi sessuali nell'ambito di un rapporto di coppia. Tale sindrome, in particolare, si riscontra quando le predette condotte si sono protratte nel tempo, con intensità crescente, e sono state adottate dall'abusante al fine di costringere o indurre la propria vittima a fare, omettere o tollerare qualcosa, comprimendo o azzerando la sua autonomia decisionale. *Ivi*, 49 ss.

12 L.E.A. Walker, *Battered woman syndrome* cit., 75 ss., 91 ss.

13 I. Petruccelli, C. Simonelli, S. Grilli, *La violenza di genere*, in V. Schimmenti, G. Craparo (a cura di), *Violenza sulle donne. Aspetti psicologici, psicopatologici e sociali*, Milano 2014, 13-33, spec. 18-33.

14 Il termine deriva da un'opera teatrale del 1938, *Gaslight* (luci a gas), di Patrick Hamilton, divenuta celebre anche per i suoi adattamenti cinematografici, fra cui quello del 1944, diretto da George Cukor, tradotto

psicologico» attuata inducendo «nella vittima dubbi sulla propria salute mentale, sulla percezione della realtà e sulla validità dei ricordi personali»[15]. Si tratta di una strategia di condizionamento psichico molto sofisticata e subdola che può perpetrarsi con diverse strategie, fra cui: la negazione dell'evidenza, l'alterazione del senso critico (anche portando la vittima a dubitare dell'affidabilità delle persone di riferimento) e la riprogrammazione dei ricordi[16]. Gli schemi comportamentali sono spesso accompagnati da effusioni e manifestazioni di affetto, apparentemente volte a testimoniare un amore incondizionato, ma in realtà finalizzate a lusingare e suggestionare il partner per abbassarne via via la soglia di attenzione[17]. All'aumentare dello stato confusionale della vittima, il *gaslighter* introduce, gradatamente, altre distorsioni percettive, accrescendo sempre più il disagio e l'incertezza dell'interlocutore. La progressiva erosione dei punti di riferimento, generata dall'ambiguità comunicativa e comportamentale, determina, a lungo andare, un indebolimento dell'Io della persona manipolata, che si traduce in una crescente fragilità nella relazione con il mondo interiore ed esteriore, con conseguente senso di inadeguatezza nell'interpretare la realtà circostante e attribuzione al *gaslighter* del ruolo di fonte informativa e autorità alla quale affidarsi completamente[18].

in italiano «Angoscia». La protagonista viene gradualmente portata alla pazzia dal marito, attraverso strategie subdole di alterazione della realtà. Ad esempio, vengono modificati piccoli elementi dell'ambiente – fra cui, per l'appunto, l'intensità delle luci a gas – cercando di convincere la donna, quando lo nota, che si stia sbagliando e che quello che lei ritiene essere il vero sia solo frutto della sua immaginazione. L'espressione viene utilizzata in psicologia per definire un «comportamento manipolatorio messo in atto da una persona per far sì che l'altra dubiti di sé stessa e dei suoi giudizi di realtà fino a sentirsi confusa, sbagliata». A.D. Spear, *Gaslighting, confabulation and epistemic innocence*, in Topoi 39 (2020) 229-241.

15 C. Barbieri, L. Janiri, I. Grattagliano, *Violent relationships or perverse relationships: reflections from the theoretical point of view on a series of cases requiring the evaluation of an expert in forensic psychiatry*, in Rass. it. crim. 1 (2023) 61. V. anche R. Stern, *The gaslight effect: how to spot and survive the hidden manipulation others use to control your life*, New York 2007.

16 M. Scatigno, *L'omicidio dell'anima: la violenza psicologica*, in M. Scatigno, L. Puglisi, L. Tinelli (a cura di), *Gaslighting: la più subdola tecnica di manipolazione psicologica*, Castellana Grotte (BA) 2023, 97-143, spec. 102 ss. Sono state individuate diverse tecniche di *gaslighting*: confutare i ricordi della vittima per minare la sua fiducia in sé; rifiutarsi di parlare con lei per sfuggire a qualsiasi confronto o assunzione di responsabilità; sminuire o ignorare i suoi sentimenti; negare che le parole o gli atti precedenti siano mai avvenuti; deviare il *focus* della discussione per mettere in dubbio la sua credibilità; denigrarla; denigrare le sue caratteristiche di base (sesso, razza, origine etnica, nazionalità, età, ecc.). V. D. Barlow, *Gaslighting and narcissistic abuse recovery: recover from emotional abuse, recognize narcissists and manipulators and break free once and for all*, London 2021; E. Green, *Gaslighting games: the manipulative power to play with people's minds and control them for life*, London 2020; A. Marlow-Macoy, *The gaslighting recovery workbook: healing from emotional abuse*, Emeryville (USA) 2020.

17 M. Scatigno, *L'omicidio dell'anima* cit., 102.

18 L. Tinelli, *La fonte regina della distorsione della realtà: la manipolazione*, in M. Scatigno, L. Puglisi, L. Tinelli (a cura di), *Gaslighting* cit., 41-42. V. anche S. Gruda, *Gaslighting: quando la manipolazione annulla la libertà*, in State of Mind. Il giornale delle scienze psicologiche (23 giugno 2020).

Di recente il fenomeno è stato espressamente richiamato in giurisprudenza, in una sentenza di condanna per maltrattamenti in famiglia, fra le condotte rimproverate all'imputato. In particolare, si legge nella pronuncia che, quando la vittima aveva contestato all'agente alcuni contegni aggressivi, questi aveva adottato «una tecnica di *gaslighting*: nonostante si trattasse di circostanze chiare e inconfutabili, egli negava l'evidenza, al fine di disorientare la vittima e di renderla insicura», inducendola così a «dubitare delle sue convinzioni e delle sue stesse percezioni: comprende di trovarsi in una situazione di tipo pericoloso, ma diventa lei stessa instabile, e non è più in grado di porre fine al suo rapporto con l'imputato»[19].

2. IL "SILENZIAMENTO" *POST-DELICTUM*: VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA E "INGIUSTIZIA EPISTEMICA"

Meccanismi più o meno palesi di silenziamento della vittima sono ben ravvisabili anche nella fase *post-delictum*, rientrando, in questo caso, fra le plurime manifestazioni della c.d. vittimizzazione secondaria.

La locuzione indica il «complesso di effetti pregiudizievoli prodotti sulla vittima dallo stesso controllo sociale formale»[20], vale a dire l'insieme delle conseguenze negative, per lo più di natura psicologica, cui la vittima va incontro per il fatto di venire a contatto con le forze dell'ordine e con le autorità giudiziarie, nonché – talvolta – con gli operatori socio-sanitari, e di essere coinvolta nella vicenda processuale scaturente dal reato subito. Diversi studi attestano che per le vittime di violenza di genere costituiscono spesso fonte di stress, ansia e sofferenza ulteriori rispetto a quelli prodotti dal reato (c.d. "vittimizzazione primaria") l'onere di raccontare e, quindi, rivivere, magari più volte nel corso del procedimento, l'esperienza delittuosa subita, con il timore che la propria credibilità e/o la propria moralità siano messe in discussione dall'interlocutore[21] e con il rischio che questi non proceda con la dovuta delicatezza e sensibilità. A ciò si aggiungono la lunghezza e l'incertezza dei tempi processuali e la mancanza di informazioni adeguate sulle procedure e sui tecnicismi che caratterizzano l'accertamento dei fatti nel processo penale.

19 Uff. indagini preliminari Torino, 12 giugno 2023, n. 1047. Cfr. A. Bramante, V. Lamarra, *Il* gaslighting*. La manipolazione mentale come forma di violenza psicologica nelle relazioni significative*, in Il Penalista (18 dicembre 2018) 7.

20 G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 269.

21 Cfr. J.E. Williams, *Secondary victimization: confronting public attitudes about rape*, in Victimology 9(1) (1984) 66-81.

Nella c.d. Direttiva vittime[22], di recente ampliata e revisionata[23], si sottolinea «l'elevato rischio di vittimizzazione secondaria» – oltre a quello di vittimizzazione «ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni» – che corrono «le donne vittime della violenza di genere»[24], che, per questo motivo, devono essere tenute in «debita considerazione» nel corso della valutazione individuale delle specifiche esigenze di tutela prevista e disciplinata dall'art. 22[25].

Come anticipato, fra le varie dinamiche che concorrono all'afflizione delle vittime di violenza contro le donne e di violenza domestica nella fase successiva alla commissione del delitto, vi è quella che consiste nel precludere loro di raccontare l'accaduto, con i loro tempi e le loro modalità, o nell'escludere aprioristicamente che la loro narrazione sia credibile o degna di essere ascoltata. È utile richiamare, a questo proposito, il concetto di "ingiustizia epistemica" elaborato da Miranda Fricker[26] e poi ripreso in diversi studi[27]. L'espressione è stata coniata per indicare situazioni in cui determinati soggetti o gruppi di soggetti vengono svantaggiati mediante la negazione della loro capacità di contribuire alla conoscenza o alla ricostruzione di un accadimento. L'Autrice distingue due tipologie di ingiustizia epistemica.

La prima è l'"ingiustizia testimoniale", che ricorre quando all'interlocutore viene attribuito uno scarso livello di credibilità a causa dei pregiudizi che lo riguardano come individuo o come appartenente a una certa categoria di individui. La donna che ha subito violenza domestica o sessuale è vittima di ingiustizia testimoniale ogniqualvolta le vengano rivolte domande che insinuano una sua corresponsabilità nel fatto per aver "provocato" l'agente con il proprio comportamento "non prudente" o comunque distante da quello che avrebbe

22 Direttiva UE 29/2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

23 In data 21 maggio 2026, il Parlamento europeo ha approvato una revisione della Direttiva volta a colmare le carenze riscontrate nel conseguimento degli obbiettivi prefissati, con particolare riferimento «all'insufficiente capacità di accedere alle informazioni, di ricevere assistenza e protezione secondo le esigenze individuali di ciascuna vittima, di partecipare ai procedimenti penali o di ottenere in tale ambito una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato». In data 17 giugno 2026, è stata adottata la Direttiva UE 1472/2026, recante modifica alla "Direttiva vittime".

24 *Considerando* 17.

25 Art. 22, par. 3. Sul tema si permetta il rinvio a M. Lamanuzzi, *La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della c.d. violenza di genere*, in Jus 3 (2018) 399-426.

26 M. Fricker, *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*, Oxford 2007.

27 I.J. Kidd, J. Medina, G. Pohlhaus (a cura di), *The Routledge handbook of epistemic injustice*, Abingdon 2019; B. Casalini, *Privilegi, svantaggi strutturali e vulnerabilità: tra ingiustizie discorsive e ingiustizie epistemiche*, in About Gender 11(21) (2022) 208-228; A. Catala, *The dynamics of epistemic injustice: situating epistemic power and agency*, New York 2025.

dovuto tenere secondo gli stereotipi relativi al genere femminile, vale a dire un comportamento improntato alla sottomissione e alla devozione al marito, alla morigeratezza, al pudore e così via. Ancora, la donna è vittima di ingiustizia testimoniale quando la sua credibilità è esclusa in sede processuale valorizzando dettagli della sua vita personale che non hanno realmente a che vedere con il fatto in contestazione, bensì con pregiudizi e visioni moraleggianti e retrograde.

Si pensi alla condanna emessa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a carico dell'Italia nel 2021 per alcune delle argomentazioni poste a fondamento di una sentenza con cui i giudici di secondo grado, la cui decisione è stata confermata in Cassazione, hanno assolto gli imputati dall'accusa di violenza sessuale di gruppo. I giudici di Strasburgo, in particolare, hanno ravvisato la violazione dell'art. 8 della CEDU (posto a tutela della vita privata), ritenendo inadeguati i riferimenti della Corte d'Appello alla biancheria intima rossa mostrata dalla vittima nel corso della serata, al suo orientamento bisessuale, alle sue relazioni sentimentali e ai suoi rapporti sessuali occasionali prima dei fatti, così come al suo «atteggiamento ambivalente nei confronti del sesso», nonché alla sua scelta di partecipare a un cortometraggio di carattere esplicitamente sessuale e violento. «Gli obblighi positivi di proteggere le presunte vittime di violenze sessuali» – si puntualizza nella pronuncia – «impongono il dovere di proteggere la loro immagine, dignità e vita privata, anche con la non divulgazione d'informazioni e di dati personali privi di relazione con i fatti». Inoltre, la sentenza assolutoria in questione, a detta della Corte, contrasta con l'art. 14 della CEDU (divieto di discriminazione), in quanto «il linguaggio e gli argomenti utilizzati veicolano il pregiudizio sul ruolo della donna come si presenta nella società italiana e che è idoneo a ostacolare una protezione effettiva dei diritti delle vittime di violenza di genere a dispetto di un quadro legislativo soddisfacente»[28].

In un altro caso, sono stati i nostri giudici di legittimità a censurare decisioni di merito in cui la versione della persona offesa è stata considerata non affidabile

28 Corte EDU, 27 maggio 2021, n. 5671, J.L. c. Italia. Sul punto si veda anche S. Fiore, *Contrasto alla violenza di genere e compiti del diritto penale*, in Rivista penale. Diritto e procedura 4 (2023) 604, in cui si puntualizza che le censure della Corte «sono fondate non tanto sulla inadeguatezza degli strumenti normativi disponibili, ma semmai sulla mancata o inadeguata protezione della vittima in sede processuale, a causa di una cultura giudiziaria retriva, che favorisce o non ostacola la vittimizzazione secondaria». A questo proposito, merita inoltre di essere richiamata una disposizione introdotta dal legislatore europeo con la già menzionata Direttiva UE 1385/2024, in cui viene statuito che «La produzione di prove del comportamento sessuale passato, delle preferenze sessuali e dell'abbigliamento della vittima per contestarne la credibilità e l'assenza di consenso nei casi di violenza sessuale, in particolare in caso di stupro, può rafforzare il perpetuarsi di stereotipi dannosi nei confronti delle vittime e portare a una vittimizzazione ripetuta o secondaria. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le prove relative al comportamento sessuale passato della vittima, o ad altri aspetti della sua vita privata ad esso connessi, siano consentite soltanto se è necessario valutare una questione specifica nel caso di specie o per l'esercizio dei diritti della difesa». *Considerando* 48.

sulla scorta di un *iter* argomentativo inficiato da stereotipi di genere. In una pronuncia della Cassazione, ad esempio, è stata annullata con rinvio la sentenza di secondo grado, precisando che, ai fini della valutazione della credibilità della denunciante, che dichiarava di aver subito una violenza sessuale, il giudice non potesse valorizzare circostanze del tutto irrilevanti, quali il suo aspetto fisico[29]. In particolare, nella decisione impugnata si faceva riferimento al fatto che la ragazza non piacesse all'imputato, «tanto da averne registrato il numero di cellulare sul proprio telefonino con il nominativo di "Vikingo", con allusione a una personalità tutt'altro che femminile, quanto piuttosto mascolina, che la fotografia presente nel fascicolo processuale appare confermare»[30].

In tempi recenti, ha generato reazioni di indignazione nella stampa e nell'opinione pubblica una sentenza emessa dal Tribunale di Torino. L'imputato, accusato di aver aggredito la moglie con pugni e calci, cagionandole una lesione grave al volto con indebolimento permanente della vista, è stato condannato per il delitto di lesioni personali e assolto dall'accusa di maltrattamenti. A colpire non è stata la decisione, bensì il fatto che i giudicanti, anziché limitarsi a escludere – alla luce del quadro istruttorio – la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 572 c.p., si siano profusi nella descrizione del contesto in cui si è inserito l'episodio di violenza fisica ritenuto provato in giudizio, infarcendola di pregiudizi sessisti ed espressioni evocative che rischiano di minimizzare la gravità della violenza maschile in caso di tradimenti e interruzioni del rapporto da parte della donna. In particolare, «lo sfogo d'ira» dell'imputato viene «ricondotto alla logica delle relazioni umane», al «sentimento, molto umano e comprensibile», di «malessere» e «insofferenza» suscitato dall'adulterio e dai «comportamenti non eccepibili della stessa vittima», la quale, portatrice di «macroscopici interessi personali e patrimoniali» connessi alla richiesta risarcitoria, aveva iniziato una relazione extraconiugale per poi comunicare, in un momento successivo e in modo «brutale» (via whatsapp), la sua intenzione di separarsi, «sfaldando» così il matrimonio[31].

Passando, dopo questo *excursus* giurisprudenziale, alla seconda forma di "ingiustizia epistemica", si tratta della c.d. "ingiustizia ermeneutica", che si verifica quando l'esperienza di vittimizzazione subita da una persona o da una categoria

29 Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2019, n. 15683. La pronuncia è liberamente fruibile *online*: https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1917/cass_15683_19.pdf.

30 Corte App. Ancona, 23 novembre 2017, n. 2408, in Quest. giust. (19 aprile 2019). Per un altro recente esempio di sentenza di merito il cui *iter* motivazionale è palesemente inficiato da *bias* misogini, si veda Trib. Roma, Sez. V, 4 ottobre 2021, n. 11019, in Sist. pen. (11 gennaio 2022), con nota di P. Di Nicola Travaglini, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*.

31 Trib. Torino, Sez. III, 4 giugno 2025, n. 2356, in Giur. pen. (13 settembre 2025).

di persone non contribuisce all'interpretazione e allo sviluppo dell'immaginario collettivo sull'evento o sul fenomeno cui è riconducibile per mancanza del linguaggio, degli strumenti o dei concetti necessari per dare senso ad accadimenti che possono essere cruciali per l'identità e il benessere della vittima o delle vittime. Ciò può accadere per due ragioni, entrambe rilevanti nel contesto in esame. La prima consiste nel fatto che coloro che subiscono l'offesa possono, a causa di risvolti traumatici, paure o remore culturali, avere difficoltà a ricordare o a riferire ciò che hanno subito, specialmente se non viene loro fornito un contesto appropriato di ascolto, comprensione e supporto[32]. La seconda consiste nell'indisponibilità, da parte degli appartenenti a minoranze etniche o culturali, di risorse e categorie interpretative adeguate a comprendere e descrivere lucidamente il proprio vissuto.

Rispetto a quest'ultima ipotesi, vengono in rilievo le c.d. *preferenze adattive*, vale a dire preferenze *adattate* alle restrizioni che vigono nell'ambiente in cui si sviluppa la personalità di un soggetto che si trova in una posizione di subalternità o sottomissione, *adattate* alle risorse di cui dispone e agli obbiettivi che appaiono perseguibili[33]. Così, ad esempio, alcune donne che vivono in contesti sociali, culturali, familiari fortemente e istituzionalmente patriarcali "imparano" a non nutrire desideri e aspettative che presuppongano una parità di genere che hanno interiorizzato come inarrivabile. Bourdieu spiega tale fenomeno sottolineando come «la violenza simbolica», in cui si sostanzia il dominio maschile, talvolta ma non sempre accompagnata da violenza fisica, «si istituisce tramite l'adesione che il dominato non può non accordare al dominante (quindi al dominio) quando, per pensarlo e per pensarsi o, meglio, per pensare il suo rapporto con il dominante, *dispone soltanto di strumenti di conoscenza che ha in comune con lui* e che, essendo semplicemente la forma incorporata del rapporto di dominio, *fanno apparire questo rapporto come naturale*; o, in altri termini, quando gli schemi che egli impiega per percepirsi e valutarsi o per percepire e va-

32 L. Milani, S. Grumi, *Psicologia della violenza di genere*, Milano 2023, 165 ss. e 200 ss.

33 M.C. Nussbaum, *Women and human development: the capabilities approach*, Cambridge 2000, trad. it. W. Mafezzoni, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna 2001, 146. «L'espressione "preferenze adattive" è normalmente associata al processo psicologico, molto comune, attraverso cui un individuo modifica le sue preferenze rispetto a un cambiamento, più o meno involontario, del set di opzioni a sua disposizione». F. Corvino, *Preferenze adattive e dominio senza interferenza interpersonale: le forme nascoste di violenza di genere*, in AA.VV., *Violenze al bivio: quando la violenza di genere viene esercitata nei contesti sociali, professionali, familiari*, Milano 2020, 119.

lutare i dominanti [...] sono il prodotto dell'incorporazione delle classificazioni, così naturalizzate, di cui il suo essere sociale è il prodotto»[34].

Indubbiamente, il fatto che molte donne vittime di violenza, per le ragioni illustrate, non concorrano al dibattito sociale sul tema si traduce altresì in un notevole impoverimento delle "risorse ermeneutiche" collettive[35].

3. «COSE CHE NON SI RACCONTANO»[36]: LE POTENZIALITÀ DELLA *NARRAZIONE* NEL DIALOGO RIPARATIVO

> «Riacquistare *potere* rispetto alla gestione e alla sicurezza della propria vita quotidiana non può prescindere da un'esperienza di base: ri-collocarsi al centro degli eventi in una posizione *attiva*, provando a iniziare a controllare la situazione *narrando* la *propria* storia a partire dalla *propria* versione, e attraverso il *proprio* linguaggio»[37].

La violenza contro le donne in quanto donne può essere considerata un «assalto ontologico», vale a dire un «danno», una «diminuzione» o addirittura la «distruzione del modo in cui le persone normalmente e inconsapevolmente esistono nel mondo»[38]. Gli effetti di questo "assalto" includono la *preclusione narrativa* e, più in generale, l'isolamento della vittima[39]. Emancipare la donna da questa condizione deve costituire uno dei principali obbiettivi della strategia di risposta al fenomeno della violenza di genere, sia per favorire la denuncia, riducendo il c.d. campo oscuro (ancora particolarmente esteso nel settore in esame), sia per promuovere la rinascita e la reintegrazione sociale dell'interessata. Le vittime che hanno subito esperienze traumatiche e stigmatizzanti, come la violenza domestica o sessuale, hanno un forte bisogno di essere ascoltate e comprese[40].

34 P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris 1998, trad. it. A. Serra *Il dominio maschile*, Milano 2009, 45-46 (*corsivi nostri*).

35 F. Merenda, *Dalla parte delle streghe. Violenza epistemica e pratiche di giustizia riparativa e trasformativa: la narrazione estrema di Luisa Muraro*, in Politica & Società 2-3 (2023) 280.

36 Tratto da A. Lattanzi, *Cose che non si raccontano*, Torino 2023. La spiegazione del titolo si rinviene nelle prime pagine: «ho una diga nella testa dove stanno nascoste tutte le cose che fanno davvero troppo male. Quelle cose, io non voglio dirle a nessuno. Io non voglio pensarle, quelle cose. Io voglio che non siano mai esistite. E se non le dico non esistono». Il libro contiene in realtà proprio il racconto difficile, doloroso e, a tratti, catartico del vissuto traumatico della scrittrice.

37 A. Ceretti, *Violenza intrafamiliare e mediazione*, in M.A. Guida (a cura di), *I figli dei genitori separati. Ricerca e contributi sull'affidamento e la conflittualità*, Milano 2006, 115.

38 A. Pemberton, *Time for a rethink: victims and restorative justice*, in The International Journal of Restorative Justice 2(1) (2019) 15.

39 *Ibidem*.

40 V. S. Miller, *After the crime: the power of restorative justice*, London-New York 2011, 159-184.

Sebbene negli anni siano state introdotte diverse norme volte ad accrescere la partecipazione, la protezione e l'assistenza della vittima nell'ambito delle attività processuali scaturite dal reato, non si può negare che, anche a causa dell'attuazione estremamente deficitaria della Direttiva UE 29/2012[41], il processo penale continui a rappresentare spesso uno spazio "ostile" per quest'ultima, con un rischio sempre elevato di vittimizzazione secondaria. Del resto, la giustizia tradizionale è strutturalmente incentrata sull'imputato e sulle garanzie inviolabili che devono essergli riconosciute, pertanto, la piena valorizzazione dei bisogni della vittima in detta sede rischierebbe di operare a detrimento del contraddittorio e dell'imparzialità del giudicante[42].

Un importante ruolo nella valorizzazione della *voce* della vittima e della *narrazione* come risposta alle strategie di *silenziamento* sottese e connesse a molte forme di violenza contro le donne potrebbe essere svolto, oltre che dai servizi di assistenza sociale e psicologica, dai programmi di giustizia riparativa, che, con la c.d. "riforma Cartabia"[43], sono stati disciplinati nel nostro ordinamento e a cui possono accedere tutte le vittime di reato e le persone indicate come autori, in ogni grado del procedimento, senza preclusione alcuna in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità[44].

A questo proposito, è bene premettere che la praticabilità e l'opportunità dei percorsi riparativi in un settore delicato come quello della violenza contro le donne basata sul genere è tuttora oggetto di un acceso dibattito. Non è questa la sede per ripercorrere *funditus* le riserve sollevate in merito[45], ma, a titolo di esempio, è stato segnalato il rischio che la logica di dominio maschile, spesso sottesa a questo tipo di offese, possa perpetuarsi e financo aggravarsi durante gli incontri riparativi e che le dinamiche di abuso possano rafforzarsi[46]. Inoltre, i

41 Cfr. Relazione del Parlamento Europeo sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, Bruxelles, 11 maggio 2020. Si auspica che gli emendamenti alla Direttiva recentemente introdotti con la Direttiva UE 1472/2026 spronino gli Stati membri a moltiplicare, migliorare e potenziare i servizi posti a tutela e a sostegno delle vittime. V. nota n. 23.

42 V. V. Bonini, E. Stradella, *Access to Justice: a Gender Perspective*, in Rivista di diritti comparati 4 (2023) 1-15.

43 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della l. 134/2021.

44 *Ivi*, art. 44.

45 Per una disamina più approfondita delle argomentazioni addotte a sostegno della necessità di precludere o limitare l'accesso alla giustizia riparativa nei casi di violenza contro le donne basata sul genere, sia consentito il rimando a M. Lamanuzzi, *Restorative justice in cases of gender-based violence against women. Perspectives on shame, symbolic interactionism and agency*, in The International Journal of Restorative Justice 2 (2024) 226-249; Ead., *L'applicazione della giustizia riparativa nei casi di violenza contro le donne: sfide e opportunità nel contesto italiano*, in Revista de Vitimologia e Justiça Restaurativa 3 (2025) 17-44.

46 V. A. Shagufta, *Should restorative justice be used for cases of domestic violence?*, In International Journal of Restorative Justice 6(1) 2010 1-48.

profili di vulnerabilità della vittima, che talvolta manifesta disturbi post-traumatici da stress, bassa autostima, sindrome dell'impotenza appresa e dipendenza dal partner violento, renderebbero difficile capire se il consenso prestato dalla donna alle pratiche riparative sia genuino o condizionato da timori, complessi di inferiorità e pressioni sociali a «risolvere il conflitto»[47]. Ancora, per chi già presenta un quadro psico-emotivo segnato da traumi e fragilità, incontrare l'aggressore potrebbe essere fonte di ansia, tensione, disagio ed emozioni associate alle aggressioni subite, con il rischio di rivivere i vissuti dolorosi prodotti dalla violenza[48]. Un'altra preoccupazione riguarda la possibile "manipolazione" del percorso da parte dell'autore del reato, che potrebbe strumentalizzarlo per minimizzare l'accaduto o per colpevolizzare la vittima, attivando i già richiamati meccanismi psicologici di *moral disengagement* (disimpegno morale) descritti da Bandura, che si possono tradurre anche nel c.d. *victim blaming* (biasimo della vittima)[49] – la quale, in una certa misura, "se la sarebbe cercata" – con effetti di vittimizzazione secondaria[50]. A ciò si aggiunga il timore che i programmi di giustizia riparativa possano comportare una sorta di "riprivatizzazione" della violenza contro le donne, dopo tutti gli sforzi culturali compiuti per sensibilizzare l'opinione pubblica e le istituzioni sul tema[51].

Le criticità richiamate non vanno di certo sottovalutate. Tuttavia, purché la giustizia riparativa resti sempre fedele ai propri principi fondamentali di libertà, volontarietà e confidenzialità[52], non vi sono ragioni per precluderla *aprioristicamente* in relazione a taluni reati. È indubbio che debbano sempre essere le parti a scegliere *liberamente* e *consapevolmente* di accedere a un programma riparativo e, spesso, anche su indicazione dei mediatori, è bene che tale percorso sia preceduto – oltre che da incontri preparatori – da un periodo di riflessione e accompagnamento individuale dei soggetti coinvolti, anche di natura psicoterapeutica, volto, fra l'altro, a garantire la genuinità del consenso della donna e a scongiurare rischi di "manipolazione" del percorso da parte della persona

47 E. Biaggioni, *Giustizia riparativa e violenza di genere. Una relazione tossica e pericolosa*, in Giustizia riparativa e violenza di genere: una relazione pericolosa?, in Sistema penale (9 dicembre 2024) 23-34, spec. 32.

48 V. S. Zebel, W. Schreurs, E.G. Ufkes, *Crime seriousness and participation in restorative justice: the role of time elapsed since the offense*, in *Law and Human Behavior* 2017 385-397.

49 Cfr. H. Eigenberg, C. Policastro, *Blaming victims in cases of interpersonal violence: attitudes associated with assigning blame to female victims*, in Women & Criminal Justice 26(1) 2016 37-54.

50 L. Frederick, K. Lizdas, *The role of restorative justice in the battered women's movement*, in J. Ptacek (a cura di), *Restorative justice and violence against women*, New York 2010, 39-59.

51 O. Fuentes Soriano, *Riflessioni sulla fattibilità della mediazione penale nei casi di violenza di genere*, in *Giustizia consensuale* 2 (2023) 487-529.

52 ECOSOC, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* – Resolution 12/2002.

indicata come autore dell'offesa. Con questi presupposti, una virtuosa gestione degli incontri, da parte di mediatori specializzati, può ridurre notevolmente i rischi e favorire effetti benefici per i partecipanti e per la collettività.

A ben vedere, precludere *ex lege* alle vittime di violenza di genere di partecipare a programmi riparativi, anche se desiderano farlo, non le proteggerebbe, ma, piuttosto, le *esautorerebbe*, privandole di un'opportunità, indebolendo il loro senso di *agency*, vale a dire la loro capacità di decidere per sé stesse e di agire per soddisfare i propri bisogni[53]. Anche nell'*Handbook on Restorative Justice Programmes* del 2020 si sottolinea come, in base di quanto emerso dagli studi in materia, l'esperienza di «*empowerment*» della vittima associata alla giustizia riparativa, anche nei casi di «*serious crime*» – fra cui la violenza domestica e la violenza sessuale – possa contrastare effetti di vittimizzazione secondaria come l'umiliazione, lo svilimento, la mancanza di informazioni e la sensazione di impotenza che possono derivare dal procedimento penale.

La giustizia riparativa, partendo dalla consapevolezza che il reato e le sue conseguenze dannose – talvolta devastanti e irreparabili – non possono essere cancellate, mira a creare spazi di ascolto in cui, attraverso l'incontro con l'"altro difficile"[54], la vittima ha l'occasione di *narrare* la propria storia e rielaborare il proprio vissuto di sofferenza, anche ponendo domande e ottenendo risposte all'accusato.

La *narrazione* nel contesto "protetto" e "non giudicante" offerto dalla giustizia riparativa non solo può rivelarsi utile nel trattamento e nel reinserimento sociale della vittima, ma può svolgere un ruolo cruciale anche in termini di riabilitazione e risocializzazione dell'autore di reato e, più in generale, in termini di prevenzione e contrasto della violenza contro le donne[55].

Da una parte, la violenza nasce sovente dall'incapacità degli autori di verbalizzare la propria frustrazione. L'esperienza psicopatologica clinica, acquisita studiando casi di violenza domestica[56], riporta che i responsabili soffrono molto spesso di un deficit – anche grave – di capacità espressiva. La violenza in questi casi può consistere in una modalità che il soggetto utilizza inconsciamente per

53 Cfr. D. O' Mahony, J. Doak, *Reimagining restorative justice. Agency and accountability in the criminal process*, Portland 2017, 70, ove si sottolinea che la priorità conferita all'*agency* all'interno dei percorsi riparativi «contrasta nettamente con gli effetti paralizzanti che l'amministrazione della giustizia penale ha su persone offese e accusati».

54 Per questa espressione si veda, ad es., C. Mazzucato, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in C. Mazzucato, A. Ceretti, G. Bertagna (a cura di), *Il libro dell'incontro. Responsabili e vittime della lotta armata a confronto*, Milano 2015, 299.

55 J.J. Van Dijk, S. Zebel, J. Claessen, H. Nelen, *Victim-offender mediation and reduced reoffending: gauging the self-selection bias*, in Crime & Delinquency 66(6-7) (2020) 949-972.

56 J.L. Hocker, W.W. Wilmot, *Interpersonal conflict*, New York 2014; G.F. Ronan, L.E. Dreer, K.M. Dollard, D.W. Ronan, *Violent couples: coping and communication skills*, in Journal of Family Violence 19(2) (2004) 131-137.

compensare tale difficoltà. Detto altrimenti, il "silenziamento" violento della donna sembra essere talvolta la reazione maschile a questa sorta di "asimmetria comunicativa" oltre che, in senso più ampio, una reazione all'emancipazione femminile[57]. Le tecniche riparative – a maggior ragione se precedute o affiancate da percorsi di analisi individuali – stimolano le parti, anzitutto, a raccontare i fatti e a descrivere i propri vissuti in relazione a quei fatti. Così facendo, vale a dire lavorando sulla capacità del reo di esprimere a parole il proprio disagio emotivo, è possibile allontanarlo progressivamente dall'idea che il ricorso alla violenza sia una strada percorribile per recuperare l'equilibrio perduto fra i ruoli familiari, per riaffermare il proprio dominio sulla partner o, più in generale, per gestire un conflitto[58].

Dall'altra parte, la giustizia riparativa, spesso – *repetita iuvant* – necessariamente preceduta o integrata da interventi terapeutici, può contribuire a rimodellare la «cosmologia violenta» del perpetratore e a promuovere un cambiamento nella sua mente e nel suo comportamento. Come si sottolinea nella dottrina criminologica, «le condotte violente [...] sono portatrici di significati che chiedono di essere compresi»; «la mediazione può offrire uno spazio dialogico-consensuale per ospitarle e dare loro un nome»[59]. Detto altrimenti, «i percorsi psico-sociali che portano gli individui ad agire in modo violento sono, almeno in parte, "narrabili" partendo dalla prospettiva di coloro che li hanno vissuti», grazie a interlocutori «in grado di sostenere la complessità e il flusso di ordine e disordine che ogni narrazione di sé comporta»[60]. «Raccontarsi e raccontare a un *terzo* non giudicante ciò che accade in rapporto alla violenza promuove quel processo di *scrittura* e *ri-scrittura*, di *significazione* e di *ri-significazione* della propria biografia, o della parti più significative di essa»[61]. In questo senso, il percorso riparativo crea un ambiente non giudicante in cui gli autori possono ripercorrere e comprendere i propri agiti violenti – individuandone i fattori individuali e socio-culturali – e, in ultima analisi, prendere le distanze da essi.

Infine, per quanto concerne gli effetti di prevenzione generale connessi alla narrazione, nell'incontro con l'altro difficile – si è affermato – il racconto dell'e-

57 Sull'argomento G. Forti, *La tutela della donna dalla c.d. violenza di genere. L'intervento sulla relazione affettiva in una prospettiva criminologica "integrata"*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano 2015, 25-47.

58 *Ivi*, spec. 44-46.

59 A. Ceretti, *Violenza intrafamiliare* cit., 120.

60 A. Ceretti, L. Natali, *Io volevo ucciderla. Per una criminologia dell'incontro*, Milano 2022, 42.

61 A. Ceretti, *I nuovi orizzonti della giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in AA.VV., *Riforma Cartabia*, Vol. VI, *Le modifiche al sistema penale*, Torino 2024, 54.

sperienza di vittimizzazione, nel momento e nel contesto adeguato e adottate le dovute cautele, non solo può costituire uno strumento «per restituire la parola a coloro che non hanno voce» e «per ripristinarne le condizioni di dignità», ma può altresì concorrere «alla costruzione di un'etica condivisa finalizzata alla riduzione della sofferenza e alla promozione dell'emancipazione»[62]. In altre parole, può contribuire all'emersione del fenomeno ed accrescere la sensibilità dell'opinione pubblica sul tema, contrastando così definitivamente l'indifferenza e i "silenzi" che per secoli l'hanno interessato. Parimenti, la riflessione sulle norme violate e sui valori da esse tutelati, costantemente promossa durante gli incontri riparativi, oltre a incoraggiare l'adesione spontanea degli autori di reato a modelli di comportamento non violenti, con notevoli potenzialità special-preventive, può tradursi in un innalzamento del livello generale di consenso attorno al sistema giuridico[63].

62 S. Pierosara, *Differenze e narrazione. Per un universale etico condiviso*, Pisa 2018, 6.

63 V. S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in Diritto penale contemporaneo 9 (2018) 5-24.

RUMORE BIANCO, LE CITTÀ SORGIVE E I CENTRI DI AIUTO PER LE VITTIME DI REATO. Donde hay musica no puede haber cosa mala[1]

Ivan Cecchini

«Da ognuno dei loro lamenti risuona la vendetta, in ognuno dei loro elogi
è un volere far male; e l'essere giudici sembra loro beatitudine
Ma io vi do questo consiglio, amici:
diffidate di tutti coloro nei quali è forte l'istinto di punire!»

(Frederich Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*,
Milano 1968, 112)

«Abbiamo paura?»

(Don De Lillo, *Il Silenzio*,
Milano 2021, 18)

1. SILENZIO E CITTÀ, SPAZI GITTATI FRA GLI UOMINI

Un avviso ai naviganti, che non significa che non ci si potrà perdere ugualmente.

In questo esperimento su silenzio e diritto, sul governo delle paure e sull'ordine delle città, si ricorrerà a due lettere, duecento cinquant'anni separano la prima missiva dalla seconda, una inviata alla cara Paolina, l'altra al caro Baratta, e a un elemento ricorrente, la regola del buon vicino[2], il libro di cui si ha bisogno si trova accanto a quello che si cerca.

1 Miguel de Cervantes, *Don Chisciotte della Mancia,* Milano 1991, seconda parte, XXXIV.

2 «Una occasione per indagare una questione capitale: che cos'è l'ordine. Un ordine perfetto è impossibile, semplicemente perché c'è l'entropia, il miglior ordine non può che essere plurale. Per i libri come per tutto

La lettera, al pari del riassunto[3], non ha solo il significato di selezionare dei fatti, ma anche di pronunciare, implicitamente o meno, un giudizio critico, allo stesso modo della scienza penale integrata[4].

> A Paolina Leopardi, Roma, 3 dicembre 1822
> «Queste fabbriche immense, e queste strade per conseguenza interminabili, sono tanti spazi gittati fra gli uomini, invece di essere spazi che contengono uomini. Io non vedo che bellezza vi sia nel porre i pezzi degli scacchi della grandezza ordinaria, sopra uno scacchiere largo e lungo quanto codesta piazza della Madonna»[5].

Lo spazio gittato fra gli uomini è lo spazio che divide, che separa per la paura tremante dello star vicini[6], invece di essere il luogo che contiene e stringe la civile convivenza.

Ove il paradigma che emerge è quella della prevenzione del rischio attraverso il controllo dello spazio e dei corpi, fondato sulla dicotomia esclusione / inclusione, anoressia / bulimia, di cui ogni società è afflitta, si esclude e si include nel medesimo tempo, determinando una soglia di tolleranza oltre la quale emerge un tratto caratteristico delle politiche securitarie e populiste dove l'allargamento dell'area della criminalizzazione è usato in maniera estensiva, come risposta a problemi sociali più complessi[7], senza affrontare le cause strutturali del disagio sociale.

Allora il corpo è sia il principale protagonista del suono, sia il migliore antagonista del silenzio, perché lo sforzo di annullare il suono non può essere mai appagato «fino a quando c'è un cuore che pulsa e un naso che respira»[8].

Nel non tempo delle arti, si ritrovano associate le variazioni di silenzio, solitudine e malinconia[9] alle visioni apocalittiche[10] di mausoleo / casa circondariale

il resto. Ma senza ordine non si vive. La regola aurea rimane quella del buon vicino, formulata e applicata da Aby Warburg, secondo cui nella biblioteca perfetta, quando si ricerca un libro, si finisce per prendere quello che gli sta accanto e che si rivelerà essere ancor più utile di quello che si cercava» R. Calasso, *Come ordinare una biblioteca,* Milano 2020, 11-12.

3 U. Eco, *Elogio del riassunto,* Milano 2024, 12.

4 S. Moccia, A. Cavaliere, *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali,* Napoli 2001. Cfr. L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli 1984.

5 Giacomo e Paolina Leopardi, *Il mondo non è bello se non veduto da lontano,* Milano 2014, 25.

6 N. Irti, *Viaggio fra gli obbedienti,* Milano 2021, 119.

7 M. Pavarini, *Governare la penalità, struttura sociale, processi decisionali e discorsi sulla pena,* Bologna 2014, 34.

8 N. Galantino, *Il presupposto del dialogo,* Il Sole 24 ore, 20 marzo 2016.

9 M. Recalcati, *Le nuove melanconie, destini del desiderio nel tempo ipermoderno*, Milano 2019.

10 L.F. Foldenyi, *I luoghi della morte vivente,* Milano 2022.

/ manicomio / lager / agglomerato / città /fabbrica, un paradigma che illumina e parla di ansie, di un punto di non ritorno.

Il tempo umano, nell'immaginazione figurativa, si avvicina a un punto dove la ragione impazzisce: i luoghi della morte vivente sono spazi in cui suono e silenzio, vita e sua assenza non si escludono ma si mischiano[11].

Come il vedere senza essere visti, dove gli edifici devono essere costruiti in funzione del potere di vedere tutto.

Il *panopticon* è il simbolo della struttura moderna del potere, il potere si insinua nell'anima non solo in quella dei soggiogati ma anche in quella di chi è al potere[12].

Ma il panopticon è figlio dell'illuminismo[13] che rende possibile considerare il prigioniero un individuo e, attraverso una pena medicinale, aggredire il male e aiutarlo a tornare nell'ordine sociale, in quanto educato e disciplinato, per renderlo, contemporaneamente, di nuovo utile per lo Stato, una razionalità economica che deve misurare la pena e prescriverne le tecniche adeguate con calcoli minuziosi[14].

Una pedagogia penitenziaria nella quale si afferma il ricco e contraddittorio modello correzionale di giustizia penale e di inclusione sociale, attraverso l'inserimento nel mercato del lavoro o, durante il periodo dell'imperialismo coloniale[15], una nuova opportunità di inclusione sociale sia pure nell'altra parte del globo, attraverso la deportazione inglese in Australia[16].

Il silenzioso modello pedagogico di riforma, affinché una buona percentuale di criminali possano diventare buoni operai, si ritrova all'interno dell'opera di Beaumont e Tocqueville[17], in un passo dell'edizione commentata inglese sul sistema penitenziario di Auburn.

In una conversazione, si interroga il direttore di Sing-Sing sul segreto di una disciplina così efficace,

> «il punto fondamentale, comunque, è di riuscire a mantenere sia un silenzio ininterrotto che è un lavoro ininterrotto. Per ottenere questo è necessario tanto sorvegliare i carcerieri quanto i prigionieri, ed essere, allo stesso tempo, inflessibili e giusti».

11 Ibidem.
12 Ibidem. Cfr., G. Ferrero, *Il Potere,* Roma 2019.
13 M. Foucault, *Sorvegliare e punire,* Torino 1976.
14 M. Pavarini, D. Melossi, *Carcere e Fabbrica,* Milano 2018, 304.
15 Ibidem.
16 D. Hughes, *La riva fatale,* Milano 1990.
17 F. Gallino, *Tocqueville, Il carcere, la democrazia,* Bologna 2020.

Il *panopticon* è un antesignano degli agglomerati urbani, ma, a differenza dell'antico modello, ora gli schiavi si sottopongono in modo spontaneo e considerano la schiavitù persino vantaggiosa per sé stessi[18].

