



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

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://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<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

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrini	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

SAPERE DI SAPERE

Consapevolezza del rapporto tra teoria e prassi nel diritto penale

Alessandro Bondi

Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

A. NON È UN'INTRODUZIONE

A dispetto della sua collocazione nel volume, questa non è un'introduzione. Per idee, proposte, critiche — mai scontate, mai mediocri — sul rapporto tra teoria e prassi nel diritto penale, la raccolta di atti del Convegno urbinato è uno scrigno ricco che non va forzato da una malparata di parole-chiavi. La voce orfana del contesto cui si rivolge rimane un richiamo, un invito, una curiosità. Niente di più.

Qui si scriverà d'altro o, almeno, si tenterà di farlo¹.

B. IPOTESI

In Accademia, ci sono giuristi che amano la teoria e sono costretti alla *prassi* — che è attività non solo forense, ma anche ricerca amministrazione didattica². Non solo loro, ma loro più di altri, si chiedono se, nel rapporto tra *teoria e prassi nel diritto penale* ci sia una ragione, un punto focale in grado di offrire una migliore gestione della penalità. In breve: c'è un senso nel rapporto tra *teoria e prassi* che ne giustifica la ricerca?

*Ipotizzando ora quanto si tenterà di dimostrare poi: senza un rapporto tra *teoria e prassi*, il diritto non esiste. Tanto meno esiste il diritto penale, autonomo per natura, sanzionatorio per funzione, dannato per umanità. Ge-*

1 A Suzi che mi ha ispirato, a Krk che mi ha sopportato. A Rosa che mi ha letto.

2 Cfr. G. Fiandaca, contributo video in A. Bondi – G. Marra – R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, <https://youtu.be/nNHd0f02VKQ>

stione della penalità che rende solo più drammatico il codice genetico di ogni manifestazione del diritto, trovando nell'interazione tra *teoria* e *prassi* i suoi vettori interpretativi, i suoi ambasciatori di senso o — se proprio piace — i suoi *significanti*.

Il metodo. Può essere utile definire i presupposti della questione per assunti su cui innestare un'argomentazione. Se non altro, basta essere contrari agli assunti e il ragionamento scompare o diventa altro: pratico e veloce³.

Le definizioni. Poiché il diritto è anche comunicazione, il dato linguistico è un presupposto ineliminabile. La chiarezza del dato è chiarezza del pensiero: c'è bisogno del vocabolario⁴.

La *prima* definizione riguarda il concetto di '*teoria*' vista come «*esposizione logica e coerente di un insieme di princìpi e leggi, che consente di descrivere e interpretare un aspetto della realtà; viene formulata analizzando dei risultati già ottenuti in modo sperimentale oppure, al contrario, ipotizza dei dati che devono essere confermati dall'esperienza*»⁵. Senza la rigidità delle scienze pure, questa definizione si confà anche alle scienze giuridiche di uno *Stato di diritto*, perché ne comprende l'auspicio: la possibile conformità della soluzione interpretativa a un sistema formalizzato di

3 *Ex pluris* N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli, 1993; R. Descartes, *Discorso sul metodo*, La scuola, 1637; K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970; L. Ferrajoli, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, vol. 3, Laterza, 2007; G. A. Ferrari – M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Giuffrè, 2004; W. Hassemer – A. Kaufmann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, vol. 593, UTB Uni-Taschenbücher Verlag, 7a 1994; A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2., überarbeitete und stark erweiterte Auflage 1997, 62; I. Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2019; K. Röhl – C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, Heymanns Verlag GmbH, 3a 2008; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico: una nuova introduzione*, a cura di G. B. Ratti e V. Velluzzi, Carocci, 2016; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Editori Laterza, 2012.

4 Cfr. J. L. Austin, *Come fare cose con le parole (How to Do Things with Words)*, tradotto da Carlo Penco, Marietti, 2017; G. Carofiglio, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Laterza, 2015; L. Ferrajoli, *La sintassi del linguaggio*, vol. III, 2015; R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni (Analisi e diritto. Serie teorica)*, G. Giappichelli, 2006; D. Massimo, *Linguaggio e realtà*, in ET Agg. VII, 287-289, vol. Agg. VII, 2007; G. Poggeschi, *Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto*, JSTOR, in M. Brutti – A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione*, vol. 11, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, 419-456; A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, il Mulino, 1982.

5 Voce «teoria» Treccani online

giustizia, che incorpora nello strumento giuridico un pregiudizio ideologico e vincoli di valore costituzionale. Così intesa, questa *teoria* è qualcosa di più di *un punto di vista*⁶.

La *seconda* definizione guarda al concetto di ‘prassi’, richiama la ‘pratica’, inciampa due volte nel derivativo di ‘concreto’ e — barcollante — trova identità nella contrapposizione, intendendo per ‘prassi’ «quanto concorre a definire l’attività pratica come presupposto o complemento di una ideologia con cui si realizza concretamente qualcosa»⁷; per ‘pratica’ «attività con cui si realizza qualcosa concretamente (contrapposto a teoria)⁸»; per ‘concretamente’ avverbio di ciò «che trova riscontro nella realtà oggettiva»⁹. Insomma, sul limite della tautologia — e della vertigine — la *prassi* è un’attività pratica informata che interagisce con la realtà.

Di questo passo, qualcuno potrebbe aspettarsi pure definizioni di ‘interazione...informazione...realtà’. Ma rimarrà deluso. Sfogliare il vocabolario è un piacere che, al giurista, non va negato troppo a lungo. Con un’eccezione: se si è rimasti silenti sul concetto di ‘rapporto’ che lega la *teoria* con la *prassi*, non è per questioni di piacere ma di opportunità. Senza rovinare la sorpresa, un metaforico aiuto in tal senso è atteso dalla matematica.

C. TESI

Non si è nemmeno detto del diritto, perché troppo si dovrebbe dire, con un pre-giuridico non meno ingombrante dell’impianto giuridico vero e proprio. Tuttavia, è utile precisare che il diritto è anche un *metodo di ragionamento* con un interessante vincolo di risultato: la soluzione di un conflitto¹⁰. In altri termini, il diritto non avrebbe ragione di esistere senza un conflitto, almeno potenziale, perché sarebbe diritto privo di necessità: sistema di regole per un contendere senza contesa, senza destinatari, senza scopo.

6 Cfr. K. Volk, contributo video in A. Bondi – G. Marra – R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, <https://youtu.be/1uAwkGtjRgo>

7 Voce «prassi» G. Devoto et al., *Vocabolario della lingua italiana*, Mondadori, 2024.

8 Voce «pratica» *Ibidem*.

9 Voce «concreto» *Ibidem*.

10 Cfr. R. Bin, *Come ragionano i giuristi (e come imparano a farlo): casi, racconti e qualche consiglio*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, IX. Su storia, concetto, distinzioni del ‘diritto’, per tutti, A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 137 ss.; K. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Heymanns, 2001, 9. ss; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, 199 ss.

D'altro verso, un diritto senza un metodo verificabile sarebbe *opinione di una democrazia illiberale*, quand'anche rivolto ad un bene-interesse individualmente e socialmente accettato¹¹. Ogni espressione del diritto ha, dunque, come suoi elementi un conflitto potenziale e un metodo che dà ragione alla sua esistenza, legittimandola. Ci sono poi ragioni che legittimano il suo uso, la sua compatibilità con un catalogo di valori e di principi che informano le applicazioni di regole: condizioni tanto altisonanti nel diritto penale quanto indigeste a forme autoritarie, populistiche, costituzionalmente incerte di convivenza sociale. Ma questa è un'altra storia¹².

11 F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, IV–264; F. Antolisei, *Il problema del bene giuridico* (1940), in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955, 97 ss.; A. Cavaliere, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, in «SP-Fasc» (2023) 10, 63–92; G. Fiandaca (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Jovene, 1985; M. Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, Heymanns, 1972; H. Otto, *Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand*, in H. Müller-Dietz (a cura di), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 1–20; C. Roxin, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *FS-Hassemer*, C.F. Müller, 2010, 573; C. Suhr, *Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht*, in «JA» (1990), 303–308; K. Volk, *Gefühlte Rechtsgüter?*, in B. Schünemann – C. Jäger – *Et al.* (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, De Gruyter, 2011.

12 *Ex pluris* G. Amarelli, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in «DPC» (2 maggio 2017); S. Anastasia – M. Anselmi – D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolters, CEDAM, 2020; P. Battista, *Populista è ormai un insulto non una categoria politica*, in «Corriere della Sera» (9 dicembre 2015); M. Bertolino, *La rappresentazione mediatica della giustizia penale: dalla narrazione del crimine a quella del processo*, in «disCrimen» (26 febbraio 2024); R. Bianchetti, *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, 2018; A. Bondi, *Legislatore, cavaliere dalla triste figura*, UUP, 2019; D. Brunelli, *Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in «AP» (2020) 1, 1–4; A. Cadoppi, *Il reato penale: teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022; A. Cavaliere, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in (21 luglio 2020), 1–24; R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in «DPC-TR» (2019) 4, 128–142; I. Diamanti, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in «Ital. Eur.» (14 ottobre 2010); M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in «SP» (7 settembre 2020), 1–23; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia» (2013), 95–111; S. Fiore, *Tracce di distopia legislativa nella "spazzacorrotti". funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso non punibilità*, in «LP» (18 giugno 2020), 1–25; G. Fornasari, *'Right to punishment' e principi penalistici una critica della retorica anti-impunità*, ESI, 2023; M. Frommel, *Punitiver Populismus*, in F. Herzog et al. (a cura di), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, 2016, 495–505; G. L. Gatta – M. Gialuz, *Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste*, in «SP» (6 novembre 2023); P. Insolera, *Depoliticizzare il sistema di giustizia penale? Un approccio "istituzionalista" contro il populismo penale* (recensione a R.E. BARKOW, *Prisoners of Politics. Breaking the Cycle of Mass Incarceration*, Harvard University Press, Cambridge (Ma)- London, 2019, 291 pp.), in «CJN» (20 gennaio

In ogni sua *espressione*, il diritto è, quindi, ragionamento che presuppone un metodo, uno scopo, un conflitto. *L'appetitus societatis* dell'uomo non può dimenticare questi tratti nel momento della creazione, interpretazione, applicazione delle regole che formano il diritto stesso. In breve: non esiste diritto senza applicazione, almeno potenziale, di una regola fondata su un ragionamento, nata e applicata secondo un metodo. Ma il *metodo* — che è un procedere secondo un sistema — è già teoria, pensiero codificato che, nel diritto, offre generalità e astrattezza per la gestione dei fatti che coinvolgono la persona nella sua socialità¹³. Escludere uno dei termini di questo rapporto è perciò illogico e — si vedrà — anche distinguerne le differenze non è sempre facile, per via della loro coesistenza nella genesi della norma¹⁴.

Nel *penale*, questi tratti sono esaltati perché è diritto con *licenza di uccidere* fin troppe espressioni della persona. Questa caratteristica non accetta ombre concettuali: tratta con le pulsioni dell'uomo, ferendone la carne, mortificandone lo spirito. Insomma, non è certo il diritto penale che può permettersi il lusso del dubbio circa l'interazione tra *teoria e prassi*¹⁵.

2020); V. Manes, *Giustizia mediatica: gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, il Mulino, 2022; F. Palazzo, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in «DPC Fasc» (2018) 4; D. Pulitanò, *Populismi e penale*, in «Criminalia» (2015), 123–146; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, G. Giappichelli, 2019.

13 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verl, 1972; H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, vol. 1, Mohr Siebeck, 7a a cura di 2010; W. Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, in *FS-Heike Jung*, Nomos, 2007, 231–260; M. Ida, *Gedanken über die Methode einer universellen Strafrechtsdogmatik*, in C. Safferling et al. (a cura di), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, 2017.

14 *Postea § D. Verifiche*

15 Il fascino non solo processuale del 'dubbio' in R. Bartoli, *Dubbio e certezza nel diritto penale*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 227–251; G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in «DPC» (2018); F. Colao, *Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'età dell'incertezza*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 149–165; S. De Matteis, *Dubbio*, in *Treccani Agg. X*, vol. 1, 2 voll., 2020, 481–485; F. Giusberti, *Il ragionevole dubbio*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 79–87; L. Lacchè, *Il dubbio e la giustizia penale: tra molti dubbi e qualche verità*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 7–20; C. Luzzati, *Alla luce del dubbio. La razionalità giuridica tra scetticismo e artificio*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 99–112; G. Mannozi, *A ciascuno il suo dubbio: reo, vittima, pubblico ministero e giudice*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 253–282; M. Migliori, *Se non c'è verità non può esserci il dubbio*, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 23–40; R. Palavera, *Bilancia e pistola: la prova dell'elemento*

Ma se il diritto è scienza, dev'essere pure pedante, cercando verificabilità e falsificabilità dei suoi assunti, sia sul versante dei fatti sia su quello delle norme, considerati come elementi di realtà diverse¹⁶. La tesi dovrà perciò cercare conferme in spazi linguistici e attività tipiche del penalista che di *teoria* e *prassi* sovente favella per definire sia (1) il rapporto tra diritto penale sostanziale e il suo processo sia (2) la coabitazione con le scienze criminologiche in quel luogo d'idealità pratica della penalità – altrove – chiamato *gesamte Strafrechtswissenschaft*¹⁷.

D. VERIFICA

1. TEORIA DEL DIRITTO PENALE E PRATICA DEL SUO PROCESSO

Si era lasciata in sospenso la definizione di 'rapporto'. È il momento di riprendere e concludere il discorso. Per trovare un ponte tra *teoria* e *prassi* l'attenzione si deve concentrare sul *rapporto* che li lega. Come si conviene in ogni scienza, anche una tesi giuridica ha bisogno, infine, di trovare conferma concettuale, normativa, empirica in simulacri di verificabilità e riproducibilità.

Per la gioia del *Postino* di Troisi, si propongono allora tre metafore¹⁸.

psicologico «oltre il ragionevole dubbio» in un caso di legittima difesa putativo, in «RIDPP» (2006) 4, 1665–1681; D. Pulitanò, Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi, in «Quad. Storia Penale e della Giust.» (2020) 2, 211–226; C. Zaza, Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale, Giuffrè (2008).

16 Cfr. K. R. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, tradotto da M. Trincherò, Einaudi, 2010; S. Aleo, *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020; M. Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, tradotto da Thomas Vormbaum, Berlin, BWV, Berliner Wiss.-Verl., 2006, 22 s.; L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980), 399–493; C. Dalla Pozza – A. Negro, *Come distinguere scienza e non-scienza: verificabilità, falsificabilità e confermabilità bayesiana*, Carocci editore, 2017.

17 W. Hassemer, *Konturen einer Gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Eser-FS*, 2005, 115; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, 4a 1988, 34 ss.; C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Bd. 1: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C. H. Beck, 1997, 4 ss.

18 L'espressione figurata è amata dall'uomo e dalle sue scienze. La filosofia diventa immagine (in Parmenide, Eraclito, Platone, Occam, Hobbes, Kiekegaard) e il diritto non sta a guardare v. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico: Saggio sulle metafore nel diritto*, il Mulino, 2011. Ma rimane indimenticabile la spiegazione della metafora di Troisi nel film «*Il postino*» (1994): poesia del sorriso.

La prima metafora. In matematica, il *rapporto* è un quoziente tra numeri reali che dipende dai suoi termini, dal suo ‘antecedente’ e dal suo ‘susseguente’ che si assume diverso da zero. Tanto per ricordare, con enunciazione inquietante che, nel rapporto tra *teoria e prassi*, assumere una priorità d’interessi nell’antecedente non comporta l’annullamento del susseguente. In generale, non può esserci solo *teoria senza prassi*, pena l’inutilità di una scienza che deve offrire regole di convivenza sociale. Come non può esserci solo *prassi senza teoria*, pena la cecità e pericolosità del suo agire senza parametri razionali, sistematici, valoriali che ne orientino l’azione. Una teoria che ignora la *prassi* non è diritto è teologia. Una *prassi* che ignora la *teoria* non è diritto è *arbitrio*. Al più si può fingere che l’una ignori l’altra, ma è un *bluff* che fa perdere la partita della legittimità democratica ed epistemologica dell’agenzia di controllo sociale rappresentata dal diritto.

La seconda metafora. Sempre la matematica rimarca l’importanza d’individuare l’ordine dei termini. Tanto per riprendere quel che si è descritto altrove dipingendo immagini di *tiranni, servi* — e pure *Cenerentole* — per evidenziare il cangiante rapporto tra diritto penale e la sua procedura¹⁹. Ma così posto, non solo l’ordine dei termini dovrebbe preoccupare la coscienza del giurista, bensì anche l’uso presuntuoso dell’aggettivo possessivo da parte del penalista.

La terza metafora. Pur partendo col piede sbagliato, un po’ d’indulgenza aiuta però a scoprire il legame tra l’atto, la forma, gli attori dell’interpretazione. Gli attori dell’interpretazione giuridica vedono, infatti, la realtà col filtro di un’idea normativa, un *typus*, che trova concretezza nel fatto infine restituito, non uguale ma simile, all’idea di partenza. Si tratta di una forma a spirale che aggiunge una terza dimensione conoscitiva, donando al processo *differenza* di risultati rispetto a quanto, altrimenti, sarebbe un *eterno* — circolare — *ritorno*. In questi termini, il rapporto tra diritto sostanziale e processuale è riflesso sia nella spirale dell’interpretazione giuridica, sia nella spirale del rapporto tra *teoria e prassi* che, dell’interpretazione, è non solo attore, ma pure sceneggiatore regista produttore²⁰.

19 T. Padovani, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, in «RIDPP» (1992), 419–452. Non meno immaginifici F. Carnelutti, *Cenerentola*, in «Riv Dir Proc» (1946) 1-6; D. Pulitanò, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in «RIDPP» (2005) 3, 951–973.

20 Cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970; A. Kaufmann, *Die Geschitli-*

Interpretazioni. Senza stabilire una gerarchia, senza fissare nella struttura un ordine d'importanza, qualunque punto della spirale può essere partenza che permette al fatto di diventare fattispecie e ritornare fatto, occupandosi di creazione, significato, applicazione della norma. È il fare stesso dell'interpretazione che permette di definire l'essere della teoria rispetto al risultato della prassi. E viceversa. Il mondo lineare, deduttivo, che attribuisce alle disposizioni sostanziali l'individuazione della fattispecie e, alle disposizioni processuali, l'accertamento del fatto di cui si dovrà rispondere, non è né unidirezionale né solo interpretazione: ma anche decisione e consenso²¹. Questo vale per ogni elemento della fattispecie diverso da un'entità numerica: sia esso, per esempio, un discutibile criterio ponderale giurisprudenziale, frutto di statistiche giudiziali che pongono un rapporto tra peso e purezza della sostanza per identificare la modica/ingente quantità di uno stupefacente (cfr. art. 73/5 TU 309/1990 v. C. VI 3.11. 2022 n. 45061; art. 80/2 v. C. SU 30.01.2020 n. 14772); sia esso, altro esempio, un grezzo criterio legislativo che affida all'età il compito d'individuare la violenza in un rapporto sessuale consensuale (art. 609-quater n.1 e 2 c.p.) o di prescrivere la sua punibilità in caso d'ignoranza evitabile (art. 609-sexies c.p.).

Un paradigma. Il ragionamento proposto è di carattere generale: vale anche per i prototipi legislativi, a partire dalle declinazioni omicidiali codicistiche ed extra-codicistiche. Per sapere se mai un *embrione* potrà essere considerato persona, si dovrà partire dall'*idea-typus* di persona²².

chkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in *FS-Engisch*, Vittorio Klostermann, 1969, 243–273. Prospettive diverse in N. Amore, *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo*, in «AP» (2022) 3, 2–58; G. Cocco, *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in «DPC-TR» (2023) 4; A. Gargani et al. (a cura di), *L'interpretazione del reato tra diritto penale sostanziale e processuale. Il caso della ricostruzione funzionaltipologica delle qualifiche pubbliche*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Per Giovannangelo De Francesco*, Pisa, Pisa University Press, 2020, 185–201; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2010; H. L. A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto (Civiltà del diritto)*, a cura di V. Frosini, Giuffrè, 1964; Maiello, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di dei delitti e delle pene*, in A. Bondi et al. (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, UUP, 2020, 747–776; V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in A. Bondi et al. (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, UUP, 2020, 777–800.

21 Per tutti, cfr. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 86 ss.

22 Cfr. G. Ballarani, *Nascituro (soggettività del)*, in E. Sgreccia – A. Tarantino (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, ESI, 2009; S. Canestrari, *Biodiritto*, in *ED Annali VII*, 99–124; S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2. ed 2023; O. Di Giovine, *Diritto penale e*

Saranno poi le caratteristiche dell'embrione, viste con pregiudizio etico-religioso-scientifico a iniziare la spirale interpretativa tra fatto e disposizione delle fattispecie, non solo codicistiche, in tema di omicidio. Variabili in questo procedere rimangono solo considerazioni di tempo, di luogo, di governo e l'ossimoro logico — quando in una proiezione lineare — dell'interazione tra il *dover essere* del reato e l'*essere* del fatto: a suo modo, altra versione del rapporto tra *teoria* e *prassi* in un processo conoscitivo²³.

Conseguenze. Ma se teoria è sistema, principi, metodo e — nel diritto penale — una potenzialità applicativa di regole sociali che segue un binario a scartamento ridotto, prima di diventare giudizio che accerta la responsabilità per il fatto concreto, lo stesso rapporto tra diritto sostanziale e la sua procedura potrebbe rappresentare — a un *grossolano intendere* — la *teoria* di quel che è definito come reato e la *pratica* di ciò che lo accerta, giustificando la creazione di due corpi normativi e, per ragioni di sola cattedra, due settori disciplinari distinti.

Ma è un malinteso. Indipendentemente dalla funzione cui la regola è destinata, il confronto è sempre tra regole. Nel caso, di regole che sono espressioni di teorie plasmate dalla prassi, cioè modelli esplicativi e applicativi di conoscenza, volti a individuare fattispecie di reato e a regolarne l'accertamento processuale. In quanto regole, esse cercano vita, significato e applicazione; hanno perciò bisogno di *teoria* che informi una *prassi* e di *prassi* che provochi una *teoria*. In altri termini, data la ragion pratica della scienza giuridica, l'aver corpi normativi per la definizione o per l'accertamento dei fatti di reato rende disfunzionale la regola — ogni regola di socialità — gestita da *teoria* che ignori la *prassi* e da *prassi* che ignori la *teoria*. *Verificabilità, riproducibilità, eguaglianza, proporzione* sarebbero le prime vittime di questo procedere del diritto.

neuroetica. Atti del Convegno (Foggia, 21-22 maggio 2012), CEDAM, 2013; G. Fiandaca, *Considerazione intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e «post-secolarismo»*, in «RIDPP» (2007), 546–562; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

23 Cfr. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2., überarbeitete und stark erweiterte Auflage 1997, 86 ss. Cfr. H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, vol. 1, Mohr Siebeck, 7a a cura di 2010.

2. TEORIA DELLA DOGMATICA E PRASSI DELLA CRIMINOLOGIA

Il piano del confronto si può adesso spostare tra discipline eterogenee, trattando di diritto che interagisce su fatti di reato — da un lato — e di medicina, psichiatria, psicologia, biologia, genetica, sociologia, antropologia che si approccia ai fenomeni di devianza criminale — dall'altro.

Piani diversi. Nemmeno qui si è lontani da un *grossolano intendere se*, nel diritto penale sostanziale e processuale, si vede sola *teoria* che definisce il fatto di reato, e ne prescrive necessità accertamento pena, lasciando alla criminologia la sola *prassi* della sua esecuzione.

Oggetto del diritto penale. Definizione, necessità, applicazione di una regola penale sono invero l'ultimo traguardo: quello meno ambito dalla politica criminale seria e quello più cercato dalla politica criminale sciatta. La regola segna di per sé il fallimento dell'esperienza sociale. La violazione della regola trova una pena, cerca misura nella proporzione, esorcizza la vendetta, vede la persona e la comunità coinvolte nel mito della prevenzione speciale e generale; cerca pure d'invertire la rotta del crimine, attraccando nel porto del carcere o calando le ancore nella sua rada, dove il maestrale della pena si confonde col libeccio di una sua alternativa. Ma rimane il fallimento di un fallimento: dell'esperienza sociale e della regola stessa. Rispetto al fenomeno criminale, il diritto penale è a lui servente; rispetto al fatto, il reato è a lui vincolato. La scienza penalistica annota incursioni nella pericolosità e in sanzioni penali che si fingono diverse rispetto a quelle legate alla colpevolezza del reo²⁴.

24 Sulla necessità di un approccio multidisciplinare rivolto al paradigma punitivo, da parte di giurista mai veramente neutrale, anche rispetto a uno Stato laico di diritto che, in nome di rieducazione e di risocializzazione, maneggia alternative al sistema carcere G. Fiandaca, *Punizione*, il Mulino, 2024. Per aspetti di politica criminale, ex multis, F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, il Mulino, 1997; A. R. Castaldo, *In ordine sparso: il diritto penale, oggi*, G. Giappichelli, 2016; M. Donini, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in «Dei delitti e delle pene» (1998) 3, 37–79; G. Insolera, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze*, in «RIDPP» (2014) 3, 7; H. H. Jescheck, *Dogmatica penale e politica criminale. Nuove in prospettiva comparata*, in «IP» (1985), 507–533; G. Marra, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, G. Giappichelli, 2018. D. Pulitanò, *Politica criminale*, in *ED*, vol. XXXIV, 1985, 73–100; M. Romano, *Dogmatica e politica criminale oggi*, in «RIDPP» (2014) 2, 10; C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*

Oggetto della criminologia. Il *cosa*, il *come*, il *quanto*, il *perché* di un fenomeno deviante è invece affare della criminologia: materia multidisciplinare che mal sopporta la presenza del diritto penale quale strumento d'identificazione, contrasto, *modellamento* della criminalità²⁵.

Fastidi reciproci. L'insofferenza manifesta di parte della criminologia per il diritto penale è da quest'ultimo generosamente ricambiata. Ma è un'o-

(*Studi di scienze penalistiche integrate*), a cura di S. Moccia, ESI, 1998; A. M. Stile – V. Mongillo (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, ESI, 2021; K. Volk, *Diritto processuale, diritto sostanziale e politica criminale*, in SO-Moccia. RSB.URB1462029, ESI, 2017, 37–48; H. Zipf, *Politica criminale*, Giuffrè, 1989; Manifesto della politica criminale europea in: A. Bondi, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras, 2012.

25 Ex multis R. Ackermann – H. Clages – H. Roll, *Handbuch der Kriminalistik: Kriminaltaktik für Praxis und Ausbildung*, Boorberg, 6. a cura di 2022; H.-J. Albrecht et al. (a cura di), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 1998; S. Aleo, *Criminologia e sistema penale*, CEDAM, 2a 2020; A. Balloni – R. Sette – R. Bisi, *Criminologia applicata*, Wolters, CEDAM, 2019; T. Bandini et al., *Criminologia: Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, 1991; A. Baratta – A. Simone, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Milano, Meltemi, 2019; B. Barbero Avanzini, *Devianza e controllo sociale*, FrancoAngeli, 2002; R. Bianchetti, *Criminologia postmoderna e vittimologia umanistica: autori e vittime di reato*, in R. Bianchetti et al. (a cura di), *Autore e vittime di reato. Gli obblighi dello Stato alla lice del diritto internazionale*, Maggioli Editore, 2017, 9–32; R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, FrancoAngeli, 2004; M. Bock et al., *Kriminologie*, C.H. Beck, 6a 2008; A. Ceretti – L. Natali, *Io volevo ucciderla: per una criminologia dell'incontro*, R. Cortina, 2022; R. De Luca – C. Macri – B. Zoli (a cura di), *Anatomia del crimine. Manuale di criminologia*, Giuffrè, 2013; C. A. Elbert, *Criminologia, scienza e mutamento sociale*, a cura di L. Natali, F. Angeli, 2013; M. Felson et al., *Crimine e vita quotidiana: un'introduzione*, F. Angeli, 2020; F. Ferracuti, *L'indirizzo interdisciplinare in criminologia*, in F. Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, Medicina criminologica e psichiatria forense. Le radici, le fonti, gli obbiettivi e lo sviluppo della criminologia*, Giuffrè, 1987; G. Filangeri, *La scienza della legislazione, delle leggi criminali*, vol. III, Venezia, 1813; D. Gadd – T. Jefferson – A. Verde, *Introduzione alla criminologia psicosociale: verso una nuova teorizzazione del soggetto criminale*, Milano, F. Angeli, 2016; U. Gatti – A. Verde, *Cesare Lombroso: una revisione critica.*, Materiali per una storia della cultura giuridica, 2004; G. Kaiser, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, C.F. Müller, 1980; G. Marotta – L. Cornacchia, *Criminologia: storia, teorie, metodi*, Wolters Kluwer, 3. a cura di 2021; B.-D. Meier, *Kriminologie*, C. H. Beck, 2021; A. Meluzzi – G. Alessandrini, *Manuale di criminologia e di scienze forensi*, Oligo, 2021; L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» (1980), 399–493; J. Pinatel, *Criminologia*, in ETSS, vol. II, 1992, 598–607; G. Radbruch – H. Gwinner, *Geschichte des Verbrechens: Versuch einer historischen Kriminologie*, Eichborn, 1991; H. Schuler-Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, Suhrkamp, 1991; H.-D. Schwind, *Kriminologie*, Müller, Juristischer Verlag, 22a 2013; R. Selmini – E. Arcidiacono – G. G. Nobili, *La criminalità in Italia*, FISU, 2014; H. Walder et al., *Kriminalistisches Denken*, Heidelberg, Kriminalistik, 12. a cura di 2024; F. P. Williams – M. D. McShane, *Devianza e criminalità*, il Mulino, 1999; L. A. Zapatero, *La criminologia della guerra e la politica criminale dell'Unione Europea*, in «DPC-TR» (2023) 4.

stilità difficile da condividere. Se non è complesso d'inferiorità o gestione di un debole territorio intellettuale, potrebbe riflettersi nel come una disciplina vede l'altra e, a lungo, ha visto sé stessa. La variante sociologica della criminologia, ad esempio, ha faticato per liberarsi dal pregiudizio di essere solo accozzaglia di dati senza un sistema, raccolta di prassi senza una teoria²⁶.

Non è da meno il diritto penale, che ha confinato aspetti della criminologia nella sola valutazione dell'imputabilità; escludendo la possibilità di una perizia criminologica²⁷; opponendo petizioni di principio alle suggestioni delle neuroscienze²⁸; negandosi la lettura, anche solo quantitativa, del dato empirico espresso dal fenomeno criminale, raccolto in statistiche il cui *numero oscuro* è spesso inversamente proporzionale alle sue capacità esplicative²⁹: mancanze imperdonabili in fase legislativa ed esecutiva;

26 É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico*, Einaudi, 2008. Cfr. W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verl.-Anst, Nachdr. 1980; S. Hester – P. Eglin, *Sociologia del crimine*, a cura di Caniglia Enrico e R. Cirus, PM, 2023; F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1882; C. E. Paliero, *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in «RIDPP» (2019) 2, 705–782; D. dos Santos – M. Adelman, *Toward another justice: penal Law, state and society*, in «Rev. Sociol. e Politica» 1 (2006).

27 P. De Pasquali, *Serial killer in Italia: un'analisi psicologica, criminologica e psichiatrico-forense: con 43 schede psicobiografiche*, FrancoAngeli, 2001; I. Merzagora – G. V. Travaini, *Il mestiere del criminologo: il colloquio e la perizia criminologica*, F. Angeli, 2015; I. Petruccelli – F. Petruccelli, *Introduzione alla psicologia giuridica: campi applicativi e metodologie di intervento*, Milano, F. Angeli, 2015.

28 F. Barresi, *Neuroscienze sociali, comportamenti collettivi e diritto penale: appunti per una rimediazione della causalità psichica sulle orme del processo "Grandi Rischi"*, in «AP» (2019) 2, 41; F. Basile – G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale le questioni sul tappeto*, in «DPC» 4 (2017); F. Benedetti, *Neuroscienze*, in *Treccani Agg. X*, vol. 2, 2 voll., 2020, 192–197; M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in «DPC» 4; O. Di Giovine, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *ED Annali VII*, 2014, 1–44; O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, G. Giappichelli, 2019; G. M. Flick, *Neuroscienze*, in *Treccani Agg. IX*, vol. 2, 2 voll., 2015, 217–221; M. Florio, *Imputabilità e neuroscienze: brevi considerazioni con particolare riferimento alla ludopatia*, 21; C. Grandi, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in «RIDPP» 3 (2014), 1249–1290; M. J. Holler, *Homo Oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. Borsari, L. Sannicelli e C. Sarra, Padova University Press, 2015; M. B. Magro, *Neuroscienze e teorie «ottimiste» della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in «DPC Fasc» (2018) 10; E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato: devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, FrancoAngeli, 2012; M. A. Pasculli, *Neuroscienze e giustizia penale*; L. Santa Maria, *Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancora giovani e una metafisica troppo antica*, in «DPC» (19 dicembre 2017).