La ricerca della sicurezza, nelle utopie architettoniche dal Rinascimento all'Illuminismo, crea uno spazio, silenzioso e malinconico, una pulsione gregaria e securitaria con perdita di una quota di libertà e accettazione di una quota di frustrazione[19], ove la vita è mortale e la morte vivente[20], ove domina, insieme a un maniacale rigore geometrizzante, astrazione e assenza di presenze umane, luogo della malinconia più profonda, spazio in cui tutto è immobile, muto, in cui la vita e la sua assenza non si escludono ma si fondono[21].

Dove anche le architetture abitative sono costruite non per l'uomo, ma per l'assenza dell'uomo. Architetture che si ritrovano nella zonizzazione della società dell'esclusione[22], con i piani destinati alle classi inferiori, dove via via che si sale si ascende anche nella gerarchia sociale[23].

Nelle corrispondenze da Roma, Ingeborg Bachmann[24] testimonia una eccezionale angolatura del silenzio urbano, «guardando Roma dal Gianicolo si nota come nessuna ciminiera disturbi la fisionomia della città, Roma è l'unica capitale dell'occidente priva di industrie».

Roma doveva essere una città silenziosa, senza fabbriche e senza operai, per frenare i movimenti popolari che erano ritenuti pericolosi.

Dopo le paure suscitate dalla Comune di Parigi, si voleva allontanare il pericolo rivoluzionario delle classi pericolose, operai e proletari.

Secondo Quintino Sella, per la capitale non erano opportuni gli impeti popolari di grandi masse di operai[25], un motivo che spinse i nuovi governanti ad

18 L.F. Foldenyi*, I luoghi della morte vivente,* cit.

19 M. Recalcati, *Le nuove melanconie,* cit., 60-72. «In questo caso, come sosterrà in seguito Freud, la pulsione gregaria gioca un ruolo decisivo: si rinuncia alla libertà della propria vita in cambio della sua protezione».

20 U. Nespolo*, Trovare nel silenzio una forza creatrice,* Il Sole 24 ore, 30 marzo 2025.

21 L.F. Foldenyi, *I luoghi della morte vivente,* cit.

22 N.Elias, J.L. Scuton*, Strategie dell'esclusione,* Bologna 2004. Le strategie di chiusura, i rapporti di superiorità / inferiorità si costruiscono socialmente nelle comunità urbane, anche in assenza di disuguaglianze etniche o economiche, sulla base della distinzione fra nuove e vecchie famiglie, sulla base dell'anzianità degli ingressi in comunità. I gruppi radicati respingono quelli che vivono come attacchi verso il loro potere, le loro norme di gruppo, serrando i ranghi contro gli esterni, escludendoli e umiliandoli.

23 J.G. Ballard, *Il condominio,* Milano 2023, 28. Un grattacielo di quaranta piani, che occupa un'area di un chilometro quadrato e mezzo, con migliaia di appartamenti, duemila vicini che formano una collezione omogenea per livello finanziario e grado di istruzione, diventa scenario di scontri fra condomini, con massacri di primitiva violenza.

24 I. Bachmann*, Quel che ho visto e udito a Roma,* Macerata 2022, 61.

25 E. Ciconte, *Classi pericolose,* Roma-Bari 2022, 200.

impedire che Roma potesse avere una industria era quello di allontanare una popolazione operaia pronta ad accendersi alla prima occasione di tumulto[26].

Si mescolano pratiche dell'autorità inclini a reprimere diffusamente le classi pericolose, un residuo di un pregiudizio romantico su soggetti separati intesi come un popolo a parte, prima briganti, malandrini e anarchici, poi individui sospetti, su cui occorre intervenire con misure preventive di pubblica sicurezza[27].

Una scelta che va in direzione ostinata e contraria alla voce insorgente dell'associazione volontaria di tutte le iniziative locali, «al concorso spontaneo, libero di tutte le energie individuali in vista del fine comune, il benessere, la libertà e la sicurezza di tutti»[28], attraverso uno spazio recuperato e ricostruito entro i fluidi confini della città[29], un espanso agglomerato urbano, una confederazione rimpiazzante lo Stato[30].

Si assiste alla riduzione della questione criminale alla sola percezione della criminalità (una chiarificazione contenuta, anche, nella relazione governativa al d.l. 48/2025[31], in verità allo stesso modo dei decreti legge securitari precedenti), insieme al franare di ordine e abitabilità del mondo, crollo che si manifesta: «quando gli uomini non sono al loro giusto posto, quando gli uomini non sono più nel loro ambiente domestico {...} e governa un antinomico terrore: quello di perdere il mondo e quello di essere perduti nel mondo»[32].

Crisi della presenza e fine del mondo sono avvertite come una forza occulta, come se il mondo vada diventando sordidamente estraneo[33].

26 F. Benigno, *Terrore e terrorismo, Saggio storico sulla violenza politica,* Torino 2018.

27 F. Benigno, *La Mala setta,* Torino 2015, 287-306.

28 P.O. Lissangaray, *Gli ultimi giorni della Comune,* Roma 2019.

29 L. Curreri, *La Comune di Parigi e l'Europa della Comunità?* Macerata 2019.

30 *I giorni della comune, Parigi 1871,* Roma 2021, 116. «Vogliamo essere i padroni di regolare, e di regolare da soli, le nostre finanze, il nostro esercito, la giustizia, la polizia, l›istruzione, il lavoro, ecc. Noi non possiamo ammettere che delle leggi generali regolino in una maniera identica, su tutta l›estensione del territorio nazionale, degli interessi diversi da un posto all›altro, contraddittori spesso secondo le latitudini e che la varietà delle razze rende assolutamente incompatibili.

Noi vogliamo l'autonomia assoluta della comune estesa a tutte le località della Francia che assicuri a ciascuno la pienezza dei suoi diritti, e ogni francese un pieno esercizio delle sue attitudini, come uomo, come cittadino, come lavoratore».

31 *Relazione n. 33/2025* a cura dell'ufficio del massimario della Corte di cassazione, relativa al d.l. 11 aprile 2025, n. 48, conv. dalla legge 9 giugno 2025, n. 80, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario" (cd. decreto-sicurezza), in vigore dal 12 aprile 2025, 9 - 19.

32 E. De Martino, *La fine del mondo, contributo all'analisi delle apocalissi culturali,* Torino 2019, 360.

33 C. Ginzburg, *La lettera uccide,* Milano 2021, 201-211. Un film potrebbe aver riattivato un progetto che si è trasformato in una ricapitolazione, incompiuta, dell'esperienza, intellettuale di Ernesto De Martino. L'impulso definitivo a «La fine del mondo» potrebbe essere un film uscito in Italia bel 1962, L'eclisse di Michelangelo Antonioni, una metafora della repressione delle emozioni e dell'incapacità di comunicarle. Il contesto evocato dall'Eclissi è un crollo del mondo rispecchiato da un crollo del linguaggio, sia acustico che visivo.

Si teme di perdere splendore e gioia della vita, insieme all'energia che sospinge verso i progetti comunitari della vita civile, verso la solidarietà morale e la giustizia sociale e il mondo è avvertito come un pericolo che insidia il più autentico destino umano[34], e quindi come tentazione da cui salvarsi.

Si mitiga questa paura con distrazioni, rituali, invidiando la presunta felicità dei primitivi.[35]

Angosce, malesseri e disadattamenti dimostrano l'impossibilità di vivere senza strategie di difesa adatte, senza dispositivi culturali[36] che riescano ad assolvere ad una funzione reintegratrice, dove le difficoltà della vita possano trovare la più appropriata modalità di controllo.

Si avverano le apocalissi culturali, evocate da Olivier Messaien nel suo *Quatuor pour la fin du temps*, eseguito il 15 gennaio del 1941, da prigionieri, di fronte a prigionieri del campo di concentramento *Stalag VIII-A* di Görlitz, quando il compositore era convinto che finisse la sua vita e il mondo, la fine del tempo storico[37].

A proposito degli spazi del silenzio[38], del silenzio di chi è sottoposto alla più rigida violenza, esiste nella letteratura giuridica europea un testo decisivo, un testo che è il più lontano possibile da Dei delitti e delle pene, si tratta del Malleus Maleficarum, scritto fra il 1486 e il 1487 dagli inquisitori Heinrich Kramer e Jakob Sprenger.

In un celebre passo gli autori si interrogano sulla circostanza sorprendente, che, pur sottoposte a tortura, alcune streghe sopportano e resistono, queste streghe sono difese dal Diavolo con tutte le forze e temprate fino alla stregoneria del silenzio.

34 E. De Martino*, La fine del mondo, contributo all'analisi delle apocalissi culturali,* cit., 370.

35 Così, M. Ferraris, *La pelle, che cosa significa pensare nell'epoca dell'intelligenza artificiale,* Bologna 2025*,* 91-95. Sulla fine del mondo: «perché siamo animali disfunzionali e così predisposti alla povertà e alla perdita di mondo, dunque la sofferenza. Il dolore è legato alla mancanza, spesso al venir meno di una funzione». Il filosofo torinese sull'antropologo Ernesto De Martino e il campanile di Marcellinara, «non c'è bisogno di fissarsi su un campanile per provare quel sentimento, basta che il nostro mondo, che sia una persona, una patria, uno stile di vita si allontani, perché ci si trovi nelle stesse condizioni di quel contadino. Quelli che, convinti di usare una metafora, chiamiamo punti di riferimento esistono eccome». Diffusamente sul paradigma dell'incertezza, sulla *insecuritas,* sul rapporto tra ordine, sicurezza e libertà, le pagine esemplari di, M. Luciani, *Il mondo vuoto, l'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto,* Roma-Bari 2026, pp. 132-165.

36 E. De Martino*, Oltre Eboli, tre saggi,* in Stefano de Mattei (a cura di) Roma 2021, 14-15. L'esempio più noto è il contadino di Marcellinara che avverte un esilio dalla propria patria culturale, quando si allontana dal campanile, punto di riferimento del «suo minuscolo spazio esistenziale». «la presenza entra in rischio quando tocca i confini della sua patria esistenziale, quando non vede più il campanile di Marcellinara, quando perde l'orizzonte culturale, stato oltre il quale non può andare ed entro il quale consuma i suoi oltre operativi: quando cioè si affaccia sul nulla». E. de Martino*, La fine del mondo, contributo all'analisi delle apocalissi culturali,* cit., 364-365.

37 Olivier Messiaen*, Quatuor pour la fin du temps,* in particolare la sezione *Louange à l'Éternité de Jésus,* in Battiti, Urgente (ultima), a cura di Pino Saulo, https://www.raiplaysound.it/audio/2025/01/Battiti-del-19012025-f5d47cba-de90-409d-86fc-fddd878ee71a.html, al minuto 00,11,33.

38 R. Escobar, *La stregoneria del silenzio,* in il Mulino, 1 (2004).

Si genera una semplificazione del processo di imputazione di responsabilità nei confronti di alcuni, attraverso un diritto penale della pericolosità e dell'autore che si regge sulla fede nel giudizio di pericolosità.

Non c'è scampo, chi abbia la ventura di entrare nel cerchio è un intimo del maligno, prevalgono le virtù inquisitorie delle tenaglie infuocate e la confessione dei propri crimini o la stregoneria del maligno.

Zaffaroni annota efficacemente che stato di polizia, privazione dei diritti e discriminazione di genere trovano la loro sintesi più esaustiva esattamente nel Malleus Maleficarum[39], uno tra i libri più stampati dopo la Bibbia nel XVII secolo, il tempo in cui fu commesso il maggior numero di omicidi di donne.

Ma la sicurezza non è mai stata solo questione giuridica, ma essenzialmente politico culturale[40], in particolare ove si identificano alcune figure come un rischio potenziale[41], non tanto per ciò che fanno, ma per ciò che rappresentano, un tempo il non proprietario ora chi viene identificato come marginale o chi manifesta dissenso.

Nel progetto giuridico della modernità[42], lo spazio urbano si presenta segmentato, allo stesso modo del grado di appartenenza alla città del non proprietario, sorvegliato attraverso regolamenti di polizia urbana, ordinanze sindacali e ordini di allontanamento, da ultimo zone rosse[43], un nuovo diritto punitivo cittadino, una disciplina dei corpi e dei comportamenti non pericolosi in sé ma devianti rispetto ai criteri di decoro e vivibilità.

Si inventano sempre nuovi dispositivi, inizialmente amministrativi, poi ibridi giuridici[44], infine la disciplina del controllo è sempre più attratta dal diritto penale.

Questo sistema si sviluppa su presupposti che il diritto penale della modernità, che è diritto del fatto e della colpevolezza, rifiuta e osteggia. Nello stato di di-

39 E.R. Zaffaroni, *Una storia criminale del mondo,* Roma-Bari 2025, 30.

40 R. Cornelli, *La politica della paura, fra insicurezza urbana e terrorismo globale,* in Criminalia (2017) 233.

41 D.l 11 aprile 2025, n. 48, convertito, senza modificazioni, dalla legge 9 giugno 2025, n. 80, recante: «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario».

42 P. Costa, *Il Progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico,* Bologna 2024.

43 F. Borlizzi, *Daspo prefettizio in bianco e zone rosse, prove generali di distopie securitarie,* in Studi sulla Questione Criminale, 14 gennaio 2025.

44 R. Selmini, *Dalla sicurezza urbana al decoro, una storia del diritto amministrativo punitivo,* Roma 2020.

ritto[45] riappare un non diritto, una «incomoda presenza»[46], un sistema poliziale di prevenzione che si regge sulla fede intuizionistica nel giudizio di pericolosità, per allontanare la presenza di soggetti molesti, marginali o non in regola con la normativa in materia di immigrazione, «tale da incidere negativamente sulla percezione di sicurezza dei cittadini e dei turisti che fruiranno di quelle aree»[47].

Ritorna l'aspro ammonimento di Francesco Carrara, nulla possiamo sperare da legislatori i quali esordiscono «dal pensare che leggi penali e le leggi di polizia formino un unico *corpus juris*! Siamo agli antipodi»[48]. Il pericolo, costante nel tempo, è la statolatria, l'idea che gli uomini siano fatti per lo Stato e non lo Stato per gli uomini, la confusione dell'ufficio del criminalista con gli uffici di polizia[49].

Questa strategia securitaria nelle città rende i luoghi pubblici inaccessibili a tipologie di soggetti selezionati sulla base di prescrizioni di pericolosità, un superamento dei diritti costituzionalmente garantiti, libertà di riunione e di circolazione, attraverso la stabilizzazione dell'emergenza[50].

Si tratta di evidenti compromissioni della libertà di circolazione e della libertà personale, adottate in forza di un'ordinanza prefettizia ed eseguite a discrezione delle forze di polizia nell'individuarne i destinatari, con espresso pregiudizio verso le persone migranti, in palese violazione delle riserve di legge e di giurisdizione costituzionalmente garantite a presidio delle libertà fondamentali, articoli 16 e 13 della Costituzione.

45 «Invocare genericamente lo Stato di diritto, o il ritorno allo Stato di diritto, significa cadere in una superfluità logica, poiché dire Stato è concettualmente dire Stato di diritto». N. Irti, *Il potere semantico della legge,* Il Sole 24 ore, 15 giugno 2025.

46 M. Pavarini, *La polizia, la sua riforma, la società aperta,* in Desirée Fondaroli (a cura di), *Nuove strategie di polizia per una «società aperta»,* Milano 2011, 11-17.

47 Art. 9 e 10 del d.l. 14/2017, direttiva del Ministero dell'Interno del 17/12/2024 «iniziative di prevenzione di sicurezza urbana». Nel provvedimento del 27 dicembre 2024 del Prefetto di Milano, la giustificazione dell'ordinanza sono le ragioni che attengono alla "percezione di sicurezza dei cittadini e dei turisti". Il divieto di accedere a determinate zone della città, le cosiddette zone rosse, e l'allontanamento forzoso, in caso di violazione del divieto, sono rivolti ai soggetti che assumano atteggiamenti aggressivi e minacciosi, ma anche semplicemente molesti, i quali risultino destinatari di mere segnalazioni all'Autorità giudiziaria per un'amplissima categoria di reati (contro il patrimonio, contro la persona, in materia di stupefacenti, danneggiamento, porto di oggetti atti a offendere e altri) e comunque ostacolino la piena fruibilità delle infrastrutture del trasporto e delle aree urbane individuate.

Contraddizioni registrate da una pronuncia del giudice amministrativo «per far fronte a ordinari e stratificati problemi di ordine pubblico, il potere prefettizio di proroga delle cosiddette zone rosse risulta lesivo dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in particolare, la reiterazione dell'ordinanza che prevede il divieto di stazionamento di soggetti con atteggiamenti aggressivi, minacciosi e molesti, introduce misure straordinarie a carattere permanente. Così, Tar Campania, n. 2644 del 27 luglio 2025.

48 F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale, Osservazione V,* Bologna 2007.

49 R. Blaiotta, *Costituzione, colpevolezza, pena,* in Sistema penale, 17 giugno 2025.

50 A. Algostino, *Sicurezza urbana, decoro delle smart city e poteri del prefetto",* in Costituzionalismo, 1 (2019).

Così, si inverano spazi architettonici, in cui l'uomo baratta la sua possibilità di essere felice per un poco di sicurezza.

In questo modo si neutralizzano la maggior parte delle fonti delle sofferenze, ma muta l'atteggiamento verso la civiltà, «non la accettiamo non comprendiamo perché le istituzioni che noi stessi abbiamo creato non debbano invece dare a tutti maggiore protezione e benessere[51]».

In compenso, si registra una costante diminuzione della fiducia dei cittadini nei confronti del sistema delle istituzioni (dal 33,1% al 36,5%), si abbassano i consensi sia nei confronti del Parlamento (dal 33,6% al 25,4%) sia della magistratura (dal 47% al 43,9%)[52].

Il tasso di fiducia nelle istituzioni scende, una inquietudine prodotta dall'emergere di fenomeni nuovi, in particolare paura della criminalità comune e dell'immigrazione, mentre si conclude un ciclo di felicità privata e riaffiora un nuovo ciclo di felicità pubblica[53], che raccoglie una istanza fluida che è simultaneamente di partecipazione e di tutela pubblica.

Nelle relazioni cicliche fra individuo e Stato, la volontà di ordine si esprime in una pluralità e diversità di forme, che il diritto e lo Stato limitano e dirigono.

Può giovare un esempio con cui provare a chiarire lo stato di incertezza che coinvolge le condizioni imprescindibili della convivenza fra cittadino e Stato, quando l'autorità del diritto si concentra sull'esercizio della forza contro il dissenso, attraverso i decreti della paura[54], il momento della fiducia[55], che è momento sonoro, non può che retrocedere e scomparire, aprendo al silenzio e, infine, al rumore bianco[56].

Senza la solidarietà dei cittadini, elevata giuridicamente, lo Stato di diritto democratico non può avere esistenza politica, allo stesso modo della coercizione legale, che ha una natura intrinsecamente volontaria[57], fondata sulla fiducia reciproca.

Lo scenario della contemporaneità, contraddistinto dal fenomeno dell'urbanizzazione, dall'applicazione dei dettami di un panoptismo urbano[58], è dominato dal rumore, ma la sua evoluzione è quel sottofondo sordo, apparentemente inno-

51 S. Freud*, Il disagio della civiltà,* Milano 2010, 28-41 «Sono dell'idea che un'insoddisfazione profonda e antica nei confronti dell'assetto della civiltà di volta in volta esistente abbia costituito l'humus dal quale poi in determinate circostanze storiche nacque la condanna».

52 Eurispes*, Rapporto Italia 2025, https://eurispes.eu/news/risultati-rapporto-italia-2025/.*

53 B. Zani, a cura di, *Sentirsi in/sicuri in città,* Bologna 2003.

54 G. Allegri, *Il «decreto paura», giornate decisive per l'opposizione,* il Manifesto, 25 maggio 2025.

55 T. Greco, *La legge della fiducia, alle radici del diritto,* Roma-Bari 2021, 78.

56 D. De Lillo, *Rumore bianco,* Torino 2014.

57 J. Habermas, *Proteggere la vita,* Bologna 2022, 106.

58 M. Pavarini, *Bologna, riflessioni sul degrado,* in Il Mulino, 1 (2007) 117-127.

cuo, ma di fatto annichilente, che avvolge la vita di tutti i giorni, una somma di tutti i suoni che circondano le mura delle città, tale da non venire più percepito[59].

Il territorio della post metropoli ignora il silenzio[60].

L'invasione dei rumori è tale da necessitare un rumore compatto e sordo che li assorba tutti, creando un suono prevalente che possa avvolgere e rendere indifferenti, ma che si distanzia dal rumore, che fa perdere lucidità e capacità di discernimento, perché equivale alla mancanza di ordine, invita al riparo e alla difesa.

Un formidabile specchio della realtà sociale sono quegli spazi, né pubblici né privati, la loro disciplina e la loro sonorità, ipermercati[61], enclavi, aeroporti, parchi divertimenti, spazi di transizione e insulari[62] capaci di mostrare, da una angolazione inedita, uno dei tanti teatri segreti del nostro vivere collettivo.

2. LE CITTÀ INSICURE, CHE STANNO DIETRO AL COMUNE

Le città e il loro ordine poliziale rappresentano un osservatorio privilegiato, inquadrano il crescente complicarsi delle attività pubbliche[63], si fanno carico di nuovi obiettivi sostantivi ulteriori, ma sono anche specchio riflesso delle contraddizioni fra necessità delle istituzioni e loro funzioni ordinatrici, protettive, ma anche a carattere gerarchico, assoggettante e oppressivo.

Sono spazi che infondono nuova linfa nell'analisi delle questioni radicali del diritto[64], delle grandi dicotomie, pubblico / privato, coazione / obbedienza, norma / potere, legalità / legittimità, insieme alla distinzione fra momento individuale e collettivo, una intima connessione fra discorso giuridico, politico e individuo.

Ma sono anche il luogo che mette cupamente a nudo le contraddizioni laceranti, le dissimetrie fra la dimensione territoriale della politica e del diritto[65] e la spazialità aperta e sradicata dell'economia.

Si dissolvono le partizioni tradizionali dello spazio politico[66], sia per lo Stato che per le Città.

59 I. Baldriga, *Estetica della cittadinanza,* Roma 2020.

60 M. Cacciari, *La Città,* Verucchio 2021, 34. «Non è possibile abitare la città, se essa non si dispone per l'abitare, e cioè non dona i luoghi. Il luogo è dove sostiamo: è pausa - è analogo al silenzio di una partitura. Non si dà musica senza silenzio, {...} (la metropoli) non ci permette di sostare, di raccoglierci nell'abitare».

61 A. Ernaux, *Guarda le luci amore mio,* Roma 2022.

62 G.G. Nobili, M. Grimaldi, F. Coppola (a cura di), *Abitare città sicure,* Milano 2024.

63 B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato, una genealogia storica,* Bologna 2020, 51-57.

64 Ibidem.

65 S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa,* Bologna 2012.

66 R. Bin, *Lo stato di diritto,* Bologna 2017, 97. «La previsione messianica di Marx, di una società in cui lo Stato si estingue, mostra qualche segno di inverarsi, ma fuori dalle condizioni salvifiche che Marx auspicava {...} è un'estinzione dello Stato in un contesto capitalistico».

Durante la prima stagione della globalizzazione, un diritto smisurato e sconfinato non solo ha oltrepassato il perimetro tradizionale dello Stato, ma si è emancipato dal presupposto materiale del territorio. Lo Stato, il grande protagonista della lunga stagione della modernità, è esautorato rispetto alla sua funzione di limite del politico e del giuridico[67].

Mutano le coordinate di tempo e spazio, in cui si svolge da sempre la vita, personale e sociale.

Questa produzione ha riguardato finanche la città intesa come spazio politico[68], ove numerosi sono i tentativi di indagare il rapporto fra dimensione spaziale e giuridica, cercando di ricostruire come le due dimensioni siano reciprocamente influenzate.

Non è del tutto casuale, del resto, che un'autentica pietra miliare degli studi sulle città risalga alla prima generazione della scuola di sociologia urbana di Chicago[69] e sia di pochi anni successiva ai primi saggi sulla crisi dello Stato.

L'ecologia urbana, quale sociologia della devianza e del controllo sociale delle metropoli, nasce come scienza essenziale per lo sviluppo socioeconomico della città moderna e per la produzione di politiche di controllo sociale,

A far data dall'inizio del Novecento, la riflessione criminologica non privilegia più il carcere o il manicomio giudiziario, il laboratorio di osservazione e di sperimentazione dello scienziato è la città, il quartiere, l'habitat dove vivono coloro che sottostanno più degli altri al rischio della criminalizzazione[70].

Se l'indagine si volge all'isolamento dell'oggetto, separato e distinto da altri fenomeni e assunto nella sua scabra datità,[71] allora la città è modalità di contenimento del nucleo originario violento della giuridicità[72], che deve preservare spazi di libertà e pluralismo.

L'equilibrio precario delle relazioni fra individuo e società, il paradosso secondo il quale gli strumenti con i quali si ricerca una difesa contro le minacce

67 M. Cacciari, *Il potere che frena,* Milano 2013, 122-131. L'antica sovranità statale dovrà superarsi, ricollocandosi su una dimensione sempre più relativa {...} esautorata nel duplice senso del confine materiale e del *katéchon*.

68 G.M. Labriola*, Città e diritto. Brevi note su un tema complesso / Città e diritto,* in Istituzioni del Federalismo Rivista di studi giuridici e politici, 1 XXXIX (2018).

69 R.E. Park, E.W. Burgess, R.D. Mckenzie, *The City, Chicago,* Chicago 1925.

70 M. Pavarini, *Introduzione a... La criminologia,* Firenze 1980, 49-52.

71 N. Irti, *Violenza conforme alla legge (da un carteggio fra Einstein e Freud),* in Historia et ius rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, 4 (2013), 1. La purezza, nella poesia, ma anche nell'analisi psicoanalitica e nel discorso giuridico, è segno dominante della modernità. Insieme alla forma. Il pensiero, sciolto da presupposti metafisici e religiosi, si raccoglie nella forma: poiché nessuno ha più l'autorità di prescrivere contenuti o di assegnare fini, la forma acquista una decisiva centralità, e poeti e scienziati e giuristi hanno cura di proteggerla da minacce esterne e di custodirla in assoluta purità.

72 F. Mancuso, *Sigmund Freud,* in T. Gazzolo e S. Pietropaoli, (a cura di) *Manuale di filosofia del diritto,* Macerata 2024, 751-762.

attengono alla civiltà stessa, si ritrovano, anche, nella affannosa ricerca di una comune definizione di città, del diritto alla città.

Ove le osservazioni più incisive e precise sulle città sicure sono quelle espresse per marcare una distanza fra discipline e saperi, non da giuristi ma da urbanisti[73], «per voi giuristi la città non esiste; conoscete il Comune, ma non vi interessa la città che, a volte, sta dietro al Comune»[74].

Sono notazioni stimolanti, utili per provare a vedere se abbia senso per il giurista guardare alla città oltre il Comune[75], se anche il diritto possa proporre in termini innovativi un diritto delle città, dal momento che architetti e urbanisti sanno di non essere in grado di risolvere da soli il problema della definizione della città, ma hanno bisogno dell'aiuto di sociologi, medici, e in un certo senso, anche di storici[76].

Come ebbe acutamente a osservare Pier Paolo Pasolini nella sua difesa del patrimonio urbano, architettonico e naturale, la forma di una città, la struttura, il profilo di una città non è codificato, né sanzionato[77], parimenti la definizione di città non si ritrova in nessun testo giuridico, mentre all'interno di altri saperi, si può sceglierne una delle tante, quella più colta o quella più attuale.

D'altra parte, pur con le necessarie cautele, è interessante notare che il legislatore utilizza il termine città e non comune solo in rari casi[78], per il mero titolo di onorificenza, attribuito con decreto del Presidente della Repubblica nei confronti dei comuni che si distinguono per particolari ricordi, monumenti storici e per l'attuale importanza, art. 18 d.lgs. 267/2000, nel tentativo di dare una definizione di sicurezza urbana, art. 4 d.l. 14/2017, una definizione non esente da problematicità, che non separa adeguatamente i connotati della sicurezza urbana come regolazione dello spazio pubblico al di fuori dell'ambito penalistico, dalla funzione più classica di prevenzione e repressione che spetta alle autorità di pubblica sicurezza.

73 A. Bondi*, Massimo Pavarini e le città sicure. Patricia Perello intervista Massimo Pavarini,* in Cultura giuridica e diritto vivente, 3 (2016), 14. Sulla specializzazione urbanistica della sicurezza, che non sempre soddisfa perché «teorizza una architettura della *security* che non è architettura della *safety*».

74 G. Piperata, *La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale,* in Istituzioni del Federalismo Rivista di studi giuridici e politici, La scomparsa di un maestro e la sua eredità, in memoria di Luciano Vandelli, XL (2019). Si profitterà diffusamente del bel saggio di Giuseppe Piperata, le penetranti osservazioni sulla definizione di Città hanno il grande merito di unire diritto pubblico, letteratura classica e scienza empirica.

75 Ibidem.

76 R. Milani*, L'arte della città,* Bologna 2015.

77 P.P. Pasolini, *La forma della città,* in https://www.emergenzeweb.it/quando-pasolini-raccontava-la-forma-della-citta/, in G. Demuro, *La città è la forma della democrazia*, in Diritto pubblico, 1 (2025).

78 F. Giglione, *Differenziare i comuni: le città come nuovo soggetto di diritto?* In Diritto pubblico, 1 (2025).

A fronte dell'indebolimento degli elementi assoluti statuali, non sembra esserci una specifica rilevanza soggettiva delle città, nell'esercizio di specifici poteri, in nome del principio di differenziazione dell'art. 118 Cost.

Per coglierne la forma, può dunque aiutare la lettura di un classico che definisce la città[79], descrivendone i tratti e gli elementi essenziali.

> "Solerti lavorano i Tiri: chi innalza mura
> per costruire la rocca e solleva a mano blocchi di pietra,
> chi sceglie il luogo per la casa, limitandolo con un solco.
> Scelgono leggi, cariche civili e il senato inviolabile;
> alcuni scavano il porto, altri le grandi fondamenta del teatro
> e intagliano nella roccia enormi colonne, alto ornamento alle scene future".

Nel passo dell'Eneide, sono presenti i due punti della riflessione, l'oggetto e la politica, l'integrazione di *urbs* e *civitas*, pietre e istituzioni. La città prende forma nella storia, da spazio della rappresentazione, città sacrale, prima della industrializzazione, a spazio dell'utile nell'età della globalizzazione[80].

La storia insegna che le attività umane, attraverso le quali la città viene costruita e prende forma mutano a seconda delle epoche, in ragione delle necessità di disciplina sociale, delle soluzioni che consentono di meglio controllare la città, della separazione delle classi sociali di fronte ai pericoli dell'epidemie, del contagio fisico e morale, a seconda dei processi economici e funzionali che le attraversano, ma soprattutto a seconda degli ordinamenti giuridici alle quali le città appartengono, ma oggi si osserva con chiarezza che «dovunque, le città si identificano con le amministrazioni che le amministrano, che continuano le funzioni delle comunità autonome medievali e talvolta hanno i medesimi confini»[81].

79 G. Piperata, *La città oltre il Comune,* cit.. «Il passo, ovviamente, è tratto dall'Eneide e descrive l'arrivo di Enea insieme al suo compagno di viaggio su di una collina, dalla quale i due ammirano centinaia di persone intente a costruire una nuova città di Cartagine.Virgilio sottolinea i due differenti registri che caratterizzano la fase della creazione: mentre alcuni sono impegnati a realizzare le opere materiali (chi innalza mura... chi sceglie il luogo della casa), altri invece si dedicano a definire la trama politica e ordinamentale dell'istituzione (scelgono leggi, cariche civili e il senato inviolabile). Il brano è riportato in un'antologia dal titolo Elogio della politica, curata da Ivano Dionigi, ed è utilizzato per descrivere la città ideale, perché, secondo Dionigi, così Virgilio intendeva rappresentare Cartagine, una città dove architettura e istituzioni civili crescono in armonia e le fondamenta fisiche sono specchio dei fondamenti politici di una civitas laboriosa e ordinata. Gli edifici prendono il posto dei campi e delle capanne; leggi ed istituzioni riempiono i vuoti dell'anarchia».

80 R. Milani, *L'arte della città*, cit.

81 G. Piperata*, La città oltre il Comune,* cit.

Un fenomeno che nasce dopo il decimo secolo, quando si fa sentire prepotentemente una forza politica nuova, la Città[82], organizzazione politico - giuridica delle due grandi classi, mercanti - artigiani e popolo, con il risveglio della vita giuridica e culturale, un rinnovamento economico e politico che sboccherà più tardi nella rivolta comunale.

Una rivoluzione spaziale[83] che aprì un nuovo orizzonte in quello che è stato definito l'economia mondiale del Medioevo[84], quando nell'Italia settentrionale e centrale crebbe una nuova civiltà urbana e si svilupparono università[85] in grado di promuovere una scienza giuridica prima sconosciuta, rompendo il monopolio culturale del clero ecclesiastico.

Ma chiusa quell'esperienza, con la costituzione degli Stati assoluti, il paradigma istituente riemerge in superficie solo per rari momenti nella storia moderna.

Mentre solo la città è la forma cooperativa della prassi istituente[86], creazione al contempo sociale, giuridica e politica, di nuovi processi istituenti, dotati di durata temporale, attraverso associazioni, organizzazioni, reti destinate ad allargare, in ogni ambito, il cerchio dell'inclusione sociale.

Dall'origine dello Stato unitario, si è deciso di non lasciare libere le tante città che caratterizzano il nostro territorio, nella scelta del formante istituzionale, ma si è preferito seguire un unico modello legislativo, valido per qualsiasi realtà urbana, attraverso il modello uniformante del Comune, secondo le classificazioni soggettive del diritto pubblico[87].

Al punto che Santi Romano, nella nota indagine sui caratteri fondamentali delle istituzioni, per metterne in rilievo le figure più importanti, distinguerà i co-

82 F. Calasso, *Medio evo del diritto*, Milano 2021, 274-324.

83 C. Schmitt, *Terra e mare*, Milano 2002, 57. «Che cos'è una rivoluzione spaziale? L'abitante di una grande città si raffigura il mondo diversamente da un contadino; un cacciatore di balene ha uno spazio vitale diverso da quello di un cantante lirico, così come a un aviatore il mondo e la vita appaiono non solo sotto un'altra luce, ma anche con altre dimensioni, altre profondità e altri orizzonti».

84 Ibidem, 64-65. «Un mutamento spaziale che ha creato un nuovo ceto intellettuale, i giuristi, una rottura degli antichi spazi che si ritrova nell'architettura, nella scultura e nella pittura, un movimento del ritmo poderoso che superò lo spazio statico della precedente arte romanica, sostituendolo con un campo di forze dinamico, uno spazio cinetico. Come nella volta gotica, una struttura in cui i vari elementi costruttivi si tengono reciprocamente in equilibrio e si reggono l'un l'altro in virtù del loro peso, l'espressione di un'energia ed una dinamica peculiari, capaci di trasformare lo spazio».

85 F. Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., 482 .«Lo spirito associativo dominante in quest'epoca portò infatti ben presto le varie *societates* a riunirsi in un più vasto corpus, al quale gli studenti di diritto trovarono ben presto il vocabolo adatto: *universitas*, la quale nacque dunque come *universitas scholarium,* organizzazione corporativa cioè degli studenti che nominò i suoi capi».

86 R. Esposito, *Istituzione*, Bologna 2021, 120-122. Ove per comune non si deve intendere un bene o un insieme di beni, e neanche una comunità in qualsiasi modo declinata.

87 G. Piperata, *La città oltre il Comune*, cit.

muni fra le istituzioni derivate[88], il cui ordinamento è stabilito da un'altra istituzione, la quale afferma la sua superiorità sulla prima, che le rimane subordinata.

Se le modalità di formazione di un determinato sistema organizzativo, insieme alle decisioni cruciali che lo hanno modellato alle origini, sono in grado di esercitare, nel corso del tempo, una propria forza inerziale sulle caratteristiche morfologiche del sistema stesso[89], allora alla città si è sovrapposta la veste burocratica del Comune, l'ordinamento comunale, con le sue regole e le sue strutture.

Si è scelto di sostituire il Comune ad ogni città, ad ogni comunità piccola o grande stanziata su di un determinato spazio locale, e, contestualmente, di sottoporre tale realtà istituzionale ad un ordinamento uniforme[90], salvo il riconoscimento di qualche possibile margine di scostamento dai modelli predeterminati.

La cesura fondamentale per l'emersione di un modello originario è riscontrabile nella conquista e nella successiva occupazione da parte dell'imperatore Bonaparte della preveggente Repubblica italiana, con il nome di Regno d'Italia, quando, a seguito della raggiunta unità d'Italia, casa Savoia opta per l'adozione del sistema amministrativo francese nel tentativo di tenere insieme lo Stato, in presenza di forti divisioni e spinte centrifughe di tipo culturale, politico e sociale.

Per Vandelli[91], il modello dell'uniformità giuridica dei Comuni è un'opzione antica, recuperata dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248, direttamente dall'esperienza del sistema franco-piemontese e ribadita dal legislatore italiano nei suoi interventi successivi fino alla riforma del Titolo V Cost.

Per Carrara, va deprecato «il mesto retaggio di noi italiani abituati a un troppo facile spirito di imitazione delle leggi e dottrine d'Oltralpe» ove «la Francia del giure penale fece costantemente crudele strumento ai suoi despoti di ogni colore, puntellando il trono dei suoi tiranni con la scure del manigoldo»[92].

Si sono alternati momenti in cui il legislatore ha mitigato il rigido livellamento dei Municipi italiani, introducendo minimi spazi di differenziazione nell'organizzazione e nel funzionamento degli Enti locali, ma nella sostanza l'impianto originario del modello locale di amministrazione non è cambiato. Alla recente enfasi attribuita alle città non è corrisposta alcuna specifica ricaduta giuridica

88 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Macerata 2018, 123.

89 M. Tebaldi, *Sicurezza, libertà e democrazia, analisi comparata di sei paesi europei*, Bologna 2016, 131-148.

90 G. Piperata, *La città oltre il Comune*, cit..

91 Ibidem.

92 F. Carrara*, Convenienza di una rivista scientifica indipendente della giurisprudenza penale (1871), in Progresso e* r*egresso del giure penale,* 1; citazione tratta da, L. Zilletti*, La recita del processo, note a margine di Brissot + 20 i*n J. D'Andlau, P. Ferrua, D. Negri, L. Zilletti (a cura di) *I girondini davanti al tribunale rivoluzionario, l'ipocrisia di un processo costruito per uccidere,* Milano-Udine 2025, 141.

Rimane il tasso di complessità dell'oggetto di studio, che non è facilmente riducibile, oltre un certo grado, considerazione che costituisce l'apertura del saggio di Max Weber sulla città, uno sforzo di definizione ancora oggi unico nella pur vasta letteratura in materia.

La lezione weberiana, rimossa, dimenticata o criticata negli ultimi decenni[93], è dedicata alla comprensione delle influenze, delle catene causali che rappresentano complessi fenomeni sociali.

La definizione di Weber è volutamente problematica, non l'estensione fisica né le varietà industriali la caratterizzano in modo decisivo ma le caratteristiche di centro politico e di mercato economico, attraverso le due dimensioni originarie della città, *oikos* e mercato, il processo di razionalizzazione, il controllo politico, il ruolo degli stati nazionali, l'evoluzione di una moderna classe lavoratrice, il ruolo di civilizzazione del diritto nazionale, il rapporto fra capitalismo e urbanizzazione.

Per Weber, la definizione di Città va ricercata nella categoria di affratellamento degli individui per mezzo di un giuramento, la sua fondazione va vista nella *conjuratio*, nel reciproco giuramento promissorio dei cittadini, in particolare nelle città dell'Italia settentrionale dalla fine del X secolo[94].

Ma la *conjuratio* va analizzata come atto usurpatorio contro un legittimo potere sovrano.

Per quanto attiene alla questione dell'ordine, nell'esperienza storico occidentale, occorre far necessariamente riferimento a un'organizzazione di tipo accentrato, che identifica il suo obiettivo primario nella volontà di regolare i conflitti attraverso il monopolio della forza tendenzialmente legittima[95], proprio in ragione del suddetto monopolio tendenziale della violenza, il potere politico centrale è in grado di affermarsi, sia rispetto a una molteplicità di poteri locali sia rispetto a autorità politiche economiche esterne.

Si attribuisce il diritto all'uso della forza fisica soltanto nella misura in cui sia lo Stato a concederlo per parte sua, così che rappresenta la fonte esclusiva del diritto all'uso della forza[96].

Ma crisi dello Stato e ineffettività delle tutele dei diritti al mero livello globale, riconducono alla città la dimensione complessa delle politiche di sicurezza

93 P. Perulli, L. Vettoretto, *Tipi di città e analisi socio - spaziale*, in Rassegna italiana di sociologia, 4 (2018).

94 M. Weber, *La Città,* Roma 2016. Le caratteristiche weberiane di città vanno ricercate in queste cinque caratteristiche: la fortificazione,il mercato, un proprio tribunale e almeno in parte un proprio diritto, il carattere associativo, una parziale autonomia e autocefalia, un autogoverno rappresentato da autorità.

95 M. Tebaldi, *Sicurezza, libertà e democrazia*, cit.

96 M. Weber, *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino 2004.

urbana, per la natura intrinsecamente territoriale dei diritti di cittadinanza, il diritto ad avere diritti[97], quale garanzia di compatibilità con i diritti di libertà tipici degli ordinamenti democratici, di una città inclusiva, nel senso più vasto del termine, non meno che sicura.

Per lo scienziato criminologo, la dimensione istituzionale è decisiva per capire le politiche di sicurezza e l'implementazione delle stesse[98], il governo pubblico del tema della sicurezza nella post-modernità può essere un'occasione determinante, anche se certo non esclusiva, nel processo di superamento della vecchia forma Stato.

Il tessuto urbano è il luogo per eccellenza dove osservare la trasformazione, dal paradigma sovrano focalizzato sul territorio a quello disciplinare centrato sullo spazio[99], in questo senso il governo degli uomini si esercita in prevalenza nelle città[100].

La città è vittima inevitabile dello Stato e del suo tentativo di monopolizzare la possibilità di proiettare e creare spazi che si sottraggono al suo potere, ma è anche chiamata ad agire localmente per problemi che hanno cause e effetti globali.

Lo Stato moderno è una forza centripeta che cerca di assorbire gli altri campi di forza ma non può mai ottenere una totale esclusione di altre funzioni e pratiche spaziali[101].

I meccanismi di controllo della popolazione devono in qualche modo essere assorbiti all'interno del perimetro urbano che diviene così il luogo strategico di esercizio del potere biopolitico e per questo da controllare e includere nel perimetro statuale.

Nel contesto attuale la formazione di un diritto della città è il risultato di un duplice processo di limitazione dello spazio dello Stato[102], da un lato la perdita di capacità regolativa per quell'insieme di fenomeni quali la globalizzazione e le cessioni volontarie di sovranità derivanti dalla partecipazione al sistema di relazioni giuridiche del diritto internazionale e comunitario, dall'alto, dal basso, invece, si assiste a una responsabilizzazione di nuovi attori non statali[103], le città,

97 H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 430.

98 M. Pavarini, *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*, in Dei delitti e delle pene, 1-2-3 (2002), 329-337.

99 V. Nitrato Izzo, *La città contemporanea e gli spazi del diritto*, in Materiali per una storia della cultura giuridica fascicolo 2 (2016).

100 M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano 2010.

101 V. Nitrato Izzo, *La città contemporanea e gli spazi del diritto*, cit..

102 Ibidem.

103 D. Garland, *La cultura del controllo*, Roma 2004.

un trasferimento, una delega di funzioni, anche sul governo della criminalità, a fronte del declino dello stato sociale.

Una sfiducia che echeggia nello slogan *Provinces unies, tous contre Paris*[104], una tensione fra la rigorosa centralizzazione dello Stato (quale tratto saliente della Francia) e le regole dell'autonomia, del federalismo e della pluralità.

La città è in grado di porsi quale spazio giuridico alternativo e potenzialmente in conflitto a quello statuale, basta analizzare in che modo le città usano il loro potere normativo per regolare fenomeni diversi, quali il decoro urbano, la vivibilità, il controllo punitivo modellato sul bene della sicurezza urbana.

Per fornire un esempio concreto è sufficiente volgere lo sguardo alle, rare, ricerche empiriche che riguardano le nuove politiche di sicurezza e le persone senza fissa dimora[105], gli strumenti sanzionatori di cui le autorità locali dispongono per rendere le città più pulite e sicure[106], ove si contrappongono municipalità dove l'applicazione dei nuovi divieti di accesso è scarsa, perché esistono reti familiari o strategie di collaborazione con i servizi, ad altri dove vi è un utilizzo più intenso della messa al bando verso poveri non meritevoli e stranieri.

La città, come agli albori del pensiero giuridico politico occidentale, si presenta come attore principale di organizzazione della vita sociale.

Un pluralismo giuridico delle città, luogo per eccellenza di una giuridicità porosa, che vede contrapposte città dove il diritto punitivo municipale viene usato come extrema ratio a città ove prevale un clima di robusta intolleranza verso le marginalità.

Si ricorre a un processo di delegificazione e frammentazione normativa e territoriale, una normatività a bassa intensità, ibrida, attraverso strumenti a ridotto tasso di legalizzazione come i più idonei a realizzare un disegno istituzionale, così l'amministrativizzazione[107] permette una gestione della sicurezza urbana

104 J. D'Andlau, P. Ferrua, D. Negri, L. Zilletti (a cura di) *I Girondini davanti al tribunale rivoluzionario, l'ipocrisia di un processo costruito per uccidere,* cit. 27. Per d'Andlau, «non è raro sentire, Province unite, tutte contro Parigi, quando il Paris Saint-Germain si reca nelle arene meno sanguigne ma altrettanto tumultuose degli stadi che ospitano il calcio di Ligue 1. Una eco, un'impronta indelebile del processo ai Girondini, che sostenevano una Repubblica liberale basata sulla sovranità nazionale e sulla garanzia dei diritti individuali, ma soprattutto un potere politico meno centralizzato, dall'altro i Montagnardi che preannunciavano un potere forte e centralizzato, con una politica dell'eccezione, definita di salute pubblica».

105 R. Selmini, S. Crocitti, *La povertà tra messa al bando e criminalizzazione, riflessioni sulle nuove politiche di sicurezza e le persone senza fissa dimora*, in T.F. Giupponi, A. Arcuri (a cura di) *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, Bologna 2022, 97.

106 F. Borlizzi, *Daspo urbano e governo delle città, riflessioni a margine di una ricerca empirica*, in Studi sulla questione criminale, 3 novembre 2022.

107 A. Algostino, *Sicurezza urbana e conflitto. L'ostracismo sociale e politico della città neoliberista e la città futura della Costituzione*, in Diritto pubblico, 2 (2024) 261-291.

duttile e sottratta allo spazio della mediazione e della responsabilità politica, una erosione delle garanzie che presidiano lo spazio dei diritti stessi.

Le limitazioni nello spazio urbano appaiono come tentativi di controllo o di aperta repressione, impensabili sul piano nazionale ove incontrerebbero ostacoli, anche di controllo costituzionale, mentre si ravvisa un generale rafforzamento del potere giuridico delle città.

Il riferimento è a quella serie di soggetti qualificati come pericolosi per la sicurezza pubblica e all'utilizzo dilatato del d.lgs. 159/2011, all'origine strumento eccezionale nell'ambito delle misure di contrasto alla criminalità mafiosa, poi si espande alla disciplina della sicurezza delle città, diviene diritto comune, un evidente capovolgimento rappresentato da un sottosistema punitivo, quello delle misure preventive, una zona franca, oltre i limiti del diritto penale, oltre i limiti garantiti dalla politica criminale, per combattere un nemico con algidi criteri di efficacia ed efficienza[108].

La funzione declamatoria e propagandistica del diritto punitivo è esemplificata dallo sviluppo di misure ante o extra delictum, destinate a persone colpevoli solo della loro emarginazione, una espansione di quello che è stato efficacemente definito, un triplo binario[109] del sistema, in crisi, delle punizioni.

Queste contraddizioni si addensano in un modello di città e di sicurezza ripiegato sull'ordine pubblico, inteso come controllo politico e esclusione sociale, di difficile lettura nella prospettiva della Costituzione[110].

La specializzazione dello spazio urbano ha condotto, infine, a una prima e non edificante reazione a questo fenomeno, da parte delle comunità politiche interessate (su base internazionale o statuale, in massima parte), consistita principalmente in preoccupanti pratiche di ridefinizione degli spazi politici: zonizzazione, militarizzazione dei confini, costruzione di muri[111].

Questa tendenza globale realizza, incidentalmente, la funzione di perimetrare le città per separare i cittadini, che in quanto stabilmente insediati all'interno della polis godono dei suoi diritti, dai barbari che ne sono esclusi.

Si tratta di un'impostazione di tipo securitario, che sta già influenzando incisivamente le politiche di governo del territorio nelle città europee, ma che non produce gli effetti desiderati, né per chi gode di ampia protezione vivendo all'in-

108 T. Padovani, *Prefazione*, in F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, 7-22.

109 L. Ferrajoli, *Giustizia e politica, crisi e rifondazione del garantismo penale,* Roma-Bari 2024, 156.

110 A. Algostino, *Sicurezza urbana e conflitto. L'ostracismo sociale e politico della città neoliberista e la città futura della Costituzione*, cit..

111 F. Pinto, *I muri che dividono: dalle città alle gated communities*, in G.G. Nobili, M. Grimaldi, F. Coppola (a cura di), *Abitare città sicure*, Milano 2024, 91-112.

terno delle mura urbane né, tantomeno, per chi preme dall'esterno, alla ricerca di una minima giustizia territoriale, ove la diseguaglianza[112] perimetra e connota le città dentro le città.

Rinasce l'idea di limite e le questioni che le sono connesse, «Lontan da città, lontan da santità», annotava Ludovico Antonio Muratori[113]. Quando fuori delle mura si apriva uno spazio non protetto, dove le epidemie colpivano più duramente che nelle città, dove le carestie imperversavano più feroci che entro le mura urbane.

La forte tentazione di indagare, in una logica di difesa sociale, il complesso rapporto tra dimensione spaziale e giuridica fa emergere alcune delle parole più abusate nel lessico prescrittivo urbano: tolleranza zero, politiche di sicurezza situazionale, urbanistica degli spazi difendibili, protagonismo delle vittime, privatizzazione del benessere della sicurezza, controllo comunitario.

Mentre, in verità, la necessità di ricomporre un ordine delle cose e dei comportamenti si scontra con il tramonto dell'originaria idea di prevedibilità[114].

Perduta una idea, una visione del mondo e dell'ordine sociale, la città viene avvertita come disordinata, segnata da plurime forme di degrado, ma la verità è che il convivere nelle città è divenuto sempre più imprevedibile[115].

Si riproducono gli esiti delle prime note ricerche che derivano dal dipartimento di sociologia di Chicago, si pone la grande città, con i suoi problemi di ordine, al centro della propria conoscenza, alla ricerca di un continuo equilibrio[116] biotico che non viene raggiunto e mantenuto, a causa dei processi di urbanizzazione, la diversità di costumi, lingua e cultura, la differenziazione econo-

112 A. Algostino, *Sicurezza urbana e conflitto. L'ostracismo sociale e politico della città neoliberista e la città futura della Costituzione*, cit.. «Le dinamiche del conflitto sono riprodotte plasticamente nel corpo materiale delle città, nei quartieri, negli edifici, vie e piazze, come nella cultura e nelle politiche che innervano il concetto di sicurezza urbana». «Non esiste una definizione univoca di sicurezza urbana, nella Costituzione il sintagma non compare e la stessa definizione legislativa ne riflette il carattere polisemico {...} viene a costituire dunque un dispositivo di quella governamentalità che provvede al controllo e alla sottomissione di quanti si situano nello spazio della divergenza sociale e politica».

113 P. Camporesi, *Il pane selvaggio*, Milano 2016, 155. Spazi «dove banditi soldati regolari, gruppi di disertori o di sbandati spesso uniti a bande di vagabondi grassavano e violentavano, bruciavano e ricattavano, diffondendo timori e paure. Al primo sospetto di peste le porte della città si aprivano per ricacciare nelle campagne, birbanti, vagabondi, cinganti, lebbrosi, impiagati e simil sorta di gente che non eserciti qualche arte e non voglia procacciarsi il pane se non con il mezzo troppo comodo di mendicarlo. Frotte di miserabili, di irregolari, di paltonieri, di ammalati dovevano prendere le vie dei campi: primaria era la necessità di alleggerire la città di abitatori, di allontanare forestieri e questuanti, fatta eccezione dei poveri nativi già divenuti cittadini della terra».

114 M. Pavarini, *Bologna, riflessioni sul degrado*, cit.

115 Ibidem.

116 M. Pavarini, *Tesi di fondo per una politica della sicurezza urbana nella Regione Emilia Romagna*, in Quaderni di Città Sicure, 1 (1995) 9-21.

mica, fenomeni irrelati che pongono sempre nuovi problemi di ordine sociale, insieme a conflitti e momenti di disorganizzazione sociale e individuale.

L'impossibilità di assicurare un processo osmotico fra le varie aree delle grandi città è strettamente correlata al territorio post-metropolitano che è essenzialmente de-territorializzante, anti-spaziale.

La città moderna non è neppure una città in senso proprio perché non si fonda più sulla relazione esclusiva con chi la abita, il cittadino, il consumatore. Ogni forma di città è dissolta, ora c'è un'unica forma urbis, meglio, un unico processo di dissoluzione di ogni identità urbana[117].

La sua cifra costitutiva è una intrinseca e ineliminabile contraddizione[118], un territorio senza frontiere senza limiti dove l'appartenenza non è più di natura culturale politica ma solo fiscale[119].

La possibilità stessa di fissare confini alla città appare oggi inconcepibile, o, meglio, si è ridotta ad un affare puramente tecnico-amministrativo[120].

Si è di fronte a un paradosso, la storia della città è la storia di diverse forme di organizzazione dello spazio. Non esiste la città, ma le città soltanto[121], uno spazio indefinito, omogeneo e indifferente.

Questo processo era già iniziato con la metropoli moderna, ma oggi soltanto tende ad esprimersi nella sua compiutezza.

Si definisce quale città questa porzione di terreno per ragioni assolutamente occasionali ma non si può più parlare di vincoli e appartenenze. Il principio di utilità è sostituito da quello del piacere e, segnatamente, cade ogni prevedibilità, con la primazia della probabilità, del caso e dell'insicurezza, perché il territorio post-metropolitano è la negazione di ogni possibilità di luogo[122].

117 M. Cacciari, *La Città*, cit., 27.

118 Ibidem, 65.

119 M. Pavarini, *Bologna, riflessioni sul degrado*, cit..

120 M. Cacciari, *La Città*, 51.

121 M. Cacciari, *Quando la città non ha più confini,* Repubblica, 23 marzo 2004. «La *polis* greca non è *l'urbs*, tanto meno la *civitas*; la città mediterranea medievale non è quella barocca; la città moderna non è la metropoli contemporanea, e quest'ultima non è la città dove ora abitiamo».

122 M. Cacciari, *La Città*, cit..

3. SUONO E ORDINE, IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ CITTADINA

Norma positiva, *nomos*, è inteso in senso musicale[123], indica sia il canto sia la norma che lo disciplina, la musica è arte normativa per eccellenza, è forma intrinseca e originaria di una legge.

Per un riservato e eccentrico compositore di culto del panorama della musica contemporanea, Giacinto Scelsi, occorre soprattutto che la musica non produca confusione di suono, ove il giusto suono è una relazione fra confusione e ordine.

È il suono, come base della forza[124], che ha bisogno di un suo spazio vitale ad esso proporzionato, allo stesso modo dell'uomo che non può respirare e sopravvivere a lungo se stretto in una folla o in un luogo angusto.

La musica cambia secondo le epoche, i popoli e le latitudini nell'ambito della stessa Europa, ma la sua essenza è il suono, è il suono che conta, di per sé e senza la musica.

Allora è possibile analizzare le concatenazioni di circostanze per cui la musica occupa una posizione esemplare per spiegare, nella sua genesi, la particolarità del razionalismo occidentale e del razionalismo giuridico moderno[125].

E dunque, in questa prospettiva, si scandagliano i processi attraverso i quali le diverse culture umane hanno sviluppato i loro sistemi musicali, le relazioni fra musica e società, come la stereotipicità delle formule musicali legate alla funzione magico rituale della musica, poi lo sviluppo della musica come arte legata ad uno status sociale e il suo allontanamento da una funzione esclusivamente religiosa, fattori che permisero di passare dalle formule melodiche alle scale tipiche, dalla musica polifonica all'armonia degli accordi.

123 T. Gazzolo, S. Pietropaoli (a cura di) *Manuale di filosofia del diritto, teoria e storia del pensiero giuridico*, Macerata 2024, 31-35. «Platone riprenderà questa accezione arcaica del *nomos* per attribuire alla musica un ruolo primario nella formazione di un cittadino metrios (misurato) e come tale disponibile a recepire *eunomia*, il buon ordinamento attraverso i nomoi politici. La funzione è quella di persuadere il destinatario, l'uditorio, prima di ricorrere alla costrizione. La tradizione di un corpus normativo consuetudinario era demandata al canto, per essere ricordati i *nomoi* venivano musicati. Il legislatore opera questo: l'armonizzazione di violenze giustizia, insieme; congiunta con *dike*, bilanciate da *dike*, *bia* perde la connotazione originaria di violenza per assumere quella della forza. Il *nomos* è ciò che rende possibile concordia e ordine, l'unità del *nomos* garantisce l'unità della *polis*».

124 G. Scelsi, *Il sogno 101*, Macerata 2019, 5-8. Un eccelso compositore, interprete della musica di Scelsi, Stefano Scodanibbio, nei suoi illuminanti scritti, ha perfettamente raccolto le citazioni sulla musica: senza la musica la vita sarebbe un errore (Nietsche), la musica sarebbe stata la comunicazione ideale fra le anime se non fosse stato inventato il linguaggio (Proust), delle musiche così belle? Cerco di mettere insieme delle note che si amino tra di loro (Mozart). Nell'introduzione, Giorgio Agamben definisce i febbrili taccuini «sillabario di macerie», completato con il «mio battito cardiaco inesorabile», la musica di Scodanibbio non è musica è magia {...} scompare ogni differenza fra la materia, la mente e Dio. Così, S. Scodanibbio, *Non abbastanza per me*, Macerata 2019, 159.

125 M. Weber, *Sociologia della musica*, Milano 2017, 149-156.

Allo stesso modo della musica, la scienza giuridica europea, profondamente coinvolta nell'avventura del razionalismo occidentale[126], discende da nobili genitori, il padre è il rinato diritto romano, la madre la chiesa di Roma, la figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna, cercò una nuova casa e la trovò nello Stato.

Max Weber, nella sua sociologia della musica, coglie il passaggio verso il razionalismo moderno, nella sua essenza musicale, attraverso il pianoforte quale mobile borghese[127], uno strumento domestico che esige uno spazio chiuso di media grandezza mentre l'organo esige uno spazio chiuso di proporzioni enormi.

Nella ricerca delle somiglianze fra musica e diritto[128], si potrebbe partire dall'idea che la libertà vada trovata nelle regole e i diritti non sono illimitati perché collegati a doveri[129]. Il diritto comporta regole, vincoli, limiti, dicotomie concettuali sul piano teorico e loro ricomposizione sul piano pratico, ha qualcosa di artistico[130].

La musica non solo è essenziale alla natura dell'uomo moderno ma ha radici profonde che si situano nel passato[131], unisce in forme che accrescono o sincronizzano il senso di vitalità e volontà; oltre ad ampliare la coscienza, in quanto l'identità individuale viene resa più vivida e nel contempo partecipe.

Allo stesso modo della voce, che nomina chiamando, che precede ogni possibile condizione di linguaggio, ne sonda i limiti, ne abita i margini.

In senso proprio, la voce non dice, mostra: nominando qualcosa del mondo, lo annuncia. La voce non coincide con la parola, bensì prende corpo in uno spazio intermedio fra il segno (la parola)[132] e il discorso che l'articola.

126 Carl Schmitt, *Ex captivitate salu*s, Milano 1987, 71-72.

127 M. Weber, *Sociologia della musica*, cit. 149-156.

128 Per una esemplare analisi critica, R. Palavera, *Il penalista e il suo spartito, l'imprescindibilità del segno nel diritto penale,* Pisa 2018, 13-22.

129 S. Cassese, *Varcare le frontiere*, Milano 2024, 137. «In che modo rigide norme e libertà espressiva possono convivere? ... vi sono analogie più profonde: tra musica e diritto, vi sono traslazioni, simmetrie, dilatazioni, ribaltamenti, tutte trasformazioni geometriche che rispondono a un ordine sistematico che Bach coltivò. Nella ricerca delle somiglianze fra musica e diritto, partendo dalle variazioni Goldberg di Bach e dall'idea che la libertà vada trovata nelle regole».

130 V. Marcenò, *Il primo libro di diritto*, Torino 2025, 91.

131 C. Henderson, *Il libro degli esseri a malapena immaginabili*, Milano 2012, 171. La musica è senz'altro una innovazione che accresce la coscienza e la dedizione alla vita, sperimentare con il ritmo, le dinamiche, l'armonia il timbro è un modo per esplorare ed espandere la natura e i confini della coscienza stessa. La musica è quantomeno veicolo degli aspetti essenziali della nostra esistenza.

132 E. Montanari, E. Pitocchi, *Noi non crediamo nello stile, la ricerca vocale di Demetrio Stratos*, Ravenna 2024, 14. In questo movimento la voce ritrova il suo essere iniziale. La voce è il lampo che convoca la figura, l'immagine-somiglianza che la voce manifesta, della cosa che chiama. Da qui il suo sottrarsi ad ogni possibile definizione: nel nominare, non designa la cosa denotata, bensì la evoca, la chiama nel discorso, la lascia letteralmente avanzare nella lingua. Demetrio Stratos è stato la voce dell'oltranza, non luogo della musica dove si incontravano

In questo senso articolare la voce significa, in senso autentico, retrocedere fino a situarsi alla sorgente del linguaggio.

Similmente alle vicende del linguaggio, che è storia dell'umanità, della sua eredità che l'uomo apprende all'interno della sua comunità, nella sua tradizione e che tutto abbraccia, il diritto presenta una sua origine e una piena consanguineità con la poesia.

Diritto e poesia camminano di pari passo e si contaminano in tutte le loro componenti.

Lingua, costume, immagini[133] e diritto, quali luoghi di libertà, si compenetrano strettamente l'uno con l'altro, in virtù di una forza che domina il singolo individuo.

Così Jacob Grimm, giurista, allievo di Savigny, celebre nel mondo per aver raccolto insieme al fratello Wilhelm le fiabe della tradizione europea germanica, scopre che diritto e poesia stanno quindi insieme: la lingua, per Grimm, è un luogo in cui le parole sorgono libere e spontanee, il misterioso legame con le cose, che ci si trovi a parlare di diritto o a declamare versi[134].

Una comune attenzione per la dimensione storica, culturale e collettiva del fenomeno giuridico, in grado di cogliere, rispetto alla prospettiva della legge dello Stato, una diversificazione nell'evoluzione del concetto stesso di diritto.

Per Grimm, come per Savigny,

> «i giudici si chiamano *finder*, trovatori, perché essi trovano il giudizio, giudicano, così come i poeti si chiamano *finder*, *trobadores*, trovatori a entrambi viene dato il nome di *schaffer*, poiché essi creano, determinano assegnano un ordine.
> Poeti e giudici, entrambi trovano: nella poesia popolare quello che gli uni cantano, nella consuetudine quello che gli altri applicano»[135].

Nel fondo, il diritto è il risultato dell'incessante agire di un popolo, che vede inevitabilmente riflesso il suo spirito, come accade nella lingua.

La convinzione di Grimm e Savigny è che si deve consentire di valutare il diritto dal punto di vista della poesia e di rivendicare l'impronta vivente nell'uno e dell'altro, in quanto sono sorti insieme dallo stesso alveo, hanno camminato di pari passo e si sono contaminati in tutte le loro componenti.

sperimentazione estrema sulle possibilità vocali umane e popular music. A. Bedin, *Musica spontanea / omaggio a Demetrio Stratos*, Milano, 2025.

133 H. Bredekamp, *Immagini che curano, la psicoanalisi visiva di Sigmund Freud*, Milano 2025, 124-139.

134 J. Grimm, *La poesia nel diritto*, a cura di L. Garofalo e F. Valagussa, Venezia 2024.

135 Ibidem.

Muovendo dal linguaggio, quale privilegiato punto di osservazione, il diritto, come la poesia, è un prodotto della storia del popolo, delle caratteristiche identitarie di una comunità nella sua spontaneità creatrice, sono entrambi manifestazioni che non hanno una vita separata.

In questo modo si mescolano dimensione sociale e collettiva del fenomeno giuridico in grado di cogliere, rispetto alla prospettiva della legge dello Stato, una diversificazione nell'evoluzione del concetto stesso di diritto.

La lingua, per Jacob Grimm, è storia dell'umanità, la sua eredità, l'uomo la prende all'interno della sua comunità, un'eredità identitaria corale, un patrimonio di avvenimenti.

Secondo questo orizzonte politico e giuridico, il diritto matura nella consuetudine e nell'usanza, è un'articolazione libera di meccanismi sociali.

Per Gomez Davila, intellettuale colombiano, autore di cinque volumi di scoli, aforismi, ma anche di una raffinata opera il *De iure*, una superba riflessione sui temi del diritto, giustizia e Stato[136], nessuno può vantarsi di aver inventato la sua lingua o il diritto. Le regole di diritto e la lingua sono prodotti degli uomini, ma non sono invenzioni riconducibili a loro[137].

Il legittimo diritto positivo non consiste nell'impossibile prodotto di un accordo esplicito e solenne ma si risolve nell'accumulazione storica di regole sostenute dal consenso quotidiano e implicito[138] degli uomini, il diritto, al pari della lingua, non ha un'origine individuale.

> «Le parole della poesia più pura o della prosa più tersa sono orme di avventure meschine, travagliate o sanguinose e i diritti più insigni sono vestigia delle occupazioni quotidiane nell›agricoltura e nella battaglia, così la scienza giuridica scopre le fonti di venerabili istituzioni fra muschi dei decomposti e licheni putridi, il diritto e la lingua rappresentano dunque l›impronta della storia sulla carne umana.
> Il diritto matura nella consuetudine e nell'usanza, sotto il sole tutti i giorni, lo Stato legittimo è il fogliame augusto dei fasti autunnali, la giustizia fruttifica nel tempo. La storia estrae da cave oscure le statue che erige sopra le acropoli sublimi"[139].

136 N.G. Davila, *Nuevos escolios a un texto implicito*, Roma 2019, 112. «La condizione necessaria e sufficiente del dispotismo è la scomparsa di ogni specie di autorità sociale non conferita dallo Stato».

137 L. Garofalo, *Il giuridico in Gomez Davila,* in *La poesia oltre i giuristi*, Venezia 2024, 379-429. «Negli *Escolios* emerge una critica corrosiva risparmiata nel *De iure*, nei confronti della polizia, che agisce quale tutrice in via esclusiva dell'ordine con una pervasività che continua ad aumentare perché si mira a renderla presente a tutti gli atti dell'uomo, all'uso arbitrario e manipolativi della legge, alla deriva burocratica dello Stato a base democratica ove obbedire alla legge che dipende dalla volontà maggioritaria è obbedire al capriccio».

138 Ibidem, 379-430.

139 N.G. Davila, *De iure,* a cura di L. Garofalo, Milano 2019, 271.

Si tratta dunque di comprendere se il diritto all'identità anche culturale possa essere declinato nella prospettiva, appunto, dell'intera comunità cittadina, quale valore costituzionalmente protetto.

Affiora così un diritto all'identità cittadina in relazione con il patrimonio di valori di una comunità riconducibili alla sua identità storica, politica e sociale[140], quando la personalità del cittadino privato è lesa in ragione della sua appartenenza alla comunità, che a sua volta si caratterizza per una precisa identità culturale.

Si dispiega un diritto all'identità cittadina, il cui presupposto, la sua condizione determinante si definisce nella dimensione storica e spaziale della città.

In conseguenza della negazione della dignità delle persone trattenute nel CIE, in ragione delle condizioni estremamente degradate in cui vi sono trattenute, una pronuncia di legittimità ha stabilito che il Comune, per l'insieme dei valori umanitari e solidaristici contenuti dello Statuto comunale, aveva subito una lesione del diritto alla sua identità storica, culturale, politica e sociale, costituzionalmente protetta, art. 114 cost.

Nella decisione emerge, quale segno dell'epoca, la sussidiarizzazione[141], il modo con cui gli Stati scaricano le proprie responsabilità, in questo caso il panico da immigrazione, sulle città che serrano i ranghi.

Un diritto della Città, che si inquadra nella molteplicità delle specifiche caratteristiche e manifestazioni del diritto all'identità personale, ma che viene, tra l'altro, posta in relazione con il patrimonio di valori di una comunità, riconducibili alla sua identità storico, culturale, politico e sociale, e andrebbe inteso come «senso di essere qualcosa di specifico[142], quel qualcosa che consente di cambiare, rimanendo sé stessi.

Emerge dunque un diritto alla identità cittadina, quale conseguenza diretta dell'evoluzione generale dell'ordinamento, della coscienza partecipativa del singolo alle vicende della comunità in cui vive, in conseguenza di fatti illeciti particolarmente gravi di grande impatto sociale quando gli stessi incidano direttamente sulla posizione della comunità stessa.

140 Cassazione civile, sez. 1, 19 settembre 2023 n. 26801.

141 Z. Bauman, *Sintomi alla ricerca di un oggetto e di un nome*, in H Geiselberg (a cura di) *La grande regressione*, Milano 2017, 40.

142 F. Valagussa, in J. Grimm, *La poesia nel diritto*, a cura di L. Garofalo e F. Valagussa, Venezia 2024, 94. Nella pronuncia di legittimità, Cassazione civile n. 26801/2023, riaffiorano le tracce della concezione del giuridico, che emerge in Grimm, una eredità identità corale, patrimonio di avvenimenti, storia comune che assume rilevanza anche nell'ordinamento vigente. Quando il singolo privato cittadino titolare del diritto all'identità culturale possa promuovere iniziative a fronte di condotte lesive dell'ideale patrimonio, quando il comportamento del terzo danneggi non il singolo ma il patrimonio culturale della collettività, quando la personalità del cittadino privato leso in ragione della sua appartenenza alla comunità che a sua volta si caratterizza per una precisa identità culturale, forme concrete attraverso le quali il diritto all'identità culturale può ricevere tutela.

Non una qualsiasi vita, ma le singole vite nella particolarità di tempi e luoghi. La necessaria premessa perché si stabiliscano cooperazioni fra ordini sociali autorganizzati e istituzioni, coniugando iniziative sociali spontanee[143] con funzioni e servizi gestiti dalle autorità locali.

Il complesso di queste relazioni comunitarie conduce ad una maggiore valorizzazione del principio di differenziazione, ad ipotizzare il riconoscimento di «Comuni - Città»[144], articolati nei termini di soggettività plurali per tutelare meglio gli interessi delle comunità interessate.

Uno scenario che potrebbe aprire, nell'ambito della prevenzione della criminalità, ad un diritto penale minimo e a politiche non penali, dove il garantismo penale si coniuga con il garantismo sociale[145], concorrendo l'uno e l'altro alla convivenza civile e al benessere sociale dello spazio urbano.

Un processo che si fa nel tempo, una idea complessiva e unitaria, dove idee e fatti si intrecciano e si spiegano vicendevolmente, solo così nasce un insieme di continuità e di sviluppo[146], un sentirsi in un alveo comune, una connessione interpretativa con l'intero passato, dove il che fare non si elabora nella tecnica ma si determina nella storicità del paese[147].

Una memoria collettiva, una «archeologia della nostalgia»[148] attraverso il ricordo di un passato collettivo, è condizione indispensabile nella formulazione di senso di comunità[149].

Sotto questo profilo, rimane, per così dire, un lascito, una connessione interpretativa con l'intero passato[150] e anche con la validità territoriale del diritto, con il suo potere legittimante che lo fa funzionare in maniera affine agli altri saperi.

Eppure la società globale tende a schiacciarsi sul presente togliendo peso sia alla tradizione sia al futuro, una ipertrofia del presente[151], che tenta di allestire pacchetti di affidabilità.

In questo quadro, si mette in moto una profonda ristrutturazione di quel rapporto fra diritto e territorio che tradizionalmente atteneva allo Stato nazione.

143 H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Padova 1976.

144 F. Giglione, *Differenziare i comuni: le città come nuovo soggetto di diritto?* cit..

145 L. Ferrajoli, *Giustizia e politica, crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma 2024, 299.

146 N. Irti, *Sguardi nel sottosuolo*, Milano 2025, 240.

147 N. Irti, *Lo spettatore*, Milano 2022, 156-157.

148 J. Boardman, *Archeologia della nostalgia. Come i Greci reinventarono il loro passato*, Milano 2004.

149 I. Baldriga, *Estetica della cittadinanza, per una nuova educazione civica*, Firenze 2020, 53.

150 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione,* Bologna 2002, 41-42.

151 Ibidem.

Una stratificazione di mitologie[152], che si pretende utilizzare per il presente, mentre la società si trasforma sempre più in multiculturale e deve fare i conti con plurali processi di globalizzazione, con la irruente rapidità di processi di attività che sembrano riconoscere solo l'esistenza dell'attimo presente, da qui crisi del diritto e crisi dello Stato, un senso di smarrimento, la sensazione angosciante di essere in balia di trasformazioni che condizionano il nostro vissuto quotidiano.

Una carenza di progettualità che porta a rimpiangere quel mondo che era, secondo il titolo del primo capitolo del grande romanzo autobiografico di Stefan Zweig, il mondo della sicurezza[153], il tempo della civiltà borghese, l'età d'oro della sicurezza, in cui tutto sembrava duraturo e lo Stato stesso appariva il sommo garante dei diritti che concedeva ai cittadini.

Una contraddizione del presente, segnato da una progressiva crescita di attenzione dei diritti e, contestualmente, da una complessa rete di obblighi, adempimenti e divieti, una tendenza fomentata dai continui provvedimenti legislativi in materia di sicurezza urbana e immigrazione, che ampliano il raggio delle competenze normative delle amministrazioni comunali ma intersecano l'esercizio di vere e proprie libertà individuali.

L'attuale età dei diritti[154] è attraversata da una profonda contraddizione, i diritti sono limiti e fondamento delle scelte incriminatrici, da un lato circoscrivono ma dall'altro ampliano la portata del diritto punitivo[155].

Mentre il post-moderno è dominato da un senso di smarrimento, di retrotopie[156], di acuta incertezza e rischio.

Un tempo che è solcato da un senso di nostalgia verso il passato che cerca disperatamente conforto nella memoria per sfuggire alle incertezze del domani, da intense dinamiche che si riflettono in un divenire dominato da un rumore, *slaugh ghairm*: dal grido di battaglia dei morti negli Highlands scozzesi, discende e si espande nel mondo un'altra parola: lo slogan[157].

4. SUONO, LE CITTÀ SORGIVE

Dal programma della Comune, Parigi, 2 floreale - 22 aprile 1871:

152 P. Grossi, *Il diritto in una società che cambia*, 2018, 109-113.

153 S. Zweig, *Il mondo di ieri*, Milano 2014, 11.

154 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990.

155 F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale, una conversazione*, Bologna 2018, 60.

156 Z. Bauman, *Retrotopie*, Roma Bari, 2017.

157 E. Canetti, *Massa e potere*. Milano 1981, 52. «La parola urlo, grido era il grido di battaglia dei morti; ne è derivata più tardi la parola slogan: La denominazione del grido di guerra delle masse moderne deriva dall'esercito di morti degli Highlands».

> né dominare, né essere dominati, è in fondo tutto il tema della dichiarazione. Vivere liberi, e, essendo liberi, felici, ecco tutto quello che Parigi reclama, e che la soddisfa più dei privilegi, del monopolio, dell'autorità di cui ha goduto fino a questo momento.
> Non vuole più essere che un eguale, e questa libertà che reclama per sé, vuole essere la prima a farne beneficiare gli altri[158].

Secondo una ben nota definizione della filosofa Hannah Arendt, la *polis* era vista come una isonomia, non una democrazia, dove i cittadini vivevano in condizioni di non governo[159], senza divisioni fra governanti e governati.

Il termine governo ha un significato negativo come dominio, un sistema in cui alcuni comandano e altri sono comandati[160], l'autentico spirito politico del cittadino greco era quello di non voler comandare, né essere comandato[161].

Occorre dunque guardare dietro il paravento[162], per osservare quel fenomeno per eccellenza che è il potere politico[163].

Un potere politico universale e immanente al fatto sociale, ma che si realizza in due modalità principali: potere coercitivo e potere non coercitivo, dove il potere politico coercitivo non è il modello del vero potere, ma semplicemente un caso particolare[164].

La politica è una dimensione spaziale, nella relazione, essere liberi nella *polis* è essere liberi dalla disuguaglianza connessa a ogni tipo di dominio[165] e muoversi in una sfera dove non si doveva governare né essere governati, un'esperienza partecipativa paritaria e plurale, incompatibile con lo schema di organizzazione gerarchica e verticale del comando.

158 *I giorni della Comune, Parigi 1871*, Roma 2021, 116.

159 H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Torino 2006, 26.

160 H. Arendt, *Vita activa, la condizione umana*, Milano 2017, 62.

161 A. Caravero, *Democrazie sorgiva, note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Milano 2019, 18-29.

162 N. Bobbio, *Il problema del potere*, Torino 2020, 89.

163 Cfr, per l'ambito letterario, una raccolta di saggi su uno dei maggiori intellettuali italiani, Leonardo Sciascia, alle prese con il potere, gli ordinamenti, B. Pischedda, *Il Pesce volante, Studi su Leonardo Sciascia, il potere e la scrittura,* Milano 2026.

164 P. Clastres, *La società contro lo stato*, Milano 2021. Nelle popolazioni dette primitive, la grande diversità si distingue essenzialmente per il senso della democrazia e per la propensione all'eguaglianza, in effetti la mancanza di stratificazione sociale e di autorità del potere sono il tratto fondamentale della loro organizzazione politica. Un tratto che stupì profondamente gli europei che per primi vennero a contatto con quei popoli, le caratteristiche della leadership sono individuate nella funzione di paciere, nell'obbligo della generosità e nella capacità oratoria.

165 H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, cit., 27.

Mentre sono complici con la storia umana della distruzione, quelle teorie che equiparano il potere politico all'organizzazione della violenza[166].

L'esperienza politica in uno spazio pubblico è un'esperienza di felicità, quello spirito dell'inizio in uno spazio politico concreto che non riproduce la verticalità del comando, come il sistema dei consigli[167], un costitutivo intreccio di libertà e potere, pluralità e partecipazione corale.

Quando le persone sono state insieme in qualsiasi tipo di spazio pubblico hanno formato consigli e, in ciascuno di questi gruppi molto eterogenei, un incontro casuale di persone si è trasformato in un'istituzione politica.

L'uomo può costruire il suo avvenire, ma non può fabbricarsi un passato, può solo conservarlo[168], per converso, sono gli agenti di sradicamento che rinviano alla forza, finendo spesso per trasferire il loro operato in regole giuridiche. Si pensi allo Stato moderno: non solo crea diritto e detiene il monopolio della forza ma è il risultato di uno sradicamento.

Al di fuori della possibilità di fondare la città e le sue istituzioni bisogna tornare a cercare la giustizia nel gesto individuale, nell'attenzione per l'altro nel compimento del proprio dovere.

Il concetto di democrazia sorgiva[169] ha la virtù, tutta arendtiana, di esaltare l'aspetto generativo invece che quello oppositivo, dell'interazione plurale all'interno delle Città.

Si potrebbe semplicemente affermare che «la democrazia sorgiva evita di sostanziarsi innanzitutto nel suo essere contro, ovvero si propone essenzialmente come affermativa invece che negativa"[170].

Una voce la cui manifestazione emozionale viene dal godimento di una pluralità relazionale corporea e vocale. Come se la democrazia sorgiva avesse un suono che rivocalizza, ogni volta, la felicità creativa e generativa dell'inizio.

Se violenza e potere[171] sono termini incompatibili, allora si potrebbe sostenere il reinserimento della questione sociale e dell'ordine delle Città nell'ambito della pluralità interagente, l'affermarsi di politiche positive, generative e partecipative più che antagoniste e aggressive, emozioni non lontane da quelle che Arendt definisce come felicità pubblica e gusto per la libertà.

166 H Arendt, *La rivoluzione ungherese e l'imperialismo totalitario*, Milano 2024, 45-79.

167 H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, cit..

168 T. Greco, *Curare il mondo con Simon Weil*, Roma-Bari 2023, 47.

169 A. Caravero, *Democrazie sorgiva, note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Milano 2019, 18-29.

170 Ibidem.

171 A. Del Noce, *Autorità*, in Enciclopedia del Novecento, Roma 1979. Sulla necessità di distinguere l'autorità intesa come guida, dal potere, ove il rifiuto dell'autorità ha condotto all'instaurarsi del potere; il totalitarismo rappresenterebbe in tal senso l'estensione massima del potere e la negazione dell'autorità.

Nei bisogni riconoscibili nell'ordine pluralistico dei diritti, è rintracciabile una difesa dell'impianto liberale del garantismo penale, in opposizione al «più relativistico positivismo della legge penale»[172], ove la libertà è sempre e soltanto la libertà di chi pensa diversamente[173].

Ma la pluralità implica una dimensione spaziale in senso stretto, materiale e fisico, dove i presenti devono vedersi e udirsi: la dimensione ideale è classicamente l'agorà una piazza pubblica, la politica nasce nell'infra[174], si afferma come relazione, avviene fra più persone e nello spazio fra di loro.

La condizione di ogni vita politica è il fatto che «gli uomini e non l'uomo vivono sulla terra e abitano il mondo»[175], e «la pluralità degli uomini, dalla quale sorge, nella sua grandezza e nella sua miseria l'intera sfera degli affari umani»[176], la questione riguarda appunto il nesso costitutivo fra la pluralità di esseri unici e il concetto della politica come spazio condiviso dell'interazione.

Il paesaggio sonoro della pluralità urbana ha una sua peculiarità, è diverso dal paesaggio sonoro della massa[177], è una fonosfera, un suono, che consente a tutti di essere visti e uditi[178].

Nel linguaggio, nel sistema di comunicazione verbale, tutto incomincia e scorre tra gli uomini, mentre nel silenzio[179] tutto si irrigidisce. Per questo motivo, il liberalismo borghese, la borghesia, è stata descritta nella sua essenza, con serrata critica e avversione, quale «classe discutidora»[180].

Eppure, chi discute intende contraddire, proprio in virtù del diritto a dire «no» reciprocamente[181], ma i cittadini, per essere autori dei diritti, devono poter partecipare in modo paritario.

172 G. Marra, *Il «giudice futurista» e la riforma del sistema penale*, Napoli 2024, 50.

173 H. Arendt, *Rosa Luxembourg,* Milano-Udine 2022, 87.

174 A. Caravero, *Piazze politiche. Corpi radunati e pluralità*; in Filosofia politica, 1 (2021) 89-102.

175 H. Arendt, *Vita activa, la condizione umana*, Milano 2017, 1.

176 H. Arendt, *Socrate*, Milano 2015, 62.

177 D. Palano, *Massa e folla*, in Filosofia politica, 3 (2020), 383-387.

178 A. Caravero, *Piazze politiche. Corpi radunati e pluralità,* cit.

179 E. Canetti, *Massa e potere*, cit., 356-357. «Buona parte dell'autorità di cui godono le dittature deriva dal silenzio, dal fatto che si accorda loro la forza concentrata del segreto, mentre è ripartita su molti e rarefatta nelle democrazie. Mentre si osserva con scherno che le democrazie sono parolaie, ciascuno chiacchiera di tutto, ciascuno si mischia in tutto, non succede nulla senza che già prima tutti lo sappiano, sembra che ci si lamenti per la mancanza di energia; in realtà si è delusi per la mancanza di segretezza».

180 C. Schmitt, *Donoso Cortés*, Milano 1996, 33. «Secondo Donoso proprio da questo deriva il fatto che non si decida, ma si cerchi piuttosto di intavolare una discussione, perciò egli definisce la borghesia una classe che discute, queste parole già la condannano per la sua volontà di sottrarsi alla decisione. Una classe che trasferisce tutte le attività politiche nel discorso, nella stampa e nel parlamento non è all'altezza di un'epoca di lotte sociali. Ovunque si può riconoscere l'insicurezza interna e la mediocrità della borghesia liberale nata con la Monarchia di luglio».

181 J. Habermas, *Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa*, Milano 2023, 73-94.

Al termine di quel grande manifesto contro il totalitarismo e a favore dei consigli rivoluzionari, La rivoluzione ungherese e l'imperialismo totalitario, Arendt se ne esce con un'asserzione penetrante, non dobbiamo dimenticare lo stupefacente fatto che la democrazia nel mondo moderno sembra funzionare solamente dove esistono organi locali[182] di auto amministrazione che hanno una sorprendente somiglianza con il principio del sistema dei consigli.

Una città sorgiva dimenticata, una città perduta[183], astorica, in ultima analisi di pertinenza delle regole che gli uomini si daranno autonomamente nel loro comunitario spazio politico.

Comunità ha in comune con immunità il lemma *munus*[184] nel significato plurivalente di obbligo, incarico, ufficio ma anche dono.

Il significato originario di *communitas*, quale dono reciproco, significa che nessun corpo politico può resistere senza un sistema immunitario di difesa. Allo stesso modo del termine «comune» che designa la forma emergente e sorgiva di governo, a seguito del processo sociale, poi politico, la città nasce perché la popolazione ha formato una *communitas* e i suoi abitanti vogliono agire «in comune»[185].

Eppure, nel moderno sistema securitario, l'insicurezza individuale e sociale, economica, finanziaria, ecologica, demografica, si coniuga con la pubblica insicurezza: l'insicurezza nazionale e internazionale, si trasforma progressivamente in stato di sicurezza[186], concentrato sulla salvaguardia, più simbolica che reale, dell'incolumità personale dei cittadini.

Mentre, da ultimo, nel quadro di una diversa articolazione delle scale di intervento, di una cura dello spazio pubblico attraverso una regolazione non

182 H Arendt, *La rivoluzione ungherese e l'imperialismo totalitario*, cit., 73.

183 A. Dal Lago, *La città perduta*, introduzione a, H. Arendt, *Vita Activa, la condizione umana*, Milano 2017, 25-26.

184 R. Esposito, *Immunità comune, biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino 2022, 15. «Va osservata la relazione paradigmatica fra le nozioni di comunità ed immunità. Come nessun corpo umano così nessun corpo sociale avrebbe resistito nel tempo ai conflitti che lo attraversano senza un sistema protettivo. Tutto sta nella tenuta dell'equilibrio, entro confini compatibili, con la società che si intende salvaguardare, superati i quali si rischia il collasso».

«Lo stesso termine polizia settecentesco ha un ventaglio ampio coincide con il governo economico militare ma anche biologico medico, della popolazione per il rafforzamento dello Stato. Il medico è un funzionario dello stato. Ma conosciamo l'uso ricorrente della metafora della guerra nella descrizione della pandemia. Sono stati usati i termini, nemico, eroismo, trincee, armi e munizioni. Ma il linguaggio bellico ha una funzione divisiva, quando sarebbe opportuno richiamarci all'unità ed alla solidarietà.»

185 Y. Meny, *Le vie della democrazia*, Bologna 2024, 48. Spesso prima di reclamare uno statuto gli abitanti facevano un giuramento sulla volontà di unirsi «in comune», tutti gli statuti fanno riferimento a quest'idea di associazione volontaria, a partire dal primo conosciuto in Italia in forma scritta, quello di Pistoia del 1117.