29 P. Legrenzi, *Quando la statistica nasconde le insidie del giudizio*, in «Sole 24 Ore» (3 marzo

mancanze encomiabili in sede di cognizione giudiziale; mancanze su cui riflettere, guardando a una commisurazione bifasica della pena inflitta³⁰. Questo per dire che parlare in termini di *teoria* e *prassi* per distinguere la gestione giuridica e criminologica della penalità è sbagliato. E pericoloso.

Possibilità negate. Non solo in un *talk show*, *teoria* e *prassi* della criminologia meritano spazio; non solo nei percorsi universitari *teoria* e *prassi* del diritto penale meritano compagnia. Il confronto è necessario, il confronto è inevitabile. La divisione tra diritto penale e criminologia è funzionale. Come saperi codificati in scienza, essi trovano una coabitazione storicamente di parte — gli anni hanno il loro peso — nella già ricordata *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Su questo piano, non dovrebbe però esserci concorrenza, bensì collaborazione e libera circolazione delle idee, con presupposti teorici solidi e possibilità applicative importanti.

Aperture. Da questa prospettiva, il servizio giustizia può aprirsi alla criminologia, alla sua teoria, alla sua prassi. Il diritto penale non può e non deve coprire tutta l'azione politica. Definizioni storiche e anzianità di servizio a parte, la criminologia non ha ragioni per vivere complessi d'inferiorità; ha in sé teoria e prassi utili e una natura pluridisciplinare che rende risibile la sua chiusura nei confronti del controllo sociale rappresentato dal diritto penale: sistema dai tanti limiti, ma di pur ineguagliata esperienza. Se il problema è, invece, la collaborazione scientifica, ebbene, la si può imparare³¹: più che un protocollo è un'etichetta. E una sana abitudine.

Esperienze e timori. Di suo, il diritto penale dovrebbe però liberarsi da preclusioni lontane dalla realtà o infingimenti fin troppo calati in essa. In Italia,

2019); R. Selmini – E. Arcidiacono – G. G. Nobili, *La criminalità in Italia*, FISU, 2014.

30 L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, 1984. Cfr. L. Eusebi, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. in margine a C.E. Paliero, il mercato della penalità*, in «SP» (9 maggio 2023); T. J. Miceli, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion: Balancing Deterrence and Retribution*, in T. J. Miceli, *The Paradox of Punishment*, Cham, Springer International Publishing, 2019, 75–95; R. Palavera, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in «IP» (2021) 2, 318–349; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in «DPC Fasc» (2017) 2, 13; F. A. Siena, *Spunti in tema di commisurazione della pena*, in «Corti Umbre» (2022), 509–525.

31 Cfr. T. Padovani, contributo video in A. Bondi – G. Marra – R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, <https://youtu.be/7nFMN04iKA8>

il *tecnicismo giuridico* rafforzò la lettura ideologica del fascismo³². Nei paesi di lingua tedesca, la divisione tra *Rechtswissenschaft* e *Rechtspolitik* sostenuta dalla *Reine Rechtslehre* del democratico-liberale-ebreo-austriaco Kelsen, escluse dalla *Rechtsdogmatik* gli elementi non giuridici come la sociologia e la teologia, sì da contrapporsi con strumenti concettuali puri — quanto sterili — al pensiero giuridico vicino al comunismo e al nazionalsocialismo³³.

Validità concettuale o bravura personale? La ricerca di scopi, funzioni, conseguenze nel sistema penale lasciano, d'altra parte, il sospetto che le incursioni della *teoria* nella *prassi* del reato siano più capolavori interpretativi dei giuristi che li hanno elaborati, che veri spazi praticabili offerti dalla *teoria* del reato alla *prassi* dei tribunali³⁴.

Riproducibilità. I modelli teorici dovrebbero, invece, esprimere praticabilità e semplificazione contrapposta al semplicismo che apre alla discrezionalità non prevista. Troppi *topoi* in un sistema lasciano smarrito l'interprete comune che si arrabatta, ad esempio, tra criteri d'*imputazione oggettiva dell'evento* per contenere formule condizionalistiche che nascondono, nella causalità, inevitabili criteri ascrittivi prevalentemente normativi³⁵. Com-

32 A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), in *Opere giuridiche*, Società editrice del Foro italiano, 1932. Cfr. P. Coco, *Arturo Rocco: uno studioso, un metodo, un codice*; P. Coco, *Il pensiero di Alfredo de Marsico nel dibattito dottrinale del '900*, in «AP» (2018) 3, 1–76; G. Fiandaca, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in L. Stortoni – G. Insolera (a cura di), *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, Bononia University Press, 2012, 207 ss.; T. Padovani, *La sopravvivenza del codice Rocco nell' «età della decodificazione»*, in «QC» (1981), 89–98.

33 H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Reclam Philipp Jun., 2000; N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, 1983, 183–198; F. Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in «Ratio Juris» 18 (2005) 2, 162–178; G. Pecora, *La democrazia secondo Kelsen*, in «Sole 24 Ore» (16 dicembre 2016); D. Zolo, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in «Filos. Polit. Ag 1998 122 187-208» (1998).

34 Cfr. M. Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, 22 ss.; L. Avitabile, *Interpretazioni del funzionalismo giuridico*, Editoriale Scientifica, 2010; A. Kaufmann et al., *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag Hrsg. von Lothar Philipps und Heinrich Scholler mit Beitragen von Monika Frommel et. al.*, 1989; H. Müller-Dietz, *Zum funktionalen Schuldbegriff in literarischer Perspektive*, in C. Safferling et al. (a cura di), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2017, 115–125; W. Hassemer, *Vorbemerkungen zu § 1*, in NK StGB, Nomos, 1995; W. Hassemer, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Klostermann, 2007.

35 C. Roxin, *Strafrecht*, München, C. H. Beck, 1992. Cfr. A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva del delitto colposo d'evento*, Jovene, 1989; C. de Maglie – S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*,

parazione giuridica mostra, altro esempio, come divisioni teorico-normative per modelli unitari e differenziati nel concorso di persone del reato non trovino corrispondenza in prassi che cercano nel sistema quel che è stato apparentemente negato: differenziazioni o accorpamenti della responsabilità dei concorrenti³⁶.

Conferme. Non è dunque vero che ci sia *teoria* senza *prassi*. E non è nemmeno vero il contrario. Semmai ci sono teorici che vorrebbero gestire la prassi, e ci sono pratici che abbozzano *teorie* per amministrare la prassi. Ma non esiste un esercizio abusivo di attività teoriche o pratiche altrui. Quando la *prassi* a lungo si arrabatta nel tentativo di mitigare forme di responsabilità oggettiva, ecco che, per tramite costituzionale, la *teoria* trova il modo di censurare l'*inescusabilità dell'errore*; di riprendere distinzioni dogmatiche per individuare *condizioni estrinseche e intrinseche di punibilità*; di sancire l'impero del *principio di colpevolezza* (C. cost 364/1988; C. cost. 1085/1988)³⁷.

CEDAM, 2006; A. M. Dell'Osso, *Probabilità logica e "logiche" giurisprudenziali della mera probabilità: la cassazione ribadisce i "veri" principi della sentenza Franzese*, in «RIDPP» (2013) 2; O. Di Giovine, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in «Riv It Med Leg» (2016) 1, 29; E. Di Salvo, *Causalità e responsabilità penale: problematiche attuali e nuove prospettive*, 2007; U. Kindhäuser, *Zur Kausalität im Strafrecht*, in P.-A. Albrecht et al. (a cura di), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berliner Wiss. Verl, 2015, 253–272; M. Maiwald, *Non c'è dolo senza colpa. la teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, in «RIDPP» (2018) 1; A. Manna, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in «RIDPP» (2014) 3, 1176; A. Mura, *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in «CP» (2017) 9, 3396; V. Pacileo, *Ancora sulla causalità nel giudizio penale. Le ragioni del diritto*, in «SP-Fasc» (2024) 4, 5–56; A. Pagliaro, *Causalità (rapporto di)*, in *ED Annali I*, 2007, 1–31; C. E. Paliero, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in «Riv It Med Leg» (2015) 4, 1507; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità: formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, ETS, 2013; G. D. Vero, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in «RIDPP» (2016) 2, 559; S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in «SP» (20 aprile 2022), 19.

36 K. Volk, *Tendenzen zur Einheitstaterschaft. Die verborgene Macht des Einheitstaterbegriffs*, in *FS-Roxin*, De Gruyter, 2001, 563–574. Cfr. F. Consulich, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in «LP» (28 marzo 2022), 1–31; G. De Francesco, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in «RIDPP» (1994), 1266; A. di Martino, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in «IP» (2001), 101–190; A. R. Latagliata, *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *ED*, vol. VIII, 1961, 1–41; G. Losappio, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, in «AP» (2021) 3, 1–25; L. Stortoni, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, CEDAM, 1981.

37 Da prospettive e sistemi diversi: A. Aimi, *Omicidio preterintenzionale e principio di colpevolezza*

Con buona pace di Jhering, se «la storia della pena è una continua abolizione»³⁸, il suo presente rimane pena che cerca legittimazione con le ragioni di una *teoria* e le necessità della *prassi*.

E. NON È UNA CONCLUSIONE

L'approccio a una domanda è parte della risposta. Qui si è cercato un *racconto*, più che un'informazione; un *perché*, più che una *correlazione*³⁹. Si è trovato un *sapere* che vorrebbe essere maturo, rinascimentale, urbinato – il ragionamento, d'altronde, non è mai indifferente al luogo dov'è elaborato.

za, in «DPC» (30 maggio 2021); F. Angioni, *Condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza*, in «RIDPP» (1989), 1440; M. Cacciari, *Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari -Pt. 2*, in «DPU» (13 gennaio 2021); A. Cadoppi (a cura di), *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, CEDAM, 2002; S. Canestrari, *Diritto penale europeo e criteri d'imputazione soggettiva*, in *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, CEDAM, 2002; F. Curi, *Tra forme intermedie di dolo e colpa: un requisito soggettivo comune per il cittadino europeo*, in *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, CEDAM, 2002; L. J. de Asua, *La colpevolezza normativa e il giudizio di rimproverabilità*, in «Scuola Posit.» (1963) 1, 401–412; A. De Lia, *Colpevolezza e postmodernità*, in «Federalismi.it» (2018) 8, 2–31; G. P. De Muro, *Concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in «RIDPP» (2019) 2, 949–966; E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in «RIDPP» (2000) 3, 863; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «RIDPP» (1987), 836–880; A. Manna, *Alla ricerca di una terza forma, tra dolo e colpa*, in *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, CEDAM, 2002; F. Mantovani, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in «RIDPP» (2014) 2, 767–782; G. Marinucci, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in «RIDPP» (1996) 2, 423; M. L. Mattheudakis, *Opzioni legislative in tema di colpevolezza nei nuovi reati ambientali*, in «DPC-TR» (2018) 1, 232–242; T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in «RIDPP» (1987), 798–835; A. Pagliaro, *Il principio di colpevolezza*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, Giuffrè, 2009, 105–110; G. Penebianco, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in «RIDPP» (2014) 3, 24; C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in «RIDPP» (1984), 16–34; D. Santamaria, *Colpevolezza*, in *ED*, vol. VII, 1960, 1–30; B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*, in «RIDPP» (1990), 3–35; R. Sicurella, *L'impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese*, in «RIDPP» (2001) 3, 946–997; A. M. Stile, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Jovene, 1989; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, G. Giappichelli, 2003; G. Vassalli, *Colpevolezza*, in «EGT» VI (1988).

38 R. Jhering, *Der Zweck im Recht*, M.G. Losano (trad.it.), Aragno, Torino, 1972, vol. I, p. 269.

39 Cfr. B.-C. Han, *La crisi della narrazione: informazione, politica e vita quotidiana*, tradotto da Armando Canzonieri, Einaudi, 2024.

Ne è venuto fuori una sorta di algoritmo, un procedere della conoscenza, utile quando la gestione della regola è afflitta dall'inconsapevolezza delle sue ragioni. L'algoritmo trovato — rigorosamente *open source* — è 'sapere di sapere' abbastanza delle ragioni del diritto per gestire in maniera acconcia norme di convivenza sociale in forma giuridica. Un sapere refrattario all'informazione seriale, al localismo dogmatico, agli affari di bottega perseguiti con la funzione che il giurista svolge: sia essa legislativa, giudiziaria, amministrativa. O accademica. In fondo, è un atto di orgoglio e di sincerità.

Nello specifico, *sapere di sapere* ha offerto argomenti per sostenere che il problema non è il rapporto tra *teoria* e *prassi* nel diritto penale, o la dosimetria dei suoi termini, ma la stessa inconsapevolezza della sua esistenza, spesso nascosta da interesse arroganza debolezza: anche intellettuale, certo istituzionale.

Il risultato è banale — e fin troppo polemico — se non fosse per la responsabilità che ne deriva, perché rende difficile all'Accademia nascondersi dietro le lamentele, del «vorremmo ma non possiamo», del «nessuno ci chiama», del «nessuno ci ascolta»⁴⁰. Anche l'ascolto è affare di potere: facoltà legittima quando funzionale a un servizio qual è quello della giustizia in uno Stato di diritto. A noi decidere se, nella inconsapevolezza del sapere, si vuole esercitare questo potere con la misura della ragione, la forza della passione, lo strumento del confronto.

Poteva essere detto in una frase, riassunto in un paragrafo, oppure seguire il racconto che accompagna la tremenda umanità del diritto armato di pena. Si è seguita l'umanità che il mio Maestro, il Professor Monaco, mi ha insegnato a rispettare.

40 Cfr. F. Palazzo, contributo video in A. Bondi – G. Marra – R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, <https://youtu.be/mRVf1iwSDIA>

PARTE I

RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI COMMON LAW

George P. Fletcher¹

Cardozo Professor of Jurisprudence, Columbia Law School di New York

La formazione giuridica negli Stati Uniti, e nella maggior parte dei Paesi del mondo, a ragion veduta si concentra sulle argomentazioni e sui principi utilizzati in appello. A parte le *clinical courses* che, nelle facoltà di giurisprudenza, offrono agli studenti un'esperienza pratica, c'è poca attenzione per gli aspetti della prassi che determinano l'esito di un processo penale: ad esempio, la selezione della giuria; la tecnica dell'esame e del controesame dei testimoni; l'uso teatrale dell'aula; il problema annoso, nei casi penali, di riscuotere gli onorari da clienti che non hanno molto denaro. Ovviamente, quest'ultimo problema non si pone per i reati dei colletti bianchi.

Per la verità, sono aspetti di cui ho poca conoscenza diretta, se non quella appresa nel corso della mia breve esperienza come pubblico ministero della California.

Il modo in cui sono diventato procuratore è di per sé interessante. All'epoca ero un giovane professore dell'UCLA. Il procuratore distrettuale della contea di Los Angeles riteneva che i professori di legge fossero pregiudizialmente a favore dei difensori e che, in tal senso, influenzassero i loro studenti. Probabilmente aveva ragione. Si convinse, allora, che l'unico modo per cambiare l'orientamento di coloro che insegnavano alle nuove generazioni di avvocati fosse quello di portarli in aula, sì che potessero provare in prima persona cosa volesse dire contrastare la criminalità, chiedendo condanne al termine di un equo processo.

Così, come professore e sostituto procuratore della California, mi sono occupato di casi gravi, ma con meno esperienza rispetto ai miei colleghi della procura. Il mio mentore in tribunale è stato Steve Trott, che in seguito è diventato giudice federale del Nono Circuito. Due prestazioni

¹ Traduzione e adattamento di Alessandro Bondi, Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

di Trott mi sono rimaste impresse. La prima, memorizzò tutti i nomi dei potenziali giurati durante il procedimento del *voir dire*, ossia le interviste che mirano ad accertare eventuali pregiudizi della giuria. La seconda, diede spettacolo, e l'impressione di essere bene preparato, arrivando in tribunale con auto cariche di libri e fascicoli.

Il caso più grave che mi capitò all'epoca fu un processo per stupro. Fu prima della rivoluzione femminista, quando l'ammissione, da parte di una donna, di una precedente esperienza sessuale fuori dal matrimonio poteva essere usata per attaccare la credibilità della sua testimonianza. Se il pubblico ministero sollevasse oggi la questione, sarebbe lecito aspettarsi che il giudice istruisse la giuria per conformarla ai costumi contemporanei. Ma questa sarebbe la strada seguita solo da alcuni giudici; molti, se non la maggior parte, sarebbero più preoccupati di essere ricusati in appello.

Il punto è che, nei paesi di *common law*, solo la difesa può ricorrere in appello. Pertanto, è nella logica delle cose che le istruzioni favorevoli alla difesa non vengano modificate dai tribunali superiori. Gli studenti di legge potrebbero, invece, pensare che i giudici si preoccupino più del giudizio della Corte Suprema degli Stati Uniti o dello Stato. Nient'affatto. Il vero interesse dei giudici è quello di non essere contraddetti dalla corte d'appello di grado inferiore nel loro distretto, il che rende il diritto penale degli Stati Uniti localistico e un po' caotico.

Anche se i giudici locali prestassero attenzione alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ciò non influirebbe sui profili del diritto penale sostanziale, perché quasi tutti i ricorsi, a parte i casi di pena di morte, riguardano questioni procedurali. Qui s'impone una nota sulla formazione giuridica nel campo del diritto penale [di *common law*]. Gli studenti imparano dai *case book* e non dai commentari. Quando il metodo dei casi giuridici venne introdotto, il presupposto magico era che gli studenti avrebbero percepito il principio comune nella babele di casi provenienti dai diversi Stati. Niente di più sbagliato. Quando gli studenti si preparano per l'esame di abilitazione alla pratica forense, studiano modelli che hanno poco a che fare con i casi.

La mia breve attività di pubblico ministero, mi rese molto più attento agli interessi del pubblico e dell'accusa. Così non era stato durante la mia formazione scientifica, almeno fino a quando, negli anni '90, l'interesse generale si spostò verso i diritti delle vittime.

La prova principale è lo Statuto di Roma che istituisce la Corte penale internazionale. Il preambolo sottolinea il problema dell'*impunità* o *impunidad* in spagnolo. Cito il termine spagnolo perché l'esperienza dell'Ar-

gentina durante la *guerra sporca* portata avanti dalle giunte militari è stata un fattore decisivo per l'istituzione della Corte: il suo primo procuratore, Luis Moreno Ocampo, aveva esercitato come tale in Argentina.

Alcune delle caratteristiche descritte, in particolare quelle che riguardano le giurie, potrebbero sembrare strane per studenti e studiosi di *civil law*. In base alla mia esperienza, è difficile convincere un europeo continentale che giudici togati possono diventare semplici scribacchini di una pervasiva burocrazia. È altrettanto difficile convincere quelli di noi che provengono dal mondo anglofono che i nostri giurati laici sono in grado di fare giustizia. In genere, si presume che i giurati capiscano e seguano le istruzioni che i giudici danno loro. Ma non c'è modo di saperlo con certezza. La maggior parte di noi ritiene che i giurati non abbiano idea del significato di queste complesse istruzioni. Secondo me sono guidati dal buon senso. Un grande vantaggio del sistema della giuria è che si tratta di un modo efficace di affrontare la criminalità organizzata. Come l'esperienza italiana nel perseguire la mafia potrebbe suggerire, è molto pericoloso per i giudici togati condannare un capo mafia. I giurati possono invece condannare e poi cercare di sparire dalla circolazione.

Il secondo caso, che ha influenzato la mia riflessione sul funzionamento del *common law*, è stato il processo a Bernhard Goetz, alla fine degli anni '80. Non ho perso un giorno del processo e ho scritto un libro sul caso (*Un crimine di autodifesa*) che è stato tradotto in molte lingue.

Il caso è emblematico di un problema ricorrente: la violenza tra bande, in particolare tra membri di una minoranza sottoproletaria e uno della maggioranza.

Nel contesto della New York di allora, queste minoranze erano rappresentate da giovani afroamericani del Bronx. Bernhard Goetz era invece un giovane caucasico che viveva nel Greenwich Village. Le metropolitane di New York erano ricoperte di graffiti e per molti erano un mezzo di trasporto di ripiego, soprattutto per coloro che non potevano permettersi un taxi. La sparatoria in metropolitana avvenne quando uno dei giovani si avvicinò a Goetz chiedendogli cinque dollari.

Il mio scopo non è quello di ripercorrere il caso, ma di evidenziare gli aspetti teatrali del processo che potrebbero sembrare un po' strani agli osservatori di *civil law*.

Il protagonista fu Barry Slotnick, l'avvocato difensore: teatrale in tutto ciò che fece, dal modo in cui arrivò in tribunale alle sue raffinate tattiche processuali. Volle apparire come una sorta di pubblico ministero.

Quando gli fu chiesto del suo cliente, rispose che erano i cittadini di New York e dipinse le quattro giovani vittime come la *Banda dei quattro*, termine che ricordava i famigerati protagonisti della rivoluzione cinese. Naturalmente, era particolarmente abile nella selezione dei giurati. L'ultimo potenziale giurato era di Sandusky, Ohio, la città natale di Slotnick. Pensò che non gli sarebbe stato ostile e perciò lo scelse.

Premesso che, nei processi di *common law*, il cancelliere scrive ogni parola pronunciata in un verbale, anche al fine di un eventuale appello, tre episodi rivelarono gli elementi teatrali di questo procedimento.

Il primo episodio si verificò quando James Ramseur, una delle quattro vittime, si tolse una scarpa, apparentemente per grattarsi un piede. Slotnick reagì con esagerata paura, per instillare nella giuria l'idea di quanto fossero pericolosi i quattro giovani del Bronx. Va pur detto che, nel confronto con Slotnick, Ramseur gli tenne testa. In risposta a una domanda sui suoi precedenti penali, il testimone chiese a sua volta all'avvocato quanti spacciatori di droga avesse fatto assolvere.

Il secondo episodio si verificò quando la difesa cercò d'inscenare la ricostruzione del crimine. All'epoca un gruppo di giovani afroamericani, chiamati *Angeli custodi*, viaggiavano in metropolitana per proteggere i cittadini. Slotnick ne chiamò quattro in aula per inscenare la ricostruzione. Lo scopo era, ovviamente, quello di mostrare alla giuria (dieci caucasici e due neri) che la situazione *grondava pericolo*. L'accusa mangiò subito la foglia e si oppose. Il giudice Stephen Crane ordinò che i quattro afroamericani fossero sostituiti da quattro agenti giudiziari caucasici.

Un terzo episodio si è verificato durante l'arringa finale. Una delle questioni in discussione era se ci fossero stati quattro o cinque spari. Si pensava che il punto fosse importante. Per dar forza all'ipotesi accusatoria, il procuratore Gregory Waples indossò la giacca di uno dei quattro giovani. Lo scopo era quello di dimostrare che s'identificava con le quattro vittime: cittadini rispettabili di New York come lui. Slotnick intuì il pericolo e si oppose, ma era troppo tardi.

Questi tre episodi evidenziano la presenza di elementi teatrali che non appaiono nel verbale e che non hanno nulla a che fare con la ricerca razionale della verità.

Spero che questi esempi diano forza alla mia tesi secondo cui ci sono molti aspetti dei processi penali che non appaiono nei verbali processuali e che non vengono insegnati nei corsi teorici delle scuole di legge. Non sono nemmeno sicuro che possano essere insegnati in un *clinical*

course universitario. Come Lionel Messi non può spiegare in che modo si deve calciare un pallone, un buon avvocato di tribunale non può mettere a verbale le raffinatezze del suo mestiere.

Permettetemi di concludere tornando al campo che a noi accademici piace di più: la teoria del diritto. A tal fine, si riprende una fase iniziale del processo di *common law*: la formulazione dell'atto d'accusa da parte del gran giurì. Il gran giurì è un gruppo di 23 giudici non togati che decide se emettere l'atto di accusa.

Da tempo, il dibattito si svolge tra teorie soggettive e oggettive della legittima difesa. All'epoca del caso Goetz, i tribunali newyorkesi di grado inferiore si erano espressi a favore della teoria soggettiva, vale a dire che, se pure irrazionalmente Goetz si fosse sentito costretto all'uso letale della forza, ciò sarebbe stato sufficiente per ammettere l'autodifesa. Appare invece chiaro che la regola migliore sarebbe quella di utilizzare uno standard oggettivo che, nei tribunali di *common law*, vuol dire valutare la ragionevolezza della condotta.

Durante il procedimento del gran giurì per il caso Goetz, uno dei giurati chiese al procuratore quale sarebbe stata la legge d'applicare nel caso qualcuno avesse pensato all'uso di una forza letale da parte di chi, in realtà, avesse messo la mano in tasca solo per prendere il proprio portafoglio (non è un riferimento esatto, ma un modo equivalente d'inquadrare la questione). Waples, il procuratore, dovette rispondere facendo riferimento alla legge di New York. Alcuni potrebbero sostenere che la legge sia quella stabilita dalle Corti di appello. Forse in Germania o in Italia, il procuratore potrebbe basarsi sulle opinioni dei principali commentatori in materia. Altri ancora potrebbero sostenere — e credo sia giusto — che la legge di New York sia la legge di principio. Waples imboccò questa strada, affermando che lo standard fosse quello delle persone ragionevoli; posizione confermata dalla Corte d'Appello, la più alta corte dello Stato. Come si vede, teoria e pratica sono interconnesse.

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE

Luís Greco¹

Prof. Dott., LL.M. (München), Humboldt Universität zu Berlin

I. INTRODUZIONE

È un grande piacere essere per la prima volta a Urbino, casa dell'amirato professore Monaco e del mio amico di vecchia data, il professore Alessandro Bondi. Nei trenta minuti assegnati, parlerò di *giurisprudenza e scienza del diritto penale* da una prospettiva prevalentemente tedesca. Scelta che si spiega con la mia biografia e con la convinzione che, in Germania, il rapporto tra scienza giuridica e giurisprudenza sia vicino all'ideale.

Procederò quindi in due tappe. La prima, offrirà una panoramica empirica del rapporto tra teoria e pratica penale in Germania (*infra* II). La seconda, abbozzerà una riflessione sulle condizioni e sui limiti di questo rapporto (*infra* III).

II. CONSIDERAZIONI GENERALI SU BASE EMPIRICA: IL RAPPORTO TRA TEORIA E PRATICA NELLA REALTÀ DEL DIRITTO PENALE TEDESCO

Si sottolinea — e spesso si elogia — il fatto che la giurisprudenza tedesca è attenta alla riflessione dottrinale²: gesto niente affatto scontato

1 Traduzione e adattamento di Alessandro Bondi, Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

2 Loos, *Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, in: Immenga (a cura di), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, p. 261 sss. (263 ss.); Hirsch, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, Festschrift für Tröndle, 1989, p. 19 s.; Roxin, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (a cura di.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 369 s. (383 s.); cfr. anche Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, JZ 2014, p. 1 s. (10); Kudlich/Christensen, *Die Methodik des BGH*

nella tradizione giuridica «romano-germanica» o «europeo-continentale». Questo giudizio positivo è però contestato da Accademia e Prassi.

Degli *accademici*, si prende ad esempio Schünemann che rimprovera alle Corti supreme di non dedicare sufficiente attenzione alla dottrina³, utilizzandone arbitrariamente modelli interpretativi per sostenere una decisione già presa⁴. Dei *pratici*, basti citare Fischer, ex giudice del *Bundesgerichtshof* (l'equivalente tedesco della Corte di cassazione italiana) che rimprovera all'Accademia di non conoscere la prassi e le sue esigenze, definendo dottrina e giurisprudenza come «*due strani mondi*»⁵.

Rimanere con i piedi per terra, guardare la realtà, evitare di perdersi in speculazioni autoreferenziali mi sembra il miglior modo per iniziare a riflettere su come la giurisprudenza si rapporti alla dottrina (*infra* 1.) e la dottrina alla giurisprudenza (*infra* 2.).

1. LA DOTTRINA AGLI OCCHI DELLA GIURISPRUDENZA

Non è raro che le decisioni delle corti superiori (per il diritto penale, il *Bundesgerichtshof*) citino pubblicazioni scientifiche. Ma questo dice poco, occorre precisare. Per farlo, proporrò esempi tratti dalla parte generale del Codice penale, così da facilitare la spiegazione a chi non conosce il sistema tedesco.

a) Casi in cui l'interpretazione giurisprudenziale concorda con quella dottrinale. È condizione in cui i tribunali tendono a privilegiare i propri precedenti, e sono situazioni più comuni di quanto si possa pensare. Un esempio è l'impossibilità di configurare istigazione o complicità, quando il reato principale non è solo formalmente consumato ma anche materialmente

in Strafsachen, 2009, p. 1: «Il divario tra teoria e pratica esiste, ma non è così profondo come il pathos della prosa scientifica farebbe pensare»; Nack, *Das Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Praxis in der Strafrechtspflege*, in: Tiedemann et al. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, p. 467 s., con una serie di esempi.

3 Schünemann, *Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?* GA 2011, p. 446 s. (458).

4 Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, FS Roxin I, 2001, p. 1 s. (6); analogamente Radtke, *Gestörte Wechselbezüge? Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung*, ZStW 119 (2007), p. 69 s. (81 s.).

5 Fischer, *Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten*, Festschrift für Hamm, 2008, p. 63 e ss. (67); Id, *Noch einmal: Dogmatik und Praxis des Strafrechts*, Festschrift für Schünemann, 2014, p. 41 ss. (49).

esaurito⁶. Chi nasconde o vende l'oggetto di un furto non è concorrente in questo reato, semmai reo di ricettazione o favoreggiamento. In questi casi, può accadere che venga citato anche uno studio della dottrina che, però, avrà spesso natura solo descrittiva dei precedenti giurisprudenziali. In pratica: un'autocitazione indiretta⁷.

b) *Casi in cui l'interpretazione giurisprudenziale è contestata dalla maggioranza degli studiosi di diritto.* Un esempio è la possibilità di concorrere in un reato già formalmente consumato, ma non materialmente esaurito: chi aiuta il ladro che fugge con l'oggetto del furto in mano è complice del furto? La giurisprudenza sostiene da tempo la complicità⁸, la dottrina maggioritaria la nega con forza⁹. Questi sono i casi in cui la giurisprudenza guarda solo sé stessa, a volte citando un commentario che descrive l'orientamento giurisprudenziale, senza preoccuparsi affatto di rispondere alle critiche della dottrina.

c) *La giurisprudenza non ignora sempre la dottrina.* In rari casi, giurisprudenza consolidata è stata modificata, cedendo alle critiche rivolte dalla dottrina nel corso di anni, se non di generazioni. L'esempio forse più noto è stato l'abbandono, nel 1994, del reato continuato: in Germania, istituito senza alcuna previsione legale. La decisione del *Gran Senato* (BGHS 40, 138), non solo ne riprende la storia legislativa e giurisprudenziale, ma offre pure una sintesi delle critiche rivolte dalla letteratura penalistica (*Id.*, 146 ss.). Un altro esempio interessante è il rapporto tra *Totschlag* (omicidio) e *Mord* (assassinio¹⁰) da cui dipende il regime del concorso di persone nel reato che

6 RGSt 23, 292; 58, 13 f; 71, 193 f; RG JW 1934, 837; RG HRR 1940, Nr. 469; OGHSt 2, 50, 59 s.; 2, 209s.; 3, 1, 3; BGHSt 3, 40, 43 f; 4, 132 f; 6, 248, 251; 19, 325; BGH VRS 16, 267; BGH in Dallinger MDR 1967, 726; BGH NSTZ-RR 1997, 319; BGH NSTZ 2007, 35; NSTZ 2008, 152; NSTZ 2008, 284; NJW 2008, 1460 (numero a margine [nm.] 12); NSTZ 2010, 522; NSTZ 2011, 637 (638); NSTZ 2012, 264; NSTZ 2012, 316; NJW 2013, 2211 (nm. 5); NSTZ 2013, 463 (464); NJW 2015, 2903 (nm. 14); NSTZ-RR 2015 13 (14); BeckRS 2017, 109821 (nm. 4); NSTZ-RR 2021, 273 (275); NSTZ 2022, 219; NSTZ-RR 2023, 49 (50); riferimenti tratti da Schönemann/Greco, LK § 27 nm. 41.