186 M Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà, il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna 2017, 28.

rivale[187], il quartiere, la città o l'area metropolitana, possono assumere un ruolo autonomo e distinto nelle dinamiche di riorganizzazione spaziale per mantenere gradi significativi di libertà[188], per decidere del futuro sociale ed economico dei quartieri. Come nella figura paolina del *katechon*, che protegge dal male, non escludendolo, ma incorporandolo[189].

Si evita così «la cultura della mobilitazione e della paura»[190], arma prediletta, non solo dalle dittature, ma anche dalla competizione politica delle moderne democrazie.

Si dovrebbe innanzitutto conoscere un basso grado di regolamentazione[191], l'oggetto degli interventi dovrebbe assumere una natura prevalentemente sociale, quale parte dei diritti di cittadinanza, e non tendenzialmente securitario, la cui cura dipende dalla regolazione di ambiti che sono completamente rimessi alle autorità locali.

In uno Stato democratico di diritto, la pacifica convivenza andrebbe ricercata presidiando diritti fondamentali e beni socialmente rilevanti, senza perseguire generiche sensazioni di tranquillità[192], altrimenti l'ossessione per la questione sicurezza, la tutela di una comunità assillata da timori di contaminazione e invasione[193], a mezzo dell'aumento del diritto punitivo, comporterebbe quale unico risvolto concreto la criminalizzazione di condotte sintomatiche di pericolo, attraverso il «rinnovamento provvedimentale del diritto penale[194]», distanti dall›effettiva offesa a beni legittimamente tutelabili e senza l›intervento sussidiario del diritto penale.

In qualche modo, sono di nuovo i principi dello Stato di diritto a cercare di risorgere dei ruderi dello stato nazionale e di riprendere vigore su scala urbana:

187 F. Giglione, *Differenziare i comuni: le città come nuovo soggetto di diritto?* cit. In questa prospettiva, si registra la mancata chiarezza della funzione sicurezza urbana, sia nelle prime sentenze della Corte Costituzionale che sovrapponevano sicurezza urbana e sicurezza pubblica, Corte Cost. n. 196/2009 e n. 226/2010, sia in quelle più recenti che introducono una differenza fra sicurezza primaria e secondaria, ma non contribuiscono a distinguere significativamente le due diverse funzioni, Corte Cost. n. 285/2019 e n. 47/2024.

188 S. Vicari Haddock, F. Moularet, *Rigenerare la città, pratiche di innovazione sociale nelle città europee*, Bologna 2009, 59.

189 R. Esposito, *Immunità comune, biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino 2022, 11.

190 F. Sgubbi, *Criminalità patrimoniale e microcriminalità economica: tendenze politico - criminali*, in S. Moccia e A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Napoli 2016, 148.

191 F. Giglione, *Differenziare i comuni: le città come nuovo soggetto di diritto*? Cit.

192 V. Mongillo, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale: per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in Archivio penale (2025), 18-19.

193 A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura, cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano 2013, 35.

194 G. Marra, *Il «giudice futurista» e la riforma del sistema penale*, cit., 45.

è sempre l'antico sogno, di imporre regole al potere[195], insieme all'immaginazione nell'arricchire e rinnovare[196], instancabilmente e dal basso, il contenuto della forma di governo urbano[197].

5. SUONO E VITTIME

La ragione umana è capace di giustificare quasi tutto[198], di rendere accettabile l'inaccettabile, allo stesso modo «dietro qualunque tragedia di cui l'essere umano sia stato autore consapevole, ci sono sempre una filosofia e una teoria».

Peraltro, la nascita della modernità secolare[199] ha coinciso con il tradimento dei principi dello stato di diritto, della Costituzione francese del 1791, dei diritti individuali, del pluralismo politico, ad opera delle forze che erano ricettacolo dei peggiori istinti populisti, dinamiche simili alle nostre contemporanee.

Nell'attuale momento storico coesistono due tendenze di fondo opposte[200], da un lato, il carattere globale degli attuali poteri, con una robusta importazione di modelli di criminalizzazione, in particolare della povertà attraverso una politica sicuritaria e punitivista, che estende l'ambito del controllo e della sorveglianza, in chiave repressiva e ritorsiva[201], in certe zone, verso coloro che un tempo erano definiti la schiuma della terra[202], gli indesiderati d'Europa, i non proprietari[203], dall'altra un carattere prevalentemente locale della politica e del diritto, dove è ancora possibile rintracciabile una declinazione della sicurezza come bene pubblico, quale diritto di ogni cittadino.

Queste ultime sono politiche, minoritarie, che tentano di contrastare la deriva sicuritaria prevalente, nella consapevolezza che le forme tradizionali di pena forniscono una risposta sempre meno adeguata e soddisfacente, in termini sia di giustizia che di efficace contrasto alla criminalità.

195 R. Bin, *Lo Stato di diritto*, cit., 119.

196 Y. Meny, *Le vie della democrazia*, Bologna 2024, 241.

197 C. Frugoni, *Paradiso vista inferno, buon governo e tirannide nel medioevo di Ambrogio Lorenzetti*, Bologna 2019, 97. «*Securitas* e *Pax* costituiscono un binomio nella concordia, l'affresco suggerisce una distinzione ancora più sottile: nella Città la sicurezza è nella pace dei suoi abitanti, non ci sono nemici, poiché la concordia fra i cittadini è la miglior cinta di mura delle città».

198 G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in Albert Camus, *Riflessioni sulla pena di morte*, Firenze 2018, 15.

199 A. Camus, *L'uomo in rivolta*, Milano 2014, 134-149. Camus intercetta nell'uccisione del re - sacerdote, Luigi XVI, il punto di inserzione della nostra storia contemporanea, con la fondazione della divinità dell'uomo, *vox populi*, *vox naturae*, una trasposizione che viene così commentata da Jaures: il diritto siamo noi, il popolo.

200 G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna 2024, 125.

201 L. Wacquant, *Parola d'ordine, tolleranza zero*, Milano 2000.

202 H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., 372.

203 P. Costa, *Il Progetto giuridico*, cit., 335-359.

Ancora una grande e nitida distinzione che vede contrapporsi, a fronte delle grandi trasformazioni in atto, l'ossessione dello stato penale[204], con funzioni di controllo e disciplina e di ri legittimazione di poteri pubblici centralizzati ormai privati di altre fonti di legittimazione[205] e dall'altro il cittadino quale titolare di diritti, sociali, ma anche di protezione[206] e di tutela, di difesa dalla criminalità e dall'inciviltà.

Nondimeno, la scienza penologica[207], attraverso la comparazione, ha avanzato puntuali spiegazioni dei processi di cancerizzazione fondate sugli apparati istituzionali e burocratici, sul tipo di organizzazione decentrata, sul grado di burocratizzazione, più o meno spinto, delle istituzioni politiche e legali.

Il compito delle politiche democratiche orientate alla produzione di sicurezza è condizionato da un'accresciuta insoddisfazione nei confronti della giustizia punitiva classica, incentrata sull'autore di reato e di matrice inquisitoriale, che ha tradizionalmente impedito di soddisfare l'esigenza sempre più avvertita nei nostri tempi di dare voce alle vittime dei reati, un paradigma vittimario[208].

Da qui il rinnovato interesse che suscitano oggi la prospettiva della prevenzione e della mediazione, quest'ultima meglio definita una costante antropologica.

Sono entrambe reazioni al reato prive di significato ed effetti punitivi, quantomeno intesi nell'accezione tradizionale.

Si assiste ad una convergenza, nella letteratura criminologica, dalla preoccupazione per le cause della criminalità, dalla centralità del criminale a quella delle sue vittime e alla cittadinanza.

Se il ruolo sempre più protagonistico della vittima contribuisce ad imprimere indubbiamente una spinta al sistema in senso repressivo[209], può essere superata la logica di un diritto penale che offre alla vittima una risposta solo simbolica[210], rappresentata dal quantum della sanzione inflitta, per rimarginare il fatto costituito dal tradimento del rapporto fiduciario.

204 A. Garapon, D. Salas, *La repubblica penale,* Macerata 1998.

205 T. Pitch, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in Rassegna italiana di sociologia, I (2001) 137-158.

206 R. Castel, *L'insicurezza sociale, che significa essere protetti?* Torino 2011.

207 Imprescindibile l'analisi comparativa dei modelli esplicativi di carcerizzazione contenuta in, M. Pavarini, *Governare la penalità,* cit., 39-50. Un tentativo di verificare le scelte di politica criminali sulla base del dominio della struttura socio economica, dove i paesi con organizzazione decentrata e corporativa spiccano per indici di criminalità minori e per un basso grado di afflittività rispetto ai paesi a economia neo liberista.

208 Il tema è magistralmente sviluppato da A. Bondi, *Vittima delle vittime*, in Jus online, (2025) 205-223.

209 F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale, una conversazione*, cit., 91.

210 G. Mannozzi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia ripartiva, ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015, 113.

Da un lato teorie e tecniche di controllo orientate alle conseguenze piuttosto che alle cause, così da segnare i confini fra poveri meritevoli e classi pericolose, con la disseminazione di telecamere, polizie pubbliche e private, dall'altro, un tentativo di contrastare l'egemonia culturale e politica di queste politiche, puntando ad una prevenzione sociale e non solo situazionale, attraverso riqualificazione del territorio, messa in rete dei servizi pubblici e privati, creazioni di luoghi di partecipazione e socialità.

Eppure, il trasferimento di enfasi dai criminali alle vittime è rintracciabile secondo due teorie criminologiche paradossalmente opposte.

Per i realisti di sinistra inglesi, ma anche per la letteratura femminista, la vittima va presa sul serio, così come le sue paure, quale problema soprattutto per i più deboli e i più svantaggiati[211].

La sicurezza, come diritto di cittadinanza, va intesa e prodotta non soltanto dalle agenzie nazionali con un contrasto repressivo ma dalle istituzioni locali perché possano implementare politiche di prossimità e di vicinanza ai cittadini stessi.

Ma si tratta di una contraddizione, le inchieste di vittimizzazione[212] e le ricerche sulla paura della criminalità fanno da giustificazione sia alla criminologia attuariali, della vita quotidiana, conservatrici e amministrative sia alle criminologie del *welfare* che puntano ad una prevenzione sociale piuttosto che meramente situazionale, con una nozione inclusiva di cittadino.

Se la centralità della costruzione sociale della domanda di sicurezza ruota intorno alla prevenzione dei rischi di vittimizzazione[213] nelle relazioni interpersonali, come prevenzione del rischio individuale di vittimizzazione, sempre nuove forme di polarizzazioni sociali occupano la scena, attraverso usi populisti del diritto e della giustizia penale.

La questione è che il termine vittima è adoperato in maniera del tutto descrittiva, mentre vittima è termine ben più forte ed evocativo, che chiede di essere messa in rapporto con il vissuto personale[214], con la ricostruzione di sé, l'auto percezione come vittima.

Il focus sulla vittima potrebbe così fornire una cornice procedurale attendibile, eticamente autorevole, quale indicatore della cura istituzionale per il bene pubblico, ma potrebbe essere funzionale al processo di espansione delle politiche

211 J. Young, *Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale*, in Dei delitti e delle pene, IV 3 (1986).

212 T. Pitch, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, cit.

213 S. Anastasia, *Polarizzazione sociale e sicurezza urbana, una ricerca in Umbria*, Roma 2021, 13.

214 T. Pitch, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, cit.

di controllo sociale, quindi, anche di quelle strettamente penali e repressive, allo stesso modo di quanto si registra nel mondo dell'essere delle politiche di sicurezza.

6. SUONO E CAPACITÀ

Detto per inciso, la domanda di sicurezza non invoca più repressione ma più controllo[215], non si offre come una domanda rigida ma aperta all'azione delle agenzie produttive locali, secondo i paradigmi istituzionali propri della post-modernità.

La sicurezza è diventata un elemento centrale nel governo della società contemporanea, sul piano istituzionale si è evidenziato come prevenzione e contrasto alla criminalità abbiano comportato una progressiva devoluzione di competenze a enti diversi dalle forze dell'ordine, in particolare le autorità locali[216] hanno assunto un ruolo sempre più centrale nelle politiche di sicurezza, con l'adozione di politiche capaci di integrare misure preventive e repressive con strategie di inclusione e cooperazione interistituzionale[217].

Una complessità determinata dagli epocali cambiamenti culturali, sociali e tecnologici ma anche da fenomeni e obiettivi politici che si intendono perseguire.

La sicurezza finisce così per costituire la sintesi di una pluralità di interessi radicati nella Costituzione,[218] attinge al principio di uguaglianza sostanziale, alla garanzia dei diritti sociali.

Una concezione unitaria e integrale, sia dell'ordinamento che dell'antigiuridicità, porta a definire il diritto penale come «giustizia seconda»[219], così da raccogliere, congiuntamente, la crisi della pena detentiva, la preminente tutela delle vittime, e sospinge verso la riparazione, fa apparire la sanzione penale come accessoria e residuale, ultima ratio.

Se la pena per eccellenza, quella del carcere, è una esperienza di dolore, che occorre vedere per rendersene conto[220], vanno ricercati nuovi approcci, secondo un modello di dolcezza delle pene[221], con l'implementazione di modalità defla-

215 M. Pavarini, *Politiche di sicurezza e dimensione istituzionale*, *Governare la sicurezza: attori, politiche e istituzioni in Europa*, in Dei delitti e delle pene, 1-2-3 (2002) 329-337.

216 M. Calaresu, M. Triventi (a cura di), *Le politiche di sicurezza: modelli e strumenti per la valutazione*, Roma 2024, 10.

217 AA.VV., Osservatorio sulla criminalità della Provincia di Rimini (a cura di) *La cooperazione interistituzionale in materia di sicurezza e legalità, l'azione degli enti locali in riviera*, Bellaria Igea Marina 2023.

218 G. Mobilio, *Le difficili strade della sicurezza urbana: riflessioni su un concetto giuridico sfuggente*, in Diritto pubblico, 3 (2022) 882-886.

219 N. Irti, *Sguardi nel sottosuolo*, Milano 2025, 284-285.

220 P. Calamandrei, *Bisogna aver visto*, in il Ponte, V 3 (1949) 225-237.

221 P. Audegean, *Violenza e Giustizia, Beccaria e la questione penale*, Bologna 2023, 227.

tive di gestione dei conflitti e, auspicabilmente, dell'utilizzo della risorsa penale; l'idea di fondo è che lo Stato non è più in grado di garantire la sicurezza, l'ordine e il controllo della criminalità, si assiste ad una evidente biforcazione: giudicare e punire rimane un affare dello Stato, controllare e prevenire[222] compete sempre più spesso alle Città.

Nella giurisprudenza CEDU, si ricava che il nucleo duro di una società democratica consiste nella possibilità di risolvere attraverso il dialogo, senza il ricorso alla violenza, i problemi, ma con il rispetto del pluralismo, con spirito di apertura, assicurando alle minoranze un giusto trattamento[223].

A differenza di quanto accaduto in altri paesi europei, in Italia agli inizi degli anni Novanta, la prevenzione della criminalità è una novità nata da un incontro fra approcci accademici[224] e la politica regionale, un progetto socialdemocratico per gestire la criminalità e la paura della criminalità a livello locale, grazie all'importazione delle opere dei realisti di sinistra britannici e delle pratiche francesi di nuova prevenzione.

Sulla nascita della nuova prevenzione, sulla necessità di rintracciare qualcosa di meglio, di diverso rispetto al diritto penale, la ricerca scientifica si pone una domanda centrale: se le misure tradizionali di controllo della criminalità non funzionano più, *nothing works*, se le tradizionali misure di stampo deterrente, riabilitativo non hanno dato una prova di efficacia, va trovato qualcosa di altro di un migliore diritto punitivo[225].

Le politiche di nuova prevenzione generano da un'inadeguatezza dei sistemi tradizionali di giustizia, che non riescono più a ricondurre a una compatibilità di tipo sistemico la reazione sociale alla criminalità. Queste sperimentazioni, che si collocano fuori dal diritto penale, vengono definite come nuova prevenzione[226], quale forma di prevenzione diretta e proattiva, non indiretta e passiva come la prevenzione penale.

Mutano gli attori, non più gli organi penali, ma gli enti locali, i servizi sociali, il volontariato, con interventi che si pongono l'obiettivo ambizioso di ridurre

222 R. Selmini, in R. Selmini e C. Braccesi (a cura di) *Le politiche di sicurezza urbana in Europa, in Sicurezza Urbana e ruolo della polizia locale*, Santarcangelo di Romagna 2005, 16.

223 P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna 2006.

224 R. Cornelli, R. Selmini, G.G. Nobili, *Thirty years of urban security policies in Italy: some reflections from a criminological perspective*; in Rassegna Italiana di Criminologia, XVII 3 (2023) 157.

225 R. Selmini (a cura di), *La Sicurezza urbana*, Bologna 2004, 219-231.

226 Secondo la sua migliore definizione, la nuova prevenzione è: «l'insieme delle strategie orientate a diminuire la frequenza di certi comportamenti, siano o meno essi considerati punibili dalla legge penale, attraverso l'uso di strumenti diversi da quelli penali». P. Robert, *L'insicurité, representations collectives et question penale*, in l'Année sociologiques, 40 (1990) 313-330.

determinati comportamenti, qualificati o meno come criminali[227], ricorrendo a misure che sono diverse da quelle del sistema della giustizia penale.

Quello che appare nuovo nella prevenzione è la tendenza ad assumere in maniera combinata diverse interpretazioni del fenomeno criminale[228], una crescente rilevanza delle teorie delle opportunità a scapito delle teorie di impostazione motivazionale o strutturale[229].

Si potrebbe definire quale opera di radicale rieducazione, non del reo, ma della società e delle istituzioni[230], una rifondazione socio - istituzionale della giustizia e dello j*us puniendi*, non attraverso prassi e legislazioni connotate in senso autoritario ma con il rispetto di fondamentali esigenze di uguaglianza, solidarietà e dignità umana.

Laddove l'alternarsi ciclico di fasi repressive e periodi di stasi del progetto giuridico, è costituito da elementi non sempre chiaramente e interamente decifrabili, ma che affondano le radici nel terreno politico-istituzionale, sociale e culturale, che assumono un peso decisivo, certamente non inferiore rispetto all'astratta previsione, alla morfologia dei reati.[231]

Si può allora ipotizzare, in una prospettiva di forte decentramento, a fronte della palesata incapacità di governare la questione criminale attraverso politiche reattive, di riportare al centro delle politiche pubbliche la prevenzione sociale che ha come obiettivo l'eliminazione o la riduzione dei fattori criminogeni, che si pone l'obiettivo di intervenire sulle cause sociali, attraverso programmi di intervento generale, in grado di adoperarsi per modificare le motivazioni che spingono alla criminalità, un approccio che concentra i suoi sforzi sulla prevenzione della criminalità in senso sociale, con l'obiettivo di ridurre le condizioni di deprivazione, disoccupazione, carenza di legami familiari, disagio mentale e esclusione, che possono rappresentare fattori potenzialmente criminogeni o che favoriscono comportamenti antisociali[232].

227 R. Selmini (a cura di), *La Sicurezza urbana*, cit..

228 «Ne deriva una attenzione maggiore sulla soluzione e sull'intervento, al punto che la pratica guida la teoria. Questo vizio metodologico deriva dall'ampia politicità di queste misure, una volta uscito dall'ambito penalistico il discorso sulla criminalità si fa sempre più politico, sempre più legato ad interpretazioni e visioni del mondo. Si impone una nuova centralità degli attori sociali, non più le agenzie penali, le forze di polizia, la leadership di queste politiche non spetta più agli organi di polizia, ove le forze di polizia vanno riorientate, con una professionalità di tipo nuovo che deve poter cooperare, la cooperazione effettivamente è un elemento centrale». Così, R. Selmini, *La Sicurezza urbana*, cit..

229 Ibidem.

230 S. Moccia, *Le ragioni dei detenuti, gli «avanzi» della giustizia*, Il Manifesto 20 luglio 2025.

231 C. Visconti, A. Merlo, *Spigolature d'archivio: spunti su mafia e reati associativi a partire da un (dimenticato?) maxi-processo tardo-fascista*, in Sistema penale, 29 dicembre 2024.

232 R. Selmini (a cura di) *La Sicurezza urbana,* cit.

Seguendo il tema dei bisogni e delle relazioni, si genera un approccio alla giustizia sociale, che amplia i tradizionali diritti politici e le libertà, attraverso le capacità[233], lasciando spazio alla scelta, al pluralismo, alla promozione dei diritti intesi quale capacità di ogni singola persona.

Occorre fare i conti con le condizioni di bisogno[234], con i vincoli, le interdipendenze, con azioni rivolte a soggetti considerati in condizioni di svantaggio o di vulnerabilità, con interventi di formazione e di educazione, per promuovere maggior consapevolezza sui comportamenti a rischio, con campagne informative finalizzate a sensibilizzare fasce di popolazione più a rischio, attività di riduzione del danno, per tossicodipendenti e prostitute[235], per rendere le condizioni di vita meno distruttive, ma oltre alle tipiche azioni di sostegno, vi sono attività di ricomposizione e mediazione fra autori e vittime di reato con la partecipazione di operatori sociali.

Si tratta di una novità, che germoglia ai margini della penalità, l'individuazione di nuovi destinatari: le vittime reali o potenziali della criminalità e del disordine urbano. I centri di aiuto per le vittime sorgono sul modello dei servizi di *victim support*[236] nati negli anni Settanta in Inghilterra e in Francia.

Sono servizi che tendono ad un ampliamento delle competenze in materia di sicurezza urbana, in una logica di giustizia di prossimità; l'obiettivo è quello di promuovere servizi che garantiscono a tutti i cittadini una più facile e immediata tutela dei diritti, non solo attraverso il sistema giudiziario.

Per utilizzare il linguaggio di Martha Nussbaum, partecipano alle politiche abilitanti, che danno luogo a capacità combinate[237].

In questo modo, si sposta più chiaramente l'accento sulle circostanze concrete perché i diritti di cittadinanza e di partecipazione possano essere sviluppati, almeno fino a una soglia minima, e possano essere effettivamente esercitati, tradursi in funzionamenti, se le persone lo desiderano. Eppure l'eredità hobbesiana concepisce le politiche di sicurezza come bene pubblico fornito dalle istituzioni di governo in un quadro di rapporti verticali e gerarchici, mentre la

233 M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna 2002, 84-92.

234 «Noi vogliamo mangiare, non cantare!». Si è sentito gridare, con livore, Ernesto De Martino, esempio di un complesso di inferiorità davanti alla cultura ufficiale, consuetudine a dissimulare la parte più intima di sé davanti al signore. «Ecco perché abbiamo ottenuto i risultati migliori (delle ricerche antropologiche, dell'umanesimo etnografico) quando ci siamo riconosciuti tutti come compartecipi di una comune esperienza di emancipazione reale». Una tensione, quella di De Martino, tra un rinnovamento scientifico e un impegno per un ribaltamento rivoluzionario dell'ordine. E. De Martino, *Furore Simbolo Valore*, Milano 1980, 11.

235 M. Pavarini, *Rimini e la prostituzione*, in Città Sicure, 13 (1998).

236 G.G. Nobili, *Le politiche di sicurezza urbana in Italia: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, In Sinappsi, Politiche per la sicurezza integrata, 2 (2020), 120-138.

237 M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, Bologna 2001.

concettualizzazione orizzontale[238] si traduce in una prevalente attenzione verso modelli applicativi di sicurezza umana, di maggiore efficienza e equità, ma che ugualmente possono fondarsi su criteri diseguali, etnici, e linguistici che delegittimano la partecipazione di minoranze antagoniste e sollevano dubbi sulla qualità democratica delle comunità cittadine.

Si tratta dunque di attuare l'obiettivo liberale di mettere tutti su un piano di uguaglianza e di opportunità, non di discriminazione positiva o di paternalismo, bensì di attuazione del principio liberale del valore di ciascun individuo, legato in modo imprescindibile all'idea stessa di convivenza civile[239].

In questa ottica, due tipi di capacità emergono sulle altre, la ragion pratica e l'appartenenza[240] , perché ognuno sia considerato degno di rispetto e sia messo in condizione di vivere in un mondo veramente rispettoso della dignità umana.

Il pensiero di Nussbaum sviluppa in modo sistematico una intuizione già presente nei *Grundrisse* di Karl Marx[241]. In questo modo si sottopone a verifica radicale ogni teoria sia dello sviluppo che della libertà e della giustizia, si richiede che siano predisposte le condizioni per lo sviluppo delle capacità e la loro messa in pratica.

Seguendo questo metodo, le Città potrebbero valutare come maggiormente eleggibili gli strumenti di composizione extragiudiziale, la conciliazione la mediazione, intese quale compito redistributivo delle politiche pubbliche, con lo scopo di contrastare tutti i meccanismi che vincolano fortemente le capacità, alla maniera di quei servizi che vengono proposti nei quartieri più difficili e degradati con l'obiettivo di diffondere la cultura della legalità e di proporre soluzioni alternative ai conflitti minori, anche di natura inter etnica; così assumono importanza quei sostegni contro tutte le forme di discriminazione nei confronti

238 M. Tebaldi, *Le politiche di sicurezza nelle democrazie contemporanee, tra government e governance*, in Sinappsi, Politiche per la sicurezza integrata, 2 (2020), 31-43. Il modello di governance locale delle politiche di sicurezza urbana rimane un ambito ancora inesplorato dalla ricerca empirica, non è stato ancora chiarito se le democrazie si stanno dirigendo verso un mutamento epocale qualitativo, con "l'ascesa di meccanismi istituzionalizzati che, sotto mentite spoglie, rendono pervasivo, iniquo e intollerabile il controllo sociale».

239 M. Bouchard, *La vergogna del giusto e dell'ingiusto, storie e pensieri di un'emozione inattuale,* Torino 2025.

240 «Essere in grado di formarsi una concezione di ciò che è bene e impegnarsi in una riflessione critica su come programmare la propria vita, ciò comporta la protezione della libertà di coscienza, la prima, poter vivere con gli altri per gli altri, impegnarsi in varie forme di interazione sociale, essere in grado di capire la condizione altrui e provare compassione; essere capaci di giustizia e di amicizia, la seconda». Così, M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., 76.

241 Prima del diluvio, nella critica delle categorie economiche nel sistema dell'economia borghese rappresentato criticamente, Marx nota, «gli economisti borghesi dimenticano soltanto che anche il diritto del più forte è un diritto, e che in forma modificata esso sopravvive anche nel loro stato di diritto», K. Marx, *Grundrisse, Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Milano 2012, I, Quaderno M.

di minoranze, l'accesso all'impiego e il reperimento di un alloggio, non di certo la previsione di nuove morfologie di reato.

Il cammino verso l'uguaglianza si è spesso accontentato di una uguaglianza solo formale[242], ma parità dei diritti e delle opportunità ha il significato forte di sviluppare procedure, e, altresì indicatori, per raggiungere e verificare se questo principio corrisponde alla realtà, così da superare le discriminazioni esistenti, sociali e etniche.

Una politica pubblica con una visione universalista può offrire servizi di informazione e orientamento dedicati ai cittadini appartenenti a minoranze etniche, sui temi normativi e sui servizi, attraverso veri e propri sportelli per i cittadini, interventi per fatti di devianza di tenue entità, piccoli vandalismi, o attività di inciviltà, azioni di disturbo, i quali necessitano di un semplice richiamo alla legge o a forme di mediazione e ricomposizione delle relazioni; ancora possono venir trattate controversie di natura civile quali conflitti di vicinato e familiari.

In mancanza di un principio ordinatore e di un quadro di riferimento, l'imputazione al governo locale del bene pubblico sicurezza, comporta una crescita della cultura e dell'impegno politico delle città, con la creazione di veri e propri sportelli del diritto, in una logica di giustizia di prossimità[243], che sorgono per fornire ai cittadini una prima risposta alla richiesta di carattere giuridico, ma anche per evitare ulteriori processi di discriminazione per i soggetti più svantaggiati nell'accesso ai diversi servizi, riducendo i periodi di attesa e risolvendo le possibili criticità in modo extra giudiziario, sono servizi che offrono accoglienza ed orientamento a favore dei cittadini, servizi di pronto intervento ad esempio dopo un reato, offrono aiuti materiali ed organizzativi, sostegno alla vittime, orientamento e accompagnamento verso le strutture competenti.

In Italia, sono numerosi i servizi di assistenza che tutelano specifiche categorie di vittime[244], verso gli abusi, i maltrattamenti a danno dei minori, le truffe per le persone anziane, vi è poi un centro nazionale antiviolenza, ma mancano servizi di prossimità, di assistenza e soprattutto mancano dei servizi pubblici che siano competenti e gratuiti, disponibili per qualsiasi persona che sperimenti un'offesa penalmente rilevante per la propria integrità di tipo fisico, psichico, indipendentemente dalle caratteristiche soggettive delle persone.

242 T. Piketty, *Una breve storia dell'uguaglianza*, Milano 2025, 279.

243 G.G. Nobili, *Le politiche di sicurezza urbana in Italia,* cit., 120-138.

244 Ministero della Giustizia, Regione Emilia Romagna, Rete Dafne, Progetto E.R.Vi.S, Emilia Romagna Victim Support (a cura di), *Compendio del corso di formazione e sensibilizzazione professionale, Costruire una rete di servizi a tutela delle vittime di reato*, 2021.

Luigi Ferrajoli definisce la giustizia penale, laddove si riferisce alla pena, «comunque la si giustifichi e circoscriva, (come) una seconda violenza che si aggiunge al delitto e che è programmata e messa in atto da una collettività organizzata contro un individuo singolo[245]».

Allora i centri i centri di assistenza possono soddisfare i bisogni di informazione, sostegno emotivo, accompagnamento e riparo, offrire alle vittime un servizio di assistenza, una giustizia orizzontale, che prende atto che i sistemi penali sono del tutto inadeguati, impreparati e non attrezzati ad aiutare le vittime, riconoscerne la complessità, ben sapendo che lo stesso processo penale può essere causa di ulteriori vittimizzazioni.

È quanto emerge specificamente dalla Direttiva vittime dell'Unione europea, 29/2012, vincolante e precettiva, la quale pone un preciso obbligo normativo, l›esigenza di un completamento delle forme di tutela delle vittime, una necessità di tipo democratico, per l›elevatissimo numero di vittime che rimangono prive di ogni attenzione e di ogni riconoscimento.

Questa disciplina si ritrova nella direttiva 2012/29 Ue del Parlamento Europeo, nella decisione del Consiglio Europeo del 25 ottobre del 2012, mentre di grande rilevanza sono le buone pratiche delle reti europee ed internazionali, come la rete DAFNE, che partecipa al sistema europeo di Victim Support Europa, e ha definito un vademecum per creare dei centri di servizi di assistenza per le vittime.

Il tema delle persone vittime di reato viene affrontato quasi esclusivamente dal punto di vista giudiziario, si concentra sulla figura del reo, sulla funzione della pena, sulla rieducazione, sulla risocializzazione scolpita nell'articolo 27, terzo comma, della Costituzione, ma in questo modo tutte le esigenze della vittima, reali, emotive, rimangono in secondo piano[246].

L'applicazione, in Italia, di questa direttiva istituisce delle misure concrete in materia di diritti, di assistenza e di protezione di vittime di reato, muovendo dall'evidenza che il reato non è solamente un torto alla società, non è esclusivamente una questione giudiziaria; ma una violazione di diritti individuali e dell'integrità fisica psichica.

Va trovata una risposta alla domanda di giustizia, con l'offerta e il sostegno a quelli che sono i vissuti individuali ed emozionali.

Occorre dare applicazione al principio contenuto nell'articolo 8, comma 5, della direttiva che prevede che il diritto di assistenza, sostegno e protezione dei

245 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, 15.

246 AA.VV., *Dalla teoria alla buona prassi, percorsi per la creazione dei centri di supporto alle vittime*, Mantova 2014.

centri di assistenza alle vittime è indipendente dalla presentazione di una formale denuncia all'autorità competente. Perché, a volte, il fatto di non denunciare deriva dal timore di incorrere in episodi di vittimizzazione di tipo secondario.

Questi centri devono offrire una garanzia di accompagnare le vittime di reato in un'ottica di parità di accesso, di gratuità e di riservatezza. Ma aprono alle prospettive della giustizia riparativa[247].

Il decreto n. 150 del 2022 regolamenta, per la prima volta in Italia, la giustizia riparativa, assegnando ai centri per le vittime tre compiti, di informare la vittima, dell'esistenza dei programmi di giustizia riparativa, già al primo contatto, di inviarle, nel momento che lo ritengono conforme al loro interesse, ai programmi di giustizia riparativa, ma, previa preliminare valutazione dei rischi di ri vittimizzazione o di vittimizzazione secondaria, di accompagnare la vittima nei percorsi di giustizia riparativa, con proprio personale.

Alcune indicazioni di metodo e regole operative collegano percorso riparativo[248] e funzioni dei centri per le vittime, volontarietà di partecipazione, riservatezza e confidenzialità, gratuità, dove assistenza e tutela delle vittime sono correttivi di un sistema penale di stampo repressivo.

Ma la vittima di reato ha diritto ad un accesso diretto ad un servizio di assistenza, con le caratteristiche descritte all'art. 8 della Direttiva 2012/29/UE, e qualunque autorità pubblica competente deve provvedere affinché la vittima possa accedere all'assistenza, mentre l'accesso a un servizio di giustizia riparativa è una facoltà, può offrire una risposta al bisogno di incontro e di dialogo.

Il riconoscimento, il rispetto della vittima, la ricomposizione sono primi, tenui segnali di una giustizia orizzontale, locale e accettabile.

7. RUMORE BIANCO, NEL GORGO DELLA PUNITIVITÀ

La questione del governo della sicurezza palesa l'inefficacia dell'arsenale tradizionale delle politiche di produzione di ordine sociale[249], tanto quelle repressive che quelle preventive, mentre la crisi dello stato sociale non consente di governarle con le tradizionali politiche assistenziali.

247 M. Bouchard, *Vademecum per i servizi di assistenza per le vittime di reato in ordine ai rapporti con le "autorità competenti" e i Centri di giustizia riparativa al fine di garantire diritti, assistenza e protezione alle vittime di reato*, 2024, https://www.retedafne.it/wp-content/uploads/2024/12/Vademecum.pdf.

248 G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, *Il libro dell'incontro, vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano 2015, 23.

249 M. Pavarini, *Introduzione, la sicurezza urbana in Emilia Romagna, terzo rapporto annuale 1997*, in Quaderni di città sicure, 11a (1997) 5-16.

Le ricerche empiriche suggeriscono che le punizioni più severe non dissuadono in modo significativo dal commettere un reato, al contrario spesso peggiorano la situazione. Nella lotta alla droga, una serie di studi avanzati ha evidenziato come questa filosofia abbia esacerbato il problema, mentre i dati suggeriscono come in tutti i settori delle scienze sociali, la curva di ribellione in risposta alla crescente coercizione sia più ripida della curva di deterrenza[250].

Si corre il rischio che, su sollecitazione dell'opinione pubblico, maturi l'illusione di voler contrastare i nuovi fenomeni di disordine sociale sotto la fallace disciplina dell'ordine repressivo con una incessante ampliamento della sfera dell'illecito e la produzione di un processo di etichettamento nei confronti di persone ritenute pericolose in sé, in quanto criminali o devianti.

Mentre gli spazi sociali, afflitti da conflitti nei rapporti di vicinato, vandalismi, degrado sociale, sono progressivamente abbandonati, sono territori dove i sistemi formali di produzione dell'ordine sono incapaci di produrre ordine e il sistema di giustizia penale si palesa sempre più incapace di governare, e la produzione di sofferenze da vittimizzazione diffusa si trasforma in domande diffuse di riaffermazione normativa, allora si scoprono risorse e potenzialità inaspettate, capaci di suggerire gestioni alternative, possibili ed effettivamente praticabili, rispondendo diversamente a un problema facendo riferimento alle opportunità specifiche di quel territorio.

In questo contesto, la responsabilizzazione della società civile, la capacità di auto regolamentare i fenomeni di ordine sociale potrebbe portare all'utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti, «nulla di definitivo, quindi, ma sempre un porto in cui fare momentaneamente sosta, in vista di continuare la ricerche»[251].

Eppure, la direzione della supremazia della sicurezza sulla tutela della libertà e sul rispetto della dignità umana, valori sanciti dalla Costituzione[252], non può che portare al sopravvento del diritto penale dell'emergenza, del nemico e della legislazione securitaria.

Nondimeno, se il crimine ferisce, la giustizia ripara, solo un approccio riparativo, relazionale conciliante è un tipo di diplomazia efficace, mentre il metodo punitivo non è mai veramente efficace[253].

250 J. Braithwaite, *Il crimine ferisce, la giustizia ripara*, il Sole 24 ore, 17 novembre 2024.

251 M. Pavarini, *Governare la penalità, struttura sociali, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna 2013, 162.

252 G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, *Il libro dell'incontro,* cit.

253 J. Braithwaite, *Simple solutions to complex catastrophes*, Londra 2024.

Nei fatti, per il nocciolo duro del diritto penale è ammissibile la solo reazione vendicativa[254], crudele, mentre per una autentica opera di giustizia occorre l'azzeramento del male, un intervento della comunità, anche nei momenti di crisi.

Quello della Fondazione emiliano-romagnola per le vittime dei reati. La fondazione è stata costituita dalla Regione Emilia-Romagna[255] per prestare una pronta assistenza nei confronti della vittima e dei parenti della vittima del reato, per cercare di prevenire ulteriori rischi legati alla vittimizzazione primaria.

La Fondazione interviene nel caso di reati dolosi gravi e gravissimi nei confronti dei cittadini emiliano romagnoli, per tutti i reati commessi sul territorio regionale anche a favore di persone che non sono residenti sul territorio regionale, ma per fatti intervenuti in Emilia-Romagna. Riguarda anche gli appartenenti alle forze di polizia nazionali, alle polizie locali. Tra i reati compresi all'interno della Fondazione, ci sono gli omicidi consumati, le rapine efferate, le lesioni gravissime, le violenze sessuali, tutti quei reati gravi, gravissimi che incidono sulla salute psicofisica delle persone.

Il comitato dei garanti, in un tempo breve, delibera un contributo economico una tantum che viene erogato direttamente alla vittima e ai suoi familiari o, in alternativa, nei casi particolarmente di particolare fragilità questo contributo viene dato al servizio sociale e comunale.

Il contributo economico è stabilito a seconda della gravità del reato, della presenza dei figli, delle condizioni economiche[256].

Le decisioni assunte dal comitato dei garanti cercano di contribuire ad una piccola tutela delle persone offese attraverso un aiuto economico che è volto esclusivamente a limitare quelle che sono le conseguenze della violenza subita, soprattutto nei confronti delle donne, nei confronti di bambini e nei confronti

254 F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, 221-222.

255 https://www.regione.emilia-romagna.it/fondazione-per-le-vittime-dei-reati/fondazione/la-fondazione.

256 L'art. 7 della legge regionale dell'Emilia Romagna 4 dicembre 2003, n. 24 «Disciplina della polizia amministrativa locale e promozione di un sistema integrato di sicurezza prevede l'istituzione e della Istituzione della "Fondazione emiliano-romagnola per le vittime dei reati». La fondazione interviene a favore delle vittime di reati, compresi gli appartenenti alle forze di polizia nazionali e alla polizia locale, qualora da delitti non colposi commessi nel territorio regionale ovvero nei confronti di cittadini ivi residenti derivi la morte o un danno gravissimo alla persona. La fondazione interviene su richiesta del sindaco del Comune in cui è avvenuto il fatto ovvero del Comune di residenza della vittima stessa. L'intervento della fondazione è volto a limitare, nell'immediatezza del fatto o in un periodo congruamente breve, le più rilevanti situazioni di disagio personale o sociale della vittima o dei suoi familiari conseguenti al reato stesso, viene proposta dal sindaco in cui è avvenuto il fatto di reato o altrimenti da quello del Comune di residenza della vittima. Chi è vittima di un reato grave si può rivolgere a all'Ente Locale sia personalmente, sia attraverso il proprio avvocato, attraverso i servizi sociosanitari, per inoltrare la richiesta alla Fondazione stessa. La Fondazione è composta da settanta soci, tutti i Comuni capoluoghi, le Province, le Aziende, ma anche le Università e in questi vent'anni di attività sono stati aiutate oltre mille vittime, in maggioranza sono donne e bambini e sono stati erogati oltre quattro milioni di euro di contributi. Il 6 Maggio 2025 si sono celebrati i vent'anni di attività della Fondazione emiliano romagnola per le vittime di reato.

dei servizi e per acquisire una consapevolezza di una comunità che cerca di farsi carico di questo problema.

Le richieste di intervento vengono presentate dal Sindaco, quale referente dei temi della sicurezza e della prevenzione.

Nuova prevenzione e aiuto alle vittime fanno parte di politiche e strumenti di intervento nei confronti delle problematicità locali fondamentalmente imperniate sulla territorialità, sull'attivazione degli attori sociali, dei portatori di disagio e conflitto, per il soddisfacimento dei loro bisogni insoddisfatti, ma necessitano di una coalizione locale per la sicurezza[257], un servizio locale per le politiche integrate di prevenzione e sicurezza che possa scongiurare l'episodicità e garantire la piena sostenibilità nel tempo di un programma locale di prevenzione della criminalità e del disordine urbano, attraverso il coordinamento delle diverse politiche locali welfariste.

Da ultimo, la dimensione locale di queste politiche deve essere in grado di registrare bisogni e domande sociali attraverso osservatori locali[258], perché solo a nuovi livelli conoscitivi può corrispondere una adeguata azione preventiva sulla realtà.

Quando Carlo Cattaneo vedeva nell'ordinamento cittadino, la città come principio ideale delle istorie italiane, il carattere spiccato della cultura di questa nazione, capace opporsi allo Stato unitario, burocratico e assoluto[259], diceva una cosa sacrosanta: l'autogoverno delle comunità locali è essenziale per garantire libertà e porre limiti a un'amministrazione centrale altrimenti dispotica, distante dai bisogni dei cittadini.

Potrebbe così nuovamente emergere una sorgività delle Città, un mantenimento dell'ordine sociale strettamente correlato al complesso degli strumenti di governo e di amministrazione, funzioni che attengono alla promozione del benessere pubblico, secondo una concezione ampia dell'ordine quale *cura promuovendi salutem*, distante da un concetto ristretto di prevenzione della criminalità e di mantenimento dell'ordine[260], quale cura *avvertendi mala futura*.

Laddove oggi versano in stato di manifesto abbandono i principi guida di sussidiarietà e di *extrema ratio*, persi nel gorgo di emergenze vere o presunte, da

257 G.G. Nobili, *Metodi e strumenti per il coordinamento locale delle politiche integrate di sicurezza urbana,* in G.G. Nobili, M.Grimaldi, F. Coppola (a cura di) *Abitare città sicure, politiche, strumenti, metodi*, Milano 2024, 211-231.

258 M. Pavarini, *Bisogni di sicurezza e questione criminale*, in Rassegna italiana di criminologia, 4 (1994) 454.

259 M. Campopiano, *Un'Italia fatta di città, Carlo Cattaneo e il ruolo dei municipi nella storia e nella politica,* Roma 2025, 105-121.

260 G. Campesi, *Che cos'è la polizia? Una introduzione critica*, Bologna 2024, 24.

ultimo l'emergenza della violenza giovanile e la criminalizzazione[261] dei gruppi di strada, e la politica criminale è incentrata sulla sicurezza pubblica e su vecchie e nuove vittime, il populismo securitario o il perbenismo punitivo[262], la cui soddisfazione si affida, sempre, a nuovi reati e non a politiche sociali, un male vecchio e trasversale della politica italiana, incapace di vera giustizia, ma afflitta dalla nevrosi[263] del panpenalismo.

Si contribuisce a creare un clima di crisi che intreccia diritto e politica[264], che riflette le informazioni apocalittiche, le passioni tristi dei sempre nuovi demagoghi, sono queste le tentazioni ataviche che insidiano lo stato di diritto insieme all'incapacità di accettare le regole del pluralismo politico e alle promesse non mantenute dalla democrazia[265].