7 Ad esempio, la decisione BGH NSTZ 2007, 35 che cita il commentario di Tröndle/Fischer, o BGH NSTZ-RR 2023, 49, che cita altro commentario di Fischer.

8 Da BGHSt 6, 248, del 1954.

9 Riferimenti dottrinali e discussione in Schönemann/Greco, LK § 27 nm. 43 s.

10 Il termine 'assassinio ha connotazioni criminologiche più che penalistiche in senso stretto. Qui si preferisce a una possibile alternativa, *omicidio di primo grado*, perché non richiama un diretto riferimento alla tipologia del dolo. In pratica, si privilegia la capacità evocativa del fenomeno rispetto all'incerta corrispondenza giuridica. La soluzione è imperfetta. In generale, sui falsi amici nella

non posso qui descrivere per ragioni di tempo (§ 28 I o II StGB)¹¹: mentre la dottrina considera il *Mord* come una qualificazione del *Totschlag*, la giurisprudenza lo considera un reato *sui generis* sin dalla decisione BGHSt 1, 368 del 1952. Solo con la decisione ripresa in BGH NJW 2006, 1008 (1012 ss.), la Corte di Cassazione Federale riconosceva l'importanza della critica dottrinale; tuttavia, nonostante le aspettative, nulla è cambiato. La prima decisione, pubblicata dopo la ricordata sentenza del 2006, nemmeno nominava le perplessità dottrinali; preferiva citare un precedente giurisprudenziale e un commentario compilativo-descrittivo, finendo per etichettare la posizione come giurisprudenza consolidata¹².

d) *La dottrina è presa ancor meno in considerazione quando solo una sua parte, in genere minoritaria, si oppone a giurisprudenza consolidata.* Molti autorevoli studiosi ritengono che l'evento si possa imputare, quando un ipotetico comportamento conforme al dovuto avrebbe ridotto l'aumento del rischio (*teoria dell'aumento del rischio*) e non solo, come fa la giurisprudenza, quando quell'evento sarebbe stato evitato con una probabilità vicina alla certezza (*teoria dell'evitabilità*)¹³; o che nel dolo vi sia solo una componente cognitiva e non anche volitiva¹⁴; o che vi sia coautoria soltanto quando il contributo si realizzi nella fase esecutiva e non in quella preparatoria del reato¹⁵. Tuttavia, quando la giurisprudenza può contare su un forte sostegno dottrinale, difficilmente considera posizioni minoritarie della dottrina: preferisce citare sé stessa, direttamente o, indirettamente, rinviando a un commentario compilativo-descrittivo.

Rappresenta invece un'eccezione la decisione ripresa in BGH NStZ 2019, 511 (512 nm. 52 ss. 61 ss.)¹⁶. Qui la giurisprudenza ha cercato di rispondere a un'opinione minoritaria della dottrina, affrontando la rilevanza dell'*error in personam* di un coautore verso gli altri coautori. In proposito, si registrava un precedente giurisprudenziale del 1957, sostenuto dalla

traduzione giuridica dal tedesco, si rinvia al brillante e chiaro articolo di G. Fornasari, *Quindici «falsi amici» da cui guardarsi. Problemi nella traduzione tedesca in ambito penalistico*, in «DP XXI» (2019), 246–256: 255.

11 In dettaglio, Schönemann/Greco, LK § 28 nm. 73 s.

12 BGH NStZ 2008 273 [nm. 13]; vedi in seguito BGH NStZ 2015 46; StV 2015 288 (289).

13 Sulla questione, con approfondimenti, Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 5. ed., 2020, § 11 nm. 88 sss.

14 *Ibidem.* § 12 nm. 21 sss.

15 Schönemann/Greco, LK-StGB, § 25 nm. 203 sss.

16 Con nota di Heuser ZJS 2019, 529; Rückert HRRS 2019, 245.

dottrina dominante ma molto contestato (BGHSt 11, 268). Difatti, erano stati condannati, come coautori di un tentato omicidio, tre rapinatori che si erano messi d'accordo di sparare per uccidere, laddove fossero stati inseguiti: così avevano fatto sparando, però, a uno dei loro scambiato per un inseguitore¹⁷. Nella sentenza del 2019, la BGH si è infine confrontata con la ormai decennale disputa, fornendo un'ulteriore argomentazione, forse perché la questione era tanto interessante quanto rara.

e) Esclusi i rari mutamenti della giurisprudenza (sopra c), quand'è che la dottrina viene considerata con regolarità? Mi sembra che ciò avvenga quando si tratta di questioni nuove sulle quali non esiste una giurisprudenza consolidata.

Esempi a suffragio di questa ipotesi sono difficili da trovare nella Parte generale del Codice penale, giacché la legislazione di riferimento è cambiata molto poco. Degna di nota, tuttavia, è la decisione del 2000 sulla c.d. complicità neutrale (BGHSt 46, 107): dove la BGH affianca alla poca giurisprudenza, anche la posizione della dottrina e adotta una soluzione molto vicina a quella proposta da Roxin.

Nella Parte speciale del Codice penale, ad ogni riforma legislativa sorgono nuovi problemi. In tal caso, la BGH prende posizione solo dopo aver offerto una sintesi del dibattito dottrinale¹⁸, esposta senza considerare gerarchie o status delle voci dottrinali: non è infatti rara la citazione di studiosi, anche stranieri, che non sono né professori né dottori in giurisprudenza.

f) In breve, la BGH è particolarmente ricettiva nei confronti della dottrina quando vi è un cambiamento nella giurisprudenza o la soluzione di un problema finora non chiarito.

17 V. Schünemann/Greco, LK-StGB, § 25 nm. 199.

18 Mi limito a ricordare: BGHSt 52, 157 (2007), sul concetto di 'strumento pericoloso', in quanto qualificazione del furto, modificata dalla Sesta legge di riforma del diritto penale (6° StrRG) del 1998, BGBl. 1998 I, pag. 164; BGHSt 63, 268 (2018), sul cosiddetto autoriciclaggio (§ 261 IX StGB) – modificato dalla Legge sulla lotta alla corruzione del 20.11.2015 (BGBl. 2015 I, pag. 2025) – con citazione anche di un lavoro del brasiliano Teixeira; BGHSt 66, 137 (2021), sull'associazione a delinquere (§ 129 II StGB) – definita legalmente dalla cinquantaquattresima legge di modifica del Codice penale, del 17.7.2017 (BGBl. I, pag. 2440) – considerando una pubblicazione del brasiliano Montenegro.

2. LA GIURISPRUDENZA AGLI OCCHI DELLA DOTTRINA

Rimane da chiarire il rapporto inverso: come si pone la dottrina rispetto alla giurisprudenza? Una prima difficoltà è capire cosa s'intenda per 'dottrina' che non sia mera pubblicazione riguardante questioni giuridiche diverse dall'essere giurisprudenza o legislazione. La produzione dottrinale si presenta poi in vari formati, alcuni caratteristici della Germania.

a) I manuali prevalentemente didattici prendono molto sul serio la giurisprudenza. La maggior parte degli esempi ormai classici riportati nei manuali non riguardano *Tizio* o *Mevio*, ma casi reali presi in esame da giurisprudenza reale. In ogni nuova edizione, vengono aggiunte e discusse le sentenze più importanti, tra quelle recenti, che gli studenti devono conoscere per ottenere buoni risultati negli esami.

b) La giurisprudenza finisce quindi per costituire gran parte del contenuto della letteratura dedicata alla didattica. La pubblicazione di una decisione giurisprudenziale segna l'inizio di una corsa dottrinale in quattro tappe: la prima, sono le note a sentenza (*Urteilsanmerkungen*), in genere pubblicate in riviste, sotto forma di brevi testi in calce alla disposizione commentata; la seconda tappa, è costituita da articoli scientifici pubblicati mesi e pure anni dopo la decisione; la terza tappa sono le monografie, di solito tesi di dottorato. La quarta tappa è la sintesi delle tre tappe precedenti raccolte nei grandi commentari giuridici (*Großkommentare*) che, per il diritto penale, sono il *Leipziger Kommentar*, il *Systematischer Kommentar*, il *Münchener Kommentar*. Di questi quattro tipi di pubblicazione, la nota a sentenza e il commentario sono di particolare interesse per gli studiosi stranieri.

c) La nota a sentenza. È un mini-articolo, che va dalla mezza pagina alle cinque pagine, pubblicato in calce ad una sentenza. Presuppone che il lettore conosca la decisione e la posizione della giurisprudenza in un contesto più ampio, offrendo elementi critici per valutare la correttezza delle argomentazioni e delle conclusioni raggiunte. Le decisioni più importanti, di solito così definite dalla Corte che ne dispone la pubblicazione nella raccolta giurisprudenziale ufficiale (la rivista BGHSt), sono talvolta oggetto di più annotazioni. Tuttavia, non è raro che pure le decisioni che non rientrano in questa categoria riscuotano l'interesse della dottrina: gran parte del dialogo tra dottrina e giurisprudenza avviene in questo modo.

d) *Il commentario*. È un tipo di pubblicazione che ha caratteristiche e importanza peculiare in Germania¹⁹. I *commentari brevi (Kurzkommentare)* rispondono alla necessità dei professionisti di essere informati in maniera rapida e affidabile sullo stato della giurisprudenza e delle questioni correlate²⁰. I *commentari grandi (Großkommentare)* riprendono in molti volumi pressoché ogni interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in merito alla disposizione legale commentata. A seconda dell'autore, prese di posizione personali occupano più o meno spazio, ma tutti gli autori sono chiamati a descrivere lo stato dell'arte in materia.

In Germania, è proprio il commentario, in particolare quello *grande* a fungere da ponte tra la teoria e la prassi. In tribunale e nelle università, si consultano prima i commentari per conoscere lo stato attuale di dottrina e giurisprudenza. È importante notare che molti commentari non sono scritti solo da accademici, ma anche da prestigiosi esponenti della prassi. Il *Leipziger Kommentar*, per esempio, è nato grazie alla curatela di giudici di Cassazione²¹, tant'è che il suo nome richiama Lipsia: la sede del *Reichsgericht*

In breve: quasi ogni genere di pubblicazione dottrinale è dedicata, in diversa misura, alla discussione giurisprudenziale. Sebbene la Germania sia internazionalmente nota per la sua elaborata dottrina, raramente il dibattito è circoscritto ai soli professori. Il più delle volte è un'occasione molto concreta, sia essa una modifica legislativa o una decisione giudiziaria, a portare nell'orbita accademica la questione.

3. OSSERVAZIONE INTERLOCUTORIA: UN RAPPORTO ASIMMETRICO.

È il momento di confrontare le due prospettive esaminate. Si è visto che, di routine, la giurisprudenza considera la dottrina solo quando vuole cambiare indirizzo o statuire su una nuova questione. D'altro verso, la dottrina, ovunque impegnata, rimane interessata alla giurisprudenza. Ne deriva una significativa asimmetria: la dottrina è più interessata alla giurisprudenza che la giurisprudenza alla dottrina.

19 Sulla storia di questo genere di pubblicazione Kästle-Lamparter, *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, 2016.

20 Il principale oggi è quello di Fischer (70. ed., 2023), che lo ha ereditato da Tröndle, che lo ha ereditato da Dreher, che lo ha ereditato da Schwarz, che lo ha inaugurato nel 1932.

21 La prima edizione del *Leipziger Kommentar*, pubblicata nel 1926, è stata curata da Ebermayer, Lobe e Rosenberg – tutti e tre erano consiglieri del Reichsgericht. Oggi, ci sono anche professori tra i curatori del commentario (nella 14. ed., 2024: Cirener, Schluckebier, giudici del BGH; Radtke, professore e giudice del BVerfG; Rönnau, Greco, professori).

III. UN APPROCCIO TEORICO: CONDIZIONI E LIMITI DEL RAPPORTO TRA TEORIA E PRATICA NEL DIRITTO (PENALE)

Avvicinandomi alla conclusione, vorrei fissare alcuni punti necessari per una riflessione teorica su quanto finora descritto. Non si vuole così offrire una teoria ideale sul rapporto tra dottrina e giurisprudenza, bensì una prima approssimazione di alcuni aspetti che, a mio avviso, dovrebbero essere considerati da chi voglia realizzare una tale teoria. La mia speranza è che questi aspetti possano essere utili per valutare non solo la realtà tedesca, ma pure quella di altri ordinamenti giuridici.

Partirò dall'ovvia considerazione che, nel diritto, la pratica precede la teoria, sia cronologicamente sia logicamente: il *giudice precede il giureconsulto*. Sentenze sono state emesse prima che la dottrina iniziasse a commentarle. Questa ovvietà spiega l'asimmetria osservata. La dottrina è per lo più riflessione critica sulla giurisprudenza. Una riflessione necessaria perché una decisione giudiziaria non è solo un atto di autorità da parte di chi ha il potere d'imporla, ma è anche un *ragionamento*, ossia premessa che porta a una conclusione che ha la pretesa di essere corretta e, persino, di corrispondere a verità²². Questa pretesa può essere messa alla prova dalla dottrina, perché la qualità di un ragionamento non dipende dall'autorità o da un potere speciale, ma dalle argomentazioni prodotte. Pertanto, l'attività giurisprudenziale e quella dottrinale coincidono nella sostanza: condizione necessaria per avere una relazione, perché non può esserci dialogo se non c'è qualcosa in comune.

Tuttavia, questa coincidenza è, giustamente, solo parziale, perché non c'è dialogo ma un monologo se non c'è qualcosa di diverso. Il giudice fonda il suo ragionamento partendo dai casi concreti con cui si confronta; il dogmatico sceglie le questioni, concrete o astratte, da approfondire in base ai propri interessi. Il giudice ha l'obbligo di decidere (divieto di *non liquet*), il dogmatico può lasciare aperta la questione riservandosi di riprenderla in futuro. Il giudice ha di fronte a sé persone reali, il dogmatico pensa a persone universali e astratte. Il giudice decide il caso applicando concetti, in genere legali, eventualmente derivanti da teorie, ma raramente crea teorie e, tantomeno, le combina per realizzare un sistema. Teorizzare e sistematizzare sono, a loro volta, compiti della dottrina. Il giudice è sottoposto all'imperativo della continuità. *Ceteris paribus*, una linea interpretativa

22 Per la concezione razionalista del diritto che sta alla base del testo, Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, p. 41 ss.

consolidata non va disattesa solo perché si percepiscono argomenti contrari, poiché probabilmente già esistevano, e sono stati considerati al momento in cui l'interpretazione si è formata. Per contro, il dogmatico predilige l'innovazione. Siffatto imperativo di continuità non è tanto espressione del bisogno di certezza e prevedibilità del diritto, quanto della stessa pretesa di correttezza e verità che ogni sentenza manifesta, e che implicitamente riconosce, finché non trova ragioni convincenti per imboccare altra strada. In generale, la giurisprudenza può accontentarsi di una soluzione soddisfacente, se corrisponde a ciò che ha praticato da tempo, mentre la dottrina cerca la soluzione migliore, quella che dovrebbe essere praticata in futuro. D'altronde, anche se la giurisprudenza si presenta con un ragionamento è pur sempre «*puissance de juger, si terrible parmi les hommes*», cioè autorità, potere: privilegio e responsabilità estranee alla riflessione dottrinale²³.

Queste differenze spiegano molto dell'asimmetria riscontrata. Non meraviglia che la giurisprudenza non si confronti con la dottrina, quando la sentenza è in continuità con i precedenti. Solo con l'acuirsi della critica dottrinale si affievolisce la pretesa di correttezza e di verità che chiede il rispetto del precedente.

Le differenze suggeriscono anche l'*atteggiamento*, lo *spirito* che dovrebbe animare il confronto tra teoria e prassi, in quanto le loro differenze sono forza e debolezza insieme. La vicinanza alla vita e alle persone concrete, la pressione che accompagna la decisione, la responsabilità nell'esercizio del potere, soprattutto, verso chi vi è soggetto, acuisce il senso giuridico dei magistrati, consentendo loro di trovare soluzioni corrette, almeno nella maggior parte dei casi. D'altro canto, la distanza, la calma, le minori pressioni del quotidiano danno alla dottrina il respiro di cui ha bisogno per offrire teoria e sistema alla questione giuridica. Nella riflessione, il giudice deve sempre riuscire a trovare il generale nel particolare; il dogmatico, invece, non deve perdere il particolare nel generale. Giurisprudenza e dottrina dovrebbero perciò avvicinarsi con rispetto e reciproca ammirazione, consapevoli che l'una vede ciò che per l'altra è in un 'punto cieco', in pratica, l'una dà luce all'altra.

Il fatto che la giurisprudenza sia esercizio di un potere, certo impone ai giudici un grave onere giuridico e morale, ma non alleggerisce il compito della dottrina. Rimane, infatti, oggetto di valutazione del dogmatico l'impegno del giudice che, con la motivazione, cerca di trascendere

23 Montesquieu, *De L'Esprit des Loix*, 1748, Livre XI, Cap. 6 (Montesquieu, *Oeuvres complètes*, Aux Éditions du Seuil, 1964, pag. 587).

la dimensione del potere offrendo ragioni al suo agire secondo pretese di correttezza e verità. In tal senso, secondo Schünemann, il mio Maestro, la scienza del diritto sarebbe un «quarto potere» controllato dagli altri tre solo dal potere dell'argomentazione. Io stesso ho definito la scienza del diritto come la «*la scienza della distinzione tra diritto e potere*». Ciò non significa che la dottrina sia al di sopra dei tribunali. Come si è visto, nel diritto la pratica precede la teoria; il giudice, il giureconsulto. Tuttavia, la correttezza e la verità di ogni soluzione dipendono, in ultima analisi, dalla sua integrazione in una teoria e in un sistema che solo la dottrina è in grado di elaborare.

IV CONCLUSIONE

Ho cercato di descrivere il rapporto tra giurisprudenza e dottrina in Germania, evidenziando come l'una vede l'altra (*supra* II), per poi abbozzare una riflessione teorica sul fenomeno descritto (*supra* III). Mi è sembrato importante sottolineare che l'applicazione pratica del diritto e la riflessione teorica sul diritto, illuminano in maniera reciproca i 'punti ciechi' dell'uno e dell'altro, tant'è che dalla loro controparte entrambe non hanno solo molto da insegnare, ma anche molto da imparare.

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI

Sergio Moccia

Professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II

1. Da tempo si registra una diffusa crisi del sistema penale, che, per presunte esigenze di efficienza, tende a rinunciare ad importanti garanzie individuali. Un habitus di tipo emergenziale, dalle origini risalenti, caratterizza la 'lotta' alla criminalità, sia nell'attività legislativa che nella prassi giudiziaria: essa non può non destare preoccupazione. Efficienza e garanzia devono procedere di pari passo in un'azione congiunta, in conformità a linee di politica criminale razionale e, cioè, a quanto richiesto dai principi penalistici fondamentali, così come si sono conformati all'interno di un ordinamento ispirato a democrazia. I principi a cui faccio riferimento - di rilievo costituzionale in Italia - rappresentano delle direttive, generali e fondamentali, di derivazione normativa: essi si caratterizzano per la connessione sistematica, la razionalità assiologica e funzionale in coerenza con le opzioni fondamentali che danno impronta ad un ordito normativo da stato sociale di diritto.

I principi possono essere considerati come norme che esprimono sia orientamenti e ideali di politica legislativa, sia come criteri direttivi per l'interpretazione.

Indubbiamente i principi fondamentali del diritto penale hanno la loro origine 'classica' nella nobilissima tradizione giusrazionalistico-illuministica, nonché nella non meno nobile tradizione solidaristica, confluite nello stato sociale di diritto, ma la loro vincolatività può scaturire anche dalla veste normativa assunta come diritto positivo.

Essi sono correttamente desumibili, in via diretta o indiretta, dalla normativa costituzionale, dunque da 'dogmi' di particolare significatività; la loro deduzione avviene attraverso concettualizzazioni che sono il risultato di operazioni di astrazione, generalizzazione, distinzione, connessione e così via, cioè operazioni tipiche della dommatica. E la veste normativa

fondamentale assicura la loro vincolatività rafforzata. Non credo pertanto che la pur utile distinzione tra principi argomentativi e principi dimostrativi possa avere ripercussioni in ordine alla vincolatività dei medesimi.

I principi di derivazione diretta sono dati immediatamente, nella loro portata generale, per esprimere prescrizioni, cioè modelli di 'condotta' per i diversi destinatari (legislatore, giudice, ma anche consociato).

I principi di derivazione indiretta risultano dalla combinazione di differenti disposizioni o parti di queste ultime: essi provengono, comunque, da norme e non possono confliggere con altre norme, dovendo risultare espressioni funzionalmente compatibili e, comunque, derivando da norme, esprimono anch'essi prescrizioni.

Si tratta, come è noto, dei principi di legalità con i corollari riserva di legge, irretroattività, determinatezza/tassatività (artt. 25 co.2 e 3, 13 Cost.); di personalità della responsabilità penale (art. 27 co.1 Cost.); di proporzione e ragionevolezza (art. 3 co.2 Cost.); di materialità (artt. 19, 21, 25 co.2 Cost.); di offensività (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3, 27 co.3 Cost.); di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3 Cost.). Quanto al principio di rieducazione, esso va inteso in un significato 'laico', nel senso dell'integrazione sociale, secondo il combinato disposto delle norme di cui agli artt. 27 co.1 e 3, 3 co.2, 19, 21, 4, 32, 34 Cost.

In entrambe le forme essi rappresentano i valori ispiratori del sistema giuridico di riferimento ed assumono un ruolo fondamentale in ordine alla legittimità ed alla funzionalità del medesimo.

I principi fondamentali a cui facciamo riferimento sono posti a tutela sia dei diritti fondamentali della persona, che dell'interesse pubblico alla difesa sociale. La loro conformazione assiologica e funzionale, attualmente, non sembra sempre caratterizzare attività normativa e prassi giurisprudenziale; ma questo non può costituire un argomento per un disincantato realismo, nei fatti eversivo dei principi, bensì deve indurre ad un impegno costante volto al superamento dell'attuale crisi della legalità costituzionale.

I principi e le regole schematicamente riportati offrono i criteri utili alla definizione dei limiti, naturali, dei diritti fondamentali, quanto alle esigenze di controllo penale di fatti socialmente dannosi. È in rapporto ad essi che vanno valutati i tratti dell'involuzione che ha coinvolto legislazione e prassi.

La piena consapevolezza della dimensione funzionale che va riconosciuta ai principi, non solo nell'ambito di indagini e ricostruzioni di tipo dottrinale, ma anche e soprattutto in riferimento all'attività di normazione e al momento dell'applicazione giurisprudenziale, porta in primo piano

il ruolo strumentale del diritto penale; quale delicatissimo *instrumentum regni*, esso rivela, infatti, chiaramente la sua dimensione politica, perseguendo finalità che riflettono immediatamente i veri obiettivi che lo Stato realizza ed intende realizzare.

In questa prospettiva l'intervento penale si giustifica, nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della sua persona: egli, quindi, non andrà mai considerato quale mezzo per la realizzazione di scopi altrui. In tal modo il soggetto adempie agli obblighi di responsabilità che sorgono dalla commissione del fatto di reato, nell'interesse della società di cui fa parte, senza per questo degradare da 'persona a cosa'.

2. Il principio di legalità sta vivendo diffusamente una forte crisi, sotto diversi profili, molto pericolosa per le ragioni di uno stato sociale di diritto.

In via di premessa a me pare innegabile il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della *ratio legis*, capace di rappresentare sufficientemente la realtà empirica. Vi è necessità di applicazione, esperienza, conoscenza della tecnica della legislazione e tempo. E non sempre chi fa le leggi, specialmente negli ultimi anni, si è dimostrato in grado di saperle fare – basti pensare, da ultimo, al decreto in materia di *rave-party* -; non sempre l'*iter* procede in maniera ragionevole; è noto, ad esempio, lo stravolgimento dei testi all'ultimo minuto tramite emendamenti di difficile compatibilità con il resto del provvedimento.

Da questo fattore di crisi deriva un altro, non meno preoccupante. Ed infatti, l'osservazione dell'esperienza secondo cui le istituzioni parlamentari non si rivelino all'altezza di legiferare in maniera soddisfacente – specialmente in termini di chiarezza, determinatezza, coerenza logico-sistemica – ha assecondato una tendenza, invero, mai sopita nella giurisprudenza, di emancipazione dalla soggezione alla forma della legge, per costituirsi interprete immediata della coscienza comune, se non del pubblico interesse: si tratta di una diversa legalità di matrice giurisprudenziale correttiva degli errori del legislatore e riempitiva di lacune.

Infatti, sovente si è verificato in giurisprudenza il fenomeno dell'ampliamento dell'ambito applicativo della norma ben oltre i limiti segnati all'interno della stessa, per soddisfare c.d. 'esigenze di difesa' dei consociati e dello Stato. È il caso di notare solo che nelle costituzioni ispirate

allo stato sociale di diritto, ad esprimere coscienza ed interesse comune sono legittimati i rappresentanti del popolo democraticamente eletti e non i giudici, per i quali, talvolta, sembra sussistere pur sempre un ordine normativo indipendente dalla legge. Di qui il 'diritto vivente', di fonte giurisprudenziale, che rappresenta un evidente ridimensionamento del fondamentale ruolo della legge.

È evidente che quando le leggi sono oscure o semplicemente scritte male, l'aspirazione ad una giurisprudenza non oscillante, affidabile, diviene di difficilissima realizzazione. Ma questo non significa che non sia possibile ridurre in termini di 'ragione' ambiti e modalità di esercizio della giustizia penale: la politica dovrà ritrovare le competenze per adempiere degnamente ai suoi compiti o sarà destinata a sparire, con tutto quel che di catastrofico è possibile prevedere.

Quella segnalata per il diritto interno è anche una caratteristica dei provvedimenti normativi che una deludente Unione europea tanto 'generosamente' regala ai suoi cittadini, sovente caratterizzati dalla violazione dei principi fondamentali derivanti dalla tradizione culturale europea dello stato sociale di diritto: quella di cui essere orgogliosi! Così come, sotto il profilo giurisprudenziale è innegabile – si pensi al caso Contrada - che [...] dall'art.7 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge un concetto di legalità totalmente diverso, nel quale rientra anche la decisione giurisprudenziale, che serve a definire prima del fatto il precetto e le conseguenze, purché caratterizzate da conoscibilità e prevedibilità; di qui anche la regola dell'irretroattività in caso di nuovo orientamento giurisprudenziale imprevedibile.

Sul piano strettamente tecnico, a legittimare una tale crisi della legalità ha contribuito la valorizzazione di recenti sviluppi della teoria dell'interpretazione, di derivazione gadameriana, che esaltano il profilo creativo nell'attività giurisprudenziale. Ciò ha dato vita ad un grave equivoco: non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della Costituzione. Dunque, il vincolo del giudice alla legge si esplica anche all'interno dell'attività ermeneutica.

Essa tuttavia, lungi dall'orientarsi al diritto vivente - il che spesso significa, purtroppo, alla tralozia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazioni fattuali a volte diverse - deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e dalla sistematica, tradotte, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici.

Talora l'attività ermeneutica giurisprudenziale sembra invece allontanarsi da esse, inseguendo pragmaticamente – il che, sovente, vuol dire arbitrariamente – la soluzione ritenuta equitativamente più adeguata al caso concreto. E così, ad esempio, in materia di concorso esterno - posto che si ritenesse applicabile quella clausola indeterminata che è l'art.110 c.p. ai reati associativi, altrettanto indeterminati e che costituiscono una deroga alle norme sul concorso - si sarebbero dovute applicare le norme in tema di concorso di persone. Invece, perfino la giurisprudenza delle Sezioni unite si è ripetutamente discostata da quelle regole, creandone, in via giurisprudenziale, di nuove e diverse. Prima si è affermato, con la sent. Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994, Demitry, che concorrente 'esterno' fosse solo quello infungibile, indispensabile, ovvero solo chi prestasse un contributo tale da costituire una *condicio sine qua non*: il che non corrisponde agli orientamenti dominanti in tema di concorso di persone, laddove si punisce pacificamente il contributo soltanto agevolatore. Poi, con la sent. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, si è affermata la punibilità del concorrente esterno che compie atti idonei, adeguati ad agevolare l'associazione: arrivando, così, a configurare la punibilità eccezionale di un tentativo di concorso. Addirittura, in alcune sentenze – v. in particolare Cass., sez.I, 16 marzo 2000, Proc. gen. App. Catanzaro in c. Frasca - si è giunti ad affermare la punibilità, a titolo di concorso di persone nel reato associativo, del mero accordo, del patto di scambio politico-mafioso che non rientrasse nell'art.416 *ter* c.p.: in palese contrasto non solo con il principio di offensività, ma con la stessa disciplina del concorso: art.115 c.p.! E gli esempi, anche per casistica di altro genere, potrebbero continuare.

Malgrado diffuse esperienze di tal genere segnalò una improvvida recente riforma italiana (l. n.103/2017), che, com'è noto, disciplina innovativamente il rapporto tra le Sezioni semplici e le Sezioni unite della Cassazione nel senso di disporre a favore delle Sezioni unite la possibilità di enunciare il principio di diritto vincolante per le Sezioni semplici: queste soltanto con ordinanza motivata possono provare a determinare un ripensamento da parte delle Sezioni unite.

In tal modo si ritiene di porre un argine all'incertezza ed all'imprevedibilità, ma in contrasto palmare con il principio di stretta legalità. Ed infatti, la novella rappresenta un rimedio che in realtà s'inserisce proprio nello stesso percorso involutivo della legalità che s'intende contrastare: un percorso che porta ad affidare la legalità penale al potere giudiziario. Il principio di legalità reca con sé determinatezza, ossia chiarezza e preci-

sione della norma penale, nonché verificabilità empirica della fattispecie. E tra le funzioni della determinatezza vi è quella democratica e liberale di contribuire a garantire la separazione dei poteri legislativo e giudiziario, la soggezione del giudice alla legge, la limitazione del suo potere discrezionale di ‘determinare’ di propria iniziativa l’ambito del punibile. Certamente, ripetiamo, il giudice ha uno spazio interpretativo, anche ampio, che, tuttavia, trova i suoi limiti nel dovere di interpretazione conforme a Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali e, per la realtà continentale, al diritto primario dell’Unione europea.

Il giudice ordinario non può essere, invece, vincolato alle pronunce di altri giudici ordinari: in tal modo si rischia un irrigidimento conservatore della magistratura, con conseguente difficoltà per il giudice divergente – e, quindi, per il difensore – di contrastare il peso dei precedenti persino con interpretazioni maggiormente conformi a Costituzione. Ma, soprattutto, si erige in sostanza la Cassazione a sezioni unite a fonte del diritto penale.

Sono convinto che la legalità formale, a partire dalla riserva di legge, sia un contrassegno essenziale per lo stato di diritto: serve a garantire ambiti certi di libertà, sia in generale, contro indebite intromissioni nella vita individuale da parte dell’autorità statale, sia in particolare, contro applicazioni giurisprudenziali arbitrarie. Di qui la forte connotazione politica dell’esigenza della supremazia della legge, del vincolo a leggi formulate in via generale ed astratta a cui vanno sottoposte le attività del potere esecutivo e di quello giudiziario.

Va ribadito che il principio di legalità, in tutti i suoi aspetti, si fonda sul postulato della divisione dei poteri, essenziale in democrazia. A decidere *de libertate* è legittimata solo quella istituzione che rappresenta immediatamente la volontà popolare, e cioè il Parlamento che a tale funzione assolve con le leggi: al giudice viene riservato il solo compito dell’applicazione della legge entro gli spazi consentiti da una corretta interpretazione.

3. Altro principio in crisi è quello della sussidiarietà dell’intervento penale, testimoniato da una presenza ormai ‘onnivora’ del diritto penale. Eppure, la sussidiarietà, ancor prima della stretta legalità, è un’aspirazione che circola nel pensiero giuspenalistico sin dall’epoca del giusrazionalismo improntato a laicità. Da quando, cioè, la difesa dei diritti dell’individuo e la ricerca di limiti al potere statale d’intervento cominciarono ad essere avvertite come esigenze centrali del sistema giuridico. E un’emblematica descrizione di Ugo Grozio della sussidiarietà appare, ancora oggi, impec-

cabile: “Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam erigenda praecise obliget” (De jure lib. 2, cap. XX, tit. XX, n.10).

Una volta abbandonate – si spera definitivamente – prospettive irrazionalistiche e di mera repressione in rapporto ad ‘essenze’ e funzioni del sistema penale, ai fini della tutela delle garanzie individuali, ma anche dell’efficienza del controllo di fatti socialmente dannosi, il legislatore deve scegliere tra intervento penale o extrapenale, tenendo presente che l’opzione del primo tipo è legittima soltanto se la sanzione penale è in grado di raggiungere gli scopi che essa può essere chiamata a perseguire.