Si legittimano interventi per fronteggiare emergenze reali, presunte o costruite, attraverso l'uso ricorrente della parola guerra[266], un comportamento con profonde radici nella nostra storia naturale[267], una costante antropologica, così da giustificare decisioni che sbilanciano gli equilibri democratici tra autorità e libertà.

La scienza giuridica[268] non consente di ignorare la divaricazione fra il dover essere e l'essere effettivo del diritto, fra i principi di giustizia stabiliti e le sue continue e vistose violazioni, ma ha l'esatto compito di svolgere un ruolo di svelamento di critica e di delegittimazione, quando il diritto, tecnica sociale di garanzia della certezza, con funzione di pace sociale e tranquillità, viene azzoppato dall'incertezza[269] e da una vagheggiata giustizia sostanziale.

261 S. Crocitti, R. Selmini, *Bande giovanili e gruppi giovanili di strada, prospettive teoriche, approcci interdisciplinari e ricerca empirica*, Milano 2025, 11 ss. «Vent'anni fa, il sociologo David Nelken,...(scriveva)...se c'era un gruppo sociale che assai difficilmente avrebbe prodotto allarme sociale in Italia, erano propri giovani, andando ancora più indietro nel tempo, e lontano nello spazio, nel 1927 Frederic Trasher descrive le bande giovanili di Chicago come un underworld a cui adulti, politici e stampa prestavano poca attenzione, e di cui nessuno si occupava o preoccupava».

262 V. Manes, N. Zanon, *Il primato perduto della libertà individuale*, il Sole 24 ore, 9 luglio 2025.

263 G. Fiandaca, *Nel gorgo del punitivismo*, Il Foglio, 18 agosto 2023.

264 U. Galimberti, *Le disavventure della verità*, Milano 2025, 113-125.

265 S. Petrucciani, E. Piromani*, Le idee e il potere, il pensiero politico contemporaneo*, Torino 2026, 250-271.

266 R. Cornelli, *Dalla repressione penale alla tecnologia: la lunga mano del controllo sociale*, in Pubblico Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 16 luglio 2025.

267 Cfr, G. Sadun Bordoni, *Guerra e natura umana, le radici del disordine mondiale*,, Bologna 2025. Una dissoluzione dell'utopia del passato, del mito antichissimo dell'età dell'oro, della persistente illusione dell'Eden originario, del buon selvaggio, come si è recentemente dissolta l'utopia del futuro. Per una ricostruzione teoretica del *polemos* quale forza generativa, in quanto pensiero storico, U. Curi, *Polemos, filosofia come guerra*, Roma 2025. Ineludibile, l'analisi giuridica sulla guerra contenuta in, M. Luciani, *Il mondo vuoto, l'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto,* Roma-Bari 2026, 200-213. Aprono prospettive per una ricomposizione dei conflitti, A. Ceretti, R. Cornelli, *Per una pace possibile, responsabilità, giustizia e riparazione ai tempi delle guerre,* Milano 2026.

268 L. Ferrajoli, *Progettare il futuro, per un costituzionalismo globale*, Milano 2025, 91.

269 M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023, 41 ss..

Allora l'insoddisfazione nei confronti del paradigma della pena, preventivo e retributivo, insieme alla forte attenzione vittimologica, potrebbero condurre non a una nuova penalità compatibile con uno stato sociale di diritto ma a prospettive future in un'ottica più pessimista[270], ad uno stato della prevenzione, retto sulla promessa irrealizzabile di una completa sicurezza e su poteri straordinari costantemente attivi che limitano le libertà dei cittadini[271].

Norberto Bobbio, al reiterato invito a partecipare al dibattito su marxismo e questione criminale, risponde al caro Baratta in forma di lettera, invitando a studiare i fenomeni di devianza della forma capitalistica, insieme a quelli di altre formazioni economico - sociali, di condurre analisi comparate, le più ampie possibili, le più spregiudicate, le più libere da orientamenti ideologici precostituiti, lungo tutto il corso della storia e nei diversi paesi e regimi, e conclude con uno sguardo vigile e profondo sulla penalità del domani, quella del presente, la più lontana dai principi delle Costituzioni liberali, che sono rimaste congelate in un dover essere che non fu mai[272].

> al caro Baratta, Torino, 12 giugno 1977,
> «E perché non dovremmo fare l'ipotesi che la società post-capitalistica sia di questo tipo piuttosto che di quello previsto da Marx e dai marxisti, sia cioè una società in cui il diritto penale anziché estinguersi si estenda in quantità e peggiori in qualità? Mi rendo perfettamente conto che ciò che ti sto raccontando, caro Baratta, assomiglia a un incubo notturno. Ma in un celebre passo del libro nono della Repubblica Platone ha detto che uno dei tratti caratteristici del tiranno è di compiere da sveglio e quindi nella realtà le azioni anche più atroci ed efferate che per i comuni mortali costituiscono talora la materia dei loro sogni. Beato chi crede che la specie dei tiranni sia destinata ad estinguersi per sempre!»[273].

270 M. Pavarini, *Governare la penalità*, cit., 162.
271 E. Denninger, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale,* Torino 1998.
272 E.R. Zaffaroni, *Una storia criminale del mondo*, cit., 82.
273 N. Bobbio, *Lettera sul marxismo e questione criminale*, in Questione Criminale, III (1977) 428.

CAPITOLO V

Silenzi dietro le sbarre

IL "SILENZIO DEGLI INNOCENTI": INFANZIA RECLUSA. Quali possibili strategie per tutelare chi non può difendersi?[1]

Emma Tidu

1. PREMESSA

Il presente contributo vuole dedicare uno spazio di trattazione al tema, tanto drammatico quanto scarsamente attenzionato dalla dottrina giuridica, dell'infanzia "reclusa". Si tratta del fenomeno per cui alcuni minori, figli di donne detenute, si trovano ad abitare con le proprie madri il contesto detentivo. In maniera alquanto sbrigativa, l'approccio legislativo e politico pare limitare le soluzioni percorribili a due opzioni: (a) separare i figli dalla propria madre; (b) tenere i figli accanto alla madre, ma nel contesto intramurario. La problematica coinvolge (almeno) due questioni di più ampio respiro, tanto sul piano nazionale quanto su quello internazionale: (i) la tutela della maternità e dell'infanzia; (ii) la necessaria prevalenza, in qualsivoglia valutazione o bilanciamento di interessi che coinvolga un minore, del *best interest of the child*. Si tratta, a ben vedere, di interessi la cui pregnanza rende (o meglio, dovrebbe rendere) inaccettabile qualsiasi compromesso[2].

Eppure, il nostro ordinamento legittima e dispone che persone innocenti, non indagate, imputate o condannate per la commissione di un fatto di reato, vivano in stato di reclusione. Tale situazione, già di per sé allarmante, assume contorni ancor più drastici se si considera che, nel caso di specie, soggetti passivi di tale istituzionalizzazione sono bambini molto piccoli: alla detenuta madre è consentito tenere presso di sé il figlio fino all'età di tre anni. Il fenomeno, pur avendo una ridotta incidenza statistica, è stato inquadrato dagli esperti di neuropsichiatria infantile come un «abuso istituzionale»[3] e un «caso speciale di

1 Il testo, qui nella sua versione aggiornata, è stato anticipato in *DisCrimen*, 5 agosto 2025.

2 Non a caso, la giurisprudenza – sia costituzionale che di legittimità – ha da tempo stabilito che l'interesse superiore del minore dev'essere valutato come preminente anche rispetto alle esigenze di sicurezza della collettività (cfr. Corte cost. 3 febbraio 2022, n. 30 e Cass. Pen., Sez. I, 4 giugno 2020, n. 16945).

3 M.I. Sarti, *Madri e bambini in carcere*, in *Minori Giustizia* 3.1 (2012) 488: «Il fenomeno dei bambini piccolissimi in carcere con le madri detenute non ha ampie dimensioni statistiche ma è in costante crescita e ha

privazione dei rapporti familiari»[4]. Dinanzi a tale drammatico fenomeno, risulta quantomai preoccupante la totale cancellazione dello stesso dal dibattito sociale e politico («lontano dagli occhi, lontano dal cuore», cantava Sergio Endrigo nel 1969): simile approccio eliminativo ha avuto esito nella "normalizzazione" della detenzione infantile, dai più considerata alla stregua di un effetto collaterale – certo spiacevole, ma tutto sommato accettabile – della detenzione femminile. Il tema gode di rinnovata attenzione, e quantomai urgente appare un cambio di paradigma, dal momento che il decreto-legge n. 48/2025 ha di recente modificato gli artt. 146 e 147 c.p., ampliando il novero di ipotesi in cui il minore, nei primi anni di vita, può trovarsi a vivere nel contesto intramurario.

2. UNO SGUARDO SULLA DETENZIONE FEMMINILE (E "INFANTILE") IN ITALIA

Secondo i dati ufficiali pubblicati mensilmente sul sito *web* del Ministero della Giustizia, al 31 maggio 2026 le donne detenute erano 2.881 e rappresentavano circa il 4,5% del totale delle persone private della libertà (64.741). Si tratta di una quota indubbiamente esigua; eppure, se ci si sofferma sulle risultanze statistiche, emerge che il *trend* di crescita della detenzione femminile è di parecchio superiore (più del doppio) rispetto alla detenzione maschile: dal 31 marzo 2026 al 31 maggio 2026, infatti, il numero degli uomini detenuti è aumentato dello 1,16%[5], mentre il dato relativo alle donne recluse è aumentato del 2,75%[6]. Le tendenze sopradescritte trovano conferma anche a livello sistemico[7]: dal 2000 al 2024 il tasso globale di detenzione femminile è aumentato del 57%, mentre la detenzione maschile, nello stesso arco di tempo, ha visto un incremento del 22%[8].

un elevato impatto sociale perché rappresenta la disgregazione e trasformazione dell'unità sociale fondamentale madre-figlio-padre e si configura come una sorta di abuso istituzionale».

4 Così M.C. Calle, *Madri e bambini in carcere: una questione di legami e di spazi*, in *Minori Giustizia* 4.4 (2024) 123.

5 Da 63.997 a 64.741.

6 Da 2.804 a 2.881.

7 Secondo gli ultimi dati disponibili, pubblicati il 12 febbraio 2025 dall'Institute for Crime and Justice Policy Research di Birkbeck, le donne in stato di reclusione all'inizio del mese di dicembre 2024 (oltre 733.000) rappresentavano il 6,8% della popolazione detenuta globale: https://www.icpr.org.uk/news/2025/female-prison-population-growing-faster-male-worldwide

8 In alcuni Paesi la crescita è stata particolarmente marcata: in Cambogia il numero delle donne detenute è oltre nove volte maggiore di quello che era nel 2000, in Indonesia e Salvador oltre sette volte, in Guatemala oltre sei volte, in Brasile cinque volte. I paesi con la più alta percentuale di donne sul totale della popolazione reclusa sono: Hong Kong (21%), Macau (17,8%), Laos (13,7%), Myanmar (12,3%), Thailandia, Vietnam e Guatemala (12,1%). I paesi con il più alto numero di donne incarcerate ogni 100.000 abitanti sono invece gli Stati Uniti (52)

In una disamina più dettagliata della situazione nazionale, si deve constatare che la "distribuzione" territoriale della popolazione detentiva femminile appare disomogenea: a seguito della chiusura, nel giugno 2024, del carcere di Pozzuoli, sono rimasti in Italia solo tre istituti penitenziari interamente femminili[9], mentre oltre l'80% delle donne detenute è recluso in sezioni femminili all'interno di carceri a prevalenza maschile[10]. Tali sezioni, pur occupando uno spazio assai ridotto – e dunque, spesso, inquadrate dall'opinione pubblica e da un certo riduzionismo politico come *sacrificabili* – garantiscono a molte donne, in virtù della maggiore "capillarità" territoriale, la possibilità di scontare la pena in un luogo prossimo alla propria rete familiare e amicale di supporto.

Alla luce di quanto precede, è già possibile formulare una prima considerazione: la ridotta incidenza del fenomeno detentivo femminile costituisce spesso il pretesto per giustificare, se non addirittura "normalizzare", strutturali carenze nell'organizzazione di attività, iniziative ed eventi che coinvolgano realtà esterne al carcere, e, più in generale, afferenti alla gestione dell'area educativa dei penitenziari e delle sezioni femminili. Tale approccio riduzionistico, secondo il quale a un *minor numero* di fruitori dovrebbe corrispondere una *minore attenzione* ai percorsi di reinserimento sociale, ha esito, fin troppo spesso, in un ozio forzato che rende la detenzione – modalità punitiva già di per sé *sterile* – ancora più infruttuosa ai fini risocializzativi[11]. Tale negligenza coinvolge parimenti le carceri interamente femminili e le sezioni speciali degli istituti penitenziari maschili, comportando, peraltro, l'assoluta carenza di attività comuni: si tratta di

la Thailandia (47), El Salvador (42), Ruanda (41), Turkmenistan (38). Fonte: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_6th_edition.pdf

9 Rebibbia a Roma, il carcere femminile più grande d'Europa (367 presenze per 272 posti); la Giudecca a Venezia (94 presenze per 112 posti) e la piccola Casa di Reclusione femminile di Trani (37 presenze per 32 posti): dati esposti nel XXII Rapporto sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone, "Tutto chiuso", nella sezione "Donne e bambini": https://www.rapportoantigone.it/ventiduesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/donne-e-bambini/

10 Si tratta di sezioni molto piccole: Torino (142 detenute), Vercelli (34), Genova (64), Como (45), Bollate (194), San Vittore (76), Piacenza (14), Mantova (10), Bergamo (36), Brescia (47), Trento (45), Verona (58), Reggio Emilia (19), Modena (32), Bologna (88), Pesaro (28), Forlì (18), Pisa (32), Firenze (71), Perugia (72), Teramo (43), L'Aquila (10), Chieti (37), Civitavecchia (39), Paliano (5), Latina (41), Secondigliano (137), Santa Maria Capua Vetere (54), Benevento (70), Avellino (79), Salerno (57), Potenza (14), Lecce (98), Taranto (37), Castrovillari (31), Reggio Calabria (46), Messina (44), Barcellona Pozzo di Gotto (2), Catania (59), Agrigento (45), Palermo (101), Cagliari (31) e Sassari (23).

11 Merita, tuttavia, segnalare alcune virtuose eccezioni, il cui sviluppo territoriale è da auspicare e favorire: in particolare, si tratta di due progetti (progetto L.E.I. e progetto P.U.E.R.) avviati all'interno del penitenziario femminile di Torino. Il progetto L.E.I., promosso da Fondazione Compagnia di San Paolo, è volto a favorire le occasioni di reinserimento sociale per le donne detenute, offrendo opportunità lavorative e di formazione; il progetto P.U.E.R. (Preparazione e Prevenzione Utili all'Etica della Responsabilità) si propone invece di offrire competenze professionali e supporto tecnico per favorire la consapevolizzazione delle carenze e dei disturbi scaturibili dalla carcerazione e suscettibili di incidere sulla qualità delle relazioni genitore-figlio.

un fattore determinante nel percorso di alienazione psicologica e relazionale dei detenuti – esito ineluttabile della pena detentiva, specie per come oggi la stessa si connota –, peraltro rispondente a logiche "separatistiche" alquanto arcaiche e non sorrette da esigenze securitarie in concreto individuabili.

Con l'intento di superare tale situazione[12], il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria aveva avviato un tavolo di lavoro – il quale, però, non ha avuto esiti concreti – per valutare, *inter alia*, la possibilità di organizzare attività diurne congiunte tra uomini e donne, quali, ad esempio, classi scolastiche miste. Tale proposta, agevolmente realizzabile senza aggravi economici significativi, potrebbe avvicinare il carcere al "mondo fuori" e risolvere la criticità sopra delineata, tradizionalmente afferente al fenomeno della detenzione femminile[13].

Nel fornire una sintetica comparazione tra il fenomeno detentivo femminile e quello maschile, non può omettersi di dedicare un breve spazio alle statistiche concernenti il principale elemento di discrepanza tra condannat*e* e condannat*i*: l'accesso alla cosiddetta area penale esterna[14]. Secondo i dati ufficiali del Ministero della Giustizia, aggiornati al 31 dicembre 2025[15], le donne in area penale esterna sono 15.223, dunque *più del quintuplo* delle donne recluse, mentre gli uomini in carico agli UEPE, pur più numerosi in termini assoluti (124.364), sono *poco più del doppio* degli uomini detenuti. Le donne rappresentano il 9,57% dei beneficiari di misure alternative[16]: percentuale *più che doppia* rispetto alla componente femminile della popolazione carceraria complessiva, che si attesta, come visto, intorno al 4,5%. Le donne che fruiscono di una misura alternativa sono 4.675 (*quasi il doppio* delle donne detenute); mentre il numero di uomi-

12 Segnalata, in particolare, dall'Associazione Antigone nel primo Rapporto sulla detenzione femminile, intitolato "Dalla parte di Antigone" e pubblicato l'8 marzo 2023.

13 Nel 46,4% degli istituti con sezione femminile visitati da Associazione Antigone nel 2024 non è prevista alcuna occasione di incontro.

14 Com'è noto, con tale locuzione ci si riferisce ai soggetti in carico agli Uffici di Esecuzione Penale Esterna (UEPE), la cui area di competenza concerne principalmente l'esecuzione delle misure e sanzioni di comunità, ivi comprese le pene sostitutive delle pene detentive brevi. I compiti attribuiti agli Uffici si esplicano in cinque aree di intervento: 1. attività di indagine sulla situazione individuale e socio – familiare nei confronti dei soggetti che chiedono di essere ammessi alle misure alternative alla detenzione, alla messa alla prova, alle pene sostitutive; 2. attività di elaborazione e verifica dei programmi di trattamento; 3. svolgimento delle inchieste per l'applicazione, modifica, proroga o revoca delle misure di sicurezza, su richiesta della magistratura di sorveglianza; 4. esecuzione delle misure alternative alla detenzione e delle sanzioni e misure di comunità; 5. attività di consulenza agli istituti penitenziari per favorire il buon esito del trattamento penitenziario.

15 Pubblicati il 10 marzo 2026 e consultabili al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Adulti_in_area_penale_esterna_31.12.2025Dati_convalidatiG.pdf

16 Tra le donne in esecuzione penale esterna, il 32% si trova in stato di detenzione domiciliare, mentre il 66% sconta la pena in regime di affidamento in prova al servizio sociale. Inoltre, 728 donne scontano una delle pene sostitutive introdotte dal d.lgs. n. 150/2022 (8,7% del totale). La componente femminile è altresì particolarmente "rappresentata" anche tra gli imputati ammessi alla sospensione del processo con messa alla prova (4.152 donne, pari al 15,8% del totale dei beneficiari).

ni che scontano la pena in misura alternativa, pur maggiore in termini assoluti (44.179), è pari solo *a 0,71* volte il numero degli uomini detenuti.

In breve, i dati statistici sopraesposti rivelano che le donne hanno più frequentemente accesso all'area penale esterna e, in particolare, alle misure alternative. Tale discrepanza può verosimilmente spiegarsi alla luce di tre elementi: i) tendenzialmente, le donne commettono reati di minor gravità rispetto agli uomini, dal che discende una minore severità del trattamento sanzionatorio, che consente un più rapido accesso alle misure alternative; ii) le norme a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori favoriscono, per le donne con figli piccoli, l'accesso ai percorsi non custodiali; iii) la magistratura di sorveglianza è disposta ad accordare alle donne un maggior "tasso" di fiducia, anche a parità di reato commesso, in considerazione della tendenziale minore pericolosità sociale delle donne rispetto agli uomini.

Due elementi di sostanziale analogia tra il fenomeno detentivo maschile e quello femminile sono invece rappresentati dalla presenza di stranieri e dai titoli di reato maggiormente "diffusi": gli uomini stranieri rappresentano circa il 32% dei detenuti, e analogamente la popolazione reclusa femminile è composta per il 27% da donne straniere[17]. Al 31 dicembre 2025, i reati contro il patrimonio rappresentavano il 29,4% dei reati ascritti alle donne recluse e il 23,4% dei reati contestati ai detenuti uomini; i reati contro la persona rappresentavano per le donne il 18,5% del totale e per gli uomini il 18,6%; i reati in materia di sostanze stupefacenti il 14,1% del totale per le donne e il 14% per gli uomini[18].

La significativa presenza di persone straniere negli istituti penitenziari, unitamente all'elevata incidenza, tra i detenuti, dei reati contro il patrimonio e in materia di stupefacenti, rappresentano due tra le principali criticità del sistema sanzionatorio italiano.

L'incidenza di uomini e donne stranieri sul totale della popolazione penitenziaria è tutt'altro che trascurabile, attestandosi intorno al 31,4%[19]. L'analisi delle statistiche relative alla posizione giuridica dei detenuti rivela, inoltre, che la custodia cautelare in carcere viene applicata più frequentemente nei confronti degli indagati e imputati stranieri: il 27,5% dei detenuti stranieri si trova in stato di reclusione a titolo di custodia cautelare, mentre per gli italiani la relativa

17 Una percentuale di poco superiore a quella dell'anno precedente (26,8%) ma in netto calo rispetto a cinque anni fa (era pari al 35,9% alla fine del 2019). Le nazioni più rappresentate sono la Romania (195 donne), la Nigeria (95) e il Marocco (58).

18 Fonte: Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1491576)

19 Nostra elaborazione dei dati statistici pubblicati sul sito web del Ministero della Giustizia.

percentuale si attesta al 21,3%[20]. La motivazione di tale tendenza è da ricercare, verosimilmente, nella difficoltà di applicare alle persone straniere, spesso sprovviste di un adeguato domicilio, la misura cautelare meno afflittiva degli arresti domiciliari: di talché, frequentemente accade che una misura di coercizione non custodiale, come ad esempio il divieto di dimora, se violata dall'imputato straniero, abbia poi esito nella custodia cautelare, poiché la situazione personale dell'interessato non consente una coerente graduazione delle misure atte al soddisfacimento delle esigenze cautelari – sulla cui individuazione, peraltro, si riscontrano spesso carenze motivazionali. Ne discende una inaccettabile violazione del principio di uguaglianza, tanto nella sua accezione più generale, quanto nella declinazione in principio di proporzionalità – vigente, com'è noto, anche nell'applicazione delle misure cautelari, cui consegue la natura di *extrema ratio* della custodia cautelare – il cui esito è uno smodato ricorso alla contenzione in carcere, alla quale, mediante una assai opinabile *eterogenesi dei fini*, viene attribuita la funzione di sopperire al degrado e alla marginalità sociale.

Osservazioni critiche possono essere svolte anche in merito alle fattispecie di reato per le quali viene maggiormente comminata la pena detentiva o disposta la custodia cautelare: il 23,6% dei reati contestati ai detenuti sono contro il patrimonio, il 14% afferisce alla materia degli stupefacenti[21]. Tale circostanza disvela una sostanziale violazione del principio di proporzionalità della pena – da intendersi con riferimento alla *modalità* punitiva, più che alla *dosimetria* sanzionatoria in sé – e, di conseguenza, del principio di *extrema ratio* nell'applicazione della pena detentiva: in esito a una opportuna diversificazione delle sanzioni penali, la pena detentiva andrebbe infatti riservata alle fattispecie di reato più gravi, nei casi (residuali) di grave pericolosità sociale accertata, in cui la (temporanea) contenzione fisica si riveli l'unica via utile a prevenire la recidiva e/o recidere i legami con il contesto criminale di appartenenza[22]. L'impiego della pena detentiva, la quale, come noto, sacrifica un bene di rilevante entità quale la libertà individuale, dovrebbe essere giustificabile solo in risposta a reati che ledono un bene giuridico di analoga importanza; dunque, principalmente, i reati contro l'incolumità personale[23].

20 Nostra elaborazione dei dati statistici pubblicati sul sito web del Ministero della Giustizia.

21 Nostra elaborazione dei dati statistici pubblicati sul sito web del Ministero della Giustizia.

22 Cfr. L. Eusebi, *Quale prevenzione dei reati? Abbandonare il paradigma della ritorsione e la centralità della pena detentiva*, in *Pedagogisti per la giustizia*, M.L. De Natale (a cura di), Milano 2004, 91.

23 Sul punto, E. Tidu, *La rinascita di un diritto penale illiberale? Il decreto-legge n. 92/2024 e il decreto-legge n. 48/2025: criticità e spunti per arginare la deriva securitaria*, in *Archivio Penale Web* 2 (2025), 10 luglio 2025.

Al 31 maggio 2026, 30 bambini vivevano in stato di detenzione con le loro 25 madri[24]. Il dato risulta essere in rapida crescita: tra aprile e giugno 2025, il numero di bambini che vivono negli istituti penitenziari italiani è quasi raddoppiato[25]: come si vedrà nel prosieguo, la causa principale è da rinvenirsi, verosimilmente, nelle modifiche introdotte agli artt. 146 e 147 c.p. dal d.l. n. 48/2025.

3. LA DISCIPLINA NORMATIVA NEL (TENTATIVO DI) BILANCIARE MATERNITÀ E ISTANZE SECURITARIE: ARTT. 146 E 147 C.P., DETENZIONE DOMICILIARE SPECIALE, ICAM, CASE-FAMIGLIA PROTETTE E "*NURSERY*" PENITENZIARIA

Consapevole delle conseguenze pregiudizievoli che l'esperienza detentiva può dispiegare sulle donne incinte o madri di prole di tenera età, e in particolare sui loro figli, il legislatore ha dedicato alla tutela di simili situazioni gli artt. 146 e 147 c.p.: prevedendo, in particolare, il differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva in presenza di interessi che rendano l'immediata reclusione una via *non praticabile* o, quantomeno, *preferibilmente evitabile*.

Come anticipato, sulle due norme in commento è intervenuto di recente il d.l. n. 48/2025: prima della riforma, l'art. 146 c.p. disponeva il differimento obbligatorio dell'esecuzione qualora la condannata fosse stata incinta o madre di infante di età inferiore a un anno[26]. L'art. 147 c.p., invece, prevedeva (e tuttora prevede) che il rinvio dell'esecuzione *potesse* essere disposto (facoltativamente, dunque a discrezione del giudice e in esito a un'accurata valutazione degli interessi in gioco) nei confronti di madre di prole di età superiore a un anno e inferiore a tre anni[27].

La recente riforma ha, di fatto, "traslato" le due casistiche della donna incinta e della madre di prole di età inferiore a un anno dall'art. 146 c.p. all'art. 147 c.p., rendendo facoltativo il differimento della pena anche in tali casi. Non solo:

24 13 bambini nell'ICAM di Lauro, 2 nella sezione femminile del carcere di Castrovillari, 5 nella sezione femminile di San Vittore, 1 nel carcere di Bollate, 5 nel carcere di Torino Le Vallette, 1 nel carcere di Perugia e 3 presso il carcere femminile di Venezia.

25 Al 30 aprile 2025 nei penitenziari italiani erano presenti 11 bambini (con le 11 madri), al 31 maggio 2025 erano presenti 17 bambini con le rispettive 15 madri.

26 La norma prevedeva, inoltre, che, in tali casi, il differimento non operasse o, se concesso, fosse revocato se la gravidanza si interrompe, se la madre è dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio, se il figlio muore, viene abbandonato ovvero affidato ad altri, sempreché l'interruzione di gravidanza o il parto fossero avvenuti da oltre due mesi.

27 La norma prevedeva, e prevede tuttora, il differimento facoltativo anche nel caso in cui sia stata presentata domanda di grazia, ma non si rientri nelle ipotesi di differimento obbligatorio, nonché nel caso di persona condannata in stato di grave infermità fisica.

all'art. 147 c.p. è stato aggiunto un ultimo comma, a norma del quale nei soli casi dei numeri 3) e 3-*bis*) del primo comma (dunque, donna incinta e madre di prole di età fino a tre anni), l'esecuzione della pena «non può essere differita se dal rinvio derivi una situazione di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti». Il testo prevede, inoltre, che ove non sia possibile differire l'esecuzione della pena nei confronti della condannata madre di prole di età compresa tra uno e tre anni, la condanna *possa* essere eseguita presso un ICAM, «ove le esigenze di eccezionale rilevanza lo consentano». Di converso, nell'ipotesi in cui la condannata sia incinta o madre di infante di età fino a un anno, l'esecuzione della pena presso un ICAM viene prevista come *obbligatoria*.

La riforma è intervenuta anche sul versante processuale, e in particolare sul regime delle misure cautelari e precautelari che debbano essere eseguite nei confronti di donne incinte o madri di prole di tenera età. In particolare, è stato introdotto l'art. 276-*bis* c.p.p., a norma del quale, ove la donna sottoposta a custodia cautelare in ICAM dovesse evadere, tentare di evadere oppure porre in essere atti che compromettono l'ordine o la sicurezza pubblica o dell'istituto, il giudice può disporre nei suoi confronti la custodia cautelare *in carcere*. In tal caso, la donna viene separata dai propri figli e condotta in istituto penitenziario, fatto salvo «il preminente interesse del minore a seguirla in istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie». Ove ciò non fosse possibile, la norma dispone l'intervento dei servizi sociali al fine di individuare la collocazione più adeguata per il minore. Appare alquanto difficoltoso, in proposito, ritenere che la detenzione – seppur in un istituto dotato di reparto «attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie» (sulla cui effettiva esistenza, nel territorio italiano, si possono nutrire fondati dubbi) – possa essere coerente con il *preminente interesse del minore*.

È stato inoltre modificato l'art. 285-bis, co. 1, c.p.p.: con uno schema assimilabile alla nuova formulazione dell'art. 147 c.p., si prevede ora che l'esecuzione della custodia cautelare *possa* avvenire in ICAM per le donne con figli di età compresa tra uno e sei anni; mentre la misura dovrà *obbligatoriamente* essere eseguita in ICAM per le donne incinte o madri di prole di età inferiore a un anno. Data la scarsa diffusione (e capienza) di tali istituti sul territorio italiano, e la corrispondente carenza di personale e risorse dedicati, si fatica a comprendere come tali disposizioni potranno trovare concreta attuazione.

Qualora l'ufficiale incaricato di eseguire l'ordinanza con cui viene disposta la custodia cautelare rilevi la sussistenza di una delle precitate ipotesi, deve darne atto nel verbale che, in tal caso, dovrà essere trasmesso al giudice prima dell'in-

gresso della donna nell'istituto di pena: il giudice potrà disporre la sostituzione della misura cautelare con altra meno grave, ovvero la sua esecuzione in ICAM «*anche prima* dell'ingresso della persona sottoposta alla misura nell'istituto di pena»[28]. La formulazione normativa, così riformata, presenta una lieve discrepanza logica: il legislatore afferma che il verbale dell'ufficiale incaricato per l'esecuzione della misura cautelare *deve* essere consegnato al giudice *prima* dell'effettiva esecuzione della custodia (che si ha, evidentemente, con la traduzione della donna in carcere). Al contempo, il legislatore prevede che, preso atto di quanto evidenziato nel verbale, il giudice possa sostituire la custodia cautelare con altra misura meno grave, ovvero disporre l'esecuzione della custodia in ICAM *anche prima* dell'ingresso della donna in istituto penitenziario. Se, com'è ragionevole ritenere, l'obiettivo del legislatore è evitare l'ingresso in carcere qualora la situazione personale della donna richieda, invece, una misura cautelare meno costrittiva, prevedere che il giudice possa pronunciarsi "*anche* prima" dell'ingresso in carcere esclude la tassativa anteriorità della decisione giudiziale rispetto all'ingresso in istituto, rendendola una mera eventualità. In tal modo, si apre la via, nelle more del procedimento decisionale concernente l'individuazione della misura cautelare più adeguata al caso concreto, allo svolgimento di periodi detentivi brevi, i cui effetti nocivi sull'individuo sono pur ben noti al legislatore – il quale, non a caso, già dal 1981 aveva ritenuto opportuno introdurre le cosiddette sanzioni sostitutive di pene detentive brevi[29] – e risultano acuiti per il minore che rimanga coinvolto nella vicenda detentiva. Siffatta formulazione normativa costituisce, presumibilmente, esito della consapevolezza, in capo al legislatore, delle lungaggini che investono il funzionamento della "macchina" giudiziaria e rendono nella prassi impraticabile una pronuncia giudiziale contestuale all'acquisizione del verbale. Come sovente accade, pertanto, a scontare le conseguenze di tale inefficienza sistematica è proprio il soggetto più debole coinvolto nella vicenda processuale: e in questo caso, a ben vedere, sono (almeno) due i soggetti più deboli, ovvero la donna e suo figlio/i suoi figli.

Intervenendo altresì sulla materia delle misure precautelari, il d.l. n. 48/2025 ha altresì previsto che, qualora venga fermata o arrestata una donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno, nelle more della convalida dell'arresto o del fermo, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria devono condurla presso un ICAM; ove, invece, sia arrestata o fermata una madre di prole di età supe-

28 Così dispone l'art. 15, co. 4, d.l. n. 48/2025.

29 Ci si riferisce alla legge 24 novembre 1981, n. 689, introduttiva delle sanzioni sostitutive, da ultimo riformate con il d.lgs. n. 150/2022, che, *inter alia*, ne ha modificato la denominazione in "pene sostitutive".

riore a un anno e inferiore a tre anni, il pubblico ministero *può disporre* che la stessa sia condotta in ICAM. Analogamente, a norma dell'art. 558 c.p.p., così come riformato, nei casi in cui l'udienza di convalida non sia immediatamente successiva all'arresto, il PM dispone che l'arrestata incinta o madre di prole di età inferiore a un anno sia custodita presso un ICAM, in caso di mancanza o indisponibilità di uno dei luoghi indicati all'art. 284, co. 1 c.p.p.[30] o quando gli stessi sono ubicati fuori dal circondario in cui è stato eseguito l'arresto. Se l'arrestata è madre di prole di età superiore a un anno e inferiore a tre anni, invece, il pubblico ministero *può disporre* la custodia presso un ICAM.

Con riferimento alle norme appena esposte, si fatica a comprendere la *ratio* della differenziazione che il legislatore ha operato tra madri di prole di età inferiore a un anno e madri di prole di età compresa tra uno e tre anni[31] – indicando, per questa seconda categoria, la permanenza in ICAM come *facoltativa* – anche in considerazione del fatto che, specialmente nei primi anni di vita (in particolare, proprio la fascia d'età compresa tra uno e tre anni), è massima l'esigenza di garantire al minore l'esposizione al maggior numero possibile di stimoli, al fine di favorirne la crescita in salute e prevenire eventuali disturbi e/o ritardi nell'apprendimento. E, si badi, l'esposizione a un contesto ambientale ricco di stimoli sarebbe già difficoltosa all'interno di un ICAM, ma senz'altro impossibile in luoghi integralmente detentivi quali gli istituti penitenziari ordinari – specialmente se gli stessi, come attualmente avviene, sono sovraffollati e inefficienti[32].

Tale riforma, dunque, determina nel complesso un significativo rischio di impatto negativo sullo sviluppo e sulla crescita del minore coinvolto nel contesto detentivo. E, come si accennava, il pregiudizio per l'infante non è da ritenersi escluso per il solo fatto che l'esecuzione della pena, per le donne con figli di età inferiore a un anno, debba aver luogo necessariamente in ICAM: si tratta, pur sempre, di strutture detentive, in quanto tali fortemente limitanti per lo sviluppo e la crescita in salute del minore, oltre che, comunque, poco diffuse sul territorio e talvolta collocate in sezioni interne agli istituti penitenziari. Dai dati del Ministero della Giustizia emerge che gli ICAM attualmente presenti sul territorio italiano sono soltanto cinque: la scarsissima diffusione di tali strutture pone

30 La norma disciplina gli arresti domiciliari; i luoghi cui si fa riferimento sono: l'abitazione dell'interessato o altro luogo di privata dimora, ovvero un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, una casa-famiglia protetta.

31 Come rilevato dalla Relazione n. 33/2025, pubblicata il 23 giugno 2025 dall'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di Cassazione, Servizio Penale, 105-107, si tratta di una violazione dei principi costituzionali di tutela della maternità e dell'infanzia: l'oggettivo ed evidente interesse del minore a vivere fuori dal carcere non necessita di valutazione discrezionale del giudice per essere confermato.

32 Cfr., sul punto, E. Tidu, *op. cit.*, 1 ss.

notevoli problemi, con riguardo ai (neo-introdotti) casi in cui sia *obbligatorio* eseguire la pena presso un ICAM, in relazione alla probabile distanza tra l'istituto di destinazione e il contesto familiare di appartenenza della detenuta. Si avrebbe, così, una pena eccessivamente afflittiva sia per la madre che per il minore, in aperto contrasto con il principio di territorialità dell'esecuzione della pena e con i principi costituzionali che fondano la tutela della famiglia e della maternità[33].

Come noto e da più parti osservato[34], numerose delle disposizioni introdotte o riformate dal d.l. n. 48/2025 rispondono all'intenzione di contrastare gli atti di microcriminalità urbana e garantire un'effettiva esecuzione della pena nei confronti di chi ponga in essere tali condotte. Il legislatore, con un approccio oltremodo semplicistico, rinuncia così a indagare le cause profonde sottostanti a tali fenomeni, investendo unicamente nella sbrigativa "soluzione" punitiva: nella maggior parte dei casi, si tratta di atti posti in essere da persone che vivono, dimenticate, ai margini della società (*clochards*, minori senza fissa dimora, immigrati clandestini...). E sovente, come accade anche nel fenomeno che ci si appresta a commentare, proprio la marginalizzazione – talvolta financo "eliminazione" – sociale di tali persone costituisce il fondamento delle loro condotte devianti: se non si hanno possibilità di integrarsi nel proprio ambiente scolastico o lavorativo, non si riesce a introiettare modelli comportamentali virtuosi, non si riceve l'occasione di condividere i valori fondanti il contesto sociale in cui si è inseriti... la delinquenza assume agevolmente le vesti dell'unico *modus agendi* praticabile.

Con particolare riguardo agli artt. 146 e 147 c.p., la rinnovata attenzione sociale e politica al tema è da attribuirsi al "fenomeno *social*" delle cosiddette *borseggiatrici* – alla "punizione certa" delle quali sono indirizzate le precitate modifiche normative: nel corso del 2024 è diventato "virale", sui *social media*, il tema dei furti con destrezza sui mezzi pubblici (gergalmente detti "borseggi"), spesso perpetrati da donne di etnia Rom e Sinti e di provenienza est-europea[35]. Nei confronti di tali gruppi etnici, la precitata opera di marginalizzazione sociale si rivela alquanto significativa e risulta ampiamente riconducibile alle politiche occidentali, guidate da un (non troppo) latente pregiudizio etnico: basti

33 Cfr. Rel. n. 33/2025, *cit.*, 106.

34 F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *Archivio Penale Web* 3 (2023), 15 dicembre 2023; A. Cortimiglia, *DDL Sicurezza, il manuale della repressione*, in *www.osservatoriorepressione.info*, 2 ottobre 2024.

35 A tal proposito, si consideri che, su un totale di 778 donne straniere detenute, alla maggior parte di queste (436) è contestato (almeno) un reato contro il patrimonio; sul totale delle straniere detenute, inoltre, una significativa quota proviene dall'Est Europa: 190 sono di nazionalità rumena, 38 sono bosniache e 24 albanesi.

pensare alla segregazione dei gruppi Rom nei campi nomadi, tradizionalmente confinati ai margini delle città[36].

Il disegno politico che ha guidato la riforma era dichiaratamente volto a evitare che lo stato di gravidanza e la maternità fossero strumentalizzati per sfuggire al carcere: nell'immaginario collettivo e veicolato da talune forze politiche, tale strumentalizzazione è propria delle donne Rom e Sinti – ma un tempo, non troppo lontano, era invece immediatamente ricollegata alle donne meridionali, preferibilmente contigue a sodalizi mafiosi[37].

Il fenomeno *mediatico* delle "borseggiatrici" ha preso avvio con la diffusione, su alcuni canali *social*, di contenuti video raffiguranti i gruppi di presunte "borseggiatrici" presenti sui mezzi pubblici e ha suscitato, soprattutto nel territorio milanese[38], l'attenzione di un bacino d'utenza assai ampio, distinguendosi per svariati profili allarmanti.

La tipologia di contenuti video diffusi sui *social*, pur non documentando in alcun modo i furti, ha catalizzato molta più attenzione rispetto ad altri *post* pubblicati sugli stessi canali, anche riguardanti crimini ben più gravi, come violenze sessuali o rapine a mano armata, che pur avrebbero meritato maggiore attenzione rispetto ai "borseggi" (nella maggior parte dei casi, furti di modesta entità), se non altro per la minor gravità del bene giuridico violato: tale discrepanza pare attribuibile, verosimilmente, alla maggior immediatezza dei contenuti video, i quali rendono istantanea l'individuazione di un "nemico" (*capro espiatorio*[39]), ben visibile agli occhi dello spettatore. L'attenzione palesata dall'utenza non pare, peraltro, correlata a ordinaria curiosità o a un generalizzato senso di insicurezza: al contrario, il contenuto dei commenti pubblicati su tali canali rivela una rabbia e una violenza verbale inaudite, che trovano sfogo in brutali ingiurie

36 Sul tema, si consiglia la lettura di S. Bontempelli, *I Rom. Una storia*, Roma 2022. L'Autore analizza con oggettiva esaustività i pregiudizi etnicamente orientati e gli "stereotipi imprecisi" che caratterizzano l'approccio occidentale alle popolazioni Romanì, a partire dalla erronea convinzione che si tratti di popoli nomadi.

37 Così F. Bonassi-M. Colacurci, *Gli Istituti a Custodia Attenuata per detenute Madri: valutazioni a margine delle recenti proposte di riforma legislativa*, in *Rubrica Giuridica di Associazione Antigone* 2 (2022), 310.

38 Nella città di Milano, in particolare, il tema ha acquisito un significativo rilievo mediatico per mezzo di alcuni canali social, tra cui la pagina Instagram @milanobelladadio: profilo di divulgazione che, oltre a riportare notizie di attualità riguardanti il contesto milanese, ha promosso e documentato una peculiare attività di "servizio alla collettività" (così veniva definita), consistente nel filmare le presunte borseggiatrici e avvisare i passeggeri della loro presenza a bordo dei mezzi pubblici, al fine di disturbarne l'operato. Questa prassi, nella teoria forse anche utile per sventare alcuni dei furti, è repentinamente degenerata, assumendo contorni sempre più simili al medievale fenomeno della "caccia alle streghe": numerosi *content creators*, non solo milanesi, hanno iniziato a pubblicare dei video i cui titoli inneggiavano a una vera e propria «caccia alle borseggiatrici», contribuendo ad alimentare un'impressionante ondata di rabbia e odio verso queste donne – le cui presunte condotte delittuose, peraltro, non vengono mai riprese – tanto sui social media quanto nella realtà.

39 Per una disamina completa del tema, si rinvia a G. Forti-A. Provera-C. Mazzucato-A. Visconti (a cura di), *L'ombra delle 'colonne infami'. La letteratura e l'ingiustizia del capro espiatorio*, Milano 2022.

e portano financo numerosi utenti a minacciare o augurare la morte alle presunte borseggiatrici. Merita segnalare che, comparando le diverse notizie pubblicate sui medesimi canali, non si registrano analoghi livelli di rabbia, odio e indignazione nei riguardi degli autori di altri crimini, pur più gravi[40]. Inoltre, i gruppi di presunte "borseggiatrici" vengono identificati in base alla loro fisionomia, alla provenienza etnica e al loro abbigliamento[41]: a voler intendere – con inquietanti echi di lombrosiana memoria[42] – che la presenza di taluni tratti somatici o di un certo abbigliamento sia sintomo di certa delinquenza, operando in tal modo una vera e propria "etnicizzazione" del crimine. Alcuni dei video pubblicati, inoltre, documentano vere e proprie aggressioni fisiche ai danni di queste donne, più volte brutalmente percosse dai passeggeri dei mezzi pubblici dopo essere state additate e identificate, appunto, come "borseggiatrici": il fenomeno, repentinamente degenerato, ha dunque alimentato numerose condotte emulative, con una preoccupante *escalation* di violenza che veniva (e viene tuttora) giustificata con la necessità di "farsi giustizia da sé".