In altri termini, sia pur con le caratteristiche dell’integrazione sociale, la sanzione penale resta comunque la più grave delle limitazioni a libertà e personalità dell’individuo. Questo dato, raffrontato con i principi posti, tra l’altro, proprio a tutela della libertà e personalità – anche nella loro interazione con i principi di tutela della dignità, personalità della responsabilità penale e rieducazione – impone il ricorso al controllo penale solo quando venga in discussione un bene comparabile a quello della libertà individuale e, inoltre, non risultino disponibili altri efficaci strumenti di controllo sociale che meno incidano nella sfera individuale.

A ciò si aggiunga che l’opzione di *extrema ratio* spinge alla ricerca ed alla sperimentazione di forme efficienti di controllo, alternative a quella penale, ridimensionando pericolose illusioni panpenalistiche e/o pangiustizialiste, destinate il più delle volte a risolversi in sterili ed illiberali rigorismi repressivi. Inoltre, il principio di *extrema ratio* va preso in considerazione anche all’interno di una scelta di criminalizzazione; vale a dire che non opera solo in rapporto all’adozione di opzioni di controllo trascendente l’ordinamento penale, ma è immanente nell’utilizzazione dello stesso intervento penale, nel senso che, una volta intrapresa questa strada, bisognerà controllare secondo criteri di stretta necessità anche forme e misura dell’intervento penale.

In questo contesto va evidenziato il ruolo che è chiamato a svolgere il canone della frammentarietà. Esso fu originariamente evidenziato con accento negativo, ma è stato, dalla fine degli anni Sessanta del secolo passato, rivalutato nella sua funzione di garanzia.

Infatti è possibile considerare tale canone, oltre che funzionale ad esigenze di determinatezza, come una sorta di corollario del principio di

extrema ratio, dal momento che la selezione di talune soltanto delle forme di aggressione a beni giuridici – per l'appunto secondo criteri di frammentarietà – risulta funzionale all'esplicazione dell'attivazione, in termini di estrema necessità, dello strumento penale unicamente in mancanza di altre efficaci forme di controllo sociale.

“La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male”, afferma Roxin (Roxin 1966, III, 37), e questa è una verità profonda, che sintetizza in maniera impeccabile le aspirazioni ad un diritto penale laico, liberale, minimo, ma anche razionale ed efficiente. Essa rappresenta mirabilmente una realtà normativa e culturale che vede nel rispetto dell'uomo e delle sue prerogative di autonomia e dignità, in un contesto di solidarietà, la realizzazione di un comune, alto ideale di civiltà e di democrazia.

Invero, una legislazione ed una prassi ispirate ad un eccesso di disinvolto empirismo, espressivo di una valorizzazione del pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale, reca con sé il duplice rischio di creare confusione dal punto di vista dell'assetto ordinamentale, con il noto corollario dell'inefficienza, e, inoltre, di trascurare l'aspetto delle garanzie, con grave pregiudizio anche dei diritti fondamentali.

A me sembra, invece, che il territorio in cui si mantengono pressanti le istanze della modernità, ancora da realizzare, è forse proprio quello dei rapporti giuridici, con l'impegno a preservare dei valori di fondo, a costruire modelli nuovi di comportamento, a predisporre nuove modalità e procedure d'intervento, senza rinunciare a conquiste, essenziali, di tipo assiologico, come la fissazione e difesa solenne dei diritti fondamentali a cui la stessa civiltà nel suo complesso non può rinunciare. È questo il settore dove va cercato quel tanto di potenzialità, di esperienza positiva da recuperare e mantenere dal mondo della modernità. Dobbiamo pensare che molte delle potenzialità della modernità, molti dei suoi slanci – accanto anche a delle sconfitte – non sono mai stati davvero attuati e, forse, neanche tentati.

Bisogna, allora, ripensare ad una codificazione che, una volta liberatici di tutto il ciarpame normativo, bagattellare o meno, sotto forma di una Legge penale fondamentale contenga chiare forme di imputazione dei fatti, un sistema di sanzioni, ragionevole, mite ed efficiente, nonché un numero contenuto di gravi figure di reato, riconoscibili ed accettabili dai consociati. Tutto il resto dovrà sparire o essere trasformato in altre, pur sempre contenute, figure d'illecito non penale; solo in tal modo riacquisteranno integral-

mente di significato i principi, essenziali, per uno stato sociale di diritto.

Solo così sarà possibile anche ipotizzare, per la creazione di nuove norme penali, oltre al divieto di una in sé illegittima decretazione governativa, anche procedimenti legislativi più complessi di quelli attuali, in considerazione dei beni essenziali – libertà e personalità – che vengono normalmente in questione con il diritto penale; e con ciò evitare il ricorso alluvionale ad una onnivora, quanto simbolica legislazione penale.

Naturalmente il ‘momento penale’ dovrà essere solo un aspetto di un ampio progetto strategico di tipo politico-sociale, seriamente orientato alla rimozione di quei fattori di disagio socio-economico-culturale, che, di norma, tanta parte hanno nel processo di formazione della devianza criminale.

4. Caposaldo di un diritto penale ispirato ai canoni di civiltà dello stato sociale di diritto, è dato dal principio di offensività. Esso, vale la pena di ricordarlo, esige, in primo luogo, che la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano, generalmente, avvertiti come tali: risultino cioè contrassegnati da dannosità sociale – secondo la lezione sempre attuale del giusrazionalismo illuministico – che si esprime, tramite la mediazione del diritto, nell’offesa di beni particolarmente significativi.

Ma anche sotto il profilo ermeneutico si esprime il vincolo del giudice alla legge ed ai principi costituzionali: ciò costituisce un dato ormai acquisito per quel che concerne, ad esempio, proprio il principio di offensività cosiddetto ‘in concreto’, a partire dalla sent. Corte cost. n. 333/1991, in tema di sostanze stupefacenti. Il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un’interpretazione teleologica costituzionalmente orientata. E lo stesso deve valere anche per gli altri principi, come ad esempio quello di personalità della responsabilità penale, evitando, ad esempio, in sede ermeneutica, di avallare forme occulte di responsabilità oggettiva o di posizione – si pensi soltanto alla nota pronuncia Thyssen - Krupp (Cass. pen., Sezioni Unite, 24 aprile 2014 - 18 settembre 2014, n. 38343) – e così via.

Tornando al connotato della dannosità sociale va posto nel debito risalto che esso costituisce la condizione indispensabile perché i consociati possano accettare la criminalizzazione di un fatto e, d’altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché eventualmente con proficuità essere avviato al recupero sociale: l’azione di risocializzazione richiede che il soggetto

percepisca con chiarezza l'antisocialità della propria condotta, ovvero l'offesa significativa al bene giuridico.

A mio avviso, quindi, il riferimento all'offesa al bene giuridico resta un punto di riferimento insostituibile.

Sicuramente il concetto di bene giuridico non è in grado di offrire di per sé una formula con cui attraverso operazioni di sussunzione e deduzione si possa agevolmente distinguere la condotta punibile da quella non punibile. Tuttavia, esso è in grado di fornire un'utile indicazione di ciò che può essere legittimamente tutelato con il diritto penale tramite l'interazione di diversi criteri, legati a sussidiarietà, proporzione, ragionevolezza, funzione della pena come integrazione sociale, personalismo in senso laico – quindi chiara distinzione tra diritto eteronomo e morale autonoma – e solidarismo. Ovviamente, questa impostazione pretende la compatibilità delle opzioni con i parametri assiologico-normativi, rappresentati dalla nostra struttura ordinamentale da stato sociale di diritto; come la storia insegna, con altre premesse di fondo gli esiti relativi alla ri/costruzione dell'oggetto della tutela penale e delle forme dell'offesa allo stesso possono mutare radicalmente.

Un primo referente, che opera per la corretta identificazione dell'oggetto della tutela penale, è dato dal fatto che, in un assetto normativo-istituzionale espressivo dello stato sociale di diritto, l'ordinamento deve risultare funzionale alla tutela di libertà e personalità dell'individuo nel contestuale rispetto di prerogative superindividuali. Vanno, dunque, privilegiate le esigenze, solidaristicamente connotate, di una vita di relazione in una struttura sociale in costante evoluzione. La funzione del bene non si esaurisce in un mero 'esserci' storicamente inteso, ma si compie nel fatto che esso apre al titolare effettive e concrete possibilità di realizzazione delle proprie finalità.

Questa impostazione non postula un'idea sistematica di valore, assolutamente pre-data, in base alla quale ricostruire un ordine normativo in via assiomatico-deduttiva. S'intende configurare un sistema 'aperto', che sia cioè capace di adattarsi alle concrete contingenze della tutela penale, tenendo effettivamente presente la realtà entro cui è chiamata ad operare. Le valutazioni ordinamentali non sono, dunque, cristallizzate in un modulo normativo imm modificabile, ma è possibile un loro adeguamento all'evoluzione dei rapporti sociali.

Pur in presenza dell'esigenza, sempre attuale, di una riconsiderazione complessiva della normativa nel senso dell'arretramento dell'intervento penale – per l'interazione dei principi di sussidiarietà, frammentarietà, pro-

porzione, integrazione sociale e la valorizzazione di prospettive di efficienza – è innegabile che possa porsi il problema di rinnovate esigenze di tutela dovute a diversi fattori, anche ampiamente differenziati – dallo sviluppo scientifico-tecnologico all'economia – ma l'eventuale disciplina penalistica dovrà comunque essere adeguata ai principi fondamentali. Anche per quel che riguarda più da vicino eventuali 'nuovi' beni da tutelare, a ben riflettere, in molti casi, più che della considerazione di nuove oggettività giuridiche si tratta, in fondo, soltanto di enucleare diverse, magari molto più sofisticate, tecniche aggressive, ma pur sempre di 'affidabili' beni tradizionali.

In realtà, a destare maggiori preoccupazioni è il cosiddetto diritto penale del rischio, per il quale, a fronte di fenomeni a cui è possibile connettere gravi implicazioni sul piano della dannosità sociale, si discute se sia ammissibile, per finalità preventive, ipotizzare un controllo penale caratterizzato dalla rinuncia a talune garanzie o ad un loro notevole affievolimento. In particolare, il riferimento è al bene giuridico e, consequenzialmente, ad affidabili criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, con quel che ne consegue in campo processuale in rapporto all'accertamento dei fatti e, dunque, in materia di prova. Ove tali garanzie non dovessero essere assicurate, appare evidente che il controllo penale non possa essere attivato.

In ogni caso, per esigenze non solo di garanzia, ma anche di effettività della tutela, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori d'interesse – che vanno ricercati ed attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi – derivanti da attività complesse legate allo sviluppo tecnologico, scientifico, economico. Certo, qualora dovessero emergere profili d'illiceità, quali il diritto penale è in grado di conoscere e gestire, è evidente che questo debba essere attivato, ma solo a tali condizioni: altrimenti il 'rischio', fondato, è quello, concreto, del consueto uso simbolico del diritto penale, strutturalmente inefficace, se non controproducente sul piano della tutela, perché in molti casi fornisce, con la sua mera presenza, un alibi per non affrontare 'seriamente', nelle sedi più consone, il problema.

Infine, va segnalata la significatività, oltre che dell'oggetto della tutela, anche delle modalità di aggressione allo stesso. E dovranno essere prese in considerazione, ai fini di un giudizio legislativo di disvalore penale, solo condotte di particolare attitudine offensiva, per cui anche la valutazione della condotta tipica va espressa in termini di dannosità sociale. Le modalità di aggressione, intese quali manifestazioni ricorrenti ed efficaci nella dinamica di offesa al bene, forniscono un criterio basilare per

apprestare un adeguato assetto di tutela e ciò vale in particolare quando si ha come riferimento un bene ampiamente articolato che può essere offeso con modalità molto differenziate. Infatti, in un caso del genere, quello della modalità di aggressione appare, accanto a quello del bene, il criterio selettivo fondamentale per una sistemazione razionale della disciplina.

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?

Tullio Padovani

Professore emerito di diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa

1. INTRODUZIONE

Nutrivo il vivissimo desiderio di essere tra voi, oggi a Urbino, non solo per la gioia di ritrovare vecchi e cari amici che da una vita sono i miei compagni, e spesso anche i miei maestri, lungo i sentieri sempre scoscesi del diritto penale, ma anche per rinnovare un ricordo che è sempre vivo nel mio cuore dal giorno in cui per la prima, e per ora unica, volta misi piede ad Urbino. Esattamente cinquant'anni fa, si trattava di un convegno organizzato da Alfonso Maria Stile, che a quell'epoca era professore incaricato e si accingeva, nel concorso del '73, a diventare ordinario; l'oggetto non lo ricordo, ma mi pare si trattasse, al solito, della riforma del codice penale: tema ricorrente di quei decenni, ora sepolto tra le falde dell'accidia.

In quella circostanza conobbi Alfonso e quella conoscenza, in varie circostanze sempre più fitte, si è consolidata, rinnovandosi e intensificandosi ad ogni occasione. Ne è scaturita un'amicizia intensa e (l'aggettivo è quanto mai appropriato) fraterna. Uso il passato prossimo, perché la sua scomparsa non ha potuto spezzare questo vincolo.

In quella prima circostanza visitai Urbino. Occorre dirlo? Ne rimasi abbacinato. Una città-palazzo, un palazzo-città viva e vitale, tanto più vitale per quei tocchi lievi di modernità che un architetto magistrale aveva saputo inserire, proprio con la facoltà di giurisprudenza: mi lasciò esterrefatto la sua capacità di inserirsi così armonicamente in quel tessuto e di fare di quell'inserimento un abbellimento del vestito, un ornamento. Solo un gigante all'altezza di chi aveva concepito Urbino, poteva permettersi tanto.

Comprensibilmente, ho tratto da quell'incontro il desiderio nostalgico di ritornare. Ecco che mi si è presentata un'occasione d'oro, ma purtroppo – come suol dirsi – il diavolo ci ha messo la coda. Non mi scoraggio; anzi, non avere potuto soddisfare il desiderio in questa occasione mi rende

certo – io sono sempre proiettato al futuro – che avrò una seconda occasione. Mi affido ad Alessandro Bondi per la prova d'appello.

Il mio saluto non può tuttavia però ridursi ad una semplice lamentazione dell'assente sulla scia di coloro che se la cavano proclamando che avrebbero tanto voluto esserci, non ci sono, ma abbracciano e salutano tutti, e chi s'è visto, s'è visto. Vorrei invece che questa circostanza si trasformasse, modestamente, in un piccolo attestato di presenza, sia pure limitata dalla modalità e dalle circostanze.

2. AUTORI E ATTORI NEL RAPPORTO TRA TEORIA E PRASSI DEL DIRITTO PENALE: IL LEGISLATORE

L'argomento del convegno è singolare nella sua vastità: diritto penale fra teoria e prassi. Un tema che mi ha fatto pensare ad una gigantesca piovra con cui è difficile lottare, perché, afferrato un tentacolo ed essendo magari riusciti a reciderlo, ci si trova avviluppati in un secondo tentacolo, e poi in un terzo, e così via, sempre più sfuggente, sempre più stringente.

Per vincere l'imbarazzo, mi son detto: è il caso di procedere in qualche modo per metafore, cercando di chiarire – molto modestamente – come, a mio giudizio, s'impone, in generale la tematica prospettata. Non dirò niente di originale, niente che voi già non sappiate, ma spero con questo di rendervi almeno testimonianza di un *idem sentire*.

I deuteragonisti della vicenda, cioè i *dramatis personae*, sono la teoria e la prassi. Nella teoria e nella prassi intervengono però numerosi soggetti, che prestano mano ora all'una, ora all'altra.

La teoria è compito di autori: si tratta di scrivere testi, soggetto, sceneggiatura che sia; un compito che compete, quindi, precipuamente al legislatore, e non solo – come vedremo – al legislatore. La prassi è invece, attività degli attori che recitano la *pièce*, le danno corpo, le danno suono, le danno movimento. In definitiva, i soggetti che intervengono sono cinque, per lo meno cinque fondamentali.

In primo luogo, emerge per l'appunto il legislatore: il cavaliere dalla triste figura, secondo l'efficace metafora di Alessandro Bondi. Per questa nostra occasione ricorrerei tuttavia ad una metafora pedestre, quella dello studente un po' sbuccione, o scansafatiche che dir si voglia: vedremo tra breve in che senso.

Si profila poi il destinatario della norma penale, colui che è chiamato ad osservarla, interprete pressoché passivo, o quanto meno muto. A seguire si stagliano i rilevatori dell'inosservanza, i controllori dell'adempimento, e si tratta precisamente del pubblico ministero, attore fondamentale, insieme con il giudice per cui la norma diviene regola di giudizio del caso denunciato quale inosservanza.

I ruoli per verità sono solo apparentemente fissi: i soggetti che li ricoprono se li scambiano sovente, e non sempre (anzi: quasi mai) in modo armonicamente consentaneo alla *pièce* rappresentata sul palcoscenico.

Innanzitutto il legislatore, che ho definito “studente”, perché come autore chiamato a scrivere, deve essersi previamente indottrinato, frequentando una scuola. Diversamente, non potrebbe esercitare il suo compito. A scuola, dunque; ma di chi?

La risposta storicamente più autorevole è quella fornita da Francesco Carrara: a scuola dalla ragione. Scrive in proposito il grande Maestro:

«il *Programma del diritto criminale* doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza: e contenere in sé il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare; e tutti i precetti che governano la vita pratica della scienza stessa nei tre grandi fatti costituenti l'obiettivo di lei, in quanto essa ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione* e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia.

La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti: nella quale opera, costituente l'attività sostanziale e la ragione di essere dell'ordinamento sociale, si trova il complemento dell'ordine quando essi sono regolati a dovere, e un fonte perenne di disordini e di iniquità quando rimangono consegnati al capriccio ed alle passioni del legislatore. I precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune e fondamentale; e la formula che esprime tale principio è il *Programma* della scienza criminale»¹.

Francesco Carrara muove dunque verso una prospettiva che, in prima ed essenziale battuta, non è meramente dogmatico–ricostruttiva: non si tratta di servire il legislatore né di fornire ausilio all'ufficio del giudice. La prospettiva è invece di natura strettamente deontologica: non intende

1 F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Firenze, 1907, 8.

stabilire quale il sistema penale è, ma quale deve necessariamente essere. Non si tratta di organizzare la fruizione di dati, ma di stabilire limiti all'esercizio di un potere, il più terribile: quello punitivo. Perciò l'interlocutore cui si rivolge non è precipuamente il soggetto o i soggetti chiamati ad applicare il diritto punitivo, ma chi è legittimato a formularlo. Lo studente è il legislatore stesso ed il campo di studio la scienza della legislazione e la politica criminale.

Naturalmente il programma di studio è sensibile ai tempi ed alle contingenze storiche; oggi si è certamente arricchito di discipline ausiliarie che nutrono e fortificano la razionalità del diritto penale, nel mentre limiti di indirizzo e di contenuto si profilano sullo stesso piano normativo, ai livelli più alti dell'ordinamento, costituiti dal piano costituzionale e dai vincoli normativi sanciti dalle convenzioni internazionali. Ma il baricentro della struttura non cambia e non muta. Ancora una volta possiamo utilmente riprendere le parole di Francesco Carrara:

«Ecco la scienza penale che noi dobbiamo studiare, estraendo sempre da ciò che può essere piaciuto dettare nei vari codici umani, e rintracciando la verità nel codice immutabile della ragione. La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza. In codeste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari Codici qual più di adatta all'archetipo del vero assoluto: non già, con viaggio preposterò, desumere la verità dei principii dal diritto costituito. I dettati umani furono troppo spesso iniqui ed irragionevoli, perché eccitati dalle passioni, o dalle allucinazione dell'intelletto. Se il tipo della legge naturale si volesse desumere da cotesto criterio, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia»².

L'idea di una "scuola" così rigidamente vincolata ai canoni di un giusnaturalismo razionalistico, cui si ispira il pensiero carrariano, può e deve, ovviamente, essere discussa e ritenuta anche, per lo meno in parte, superata. Ma il postulato deontologico che la pervade e la sostiene ha radici lontane, che affondano nel terreno della riforma settecentesca, per la quale la scienza del diritto penale è scienza normativa prima di tutto nei confronti del legislatore, che è tenuto ad adeguarsi ai dettami di una ragione fondante basata sui principi intelligibili e condivisi. Diversamente egli commette un «abuso di potere e la sua legge è ingiusta». L'idea di fondo resta costante: non il potere fonda la legge, ma questa il potere, il quale non si legittima

2 F. CARRARA, *op. cit.*, 42.

semplicemente come ‘fatto’, ma esclusivamente come ‘valore’ entro limiti tracciati da un codice superiore.

3. IL RUOLO DELLA DOTTRINA GIURIDICA

Lungo questa stessa traiettoria si colloca la funzione dell’altro attore della vicenda normativa, la dottrina, la cui funzione è prima di tutto quella del *magister*, secondo una tradizione che proprio in Italia vanta un radicamento storico e una vitalità persistente che occorre salvaguardare e perpetuare. A tal proposito, vale la pena di riprendere alcune riflessioni illuminanti di un grande storico del diritto penale, purtroppo prematuramente scomparso, Mario Sbriccoli:

«Una caratteristica permanente dell’esperienza penalistica italiana sta dunque nella durevole centralità delle questioni penali delle diverse fasi della vita politica del Paese. Ad essa si correla un tratto distintivo che riguarda la vocazione, per così dire, della scienza e della cultura giuridica penali, impegnate con un loro spirito peculiare, storicamente caratterizzato, intorno alle ragioni ed ai modi del proibire, del prevenire, del giudicare e del punire. Si tratta di quella specifica attitudine dei penalisti italiani (di recente visibilmente riapparsa, dopo quella che è potuta sembrare una lunga eclissi) che ho già avuto modo di designare come *penalistica civile*.

La dottrina penalistica postunitaria, in ragione del suo oggetto e delle radici che essa affondava nel più significativo riformismo settecentesco, era quella che più di ogni altra, nel campo giuridico, aveva conservato un ancoraggio a referti filosofici, a progetti e programmi, a punti di riferimento esterni alla dimensione del giuridico. Ricerca e discussione si articolavano assai più sui presupposti e sui fini del sistema punitivo che non sul versante tecnico della sua gestione. All’indomani dell’Unità l’obiettivo primario sembrò ai penalisti che avevano fatto una lunga esperienza di opposizione sotto regimi illiberali, quello di assicurare libertà e garanzia nell’agire politico, di creare uno spazio efficace per la ‘giustizia’ nella vita sociale, ma soprattutto di arricchire il processo di incivilimento, del quale la centralità del diritto penale li rendeva protagonisti primari»³.

Il brano di Sbriccoli è denso e illuminante. La tradizione, ch’egli richiama attribuendola a «specifica attitudine dei penalisti italiani», risulta

3 M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d’Italia – Annali 14* (Leggi diritto giustizia), a cura di L. Violante, Torino, Einaudi 1998, 494.

al suo sguardo «di recente visibilmente riapparsa dopo quella che è potuta sembrare una lunga eclissi»: il riferimento è evidentemente rivolto all'emergere, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, di una dottrina non più china sul codice penale come su un testo 'sacro', ma decisa a rimetterne in discussione fondamento e caratteri, in nome di principi deontici che la scuola tecnico-giuridica aveva riposto nel retrobottega del diritto penale, buoni per qualche spolvero d'occasione, ma ben lontani dalla pratica del commercio punitivo. Per questo scopo bastavano abili vetrinisti capaci di far figurare la vecchia mercanzia, ripulita e lustrata sino allo sfinimento. Il nuovo illuminismo italiano fu policentrico: impossibile non ricordare in particolare la scuola bolognese e quella napoletana, ma bisogna riconoscere che la diffusione del rinnovato atteggiamento si rivelò, sia pur a macchia di leopardo, ubiquitaria.

Ho usato non casualmente il passato remoto, per collocare storicamente la riemersione della dottrina penalistica magistralmente evocata da Mario Sbriccoli. In effetti le contingenze attuali vedono la dottrina in una posizione che sul palcoscenico della vicenda penalistica appare problematica, molto problematica. La dottrina penalistica *hic et nunc* si mostra davvero in grado di svolgere con autorevolezza il compito che storicamente le è proprio, di 'maestro' del legislatore? Certo, si tratta di un allievo che non è sempre, per non dire quasi mai, disposto ad ascoltare lezioni: sono più quelle che 'buca' di quelle che frequenta, e comunque con scarso profitto. Il legislatore frequenta più volentieri le osterie del populismo penale, o si incanta come un fanciullo sprovveduto dinanzi alle seduzioni artificiali della giustizia simbolica, e accetta spesso di buon grado i pessimi consigli di volpi sopraffine e di gatti sornioni.

In un contesto a dir poco desolante, la dottrina dismette spesso, purtroppo, il ruolo di autore che pur le compete nell'ispirare, suggerire, programmare, vigilare sull'attività dell'autore della commedia normativa, e tende a trasformarsi in un attore, magari brillante, ma chiamato a recitare un copione slabbrato e confuso, precario nelle basi e disseminato d'errori. Rispetto ad una situazione tanto deficitaria, l'attore si scopre allora tecnico ortopedico, pronto a confezionare apparecchi di sostegno, meccanismi di deambulazione, strumenti di contenimento. Troppo spesso una lussureggiante dottrina si riduce a potente strumento tecnico al servizio di un principe che nel dettar norme sembra affidarsi, se non più al volo degli uccelli o allo spirar dei venti, alle tavole dei demoscopi, moderni tecnologici della volubilità.

4. INERZIA DELLA TEORIA E SFACOLO DELLA PRASSI

La riprova di una sostanziale assenza, se non di una vera e propria abdicazione, della dottrina emerge dai fatti. Una custodia vigile non avrebbe consentito lo sviluppo della mostruosa rete di un sistema prevenzionistico, il cui baricentro effettuale precipita nella confisca dei beni in base al sospetto. Piano piano, ma irresistibilmente, quello che era uno strumento eccezionale rigorosamente confinato all'area della c.d. lotta alla mafia ha assunto il carattere di strumento di diritto comune ad applicazione generalizzata. Si è costruito così, un diritto penale del sospetto che rappresenta emblematicamente la sponda oscura del sistema punitivo: ciò che non può essere raggiunto dalla condanna con prove al di là di ogni ragionevole dubbio, sarà ottenuto ruminando indizi né gravi né precisi né concordanti; cioè, in termini giuridici, il nulla.

Con la stessa insinuante indifferenza ci troviamo tra le mani (o piuttosto tra i piedi) un diritto penale rigorosamente binario: un diritto penale del cittadino, passabilmente ispirato a fondamenti di civiltà del diritto, e un diritto penale del nemico, di tipo derogatorio e di carattere duramente repressivo. La faglia lungo la quale si è insinuato ed esteso è quella di una perenne emergenza, nella lotta contro questo o quel fenomeno criminale; un'emergenza maieutica che, da affare di politica di sicurezza, ha fatto irruzione nel sistema giuridico punitivo alternandolo e pervertendolo. Si tratta ormai di un assetto tanto consentaneo ai ritmi della politica criminale da avere, per così dire, oscurato l'originaria endiadi distintiva cittadino/nemico, intorno alla quale, a suo tempo, si era accesa una meritoria battaglia polemica.

Al diritto penale del sospetto e al diritto penale del nemico si affianca un temibile sodale: il diritto penale collettivo. Si tratta dell'apparato sanzionatorio costruito per gli enti con il d.lgs 8 giugno 2001, n. 231, la cui applicazione ha proceduto per varie ragioni a rilento, ma che ora comincia a presentarsi sulla scena in tutto il suo bagliore sinistro di armamentario premoderno. Un'analisi partita richiederebbe molto più spazio di quello che posso ritenermi concesso in questa sede. Mi limiterò quindi a tre punti significativi, enunciati con inevitabile sommarietà.

In primo luogo, la responsabilità per il reato commesso dalla persona fisica è attribuito all'ente, in assenza di una qualche condotta tenuta in violazione di un precetto diverso ed autonomo rispetto a quello che sorregge la fattispecie fisica del reato commesso dalla persona fisica. Si tratta quindi di una responsabilità per fatto altrui.

In secondo luogo, il nesso tra reato commesso e responsabilità si basa su una ambigua figura di colpa (la c.d. colpa in organizzazione), i cui contenuti sono labili e incerti perché del tutto carenti di parametri deontologici definiti. D'altronde, l'adozione stessa del modello organizzativo non è oggetto di alcun obbligo, ma costituisce semplicemente un onere (peraltro di incerta efficacia pratica).

In ogni caso, la sanzione che colpisce l'ente, essendo di natura punitiva, deve poter costituire un elemento motivante a carico di chi detiene il potere di organizzazione. Si tratta di persone fisiche che non necessariamente verranno attinte dagli effetti della sanzione; la quale colpirà comunque anche, e soprattutto, nelle forme sanzionatorie più gravi, soggetti estranei non solo alla commissione del reato, ma alla titolarità di un qualsiasi potere di impedirne la commissione.

In buona sostanza si tratta della riproposizione di una sanzione collettiva: una tipologia che, ingenuamente, si supponeva definitivamente cancellata dalla riforma penale illuministica.

5. SCAMBIO DI RUOLI E CRISI DEL SISTEMA.

Se la dottrina è troppo spesso un autore mancato, non manca il fenomeno inverso: attori intraprendenti che si improvvisano autori. Il pubblico ministero, dietro l'usbergo fittizio dell'obbligatorietà dell'azione penale, maneggia testi che, anche quando presentano cifra tassativa adeguato al canone della legittimità, assumono cadenze applicative a vario titolo sorprendenti. Del resto non si può negare che il principio di legalità si presenti spesso, all'inizio di un procedimento, in vesti scolorite e sfilacciate: quelle di una *notitia criminis* precaria ed incerta, suscettibile di autorizzare tuttavia i più devastanti sviluppi processuali. La forbice tra legalità 'offerta' dal parametro normativo all'avvio del procedimento a quella 'raggiunta' all'esito finale della vicenda processuale rappresenta una divaricazione pericolosa, che finisce con l'attribuire all'organo dell'accusa non semplicemente il ruolo di attore protagonista, ma quello di un autore che invoca e che pretende l'anonimato.

In questo senso, esemplare appare la vicenda del art. 323 c.p., divenuto, nella crisi dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, un idolo polemico per il cui abbattimento si è scatenata un'assurda battaglia. Sarà vero che i procedimenti avviati e conclusi in un nulla di fatto risultano

enormemente più numerosi dei procedimenti definiti con sentenza definitiva di condanna, ma basta scorrere i repertori della giurisprudenza di legittimità ed esaminare le decisioni, per rendersi conto che la legalità 'raggiunta' copre una serie di episodi criminosi di indubbia, tracotante offensività. Il compito da assolvere non è dunque quello di gettare, come si dice, il bimbo con l'acqua sporca, ma di eliminare quest'ultima agendo, opportunamente, sull'avvio di procedimenti e sulla serie di conseguenze del tutto improprie che esso determina a carico degli indagati.

In definitiva, assumendo lo spirito dell'ultimo lavoro di Massimo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, possiamo ben concludere che, per raggiungere questo risultato, c'è molto da fare. Luciani denuncia come insidiose le alterazioni nell'orbita costituzionale nella distribuzione dei poteri e riafferma, con lucidità straordinaria e con capacità di visione sistematica particolarmente illuminante, la necessità che si ristabilisca la certezza del diritto. Essa non è sovraordinata ad altri valori costituzionali, ma è tuttavia per così dire un punto di vista necessariamente privilegiato per assicurare la funzionalità del sistema. Il quale si presenta tuttavia con un grado particolarmente elevato di complessità.

Gli studiosi della teoria dei sistemi ne individuano quattro forme: quella computazionale, di tipo quantitativo, consistente cioè nell'asimmetria tra entità dei problemi e risorse per risolverli; quella algoritmica, e cioè procedurale, consistente nella difficoltà di disporre di procedure tali da consentire soluzioni efficienti e rapide dei problemi; la complessità di stato, che deriva dalla interazione dei plurimi meccanismi e delle numerose parti che compongono il sistema. Si tratta di forme di forme di complessità che nel nostro sistema di giustizia, e quindi nel nostro rapporto tra teoria e prassi, raggiungono già di per sé livelli elevatissimi. Ma ce n'è un'ultima, quella fatale: la complessità cooperativa. Quando i soggetti del sistema non sono in condizione di operare collaborativamente e cooperativamente, il sistema è destinato a perire nell'incrocio dei conflitti.

Questo è il quadro che appare ai miei occhi; che, nonostante le apparenze, appare ispirato da un grande ottimismo. Volgendo infatti lo sguardo alle spalle, non ci si può non render conto che il nostro sistema ha attraverso crisi tanto gravi che, in termini di prospettiva *ex antea*, apparivano insuperabili. Eppure siamo qui a raccontarle: tra le macerie, ovviamente, ma conservando la capacità di procedere. La strada potrà esser lunga, ma basta non rimanere seduti.

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA

Francesco Palazzo

Professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Firenze

1. *DEDICATIO*

Sono molto grato al prof. Alessandro Bondi e a tutti i colleghi urbini per l'invito a partecipare a questo incontro in cui festeggiamo il caro amico Lucio Monaco. Debbo dire che dopo i primi anni della nostra vita accademica, in cui le occasioni d'incontro tra Lucio e me erano soprattutto offerte dagli indimenticabili seminari di Siracusa organizzati dallo storico ISISC, la vita ha allontanato le nostre strade ma non indebolito il nostro legame amicale. E questa nostra amicizia, sebbene per così dire tacita e sommersa, non è evidentemente sfuggita agli organizzatori di questo incontro che mi hanno così consentito di essere qui oggi a testimoniarla nel modo più pieno. Una amicizia che, per parte mia, si fonda su una stima profonda per Lucio Monaco. Non tocca a me svolgere una *laudatio* di Lucio, né il tempo lo consentirebbe. Ma certo mi sarà consentito cogliere l'occasione per dire, in poche parole, perché in tutti questi lunghi anni io non abbia mai cessato di guardare a lui con immutati sentimenti di ammirazione e stima. E' inutile che qui, dinanzi ad un pubblico di valorosi colleghi, io ricordi i pregi della produzione scientifica di Lucio Monaco, che peraltro sono già stati messi in luce. Preferisco elencare invece i profili della personalità di Lucio che maggiormente mi hanno colpito alimentando il mio affetto per lui. Ebbene, se dovessi dire con tre pennellate come la personalità di Lucio si è impressa nel mio sentire, direi che del giurista e dell'uomo ho sempre sommamente apprezzato prima di tutto l'intelligenza luminosa, pronta, immediata, capace di cogliere al volo l'essenza della realtà, certamente dotata di encomiabile capacità di analisi ma anche di fulminea sintesi. Poi ammiro la sua serena saggezza, che l'ha sempre tenuto lontano da certi costumi accademici purtroppo diffusi ed inclini a limitare lo sguardo ad orizzonti

angusti, individualistici e talvolta miseri. Infine, lasciatemi dire quanto sia letteralmente ammaliante il suo sorriso aperto, franco e schietto, che rivela non solo la luce della sua intelligenza ma anche la sua lealtà incondizionata e la sua calda simpatia umana.

Con questi sentimenti partecipo, dunque, a questa giornata festosa in onore di Lucio Monaco, rinnovando tutta la mia ammirazione per il raffinato ed acuto giurista e porgendogli tutta la mia antica e immutata amicizia.

2. TEORIA E PRASSI COME DUE DIVERSE FORME DI CONOSCENZA

L'articolazione del Convegno è molto libera e aperta, non avendo evidentemente voluto gli organizzatori vincolare i relatori ad argomenti specifici ritagliabili all'interno del grande tema del rapporto tra *teoria e prassi* nel diritto penale odierno. E allora, approfittando di questa gradita libertà, intenderei avventurarmi, con una buona dose di presunzione, nel tentativo di tratteggiare rapidamente una possibile *tipologia (o una mappa) dei rapporti* tra teoria e prassi nel diritto penale. Pur rendendomi conto della grande temerarietà della mia scelta, confido però che mi sarà perdonato questo mio gesto avventato e immodesto, se lo si vorrà considerare quale frutto di quello slancio affettivo che il festeggiato e l'occasione mi hanno suscitato.

La *prassi* di cui parliamo qui può essere intesa in due accezioni distinte. In primo luogo, possiamo utilizzare questo lemma in un senso generalissimo, sul piano cognitivo, come uno dei possibili approcci conoscitivi con cui l'uomo si accosta e si rapporta alla realtà. In secondo luogo, possiamo invece intendere la prassi con specifico riferimento alle nostre scienze criminali, cioè come conoscenza della dimensione pratico-fattuale in cui si manifestano i fenomeni oggetto di studio delle scienze criminali.

Sotto il primo profilo, quello che diremmo generalmente "cognitivista", la prassi è conoscenza del 'particolare', della realtà concreta nella sua irripetibilità storica, mentre la teoria è conoscenza 'generalizzante' che tende a *mettere ordine* nel fiume eracliteo della realtà e, ciò facendo, in qualche modo a 'bloccarlo' in una istantanea concettuale, che prende la forma di una *legge* sia essa naturale o prescrittiva. La prassi non normativizza, non blocca, non fissa la realtà, facendosi piuttosto trasportare e guidare da quest'ultima ogni volta diversa in sé e nelle reazioni cognitive ed emotive

che suscita. La teoria, invece, cristallizza la realtà in una regolarità che non può che essere astratta e – quel che più conta – smentibile: dalla realtà di un fenomeno che non trova adeguata spiegazione causale in una legge scientifica, oppure da un comportamento che infrange la regolarità deontica di una legge prescrittiva.

Sotto il secondo profilo, cioè quello del rapporto tra teoria e prassi nella dimensione del diritto penale, la contrapposizione ha un significato ben noto e al quale si fa normalmente riferimento in modo pressoché intuitivo ed automatico. La prassi, invero, è conoscenza dei *fatti empirici* disciplinati dalle norme, siano essi i fatti criminosi o i meccanismi processuali. La teoria, per contro, è conoscenza delle *norme giuridiche* sia nella loro struttura verbale e logica sia nei loro contenuti o retroterra valutativi ed assiologici.

3. DAL PREDOMINIO DELLA TEORIA AL CRESCENTE RUOLO DELLA PRASSI

Nella prima prospettiva della contrapposizione tra teoria come conoscenza generale e astratta e prassi come conoscenza particolare e concreta, sono ben note le implicazioni che ne derivano in materia penale. Talché qui sarà sufficiente un rapido richiamo.

Per molti anni, per quasi due secoli, noi abbiamo vissuto dell'eredità illuministica che ha contrassegnato quella che oggi si suole chiamare 'modernità giuridica'. E pertanto abbiamo subito il predominio pressoché indiscusso del '*generale/astratto*' e, dunque, della teoria sulla prassi. Anche la parentesi positivista di fine Ottocento, nonostante il suo indubbio carattere rivoluzionario, fu poi risucchiata dall'affermarsi del c.d. indirizzo tecnico-giuridico, che riportava in auge il predominio della legge e con ciò del dato generale ed astratto. In quel clima culturale, figlio del trionfo della razionalità e della convinzione che la vera conoscenza fosse solo quella astrattamente razionalizzante i fenomeni della realtà, il compito della scienza penale era essenzialmente quello di provvedere alla qualificazione sussuntiva dei fatti particolari nella norma generale. In definitiva, si può dire che in un certo senso i fatti si annullavano, si dissolvevano nell'astrattezza categorizzante della norma.

Oggi, invece, in quella che si suole ormai chiamare 'postmodernità giuridica', le cose sono molto mutate: e il cambiamento ha investito, come

non poteva essere diversamente, anche il diritto penale nonostante il suo più solido radicamento nella legge generale e astratta. Oggi abbiamo scoperto il significato (anche normativo?) dei fatti e, dunque, della prassi fenomenologica. La molteplicità dei fatti irripetibili nella loro concretezza non è più solo motivo di disordine, ma è anche fattore di arricchimento della teoria. Le categorie concettuali – e pertanto ‘teoriche’ – si arricchiscono e si completano nel loro processo di concretizzazione a contatto con la multiforme varietà dei fatti concreti offerti dalla prassi.

3.1 VERSO UN DIRITTO PRASSEOLOGICO: SUL PIANO LEGISLATIVO...

In questo allargamento dell’orizzonte in cui si realizza una nuova sinergia tra teoria e prassi del diritto anche in campo penale, sta l’origine di alcuni fenomeni altamente significativi e di qualche rischio evidente specie nell’universo penale.

Sotto il primo aspetto, risulta specialmente significativa ed imponente la valorizzazione di un *diritto prasseologico*, cioè in definitiva giurisprudenziale, che si forma sotto la pressione delle nuove manifestazioni fattuali in cerca di disciplina giuridica e di fronte alle quali il magistero punitivo avvertirebbe come un *non liquet* – se non come una denegata giustizia – la sua rinuncia ad intervenire. Il diritto prasseologico e giurisprudenziale porta con sé un’ulteriore conseguenza, ormai sotto gli occhi di tutti: e cioè un forte potenziamento della funzione nomofilattica della Cassazione, e in particolare delle sue Sezioni unite, al fine di poter trovare un appagante equilibrio tra il fenomeno dell’*ex facto oritur ius* e la funzione ordinante della legge, che per potersi svolgere deve logicamente e necessariamente poter contare su una norma precostituita al fatto e dunque astratta.

Sotto il secondo aspetto, il rischio che si profila consistente all’orizzonte è che la prassi prenda il sopravvento sulla teoria. Detto in altri e più espliciti termini, il rischio che i fatti manifestino tutta la loro soverchiante forza persuasiva e, con il loro impellente bisogno di giustizia, disgreghino quelle ingabbiature semantico-concettuali elaborate dalla teoria nelle forme legali generali e astratte. Fenomeno, questo, che può prodursi tanto sul piano legislativo quanto su quello applicativo.

Sul piano legislativo, è ormai evidente come il legislatore sia sempre più incline a *insequire i fatti* mediante la previsione di nuove e particolarissime fattispecie che sembrano rivelare una vera e propria ‘schiavitù’ del legislatore rispetto alla realtà fenomenica. Si tratta di quelle che potrebbero

ben essere chiamate le norme-fotografia, nel senso che riproducono – talvolta con dettagli esasperati e quasi risibili – l’ultimo fatto di cronaca che ha suscitato il clamore mediatico fomentando allarme sociale e domanda di pena. Fattispecie, dunque, che nascono come funghi appena piove l’ultimo fatto di cronaca, contribuendo così a produrre un crescente disordine normativo senza alcuna reale necessità repressiva. La teoria ha abdicato a favore della prassi; la scienza della legislazione ha lasciato il posto ad una sorta di cronaca legislativa.

3.2 ...E SU QUELLO APPLICATIVO

Sul piano applicativo, si verifica il fenomeno indubbiamente molto interessante ma anche pericoloso di una ipervalutazione dei fatti, capace di riverberarsi specialmente sul campo minato dell’interpretazione. In sintesi, si potrebbe dire che non più di una ‘tirannia’ dei valori si tratta, bensì di una ‘tirannia’ dei fatti. La forza normativa (per usare un’espressione logicamente incorretta ma senz’altro espressiva) del fatto storico non si esercita più solo nel senso di concorrere – insieme agli altri strumenti ermeneutici – all’individuazione del significato della norma, ma spesso va oltre fino a superare i cancelli del significato linguistico o addirittura quelli del nucleo di disvalore (il ‘tipo’ si potrebbe dire) sotteso alla previsione legislativa e da quest’ultima espresso. Gli esempi più o meno recenti non mancano: dall’utilizzazione di fattispecie di danneggiamento per la tutela dell’ambiente, alla forzatura di fattispecie corruttive o di turbata libertà degli incanti per colpire malcostume amministrativo nel reclutamento del personale.

Un altro aspetto in cui la prassi fagocita la teoria sul piano dell’interpretazione può essere visto nel crescente successo del metodo interpretativo fondato sulle *conseguenze*, che predilige cioè un risultato interpretativo rispetto ad un altro, entrambi linguisticamente possibili, sulla base delle loro diverse conseguenze applicative. E le conseguenze che vengono prese in considerazione non sono solo quelle ‘teoriche’ relative ai risultati sistematici dell’interpretazione sull’assetto e sui rapporti reciproci fra gli istituti, ma sono anche quelle eminentemente *pratiche* che si determinano sul funzionamento e sull’efficienza della macchina giudiziaria. Così, ad esempio, la Cassazione tende a interpretare restrittivamente la nozione di pena illegittima al fine di evitare che cresca il numero dei ricorsi da giudicare nonostante la loro inammissibilità; così, ancora, la Suprema Corte è tentata talvolta di estendere il campo applicativo di talune cause di estin-

zione del reato o di non punibilità al fine pratico di agevolare un effetto deflativo del carico giudiziario.

Il discorso, a questo proposito, dovrebbe ovviamente avere ben altro sviluppo ed è comunque assai complesso poiché si tratta di legittimare un esercizio ermeneutico che estende la rilevanza interpretativa del c.d. 'contesto' molto oltre l'area semantica della disposizione. Qui sia sufficiente sottolineare come l'interpretazione orientata alle conseguenze (ormai sostanzialmente acquisita nella prassi interpretativa) rappresenti a sua volta un vero predominio della prassi sulla teoria, in quanto le conseguenze pratico-applicative vengono elevate a strumento per la forgiatura del significato normativo della disposizione legislativa. Se la rivincita della prassi sulla teoria sembra ormai qualcosa di ineluttabile (almeno allo stato), certamente le cose si complicano allorché la teoria così messa in discussione s'identifichi con i principi fondamentali del sistema o addirittura con quelli di garanzia.

4. DIRITTO PENALE E SAPERE EMPIRICO

Nella nostra tipologia dei rapporti tra teoria e prassi del diritto penale la seconda grande prospettiva è quella in cui si contrappongono la teoria come conoscenza delle norme e la prassi come conoscenza dei fatti empirici disciplinati dal diritto, siano essi di carattere naturalistico o sociale. E, su questo piano, una sorta di *Leitmotiv* dei discorsi di noi penalisti è la lamentazione per il mancato ruolo, specie in Italia, delle scienze umane e sociali nella formazione dell'esperienza giuridica penale. In definitiva, ciò di cui ci si duole è la mancata integrazione tra l'attività 'teorica' concernente le norme e la criminologia quale scienza 'empirica' concernente i fatti. E questa ormai quasi tralaticia denuncia relativa alla marginalità delle scienze empiriche riguarda principalmente il momento di produzione delle norme, ma può essere estesa anche al momento della loro applicazione e quindi dei risultati applicativi effettivamente ottenuti (aprendosi così il grande e sempre più centrale capitolo della *effettività* come criterio di valutazione della stessa legittimità dell'intervento penale).

Orbene, le cause di questa perdurante marginalità delle scienze empiriche e criminologiche non possono consistere solamente negli alti costi ed oneri finanziari che una seria implementazione di quelle scienze indubbiamente comporterebbe. Anche se il fattore economico, specie per quanto riguarda la ricerca pubblica, svolge un ruolo tutt'altro che trascurabile. Le

ricerche criminologiche, proprio per essere ricerche ‘sul campo’, non meramente teoriche, implicano una larga disponibilità di mezzi: si pensi solo al fatto che gli strumenti conoscitivi della criminologia sono soprattutto le statistiche e i sondaggi. E se in Italia siamo decisamente deboli sul primo punto, sui sondaggi è davvero difficile individuare strutture, soprattutto pubbliche, capaci – sotto tutti i profili, a cominciare da quello finanziario – di impegnarsi in tali attività di ricerca appunto empirica.

4.1 LA SCARSA SENSIBILITÀ DEL LEGISLATORE VERSO IL SAPERE EMPIRICO-CRIMINOLOGICO

Ma il fattore economico non può essere l’unico responsabile di questa arretratezza della prassi. E’ facile ipotizzare che all’origine vi siano anche fattori di tipo per così dire latamente culturali o di mentalità. Con riferimento, innanzitutto, all’attività di produzione legislativa, è obiettivamente difficile immaginare che un parlamentare o un partito o anche gli uffici ministeriali si impegnino in preve analisi criminologiche propedeutiche alla formulazione dei progetti di legge. Al contrario, domina ormai una convulsa produzione legislativa ispirata ad uno sfrenato uso propagandistico e simbolico della legge e conseguentemente caratterizzata da una estemporaneità lontanissima dalla ponderatezza imposta dalle preliminari analisi criminologiche.

Ma forse in questo modo di legiferare ormai consolidato c’è qualcosa di più profondo e radicato. Non escluderei invero che esso sia il lascito di una concezione fortemente volontaristica del diritto, sorretta dalla (erronea) convinzione che l’imperativo giuridico sia capace di piegare (o forse esorcizzare) i fatti, sfuggendo così alla loro faticosa analisi e al duro confronto con essi, e coltivando invece la comoda illusione – di marca in definitiva autoritaria – che il legislatore tutto possa avvolgendo la realtà di una rete normativa votata in realtà all’ineffettività. In definitiva, questa indifferenza verso la previa analisi criminologica dei fatti empirici si svela alla fine come una forma di deresponsabilizzazione del legislatore che sfugge in realtà al suo compito di ordinare efficacemente il reale rifugiandosi dietro le parole della legge, forgiando delle soluzioni che diremmo ‘teoriche’ o apparenti, illusorie, verbali e ‘cartacee’.

Qualche timido segnale in controtendenza si è avuto con la riforma Cartabia laddove è stato previsto il nuovo organo del Comitato tecnico-scientifico per la valutazione di efficienza della legislazione penale e,

in particolare appunto, della riforma: vedremo quale sarà il ruolo che saprà svolgere questo nuovo organo o se sarà l'ennesima manifestazione di buone (?) intenzioni destinate a rimanere sulla carta. Certo è che la portata dell'innovazione sarebbe davvero significativa se il suo compito fosse inteso nel senso di una valutazione non solo di efficienza per così dire 'numerica', meramente deflativa, ma più sostanziosamente come valutazione sulla effettiva idoneità delle riforme al raggiungimento degli scopi di disciplina perseguiti.

4.2 LA GIURISPRUDENZA E IL SAPERE EMPIRICO-CRIMINOLOGICO

Decisamente migliori sono i rapporti tra scienze empiriche e criminologiche e sapere giuridico per quanto attiene all'attività applicativa delle norme. Su questo piano si è realizzata una buona integrazione tra scienze naturali e diritto penale ad esempio nella concretizzazione di una nozione fondamentale come quella della causalità: le leggi scientifiche e in certa misura anche le c.d. massime d'esperienza hanno consentito di affrancare la causalità dall'intuizionismo giudiziario o dal semplicismo fuorviante del *post hoc propter hoc*.

Molto più indietro, invece, è l'integrazione tra scienza giuridica e conoscenza empirica per quanto riguarda il tema dell'elemento soggettivo del reato e più in generale i fatti psichici penalmente rilevanti. E in effetti non mancano le ragioni di queste maggiori difficoltà di rapporto tra teoria e prassi. Due ci sembrano le ragioni principali. In primo luogo, la maggiore incertezza che tutt'oggi caratterizza le scienze psicologiche a fronte delle peculiari ed insopprimibili esigenze di certezza del diritto. In secondo luogo, la componente normativa immancabilmente insita in molti giudizi di colpevolezza e prognostici, come ad esempio quelli di conoscibilità del precetto, di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, di idoneità offensiva della condotta. Così che su questo terreno, la 'teoria' dei concetti giuridici riguadagna punti sulla 'pratica' delle scienze empiriche e criminologiche.

In conclusione, i rapporti tra teoria e prassi nel diritto penale hanno un andamento non del tutto univoco. Per un verso, nell'accezione della contrapposizione tra forme diverse di conoscenza, in fondo si può dire che la prassi e la conoscenza empirica stanno sempre più guadagnando terreno smentendo il primato assoluto della conoscenza teorica astratta e generalizzante e arricchendone i contenuti. Per un altro verso, nell'accezione della contrapposizione tra scienza normativa e scienza empirico-criminologica, nonostante qualche progresso, le conoscenze pratiche stentano a trovare

pieno sviluppo mentre la teoria si rivela ancor oggi capace di appagare le esigenze di razionalità ordinante e di certezza, mettendo così un argine al rischio di rimanere travolti dal caos della realtà 'pratica'.

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA

Lorenzo Picotti

Professore di diritto penale dell'informatica, Università di Verona

1. Nel prendere la parola per l'ultimo intervento dell'ultima sessione di questo importante Convegno scientifico in onore dell'amico Lucio Monaco, ho il vantaggio di aver ascoltato tanti contributi di alto valore, anche di colleghi ed amici stranieri, che hanno illuminato da diversi punti di vista il tema assai complesso dei rapporti fra teoria e prassi nel diritto penale. Ma ho anche lo svantaggio che quasi tutto è già stato detto. Per cui mi rifugio nella nicchia dell'impatto che le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, con gli ultimi sviluppi delle sempre più estese applicazioni di sistemi di intelligenza artificiale, hanno ed avranno prevedibilmente in misura sempre maggiore anche sul diritto penale, a partire dalla prassi e giungendo a toccare la teoria. È un tema di nicchia, che si proietta però nel prossimo futuro e può, per questo, avere profili di interesse non solo giuridico.

2. Non posso tuttavia non iniziare da un ricordo personale: il mio primo incontro con Lucio Monaco, avvenuto a Freiburg, nel mitico Max-Planck-Institut per il diritto penale straniero ed internazionale, che allora era ancora diretto dal suo fondatore, l'illustre prof. Hans-Heinrich Jescheck, con cui collaborava strettamente, anche per l'accoglienza e soprattutto l'orientamento degli ospiti italiani, Frau Johanna Bosch, grande conoscitrice della nostra lingua e cultura, non solo giuridica, oltre che del nostro mondo accademico, coadiuvata da Ilse Kirsch, segretaria onnipresente che parlava l'italiano ed aveva simpatia per noi, provvedendo ad ogni esigenza logistica, e non solo.

Era l'estate - o potrebbe anche essere stato l'inizio autunno - del 1981, ed io ero arrivato da poco, per la prima volta, in istituto, con uno "stipendium" (in *Deutsche Mark*) di un solo mese, per un periodo quasi di prova e d'ambientamento. Che ha dato risultati inattesi, per cui ho poi via via pro-

lungato il soggiorno fino ad oltre 2 anni, con varie borse della Max Planck Gesellschaft e del CNR, previ 4 mesi di corsi intensivi di lingua al Goethe Institut, prescritti (e per vero anche finanziati) per volere di Frau Bosch: perché senza conoscere bene il tedesco, non si poteva pensare di capire la dottrina tedesca. Per una buona teoria, occorre un'adeguata prassi. Anche linguistica.

Ebbene, fra i primi italiani che mi ha voluto presentare con entusiasmo Frau Bosch, agli inizi di questo mio percorso, vi è stato Lucio Monaco, allora assistente o forse già professore incaricato ad Urbino, che parlava un ottimo tedesco, e pur essendo a Friburgo solo di passaggio, in visita all'Istituto ed al prof. Jescheck, soggiornando per lo più a Monaco, mi fece sentire subito come fossi un amico, nonostante la differenza accademica, con la sua naturale e contagiosa simpatia, e così mi introdusse con immancabile ironia nel mondo e soprattutto nella mentalità tedesca, dandomi consigli ed infondendomi coraggio per scalare la montagna impervia e sconosciuta che mi stava davanti, con sincero interesse per la mia ricerca sul dolo specifico, oltre che per la mia precaria condizione universitaria, la cui forza era però la guida dell'insostituibile Maestro Franco Bricola.

3. È stato a Friburgo che, accanto al menzionato tema del dolo specifico, di certo non abbandonato, per l'affezione acquisita in tanti anni alla teoria generale del reato sempre riemergente sotto traccia, ho iniziato ad interessarmi anche di *computer crime*, per lo stimolo di un altro grande maestro, Klaus Tiedemann, e del suo allievo Ulrich Sieber, cui il primo mi aveva indirizzato per avere supporto in una traduzione in italiano di un suo articolo concernente i primi reati informatici, che stavano per essere introdotti nel codice penale tedesco, nell'ambito della riforma del diritto penale dell'economia¹.

Ed a tal proposito ricordo ancora un successivo fatto significativo del mio rapporto "a distanza" con Lucio Monaco, quando ero ricercatore a Teramo, fra la fine degli anni Ottanta e la metà degli anni Novanta, e percorrevo abitualmente l'Adriatica, in auto od in treno. Per cui egli colse l'occasione di invitarmi qui ad Urbino, in questa bella Facoltà e città, per tenere un ciclo di lezioni sul diritto penale dell'informatica, su cui avevo iniziato a pubblicare alcuni contributi scientifici, che lo avevano interessato. Fu una grande soddisfazione per me, oltre che un gesto concreto di stima ed amicizia, che ancora ricordo, dato che essere invitato con un contratto di docenza, quando

1 K. Tiedemann, *Criminalità da computer* (tr.it. ed Appendice bibliografica a cura di L. Picotti), in «Pol. Dir.» (1984), 613 s.

ero ancora ricercatore, in una sede storica come Urbino, su temi all'epoca ancora negletti, di cui mi considerava precursore, mi riempi d'orgoglio.

Il tema dei *computer crime* ha in effetti poi visto un'evoluzione impetuosa, sviluppandosi nel più vasto orizzonte dei *cybercrime*², fino a vedere oggi emergere gli *AI-crime*, i reati legati alle menzionate e sempre più estese applicazioni dell'intelligenza artificiale³, su cui intendo di seguito soffermarmi, per l'attenzione ed insieme fascinazione che meritano i dinamici rapporti fra diritto penale e nuove tecnologie.

4. A tal proposito, emerge subito la forza della prassi, spinta dall'uso sempre più pervasivo dei computer, di Internet, delle e-mail, dei *social network*, degli *smartphone*, di tutti gli strumenti e mezzi *hardware* e *software* che hanno via via occupato spazi sempre più grandi ed importanti della nostra vita quotidiana, individuale e sociale, economica ed accademica, politica e del tempo libero.

Per cui – come giuristi e come penalisti – non ci si è potuti e non ci si può non interrogare sull'impatto che queste trasformazioni profonde, non solo nelle modalità espressive, ma anche nella struttura stessa dei rapporti sociali, sono venute ad avere sull'ordinamento giuridico e sul diritto penale in specie.

Ma prima delle norme, prodotte via via a profusione dal legislatore a livello nazionale⁴, europeo⁵ e convenzionale⁶, è stata la giurisprudenza a

2 Sia consentito rinviare, per una raccolta di studi nel passaggio storico dell'apertura di Internet al pubblico, a L. Picotti (Ed.), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, CEDAM 2004.

3 Per un quadro di sintesi di tale evoluzione sia consentito rinviare a L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (Edd.), *Cybercrime*, II ed., UTET 2023, 35 s.

4 Basti richiamare la prima legge organica contro la criminalità informatica del 21.12.1993, n. 547, che ha introdotto numerosi reati informatici nel codice penale, e la successiva legge 10.3.2008, n. 48, di ratifica ed attuazione della Convenzione *Cybercrime* del 2001, oltre alle numerose ulteriori novelle, emanate soprattutto in attuazione delle direttive europee di cui alla seguente nota, compreso di recente il d.lgs. 8.11.2021, n. 184, in materia di frodi nei pagamenti *no cash*.

5 Numerose sono state le fonti dell'Unione europea, che hanno comportato l'introduzione o modifica di reati informatici nel nostro ordinamento, ed in particolare – dopo le decisioni quadro anteriori al Trattato di Lisbona – le direttive emanate sulla base giuridica dell'art. 83 TFUE, che include espressamente la “criminalità informatica” fra le materie di competenza penale concorrente: basti qui menzionare la direttiva 2013/40/UE contro gli attacchi informatici, la direttiva 2011/93/UE contro l'abuso sessuale sui minori e la pedopornografia, la direttiva 2019/713/UE contro le frodi nei mezzi di pagamento *no cash*.

6 Si consideri per tutte la Convenzione *Cybercrime* adottata a Budapest il 23.11.2001, promossa dal Consiglio d'Europa, dopo la precedente Raccomandazione R 89(9) sulla criminalità informatica

doversi subito confrontare con i nuovi fenomeni, tentando di darvi risposta, non solo con riferimento alle vigenti fattispecie di reato, eventualmente applicabili⁷, ma anche sul piano delle indagini e delle prove da acquisire per questi reati.

Parallelamente a questo sviluppo giurisprudenziale e normativo, si è profilato anche l'impatto sulla teoria del reato, a partire dal concetto stesso di "azione" penalmente rilevante, che non può più dirsi soltanto "umana", non essendo certo riducibile al mero movimento muscolare, pur ravvisabile in molte ipotesi nella digitazione dei tasti o nell'attivazione di comandi, perché la tipicità si caratterizza poi per quel che ne consegue, grazie all'interposizione della tecnologia cui si è fatto ricorso⁸.

Richiamo come primo esempio il caso, risalente nel tempo, della diffusione del virus *Vierika*, un programma maligno autoreplicante (*Internet worm*), che trasmesso tramite e-mail violava i computer altrui, riproducendo dati, file, elenchi di indirizzi per diffondersi così ulteriormente in modo automatico (per cui risultarono infettati oltre 900 computer), senza alcun (ulteriore) singolo atto o comando di una persona umana. In tal caso la giurisprudenza ravvisò la fattispecie di accesso abusivo continuato ad un sistema informatico *ex art. 615 ter c.p.* (oltre che di produzione e detenzione di programmi diretti a danneggiare, *ex art. 615-quinquies c.p.*), focalizzandosi sulle violazioni comunque avvenute dell'altrui spazio o "domicilio informatico" protetto, anche se il soggetto agente non conosceva in concreto quali sistemi e quali dati sarebbero stati violati, né il loro contenuto⁹.

del 13.9.1989, che conteneva una prima lista di nuovi reati informatici da introdurre negli ordinamenti nazionali.

7 Fra le prime pronunce da menzionare sono quelle che riguardavano l'applicazione della disciplina anche penale del diritto d'autore ai video giochi ed ai programmi per elaboratore, all'epoca facilmente riprodotti e diffusi in violazione dei relativi diritti: per cui si poneva il problema interpretativo se fossero da qualificare come "opere dell'ingegno" aventi un qualche contenuto creativo, e se tale estensione fosse consentita anche ai fini penali, ovvero trasmodasse in un'analogia *in malam partem*. Ma altre questioni, risolte in vario modo dalla giurisprudenza penale, riguardarono i danneggiamenti del solo *software*, rispetto all'art. 635 c.p. limitato alla tutela della "cosa" (volendo, in argomento, cfr. L. Picotti, *La rilevanza penale degli atti di «sabotaggio» ad impianti di elaborazioni dati*, in «*Il diritto dell'informazione e dell'informatica*» (1986), 969 s.); ovvero i prelievi abusivi da uno sportello bancomat od i trasferimenti illegali di fondi per via elettronica, rispetto alla comune fattispecie di truffa di cui all'art. 640 c.p. che richiede, quale elemento essenziale, "l'induzione in errore" di una vittima.

8 Per una prima rassegna di categorie dogmatiche da rielaborare o adattare, sia consentito rinviare a L. Picotti, *Internet e responsabilità penali*, in G. Pascuzzi (Ed.), *Diritto ed informatica*, Giuffrè 2002, 117 s.

9 Cfr. C. App. Bologna, 30.1.2008 (dep. 27.3.2008), che pur ha dichiarato non doversi procedere,

Oggi si possono menzionare ben più sofisticati algoritmi adattivi, che si evolvono sulla base dei dati e delle informazioni che acquisiscono dal *web* e dal mondo esterno, tramite tecniche c.d. di *machine learning*, per cui in forza dell’“esperienza” sviluppata decidono autonomamente, senza che il programmatore od utilizzatore ne sia previamente a conoscenza, comportamenti ed “azioni” rilevanti nei rapporti esterni, con persone umane od enti, sia in termini materiali, se i sistemi di intelligenza artificiale sono dotati di *hardware* (come robot o mezzi di trasporto, quali le auto c.d. a guida autonoma), sia, ad es., in ambito economico-finanziario, se si tratta di scambi e contrattazioni di titoli o valori, sia ricercando e rispondendo a quesiti ormai posti anche in modo colloquiale, come nel caso di *chatbot* quale *ChatGPT*, caratterizzata da un’intelligenza artificiale generativa, perché in grado di creare nuovi contenuti grazie all’esperienza.

Se l’*output* di per sé non è dunque in concreto prevedibile dalla persona umana o, meglio, dalle molte persone ed enti che “stanno dietro” a questi nuovi sistemi, nella lunga catena che va dall’ideatore al programmatore, dal collaudatore al produttore, dal venditore, al manutentore ed a chi ne ha la disponibilità operativa, fino all’utente finale, è difficile sostenere che la condotta od “azione” penalmente rilevante sia riconducibile allo schema di un’azione “finalistica”, nel senso welzeliano del termine. Ed anche la teoria dell’azione sociale va riconsiderata, perché occorre comunque individuare il centro d’imputazione del rapporto che si va ad instaurare con i terzi o comunque rilevante per la stessa collettività.