Le cosiddette borseggiatrici sono spesso donne in stato di gravidanza o madri di prole di tenera età: beneficia(va)no, dunque, del regime di favore di cui agli artt. 146 e 147 c.p. L'attenzione mediatica dedicata al tema dei borseggi ha ingenerato la reazione avversa dell'opinione pubblica, che ha prontamente denunciato l'esistenza di un sostanziale regime di impunità nei confronti delle autrici di tali reati. Giova, peraltro, evidenziare che il generalizzato senso di indignazione e "insicurezza" sociale, che il legislatore ha tentato di acquietare

40 Paradossalmente, infatti, osservando i commenti ai *post* concernenti reati ben più gravi commessi nella città di Milano (come rapine a mano armata e violenze sessuali), si riscontra un minor grado di violenza verbale: la maggior parte dei commenti esprimono indignazione e senso di insicurezza; alcuni commenti evidenziano la nazionalità degli autori dei reati (spesso extracomunitari), anche proponendo il ripristino di una sorta di "legge del taglione", ma tali commenti sicuramente non sono equiparabili, nella veemenza espositiva, alla rabbia e alle minacce di morte rivolte alle presunte borseggiatrici.

41 Gli stessi "volontari" della pagina Instagram sopracitata distribuivano ai passeggeri dei mezzi pubblici i volantini contenenti un "*identikit*", al fine di consentire il riconoscimento delle "borseggiatrici".

42 Basti pensare al primo capitolo della celebre opera di C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, Torino 1896, intitolato *Il delitto e gli organismi inferiori*, la cui prima parte è dedicata a una serie di analogie che l'Autore individua tra comportamenti animali e crimine: «Per volerci approssimare un po' più al delinquente umano con un criterio che non paia quello dei nostri buoni antenati del Medio Evo, bisogna fermarsi più specialmente negli animali domestici e fra i selvatici, fra quelli che vivono a gruppi formando quelle (come dice Espinas) società animali che offrono gli elementi primi delle società nostre, e mostrano in germe anche le nostre mostruosità». Così l'Autore, 8 ss., introduce una lunga disamina delle analogie tra comportamenti istintivi animali e comportamenti che portano l'uomo a delinquere. E ancora, 277: «in genere, i ladri hanno notevole mobilità della faccia e delle mani; occhio piccolo, errabondo, mobilissimo, obliquo; testa piccola, fronte sfuggente folto o ravvicinato il sopracciglio; il naso torto o camuso o incavato [...]» e ancora, 446: «gli zingari, che son delinquenti-nati, truffatori, ecc. hanno vivissimo l'affetto di famiglia [...]»; e 507 «gli zingari, per quanto industriosi, sono sempre poveri, perché essi non amano lavorare se non quanto basta per non morire di fame. I ladri, scrive Vidocq, non sono atti ad alcun lavoro che richieda energia od assiduità. Non possono, non sanno far nulla, fuori che rubare».

con la precitata modifica normativa, rinviene la sua causa principale proprio nel rilievo mediatico attribuito agli atti di microcriminalità: infatti, dedicare a tali fenomeni un così ampio spazio di narrativa nei canali *social* – a oggi molto più "frequentati" rispetto agli ordinari canali di informazione – ha l'effetto di ampliare, nel pubblico, la percezione di gravità e diffusione degli stessi[43].

La legislazione penale risulta così votata al perseguimento di obiettivi – quali aumentare la percezione di sicurezza con riguardo a uno specifico fenomeno criminologico – di gran lunga eccedenti la funzione costituzionalmente riconosciuta alla pena. Si ripristina, in tal modo, un *diritto penale d'autore*, dedito a sanzionare determinate tipologie di autori, le cui condotte devianti destano particolare allarme sociale[44]: com'è ben noto, il diritto penale moderno deve necessariamente configurarsi come diritto penale *del fatto*, le cui disposizioni siano volte a sanzionare atti lesivi di beni giuridici costituzionalmente riconosciuti come meritevoli di tutela, e non invece costruite *ad hoc* per punire certe "categorie" di autori. Ogni aggravio sanzionatorio e ogni fattispecie incriminatrice dovrebbero rispondere a specifiche connotazioni del *fatto tipico* (o della circostanza aggravante) che ne segnalino un peculiare disvalore, meritevole di penalizzazione o di sanzione aggravata. Tale maggior disvalore dovrebbe essere intrinseco alle modalità con cui si svolge l'offesa al bene giuridico tutelato, e non derivare, invece, da particolari situazioni o condizioni in cui versa l'autore di reato. Eppure, negli ultimi decenni il legislatore ha sacrificato la natura *fattuale* del diritto penale in nome di una giustizia, da più parti definita "emotiva", volta non a punire *il fatto,* ma *l'autore del fatto*, ritenendo la condotta tipica alla stregua di un orpello dell'intera vicenda criminale, un semplice "sintomo" della pericolosità sociale dell'autore, già presupposta in ragione di sue particolari caratteristiche (ad esempio, etnia, nazionalità, contesto sociale di appartenenza, ecc.)[45].

43 Cfr., sul punto, E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neo-retributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 2-3 (2005) 69-82. Afferma l'Autore: «per effetto dei nuovi mezzi di comunicazione di massa (non solo la televisione, ma anche la comunicazione via internet) cresce a dismisura l'informazione sui fenomeni criminali, spesso caricata di enfasi; ed è evidente che la paura è strettamente correlata non tanto agli andamenti reali della criminalità, quanto alla sua percezione, individuale e collettiva. La paura del crimine si impossessa dunque della vita quotidiana delle classi borghesi e genera una diffusa domanda di "legge e ordine"».

44 Cfr. E. Stanig, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. Pittaro (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste 2012, 45 ss.: «Quando l'autore di un qualunque, per quanto grave, tipo di reato diventa improvvisamente un bersaglio della stampa o dell'opinione pubblica per ragioni contingenti, che non dipendono dalle sue anomalie tipologiche di autore, ma da un'estemporanea recrudescenza punitiva verso un certo tipo di fatti, in quell'istante il diritto penale è strumentalizzato in funzione della lotta contro un nemico, per esprimere la riaffermazione dei valori offesi e la lotta contro chi li aggredisce: per colpire i fatti si etichettano come nemici i loro autori, strumentalizzando la loro persona».

45 In questi termini E. Tidu, *op. cit.,* 58-59.

Tale approccio ha inevitabilmente esito in disposizioni normative illogiche e incoerenti. Per quanto qui occupa, ci si chieda: se vi è l'esigenza di evitare che il differimento della pena dia spazio al pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti, per quale motivo la modifica normativa riguarda solo le condannate incinte o madri di prole di età inferiore a tre anni, e non anche la terza casistica di rinvio obbligatorio dell'esecuzione nominata dall'art. 146 c.p. (persona affetta da AIDS o grave immunodeficienza)?

Nell'inquadramento normativo dei rapporti tra maternità e detenzione non può omettersi di dedicare uno spazio espositivo anche alla misura alternativa di cui all'art. 47-*quinquies* ord. penit., ovvero la detenzione domiciliare cosiddetta speciale. L'istituto, introdotto con L. 8 marzo 2001, n. 40 e successivamente modificato con L. 21 aprile 2011, n. 62, si applica quando non sia possibile disporre la detenzione domiciliare ordinaria, prevista per la donna, incinta o madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente, che abbia da scontare una pena non superiore a quattro anni[46]. In particolare, la detenzione domiciliare speciale consente, anche fuori dai predetti limiti di pena, che la madre di prole di età non superiore a dieci anni (e non anche la donna incinta) possa scontare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, dopo aver scontato almeno un terzo della pena, ovvero quindici anni in caso di condanna all'ergastolo. La norma prevede, al co. 1-*bis*, che il *quantum* di pena da scontare per l'accesso alla misura possa avere esecuzione in ICAM ovvero, se non sussista concreto pericolo di fuga o di commissione di ulteriori delitti, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza. Qualora fosse impossibile scontare la pena nella propria abitazione o in altra dimora, la pena può essere eseguita presso case-famiglia protette, ove istituite.

La norma è stata oggetto di quattro pronunce di illegittimità costituzionale: con sentenza del 12 aprile 2017, n. 76, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità del precitato comma 1-*bis*, nella parte in cui escludeva le condannate per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. dalla possibilità di scontare la prima parte di pena in ICAM o presso il domicilio. Con sentenza del 14 febbraio 2020, n. 18, la Corte costituzionale ha poi ampliato la sfera delle destinatarie della misura alternativa, ritenendo che la stessa dovesse applicarsi anche alle condannate madri di figli affetti da *handicap* grave. Con sentenza del 3 febbraio 2022, n. 30, il Giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale l'assenza di una norma che

46 Cfr. art. 47-*ter*, co. 1, lett. a), ord. penit.

consentisse l'applicazione provvisoria della misura in caso di grave pregiudizio per il minore derivante dal protrarsi dello stato detentivo del genitore. Infine, da ultimo, con sentenza del 18 aprile 2025, n. 52, la Consulta ha dichiarato illegittimo il comma 7 dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. nella parte in cui prevedeva che, in caso di decesso o impossibilità della madre, la detenzione domiciliare speciale potesse essere concessa anche al padre detenuto solamente qualora non vi fosse modo di affidare la prole ad altri che a lui: in tal modo, la Corte ha voluto tutelare la *genitorialità* – e non solo la *maternità*[47] – consentendo al padre detenuto di accedere alla detenzione domiciliare e ripristinare così la convivenza con il figlio, anche qualora vi siano altri parenti disponibili o differenti figure che potrebbero prendere in carico il minore.

Nonostante tale copiosa attività "sartoriale" della Corte costituzionale, finalizzata a *umanizzare* ulteriormente la misura alternativa speciale, la norma conserva svariati profili problematici. Se, da un lato, l'istituto in commento disvela la volontà del legislatore di ampliare ed estendere l'ambito applicativo della detenzione domiciliare c.d. *umanitaria* di cui all'art. 47-*ter*, co. 1, lett. a), ord. penit., al fine di evitare che un trattamento penitenziario deteriore, discendente dalla gravità dei reati commessi e dal *quantum* di pena già espiata, possa dispiegare conseguenze pregiudizievoli sui figli dei detenuti, la misura rimane comunque connotata da alcune "barriere all'ingresso" ben più ristrette e rigorose rispetto alla detenzione domiciliare ordinaria.

Oltre al limite di pena pregressa, che costituisce già un primo ostacolo, la norma impone la valutazione in concreto circa (a) il pericolo che il genitore possa commettere ulteriori delitti, nonché (b) la effettiva possibilità di ripristinare la convivenza con i figli: al Tribunale di Sorveglianza compete, dunque, un giudizio di bilanciamento delle esigenze coinvolte nella concessione della misura, e, in particolare, la valutazione circa la possibilità di reinserimento sociale dell'istante, nonché l'effettiva entità del bisogno di cure parentali e la corrispondente capacità dell'interessato di fronteggiarlo adeguatamente[48]. Si tratta di elementi che il legislatore non menziona, invero, tra i requisiti per l'accesso alla deten-

47 A tal proposito, si consideri che, pur avendo così parificato la norma in commento alla previsione dell'art. 47-*ter* ord. penit., si continua comunque a prevedere che il padre detenuto possa accedere alla detenzione domiciliare solo nei casi in cui la madre sia *deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole*: si fatica a comprendere tale disparità, ancorata a una concezione arcaica dei rapporti familiari, che si pone in contrasto con il principio di uguaglianza e con il disposto degli artt. 29 e 30 Cost., soprattutto alla luce della configurazione, ormai acclarata, dei nuclei familiari odierni, che vedono, nella maggior parte dei casi, una paritaria partecipazione dei due genitori all'educazione del minore.

48 F. Martin, *Profili di illegittimità costituzionale della detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies O.P.*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2 (2022), 2.

zione domiciliare ordinaria, e la cui valutazione assume connotati specialistici cui si dubita il giudice possa far fronte senza l'ausilio di esperti. A ben vedere, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 30/2022, le discrepanze tra le due norme faticano a trovare ragionevole giustificazione, alla luce dell'art. 3 Cost.: le due misure alternative sono infatti fondate sulla stessa *ratio*, ovvero la tutela dei figli di donne e uomini reclusi. In tal senso, non si riesce a comprendere perché non possa beneficiare della misura speciale la donna incinta – la quale può, invece, avere accesso alla misura ordinaria: tale preclusione risulta ancora più problematica, ora che lo stato di gravidanza non costituisce più un motivo di differimento obbligatorio dell'esecuzione. Si segnala, infine, che le preclusioni previste dall'art. 4-*bis* ord. penit. si applicano anche alla detenzione domiciliare speciale: la quale, pertanto, potrà essere negata ai soggetti che non prestino collaborazione di giustizia[49].

Le maggiori criticità della disciplina sopra delineata riguardano, tuttavia, il concreto accesso alle misure alternative per le madri detenute che vivono in condizioni di fragilità sociale e siano prive, ad esempio, di una casa o altro idoneo luogo di dimora e di un'adeguata rete sociale di supporto. In tali casi, la situazione degradante in cui versa la donna, che astrattamente costituirebbe valida motivazione per la complessiva presa in carico da parte dei servizi sociali, funge spesso da pretesto per rinunciare a qualsivoglia impegno nel garantirle la convivenza con la prole o, peggio ancora, per decretarne l'inidoneità a ricoprire il ruolo genitoriale.

Al fine di evitare la pericolosa (e traumatica) separazione tra madre e figlio, e per far fronte all'esigenza di bilanciare l'esecuzione penale con i bisogni di cura dei figli minori, il legislatore, nel 2011, ha istituzionalizzato gli ICAM e le case-famiglia protette: come si è visto, oggi la custodia in ICAM può aver luogo tanto in sede cautelare, per la donna incinta o madre di prole di età non superiore ad anni sei (art. 285-*bis* c.p.p.), quanto in sede di esecuzione, per le madri di prole di età non superiore ad anni dieci (art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit.).

Il primo ICAM fu aperto in via sperimentale a Milano nel 2006, come sezione speciale del carcere di San Vittore, con l'obiettivo di superare le cosiddette *nursery* penitenziarie, ovvero le sezioni-nido collocate all'interno degli istituti penitenziari femminili. E proprio tale progetto sperimentale fu assunto quale modello per la normativizzazione degli ICAM, avvenuta con la precitata L. n. 62/2011: la stessa, infatti, menziona gli ICAM come strutture ove l'esecuzione

49 Con tutte le problematiche che ciò comporta, dato che – com'è noto – la scelta di non collaborare può spesso essere legata a circostanze coattive che nulla hanno a che vedere con la permanenza di un legame di affiliazione al gruppo criminale di appartenenza.

penale può aver luogo a determinate condizioni, ma non ne definisce le caratteristiche, né tantomeno stabilisce degli *standard* o ne demanda la definizione ad altro successivo provvedimento regolamentare (cosa che avviene, invece, con riguardo alle case-famiglia protette). L'esperienza milanese nasceva da una collaborazione tra l'amministrazione penitenziaria e gli enti locali: questi ultimi hanno avuto un ruolo determinante sia nell'individuazione della struttura che nella redazione del regolamento dell'istituto e, tutt'oggi, risultano incaricati della gestione ordinaria[50]. Proprio su tale modello, in diverse città italiane, prima ancora della L. n. 62/2011 e indipendentemente da essa, erano stati avviati progetti per la creazione di strutture analoghe. Se da un lato, dunque, appare comprensibile che il riferimento per il legislatore del 2011 fosse il modello già empiricamente esistente, del pari deve rilevarsi che omettere di dedicare uno spazio normativo-regolamentare appropriato ai requisiti strutturali, organizzativi e funzionali degli ICAM, lasciando alla discrezionalità delle amministrazioni penitenziarie e all'iniziativa degli enti locali, nonché del Terzo Settore, la predisposizione delle stesse, crea svariate problematiche.

Nella specie, istituzionalizzare un modello già esistente, senza nulla disporre circa gli *standard* e i criteri di accreditamento, ingenera il rischio – di fatti divenuto realtà – di sacrificare notevolmente, *ab origine*, la ripetibilità del modello stesso in altri contesti territoriali. Limitarsi a riconoscere normativamente un progetto sperimentale avviato "dal basso", inoltre, rischia di esimere il legislatore dal compito di vigilare adeguatamente sull'implementazione e l'istituzione di tali strutture speciali, nonché da un fattivo impegno nella predisposizione di risorse a ciò deputate[51]. In aggiunta, si deve rammentare che i primi ICAM erano «articolazioni in via sperimentale di strutture della amministrazione penitenziaria»[52], ma la L. n. 62/2011 li annovera a pieno titolo tra le strutture detentive impiegate nella (delicatissima) gestione della genitorialità in carcere: se

50 Cfr. F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri,* in *AIC* 4 (2012) 7: «L'Icam milanese, oltre a godere di una posizione strategica nella città, si caratterizza per una particolare attenzione al progetto educativo rivolto ai bambini e ai percorsi di reinserimento (o di inserimento tout court) delle madri. L'organizzazione della vita quotidiana tiene conto delle esigenze di socializzazione dei bambini (dalle uscite per andare all'asilo ai colloqui con gli altri familiari), mentre una serie di accortezze riduce l'impatto dell'istituzione carceraria (l'immatricolazione avviene direttamente nell'Icam, gli agenti penitenziari sono in borghese, le vetture sono senza colori d'istituto, gli apparati protettivi sono dissimilati, ecc.). Si tratta insomma di un'esperienza che viene generalmente giudicata in termini assolutamente positivi».

51 Il legislatore aveva stanziato, nel 2011, 11,7 milioni di euro a copertura degli oneri derivanti dalla realizzazione di istituti di custodia attenuata, ma non aveva in alcun modo definito, nemmeno con provvedimenti successivi, le modalità di ripartizione e impiego di tali fondi.

52 Così Cass. Pen., 28 marzo 2012, n. 11714 ha definito gli ICAM nel pronunciarsi – negativamente – circa l'applicabilità dell'allora neo-introdotta misura cautelare di cui all'art. 285-*bis* c.p.p., ritenendo che l'assenza

prima del 2011 la detenzione in ICAM era disposta dall'amministrazione penitenziaria, dopo la novella normativa la competenza è a tutti gli effetti del potere giudiziario. Il che, da un lato, può costituire una maggiore garanzia, per le interessate, rispetto alle decisioni amministrative, potenzialmente più discrezionali, ma dall'altro appesantisce e rende (ancor) più "macchinoso" il sistema, allungando le tempistiche per la concessione della custodia in ICAM – soprattutto con riguardo alla detenzione domiciliare speciale, i cui requisiti di accesso, come si è visto, risultano "rafforzati".

Senza contare, peraltro, che la L. n. 62/2011 ha fallito nel realizzare il suo principale proposito, ovvero superare definitivamente le sezioni-nido (*nursery*) all'interno dei penitenziari femminili[53]: attualmente, si contano sul territorio italiano sei *nurseries* funzionanti e due non funzionanti[54]. Si tratta di piccole aree detentive collocate all'interno dell'istituto, solitamente separate dal resto della sezione, in stanze più ampie e curate, con mura colorate e attrezzatura adeguata alla cura dei bambini (culla, fasciatoio, giochi, etc.)[55]: l'ordinamento, tuttavia, non appresta strumenti per vigilare sull'ottemperanza delle sezioni-nido agli *standard* normativi, con conseguenti notevoli disomogeneità territoriali. Alcuni studi hanno rilevato un minor tasso di recidiva per le madri condannate cui sia data la possibilità di crescere i propri figli nelle sezioni-nido durante l'esecuzione della pena, rispetto alle madri cui tale convivenza viene negata[56]. Ciononostante, e per quanto la sezione-nido possa essere ben attrezzata, è comunque da scongiurare che un minore di tenera età viva il contesto detentivo, dati i notori effetti negativi

di una disciplina organica impedisse l'applicazione della misura finché non fosse decorso il termine di entrata in vigore della norma stessa (fissato dalla L. n. 62/2011 per il 1° gennaio 2014).

53 L'art. 14, co. 7, ord. penit. prevede che alle detenute madri sia consentito tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini, l'Amministrazione penitenziaria deve organizzare appositi asili nido secondo le modalità indicate dall'art. 19 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

54 Dei sei asili funzionanti, uno si trova in Emilia-Romagna, uno nel Lazio, uno in Liguria, uno in Puglia, due in Sicilia; i due non funzionanti si trovano in Toscana e in Umbria. Fonte: Ministero della Giustizia (dati aggiornati al 31 dicembre 2024)

55 Ad esempio, il nido di Rebibbia Femminile conta al suo interno quattro camere di pernottamento, ampie e dotate di cancello in vetrocemento. Sono poi presenti una sala comune per i pasti e i giochi dei bambini, un'area verde attrezzata e una cucina con uno spazio dove consumare i pasti insieme. Il nido di Rebibbia è inoltre dotato, in conformità a quanto disposto dalla normativa di settore, di servizi pensati appositamente per i minori, come un pediatra che svolge attività medica su chiamata e alcuni volontari che a cadenza settimanale portano i bambini all'esterno e organizzano eventi all'interno della sezione. Fonte: Associazione Antigone, *Dalla parte di Antigone. Primo rapporto sulle donne detenute in Italia,* 2023.

56 J.R. Carlson, *Evaluating the Effectiveness of a Live-in Nursery within a Women's Prison*, in *Journal of Offender Rehabilitation*, 1998; Id., *Prison Nursery 2000: A Five-year Review of the Prison Nursery at the Nebraska Correctional Center for Women*, in *Journal of Offender Rehabilitation*, 2001. In questi due studi, l'Autore ha rilevato un tasso di recidiva del 9% per le madri che hanno potuto convivere con i propri figli nelle sezioni-nido, e un tasso di recidiva del 33% per le madri che sono state immediatamente separate dai loro figli.

che lo stesso dispiega sulla crescita in salute del minore[57]: la continuità del legame madre-figlio, come si vedrà, deve essere garantita con altri strumenti.

Gli ICAM, a oggi, si presentano quali strutture detentive "mitigate": al fine di ridurre il pregiudizio per il minore derivante dal contesto custodiale, le pareti sono colorate, il personale non indossa la divisa, le celle sono dotate di porte in luogo delle sbarre, e gli alloggi hanno le sembianze di piccoli appartamenti, più che di luoghi di reclusione. Ciononostante, tali istituti non risultano impermeabili alle metastatiche patologie affliggenti il sistema penitenziario nel suo complesso. Prima fra tutte, anche negli ICAM si registra un'assenza di personale socioeducativo: in particolare, la carenza di puericultori e volontari in numero sufficiente a garantire l'adeguato svolgimento di attività per i minori, nonché l'accompagnamento degli stessi all'esterno, dà luogo a una sostanziale e meccanica estensione della situazione detentiva dalla madre al figlio, cui troppo spesso non è garantito un idoneo percorso di crescita all'interno (e, soprattutto, all'esterno) degli ICAM[58].

Inoltre, tali strutture, per quanto ben arredate, conservano comunque un carattere detentivo: pur rappresentando una buona soluzione, tali contesti non sono percepiti dal minore come una "normale" casa, ma presentano svariate affinità con la struttura carceraria, e la loro connotazione tipicamente detentiva esercita chiari limiti e dispiega evidenti conseguenze negative sullo sviluppo in libertà del minore[59]. Al pari di quanto accade all'interno degli istituti penitenziari, anche negli ICAM si registrano situazioni in cui le donne recluse, a causa delle proprie condizioni di marginalità sociale, non riescono ad accedere alle misure alternative, in particolare all'esito della sostanziale inattuazione, come si vedrà poco oltre, delle case-famiglia protette. Anche all'interno di uno degli ICAM, non a caso, si è registrato nell'anno 2023 un tentativo di suicidio[60]. Come accennato, inoltre, la dislocazione territoriale degli ICAM rischia di intaccare il principio di territorialità dell'esecuzione penale, nonché di porta-

57 Cfr. l'articolo di L. Giangualano, *Madri detenute e bambini in carcere, qual è la situazione in Italia?* in IlSole24Ore, 18 luglio 2024. L'Autrice racconta di un bambino di 2 anni, che da dieci mesi viveva recluso con la madre nel carcere di Rebibbia, senza altri bambini con cui giocare e interagire, e mostrava gravi segni di ritardo nello sviluppo: capacità verbale assai limitata (diceva solo "apri", "chiudi" e poco altro), non correva, era sovrappeso, portava ancora il pannolino.

58 F. Bonassi-M. Colacurci, *op. cit.*, 304.

59 P. Siani, *Case famiglie protette per i bambini detenuti in carcere con le madri*, in *Ricerca&Pratica* 35 (2019) 217-218.

60 ANSA, *Detenuta tenta suicidio bevendo candeggina, è fuori pericolo*, 25 agosto 2023, in *https://www.ansa.it/campania/notizie/2023/08/24/tenta-suicidio-bevendo-candeggina-e-fuori-pericolo_9474f926-5e78- 40eb-9a75-f397d2852e9b.html*.

re molte donne a optare per gli istituti tradizionali, rinunciando alla convivenza con la prole, per poter essere più prossime ai propri cari[61].

Tali criticità risultano ulteriormente acuite dalle recenti innovazioni introdotte con d.l. n. 48/2025, il quale, come si è visto, ha ulteriormente ampliato il novero di ipotesi in cui la detenzione in ICAM è non solo possibile, ma financo obbligata. Andando, in tal modo, a gravare eccessivamente su un sistema che, pur essendo stato normativizzato quasi quindici anni fa, presenta ancora connotazioni e dimensioni sperimentali (in tutta Italia, infatti, i posti disponibili negli ICAM sono 60[62]). Il legislatore non ha previsto, accanto alla modifica degli artt. 146 e 147 c.p., l'implementazione degli ICAM, né ha stanziato fondi all'uopo destinati o tantomeno adottato delle linee guida o degli *standard* nazionali[63].

La L. n. 62/2011 ha anche istituito, come accennato, le case-famiglia protette: il legislatore demandava a un successivo decreto ministeriale, da adottarsi entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge, la determinazione delle «caratteristiche tipologiche delle case famiglia protette» d'intesa con la Conferenza Stato-città e le autonomie locali[64]. Si prevedeva, inoltre, che il Ministro della Giustizia, *senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*, potesse stipulare convenzioni con gli enti locali volte a individuare le strutture da adibire alla funzione di case-famiglia protette. Come si evince dalle informazioni divul-

61 F. Bonassi-M. Colacurci, *op. cit.*, 304.

62 Fonte: Antigone, 2023.

63 Nemmeno il recente "Piano carceri", presentato il 22 luglio 2025 dal Commissario straordinario per l'edilizia penitenziaria Marco Doglio, prevede nulla in tema di implementazione degli ICAM. Come si è visto, tali istituti non versano attualmente in condizione di sovraffollamento, ma è verosimile ritenere che le recenti innovazioni normative metteranno a dura prova la tenuta del sistema: sarebbe stato forse auspicabile, alla luce di ciò, avviare anche un piano per l'implementazione della rete ICAM, in particolare al fine di una migliore distribuzione territoriale degli stessi istituti.

64 Con Decreto dell'8 marzo 2013, il Ministero della Giustizia ha quindi delineato i requisiti di tali strutture residenziali, specificando, in primo luogo, che l'accesso alle stesse è riservato ai soggetti per i quali non vengano ravvisate esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, o nei confronti dei quali, in caso di concessione di misure alternative, non sussista uno specifico e significativo pericolo di fuga o di commissione di ulteriori gravi reati, e risulti constatata l'impossibilità di esecuzione della misura presso l'abitazione privata o altro luogo di dimora. Il D.M. dispone che le case-famiglia protette:

- siano collocate in località che consentano l'accesso ai servizi territoriali, sociosanitari e ospedalieri, nonché a una rete integrata a sostegno del minore e dei genitori;
- abbiano caratteristiche tali da consentire agli ospiti una vita quotidiana ispirata a modelli familiari, tenuto conto del prevalente interesse del minore;
- ospitino non oltre sei nuclei di genitori con relativa prole;
- impieghino operatori professionali e spazi interni tali da facilitare il conseguimento delle finalità di legge;
- abbiano stanze per il pernottamento e servizi igienici adeguatamente riservati e differenziati;
- abbiano servizi comuni per il funzionamento della struttura (cucina etc. ...);
- siano dotati di spazi da destinare al gioco per i bambini, possibilmente anche all'aperto;
- siano dotati di spazi sufficientemente ampi per consentire gli incontri personali, quali: i colloqui con gli operatori, i rappresentanti del territorio e del privato sociale, nonché gli incontri e i contatti con i figli e i familiari al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi.

gate sul sito *web* del Ministero della Giustizia, tali norme sono rimaste quasi del tutto sostanzialmente inattuate[65]: tale circostanza ha portato, spesso, a ricorrere alla reclusione in ICAM anche in casi non caratterizzati da pericolosità sociale, bensì connotati da elevati tassi di marginalità.

Sebbene la L. n. 62/2011 abbia operato qualche significativo passo in avanti, la tutela dell'interesse superiore del minore e del diritto alla genitorialità per le persone private della libertà risulta ancora ben lontana da una piena realizzazione. E invero, la custodia cautelare in carcere è ancora applicabile alle madri di prole di età non superiore ad anni sei, in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Allo stesso modo, la reclusione in istituto penitenziario è possibile per la madre di prole di età inferiore ai 10 anni nei cui confronti non si possa applicare la detenzione domiciliare ordinaria o speciale, né eseguire la condanna in ICAM.

Per un corretto inquadramento della problematica, dunque, è imprescindibile ampliare il novero di soluzioni percorribili al di là dell'ambito penal-detentivo, prendendo atto, *in primis*, che il ricorso agli ICAM in luogo delle (più favorevoli) misure alternative è sovente determinato dalle condizioni materiali di povertà (assenza di una dimora, di una rete familiare e sociale, nonché di servizi e spazi adeguati cui rivolgersi sul proprio territorio...). Lungi dal costituire la *panacea di tutti i mali*, gli ICAM dovrebbero essere adoperati solo in via temporanea e residuale: in altri termini, la loro esistenza non può esimere le istituzioni dal dovere di apprestare modalità sanzionatorie non totalmente custodiali, dinanzi all'esigenza di evitare che lo sviluppo del minore sia segnato, ineluttabilmente, dall'assenza di libertà o dall'assenza del proprio genitore.

65 Inizialmente, l'esclusione di qualsiasi onere a carico della finanza pubblica per l'istituzione e il funzionamento delle case-famiglia protette, per l'accoglienza sul territorio di madri provenienti dalla detenzione con figli minori conviventi, aveva reso problematica la concreta realizzazione di tali strutture. Nel tempo, l'Amministrazione penitenziaria ha stipulato due convenzioni relative all'attivazione di case-famiglia: la "Casa di Leda" a Roma, nata dalla collaborazione tra l'Amministrazione penitenziaria, il Comune di Roma e la Fondazione Poste Insieme - partnership ora sostituita dalla Regione Lazio, e una seconda struttura con sede in Milano, nata dalla collaborazione tra il Provveditorato regionale della Lombardia e l'Associazione "Ciao". Entrambe le strutture hanno la capacità ricettiva di 6 adulti e 8 minori. Con la legge di bilancio 2020, art. 1, commi 322 e 323, per la prima volta è stata incentivata la rete delle case-famiglia e di altre strutture residenziali territoriali, finanziando il sistema dell'accoglienza con un fondo di 1,5 milioni di euro per tre anni, da ripartire tra le Regioni, al fine di promuovere l'esperienza delle strutture di accoglienza esterne, ritenute più idonee alla corretta socializzazione dei minori rispetto agli Istituti a custodia attenuata (ICAM). Con il d.m. 15 settembre 2021 sono stati inoltre stabiliti i criteri di ripartizione di tali finanziamenti tra le Regioni, perseguendo l'obiettivo di realizzare una rete di accoglienza diffusa sul territorio nazionale, fondata su case-famiglia protette e altre tipologie di strutture residenziali accreditate. Per il primo anno, le risorse stanziate per il Fondo triennale sono state assegnate sulla base di uno schema previsto dal decreto ministeriale, e, per i successivi due anni, sulla base delle azioni realizzate dalle Regioni nell'anno precedente. Attualmente, le case-famiglia protette esistenti e riconosciute sono due (Roma e Milano, come sopra descritte).

4. L'INFANZIA "DIETRO LE SBARRE": QUALI CONSEGUENZE PER IL BAMBINO?

È indiscutibile che ogni bambino, per crescere, abbia necessità di abitare in un contesto familiare e che, auspicabilmente, debba trattarsi della famiglia d'origine. In talune situazioni, tuttavia, l'incapacità del nucleo familiare d'origine di accudire l'infante nelle fasi di crescita può dar luogo alla necessità di inserire il minore nel circuito adottivo, oppure, quando l'incapacità genitoriale è temporanea o parziale, in famiglie affidatarie o comunità per minori. Tali circostanze sono normativamente riconosciute, dalla Convenzione sui Diritti del fanciullo del 1989, quali situazioni di «protezione sostitutiva»[66].

Ebbene, si parla di limitazione genitoriale anche quando la madre o il padre, pur in astratto sufficientemente capaci di accudire il bambino, si trovano concretamente impossibilitati a fronteggiare i propri doveri genitoriali, in quanto privati della libertà personale. Nella maggior parte dei casi, si tratta di una incapacità genitoriale *transitoria*, che pure impone di adoperarsi per garantire al meglio il mantenimento dei legami genitore-figlio: è infatti pacifico che l'interruzione delle relazioni primarie, in qualsiasi momento dello sviluppo dell'individuo, dispieghi numerosi effetti negativi. Può capitare, tuttavia, che determinate connotazioni della situazione concreta impongano, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, di separare il figlio dai propri genitori[67]: il che accade, in breve, quando è certo che la prosecuzione del legame parentale nuoccia al minore più dell'interruzione dello stesso. Si tratta di situazioni residuali, ed è quindi fondamentale non incorrere nell'equivoco di ritenere che un genitore detenuto sia necessariamente un *cattivo genitore*: tale presunzione semplifica oltremodo l'esperienza del reato, la cui commissione, lungi dal consentire una agevole scissione tra buoni e cattivi, spesso è invece sintomo di diseguaglianze sociali, marginalità, fragilità e istanze di aiuto rimaste inascoltate[68]. Specialmente con riguardo alla criminalità femminile,

66 Cfr. art. 20 della Convenzione.

67 Cfr., sul punto, M.C. Calle, *op. cit.*, 126: l'Autrice afferma, in particolare, che le prime osservazioni relative agli effetti della separazione dei figli dai genitori risalgono alla Seconda guerra mondiale, quando furono istituiti gli asili-nido di guerra per proteggere i bambini dagli incessanti bombardamenti sopra la città di Londra. In particolare, Anna Freud e Dorothy Burlingham misero in evidenza l'insostituibile funzione, nello sviluppo del bambino, del rapporto con l'ambiente familiare, i danni a medio e lungo termine derivanti dalla separazione dai genitori, così come i possibili rimedi agli effetti negativi del distacco e allontanamento dalla famiglia. In particolare, dal susseguirsi delle ricerche allora iniziate, appare oggi incontestabile che la presenza della madre sia necessaria nei primi anni d'infanzia.

68 Sul tema si veda, *ex multis*, L. Eusebi, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice?»*, in *Criminalia* XI (2016) 285-301.

non è raro che le madri si trovino a dover delinquere proprio al fine di garantire un dignitoso sostentamento economico alla propria famiglia[69].

Nonostante la relazione parentale – e, in particolare, il legame madre-figlio – rivesta un ruolo fondamentale nello sviluppo dell'individuo, la sola presenza materna non risulta sufficiente a garantire l'appropriatezza dell'ambiente di crescita: nel processo di evoluzione del soggetto, la presenza della madre è tanto importante quanto la sua assenza, al fine di attivare i processi che porteranno il bambino a sviluppare le proprie capacità relazionali e strategie di *coping*. L'assenza della madre, paradossalmente, è condizione necessaria per la nascita della creatività: esponendo l'individuo a fronteggiare il mondo esterno in autonomia, l'assenza materna si pone quale inizio dell'indispensabile processo di simbolizzazione e, pertanto, di umanizzazione del soggetto. Al contempo, è necessario non identificare la donna unicamente nel suo ruolo di madre, mantenendo invece la netta discontinuità tra le sue due (o più) identità (donna, madre, moglie, figlia, etc.), affinché la stessa possa sperimentare pienamente la sua soggettività[70].

Da quanto precede emerge la necessità, nello studio delle strategie sanzionatorie applicabili alla detenuta madre, di evitare che l'esperienza della reclusione si traduca in una infruttuosa e sterile simbiosi madre-figlio, nociva tanto per la genitrice, quanto per l'infante: siffatta modalità detentiva pregiudicherebbe, per la madre, le possibilità di assumere una propria autonoma soggettività (peraltro necessaria ai fini del percorso rieducativo e della revisione critica del proprio agire criminoso) e, per il minore, l'acquisizione delle competenze di *coping* e dell'autonomia di esplorazione e conoscenza dell'ambiente estraneo.

Eppure, lo stesso approccio normativo al tema della detenzione femminile appare, fin dagli albori, viziato da tale approccio riduzionistico: già la legge sull'ordinamento penitenziario dedicava alla detenzione femminile unicamente l'allora art. 11, co. 9 (oggi la medesima disposizione, riguardante la possibilità, per le detenute madri, di tenere con sé i figli fino al terzo anno di età, è contenuta all'art. 14, co. 7 ord. penit.)[71]. La norma, assimilando la donna reclusa unicamente al proprio ruolo di madre, dispone la realizzazione delle sezioni-nido all'interno degli istituti penitenziari. Tale intervento normativo ha costituito, da un lato, il primo riconoscimento di specificità della detenzione femminile, ma, dall'altro, ha prodotto un'ulteriore segregazione della donna detenuta, poi-

69 Cfr. F. Bonassi-M. Colacurci, *op. cit*., 301-302.

70 M.C. Calle, *op. cit.,* 127.

71 Cfr., sul punto, F. Rossi, *Figli minori e madri detenute. Alla ricerca del* best interest of the child, in *Salute e dignità umana in carcere. Orientamenti bioetici, 2023, 178.*

ché implica la realizzazione di un contesto esclusivamente femminile all'interno degli istituti penitenziari, senza prevedere alcun contatto con il mondo esterno.

Ad ogni modo, l'esperienza della reclusione infantile è da scongiurare in ogni sua forma, atteso che, dai pochi studi di settore consultabili[72], è possibile individuare un drammatico *leitmotiv* tra le conseguenze pregiudizievoli che l'esperienza detentiva dispiega sul minore: la stessa impatta sull'area linguistica (capacità verbale), su quella sociale (capacità di interazione), ma anche sulle competenze costruttive (ovvero la capacità di un individuo di costruire attivamente la propria conoscenza e comprensione della realtà, piuttosto che riceverla passivamente), e, in parte, su quelle posturali[73] (numerosi studi dimostrano che la postura e, più in generale, il linguaggio del corpo riflettono la tipologia di attaccamento al *caregiver*[74]).

Del resto, è ben noto anche agli *outsiders* della psicologia infantile quanto i primi anni di vita siano fondamentali per la crescita e lo sviluppo in salute del minore, e quanto sia necessario, per il bambino, avere accesso al maggior numero possibile di stimoli – cosa evidentemente non possibile all'interno del contesto intramurario. I primi tre anni di vita, in particolare, sono decisivi nel gettare le basi della futura crescita. Le scienze psicologiche hanno infatti dimostrato che lo sviluppo del cervello dipende dalla complessa interazione tra geni e ambiente: nei primi anni di vita, pertanto, forti stress, come quelli derivanti da povertà estrema, abusi, violenze, abbandono o grave depressione materna, possono essere estremamente dannosi e intaccare lo sviluppo cerebrale in maniera irreversibile[75].

A ciò si aggiunge la circostanza che, ove non sia possibile accedere alle misure alternative o alla detenzione in ICAM, dopo i tre anni di età l'ordinamento penitenziario non consente la permanenza del bambino nell'istituto penitenziario. La separazione del nucleo madre-bambino può, in tali casi, provocare un "trauma nel trauma", una brusca cesura dell'ininterrotta presenza materna,

72 Si consigliano, in materia: P. Prakash-P. Khurana-M. Gupta-J.S. Madabushi, *Behind Prison Walls: Critical Overview of the Mental Health Trajectories of Children Living With Incarcerated Mothers*, in *Cureus*, 2024; M. Paynter-K. Jefferies-S. McKibbon-R.M. Misener-A. Iftene-G.T. Murphy, *Mother-Child Programs for Incarcerated Mothers and Children and Associated Health Outcomes: A Scoping Review*, in *Nurs Leadersh*, 2020; J.L. Zeman-D.H. Dallaire-J.B. Folk-T.M. Thrash, *Maternal Incarceration, Children's Psychological Adjustment, and the Mediating Role of Emotion Regulation*, in *Abnorm Child Psychology*, 2018; Z.T. McGee, *Developmental Outcomes among Children within the Context of Maternal Incarceration: Findings from a Study of Family Inequality*, in *Societies* 13 (2023) 250 ss.; J. Hagan-H. Foster, *Children of the American Prison Generation: Student and School Spillover Effects of Incarcerating Mothers*, in *Law & Society Review* 46 (2012) 37-69.

73 M.I. Sarti, *op. cit.,* 490.

74 F. Grella, *La nostra postura e i nostri gesti possono essere il risultato delle prime interazioni di attaccamento?*, in *www.stateofmind.it,* 14 giugno 2018.

75 P. Siani, *op. cit*., 218.

seguita in tal modo dalla sua improvvisa totale assenza: una «maternità a tempo»[76] che, aggiungendosi alla già critica esperienza detentiva, può compromettere irrimediabilmente lo sviluppo del bambino.

5. PROSPETTIVE DI RIFORMA: QUALE FUTURO POSSIAMO (DOBBIAMO) GARANTIRE?

Come si è cercato di evidenziare, il percorso normativo concernente la tutela della maternità in carcere ha attraversato diversi stadi evolutivi: a partire dall'art. 14, co. 7 ord. penit., la crescente consapevolezza di quanto l'ambiente carcerario possa nuocere allo sviluppo del bambino ha portato alla riforma del 2011. La recente modifica normativa intervenuta con d.l. n. 48/2025 costituisce un significativo arretramento in tale percorso evolutivo, poiché, come illustrato, amplia il novero di situazioni in cui l'infante può trovarsi a vivere nel contesto carcerario. Tale intervento risulta ancor più allarmante poiché adottato in esito a valutazioni populistiche, con l'approccio tipico del "diritto penale del nemico", e non in aderenza a una politica criminale razionale ed equilibrata, né tantomeno in risposta a comprovate esigenze securitarie.

Ebbene, alla luce di quanto precede, la tutela del minore coinvolto nella vicenda penalistica del genitore risulta oggi quanto mai stringente: creare le condizioni affinché il minore non sia privato delle figure genitoriali, fornirgli un ambiente idoneo alla crescita, e, al contempo, offrire una *chance* di risocializzazione alla madre detenuta costituiscono obiettivi rispondenti non solo al *best interest* del figlio, ma anche all'interesse (pur recessivo) della genitrice[77]. *Come fare, dunque?*

Occorre, innanzitutto, adottare una prospettiva «binoculare»[78], e cioè abbandonare la concezione dicotomica in forza della quale le vie percorribili sarebbero unicamente due: (i) separare il bambino dalla madre, oppure (ii) inserire il minore nel circuito custodiale (anche "attenuato"). Gli interessi del minore, e in particolare dell'infante – lo si ribadisce – non ammettono compromessi: come riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità[79], il *best interest of the child è da ritenersi preminente anche rispetto alle esigenze di sicu-*

76 M.C. Calle, *op. cit.,* 129.

77 F. Rossi, *op. cit.*, 184.

78 Termine coniato da W. Bion, *Esperienze nei gruppi*, Roma 2009. In merito, M.C. Calle, *op. cit.*, 127-128, scrive: «La visione binoculare o stereoscopica è quella che ci consente di percepire la profondità e la distanza tra due vertici che convergono verso la stessa immagine ossia la tridimensionalità; in termini psicoanalitici è lo sguardo che porta a osservare e pensare contemporaneamente da un vertice di gruppo (il gruppo/l'ambito familiare/la società) e nello stesso tempo da un vertice individuale (il soggetto/la madre/il bambino)».