5. Eppure, il diritto penale non può retrocedere e lasciare spazi di immunità, di fronte ad offese a beni giuridici ed anche diritti fondamentali, quali la vita, l’incolumità e la salute personali, la libertà di autodeterminazione e di espressione, la riservatezza ed il patrimonio, nonché molti altri interessi economici e politici meritevoli di protezione penale, che toccano persino il regolare funzionamento del sistema democratico.

Se infatti sono innegabili gli incommensurabili *vantaggi*, per gli individui e la collettività, che possono derivare dagli sviluppi e dalla diffusa applicazione dell’intelligenza artificiale, non solo sul piano economico, ma anche su quello della sicurezza ed efficienza dei servizi e delle attività più disparate, emergono altresì nuovi *rischi*, che occorre adeguatamente fronteggiare, legati alla progressiva sostituzione dell’uomo e, quindi, alla perdita di

per mancanza di querela, per il delitto di cui all’art. 615-ter c.p., ritenuto invece sussistente dal Tribunale, avendo escluso le aggravanti del comma 2, nn. 2 e 3, che lo rendevano procedibile d’ufficio.

un suo controllo diretto e completo sulle attività via via “delegate” ai sistemi IA, cui si affidano decisioni e comportamenti anche di vitale importanza.

Il principio euristico che potrebbe guidare sia la prassi, nei limiti ovviamente del rigoroso rispetto del principio di stretta legalità, sia il legislatore penale, in possibili interventi riformatori, è che quanto è illecito penalmente, se commesso da una persona fisica od anche giuridica, non può non esserlo più, solo perché realizzato da o tramite sistemi di intelligenza artificiale¹⁰. Tanto più che la loro progressiva diffusione dilaterrebbe i vuoti di tutela penale nel prossimo futuro, creando una sorta di immunità per i soggetti che li progettano, producono, distribuiscono, utilizzano, nel proprio interesse o vantaggio.

6. Le caratteristiche peculiari dei sistemi di intelligenza artificiale, pur distinti per i diversi gradi di autonomia che li connotano, sono tali che sembra emergere una loro “volontà” decisionale, distinta da quella dell’uomo che vi sta dietro, che li differenzia dai comuni sistemi informatici, il cui funzionamento è basato su calcoli sostanzialmente matematici, secondo programmi predefiniti, seppur complessi, muovendo da un *set* determinato di dati.

Per cui si pongono inedite questioni, che coinvolgono la filosofia e l’etica, impegnate a definirne i caratteri e, se possibile, orientarne il funzionamento, distinguendolo dall’agire e pensare dell’uomo, che è connotato dalla “coscienza” di sé e delle proprie azioni. Solo la sua volontà può infatti dirsi espressione di una libertà (più o meno estesa) di autodeterminarsi nei rapporti con gli altri e con la società, su cui si fonda, in definitiva, la responsabilità morale e sociale, prima ancora che giuridica, per le proprie azioni. Responsabilità che non sarebbe invece concepibile – perlomeno nell’attuale stadio di sviluppo tecnologico – in capo ai sistemi di intelligenza artificiale in quanto tali.

Ma la loro crescente autonomia, se da un lato ne costituisce il pregio, dall’altro crea un innegabile “diaframma”, sul piano della causalità e, soprattutto, dell’imputazione colpevole, rispetto all’atto umano che pur resta all’origine della loro produzione ed utilizzazione.

10 Si pensi ad un sinistro stradale causato o riconducibile alla guida autonoma di un veicolo, o ad un intervento chirurgico effettuato tramite uno specifico robot, avente esito infausto; od (entrando nel campo di comportamenti dolosi) a contrattazioni di borsa gestite tramite i c.d. algoritmi ad alta frequenza, che determinino una manipolazione del mercato; od ancora ad uccisioni o lesioni di persone realizzate tramite droni o altre armi c.d. intelligenti, capaci di individuare, selezionare e colpire autonomamente i bersagli, senza diretto controllo o comando specifico di un uomo, ecc.

Per cui occorre l'adattamento o l'elaborazione di specifici ed adeguati criteri di ascrizione della responsabilità penale, muovendo dalla ricognizione dei fenomeni di interesse che possono emergere nella prassi e giungendo a possibili interventi novellistici da parte del legislatore.

Tuttavia, un ruolo essenziale può, ed anzi deve svolgerlo la teoria, grazie al contributo che la dottrina soltanto è in grado di dare, valorizzando le categorie concettuali e le direttrici sistematiche in cui inquadrare le nuove tematiche.

Ed in questa prospettiva si è in effetti da tempo mossa l'*Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), che al termine del suo penultimo Congresso quinquennale svoltosi a Roma presso la LUISS nel 2019, ha deliberato di dedicare i lavori di quello ultimo tenutosi a Parigi nel giugno 2024 – nella ricorrenza del centenario della sua fondazione, avvenuta proprio un secolo fa nella capitale francese – al tema “Intelligenza artificiale e diritto penale”, nei suoi differenti aspetti¹¹.

In questi anni si sono svolti i lavori delle diverse sezioni con il “metodo AIDP”, basato sulla raccolta di rapporti nazionali, che hanno risposto al questionario formulato dal *rapporteur général* di ciascuna sezione, il quale ha poi redatto un rapporto generale di sintesi e predisposto una bozza di risoluzione sottoposta, infine, ai rappresentanti dei vari gruppi nazionali che hanno partecipato ad uno specifico Colloquio internazionale, per ciascuna sezione, nel quale si è discusso, emendato, integrato ed, infine, approvato il testo contenente le “raccomandazioni” che l'AIDP rivolge a legislatori, magistrati, politici, operatori, cittadini oltre che studiosi del diritto penale, per proporre ragionevoli risposte alle questioni affrontate.

Nell'ambito della prima sezione dedicata al diritto penale generale, ed in particolare al tema “*Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Paligenesis?*”, ho avuto l'onore ed onere di essere *rapporteur général*, per cui sono stati raccolti, in risposta all'articolato questionario, 23

11 Oltre agli aspetti di diritto penale sostanziale, cui sono state dedicate le prime due sezioni, concernenti rispettivamente la parte generale e la parte speciale, è stata data grande attenzione anche al processo penale (cui è stata dedicata la terza sezione), a partire dal tema della ricerca e della raccolta delle prove, tramite algoritmi ed agenti intelligenti, fino agli scenari della giustizia e della polizia c.d. predittiva, con tutti i vantaggi ed i rischi di affidare a siffatti sistemi parti – sempre più rilevanti – del funzionamento della giustizia penale; mentre agli importanti riflessi riguardanti anche la dimensione internazionale, dalla cooperazione giudiziaria al diritto umanitario, con particolare attenzione all'impiego di armi intelligenti (*Autonomous Weapon System*), è stata dedicata la quarta sezione. Al riguardo, rinvio al mio Editoriale *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in «DPP» (2024), 3, 293 s.

rapporti nazionali di ogni parte del mondo, dalla Cina e Giappone, al Brasile ed Argentina, fino a gran parte dei paesi europei ed occidentali, compresi Russia, Ucraina e Stati Uniti, che sono serviti per la predisposizione del rapporto generale e, su tale base, della proposta di risoluzione, approvata poi, dopo un'attenta discussione che ha portato a molteplici emendamenti, nel colloquio internazionale svoltosi nel settembre 2022 a Siracusa¹².

Ebbene, le raccomandazioni contenute in tale risoluzione muovono dall'esclusione dell'ipotizzata (in alcuni rapporti ed isolate opinioni dottrinali) responsabilità diretta dei sistemi di intelligenza artificiale, in quanto non sono dotati di capacità penale, perché privi di libera coscienza di sé e consapevolezza del proprio essere nel presente, nel passato e nel futuro: per cui non avrebbe senso l'applicazione ad essi di sanzioni che non potrebbero realizzare le finalità *general-* e *special-preventive* proprie della pena.

Viceversa, è apparso possibile fornire indicazioni per l'iscrizione di responsabilità penale ai soggetti umani (persone fisiche ed enti) che “stanno dietro” la produzione ed utilizzazione di tali sistemi, nel loro interesse e vantaggio.

In particolare, è stato opportuno distinguere le ipotesi di responsabilità riconducibili a reati dolosi, da quelle riconducibili invece a reati colposi, che per lo più originano da attività di base lecite (come la circolazione di veicoli, l'impiego della robotica nella medicina o nella produzione industriale, ecc.).

Se nelle prime ipotesi i sistemi di intelligenza artificiale sono riconducibili alla nozione di strumento del reato, il cui uso è finalizzato a conseguire l'intenzione dell'autore, per cui non si pongono problemi peculiari d'imputazione sul piano soggettivo (ferme le figure dell'*aberratio ictus* e dell'*aberratio delicti*, da risolvere secondo la disciplina vigente, da interpretare in termini conformi al principio di colpevolezza), le questioni più delicate si pongono in relazione alle frequenti ipotesi colpose.

Innanzitutto, bisogna riconoscere anche in questo campo un'area di “rischio consentito”, anche eticamente o socialmente accettabile, la cui estensione dipende dal concreto bilanciamento fra i benefici che il ricorso ai sistemi d'intelligenza artificiale garantiscono, e gli “eventi avversi” che possono scaturirne, la cui eliminazione non può essere possibile in assoluto, ma la cui riduzione o contenimento devono essere ragionevolmente per-

12 Il rapporto generale a cura del sottoscritto, la risoluzione approvata, una selezione dei rapporti nazionali sono pubblicati in L. Picotti, B. Panattoni (Edd.), *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisi or Paligenesis?*, in «*Revue Internationale de Droit Pénal*» (2023), 1, 7 ss.

seguiti, al fine di renderli del tutto eccezionali, avuto riguardo alla rilevanza dei beni giuridici in gioco.

Tale area dovrebbe essere definita a monte, attraverso un'adeguata regolamentazione extrapenale¹³, dalla quale devono scaturire specifici obblighi, fra cui quelli di sicurezza, con relative regole cautelari da applicare preventivamente, fin dalle menzionate attività di progettazione, sviluppo, produzione, vendita, disposizione ed infine utilizzo concreto dei sistemi stessi.

Quindi, i modelli di responsabilità devono superare l'attrito tra i presupposti ed i criteri d'imputazione della colpa, tradizionalmente intesa, e le caratteristiche tecniche dei sistemi di intelligenza artificiale, caratterizzati dalla menzionata autonomia decisionale, e dunque concreta "imprevedibilità" di comportamenti, oltre che opacità dei meccanismi di produzione degli *output* (fenomeno della c.d. *black box*).

Per non fondare il rimprovero giuridico-penale sul «*non aver previsto l'imprevedibile*», come pur è stato criticamente obiettato¹⁴, quello della responsabilità "da reato" delle persone giuridiche potrebbe costituire un importante modello di riferimento, accanto a quelli della responsabilità da prodotto difettoso e della responsabilità per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

In questi ambiti, già giuridicamente regolamentati ed armonizzati anche a livello europeo, sono emersi principi innovativi, per fondare l'imputazione a titolo di colpa di fatti offensivi conseguenti a complesse catene di contributi, attivi ed omissivi, rispetto a regole giuridiche di comportamento o standard tecnici da rispettare, riferibili ai diversi soggetti partecipi di un'unica organizzazione o ad enti e centri fra loro correlati.

In sintesi: si deve esigere una valutazione preventiva dei rischi inerenti alle specifiche attività lecite, ma anche potenzialmente pericolose, che vengano svolte da o tramite sistemi di intelligenza artificiale, da contenere nei limiti del predetto "rischio consentito", definiti in concreto dai correlati obblighi di prevenzione e cautela riguardanti le specifiche fonti di pericolo rappresentate dalle tipologie di sistemi e di attività che vengono di volta in volta in questione.

13 In questa prospettiva un riferimento molto importante è oggi offerto dal Regolamento dell'Unione europea sull'intelligenza artificiale (c.d. *AI Act*), entrato in vigore, dopo un lungo *iter*, il 2.8.2024. Per prime indicazioni sui riflessi che può avere sul piano della responsabilità penale, sia consentito rinviare a L. Picotti, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi? Le raccomandazioni dell'«Association Internationale de Droit Pénal» e la rilevanza del recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in «*Sistema penale*» (31.7.2024).

14 C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in «*RIDPP*» (2020), 1771 s.

Si possono così delineare anche doveri impeditivi delle offese, soprattutto in caso di segnali d'allarme (*red flag*) o precedenti eventi avversi, da imporre a categorie di soggetti in base alle rispettive competenze, che fondino in capo ad essi una posizione di garanzia penalmente rilevante.

La responsabilità penale per colpa si baserebbe, quindi, sul fatto di non aver operato predisponendo ed adeguando, secondo la miglior scienza ed esperienza tecnologica del settore, quelle aggiornate misure organizzative, di contenimento e di sorveglianza del *rischio tipico* inerente la specifica attività posta in essere, che sarebbero state invece possibili e doverose: per cui il rimprovero giuridico-penale resterebbe sempre quello di non aver agito diversamente rispetto a quanto sarebbe stato possibile ed avrebbe garantito lo svolgimento dell'attività nei limiti del rischio consentito.

7. Al cuore della rielaborazione delle categorie penalistiche, sollecitata dalla sfida delle nuove tecnologie, resta anche il concetto di "fatto" tipico: nozione basilare della teoria generale del reato, messa in crisi nel suo fondamento di "azione umana" causale rispetto all'offesa di diritti ed interessi altrui, che può prodursi interamente nel *cyberspace* digitale, ad opera di componenti *hardware* e *software* dotate di crescente autonomia, grazie a sistemi di intelligenza artificiale, che operano sia sul piano cognitivo dell'apprendimento, sia su quello decisionale dell'operatività, come nel caso di frodi *online*, che offendono il patrimonio a sua volta digitalizzato.

L'impatto sulla teoria del reato è forte e crescente, ma le necessarie elaborazioni teoriche, che devono sviluppare e ricondurre a sistema i nuovi concetti, devono sempre confrontarsi con la prassi o, meglio, con le prassi, da intendere non solo in termini giudiziari, ma anche di conoscenze ed applicazioni tecnologiche, senza le quali ogni costruzione o discettazione dottrinale rischierebbe di restare priva di rilevanza, dato che il diritto, ed in particolare il diritto penale, non può non essere una scienza pratica, nelle sue finalità e quindi nei suoi contenuti concreti.

Per questo, un momento di incontro e di studio in onore di Lucio Monaco, come quello così sapientemente organizzato dai suoi allievi, non poteva avere un oggetto più pertinente di quello prescelto: il diritto penale tra teoria e prassi.

PARTE II

INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE

Antonio Cavaliere

Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II

1. PREMESSA

È difficile cogliere in una visione d'insieme un tema così vasto e complesso come quello dei rapporti tra teoria e prassi in diritto penale.

In effetti, la prassi del sistema penale, su cui occorre riflettere, è anzitutto quella legislativa, prima di quella giurisprudenziale; ma è anche la prassi dell'agire delle forze dell'ordine e dei soggetti del procedimento penale, a partire dai pubblici ministeri; ed è pure la prassi relativa all'esecuzione della pena, specialmente detentiva – a cui, specie in passato, non è stata dedicata la dovuta attenzione –, nonché quella concernente le sanzioni sostitutive/alternative. Del tema della prassi, a tutti i livelli, fa parte quello delle risorse destinate al sistema penale, senza le quali le norme e l'attuazione delle decisioni giurisprudenziali – si pensi al supporto dell'ufficio di esecuzione penale esterna, necessario ai fini dell'effettività dell'esecuzione di misure alternative – non 'camminano' da sé.

Il discorso dovrebbe andare, dunque, ben al di là del tema, pur nevralgico, del rapporto e delle discrasie tra dottrina e giurisprudenza¹.

Sulla prassi, vista nelle sue molteplici sfaccettature, incidono, interagendo, numerosi fattori.

2. LA PRASSI 'SOVERCHIANTE' LA TEORIA

Il richiamo alla necessità di uno sguardo ampio intende suggerire pure che lo studioso di diritto penale sostanziale deve tener conto del conte-

1 Impossibile non ricordare qui il Volume, ricco di significativi contributi, curato da Alfonso M. Stile, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, 1991.

sto della *gesamte Strafrechtswissenschaft*, anzi deve estendere tale visione integrata all'interdisciplinarietà esterna, aprendosi in particolare agli apporti conoscitivi delle scienze sociali.

La sociologia della devianza e la criminologia, segnatamente quella critica², forniscono infatti contributi essenziali per comprendere non solo i fattori che, nella 'prassi', incidono sui conflitti sociali e sulla criminalità, ma anche sulla realtà dei processi sociali e di quelli istituzionali di criminalizzazione e di *labelling*, ossia di etichettamento come criminali di certe condotte anziché, oppure in misura maggiore, di altre. Esse dimostrano, inoltre, la strutturale e pronunciata selettività del sistema penale, cioè la sua capacità molto limitata di affrontare i fenomeni di criminalità, e pongono la questione delle modalità di funzionamento, *in action*, di tale selezione delle condotte effettivamente punite, tra tutte quelle realizzate. Ancora, esse indicano la funzione reale svolta, nella prassi, dalla sanzione penale, in particolare dalla pena detentiva, ma anche dalle misure sostitutive/alternative e dagli strumenti di *diversion*.

Ignorare tali contributi significa disconoscere la prassi del sistema penale; e la chiusura disciplinare normativistica, che caratterizza ampi settori della dottrina penalistica non solo italiana, finisce per svolgere una funzione di legittimazione e conservazione dell'esistente³.

L'interdisciplinarietà esterna, ovvero l'apertura agli apporti di saperi extragiuridici, è indispensabile per comprendere i fattori politici, economici, sociali – compresi quelli relativi alla comunicazione di massa – che incidono sul funzionamento reale del sistema penale ed anche sul ruolo che gli studiosi di diritto penale svolgono o possono svolgere.

La stessa prospettiva storica risulta indispensabile per intendere le dimensioni attuali del rapporto tra teoria e prassi in diritto penale. Il ruolo della dottrina muta con l'evolversi della società e delle istituzioni. Schematizzando, si può forse prospettare una dicotomia tra un'*opinio doctorum* consigliera del Principe, nel senso della razionalizzazione e del consoli-

2 Cfr. per tutti A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale* (1982), Meltemi, 2019, con ampi riferimenti bibliografici; per un'istruttiva esposizione manualistica, cfr. recentemente T. Pitch (a cura di), *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, Carocci, 2022, spec. 13 ss.

3 E.R. Zaffaroni, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, ESI, 2007, 281, esprime l'esigenza che la dottrina penalistica superi il normativismo ricorrendo felicemente all'immagine della necessità di aprire una finestra sulla realtà: «Sarà sempre preferibile che ci volino le carte, piuttosto che la finestra si chiuda ed il vento dell'uragano finisca per buttare giù la parete».

damento del “reale”⁴, e una dottrina critica dello *status quo* – pur sempre espressiva di nuove istanze sociali e/o istituzionali –, come ad esempio quella di Grozio o di Beccaria; laddove conservazione e critica possono coesistere, com’è probabilmente avvenuto nella costruzione delle teorie penali ispiratrici delle ottocentesche codificazioni del cosiddetto diritto penale liberale, non privo di coloriture autoritarie⁵, e nelle stesse teorizzazioni della Scuola positiva, innovative quanto arroccate sul primato della difesa sociale. Ad ogni modo, in contesti autoritari, di assolutismo più o meno illuminato, ed anche in contesti borghesi, ma pur sempre censurati, la dottrina più autorevole era ammessa ed ascoltata nei palazzi del potere, almeno fintanto che non apparisse ‘irriverente’. In democrazia, ed in particolare nel momento storico attuale, un ruolo incisivo della dottrina è a mio avviso certamente possibile, ma occorre tener conto di condizioni diverse, la cui comprensione richiede quella ricordata visione generale, impossibile senza l’apporto di saperi politici, economici, sociali etc. Dall’angolo visuale del penalista, è possibile dunque solo formulare qualche congettura, quale mero punto di partenza per una riflessione.

In primo luogo, a me pare che attualmente sia il potere politico, sia la dottrina esprimano orientamenti più frammentati che in passato. Il collante delle ideologie, delle concezioni complessive della società e delle istituzioni e, quindi, dei programmi politici ampi, coerenti, di lungo respiro, e degli slanci riformatori collettivi, è ampiamente venuto meno con il passaggio alla c.d. postmodernità, simboleggiato dalla caduta del Muro di Berlino. Ciò, a mio avviso, può concorrere a spiegare la crisi dei partiti tradizionali, la deideologizzazione apparente e parziale – riflessa in nomi ‘pigliatutto’ quali Fratelli d’Italia, Forza Italia, Italia viva, Azione, l’Ulivo, Movimento Cinque Stelle; o, all’estero, Vox, Podemos, Ciudadanos, Alternative für Deutschland, Ensemble, La France Insoumise, Rassemblement National – e il personalismo carismatico che caratterizzano partiti, movimenti e coalizioni nuovi; come pure il crescente astensionismo. La deideologizzazione, come accennato, è solo apparente e parziale: viene invocata in nome del

4 Razionalizzazione che, come la filosofia, rappresenta «il proprio tempo colto in pensieri»; «la civetta di Minerva comincia il proprio volo solo all’arrivo dell’imbrunire»: così G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Suhrkamp, 1986, *Vorrede*, 26, 28.

5 Cfr. per tutti M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, 2009, 591 ss., 595: «Tra gli anni Sessanta e Settanta» dell’Ottocento «prende forma un sistema di controllo dalla triplice valenza (severa protezione delle proprietà private, disciplinamento dei ceti più poveri e repressione del dissenso politico radicale)».

pragmatismo, ma in realtà quale riflesso del trionfo di una sola ideologia dominante, quella capitalistica o neoliberista, a seguito del quale non vi sarebbe più spazio per visioni alternative di fondo. Resterebbe solo la possibilità di una navigazione a vista, che affronti le nuove sfide poste dalla globalizzazione e dal progresso tecnologico conservando l'ordine politico, economico e sociale costituito. Ma, in realtà, le differenze ideologiche inevitabilmente rimangono, sia pur con meno evidenza, nettezza e coerenza.

Il conseguente carattere 'liquido' delle attuali formazioni politiche si esprime non solo in gravi carenze di programmi di medio e lungo periodo; bensì pure nella carenza dell'apparato organizzativo, della formazione e del reclutamento di valenti giovani in politica, nello scarso dialogo con la 'base' – tutti fattori che contribuiscono al peggioramento della qualità del ceto politico – e in una disfunzione del rapporto tra politici e 'tecnici', compresi i giuristi: i tecnici paiono meno influenti quali consiglieri stabili, ma possono occasionalmente sostituirsi ai politici – specie su impulso di poteri economici, non avversi a svolte tecnocratiche a spese della democrazia – quando costoro falliscono, per errori politici o per non aver ascoltato consigli tecnici.

Alla debolezza della politica statale corrisponde il sensibile aumento della forza dei poteri economici transnazionali, a causa di una globalizzazione orientata al 'fondamentalismo del mercato' neoliberista. Soltanto gli Stati più potenti e le organizzazioni internazionali che ne difendono assetti ed interessi possono rivendicare nei loro confronti reali spazi decisionali, anche in rapporto alle opzioni politico-criminali, così come in rapporto a guerre, conflitti armati e politiche degli armamenti.

In diritto penale, l'influenza sia del neoliberismo economico, sia di quegli Stati forti e di quelle organizzazioni internazionali è chiaramente avvertibile. Ad esempio, da circa cinquant'anni a questa parte, le opzioni politico-criminali repressive e fallimentari in tema di stupefacenti sono state prese imponendo, attraverso organismi sovranazionali, la *war on drugs* ai singoli Paesi, che hanno assunto obblighi di criminalizzazione non facilmente eludibili né reversibili. Ma considerazioni analoghe valgono, ad esempio, pure in rapporto all'anticipazione/ampliamento della tutela e agli inasprimenti sanzionatori in materia di terrorismo e di corruzione, oppure in relazione alla responsabilità da reato degli enti. Appare evidente che lo spazio per un effettivo ruolo della dottrina penalistica italiana, ma anche di altri Stati, a fronte di una tale 'prassi' normativa sovranazionale tenda ad assumere dimensioni sempre minori.

Sul versante economico, il neoliberismo propone su scala globale il fenomeno – da tempo rilevato in chiave critica da sociologi e criminologi critici e dai settori più sensibili della dottrina penalistica – dell’aumento delle diseguaglianze, della povertà e dell’insicurezza sociale: con il declino dei sistemi pubblici di *welfare* si assiste al passaggio dallo stato sociale allo stato penale⁶. Gli appartenenti ai ceti più deboli e marginali, compresi gli stranieri irregolari, subiscono politiche sempre più repressive di *zero tolerance*, in Italia con i ricorrenti ‘pacchetti sicurezza’, rivolti selettivamente contro forme di criminalità lieve o media di strada e contro il dissenso politico verso un ‘ordine’ economico, politico e sociale che genera diffuso ‘malcontento’⁷. Per altro verso, la menzionata debolezza della politica rafforza la capacità d’influenza dei gruppi di pressione economici anche sul piano nazionale, perpetuando una caratteristica fondamentale dei reati dei colletti bianchi, specie se potenti⁸, rilevata com’è noto già da Sutherland⁹: quella per cui tali autori si valgono del proprio *status* economico-sociale per sottrarsi ai processi legislativi e giudiziari di criminalizzazione, a partire dall’inadeguatezza della normativa in tema, ad esempio, di tutela della vita e salute dei lavoratori, di reati societari, di *lobbying* etc.

6 Così, a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Liber/Raisons d’agir, 1999, 7, 10, 18 e *passim*; Id., *Iperincarcerazione. Neoliberismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre corte, 2013, *passim*, spec. 27-28, 30 («transizione da un (semi)welfare state “maternalistico” a uno stato penale paternalista»), 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (downsizing) della sua componente welfarista e l’accrescimento (upsizing) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie»; 55 ss., 57, ove si registra, con riferimento agli Stati Uniti, il «congiunto arretramento del misero stato sociale esistente» e «avanzamento di un gigantesco stato penale», con conseguente iperincarcerazione selettiva; v. *ivi*, p.101 ss., spec.112. Nella sociologia italiana del diritto penale, cfr. per tutti M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 109; nella dottrina penalistica, cfr. spec. S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. Bevere, ESI, 2007, 123-124.

7 Per riprendere il titolo originale dell’istruttiva monografia di Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, 2002; nuova ed. ampliata ed aggiornata, Einaudi, 2018.

8 Sulla differenza tra criminalità dei colletti bianchi e dei potenti, cfr. V. Ruggiero, *La criminalità dei potenti*, in T. Pitch (a cura di), *Devianza e questione criminale*, cit., 153 ss.

9 E. H. Sutherland, *The White Collar Criminal*, in *Encyclopedia of Criminology*, Branham & Kutash, 1949, 512: «Le persone accusate per *white collar crimes* raramente sono arrestate, sottoposte al rilievo delle impronte digitali, portate dinanzi al giudice penale o mandate in prigione»; cfr. A. Alessandri - S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I. I principi generali*, Giappichelli, 2018, 2.

Anche di fronte a tali fenomeni generali del mondo economico, le possibilità di un ruolo critico della dottrina appaiono ridotte, almeno fintanto che esso rimane ristretto entro i confini di un garantismo solo 'endopenalistico' e solo 'negativo', che, cioè, non amplia la critica agli stessi processi politici, economici e sociali di criminalizzazione e non si faccia carico di prospettare, in positivo, alternative di tutela extrapenale dei beni connessi alla soddisfazione dei bisogni fondamentali di tutti i consociati.

E ciò ancor più, in quanto le opzioni politiche ed economiche dominanti vengono veicolate da un enorme megafono costituito dai *mass* e *social media* con più *audience*, che, com'è noto, contribuiscono significativamente ai processi di criminalizzazione. È difficile contrastare un fenomeno psicosociale di dimensioni così pervasive come la quotidiana rappresentazione selettiva di episodi che destano allarme sociale, generando la continua richiesta di interventi punitivi, illusoriamente ritenuti salvifici; richiesta prontamente recepita da un ceto politico che confida, mediante opzioni punitive simboliche, di raccogliere consensi a breve termine, al di là dell'efficacia reale dei provvedimenti. Il meccanismo appare accostabile a quello del *marketing*: amplificazione di una minaccia – prospettazione di un prodotto quale unico rimedio davvero 'forte e sicuro'. Può trattarsi di un deterivo come di una pena.

E così si assiste alla 'perenne emergenza'¹⁰ che genera nuove o più ampie incriminazioni, nuove aggravanti, ulteriori inasprimenti sanzionatori e moltiplicazioni di 'binari' e 'deroghe' repressive. A fronte di ciò, il richiamo alle garanzie del diritto e del procedimento penale, in assenza dell'ampliamento della visuale critica e propositiva cui ho accennato, appare sempre più debole.

Ai processi di criminalizzazione mediatica partecipano, quali 'imprenditori morali' alquanto influenti, esponenti autorevoli della magistratura, che condividono (non importa quanto sinceramente) l'illusione panpenalistica, specie in rapporto ad alcune scelte politico-criminali, norme incriminatrici o istituti e strumenti sanzionatori considerati quali *totem* indiscutibili ed anzi da rafforzare in senso repressivo: si pensi, ad esempio, al proibizionismo in tema di stupefacenti, ai reati associativi, al cosiddetto concorso esterno, alle forme di confisca allargata ed in generale alle misure di prevenzione. Di fronte alla forza mediatica dell'illusione penalistica ed all'autorevolezza di alcuni magistrati noti al grande pubblico, è difficile per

10 S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, 1997, *passim*.

la dottrina penalistica far sentire la propria voce, specie se dissenziente. Del resto, alcuni di quei magistrati diventano parlamentari o collaborano, negli uffici legislativi dei ministeri, alla redazione delle leggi, in un cortocircuito singolare sul piano della separazione dei poteri.

Da ultimo, anche opzioni politiche, di stampo neoliberalista, relative all'Università ed alla formazione postuniversitaria hanno contribuito ad indebolire il ruolo della dottrina. Mi riferisco anzitutto ai tagli di risorse, alla precarizzazione ed alla tendenza all'efficientismo burocratico nel 'sistema universitario': i primi due fenomeni hanno dato luogo ad una progressiva fuga di giovani e valenti cervelli dall'Università, verso impieghi stabili più rapidamente conseguibili. Si pensi, in particolare, all'abolizione, con la legge Gelmini, della figura del ricercatore a tempo indeterminato e alla precarietà connessa ai cosiddetti RTD, nonché al meccanismo concorsuale dell'abilitazione seguita da eventuale chiamata. L'efficientismo burocratico imperniato sulle soglie quantitative di pubblicazioni, sulla classificazione delle Riviste scientifiche, sui *referees* anonimi e sulle VQR ha indotto un minor impegno qualitativo ed una gerarchizzazione che rischia di penalizzare l'originalità e lo spirito di libertà della ricerca. Si propaga un modello di docente efficientista ed ossequiente, che magari pubblica dieci brevi note a sentenza in fascia A, anziché un articolo serio e approfondito, ma lavorativamente dispendioso in fascia inferiore; e che, in vista dell'approvazione dei 'selettivi' *referees* anonimi di "fascia A", non si discosti troppo dal *mainstream*, orientandosi più verso l'adulatorio commento 'costruttivo' che verso la critica degli orientamenti dottrinali e/o giurisprudenziali dominanti.

Quanto al ruolo della dottrina nella fase *post lauream*, esso è stato sostanzialmente svuotato, attraverso opzioni normative che favoriscono la privatizzazione – è ben noto il fenomeno dei costosi corsi per la preparazione al concorso in magistratura – e la corporativizzazione della formazione giuridica postuniversitaria.

3. CRITICA DELLA DOTTRINA

Fin qui ho cercato di raccogliere in un piccolo *cahier des doléances* i fattori esogeni che rendono difficile per la dottrina incidere sulla prassi in materia penale. Ritengo però necessaria anche un'autocritica della dottrina penalistica italiana in rapporto ai contributi che, pure in tale difficile

situazione, potrebbe utilmente apportare alla prassi, intesa nel senso ampio richiamato in precedenza.