79 Cfr. Corte cost. 3 febbraio 2022, n. 30 e Cass. Pen., Sez. I, 4 giugno 2020, n. 16945.

rezza sottese all'esecuzione penale. Risulterebbe, dunque, quantomai controproducente continuare a "forzare" il sistema custodiale al fine di renderlo confacente alle esigenze del minore: bisogna prendere atto che «nessun carcere è [e sarà mai] possibile per i bambini»[80].

È necessario quindi predisporre una "gerarchia" di soluzioni percorribili, il cui ordine di impiego, tuttavia, dovrebbe rispondere alla minore o maggiore pericolosità sociale del genitore e non, invece, essere correlato alle condizioni di marginalità sociale in cui versa il nucleo familiare. In altri termini: è da scongiurare l'evenienza, assai frequente anche nel circuito penitenziario ordinario, che si ricorra allo strumento detentivo maggiormente afflittivo, pur in assenza di indici di pericolosità sociale, unicamente perché l'interessato non dispone dei mezzi per accedere alle misure alternative (un idoneo domicilio, un impiego, una rete di supporto...). Brevius: la marginalità non deve più essere considerata un indice di pericolosità sociale. Al contrario, nei confronti di chi versi in condizioni di maggiore fragilità, è massima l'esigenza che le istituzioni si impegnino, in aderenza al principio solidaristico consacrato nell'art. 2 Cost., onde rimuoverle, soprattutto ove sia stato acclarato che in quella stessa fragilità risiede la motivazione principale dell'agire criminoso.

A tal fine occorre, in primo luogo, rimuovere dal novero delle opzioni ordinamentali le sezioni-nido collocate negli istituti penitenziari: si tratta, evidentemente, di strutture del tutto inadeguate a garantire al minore gli stimoli necessari per una crescita in salute[81], rischiando inoltre di innescare un pericoloso rapporto simbiotico tra madre e figlio, sui cui effetti negativi s'è detto al precedente paragrafo. In questa prospettiva, sarebbe auspicabile sancire normativamente il principio per cui mai, in nessun caso, un infante può fare ingresso in carcere[82].

L'ICAM, pur essendo una struttura certamente più adeguata alle esigenze del minore rispetto agli istituti penitenziari, conserva comunque una natura detentiva, la quale coinvolge sovente anche il minore, traducendosi, in esito alla carenza di personale (anche volontario) incaricato, nell'impossibilità di uscire dall'istituto: dovrebbe, dunque, applicarsi esclusivamente nei casi di maggiore pericolosità sociale del genitore[83]. Al fine di rendere tali istituti conformi alle

80 Così M.I. Sarti, *op. cit.*, 491.

81 Cfr. anche L.S. Goshin, *Behavior Problems and Competence in Preschoolers Who Spent Their First One to Eighteen Months in a Prison Nursery Program*, Columbia 2010: l'Autrice ha rilevato che il 30% dei minori che hanno convissuto in carcere con le proprie madri e il 42% dei minori che sono stati separati dalle proprie madri hanno avuto (almeno) un'area problematica nell'analisi del loro sviluppo clinico.

82 Così anche R. Siani, *op. cit.*, 218.

83 Così R. Siani, *op. cit.*, 128, e M.C. Calle, *op. cit.,* 132.

esigenze del minore, è comunque opportuno porre rimedio alle criticità sopra evidenziate e, dunque, implementare il personale che vi lavora – in particolare le figure specializzate quali puericultori, pedagogisti, pediatri, etc. – e migliorare l'offerta di eventi e iniziative per i minori, nonché meglio articolare la disposizione di tali strutture sul territorio nazionale.

Analogamente, anche il sistema delle case-famiglia protette dovrebbe essere implementato: attualmente, infatti, se ne contano solo due su tutto il territorio italiano. A tal fine, si dovrebbe introdurre l'obbligo (e non più una mera facoltà) per l'amministrazione di stipulare convenzioni con gli enti locali per l'individuazione dei luoghi da destinare a case-famiglia protette[84]. Tali strutture dovrebbero divenire il luogo elettivo per l'esecuzione della custodia cautelare nei confronti di donne (o uomini, in casi residuali) con figli piccoli, nonché per l'esecuzione della pena, ove non sia possibile applicare la detenzione domiciliare.

Salvo comprovate esigenze che depongano in senso contrario, la detenzione domiciliare dovrebbe costituire la principale modalità esecutiva della condanna, ove la situazione del genitore condannato lo consenta (e quindi sia disponibile un idoneo domicilio). La detenzione domiciliare dovrebbe essere in tali casi modulata in aderenza alle esigenze del minore, con la possibilità di consentire al genitore di uscire dal domicilio per accompagnare il figlio a scuola, alle visite mediche, alle attività nel tempo libero, etc. ed evitare, in tal modo, che la vicenda penale del proprio genitore abbia un impatto (ancor più) destabilizzante sulla vita del minore.

Sarebbe poi auspicabile avviare "dal basso"[85] la sperimentazione di progetti di *housing* sociale volti ad accogliere, in strutture idonee, quei nuclei familiari a cui è preclusa la detenzione domiciliare in ragione della carenza di un domicilio: ciò al fine di evitare la concretizzazione del rischio di un ulteriore isolamento, vista l'esiguità del fenomeno che, come si è detto, non desta particolare attenzione per le istituzioni e l'opinione pubblica. In particolare, tali strutture dovrebbero consentire una quotidianità condivisa all'interno di piccole comunità familiari, costituite da famiglie affidatarie adeguatamente formate per l'accoglienza di nuclei familiari fragili. In tale ambiente familiare esteso, il minore potrebbe crescere affidandosi alla presenza di altri adulti, oltre alla madre, evitando così l'innescarsi di un rapporto simbiotico e prevenendo l'eventuale separazione, che, in tal modo, non pregiudicherebbe la continuità dello sviluppo dell'individuo[86].

84 Così R. Siani, *op. cit.*, 217, che suggerisce, come possibili risorse da destinare a tal fine, la Cassa delle Ammende e i beni confiscati alle mafie.

85 A tal fine, sarebbe utile consultare le organizzazioni di settore, tra cui spicca senz'altro la *Children of Prisoners Europe* (COPE).

86 M.C. Calle, *op. cit*., 132-133.

Gli interventi sopra descritti afferiscono all'implementazione delle strutture "sulla carta" già esistenti e alla creazione di nuovi progetti integrati tra amministrazione penitenziaria e terzo settore/enti locali. Tuttavia, per un definitivo ripensamento del sistema, tali interventi devono necessariamente accompagnarsi alla riforma dell'impianto normativo concernente l'esecuzione della pena e delle misure cautelari nei confronti delle madri (e, residualmente, dei padri).

In primo luogo, si deve intervenire sull'esecuzione delle misure cautelari e delle pene definitive, disponendo che l'esistenza di figli minori al seguito sia obbligatoriamente accertata *prima* di avviare l'esecuzione della misura cautelare o della pena, e ciò al fine di evitare l'ingresso di minori in carcere anche se solo per poche ore[87]. Occorrerà, inoltre, armonizzare il quadro normativo in materia di misure cautelari con quello concernente l'esecuzione della condanna: attualmente, i limiti d'età della prole entro i quali risulta possibile fare ricorso agli strumenti alternativi al carcere sono fissati, come s'è visto, a sei anni in sede cautelare e dieci anni in sede esecutiva. Con un'auspicabile riforma degli artt. 146 e 147 c.p., si dovrà ripristinare il differimento obbligatorio dell'esecuzione per le condannate madri, innalzando a tre anni la soglia di età dell'infante al di sotto della quale sussiste, per il genitore, incompatibilità assoluta con il regime detentivo, e prevedere invece il differimento facoltativo nel caso di minori di età compresa tra tre e sei anni[88]. Anche sui limiti d'età occorrerebbe operare un aggiustamento: le soglie individuate dal legislatore non corrispondono necessariamente al raggiungimento della capacità di autogestione del minore, né alla tutela del suo *best interest*. Pur tenendo ferme tali soglie d'età, sarebbe forse opportuno prevedere che, caso per caso, esperti di psicologia e sviluppo infantile stabiliscano se il minore che abbia raggiunto i sei o i dieci anni di vita possa separarsi dal proprio genitore.

87 Non è raro, infatti, che l'autorità procedente sia informata della presenza di bambini solo dopo l'esecuzione della misura, con la conseguenza di ritardare l'applicazione delle normative speciali a tutela dei minori e dar luogo comunque all'accesso in carcere, sia pur per poco tempo, di donne con figli piccoli.

88 Queste e altre proposte meritevoli di attenzione erano invero state cristallizzate nel disegno di legge n. 2298 presentato alla Camera l'11 dicembre 2019 dai deputati Siani e altri, arenatosi in discussione al Senato a seguito della caduta del Governo Draghi. Il disegno fu ripresentato dalla deputata Serracchiani (proposta di legge n. 103 del 13 ottobre 2022), ma venne fin da subito reso oggetto di emendamenti da parte delle forze politiche di maggioranza, volti a snaturarne l'obiettivo primario e inasprire il regime di tutela previsto per le detenute madri e i loro figli, fintanto da portare i firmatari del disegno a ritirarlo. Come si è visto, si è poi comunque avuto modo di acuire il predetto regime di tutela con il recente intervento del d.l. n. 48/2025.

LA PENA DEL SILENZIO: SEPARAZIONE E DISUMANIZZAZIONE. RIFLESSIONI DAL FILM IL SEGRETO DEI SUOI OCCHI DI JUAN JOSÈ CAMPANELLA

Alberto Tortoroglio

«*Bube ne ha colpa fino a un certo punto… Oh, non dico mica per difenderlo.*
Ma ci sono tanti più colpevoli di lui… che ora sono liberi e non devono preoccuparsi di niente
[…] Ne approfittavano perché era un ragazzo. S'era un po' montato la testa… è tutta qui la sua colpa»
«Ma queste cose gli avvocati le diranno»
«Quali cose?»
«Quelle che stai dicendo tu»
«Ma che vuoi, queste cose non hanno mica importanza… i giudici lo sai come fanno?
Vanno a sfogliare il codice, il reato tale, l'articolo tale…
Non considerano mica che ci possono essere stati tanti motivi»

Carlo Cassola, La Ragazza di Bube[1]

1. GIOCO, RELAZIONALITÀ E CONDANNA ALL'INSIGNIFICANZA: UNO SPUNTO DALLA FANCIULLEZZA DA CUI PARTIRE

Tra i diversi giochi che hanno accompagnato la mia infanzia uno su tutti mi era assolutamente insopportabile, se non del tutto in odio: quello del silenzio.

Non credo certo di essere una eccezione, dato che per ogni bambino il silenzio somiglia più di ogni altra cosa a una infelice costrizione cui sottostare per

1 C. Cassola, *La ragazza di Bube*10, Torino 1973, 251 s.

ordine di un adulto o di una tanto indiscreta quanto inopportuna campanella di fine ricreazione.

Diversi sentimenti, invece, mi ha sempre suscitato la *parola*, il cui impiego, a qualsiasi livello di organizzazione e creatività, rappresenta l'inizio del gioco per antonomasia, ossia una inesauribile fonte di relazionalità *con* e *nella* realtà[2].

Rimanere in silenzio, del resto, significa un po' precludersi quella finestra sul mondo che soltanto le parole, peculiare espressione dell'umano, permettono di aprire[3], trasformando il contatto dell'io nel tu e del tu nell'io in quell'umana socialità ben compendiata nella celebre espressione aristotelica *ζῷον πολιτικόν* (trad. "uomo come animale sociale"): tale per cui «avere le parole per definirsi vuol dire avere le parole per capirsi, e capirsi significa, forse, stare un po' meglio con sé stessi»[4] e, per osmosi, anche con chi ci circonda.

Sarà, dunque, da rinvenire nell'amore verso la parola, nella sua *aspettativa* di riconoscimento[5] e, soprattutto, nel gioco, la ragione per la quale il silenzio segna per il sottoscritto una fine, anziché un inizio.

Sicché, *quel* silenzio, ancora oggi, mi appare soltanto un malcelato castigo, insomma, un "comodo gioco" con cui tenere a bada una masnada di fanciulli urlanti, facendo leva sul senso di straniamento che soltanto un'intera classe silente è in grado di provocare in ciascun suo componente.

Psicologia spicciola e ricordi di infanzia esulano, però, dall'orizzonte del tema cui desidero dedicare queste brevi riflessioni. Semmai, vorrei soffermarmi

2 Cfr., sul ruolo del linguaggio e della parola nel contesto del gioco, C. Garvey, *Play*, Cambridge 1977; trad. it. O. Buonomini, *Il gioco*, Roma 1979, 79 ss. Rispetto, invece, alla centralità della parola nei rapporti interpersonali, anche tra generazioni, cfr., recentemente, I. Dionigi, *Benedetta parola*, Bologna 2022. Sulla capacità del linguaggio di produrre visioni, ossia di rappresentare «la realtà del mondo sensibile», con particolare riferimento al diritto penale, v., per tutti, M. Papa, *Fantastic voyage2*, Torino 2019, 35 ss. Più in generale, sul rapporto tra gioco e diritto, un binomio che in questa sede non può essere debitamente approfondito, sia ritenuto sufficiente rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. Van de Kerchove - F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris 1992; trad. it. S. Andrini - G. Lucidi, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano 1995; J. Huizinga, *Homo ludens*, London 1980; P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Riv. dir. proc. 1 (1950) 23-51; F. Ost, *Pour une théorie ludique du droit*, in Droit et société nn. 20-21 (1992) 89-98, e, più recentemente, B. Cavallone, *Il processo come gioco*, in Riv. dir. proc. vol. 71, 6 (2016) 1548-1563; R. Palavera, *Giocare sul serio. Il paradigma ludico tra processo e diritto sostanziale*, in Jus 3 (2017) 457-482; nonché, della stessa Autrice, più recentemente, R. Palavera, *Perché il gioco continui: sul modello agonistico del processo*, in Riv. dir. proc. 6 (2019) 1566-1571.

3 D'altra parte, «la conoscenza non può fare a meno della parola, che disvela il reale», posto che «l'umano non è muto, è parlante ed è parlato; anche in un'epoca, come la nostra, che a parole celebra l'informe» (F. Giunta, *L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo). Leggendo Natalino Iriti, Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto, Il Mulino, 2020*, in disCrimen (2021) 1-8.

4 V. Gheno, *Grammamanti*, Torino 2024, 39.

5 Cfr., sul punto, N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto*, Bologna 2020, il quale parla, altresì, di una *co-appartenenza delle parole*, volendo, in tal senso, evidenziare che «il parlante e l'ascoltatore si conoscono, o piuttosto 'riconoscono', in uno stesso sistema di segni, il quale ha suscitato la fiducia di ambedue. Il reciproco *affidamento* in stabilità e continuità dei significati permette di intendersi e di dialogare» (*ivi*, 13).

proprio sulla sensazione di *alienazione* che il *silenzio* provoca, soprattutto quando non è frutto di un "comodo gioco" o di una scelta, bensì di una pena.

D'altronde, mentre la parola necessita dell'*altro*, anzi lo pretende, presupponendone un riconoscimento, il silenzio non ha bisogno del "tu", nasce e muore nell'io, rendendo tutto il resto *s-conosciuto*.

Restare in silenzio, non rivolgere all'*altro* la parola finisce per metterne in discussione la stessa appartenenza alla comunità umana, considerato come proprio la parola, benevola od ostile, sia l'elemento che distingue l'uomo tanto dalle piante quanto dalle bestie.

Se questo è vero, il silenzio si sostanzia, allora, in un inno all'indifferenza verso l'*altro* e, sul piano giuridico, a una condanna alla sua insignificanza, una pena, quest'ultima, cui, almeno nel film *Il segreto dei suoi occhi* di Juan José Campanella (2009)[6], non sembra soccorrere alcuna possibilità di redenzione né, tantomeno, prospettiva riabilitativa.

2. *VIVERE ANNI PIENI DI NIENTE*: IL SILENZIO COME ATTO DI STRANIAMENTO DALL'UMANO PER MANO DELL'UOMO

Se non è certo questa la sede per svolgere un'analisi dettagliata dell'opera di Campanella, sia ritenuto sufficiente farne una brevissima sintesi per meglio comprendere la funzione che il silenzio, inteso alla stregua di una pena, finisce per assumere nei confronti dell'umano per mano dell'uomo.

Ambientato nella Buenos Aires degli anni '70, il film racconta di una giovane sposa, Liliana Morales Colotto (Carla Quevedo), barbaramente stuprata e uccisa, e del tentativo di assicurare il colpevole alla giustizia che lega il marito della donna, Ricardo Morales (Pablo Rago), al vicecancelliere del Tribunale Federale incaricato di seguire il caso, Benjamín Esposito (Ricardo Darín).

Del comprensibile dramma vissuto dal Morales "marito", ridottosi a vivere all'ombra delle fotografie e del ricordo della amata compagna – «passo giornate a guardare le foto, so che è come negare tutto, ma mi aiuta a sopravvivere, finché non lo troveremo» –, colpisce la dignità del Morales "uomo" il quale, pur travolto dalla passione e dal dolore per la perdita, non cede all'impulso della vendetta ma aspetta, paziente, che la giustizia faccia il suo corso:

6 Basato sul romanzo di E. A. Sacheri, *La pregunta de sus ojos*, Buenos Aires 2005; trad. it. R. Schenardi - I. Aguilar, *Il segreto dei suoi occhi*, Milano 2015, recentemente, il film è stato, altresì, oggetto di un *remake hollywoodiano* diretto da Billy Ray (2015) nel quale la *pena del silenzio* viene in parte ridimensionata e resa di minor impatto. N.d.A., di seguito, dove non diversamente indicato, i virgolettati riportati sono direttamente tratti dal film di Campanella nella sua versione italiana.

> Morales: «mi dica una cosa, quando lo troveremo, che condanna avrà?»
> Esposito: «per l'omicidio di primo grado con stupro è previsto l'ergastolo, di più non c'è, non abbiamo la pena di morte».

Dinanzi all'impossibilità di *corrispondere* al colpevole la stessa pena arbitrariamente inflitta alla sua amata Morales non si scompone, non cede allo sconforto né alla rabbia:

> M: «io sono contro la pena di morte».
> E: «sì, anch'io, pensavo che a lei potesse servire come indennizzo, più o meno».
> M: «indennizzo? Lo stuprano e lo ammazzano di botte come lei, no, gli fanno una iniezione e lui si addormenta tranquillo, non è giusto, no, voglio che viva a lungo, si renderà conto che saranno anni pieni di niente».

Senonché, trascorso un anno dal tragico omicidio nel corso del quale il presunto responsabile, tale Isidoro Gómez (Javier Godino), viene sì individuato ma, per assenza di prove e irreperibilità, non incriminato, le indagini sembrano volgere a un punto morto e il caso, insieme alla speranza di "avere giustizia"[7], definitivamente archiviato.

Esposito non si dà, però, per vinto fin tanto che, dopo diverse ricerche e appostamenti, riesce a rintracciare l'assassino e a fargli confessare il crimine commesso.

A seguito del processo Gómez è, così, condannato alla pena dell'ergastolo ma, appena un mese dopo, grazie all'intercessione di un altro funzionario del Tribunale, viene rimesso in libertà per essere arruolato tra le guardie del corpo di Isabel Perón, divenendo una figura intoccabile del regime.

E l'impunità di Gomez non ritorna in discussione nemmeno dopo la caduta del governo peronista, visto che, anche in questo caso, l'assassino riesce nuovamente a far perdere le proprie tracce, sparendo – questa volta definitivamente – dalla circolazione.

Tuttavia, a distanza di più di vent'anni, Esposito, ormai in pensione, con il pretesto di scriverne un romanzo, decide di riprendere nuovamente in mano il caso, onde così provare a cambiarne l'epilogo.

7 A riguardo, mentre il Morales "marito" inizia a trascorrere intere giornate alle stazioni dei treni di Buenos Aires al fine di poter lui stesso individuare e catturare l'assassino – «prima o poi dovrà passare, sono sicuro che quello vive in provincia, sa che qui in città lo arresterebbero» –, il Morales "uomo" continua a confidare nella giustizia e nel suo arrivo – «immagino che, anche se è passato un anno, non avete abbandonato le indagini» –, guadagnando ogni giorno un pezzo di vita in meno – «la cosa peggiore è che comincio a dimenticarla, devo fare uno sforzo per ricordarmi di lei [N.d.A. della moglie], giorno e notte», «e poi cominciano i dubbi [...] e non so più se è un ricordo o il ricordo del ricordo quello che mi rimane».

Recatosi presso l'abitazione di Morales per comunicargli i suoi intenti, Esposito rimane sorpreso dalla reazione dell'uomo il quale, prima, lo invita a dimenticare l'intera vicenda salvo, poi, confessargli di avere lui stesso, tempo addietro, provveduto ad uccidere Gómez.

L'*ex* vicecancelliere, ricordandosi della contrarietà di Morales alla pena di morte, non rimane persuaso dalla versione fornita da quest'ultimo e decide nottetempo di ritornare alla abitazione, così da accertarsi che con quella presunta confessione il vedovo non volesse in realtà nascondergli qualcosa.

Si arriva, quindi, al momento in cui "gli anni pieni di niente" augurati al reo da Morales assumono i connotati di una pena, quella della insignificanza, tramite la quale, sulla falsariga di quanto avviene in Arancia Meccanica di Kubrick, «è la violenza opposta alla violenza (il male per il male) che trionfa: con effetti, supposti, intimidativi e neutralizzativi»[8].

All'interno di un vecchio capanno collocato nel retro della casa, dietro le sbarre di una prigione artigianale, Esposito riconosce, infatti, lo sguardo di Gómez nell'atto di ricevere da Morales, prima vittima e ora carceriere, la sua razione di cibo quotidiana.

La scena, ad elevato contenuto drammatico, si consuma in un intenso e prolungato scambio di silenzi tra i soggetti coinvolti per poi concludersi con una supplica di Gómez all'*ex* vicecancelliere: «ti prego, digli che almeno mi parli».

Della condanna a vivere "anni pieni di niente" il silenzio finisce, così, per rappresentare la modalità di esecuzione della pena, vale a dire il mezzo con cui si sancisce il *misconoscimento*[9] dell'*altro*, nonché la sua definitiva espulsione dalla comunità.

Lo straniamento dall'umano per mano dell'uomo diventa, dunque, la *pena giusta*[10], quell'esatto corrispettivo che, almeno inizialmente, lo stesso Morales sembrava voler rifiutare: «io sono contro la pena di morte».

D'altronde, il prolungato silenzio nei confronti del reo, pur non comportandone la morte fisica, ne significa senz'altro quella *sociale*, la cui attuazione rende, altresì, «estranea qualsiasi rielaborazione dei rapporti umani feriti attraverso il comportamento illecito. Di essi, piuttosto, l'inflizione della pena [e, se-

8 L. Eusebi, *Pena e libertà. Sulla rappresentazione della violenza in Arancia Meccanica di Stanley Kubrick*, in Criminalia (2023) 289-298, 291.

9 Il cui significato, riprendendo Resta, è da intendersi «non [come] una conoscenza falsa e parziale [dell'uomo] ma piuttosto una conoscenza, un'osservazione che si sottrae a se stessa», rifiutando, così, di *riconoscere* nell'*altro* un altro uomo (E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari 2006, 11).

10 Cfr., in argomento, rispetto all'impossibilità in ogni caso di addivenire alla comminazione di una pena giusta, L. Eusebi, *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. Pavarini (a cura di), Silète poenologi in munere alieno*: teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna 2006, 57-78, 61.

gnatamente, di una simile pena] ratifica la frattura, lasciando irrisolta, in tutti i soggetti coinvolti, l'eredità gravosa del reato»[11].

Del resto, «lei mi disse ergastolo», conclude il vedovo, rivolgendosi ad Esposito, ed ergastolo è stato.

L'epilogo del film di Campanella fornisce, allora, l'occasione per riflettere sulla meritevolezza di riconoscere al diritto penale – ma a un diritto penale nella sostanza retributivo – un ruolo chiave, se non del tutto preminente, circa il contrasto dei fatti illeciti.

In altre parole, occorre chiedersi se procedere in questi termini, vale a dire in una *gestione* del reato ritorsiva[12], sia effettivamente un modo di rendere giustizia o, semmai, affrancandosi da una dinamica di stretta corrispettività, *giustizia* non sia, invece, «fare, in rapporto al male, progetti che siano pensati secondo contenuti diversi rispetto alla riproposizione, benché analogica, del male commesso. E ciò anche nel momento in cui quei progetti implichino percorsi impegnativi quanto ai loro destinatari»[13], perché finalizzati a lavorare sulla frattura originata dall'illecito non per cancellarla ma, piuttosto, per provare a ripararla.

Una *pena agita*[14], quest'ultima, che, pur rimanendo privativa di libertà, «implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione»[15] e non rinuncia all'*altro*, alla sua *parola*, visto che la «riparazione delle conseguenze del reato si *fa* [...] e non si sconta. E la si *fa* per qualcuno: il

11 L. Eusebi, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico*, in Criminalia (2010) 637-655, 638.

12 In argomento, L. Eusebi, *"Gestire" il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena "ritorsione"*, in C.E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 223-250.

13 L. Eusebi, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato* cit., 642. D'altra parte, prosegue l'Autore, «il bisogno fondamentale della vittima non è dato dalla ritorsione nei confronti del colpevole: appagamento, questo, solo apparente, che non la coinvolge sul piano relazionale. Piuttosto, la vittima necessita di vedere riconosciuto, se possibile (e tanto più) anche ad opera di chi abbia commesso il reato, che quanto accaduto *non sarebbe dovuto accadere* (così anche Hannah Arendt), *affinché non debba più accadere nel futuro*» (*ivi*, 647). Una dinamica di riconoscimento, quest'ultima, nella quale «l'apparato di pubblica coercizione dovrebbe [comunque] assurgere a diaframma invalicabile che si interpone tra autore del reato e persone offese (vittime, familiari, simpatizzanti): funzione strettamente connessa con la ingiustificabilità della vendetta, che spiega, anche storicamente, l'esclusione di un ruolo di parte ufficiale della vittima nel procedimento, nella condanna e nell'esecuzione della pena. La risposta penale va insomma "de-emozionalizzata" e razionalizzata, scissa dalle aspettative di vendetta della vittima, che possono invece incidere in senso "brutalizzante" nei riguardi della comunità che decidesse di assumerle a fondamento delle proprie scelte e decisioni» (L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 4 (2013) 1760-1793, 1762).

14 M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in A. Bondi - G. Fiandaca - G.P. Fletcher - G. Marra - A.M. Stile - C. Roxin - K. Volk (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino 2020, 265-296.

15 M. Donini, Compliance*, negozialità e riparazione dell'offesa*, in C. E. Paliero - F. Viganò - F. Basile - G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 589.

gesto riparativo è il segno di un'avvenuta *condivisione*; è un'offerta che chiede di essere *accolta* [e, anzitutto, ascoltata], prima ancora che accettata.

L'impegno riparativo presuppone un 'volto' cui essere ri-volto, all'interno di un singolare 'scambio' che assomiglia più al 'dono'»[16] e per il cui compimento occorrono le parole sia dell'io sia del tu.

D'altronde, questo cambio di direzione, specialmente se calato all'interno di un percorso di *restorative justice*, presuppone «un tempo di parola e di ascolto adeguato a entrambe le parti in conflitto, che consenta un dialogo mediato con sapienza»[17] per il tramite del quale si possa arrivare ad offrire – e, si badi, non ad imporre – «"una promessa di riconciliazione"»[18].

Si tratta, allora, di immaginare «qualcosa di meglio della pena retributiva»[19], nella consapevolezza tanto delle difficoltà attuative che una simile prospettiva presenta quanto, però, anche della sua ineludibile necessità, se si vuole evitare che una giustizia del tutto contabilizzata, alla stregua di uno *Shylock* moderno, faccia dell'aritmetica del male[20] il proprio metro di giudizio e dell'esatta *libbra di carne* il suo unico strumento di pena.

3. IL SILENZIO *NEL* E *SUL* CARCERE: «CHI HA OFFESO CHE COS'È?» TRA LIBBRE DI CARNE E L'UOMO

> L'uomo, si dice. E noi pensiamo a chi cade, a chi è perduto, a chi piange e ha fame, a chi ha freddo, a chi è malato, e a chi è perseguitato, a chi viene ucciso. Pensiamo all'offesa che gli è fatta, e la dignità di lui. Anche a tutto quello che in lui è offeso, e ch'era, in lui, per renderlo felice. Questo è l'uomo. [...] Noi non pensiamo che agli offesi. O uomini! O uomo!

16 C. Mazzucato, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla* restorative justice, in Aa.Vv., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Roma 2010, 118.

17 G. Mannozzi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale*, in Quaderno di storia del penale e della giustizia 4 (2022) 189-213, 211.

18 G. Mannozzi – R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano 2022, 76.

19 L. Eusebi, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, Il mercato della penalità*, in C. Piergallini - G. Mannozzi - C. Sotis - C. Perini - M. Scoletta - F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano 2022, 389-405. In argomento, rispetto al superamento di questa impostazione, v., altresì, per tutti, M. Donini, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche la decostruzione del rimprovero*, in Riv. it. dir. proc. pen. 4 (2020) 1699-1744.

20 Per una alternativa al diritto penale quale mero raddoppio del male, oltre a quanto si dirà nel proseguo, v., per tutti, M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in Dir. pen. cont. 2 (2015) 236-250, e, dello stesso Autore, più recentemente, M. Donini, *Delitto riparato e pena agìta come categorie generali*, in A. Menghini - E. Mattevi (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, Trento 2025, 53-60.

> Appena vi sia l'offesa, subito noi siamo con chi è offeso, e diciamo che è l'uomo.
> Sangue?
> Ecco l'uomo. Lagrime? Ecco l'uomo. E chi ha offeso che cos'è?[21]

Alle considerazioni finora svolte ben si lega l'interrogativo provocatoriamente sollevato da Vittorini in *Uomini e no*: chi ha offeso, che cos'è?

Un interrogativo la cui risposta assume particolare rilievo in una realtà come quella odierna[22], all'interno della quale il bisogno di un *diritto penale sempre più totale*[23], ormai prossimo al *sadismo*[24], si è da tempo sostituito alla sua effettiva necessità[25], quasi che si volesse attribuire alla pena un effetto taumaturgico e alla condanna una funzione espiatoria[26], anziché rieducativa[27].

21 E. Vittorini, *Uomini e no*15, Milano, 2019, 165 ss.

22 Cfr., sull'argomento, per tutti, D. Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990; trad. it. A. Ceretti - F. Gibellini, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1999, e, più recentemente, con particolare riferimento alla paura del crimine da cui si ingenera il bisogno di un "giro di vite" e di un implemento di misure securitarie, R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di* mass media *e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano 2018.

23 «Totale perché ogni *spazio* della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua. Totale perché anche il *tempo* della vita individuale e sociale è occupato dall'intervento punitivo che, quando colpisce una persona fisica o giuridica, genera una durata della contaminazione estremamente lunga, o addirittura indefinita, prima della sua risoluzione finale. Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale» (F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, 23).

24 Cfr., sul punto, R. Bartoli, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?*, in Sist. pen. 15 luglio 2025, il quale, commentando criticamente la proposta di introdurre nell'ordinamento il delitto di femminicidio, segnala che «ormai dal populismo penale si sta scivolando verso un vero e proprio sadismo penale» e che, nell'indifferenza dei più, «il rischio è di non vedere cosa di profondo e di reale sta accadendo in termini di disumanizzazione, alla quale – è bene ricordarlo – non si giunge mai di schianto, ma sempre a piccoli passi quotidiani, di passaggio in passaggio, per dirla con il poeta, a piagnistei» (*ivi*, 2). D'altra parte, prosegue l'Autore, «ogni *surplus* di violenza di Stato è illegittimo e poiché si tratta di esercizio della violenza nei confronti di una persona, che, ancorché rea, resta persona, il *surplus* di violenza si può definire non solo come illegittimo, ma anche come criminale, perché, comportando un esercizio di violenza abusivo degrada lo Stato al pari di chi delinque aggredendo. Si potrebbe parlare addirittura di un populismo "criminale", nel senso che si fa a sua volta criminale, e che rende criminale lo Stato che lo pratica» (*ivi*, 2 s.).

25 Cfr., sulla «distanza che separa la percezione della realtà del penale dalla realtà stessa», D. Brunelli, *Del diritto penale percepito e dei suoi più recenti* exploit, in Arch. pen. (online) 5 gennaio 2022, 3.

26 Sul rischio che l'autore del crimine possa essere innalzato a capro espiatorio dei più profondi – e complessi – problemi della società, v., per tutti, oltre al pluricitato saggio di A. Manzoni, *Storia della colonna infame*, tra le tante, Feltrinelli, Milano, 2015, la recente collettanea di contributi presenti in G. Forti - C. Mazzucato - A. Provera - A. Visconti (a cura di), *L'ombra delle "colonne infami". La letteratura e l'ingiustizia del capro espiatorio*, Milan, 2022.

27 Cfr., sulla connotazione sovente espiatoria attribuita al diritto penale e alle sue pene, E. Naegeli, *Il male e il diritto penale*, in L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano 1989, 57 ss. In generale, sull'evoluzione e le possibili prospettive di riforma dell'esecuzione penale all'interno dell'ordinamento, v., per tutti, recentemente, Aa.Vv., *L'esecuzione penale. Linee evolutive nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2024 e, nella manualistica, G. Forti - F. Giunta - G. Varraso, *Manuale di diritto penitenziario*2, Milano-Padova 2024. Per un *excursus* sul profilo rieducativo della pena, oltre a quanto si dirà nel proseguo, cfr.,

E, del resto, se si segue la logica pocanzi illustrata per il tramite del film di Campanella, chi ha offeso è destinato a diventare il *nulla*: un insignificante non essere, costretto – *rectius*, ristretto – a vivere "anni pieni di niente", senza alcuna possibilità di riscatto né, tantomeno, di reinserimento sociale.

Procedendo in questi termini, della città[28], comunità per antonomasia, il carcere diventa un *non luogo* di catarsi dal male[29], «isolato ed impermeabile alla società esterna»[30], nel quale *raccogliere* tutto quel *nulla* che con l'uomo, l'uomo giusto, non ha e non deve più avere niente a che fare.

In tal senso, l'istituto penitenziario[31] assume, peraltro, un fine del tutto inedito: vale a dire quello di promuovere un annullamento non solo sociale, bensì anche, e soprattutto, umano del detenuto[32].

in particolare, il successivo § 4, v., per tutti, la recente collettanea A. Menghini - E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento 2022.

28 Cfr., recentemente, sulla possibilità di parlare di «un diritto penale dei luoghi», R. Palavera, *La colpa, la giustizia e gli occhi delle mura. Appunti di un penalista in cammino per le vie della città*, in C. Faralli – M. P. Mittica (a cura di), *Narrazioni degli spazi urbani: attori, luoghi, rappresentazioni. Una prospettiva di* Law and Humanities*. Atti del X Convegno Nazionale della ISLL – Università di Napoli "Federico II"*, 2024, 1-18. Più in generale, sulla città quale «laboratorio di socialità e banco di prova per modelli di governance che non ignorino i fondamentali della politica criminale», v., per tutti, A. Bondi, *Città insicure*, in Jus 3 (2023) 114-132, 125 ss.

29 «Dalla prospettiva della società, l'idea di recludere, segregare, dividere, nella sostanza escludere, se non eliminare, consente di realizzare quell'antica *operazione di catarsi e purificazione dal male* che è sempre esistita e sempre esisterà in una società. [...] Operazione da cui scaturiscono a cascata tutta una serie di conseguenze divisorie, fino a riscontrare al fondo addirittura la logica del capro espiatorio, per cui tutto il male della società finisce per essere convogliato su alcuni soggetti come espressione del male. Senza considerare che la stessa giustizia penale è spesso strumentalizzata proprio con la finalità di eliminare "avversari", non solo politici, ma a tutti livelli (familiari, lavorativi, etc.), nelle più disparate vicende e per le più disparate ragioni» (R. Bartoli, *Riflessioni su carcere e città a partire dal film Ariaferma*, in Sist. pen. 7 agosto 2024, 4 s., enfasi aggiunte).

30 G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione*, in Sist. pen. 9 luglio 2025, 15.

31 «i muri della cella assorbono e silenziano ogni sofferenza fisica e morale; isolano nella promiscuità; svuotano il tempo del suo valore esistenziale in ragione della minuziosa regolamentazione della vita in cattività. La situazione, da tempo precaria, è oramai precipitata nell'indifferenza dei più. Gli istituti di pena sono luoghi di malessere, malattia, abbandono da parte delle altre istituzioni. Il loro sovraffollamento aggiunge alla pena un coefficiente di afflizione non previsto dalla legge» (F. Giunta, *Note minime sul carcere*, in disCrimen 1 (2025), 179-182, 179, il quale non esita a definire il carcere come «un'istituzione al collasso, [che] funziona male e si connota per plurimi profili di incostituzionalità: è degradante anziché dignitoso; inumano anziché personalistico, criminogeno anziché rieducativo»).

32 Sicché, «dalla prospettiva del singolo, il carcere significa anzitutto dissoluzione delle proprie relazioni: affetti, casa, lavoro, società, tutto ciò che è esterno a sé ma a sé riconducibile rimane fuori. Ma nel momento in cui si entra in carcere, nei confronti del singolo accade molto di più, ovvero la totale perdita di autonomia sulla propria esistenza e quindi nella sostanza una separazione oltre che dagli altri, anche da se stessi, per cui la maggior parte della propria vita è condizionata dal dominio esercitato da altri» (R. Bartoli, *Riflessioni su carcere e città* cit., 5).

Tradotto in questo *non luogo*, il condannato viene, infatti, spersonalizzato[33] e anonimizzato[34] tanto per mano dell'isolamento della reclusione quanto per via della promiscuità[35] che di quest'ultima rappresenta, ormai, una cronica modalità di esecuzione[36].

Il momento detentivo si riduce, in sostanza, a un insieme di «tanti passaggi [fisici e psicologici] di separazione che progressivamente determinano nella sostanza una segregazione e quindi una separazione pressoché totale dalla società, dalle persone e, infine, da sé stessi, con la conseguenza che esso annienta, più che limitare, non solo e non tanto la libertà personale da intendersi come libertà di

33 Cfr., recentemente, sul punto, L. Risicato, *Un penale senza diritto. Note su Arancia meccanica di Stanley Kubrick*, in Criminalia (2023) 299-305, 303, per la quale «la pena carceraria rappresenta, poi, il più elevato fattore di "de-personalizzazione" delle conseguenze sanzionatorie, specie laddove obiettivi di difesa sociale trasfigurino il singolo nello strumento materiale di politiche di deterrenza».

34 Cfr., in questi termini, M. Palma, *Le parole della privazione della libertà*, in Dir. pen. proc. 1 (2024) 5-9, 6.

35 «[L]a realtà [carceraria] è fatta di promiscuità fra imputati e condannati definitivi; di strutture che oscillano fra nanismo e gigantismo; che in buona parte risalgono all'800, quando non al medioevo. Sullo sfondo vi è una politica criminale che indulge alla domanda di carcere (spesso solo annunciata) come risposta mediatica all'insicurezza» (G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 10). Denuncia l'insostenibilità della situazione carceraria odierna l'Associazione Antigone la quale, nel suo consueto *Report* di fine anno sulle condizioni delle carceri, rileva che «al 16 dicembre 2024, in Italia erano 62.153 le persone detenute, a fronte di una capienza regolamentare di 51.320 posti. Di questi posti, però, 4.462 in effetti non erano disponibili, per inagibilità o manutenzioni, e dunque la capienza effettiva scende a circa 47.000 posti, ed il tasso di affollamento effettivo arriva al 132,6%»; nondimeno, «si tratta appunto di un dato di affollamento medio. A San Vittore a Milano l'affollamento effettivo ha raggiunto il 225%, a Brescia Canton Monbello il 205%, a Como e a Lucca il 200%, a Taranto il 195% e a Varese il 194%» (Associazione Antigone, Report *di fine anno 2024*, in *www.antigone.it* 23 dicembre 2024, 1. Della medesima associazione, in argomento, v., altresì, *"Senza respiro"*, *XXI Rapporto sulle condizioni di detenzione*, 29 maggio 2025).

36 In questo modo, il carcere finisce per identificarsi «in due "prove" – nel senso di *passiones* – fondamentali per il detenuto: la "solitudine" e la "promiscuità". La prima è duplice, consistendo in un elemento necessario, costitutivo dell'istituzione penitenziaria, ossia l'isolamento del detenuto dalla società libera, e in un elemento eventuale e comunque mai continuativo, tranne rare eccezioni, ossia l'isolamento del detenuto nel carcere stesso (si pensi alle misure adottabili *ex* artt. 33 o 41-*bis* o.p.); la seconda [...] si è immediatamente rivelata immancabile, inevitabile nelle carcere reali, per soverchianti ragioni economiche: i detenuti vengono stipati nelle celle, gli spazi di intimità sono ridotti ai minimi termini, la convivenza forzata è un connotato qualificante della pena carceraria moderna» (D. Bianchi, *Le pene sostitutive*, Torino 2024, 5 s.). Cfr., rispetto al sovraffollamento quale fenomeno ormai endemico della stragrande maggioranza degli istituti penitenziari italiani, il *Dossier* dell'Associazione Antigone, *Le carceri scoppiano*, in *www.antigone.it*, 23 luglio 2024, in cui, tra le altre cose, si segnala che «l'Italia viene sistematicamente condannata, dai suoi stessi tribunali, a indennizzare i detenuti per violazione dell'art. 3 della CEDU, essenzialmente per la mancanza di spazio vitale in cella, più che ai tempi della sentenza Torreggiani [N.d.A. pronuncia del 2013]. In quel caso si parlava in totale di circa 4.000 ricorsi pendenti, con potenziale esito positivo, oggi siamo ad oltre 4.000 ricorsi accolti ogni anno. L'accoglimento di questi ricorsi è un segno evidente ed innegabile dell'invivibilità delle nostre carceri, e si tratta di numeri che sottostimano il fenomeno, dato che non abbiamo purtroppo dati rispetto ai ricorsi accolti dai tribunali civili» (*ivi*, 3).

movimento, ma nel concreto pressoché tutti i diritti della persona»[37], compreso quello di *essere una persona*[38].

In questo processo di decostruzione dell'individuo il silenzio assume un duplice ruolo, a seconda che lo si consideri parte della pena – il silenzio *nel* carcere – o una sua conseguenza – il silenzio *sul* carcere.

Per quanto attiene al primo profilo, il silenzio *nel* carcere rappresenta della *poena*[39] un elemento di staticità e fissità tale da pregiudicare qualsivoglia possibilità di re-inserimento del reo, atteso che ogni dimensione progettuale, così come ciascuna istanza rieducativa, per essere realmente effettiva, necessita di un dialogo e di una interazione con l'*altro* – oltre che con l'esterno.

Svuotata di ogni sua componente programmatica, in effetti, la sanzione si riduce, «relativamente all'offesa, [a] un corrispettivo (se si vuole, *simbolico*), tutto concentrato nella pronuncia della condanna: che, nondimeno, si sostanzierà in un vissuto temporale di patimento per il trasgressore»[40] e, cioè, in quegli "anni pieni di niente" promessi da Morales a Gómez[41] per il tramite dei quali la pena è soltanto «unilateralmente inflitta e unilateralmente sofferta»[42].

Niente di più, molto di meno.

37 R. Bartoli, *Riflessioni su carcere e città* cit., 4.

38 In altri termini, la pena carceraria non è soltanto un fatto di privazione della libertà personale, ma, in senso ben più profondo, «è perdita della – elementare – libertà di locomozione, associata ad una compressione fortissima delle dimensioni più profonde della persona umana: libertà di scelta, libertà di relazionarsi agli altri, diritto di esprimere la propria personalità nelle formazioni sociali a partire da quelle "nucleari", riservatezza e dignità. *Il carcere, strutturalmente, comporta una quota importante di disconnessione della persona dall'io e dal tu*» (D. Bianchi, *Le pene sostitutive* cit., 6, enfasi aggiunte). In definitiva, «il carcere non priva soltanto della libertà personale, ma di tutti i diritti, soprattutto se poi la privazione consiste nel chiudere in una cella oltretutto angusta e fatiscente, come avviene oggi, dopo l'eliminazione della sorveglianza dinamica. Diritti che volenti o nolenti restano nella stragrande maggioranza dei casi privi di effettiva tutela e dove non c'è tutela giurisdizionale dei diritti, i diritti non esistono» (R. Bartoli, *Oltre il carcere*, in disCrimen 20 maggio 2025, 3).

39 Sul significato etimologico della parola «pena», v., per tutti, U. Curi, *I paradossi della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen. 3 (2013) 1073-1086, nonché, più recentemente, G. Forti - S. Petrosino, *Logiche follie. Sacrifici umani e illusioni della giustizia*, Milano 2022.

40 L. Eusebi, *Tempo e pena carceraria*, in La Nuova Giuridica 2 (2024) 1-18, 5.

41 «Per l'esecuzione della pena detentiva sia consentito il ricorso a una metafora che, seppure azzardata, nondimeno pare efficace: proprio come nella teoria della relatività ristretta, all'interno dei penitenziari lo spazio si contrae e il tempo si dilata. Affollamento, promiscuità, scarsa igiene, orari rigidi, regole fisse, ripetitività dei giorni (resi vuoti dalla scarsa offerta di opportunità di risocializzazione o di lavoro) fanno della pena detentiva un lasso di tempo percepito diversamente da quello della vita attiva, proprio come avveniva sulla montagna di Davos. La clessidra della pena detentiva deposita più lentamente la polvere nel bulbo inferiore, destinato a riceverla, rispetto a quella della vita attiva» (G. Mannozzi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico* cit., 209).

42 L. Eusebi, *Tempo e pena carceraria* cit., 6. D'altronde, una pena così concepita «non implica alcun profilo dialogico, circa i suoi contenuti, tra ordinamento giuridico e autore del reato, né con riguardo ai rapporti personali e sociali su cui quest'ultimo abbia inciso. Il dialogo, infatti, si sostanzia in un succedersi di gesti e di parole, cioè in un tempo relazionale [...] non compatibile rispetto alla pena predefinita, in forma di corrispettivo, nell'istante della condanna».

E se la previsione di una mera *sottrazione di tempo*[43] non offre al condannato alcuna effettiva possibilità di reinserimento nella comunità, nemmeno pare idonea «a *gestire*, attraverso i suoi contenuti, l'impatto del reato nelle relazioni umane e sociali sulle quali abbia inciso»[44].

Della *molecola criminale*[45] vengono, in tal modo, ampiamente ignorate le componenti che trascendono l'illecito in senso stretto e anche la vittima riceve una attenzione soltanto riflessa, per così dire collaterale a quella dedicata al reo.

In altri termini, ci si dimentica che la realizzazione dell'illecito deve necessariamente essere inserita «nel contesto dinamico che caratterizza tutti i fatti umani, vale a dire nella trama multiforme di elementi soggettivi ed esterni che si succedono, concorrendo sia all'adozione della condotta penalmente significativa e al prodursi, quando rilevi, dell'evento naturalistico offensivo, sia all'impatto del reato stesso sulla tenuta dei vincoli di convivenza sociale e sul vissuto delle eventuali vittime»[46].

D'altronde, se il reato rappresenta «un fatto umano "personale" in quanto imputabile con colpevolezza al suo autore», al contempo, lo stesso è, altresì, «un fatto personale in quanto accade 'tra persone'», nonché «un fatto 'sociale' che coinvolge, accanto a colpevoli e offesi, la collettività intera e le agenzie del controllo, fino al legislatore. Il crimine è dunque *simultaneamente* un accadimento individuale, interpersonale, sociale e normativo»[47].

A riguardo, la dimensione molecolare del reato può, allora, dirsi valorizzata da «una progettazione sanzionatoria mirante [...] a favorire una recuperata adesione, da parte dell'autore di reato, al rispetto dei precetti penali: attraverso impegni positivi nei confronti dei beni offesi e, in genere, impegni che appaiano in grado di promuovere una riconciliazione del medesimo autore con la comunità sociale e con le vittime dirette o indirette»[48], onde restituire al «soggetto

43 L. Eusebi, *Tempo e pena carceraria* cit., 5.

44 L. Eusebi, *«Gestire» il fatto di reato* cit., 226.

45 «Nella molecola abbiamo dunque la rappresentazione grafica del tipico microcosmo criminale, caratterizzato dalla commissione di un fatto che si dice "crimine", da parte di un soggetto che chiamiamo "reo" ai danni di un altro soggetto (persona fisica o entità superindividuale) che denominiamo "vittima" e in relazione al quale, prima, durante e dopo, direttamente o indirettamente, si attiva qualche forma di "controllo sociale", con l'intervento delle c.d. "agenzie" [di controllo]» (G. Forti, *L'immane concretezza*, Milano 2003, 288, e 287 ss., diffusamente, per una approfondita disamina della dimensione molecolare del fenomeno criminale).

46 L. Eusebi, *Tempo e pena carceraria* cit., 3.

47 C. Mazzucato, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale* cit., 104.

48 L. Eusebi, *Teoria ed empiria della prevenzione generale*, in Criminalia (2023) 139-152, 147 s.

la comunità e alla comunità il soggetto, con il suo contributo insostituibile di giustizia e di prevenzione»[49].

In questa prospettiva, chi ha commesso il crimine, lungi dal rivelarsi un ostacolo alla giustizia, finisce per diventarne testimone e, soprattutto, autore, visto che *fare giustizia* altro non significa se non «agire *per rendere giuste o tornare 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»[50].

Diversamente, il silenzio *sul* carcere si sostanzia nel disinteresse che buona parte della collettività, istituzioni e operatori giuridici compresi[51], rivolge tanto alle condizioni degli istituti penitenziari – luoghi, ormai, *di* pena, anziché di esecuzione di una pena[52] –, quanto a un serio investimento in misure di prevenzione primaria: vale a dire il ricorso a strumenti in grado di contrastare quei fattori criminogeni «che fungono da elementi facilitatori»[53] dell'agire criminale e la cui repressione ridurrebbe, del resto, la stessa – asserita – necessità di ricorrere all'incarcerazione.

Un disinteresse reso, peraltro, ancora più insostenibile dal «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»[54].

49 R. Palavera, *Brevi scorsi di orizzonte. Disseminazione dei contenuti di facere e occasioni di una loro sistematizzazione da parte del legislatore delegato, in attesa di pene prescrittive principali*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1 (2022) 333-342, 339.

50 L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo*, in disCrimen 27 marzo 2025, 6.

51 «Si pensi al codice penale che parla di pene detentive e non di pena carceraria, come se il carcere si limitasse a privare della libertà. Ma si pensi anche agli operatori del diritto, ai magistrati, agli avvocati, e agli accademici, che nel gestire per l'appunto la pena detentiva faticano a vedere il vero volto del carcere, creando una sorta di occultamento, se non un inganno» (R. Bartoli, *Oltre il carcere* cit., 1).

52 Dimenticandosi, in tal modo, che «la privazione della libertà *è* la *sanzione* e non la *condizione* per sanzionare» e che «si va in carcere perché si è puniti, non per essere puniti» (M. Palma, *Isolare e segregare, residuo del supplizio*, in Antigone XVIV N. 1 (2024), 70).

53 L. Eusebi, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in Criminalia (2015) 467-484, 471.

54 L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 4. Numero di suicidi che, nei primi mesi del 2025, stando al *Dossier* dell'Associazione Antigone, è già pari a 20, cui si aggiungono ulteriori 48 morti in carcere per motivi diversi dal suicidio (Associazione Antigone, *La questione carceraria. La condizione tragica dei detenuti richiede interventi urgenti*, in *www.antigone.it*, 20 marzo 2025).

Drammi umani che si sommano a quelli di una istituzione, il carcere, figlia di una *rivoluzione tradita*[55], ciclicamente sull'orlo del collasso[56], e che, ben distante dal rappresentare un *laboratorio di speranza*[57], è passata dal *dover essere* presidio di legalità all'*essere* un catalizzatore di conclamata illegalità[58], nonché «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»[59] e sovente foriere di nuovi impulsi a delinquere.

E ciò, benché sia, ormai, cosa nota 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»[60].

Anestetizzarsi dal male[61] isolandone il responsabile – o presunto tale – se, da un lato, si rivela un modo alquanto maldestro, oltre che velleitario, di sempli-

55 Se, da un lato, «la *rivoluzione promessa* è rappresentata dall'articolo 27 3° comma della Costituzione ("Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"); dalla giurisprudenza costituzionale e dalla CEDU; dalle carte internazionali; dall'ordinamento penitenziario con le successive modifiche e applicazioni, fino al regolamento penitenziario del 2000 e alle più recenti raccomandazioni del Consiglio d'Europa. [Dall'altro,] La *rivoluzione tradita* è dimostrata dalla realtà quotidiana del nostro sistema penitenziario, nonostante alcune eccezioni e l'impegno di molti che in quel sistema lavorano con sacrifici certo maggiori delle soddisfazioni» (G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 10).

56 Cfr., in argomento, recentemente, E. Tidu, *La rinascita di un diritto penale illiberale? Il decreto-legge n. 92/2024 e il decreto-legge n. 48/2025: criticità e spunti per arginare la deriva securitaria*, in Arch. pen. (online) 10 luglio 2025, per la quale, attualmente, «assistiamo alla fase ascendente nell'anaciclosi di un fenomeno – la crisi del sistema penitenziario – che si pone quale esito ineluttabile di una stratificazione normativa inidonea a prevenire (prima) e ad arginare (poi) le ingenti fallacie del sistema» (*ivi*, p. 1 s.).

57 Espressione ripresa da Papa Francesco, *La speranza non delude mai*, Casale Monferrato 2024, il quale auspica che le carceri diventino «laboratori di speranza», anziché meri luoghi di indifferenza e reclusione. Pensiero recentemente ripreso e sviluppato da Flick, secondo cui «il carcere deve essere un luogo dove si coltiva il futuro, non un limbo dove si soffoca la vita. La sfida è enorme, ma non possiamo permetterci di perdere la speranza» (G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 3).

58 Cfr., in questi termini, G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 11, per cui «quella del carcere è una situazione di illegalità conclamata del nostro paese, dove il sovraffollamento ha carattere non contingente, bensì strutturale ed è legato alla identificazione quasi assoluta fra pena e carcere. Quella identificazione è invece esclusa dall'articolo 27 della Costituzione, che parla esplicitamente di "pene"».

59 L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 4.

60 L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 5.

61 Nell'odierno sistema carcerario prevale, insomma, «la rimozione del problema (e dell'obiettivo) [anziché la sua risoluzione (e rieducazione)], con l'esclusione del diverso (clandestino, tossicodipendente) attraverso un carcere divenuto "discarica sociale". Prevale l'illusione di una *pax* carceraria patogena e criminogena, i cui unici obiettivi (più volte mancati) sembrano solo l'assenza di fughe, rivolte, autolesionismi, suicidi; o almeno il loro contenimento» (G. M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 10).

ficare la ben più complessa e impegnativa gestione dell'illecito, dall'altro, nemmeno permette di svolgere alcuna riflessione in ordine al *come punire*: ossia la possibilità di ipotizzare sanzioni che, fin dalla loro determinazione dinanzi al giudice di cognizione, costituiscano una alternativa prescrittiva capace di superare il rigido binomio pena detentiva – pena pecuniaria.

Il che comporterebbe l'affermazione di un catalogo di pene principali all'interno del quale la misura carceraria è soltanto *una* delle possibili modalità di esecuzione della condanna cui si dovrà, però, ricorrere in termini di *extrema*, anziché unica, *ratio*[62].

Al contempo, bisogna, altresì, evitare che l'impiego del diritto penale, quale ne sia la configurazione, finisca per rappresentare l'unico strumento di contrasto al fenomeno criminale, onde se no vanificare un'effettiva opera di prevenzione: quest'ultima, infatti, può realmente perseguirsi solo per il tramite di una visione politico-criminale multidisciplinare, capace, cioè, di coinvolgere nella sua azione l'intero ordinamento giuridico.

Sicché, occorre, in primo luogo, predisporre «una politica di contrasto, soprattutto economico, dei comportamenti illeciti che non passa primariamente per il diritto penale, bensì attraverso una progettazione la quale investe altri settori del diritto, e che incide su interessi. E si tratta di creare sensibilità, a tal proposito, nell'opinione pubblica: evitando di lasciar credere che i problemi vengano risolti automaticamente dal diritto penale e dalle pene»[63].

Tuttavia, una grammatica *del* punire alternativa a quella cui finora si è inteso fare ricorso sembra destinata a non trovare spazio nel contesto odierno, atteso il seguito che misure asseritamente vocate alla "tolleranza zero" – di cui il d.l. 11 aprile 2025, n. 48[64], recentemente convertito nella legge 9 giugno 2025 n.80[65], è soltanto l'ultima "progenie" – sono capaci di riscuotere nell'*hic et nunc* collettivo.

62 In argomento, v., diffusamente, R. Bartoli, *Il carcere come* extrema ratio*: una proposta concreta*, in Dir. pen. cont. 4 (2016) 4-16.

63 L. Eusebi, *Superare la visione di una giustizia fondata sul modello della bilancia*, in disCrimen, 2020, 2.

64 Rispetto al quale v., per tutti, E. Tidu, *La rinascita di un diritto penale illiberale? Il decreto-legge n. 92/2024 e il decreto-legge n. 48/2025* cit., 1 ss. e, in particolare, 35 ss.; G. Losappio - A. Manna (a cura di), *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del* Webinar *del 30 maggio 2025*, in Sist. pen. 11 luglio 2025. F. Palazzo, *Decreto sicurezza e questione carceraria*, in Sist. pen. 1 maggio 2025, nonché E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in Sist. pen. 15 maggio 2025. In generale, circa l'opportunità di ricorrere alla decretazione d'urgenza per introdurre nuove fattispecie incriminatrici nonché, più in generale, sull'accentuato rischio che così facendo si alimenti ulteriormente una legislazione panpenalistica tanto massiva quanto di massa, v., per tutti, il Comunicato promosso dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, del 9 aprile 2025, consultabile sul sito dell'associazione (*www.aipdp.it*).

65 Rispetto alla disamina della quale, oltre ai contributi citati nella nota precedente, si rinvia, altresì, alla Relazione n. 33/2025 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, 23 giugno 2025.

Senza approfondire oltre l'aspettativa, forse folkloristica, senz'altro demagogica[66], di tutela generalmente attribuita a siffatte misure, è sufficiente evidenziare come anche l'apertura a una gestione dell'esecuzione penale fin da principio partecipata, progettuale ed extra-muraria, pur parzialmente avallata[67] dall'introduzione dei programmi di giustizia riparativa[68] – sulla cui effettiva attuazione molto resta, ancora, da fare[69] –, non sia stata del tutto accolta nemmeno per il tramite delle pene sostitutive.

Tra di esse, infatti, non si è voluto inserire la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, «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»[70].

66 Cfr., in argomento, recentemente, e proprio con riferimento al già ricordato d.l. n. 48/2025, M. Papa, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?*, in Sist. pen. 26 maggio 2025.

67 Il riferimento è chiaramente al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. "Riforma Cartabia").

68 E, invero, a riguardo, il rischio è che l'affermazione di simili programmi, senz'altro propedeutici a uno sviluppo ordinamentale della giustizia riparativa, finisca per diventare un «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)» (L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 1. In argomento, v., altresì, A. Menghini, *Carcere e Costituzione*, Trento 2022, 491 ss.). Gli stessi programmi di giustizia riparativa, del resto, per risultare realmente effettivi ed efficaci impongono «una riflessione profonda sulla necessità di rivedere il tradizionale ruolo dell'avvocato, ruolo che non può più restringersi esclusivamente al processo in senso stretto e puramente tecnico», ma che diviene cruciale per la stessa gestione dei programmi. D'altronde, «se il fine della giustizia è anche quello di regolare le relazioni sociali, creare un tessuto sociale di civile convivenza e ripristinare gli equilibri delle relazioni personali attraverso la ricomposizione dei conflitti, allora la giustizia riparativa è sicuramente lo strumento di diritto più utile a dare al processo un senso e un'efficacia ulteriore e diversa dal mero accertamento del fatto e dalla commisurazione della pena» (A. Calcaterra, *Il nuovo ruolo dell'avvocato tra giustizia riparativa e trattamenti sanzionatori alternativi alla pena ed al processo*, in Sist. pen. 6 maggio 2025, 1 e, poi, 10).

69 Sul punto, in termini più generali, v., per tutti, M. Gialuz, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"*, in Dir. pen. proc. 3 (2023) 357-363, nonché, più recentemente, per un quadro sull'attuale stato dell'arte della giustizia riparativa in Italia, v., per tutti, M.E. Mastrojanni, *La creazione della rete dei servizi per la giustizia riparativa. Una sfida complessa*, in A. Menghini - E. Mattevi (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale*, Trento 2025, 273.

70 L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 3. Sulla problematica dei c.d. liberi sospesi, v., recentemente, per tutti, F. Fiorentin, *La crisi sistematica dell'esecuzione penale e la problematica dei*

E, del resto, come si è in parte anticipato, oltre a rappresentare un punto di partenza verso l'affermazione di un inedito modello sanzionatorio a trazione umanistica, la previsione dell'affidamento in prova sostitutivo avrebbe, altresì, potuto giovare anche sul piano del carico processuale.

Appare, infatti, ragionevole supporre che, «ove il condannato potesse considerare accettabile, già all'esito del primo grado di giudizio, un piano di affidamento in prova definito secondo il regime delle pene sostitutive, ne risulterebbe limitato il contenzioso successivo: posto che simile regime attribuisce per la prima volta al condannato stesso uno spazio di interlocuzione e di proposta sul programma sanzionatorio, permettendo la separazione temporale, secondo la logica (innovativa per l'Italia) di un processo *bifasico*, tra il momento della pronuncia sulla colpevolezza e quello della pronuncia sulle conseguenze sanzionatorie»[71].

Una scelta, quest'ultima, soltanto in parte mitigata dalla peculiare elasticità applicativa accordata alla detenzione domiciliare sostituiva che, come noto, contempla «una permanenza extra-domiciliare giornaliera del condannato di quattro ore, estendibili a dodici, con relative prescrizioni: opportunità la quale – se adeguatamente sfruttata [...] – potrebbe offrire al condannato vantaggi significativi: evitare comunque il rischio di una detenzione dopo la condanna definitiva, insieme a quello di un'incertezza pluriennale sul tipo di conseguenza sanzionatoria»[72].

Nondimeno, sia sul piano culturale sia su quello prettamente politico-criminale non si scorgono all'orizzonte segnali di una possibile inversione di tendenza, considerato come anche la più recente legislazione occorsa in materia, vuoi per una cronica induzione al procacciamento di consenso immediato, vuoi per una certa *bulimia punitiva*[73], abbia preferito fondare l'autorevolezza – *rectius*, auto-

liberi sospesi, in Sist. pen. 8 maggio 2025.

71 L. Eusebi, *Modelli della giustizia e ruolo del carcere*, in Studi Urbinati in corso di pubblicazione, paragrafo 3, 3 dattil. In precedenza, per un approfondimento sul tema della bifasicità, v., per tutti, P. Comucci, *Attualità del processo bifasico*, in Aa.Vv., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Vol. II, Milano 2000, 105 ss.

72 L. Eusebi, *Modelli della giustizia e ruolo del carcere* cit., paragrafo 3, p. 3 dattil.

73 G. Fiandaca, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in Il Foglio 21 marzo 2025, che ritiene «la bulimia punitiva strumentale al consenso [...], per lo più, priva di reale efficacia preventiva e destinata a una prevalente funzione simbolica». Del resto, «più reati e più pene, tanto più se privi di comprovabile giustificazione, oltre ad accrescere il potere dei pubblici ministeri [...] e a ingolfare ulteriormente la macchina giudiziaria e gli uffici della magistratura di sorveglianza, finiscono – e queste sono le conseguenze più preoccupanti – col provocare inutili sofferenze ed effetti dannosi di varia natura non solo alle persone in carne e ossa sottoposte a pena ma anche alle loro famiglie. Senza contare lo spreco di risorse economiche e umane necessarie per gestire l'apparato punitivo e che, piuttosto, andrebbero meglio destinate a strumenti di intervento di ben altra natura».

rità – dei propri interventi su un diritto penale fondamentalmente retributivo e repressivo[74], anziché vagliare soluzioni alternative e di respiro multidisciplinare.

Così, esemplificando, per contrastare il degrado in cui versano la stragrande maggioranza delle carceri italiane, il legislatore, per il tramite del già ricordato d.l. 11 aprile 2025, n. 48 (ora l. 9 giugno 2025, n.80), piuttosto di intervenire sulle possibili cause alla sua origine – sovraffollamento, condizioni igienico-sanitarie estreme, strutture fatiscenti etc. – ha preferito concentrarsi soltanto su quelle che possono esserne le conseguenze, incrementando le pene previste per le proteste dei detenuti negli istituti carcerari[75].

L'ultimo – *rectius*, ennesimo – "decreto sicurezza", oltre a prevedere una nuova circostanza aggravante comune di istigazione a disobbedire alle leggi «commessa all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute» (art. 415 c.p.), introduce, infatti, l'inedita fattispecie di «rivolta all'interno di un istituto penitenziario» (art. 415 *bis* c.p.[76]), con la quale si intende reprimere, in modo tanto severo quanto generico, la *partecipazione*, a qualsiasi titolo, di tre o più detenuti a una rivolta e il compimento

74 D'altra parte «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'attrattività 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» (L. Eusebi, *Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo* cit., 7).

75 F. Palazzo, *Decreto sicurezza* cit., 5.

76 Il cui testo recita:

1. Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, commessi da tre o più persone riunite, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza.

2. Coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta sono puniti con la reclusione da due a otto anni.

3. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo comma e da tre a dieci anni nei casi previsti dal secondo comma.

4. Se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a dodici anni nei casi previsti dal secondo comma; se, quale conseguenza non voluta, ne deriva la morte, la pena è della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a diciotto anni nei casi previsti dal secondo comma.

5. Nel caso di lesioni gravi o gravissime o morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti.

di atti di violenza, minaccia o di resistenza, anche passiva, «all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza»[77].

Siffatto implemento sanzionatorio, altresì aggravato dalla scelta di inserire l'art. 415 *bis* c.p. tra i reati c.d. "ostativi" di cui all'art. 4 *bis* dell'ord. pen., del resto, nemmeno colma un eventuale vuoto di tutela nei confronti dei beni giuridici dell'ordine e della sicurezza carceraria, atteso che sia l'istigazione a disobbedire alle leggi sia gli atti di violenza, minaccia e resistenza commessi negli istituti penitenziari già potevano punirsi ricorrendo agli articoli 415 c.p., 336 c.p., 337 c.p., nonché, con riferimento alla specifica ipotesi della resistenza passiva, all'art. 41 ord. pen.

La giustificazione di questa ulteriore *stretta* potrebbe, allora, rivenirsi nel ritenere, a priori, il carcere «un naturale focolaio di potenziale violenza. E ciò non solo a causa della concentrazione in uno stesso spazio ristretto di uomini [talora] inclini alla violenza, ma anche e soprattutto a causa della stessa condizione di cattività in cui si trovano a vivere i reclusi, in condizioni di vita che conducono fatalmente o verso atteggiamenti di passività e annientamento della personalità oppure verso l'esasperazione dell'insofferenza, della sopraffazione e della violenza verso i propri simili.

Una *ratio* giustificatrice, questa del focolaio di violenza presente in carcere, che potrebbe trovare un suo speciale rafforzamento in situazioni contingenti di esasperazione dell'effetto criminogeno del carcere in quanto particolarmente degradate, come sono attualmente»[78].

Senonché, *corrispondere* alla violenza del carcere una tanto riflessa quanto aritmetica e reciproca violenza istituzionale, altresì «assegnando un'eccentrica

77 Per un commento della disposizione, così come contemplata nel d.d.l. 1660/C, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario", v., per tutti, C. Pasini, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in Sist. pen. 5 (2024) 121-134. Sull'argomento, giova, per completezza, segnalare che «nel passaggio dal disegno di legge al decreto-legge, è stata specificata la tipologia degli ordini rilevanti (devono essere in gioco l'ordine e la sicurezza nell'istituto), una tipologia di ordini che non incontrava limiti nella versione originaria del provvedimento. [In ogni caso, resta] [...] comunque aberrante che la rivolta possa realizzarsi mediante la mera *mancata esecuzione di un ordine*: detto diversamente, che la rivolta possa concretarsi nel *non obbedire*» (E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro* cit., 2, il quale, in nota al testo (cfr. nota n. 16), evidenzia come il suindicato decreto, nel porsi in aperta controtendenza rispetto ai principi alla base della legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, «echeggia il regolamento penitenziario del 1931 (r.d. 18 giugno 1931, n. 787)», all'interno del quale, tra le altre cose, veniva previsto che «"quando non è obbligatorio il silenzio, i detenuti debbono parlare a bassa voce" (art. 82), che "per rispondere a domande o per dare spiegazioni alle persone incaricate della sorveglianza... i detenuti sono obbligati a parlare a bassa voce" (art. 84) e che "sono assolutamente proibiti i canti, le grida, le parole scorrette, le domande e i reclami collettivi" (art. 86): peraltro, il legislatore fascista non aveva avvertito l'esigenza di prevedere delitti di rivolta analoghi a quelli introdotti nel 2025».

78 F. Palazzo, *Decreto sicurezza* cit., 6.

rilevanza penale alla geolocalizzazione del reato»[79], altro non significa se non raddoppiare *quel negativo* originato dall'illecito, precludendosi «deliberatamente l'unica strada dotata di qualche possibile efficacia, che è quella di agire sulle cause di quel potenziale di violenza e cioè sulle condizioni della vita carceraria»[80].

Un'altra – e, nel caso, ancor più inquietante – ragione sottesa a siffatto rafforzamento sanzionatorio potrebbe, invero, ravvisarsi «nell'atteggiamento ideologico nutrito dal legislatore nei confronti dell'universo carcerario», vale a dire nella volontà di attribuire una tutela privilegiata all'ordine e alla sicurezza nell'istituzione penitenziaria in luogo degli altri diritti e beni in gioco, riconoscendo ai primi «un ruolo e un significato preponderante» rispetto ai secondi.

Sicché, «nel bilanciamento dei valori, ordine e sicurezza prevalgono in quanto vengano concepiti come quelli connotativi del carcere quale luogo di rigore correzionale fisico e morale, cui possono essere sottoordinati sia quello della finalità della pena che quello dei diritti individuali»[81].

Così inteso, il carcere diventerebbe, quindi, «un ordinamento "sezionale" autonomo da quello generale e ispirato invece ai principi ordinamentali delle istituzioni totali, in quanto tali sottratte alla disciplina comune»[82].

Una visione, quest'ultima, particolarmente distante da quanto auspicato in sede costituzionale per il tramite dell'art. 27, co. III, Cost., ma del tutto in linea con l'idea che il reo, insieme ai suoi bisogni e diritti, debba essere ridotto al silenzio e all'insignificanza: vale a dire a una entità soltanto da *gestire* e *neutralizzare*, non più da ascoltare, tutelare né, tantomeno, provare a rieducare.

Ritorna, allora, in modo ancor più puntuale – e, altrettanto, scomodo – l'interrogativo sollevato in *Uomini e no* da Vittorini e che anche il film di Campanella non si esime, a suo modo, dal provare ad affrontare: chi ha offeso, che cos'è?

Un mucchio di carne, un insieme di libbre da affastellare, come si può e come si riesce, in una cella fatiscente, traboccante di silenzio, promiscuità[83] e

79 F. Febbo, *Il diritto penale del "tipo normativo del luogo"*, in G. Losappio – A. Manna (a cura di), *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del* Webinar *del 30 maggio 2025*, in Sist. pen.,11 luglio 2025, 17.

80 F. Palazzo, *Decreto sicurezza* cit., 6.

81 F. Palazzo, *Decreto sicurezza* cit., 6 s.

82 F. Palazzo, *Decreto sicurezza* cit., 7.

83 «Tanto più che le condizioni di sovraffollamento: a) incidono negativamente sulla capacità della pena di adempiere al suo fine costituzionale, cioè la rieducazione, riducendo la recidiva; b) gravano anche su quanti, da presunti innocenti, si trovano in carcere in custodia cautelare; c) compromettono la sicurezza all'interno degli istituti; d) complicano il lavoro degli educatori; e) pregiudicano l'assistenza sanitaria e psicologica impedendo agli operatori di intercettare le situazioni di disagio e di fragilità». D'altra parte, «la soluzione al sovraffollamento carcerario non può [...] risiedere solo nell'aumento dei posti in carcere. Basti pensare che nell'ultimo anno i detenuti sono cresciuti di quasi 1.200 unità e che la capienza media di un carcere è di 300 posti: solo per non aggravare il sovraffollamento occorrerebbe aprire circa 4 nuovi penitenziari all'anno» (G.L. Gatta - C. Parodi - F. Petrelli, *Sul carcere bisogna intervenire, subito*, in Sist. pen. 9 giugno 2025). In sostanza, «non basta costruire nuove strutture:

splendidi supplizi[84], oppure quello di cui *si parla* – o, meglio, *con cui si dovrebbe parlare* – resta, comunque, un uomo, alla cui dignità e umanità occorre, ancora, provare ad accostarsi?

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. L'ART. 27, CO. III, COST.: TENDERE ALLA RIEDUCAZIONE, TENDERE UNA PAROLA

Nella sua concezione tradizionale, ben evidenziata nel lavoro di Campanella, da cui si è tratta l'ispirazione per lo sviluppo di questa riflessione, la pena rappresenta per il reo una fine, senza possibilità alcuna di diventare *un* fine.

Così concepita, infatti, la sanzione si esaurisce soltanto in una punizione[85], vale a dire nell'inflizione di un male che pretende di risultare corrispettivo a quello causato, salvo, però, rivelarsi ben distante da quella *tensione rieducativa* che, in linea con l'art. 27, co. III, della Cost., dovrebbe costituire «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»[86].

Questa *tensione rieducativa* non è liquidabile[87] e della pena rappresenta l'essenza, atteso che «non ci può essere pena [costituzionalmente conforme] senza finalità rieducativa. Non si può strumentalizzare l'individuo a fini di prevenzione generale e di soddisfazione del bisogno di sicurezza, attraverso l'esemplarità di una pena che prescinda dalla rieducazione»[88].

occorre cambiare il modo in cui riempiamo quelle esistenti, mettere al centro le relazioni, la dignità, l'affettività. Occorre considerare accanto alle relazioni le altre due componenti dell'identità della persona: quella temporale (il suo passato e il suo futuro); e quella spaziale (la sua *privacy* e il suo spazio vitale) emblematizzate nella espressione paradossale di una "ora d'aria"» (G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 2. In argomento, per alcuni spunti in chiave *de iure condendo*, si rinvia al successivo § 4 del presente contributo).

84 M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975; trad. it. A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1993, 12 ss.

85 In argomento, recentemente, v., per tutti, G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna 2024.

86 Punto 8 del considerato in diritto di Corte Cost., 2 luglio 1990, n. 313.

87 Le difficoltà e le critiche correlate ad una effettiva attuazione del principio rieducativo, del resto, non possono portare alla «messa in oblio, o peggio la liquidazione, del principio stesso; e tanto meno ciò potrebbe essere consentito all'uomo di legge o all'operatore penitenziario di un Paese che, come l'Italia, vede la funzione rieducativa della pena iscritta nella propria Costituzione ed in leggi che di quella Costituzione rappresentano, nonostante difetti altre volte rilevati, una delle messe in opera più coerenti e rispettose» (G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in Rass. pen. crim. 3-4 (1982) 437-482, 457). Rispetto, invece, al rischio di una "fuga dall'ideale rieducativo" quale «esito di un lungo processo di delegittimazione, condotto sia sul versante ideologico che su quello empirico», nonché per ulteriori riflessioni sulla necessaria finalità rieducativa della pena, v., per tutti, V. Mongillo, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in Critica del diritto 1-2-3-4 (2009) 173-228.

88 G.M. Flick, *Il carcere nella Costituzione* cit., 13.

Sicché, per provare a colmare questa distanza tra il dettato costituzionale e la prassi ordinamentale, occorre adoperarsi non tanto per una riforma – l'ennesima – del sistema penale quanto, piuttosto, per una sua evoluzione: tale per cui il contenuto della pena, sia essa principale, sostitutiva o alternativa costituisca sempre l'esito di un procedimento dialogato con il condannato[89], avente come finalità primaria la determinazione di un programma, altresì rimodulabile *in itinere*[90], di reinserimento sociale, anziché l'espulsione, per un più o meno ampio lasso di tempo, dalla comunità.

La sanzione deve, pertanto, iscriversi e svolgersi fin dalla sua formazione in una dimensione prescrittiva nel solco, cioè, di una pena-progetto, l'unica realmente in grado di rappresentare per il reo un'opportunità orientata alla *ricostruzione di quel legame*, interpersonale e comunitario, che il reato ha sì logorato ma – si crede – non definitivamente reciso.

Si tratterebbe, del resto, di dare finalmente attuazione a quanto disposto dall'art. 27, co. III, Cost.: riconoscere alla sanzione una *funzione*, quella, per l'appunto, di «tendere alla rieducazione del condannato». E, in effetti, quest'ultima finalità può assumere concretezza solo «nel contesto di una progettualità che investa, conformemente a tale indirizzo, l'intero contenuto della pena e dunque, prioritariamente, nel contesto di un modello sanzionatorio prescrittivo»[91].

Il che significa proiettare l'ordinamento verso «un altro modo di punire, a un punire non più in cattività, ma in libertà, dove il carcere è soltanto una delle possibili pene»[92], una misura di *extrema ratio*[93], cui è necessario affiancare

89 Cfr., in argomento, anche per uno sguardo comparatistico all'esperienza francese, M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europee*, Torino 2020.

90 D'altra parte, «la buona riuscita di un programma rieducativo dipende [...] anche dalla stessa progressività trattamentale: solo nella misura in cui il detenuto vedrà premiati i propri sforzi con un progressivo e sempre maggiore assaggio di libertà, rinnoverà il proprio consenso e la propria determinazione rispetto al percorso intrapreso. Ciò implica che la pena *deve* poter essere, quantomeno in astratto, rimodulabile *in itinere*, sulla scorta degli esiti del percorso rieducativo intrapreso *medio tempore* dal condannato, che devono sempre poter essere apprezzati dalla Magistratura di Sorveglianza» (A. Menghini, *Carcere e Costituzione* cit., 482).

91 L. Eusebi, *Tempo e pena carceraria* cit., 8 s. In generale, sulla possibilità di sviluppare nell'ordinamento italiano una pena prescrittiva, anche come sanzione principale, v., per tutti, L. Eusebi, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in disCrimen 3 (2021) 91-117; R. Palavera, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in L'Indice Penale (2021) 318-349; G. Amarelli, *Pene prescrittive e modelli sospensivi*, in Criminalia (2023) 183-200; nonché, in precedenza, per un'ampia ricognizione sullo stato dell'arte della pena prescrittiva, M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino 2017.

92 R. Bartoli, *Oltre il carcere* cit., 4.

93 «È, allora, arrivato il momento di un nuovo "salto di civiltà": il carcere deve diventare davvero l'*extrema ratio*, lasciando il campo della penalità "ordinaria" a sanzioni diverse, *sanzioni di comunità*, che siano in grado di punire – e, ove necessario, risocializzare – il reo conservandolo alla società libera, ai suoi rapporti familiari, amicali, sociali, alla propria intimità. Sanzioni, quindi, che non recidano i legami comunitari del reo offuscandone la stessa identità di cittadino, se non addirittura di persona, ma siano capaci di svolgere le essenziali funzioni di tutela sociale, garantendo ai sanzionati "la possibilità di continuare a essere e agire come membri della

delle «alternative come pene principali»: vale a dire sanzioni prescrittive che possano co-esistere e consistere non solo «in pene detentive come la detenzione domiciliare, ma anche, e soprattutto, in pene in libertà. E queste pene in libertà devono consistere non solo in pene da contenuti impegnativi come il lavoro di pubblica utilità, ma anche in pene dai contenuti meno impegnativi, come le pene prescrittive limitative di diritti»[94], nonché, in termini ancora più ampi, in *sanzioni di comunità*[95] per il tramite delle quali il reinserimento del reo nella società si realizza anche grazie all'apporto – compartecipativo – di quest'ultima.

Questo «*cambio di lenti*», che permette di mettere a fuoco il reato guardando «al futuro, in una prospettiva orizzontale e comunitaria, [e] non al passato»[96], provoca, peraltro, un profondo mutamento nel modo stesso di concepire la penalità[97]: «meno cattività e più libertà, meno deresponsabilizzazione e più responsabilità, meno amministrazione e più società, meno centralismo e più città, con una necessaria collaborazione tra Tribunali, UEPE, Avvocatura, Comune, mondo del terzo settore e imprese. Una penalità di vera comunità caratterizzata da meno lontananza e più vicinanza, da meno individualismo e più fratellanza, da meno disperazione e più speranza. Insomma, una penalità fatta di meno Stato e più persona»[98].

Una penalità, quindi, che, seppur onerosa, non si riduce a una condanna all'insignificanza e, cioè, a "quegli anni pieni di niente" augurati da Morales all'assassino della compagna, ma cui si ricorre per provare a «rendere giusti, o tornare a rendere giusti, per tutti i soggetti coinvolti, rapporti che non lo siano stati»[99]. Il che si sostanzia nel tentativo, non privo di criticità, di mantenere aperta una finestra di dialogo con il reo, vale a dire uno spazio di confronto con quest'ultimo fatto di gesti e progettualità tale per cui la condanna prima e l'ese-

società"» (D. Bianchi, *Le pene sostitutive* cit., 7, il cui virgolettato riportato riprende F. Anghileri - F. Facchini - G. Mannozzi, *Le misure sospensivo-probatorie in Svezia e Finlandia*, in E. Dolcini - A. Della Bella (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano 2020, 201). In argomento, recentemente, v., per tutti, G. Fornasari - A. Menghini (a cura di), *Il carcere come* extrema ratio, Trento 2025.

94 R. Bartoli, *Oltre il carcere* cit., 4.

95 Cfr., in argomento, *amplius*, D. Bianchi, *Le pene sostitutive* cit.

96 M. Passione, Changing lenses*: qualcosa di meglio del raddoppio del male*, in Sist. pen. 24 aprile 2025, 2.

97 Cfr., sul significato di penalità, D. Garland, *Pena e società moderna* cit., 294 ss.

98 R. Bartoli, *Oltre il carcere* cit., 4. In questo processo valutativo, come recentemente sottolineato in sede di legittimità, «il giudice è chiamato ad un accertamento complesso perché funzionale ad individuare una pena idonea, da una parte, ad evitare pericoli di recidiva e, dall'altra, a favorire il reinserimento sociale del reo: in tale prospettiva viene determinato il contenuto della pena. La pena è determinata dal giudice e questo, nell'accertamento complesso di cui si è detto, si confronta con l'U.E.P.E. e con le parti, e acquisisce ogni informazione utile per un "trattamento realmente ritagliato sull'unicità del soggetto condannato" (punto 5 del considerato in diritto di Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2025, n. 23335).

99 L. Eusebi, *Modelli della giustizia e ruolo del carcere* cit., paragrafo 7, 11 dattil.

cuzione della sanzione dopo non facciano mai venir meno l'idea di co-appartenere a una medesima comunità: quella umana.

Per quanto difficile e complesso, si tratta, allora, di offrire a Gómez una giustizia di parole, anziché di silenzi, una giustizia, in sostanza, che sia tale nonostante le ingiustizie, piuttosto che corrispettiva a quest'ultime. Il tutto senza, peraltro, trascurare, come in parte già si è detto, la necessità che la gestione del reato, così come la sua prevenzione, non sia di esclusiva competenza del solo settore penale.

Nel concreto ciò significa interrogarsi su quei fattori che abbiano indotto o, comunque, favorito l'agire criminoso, poiché se è fuor dubbio che Gómez abbia ucciso e che per tale gesto debba essere punito, altresì, innegabile è la necessità di indagarne le ragioni, affinché quel che è stato non sia più.

Soccorrono, a tal proposito, le considerazioni che Cassola dedica nel suo romanzo, *La ragazza di Bube*, al processo intentato nei confronti di Bube, reo anch'esso, come Gómez, di aver ucciso un'altra persona, e riportate per esteso in epigrafe al presente lavoro: «Bube ne ha colpa fino a un certo punto... Oh, non dico mica per difenderlo. Ma ci sono tanti più colpevoli di lui... che ora sono liberi e non devono preoccuparsi di niente [...] Ne approfittavano perché era un ragazzo. S'era un po' montato la testa... è tutta qui la sua colpa»[100].

Ebbene, senza infingimenti né scadenti buonismi, dinanzi alla realizzazione di un illecito appare, allora, quanto mai opportuno soffermarsi sul ruolo che la società – "quei tanti più colpevoli di lui" – può aver giocato «nei percorsi che abbiano condotto taluno a delinquere»: il che non significa sminuire il reato o la responsabilità del suo autore né tantomeno provare a giustificare quest'ultimo ma, semmai, assumere maggiore «consapevolezza, per un verso, dell'esigenza di operare in modo serio, coinvolgendo l'intera società, ai fini di prevenzione primaria e, per l'altro, della ragionevolezza di un percorso sanzionatorio il quale tenga conto di quei percorsi, rifuggendo lo stereotipo tranquillizzante per cui il delinquere dipenderebbe da una mera opzione irrelata di compiere il male»[101].

Sicché, per ipotizzare un recupero partecipato e, di riflesso, un effettivo reinserimento del reo nel tessuto comunitario, è, contestualmente, essenziale «tenere viva nella società la consapevolezza che essa pure, spesso, ha qualcosa da restituire a chi condanna. Perché la società, lo sappiamo, non è perfetta e ha sempre un certo grado di corresponsabilità verso i fattori che favoriscono la commissione dei reati. Solo una società, d'altra parte, che non si ritiene la società di coloro che sono

100 C. Cassola, *La ragazza di Bube* cit., 251.

101 L. Eusebi, *Modelli della giustizia e ruolo del carcere* cit., paragrafo 4, 5 dattil.

perfetti sarà disposta a fare i sacrifici necessari per incidere su quei fattori, e a far proprio l'impegno volto a costruire un sistema sanzionatorio migliore»[102].

E, del resto, se il *tendere alla rieducazione*, fin dalla etimologia di quest'ultimo termine, *ex-ducere*, "tirare fuori", richiede un impegno personale e proattivo del reo, al contempo, non può certo prescindere dalla partecipazione dell'*altro*, di chi, cioè, si rende capace di riaccogliere colui che si è *tirato fuori*, talvolta, anche soltanto attraverso lo scambio di una parola.

102 L. Eusebi, *Superare la visione di una giustizia* cit., 576.

Una raccolta interdisciplinare di riflessioni per esplorare come l'esperienza giuridica può essere influenzata dal silenzio della legge, nelle sue diverse declinazioni. Senza la pretesa di mappare uno sterminato territorio di intersezioni, i contributi attingono i più vari punti di osservazione, convergendo su due sentimenti condivisi. Da un lato, la speranza che, in tempi di *horror vacui*, lo spazio normativo ritrovi piuttosto un ritmo per alternarsi, in dialogo, con il respiro spontaneo del mondo. Dall'altro, l'impegno di non assuefarsi mai a tutti i casi in cui, dicendo il diritto, è piuttosto l'uomo a perdere la parola.

[Print]
ISBN 9791257650087

[PDF]
ISBN 9791257650063

[ePub]
ISBN 9791257650070

1506
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO

UUP
URBINO UNIVERSITY PRESS

Urbino University Press / uup.uniurb.it

9 791257 650087