Anche la dottrina risente delle temperie culturali. Gran parte di essa, negli ultimi lustri, ha ristretto i propri orizzonti ideali; l'orientamento costituzionalistico non suscita più gli slanci riformatori del passato e la prospettiva di una riforma globale del codice penale pare accantonata a tempo indeterminato. Del resto, l'unico progetto organico, comprensivo della parte speciale, risale allo Schema della Commissione Pagliaro; qui si tratta però piuttosto di limiti di 'committenza' politica. Ad ogni modo, l'aspirazione verso un sistema normativo e verso una corrispondente teoria generale coerente ha ceduto ampiamente il passo alla teorizzazione dei sottosistemi e così ad un crescente particolarismo. Indubbiamente, l'accelerazione del progresso tecnologico e della produzione normativa in tanti settori ed il complicarsi del sistema delle fonti con la crescente influenza di quelle sovranazionali rendono più complesso il lavoro del penalista; tuttavia, anziché cercare di ordinare il molteplice, almeno una parte della dottrina tende ad inseguire le ramificazioni casistiche sia della legislazione emergenziale, sia del 'diritto vivente' – anche in relazione alle Corti europee –, rinunciando alla dommatica, intesa quale lavoro teorico non solo ermeneutico, ma sistematico, retto da principi normativi fondamentali, in grado di orientare legislazione e giurisprudenza verso esiti conformi a certezza del diritto, uniformità e quindi eguaglianza. La tensione ideale verso la critica dell'esistente cede ampiamente spazio alla sua legittimazione, anche in rapporto alla pervasiva normativa penale di fonte internazionale ed europea; si va diffondendo un efficientismo tecnocratico poco attento ai principi.

Anche in dottrina sembrano, dunque, presentarsi non insovente i caratteri della postmodernità. Si naviga a vista, rinunciando ad ampie prospettive politico-criminali alternative; e si assiste ad un diffuso disimpegno teorico-generale, talora sostituito dall'impegno dedicato all'analisi della prassi forense. Ma una dottrina che rinuncia a proporre una visione generale e si riduce a commentatrice delle pronunce giudiziarie – per di più, come è stato autorevolmente osservato, percepita come non imparziale dalla magistratura¹¹ – perde, anche per questa via, autorevolezza.

11 Tra le cause della modesta «capacità di far presa sui giudici» della dottrina penalistica, G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, 2002, 8, annovera un «dato (per dir così) sociologico: buona parte dei professori di diritto penale che insistono nel difendere sul piano teorico i vessilli del garantismo individuale, sono poi quegli stessi che si rendono "sospettabili" di partigianeria culturale quando assumono nel contempo la veste di avvocati difensori di imputati spesso "eccellenti"».

In un certo senso può parlarsi di un neotecnicismo dottrinale, chiuso verso le scienze sociali e verso problemi di legittimazione e concentrato sul diritto vigente, in particolare su quello giurisprudenziale delle Corti supreme interne ed europee; come se il ‘diritto vivente’ si esaurisse nella giurisprudenza ed in particolare in quella di tali Corti, e non coinvolgesse, ad esempio, i processi culturali ed istituzionali di criminalizzazione o la vita nelle carceri, che sono la vera *criminal law in action*. Ad una tendenza tecnicista corrisponde pure l’orientamento ‘realista’ a ridurre la Costituzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale: un orientamento seguendo il quale, per fare uno degli infiniti esempi possibili, sentenze come la n.364/1988 non sarebbero mai state emesse, perché la dottrina non avrebbe mai potuto levare lo sguardo al di là della precedente giurisprudenza della Corte, limitandosi a registrarne la chiusura in materia di scusabilità dell’*ignorantia legis*, sia pure inevitabile. E considerazioni analoghe valgono per la Corte EDU: il dato per cui la CEDU va interpretata sulla base della giurisprudenza consolidata di quella Corte non implica che essa vada solo “osservata” – come suggeriscono le rubriche di alcune riviste giuridiche – e non anche sottoposta a critica. Lo stesso vale ovviamente pure per la Cassazione e le sue Sezioni unite.

Una tendenza neotecnicista si avverte pure sotto un altro profilo, legato al rapporto con la giurisprudenza. Anche laddove viene in questione una critica della stessa, oppure del legislatore, si tende comunque ad affidare alla giurisprudenza o ad un suo mutamento un ruolo decisivo, in una sorta di ‘garantismo – soltanto o prevalentemente – giudiziario’. Che si tratti di eutanasia o di ergastolo ostativo, di c.d. concorso esterno o di confine conteso tra concussione, induzione indebita e corruzione, la soluzione degli inconvenienti teorici e pratici viene affidata alla giurisprudenza delle Corti supreme e la prospettiva *de lege ferenda* finisce in secondo piano.

Anche in rapporto ai principi penalistici di rango costituzionale, si è assistito ad un ridimensionamento del valore, ad esempio, dell’*extrema ratio* o dell’offensività c.d. in astratto, in quanto principi non ‘giustiziabili’; ma, a parte l’opinabilità dell’assunto, ciò non dovrebbe comunque comportare la rinuncia della dottrina a richiamare il legislatore all’attuazione della Costituzione.

Sotto altro profilo, un garantismo solo giudiziario si esprime anche nell’orientamento che, dinanzi al fenomeno di evidenza palmare dell’iper-trofia penalistica, esclude la prospettiva di una decisa depenalizzazione, affidando il ruolo di selezionare le condotte concretamente punibili a conge-

gni normativi di tipo sostitutivo, sospensivo, estintivo, sempre rimessi alla discrezionalità giurisprudenziale; con tutto ciò che ne consegue in termini di crisi della legalità e della certezza del diritto, selettività e diseguaglianza. Infatti, quando si discute di ‘prassi’, non va dimenticato che, specialmente in un processo penale che privilegia il ruolo delle parti, la libertà personale e i diritti fondamentali dell’indagato/imputato finiscono per dipendere anche dalla sua forza o debolezza economica, culturale e di legami sociali: una gestione discrezionale della penality *in action* rischia perciò di esasperare le diseguaglianze, perpetuando il dato, arcinoto nella prassi, per cui le carceri traboccano di soggetti marginali, italiani e stranieri.

Certamente, data la pessima qualità del legislatore attuale, è comprensibile la tendenza dottrinale a rivolgere lo sguardo prevalentemente alla giurisprudenza e alla depenalizzazione ‘in concreto’; tuttavia, bisogna essere consapevoli che un garantismo soltanto giudiziario non è in grado di fornire risposte adeguate ai problemi strutturali del sistema penale e che, quindi, non si può rinunciare a tentare un dialogo anche con la politica e con la società, promovendo la cultura dei principi costituzionali di un diritto penale moderno, sussidiario, da stato sociale di diritto.

La dottrina dispone, invero, di vari strumenti di influenza culturale sulla prassi: si tratta di saperli e volerli utilizzare. Vorrei soffermarmi su taluni di essi.

3.1 Il primo strumento di influenza sulla prassi consiste negli scritti scientifici. Non penso al profluvio, sempre più difficile da seguire, di libri, articoli e contributi in volumi collettanei d’occasione, spesso su argomenti molto specialistici, destinati soprattutto al confronto dottrinale; e neppure tanto alle numerosissime note a sentenza, nonostante il ruolo che esse possono svolgere in rapporto al lavoro della casistica giurisprudenziale. Infatti, dubito che, specialmente con i pesanti carichi di lavoro dovuti all’iperproliferazione penalistica ed all’inadeguatezza delle risorse dell’amministrazione della giustizia, magistrati ed avvocati trovino il tempo per seguire se non molto frammentariamente quella sterminata produzione. Ritengo invece fondamentale il ruolo della manualistica, dei commentari e, in subordine, di monografie sui grandi temi della cultura penalistica.

I manuali, in particolare, hanno formato e formano intere generazioni di giuristi: magistrati, avvocati, funzionari pubblici ed altri operatori del diritto. Una produzione manualistica solida sul piano dei principi e della sistematica, e connotata da chiarezza, ha costituito e costituisce tuttora –

fintanto che rimanga tale e conservi, perciò, autorevolezza – uno strumento idoneo ad orientare nel lungo termine la prassi.

A mio parere, gli autori di manuali, specie di quelli più riconosciuti, hanno perciò una grande responsabilità nel trasmettere il valore dei principi costituzionali e di una coerente visione generale, sistematica dei problemi del diritto penale, arricchendola di eventuali nuovi apporti dottrinali specialistici. E qui mi sia consentito di muovere una critica di fondo: talora quei principi e quella coerenza sistematica non sono difesi neppure nella manualistica, che pare cedere a compromessi con la prassi, minando alle radici il ruolo culturale della formazione universitaria. Non si comprende, a volte, se si tratti di forme di prudente ‘autocensura’, di orientamenti conservatori presentati come ‘sano realismo’ o dell’influenza del postmoderno sulla stessa dottrina. Come che sia, l’esito più deludente consiste nel dato per cui talora si insegna ad intere generazioni di giuristi che i principi costituzionali valgono solo in parte, fino ad un certo punto, a seconda dei fatti e/o degli autori, e che quindi legislazione e prassi possono, quando lo ritengono adeguato, derogare ad essi. Ma, in tal modo, la dottrina perde ogni legittimazione a criticare le deviazioni della prassi, perché in realtà esse sono coerenti con gli insegnamenti ricevuti. La tendenza ad un diritto penale diseguale, diverso per l’amico e per il ‘nemico’, criticata con le labbra, viene in realtà avallata con il pensiero.

Ecco tre esempi, rispettivamente in tema di legalità, teoria del reato, teoria della pena.

Legalità: in dottrina lamentiamo diffusamente il continuo ricorso alla decretazione d’urgenza, ma anche alla delega legislativa in materia penale. La funzione legislativa, specialmente in materia penale, dovrebbe spettare al solo Parlamento e non anche all’esecutivo: quest’ultimo, invece, nel caso dei decreti-legge, ormai s’inserisce talora persino nei tempi stretti della conversione parlamentare attraverso un maxiemendamento e, magari, alla fine pone sul provvedimento la questione di fiducia, forzando l’approvazione parlamentare. Nel caso delle leggi delega, abbondano gli esempi di deleghe vaghe – un esempio recente è dato dalla delega in materia di giustizia riparativa contenuta nella l. n.134/2021 – che rimettono sostanzialmente al Governo opzioni politico-criminali fondamentali. Ebbene, quella parte della manualistica che, pur riconoscendo la ‘pericolosità’ della normazione dell’esecutivo in diritto penale, immediatamente dopo

ammette sia i decreti-legge che le leggi delega in tale materia¹², si assume la responsabilità di legittimare una prassi sostanzialmente incostituzionale, che infesta la nostra legislazione penale da decenni.

Teoria del reato. Un'autorevole elaborazione dottrinale¹³, ampiamente condivisa in linea di principio, ha portato al riconoscimento, ad opera della giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, del rango costituzionale del principio di offensività. Tuttavia, nella nostra legislazione esistono moltissimi reati di mera trasgressione, anticipazioni esasperate della tutela penale e finanche norme penali orientate in senso soggettivistico, ossia ad un diritto penale della volontà o della pericolosità. Ebbene, a mio parere costituisce una grave responsabilità di alcuni settori della manualistica il far seguire all'affermazione del rango costituzionale del principio di offensività la legittimazione di deroghe a tale principio attraverso "reati senza offesa" o "di scopo"¹⁴, che servirebbero a finalità di prevenzione generale pur a fronte di condotte non, o non ancora, offensive, neppure in termini di reale pericolo. Una tale legittimazione settoriale, in chiave di 'deroga' – nella prassi legislativa diffusissima –, prestata ad un diritto penale dell'autore, risulta costituzionalmente inaccettabile, come lo sarebbe, ad esempio, l'affermazione di un principio di responsabilità personale, salve però 'legittime' deroghe in termini di responsabilità oggettiva o addirittura per fatto altrui, sempre per finalità di prevenzione generale!

12 F. Mantovani, *Diritto penale*, XI ed., Wolters Kluwer – CEDAM, 2020, secondo cui uno dei due scopi cui tende il principio della riserva di legge è evitare «l'arbitrio del potere esecutivo: il "soggetto costituzionalmente più pericoloso"», 46; alla fine della stessa pagina, tuttavia, l'illustre Autore ammette la delega legislativa in diritto penale, e più avanti, 59, include tra le fonti di norme penali le «leggi materiali, cioè atti emanati da organi diversi dal potere legislativo, ma aventi "forza di legge"»: cioè atti emanati dal potere esecutivo... evidentemente qui ritenuto non così pericoloso. Per una convincente critica, cfr. spec. G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Giuffré, 2023, 51 ss.

13 Mi riferisco specialmente al magistrale lavoro di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, Utet, 1973, 15 ss., 81 ss.

14 F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 200 ss., 228 ss.: nei «reati di scopo (o senza offesa)» «si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino» (228); ma, una volta affermato ciò, è rotto qualunque argine al fiume in piena delle opinioni del legislatore di turno relativamente a quali comportamenti lo Stato abbia «interesse a che non si realizzino». In chiusura della trattazione del principio di offensività e delle relative deroghe in parte ritenute "legittime", l'illustre Autore, *ivi*, 242, afferma: «Il principio di offensività appartiene alla "razionalità", che non sempre si concilia con la "necessità" o i "diritti della paura"». Ciò implica la grave affermazione secondo cui mere istanze emotive/irrazionali di punizione dettate dalla "paura" possano e debbano, talora, prevalere su un principio non solo 'razionale', ma normativo e di rango costituzionale.

Onde evitare equivoci, è opportuno precisare che tutto ciò non ha nulla a che vedere con la necessità di graduare l'offesa e di anticipare la tutela penale: ciò è sempre possibile, a patto di non rendere punibili condotte astrattamente e concretamente "senza offesa"; proprio come, in tema di personalità della responsabilità penale, si può scegliere tra dolo e colpa, ma non punire "senza responsabilità personale".

Teoria della pena. L'art.27 co.3 Cost., com'è noto, dispone che le pene "non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Questa disposizione non contiene alcuna deroga. Non si comprende, perciò, con quale fondamento un'autorevole dottrina contemporanea insegni a generazioni di giuristi che, tuttavia, il finalismo rieducativo non vale, quale finalità costituzionale della pena, per delinquenti supposti incorreggibili, individuati sommariamente quali mafiosi, terroristi – e si potrebbe sicuramente aggiungere qualche altro odioso tipo d'autore –, in rapporto ai quali la pena dovrebbe invece avere una funzione di neutralizzazione¹⁵. Risulta evidente che chi sostiene tale tesi indebolisce la propria legittimazione culturale, in termini di coerenza, a lamentare nei confronti della 'prassi' legislativa la presenza di istituti come l'ergastolo ostativo: perché quale miglior neutralizzazione vi è che "il fine pena mai e poi mai"?

Sempre in relazione alla manualistica e, più ampiamente, all'insegnamento del diritto penale, vi è un diverso problema, relativo alla formazione postuniversitaria. Indubbiamente si assiste, come ho accennato, ad una privatizzazione e corporativizzazione della formazione *post lauream*, indotta, per un verso, dalla normativa – si pensi allo svuotamento del ruolo

15 G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, op.cit., p.21: «La rieducazione deve inoltre cedere il passo, in parte, alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non appaia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. Emblematico il caso degli esponenti di rilievo della criminalità organizzata, dalla mafia alle organizzazioni terroristiche, che conservino collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza [...] Questa logica trova espressione nella disciplina dettata nell'ordinamento penitenziario agli artt.4-bis e 41 bis, che disegnano un regime speciale di esecuzione della pena detentiva per gli autori di taluni gravissimi reati», non solo relativi, però, alla "criminalità organizzata". Infatti, quando si accetta e, anzi, si legittima un diritto penale d'eccezione per taluni tipi d'autore o di 'nemico', è difficile porre limiti alle eccezioni consentite e ai tipi d'autore eccettuati: ammettendo eccezioni ai principi costituzionali, si rischia invece di rimettere al legislatore la selezione dei 'nemici' o, all'opposto, degli 'amici'. Lo prova la vicenda dell'inserimento, con l. n.3/2019, cosiddetta 'spazzacorrotti', di taluni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. nell'elenco dei reati 'ostativi' alla concessione di misure alternative alla detenzione, di cui all'art.4-bis ord. penit.; inserimento poi soppresso dal d.l. n.162/2022, conv. in l. n.199/2022.

delle Scuole di specializzazione per le professioni legali ed alla previsione di una scuola *ad hoc* per la formazione degli avvocati, gestita dall'avvocatura, e di una per la formazione dei magistrati, gestita dalla magistratura –; e, per altro verso, dall'*humus* tecnicistico che ha trasformato da tempo i concorsi pubblici per l'ammissione alla magistratura, all'avvocatura e ad altri ruoli giuridici in prove prevalentemente mnemoniche specialistiche e 'presentistiche', in quanto incentrate sull'aggiornamento all'ultima sentenza. Di tale *humus* – e dell'ansia dei giovani che si confrontano con un tale stato di cose, in un contesto di crescente disoccupazione intellettuale – si avvantaggia, non da ora, il lucrativo mercato dell'informazione giuridica: corsi privati economicamente non accessibili a tutti – il che dà luogo ad una selezione per censo degli aspiranti magistrati – e costosi libri professionali, *soi-disant* manuali, che talora assomigliano piuttosto a grossi elenchi – di tipo telefonico – di pronunce giurisprudenziali.

In tal modo si è venuta a creare l'intollerabile percezione di una "doppia verità": la dottrina forma lo studente universitario, ma dopo la laurea le sue 'verità' vengono sostituite dalla 'verità vera', quella raccontata dai pratici nelle scuole private o da magistrati o da avvocati nella loro formazione *post lauream*. Non si tratta, beninteso, di rivendicare corporativisticamente un ruolo dei professori universitari nella formazione postuniversitaria, ma, piuttosto, di garantire che il metodo dell'orientamento ai principi costituzionali e della coerenza sistematica, nonché il patrimonio culturale della teoria delle fonti del diritto penale, della teoria generale del reato e della pena, della dommatica, non si disperdano, sostituite magari dall'elencazione casistica dei precedenti giurisprudenziali. Quel metodo e quel patrimonio culturale dovrebbero rimanere comuni a tutti gli operatori del diritto penale; in caso contrario, è lo stesso sistema dei principi costituzionali ad essere sostituito da una sorta di *common law* spuria, con una caduta verticale in termini di garanzie individuali, certezza del diritto ed eguaglianza.

Purtroppo, anche in relazione alla formazione postuniversitaria non si può negare una corresponsabilità almeno di una parte della dottrina. In particolare, vi è stato un certo disimpegno dall'insegnamento nelle SSPL, sotto varie forme; ed è prevalsa la tendenza alla frammentazione delle materie e dei moduli degli insegnamenti. Solo una rifondazione delle SSPL, accompagnata da un diverso impegno della dottrina, potrebbe rendere possibile un'auspicabile formazione postuniversitaria pubblica, accessibile a tutti e di qualità.

Per altro verso, mi sembra di poter dire – *sit venia verbo* – che, allo stato e in presenza dell'*humus* descritto, non vi sia un manuale dottrinale di diritto penale realmente idoneo alle connotazioni attuali della formazione postuniversitaria, che elabori in maniera adeguatamente approfondita, sulla base di una visione generale costituzionalmente orientata e sistematica, l'ampio materiale giurisprudenziale, anziché limitarsi ad inseguire la casistica, come avviene nei succitati 'elenchi telefonici'. D'altronde, in una situazione di formazione privatizzata e corporativistica, un tale manuale dottrinale avrebbe probabilmente scarse possibilità di adozione.

Il discorso relativo alla formazione postuniversitaria riguarda pure le future generazioni della dottrina. L'attuale normativa in tema di reclutamento universitario e la riduzione delle risorse finanziarie contribuiscono ad una precarizzazione che comporta gravi difficoltà e ritardi nell'assunzione a tempo indeterminato, tali da disincentivare le migliori energie intellettuali, e quindi spingerle verso altri sbocchi professionali o verso Università straniere. Ebbene, neppure in tale ambito si può negare che vi sia una corresponsabilità di quell'ampia parte della dottrina che non si è opposta e tuttora non leva a sufficienza la propria voce contro tali riforme, che rischiano di cagionare la desertificazione intellettuale delle Università, specialmente nelle aree scientifiche in cui manca la possibilità di accedere a cospicui finanziamenti privati, come quella delle scienze giuridiche; ed in particolare nell'ambito di quelle materie e ricerche di base che, pur avendo essenziali implicazioni di pubblico interesse – in diritto penale, si sa, sono in gioco i diritti fondamentali della persona –, sono meno interessanti per il 'mercato'. Ovviamente, è molto più facile trovare finanziamenti per una ricerca sulla responsabilità degli enti che per una sull'ergastolo...

Ad ogni modo, negli spazi pur limitati in cui una formazione alla ricerca e all'insegnamento universitario ed un reclutamento sono possibili, occorre portare avanti l'impegno dottrinale a tramandare ai giovani l'orientamento ai principi costituzionali e al sistema: evitando di restringere gli orizzonti all'inseguimento della casistica giurisprudenziale ed inserendo l'analisi di nuovi e non trascurabili problemi specialistici, dal ruolo delle neuroscienze, ai *bitcoin*, all'intelligenza artificiale e così via, pur sempre in una cornice di metodo, principi, sistema, necessaria per governare il molteplice. Ed occorre continuare ad indirizzare verso la qualità della ricerca, evitando di cedere all'ossessione delle soglie quantitative e del *publish or perish*. Altrimenti, il patrimonio della scienza penalistica moderna si disperderà, con esiti di grave regresso culturale.

3.2 Accanto all'elaborazione scientifica in manuali, commentari, articoli e note, la dottrina, in particolare anche quella penalistica, dispone di altri strumenti di influenza sulla prassi. Il più forte ed immediato di tutti è quello costituito dal ruolo di quegli eminenti penalisti che vengono talora nominati giudici della Corte costituzionale. Il 'giudice delle leggi' e, quindi, anche gli esponenti della dottrina che vengono chiamati a far parte della Corte sono corresponsabili dello stato della legislazione penale, nel bene e nel male e, naturalmente, nella misura circoscritta dei poteri della stessa. D'altronde, vi è un ruolo essenziale della dottrina proprio nel preparare il terreno culturale per importanti decisioni della Corte. In relazione alla parte generale del diritto penale, forse la più famosa pronuncia, la storica sent. n.364/1988, si deve alla penna di un illustre esponente della dottrina penalistica quale Renato Dell'Andro; e per giungere a quella sentenza fu necessaria una preparazione dottrinale del terreno culturale, che trovò una magistrale espressione nella nota monografia di Domenico Pulitanò¹⁶. D'altronde, per fare un altro esempio, solo in un *humus* culturale più sensibile che in passato al principio di determinatezza/tassatività¹⁷ è stato possibile pervenire alle pur poche sentenze di illegittimità costituzionale in materia, a partire dalla n.86/1981 in tema di plagio. Ma sono tanti altri i contributi che la Corte, anche con l'apporto diretto o indiretto della dottrina, ha dato nel senso di eliminare molti tratti autoritari del codice Rocco.

Tuttavia, bisogna pur ammettere che, se vi è stato un diffuso *self restraint* della Corte costituzionale, in materia, ad esempio, proprio di determinatezza, ma anche di offensività – si pensi ad esempio al salvataggio, talora parziale, di norme incriminatrici in tema di sciopero, reati di opinione, reati di sospetto –, di ciò è corresponsabile pure la dottrina. Il richiamo al 'diritto vivente', sovente operato dalla Corte per salvare norme incriminatrici indeterminate nel loro tenore testuale, rinviando alla giurisprudenza, trova sostegno, oggi più che mai, in quella parte della dottrina penalistica che ha sostituito all' 'esaltazione costituzionale'¹⁸ una sorta di 'esaltazione

16 Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè 1976.

17 Si pensi ai lavori di F. Bricola, *Art.25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1981, 231 ss., 256 ss., e di F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979, *passim*.

18 Così definita da F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparativo allo studio del tema)*, in *Aa.Vv., L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso - V. Varano, Giuffrè, 1985, 542; ma sulla funzionalità di una tale 'esaltazione' alla costruzione di una dommatica «come concretizzazione di principi direttivi della politica criminale esplicitamente o implicitamente derivanti dalla Costituzione», v. F. Bricola,

ermeneutica'. Eppure quel richiamo al diritto vivente contraddice la stessa *ratio* del principio di determinatezza, che consiste proprio nel limitare quanto più possibile il potere giudiziario di stabilire che cosa sia punibile.

La giurisprudenza costituzionale recente – con l’apporto di autorevoli esponenti della dottrina penalistica – si è assunta, ad esempio, la grave responsabilità di rimettere in questione l’assunto, da tempo ampiamente prevalente in dottrina, secondo cui le misure di prevenzione personali, ma anche pesanti misure patrimoniali quali la confisca di prevenzione e – al di là di frodi delle etichette – la confisca allargata, sono sanzioni sostanzialmente penali e, pertanto, devono risultare conformi ai principi costituzionali e sovranazionali relativi alla materia penale. Estromettere l’intero sistema delle misure di prevenzione da tali garanzie costituisce un regresso in termini di civiltà, anche rispetto alla giurisprudenza della stessa Corte – penso alla sent. n.177/1990 in materia di proclivi a delinquere –, ascrivibile ad una parte della dottrina direttamente o indirettamente, vale a dire sul piano del retroterra culturale. Considerazioni analoghe valgono in rapporto alla recente vicenda dell’ergastolo ostativo: la soluzione compromissoria, adottata dalla Corte costituzionale a partire dalla motivazione della sent. n.253/2019 – che, nella parte finale della motivazione, espresamente riteneva legittimo mantenere l’ergastolo ostativo qualora non si potesse escludere il pericolo, attuale o futuro, del ripristino di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata –, poi confermata dalla Corte nell’ordinanza n.97/2021 e recepita dal Governo nel d.l. n.162/2022, conv. con modif. dalla l.n.199/2022, si fonda su un retroterra dottrinale incline a conservare l’ergastolo, persino ostativo. E pure all’interno dell’orientamento che, condivisibilmente, si oppone all’ergastolo vi sono, come ho ricordato, posizioni contraddittorie che, in premessa, escludono dal finalismo rieducativo di cui all’art.27 co.3 Cost. taluni tipi di delinquenti da ‘neutralizzare’; guarda caso, proprio quelli cui si applica l’ergastolo ostativo.

3.3 La dottrina penalistica italiana può svolgere un ruolo significativo di influenza sulla prassi anche in prospettiva *de lege ferenda*: mi riferisco non tanto alle audizioni parlamentari, che, pur essendo, in astratto, utili a render noto il punto di vista di autorevoli studiosi al Parlamento e, magari, ai settori più informati dell’opinione pubblica, hanno ben scarsa efficacia; quanto, piuttosto, alle varie commissioni di riforma in materia penale, di

Rapporti tra dottrina e politica criminale (1989), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, 235.

cui vengono regolarmente chiamati a far parte professori universitari. Certamente, tali commissioni hanno limiti politici di mandato e, nella temperie culturale attuale, vedono un ruolo primario di esponenti della magistratura e, in misura forse inferiore, dell'avvocatura; il che limita la significatività dell'apporto dottrinale. Tuttavia, anche nel lavoro *de lege ferenda* si mostrano – naturalmente, accanto ad indubbi meriti – limiti e corresponsabilità della dottrina.

Vi è, in primo luogo, un problema di formazione alla tecnica della legislazione. Nonostante Franco Bricola, già cinquant'anni orsono, indicasse la prospettiva *de lege ferenda* quale componente essenziale dell'oggetto della scienza penalistica¹⁹, periodicamente si è mostrata, per così dire, qualche difficoltà anche del penalista accademico a cimentarsi con l'impegnativo compito di scrivere norme penali. Si potrebbero addurre diversi esempi, relativi a taluni progetti di riforma del codice penale caratterizzati, ad esempio, da norme farraginose e chilometriche; ma anche il lavoro di progettazione promosso, recentemente, dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale sul tema dei delitti contro la persona ha mostrato, insieme, l'importanza e la difficoltà di tale lavoro per giuristi come noi, abituati più a commentare e a sottoporre a critica che a redigere proposte di testi legislativi. D'altro canto, alcuni esponenti della dottrina non possono chiamarsi completamente fuori da ogni responsabilità in rapporto, ad esempio, a recenti, mal congegnate riforme in tema di prescrizione, oppure ad alcuni criticabili aspetti della riforma Cartabia.

Mi soffermo in particolare su due profili problematici del ruolo della dottrina nelle Commissioni di riforma e/o nella stesura di progetti.

Il primo è dato dall'avallo fornito a proposte di legge che contengono puntualmente deroghe o elencazioni casistiche per tipi d'autore e di reati, che contrastano scopertamente con il principio di eguaglianza: una dottrina orientata ai principi ed al sistema dovrebbe contrastare senza compromessi questo perenne sistema penale casistico e dell'eccezione.

Il secondo punto è più complesso e consiste nella tendenza, cui ho già accennato, di ampi settori dottrinali a conservare un diritto penale ipertrofico, nonostante ogni contraria affermazione di principio, affidando la deflazione a meccanismi normativi discrezionali, affidati alle parti processuali e al giudice. L'idea di un'ampia depenalizzazione è da tempo in secondo piano; le depenalizzazioni attuate sono state di portata – talora più,

19 *Teoria generale del reato*, cit., 11-12.

talora meno – limitata e sono state ampiamente sopravanzate dall'introduzione di nuove norme incriminatrici, circostanze aggravanti ed inasprimenti di pena. Le conseguenze di ciò in termini di sovraccarico dell'amministrazione della giustizia penale e di sovraffollamento carcerario sono da tempo evidenti: abbiamo un carico di due milioni di procedimenti penali e la popolazione carceraria, nonostante tutte le misure sostitutive, alternative etc., è tornata a crescere, superando nuovamente la soglia di 60.000 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di circa 50.000. Le sanzioni sostitutive, alternative, sospensive finiscono per espandere la rete del controllo penale, superando lo stesso numero dei detenuti: la popolazione sottoposta ad esecuzione penale esterna è notevolmente aumentata.

Come ho avuto modo di rilevare inizialmente, pare che gli esponenti della scienza penalistica che hanno accesso al dialogo con il legislatore non tengano conto delle acquisizioni criminologiche circa i processi di criminalizzazione, il carattere selettivo della giustizia penale e il ruolo reale che, in un tale sistema ipertrofico, il carcere finisce per svolgere, ovvero quello non di offrire strumenti di risocializzazione, ma di disumanizzare e riprodurre criminalità.

Gli esiti di tale chiusura culturale e di un orientamento che continua, tutto sommato, a non contrastare con nettezza l'illusione panpenalistica consistono, dalla novella del 1974 alla riforma Cartabia, nell'affidare, come ho accennato, la deflazione alla magistratura, attraverso l'introduzione o l'ampliamento di misure sostitutive, alternative, sospensive, estintive, tutte rimesse alla discrezionalità giudiziale.

Una dottrina penalistica ferma nel rivendicare il principio di *extrema ratio* e consapevole delle implicazioni del finalismo rieducativo dovrebbe, invece, promuovere una seria depenalizzazione e la previsione di pene principali – non sostitutive o alternative – diverse dal carcere. Altrimenti, essa si rende, in qualche misura, corresponsabile dell'ipertrofia penalistica della selettività ai danni di soggetti marginali e del sovraffollamento carcerario, con tutti i suoi effetti deleteri sulle persone detenute.

3.4. Un ulteriore ruolo significativo in rapporto alla prassi la dottrina penalistica può svolgerlo dialogando con l'esterno. Il confronto con gli 'addetti ai lavori' non universitari è prezioso, si verifica non insovente, in particolare in convegni e seminari, e va ulteriormente coltivato.

Non meno prezioso sarebbe il dialogo con la società, al di là della cerchia degli addetti ai lavori. Ciò, naturalmente, dipende anche dall'impe-

gno civile dei singoli: un impegno che può essere significativo per la diffusione della cultura penalistica. Su un piano generale, ormai è maturata la consapevolezza della necessità di un impegno dell'Università in relazione ai problemi del proprio territorio di appartenenza. E, al di là dell'impegno individuale, sicuramente può essere utile, sul piano della promozione della cultura penalistica, un contributo di organizzazioni quale la nostra Associazione italiana dei professori di diritto penale nel dialogo con le istituzioni e con la società mediante i mezzi di comunicazione.

Certamente, il pluralismo – sale della democrazia – che caratterizza gli orientamenti ideali e politico-criminali degli studiosi fa sì che l'Associazione non possa esprimere punti di vista che non siano ampiamente condivisi in dottrina. Tuttavia, l'Associazione non dovrebbe tacere quando, ad esempio, si assiste ad una continua normazione emergenziale in tema di sicurezza, sovente in forma di decretazione d'urgenza; quando vengono introdotte nuove incriminazioni spropositate per tecnica legislativa e contenuti, come è avvenuto ad esempio in occasione del decreto c.d. anti-*rave*; quando si decide di 'trattenere amministrativamente' fino a un anno e mezzo, in condizioni di detenzione peggiori che nelle carceri italiane, migranti che hanno il solo grave torto di fuggire da gravi violazioni dei diritti umani o dalla miseria; quando si estende al di là di ogni compatibilità con la Costituzione e la CEDU la legittima difesa domiciliare, ed in altre ipotesi di violazione eclatante dei principi che riguardano 'i delitti e le pene'. Tacendo, essa abdica al proprio ruolo culturale, rassegnandosi ad una prassi distante dalle ragioni dell'essere umano.

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA

Fabio Coppola

Ricercatore di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno

1. PREMESSA

Con una recente sentenza, la Cassazione¹ ha rianimato il dibattito sull' (in)adempimento dell'obbligo motivazionale del giudice sulla misura di pena irrogata.

Nello caso di specie, gli imputati erano stati condannati per bancarotta fraudolenta distrattiva e per l'effetto venivano loro applicate le sanzioni accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per 10 anni.

Gli imputati proponevano ricorso per Cassazione, con il quale censuravano, tra le altre cose, la mancata applicazione della sentenza manipolativa della Corte costituzionale², con la quale si dichiarava illegittima la misura fissa di 10 anni delle sanzioni accessorie in questione, concedendo al giudice un decisivo margine di discrezionalità 'al ribasso', potendone determinare la durata "fino a 10 anni".

Con un diverso motivo, veniva dedotta altresì la violazione di legge, stante la sostanziale assenza di motivazione in ordine alle sanzioni irrogate.

Adottando un approccio condivisibile, la Cassazione affermava che *«non vi è dubbio che sia insindacabile, in sede di legittimità, il provvedimento del giudice del merito che, avvalendosi del proprio potere discrezionale, determini, in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., con specifica e adeguata motivazione, le pene accessorie fallimentari nella*

1 Cfr. Cass. pen. sez. V, 10.05.2022, n. 18444.

2 Cfr. Corte Cost., 05.12.2018, n. 222.

misura massima prevista dalla legge”. Tuttavia, “*la motivazione che ha confermato la misura decennale delle pene accessorie già inflitte in primo grado con il meccanismo automatico, vigente prima della dichiarazione di incostituzionalità pronunciata nel 2018, risulta svilire eccessivamente l’onere di commisurazione specifica della durata non più fissa delle pene stesse, peraltro collocate nel massimo limite previsto (...). Di talché è stato eluso l’obbligo motivazionale di individualizzazione delle predette pene accessorie fallimentari, ai sensi degli artt. 132 e 133 cod. pen.*».

Nell’annullare la sentenza di condanna, la Cassazione rinviava il processo a diversa sezione della Corte di Appello di Milano affinché determinasse la misura adeguata delle sanzioni accessorie fallimentari e ne specificasse le ragioni seguendo il seguente principio di diritto: «*la motivazione utile a sorreggere la valutazione della misura ‘costituzionale’ delle pene accessorie fallimentari non può essere solo ‘formale’, elusiva dell’obbligo di determinazione in concreto imposto al giudice sulla base dei criteri previsti dagli artt. 132 e 133 cod. pen., ma deve parametrarsi alla funzione preventiva ed interdittiva delle stesse, tenuto conto della gravità della condotta, nonché di tutti gli elementi fattuali indicativi della capacità a delinquere dell’agente, non potendo essere agganciata al mero richiamo aspecifico all’esistenza di precedenti penali*».

2. INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA

La sentenza in questione si apprezza per l’attenzione (e la censura specifica) riservata ad un tema solitamente sottratto alla lente dello studioso a causa dell’abusato ricorso a formule di stile e clausole stereotipate nella prassi commisurativa che rendono oscura la ‘formula’ dosimetrica utilizzata dal giudicante.

Nonostante, infatti, l’art. 132 c.p. stabilisca il preciso obbligo motivazionale sulle scelte riguardanti la misura di pena, in giurisprudenza si sono alternati tre diversi approcci, non tutti conformi alla perentorietà del dettato normativo³.

³ Cfr., per tutti, E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, CEDAM 1979, *passim*; Id., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in «RIDPP» (1991), 55 ss.; Id., *L’art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, «RIDPP» (1990), 398 ss.; G. Mannozi, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, CEDAM 1996, 7-8; Più recentemente, cfr. D. Arcellaschi, *Rassegna delle più recenti*

LO SVUOTAMENTO DELLA MOTIVAZIONE IN FORMULE STEREOTIPATE

Complice probabilmente l'impossibilità di dare veste esplicita ai fattori *extra*-giuridici che incidono nella scelta sanzionatoria⁴, anche a causa del disorientamento provocato dalle “*astronomiche pene edittali*”⁵ presenti nel codice penale, si è sviluppato un primo filone interpretativo, durato almeno fino al 1987, che ha riconosciuto nella motivazione sulla misura della pena una garanzia per il solo imputato, pertanto abdicabile laddove quest'ultimo abbia già goduto di “*un trattamento (sanzionatorio) sufficientemente 'benevolo'*”⁶.

Conseguentemente, si è ossidata una certa tolleranza verso motivazioni apodittiche, ridotte all'adozione di clausole di stile che fanno riferimento a concetti vaghi come “equità”, “giustizia”, “adeguatezza” e “congruità” della pena.

L'AVVICINAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA AI RICHIAMI DELLA DOTTRINA

La sentenza *Cass. Pen., 14 gennaio 1987, Cardile* ha il merito di avviare un orientamento in controtendenza con il passato, dove «*si mettono*

pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo, in «IP» (2015), 370 ss.

4 Sul punto, E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 66: «È vero che “ciò che non è afferrabile razionalmente, non può nemmeno essere partecipato”; *soltanto argomentazioni razionali possono essere espresse in motivazione. Ma da questo rilievo si dovrebbe trarre a nostro giudizio una conclusione opposta a quella avanzata dalla giurisprudenza: nell'obbligo per il giudice di indicare i motivi che giustificano le sue scelte discrezionali dovrebbe scorgersi piuttosto una preclusione contro l'irrompere di elementi irrazionali nella commisurazione della pena. Il fatto di dover espressamente rendere conto delle considerazioni svolte significa innanzitutto che il giudice deve chiarire a sé stesso i motivi delle proprie scelte; in questo modo egli dovrebbe essere indotto a una sorta di autodisciplina, così che l'irrazionale sia confinato in quelle sole zone della commisurazione della pena, nelle quali non sia possibile fondarsi su elementi di diversa natura*».

5 Cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 60. Volendo, per un'analisi degli spazi edittali presenti nel Codice penale per tipo di reato, cfr. F. Coppola, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di “valorizzazione” dal confronto con il Sentencing System inglese*, in «AP», 2018, 9 ss. e Id., *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Giappichelli 2022, 66 ss.

6 Cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 59. Nostra, invece, l'aggiunta tra parentesi.

a fuoco, con dovizia di argomentazioni e singolare grado di approfondimento, i temi della motivazione ex art. 132 c.p. e della natura della discrezionalità ex art. 133»⁷.

Partendo dalla constatazione della “concreta abrogazione per desuetudine” dell’obbligo di motivazione, la Cassazione riconosce espressamente nella motivazione lo strumento attraverso il quale il popolo può esercitare il controllo sull’esercizio della funzione giurisdizionale.

Si comincia pertanto a pretendere dai giudici di merito la valorizzazione, anche se per concisa esposizione, dei criteri oggettivi e soggettivi richiamati dall’art. 133 c.p.⁸.

LA SOLUZIONE *IBRIDA* DELL’ORIENTAMENTO MAGGIORITARIO

Tra le due opposte tendenze, si è sviluppato un orientamento ‘mediante’, che ha differenziato secondo un’ottica “ponderale”⁹ l’adempimento dell’obbligo di motivazione. Si ammette, infatti, un progressivo ‘allentamento’ del rigore argomentativo man mano che la pena si sposta verso il minimo edittale¹⁰. Viceversa, si richiede maggiore attenzione allorquando ci si avvicini al massimo edittale.

La sentenza richiamata in premessa sembra potersi collocare qui, nella misura in cui censura la carenza di motivazione delle sanzioni accessorie anche perché «collocate nel massimo limite previsto».

7 Cfr. E. Dolcini, *L’art. 133 c.p. al vaglio*, cit., 404.

8 Per le considerazioni di cui sopra, cfr. E. Dolcini, *op. ult. cit.*, 404-405; Id., *La commisurazione della pena*, cit., 59 ss.; Id., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 61-62.

9 Così D. Arcellaschi, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità*, cit.

10 Ed infatti, come riportato nella puntuale e interessante analisi di D. Arcellaschi, cit.: «la sentenza sez. VI, 04 luglio 2005, n. 38856, stabiliva che “In tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente quali tra i criteri, oggettivi o soggettivi, enunciati dall’articolo 133 c.p. siano stati ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio, dovendosi perciò escludere che sia sufficiente il ricorso a mere clausole di stile” (...) Ciò viene ribadito con la sentenza Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 44766, secondo la quale “La determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittali rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità qualora il giudice abbia adempiuto all’obbligo di motivazione, il quale, però si attenua nel caso in cui la misura sia applicata in misura media e, ancor di più, nel caso in cui la pena sia applicata in misura prossima al minimo(...)”. Quanto alla formula ponderale sopra elencata, l’Autore richiama da ultima la Cass. Pen., Sez. IV, 18 marzo 2014, n. 15428 che motiva: “la determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile nei casi in cui la pena sia applicata in misura media (...)”».

Soluzione che lascia intatto il problema di fondo, legato cioè alle ragioni per cui l'obbligo motivazionale venga di fatto disatteso.

Volendo approssimare alcune considerazioni critiche¹¹, possiamo anzitutto individuare nell'eccessivo *widening*¹² delle cornici edittali una delle ragioni per cui risulta difficile spiegare le ragioni su cui fonda la misura di pena. Quanto più l'impalcatura edittale è irrazionale, tanto più, per osmosi, la misura della pena in concreto sarà difficilmente ancorabile alla fisiologica opera di individualizzazione al caso concreto¹³. A ciò si aggiunge la discussione, sempre vivace, sulla finalità della pena, che non permette di orientare in un solo senso la bussola sanzionatoria¹⁴.

In secondo luogo, incidono i tempi riservati alla riflessione sulla pena. Come noto, diversamente da alcuni sistemi di *common law*¹⁵, non è previsto nella nostra dialettica processuale un momento riservato al contraddittorio sulla misura di pena. L'unica eccezione riguarda l'udienza di *sentencing* per le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, di recente introdotta dalla c.d. riforma Cartabia. Peraltro, al giudice viene richiesto di esprimersi immediatamente dopo la discussione delle parti sulla colpevolezza dell'imputato e, in caso di condanna, individuare nel dispositivo il corretto dosaggio di pena.

Pertanto, buona parte del tempo in camera di consiglio sarà dedicato alla, sempre sofferta, decisione nel merito dell'imputazione.

Consumata buona parte dell'energia fisica e mentale per fornire una risposta motivabile sulla colpevolezza dell'imputato, è possibile che il giudice, nella determinazione del *quantum* di pena, si lasci guidare dall'esperienza o dall'intuizione¹⁶.

11 Per una disamina più compiuta sui problemi della commisurazione, rimandiamo, tra gli altri, all'autorevole ricostruzione di L. Monaco, C.E. Paliero, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, in «RIDPP» (1994), 422 ss.

12 Il termine lo dobbiamo a G. Mannozi, *Are Guided Sentencing and Sentence Bargaining Incompatible? Perspectives of Reform in the Italian Legal System*, in C. Tata, N. Hutton (Edd.), *Sentencing and Society. International Perspective*, Ashgate Publishing 2002, 110-123. In argomento, cfr. anche D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in «www.penalecontemporaneo.it» (13.02.2017), 8-9.

13 Sul mutamento del concetto di individualizzazione della pena in seguito alla c.d. riforma Cartabia, cfr. M. Venturoli, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in D. Castronuovo, D. Negri (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Jovene 2023, 581 ss.

14 Tra gli altri, si rimanda alle profonde riflessioni di L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene 1984, 3 ss.

15 Ad esempio, il *Sentencing System* in Inghilterra e Galles.

16 Problema sul quale si interrogava già G. Vassalli, *Il potere discrezionale del giudice nella com-*

Infine, l'impossibilità di valorizzare in motivazione fattori diversi, ma in concreto decisivi, da quelli impressi nell'art. 133 c.p., ha disallineato teoria e prassi della commisurazione.

Ci spieghiamo meglio.

Come affermava indimenticata dottrina, nel sistema frammentato di commisurazione della pena il giudice terrà conto delle relazioni tra *quantum* di pena e gli istituti che ne regolano l'esecuzione. Inciderà, ad esempio, la valutazione sulla sospensibilità della pena, la possibilità di sostituire la pena detentiva di breve durata o di accedere a forme di esecuzione alternative alla detenzione¹⁷.

Si tratta di aspetti non rientranti nel modello motivazionale delineato dagli artt. 132-133 c.p. eppure decisivi nella dosimetria sanzionatoria *in the practice*.

Non si può dunque escludere che il giudice decida in primo luogo sulla meritevolezza o meno della sospensibilità della pena nel caso concreto per poi ricondurvi il quantitativo che la renda o meno possibile, forzando così una razionalizzazione *ex post* dell'esito sanzionatorio.

Il ventaglio dei fattori non razionali (o non razionalizzabili) che incidono sull'obbligo motivazionale è sicuramente incompleto e variabile.

Ciononostante, la loro pervasività ha reso impenetrabile per lo studioso e l'operatore il mistero della dosimetria sanzionatoria.

Proveremo, dunque, di seguito a fornire alcuni possibili spunti per rivitalizzare lo studio della prassi commisurativa, avvalendoci delle potenzialità dell'IA.

3. LA POSSIBILE RISCOPERTA DELLA COMMISURAZIONE GRAZIE AI SISTEMI DI IA

Prima di passare a una possibile 'cura' per il problema evidenziato, dobbiamo partire da una premessa: al giudice non viene richiesto di mo-

misurazione della pena, in AA.VV., *Conferenze – Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari (10 maggio- 27 giugno 1957)*, Tomo II, Giuffrè 1958, 1315.

17 In tal senso, A.M. Stile, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in M.C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli, 1945-1990, Vol. I*, Giuffrè 1991, 288. Sul tema, autorevolmente, anche T. Padovani, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in «RIDPP» (1992), 419-452.

tivare in ordine a *tutte* le componenti (razionali e non) della decisione sul *quantum* di pena, bensì rispetto ai criteri normativi fissati dall'art. 133 c.p.

I parametri della gravità del fatto e della capacità a delinquere del reo devono dunque essere valorizzati in modo specifico nelle motivazioni.

Affinché ciò avvenga, permangono a nostro avviso due ostacoli.

Il primo: i criteri normativi risultano (opportunamente) generici e slegati da referenti empirici per singolo reato o gruppo di reati.

Il secondo: le cornici edittali, oggetto di continui *lifting* al rialzo per esigenze spesso simboliche e di *Realpolitik*¹⁸, non riescono più a proiettare in termini sanzionatori il disvalore del fatto.

Di conseguenza, risulta comprensibilmente difficile per il giudice collocare nelle ampie distese edittali il caso oggetto di giudizio, se non operando per intuito, anche a causa dell'indisponibilità di un referente statistico-comparativo derivante dalla prassi giudiziaria.

Pertanto, occorrerebbe in primo luogo ripensare alle strategie di intervento sull'impalcatura edittale dei reati¹⁹.

Da una diversa angolazione, di recente è stato effettuato un rinnovato bilancio *benefit-cost* sull'opportunità di introdurre un modello bifasico della commisurazione, affidando cioè a un diverso giudice "delle pene" la quantificazione del trattamento sanzionatorio dopo il giudizio di colpevolezza effettuato dal giudice della cognizione²⁰.

18 Senza pretesa di completezza, cfr. D. Brunelli, *Introduzione ad un Confronto di idee su: "Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza"*, in «AP» (2019), 1-3; Id., *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno a minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in «AP» online (09.05.2018), 111-126; A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in «AP» (2018), 1-12; Id., *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in «AP» (2016); S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, 2011, *passim*; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in «RIDPP» (2014), 1693-1722.

19 Di recente, si segnalano per pregio e interesse le riflessioni di D. Brunelli, *Dall'equità commisurativa all'equità nell'esonazione da pena per fatto tenue*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè 2018, 282-287, il quale condivisibilmente propone l'abolizione dei minimi edittali o una forbice edittale "meramente indicativa" (che secondo noi andrebbe comunque orientata nell'approccio pratico) e di C.E. Paliero, *Il Mercato della Penalità*, Giappichelli 2021, 64-68, il quale individua una "formula" da seguire nelle scelte di criminalizzazione e per il controllo di razionalità delle stesse.

20 Cfr. E.A. A. Dei Cas, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo evocato*, in «AP» (2022), in part. 48-56.

Consapevoli della difficoltà di interventi così impegnativi o, comunque, divisivi²¹, vogliamo proporre una prospettiva diversa, anche se non necessariamente alternativa, che strizza l'occhio al *self-help* della magistratura per fare luce sulle oscure ragioni sottese alle scelte sanzionatorie²².

Nel farlo, scomodiamo le potenzialità dell'intelligenza artificiale.

In particolare, ci riferiamo alla intelligenza artificiale c.d. debole, ossia assoggettata agli *input* dell'uomo e incapace, per precisa volontà in sede di programmazione, di generare in maniera autonoma risposte originali. In altre parole, vogliamo sfruttare esclusivamente la capacità dell'IA di raccogliere e catalogare una massiccia mole dati e di ricercarli, al momento opportuno, in modo decisamente più veloce di quanto possa fare l'uomo.

Dal punto di vista contenutistico, invece, intendiamo sfruttare la *capacità narrativa* delle sentenze emesse dal giudice-uomo, che meglio si presta a cogliere le sfumature più sottili dei casi oggetto di giudizio grazie alla ineliminabile componente empatica e intuitiva dell'uomo. È in ciò che, come vedremo, si concretizza il *self-help* della magistratura giudicante.

Questa premessa ci consente di fare nostri gli auspici della *Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti*, che richiamano ad un uso giudiziario dei sistemi di IA in qualità di *assistente* alla decisione del giudice, con una vocazione meramente *informativa* e senza *mai costringere* il giudice verso un determinato esito²³.

In questi termini, riteniamo che un algoritmico commisurativo possa rivitalizzare la prassi e lo studio della commisurazione della pena.

In una diversa sede, abbiamo teorizzato “Ex-Aequo”, l'algoritmo commisurativo a supporto dei giudici per una scelta sanzionatoria più trasparente, uniforme nell'approccio, e *convenzionalmente* proporzionata²⁴.

21 Anche la recente riforma “Cartabia”, nell'intervenire sul sistema sanzionatorio con prospettive realmente innovative, non prevede la revisione globale delle soglie edittali. Rispetto alla possibilità di introdurre il modello bifasico, la stessa Autrice (E.A. A. Dei Cas) ricorda la disfatta dei disegni di legge proposti in tal senso.

22 Concetto già richiamato da M. Caterini, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in «GP» (2012), 105.

23 Cfr. *CEPEJ (Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi)*, 03.12.2018, 66.

Consultabile all'indirizzo: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

24 Per ogni approfondimento, anche con riferimento alla letteratura richiamata, sia consentito rimandare a F. Coppola, *Commisurazione della pena e intelligenza artificiale: una ipotesi di lavoro*

L'idea di fondo è quella di fornire ai giudici e, per quanto qui d'interesse, allo studioso una informazione maggiormente dettagliata rispetto allo stato dell'arte della prassi commisurativa. Ciò, nella nostra prospettiva, renderebbe i giudici finalmente consapevoli – e dunque sensibili – delle variabili valorizzate in casi precedenti per finalità dosimetriche e di quelle eventualmente inedite che caratterizzano il caso oggetto di giudizio. Si consentirebbe altresì allo studioso della prassi commisurativa di scrutare le ragioni sottese alla misura di pena.

Per raggiungere l'obiettivo, abbiamo immaginato un percorso a *step*. Occorre anzitutto digitalizzare la prassi commisurativa e addestrare l'algoritmo alla ricerca dei dati digital-giudiziari. Esigenze di trasparenza pretenderebbero che la provenienza dei dati, ferme le prerogative dovute alla *privacy*, sia verificabile dal giudice, dal difensore e dallo studioso.

Se la 'ricetta' appare banale nell'impostazione, l'operazione di *collecting data* e relativa digitalizzazione è tutt'altro che semplice, stante la necessaria vocazione nazionale di un algoritmo commisurativo e l'assenza, allo stato, di un bacino di livello nazionale della prassi commisurativa.

Per tale motivo, abbiamo immaginato una esecuzione della raccolta dati in due fasi, di cui la seconda 'scommettendo' sul prezioso supporto della magistratura.

La prima fase di *start-up* si realizza con una estrazione manuale dei dati su base locale ristretta, ad esempio distrettuale. Dalla lettura delle motivazioni delle sentenze di condanna passate in giudicato nel distretto giudiziario in considerazione è possibile estrapolare le variabili che il giudice ha ritenuto rilevanti per la decisione e la misura di pena irrogata. Per soddisfare le nostre esigenze, è fondamentale che le circostanze del caso presenti nella motivazione siano digitalizzate in maniera *narrativa* e non per *key words*, così da permettere a chi le esamina di percepire tutte le sfumature del caso concreto. L'utilizzo di parole chiave, invece, rischia di standardizzare eccessivamente il dato e la sua ricerca, svilendo le esigenze di individualizzazione della pena e lo scopo informativo del supporto algoritmico immaginato.

A questo punto, avremo a disposizione un *set* di dati giudiziari correlati tra di loro (circostanze del caso e pena irrogata) su base distrettuale, digitalizzati e 'digeriti' dal nostro algoritmico, pronto a proiettarli su richiesta.

Si può dunque passare alla fase di sperimentazione, contando sul supporto dei giudici. La nostra idea è quella di stimolare la ‘resistenza’ dei giudici a subire passivamente i suggerimenti dell’algoritmo e stimolare la loro volontà di insegnare alla macchina i segreti della commisurazione.

Orbene, il contenitore algoritmico dei dati provenienti dalla prassi giudiziaria può fornire al giudice un utile prospetto circa l’idea convenzionale di proporzionalità della pena su base statistica, espressa in un ristretto *range* edittale per un determinato compendio di variabili.

Facciamo un esempio: può accadere che il reato di violenza sessuale, che prevede una cornice edittale di 6-12 anni di reclusione diminuibile nei casi di minore gravità fino ai due terzi, perpetrato da un imputato incensurato ai danni di una persona offesa coetanea tramite la c.d. palpeggiata sia nel 90% dei casi sanzionato con una pena che si aggira nel *range* 2-3 anni di reclusione.

Questo dato è a disposizione di ogni giudice che, interloquendo con “Ex-Aequo” nella camera di consiglio, descriva le variabili del proprio caso e verifichi istantaneamente quale *range* di pena viene statisticamente riconosciuto a quella tipologia di casi. In questo modo, se è vero che ogni caso è simile ad un altro, ma nessun caso è perfettamente uguale ad un altro, il giudice può convincersi dell’idea sanzionatoria che, spesso in modo intuitivo, si è fatto oppure modificarla anche in ragione del confronto statistico con la prassi commisurativa evidenziata.

Potrebbe infatti accadere che il caso oggetto di giudizio presenti delle sfumature ulteriori o diverse dalla statistica sanzionatoria mostrata da “Ex-Aequo”. In questo caso, il giudice dovrà valorizzare in termini sanzionatori l’originalità del proprio caso, giungendo auspicabilmente a esiti sanzionatori inediti o comunque meno standardizzati. Ad esempio, potrà determinarsi per *tot.* mesi di detenzione in più o in meno rispetto alla prassi per differenziare il proprio caso, senza farsi attrarre da numeri ‘tondi’ e dosaggi ‘forfettari’ (1 anno, 2 anni, 2 anni e 6 mesi di reclusione etc.).

Una volta decisa la misura di pena adeguata e le variabili che l’hanno ispirata, al giudice viene chiesto di inserire nell’algoritmo le variabili considerate nell’opera di dosimetria sanzionatoria.

In tal modo, è lo stesso giudice, mediante il proprio convincimento all’esito del confronto con i precedenti giudiziari, ad arricchire di nuovi dati il database dell’algoritmo, insegnandogli il ‘mestiere’ della commisurazione.

In questa fase di sperimentazione è dunque la magistratura ad arricchire i dati a disposizione di “Ex-Aequo”, facendogli travalicare, man

mano che i giudici utilizzano l'algoritmo, i confini del distretto fino ad una proiezione nazionale delle statistiche e senza i gravosi sforzi di estrazione manuale e *a posteriori*.

Certo, occorreranno giudicanti volenterosi di utilizzare "Ex-Aequo". Si ritiene tuttavia che l'estrema utilità di avere agilmente a disposizione un affresco comparativo sulla prassi commisurativa (prima nel distretto di competenza e poi su tutto il territorio nazionale), la libertà lasciata al giudice di non tenere conto del dato offerto dall'algoritmo, unitamente alla possibilità di essere protagonisti dell'addestramento della macchina, siano le componenti in grado di rendere appetibile "Ex-Aequo" alla magistratura.

Infine, veniamo ai vantaggi per lo studioso.

Se "Ex-Aequo" dovesse far breccia nelle aule di Giustizia, ne beneficerebbe l'onere motivazionale sulla misura di pena e di conseguenza le possibilità di indagine per lo studioso. Quando, infatti, il giudice deve ricercare nell'algoritmo le variabili rilevanti per scoprire come sono stati 'trattati' in passato casi simili, non sta facendo altro che chiarire a sé stesso le ragioni della propria scelta sanzionatoria, che può agilmente ripercorrere in motivazione per renderle evidenti all'esterno. Anche quando istruisce "Ex-Aequo" con le circostanze inedite per le quali decide di irrogare una pena diversa da quella suggerita, arricchisce di ulteriori dettagli le variabili da inserire in motivazione. Di tutto ciò può trarre notevole beneficio lo studioso della commisurazione della pena. Certo, è possibile che si verifichino delle distorsioni, quali l'appiattimento su quanto deciso in precedenza, il rafforzamento di *bias* decisionali o, addirittura, di discriminazioni sanzionatorie.

È proprio qui che emerge con forza il rinnovato ruolo del difensore e dello studioso. Il primo, accedendo ai dati, potrà sindacare nelle sedi giudiziarie lo *iato* sanzionatorio privo di una base motivazionale giuridicamente rilevante e pertanto irrazionale. Allo stesso modo, lo studioso potrà scoprire i *vulnera* della commisurazione della pena e censurare in modo più puntuale una prassi distorta, riaccendendo così la luce accademica sulle scelte di dosimetria sanzionatoria.

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE

Dallo 'stallo alla messicana' ad una necessaria alleanza

Stefano Fiore

Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi del Molise

Le brevissime osservazioni che seguono, attraverso le quali intendo essenzialmente rendere tangibile il mio partecipe interesse alla discussione su di un tema che possiamo senz'altro definire 'fondativo', richiedono due precisazioni preliminari.

La prima è di tipo terminologico. Nelle righe che seguono, infatti, i vocaboli ai quali viene affidato il compito di fornire la traccia per la discussione saranno intesi nel senso limitato e, se volete, tradizionale, che identifica la *teoria* con il lavoro della dottrina e la *prassi* con l'attività dello *ius dicere* affidato alla magistratura. È un taglio prospettico dichiaratamente parziale rispetto alla vastità delle possibili declinazioni della tematica nella quale ci collochiamo, ma funzionale alla rappresentazione – pur solo accennata – di una specifica dinamica sulla quale intendo fermare la mia attenzione.

Entrambi i termini, come invero già emerso, possono infatti essere rispettivamente intesi in un senso più complesso e, per così dire, più fluido, che ad esempio consente di assegnare le disposizioni legislative alla *teoria*, almeno fino a quando esse non si 'fanno norme', proprio attraverso il contatto con la *prassi*; così come, al contrario, potrebbe essere ritenuto quanto meno discutibile includere nella *prassi* l'approccio generalizzante e 'per principi' che caratterizza la – sempre più ingombrante – funzione nomofilattica delle Sezioni Unite.

Vorrei, in secondo luogo, esprimere la mia preferenza per l'uso di una formula che, nel descrivere la relazione di cui ci occupiamo, anteponga la prassi alla teoria. Ciò non ha ovviamente niente a che fare con pretese gerarchie, ma semmai con il dato che vede la prassi, intesa nella sua accezione più ampia, (pre)definire il campo reale entro il quale si svolge la riflessione teorica.

Proprio per questa ragione, la 'provocazione' proposta in questo incontro di studi, che sollecita a riflettere sulle conseguenze di una prassi sen-

za teoria e, viceversa, sul senso di una teoria senza prassi, assume, credo, il tono di un esorcismo.

Perché, a prescindere dalla varietà delle possibili declinazioni del tema, quel che emerge chiaramente dalle relazioni e dagli interventi di questi giorni è la conferma che solo collocandosi alla confluenza tra quelle due dimensioni è possibile osservare ‘come’ funziona il sistema e coglierne la parte vitale, costituita dagli esiti dell’inevitabile dialogo tra formanti.

Quel punto di osservazione, privilegiato e complesso, restituisce dunque una immagine che non può essere elaborata attraverso un approccio meramente descrittivo e, allo stesso tempo, non si presta ad essere oggetto di speculazioni che ne ignorano la ‘forma’ reale.

Il duplice obiettivo è, da un lato, scardinare la comoda e pericolosa convinzione, che in una certa misura bisogna rassegnarsi al metamorfico e imprevedibile spettacolo di regole costruite e incessantemente ri-costruite dalla prassi, a volte ad uso e consumo del singolo caso concreto; dall’altro, provare a evitare che il funzionamento del sistema sia affidato ad un normativismo statico e conservativo, che allestisce attorno alle norme un cordone sanitario di principi formali per renderlo immune alla realtà.

Inoltre, proprio dalla elaborazione degli esiti o dei mancati esiti di una interazione virtuosa e consapevole tra prassi e teoria dipende, in misura non marginale, anche la capacità del sistema di rinnovarsi. Solo cercando in quel materiale ‘vivo’, che la prassi ha selezionato e la teoria ha il compito di analizzare, decodificare, sistematizzare, il legislatore può trovare gli insostituibili *feedback* necessari per misurare l’adeguatezza del proprio lavoro; ed è sempre in quel campo, delimitato dalla prassi, che la elaborazione teorica può accendere *alert* (il più delle volte ignorati) sulla sostenibilità delle latitanze legislative ed i limiti del lavoro interpretativo.

Il ‘circuitto tripolare’ che connette prassi, teoria e legislazione dovrebbe dunque essere mantenuto sempre attivo, per alimentare, grazie alla naturale alleanza cooperativa dei tre protagonisti necessari, non solo il funzionamento del sistema, ma anche la sua capacità di riformarsi.

Questo in teoria, perché in pratica, almeno se ci riferiamo al nostro ordinamento, quel che accade sembra essere tutt’altro.

A tale proposito mi ha molto colpito, per la sua efficacia, il passaggio della relazione di Luis Greco, nel quale, riferendosi all’esperienza tedesca, che pure da questo punto di vista è certamente più virtuosa della nostra, è stato sottolineato come gli spazi che la giurisprudenza ‘concede’ alla dottrina, in generale, sono inversamente proporzionali alla disponibi-

lità di precedenti giurisprudenziali e direttamente proporzionali alla novità delle norme (o anche dei casi) che vengono in questione, salvo che non si tratti di cercare nelle opinioni della dottrina sponde funzionali a supportare sul piano argomentativo un mutamento negli orientamenti interpretativi.

Difficile negare che le cose stiano effettivamente così e questo stato delle cose non può essere considerato soddisfacente, soprattutto perché conferma un'attitudine, se non proprio autoreferenziale, quanto meno autoriflessiva della giurisprudenza.

Ma è 'colpa' di qualcuno? La teoria non vuole o non sa dialogare con la prassi? La prassi non vuole o non sa ascoltare quello che la teoria ha da dire? Il legislatore somma i difetti e *non vede, non parla e non sente*, come le tre scimmiette della nota immagine?

Non c'è dubbio che ciascuno dei citati fattori concorra a spiegare, in combinazione con gli altri e in proporzioni variabili, lo stato (deficitario) dei rapporti tra prassi e teoria e non è difficile, purtroppo, trovare riscontri osservando gli andamenti reali del sistema penale, ma forse le cose stanno addirittura peggio di quel che appare.

I nostri protagonisti (giurisprudenza - dottrina - legislatore), troppo spesso, infatti, si dispongono a comporre – almeno a me così sembra – una triangolazione dagli esiti opposti rispetto a quelli prodotti dalla versione cooperante e virtuosa di questa relazione tripolare che ho prima proposto.

La immagine che più si presta a rappresentare la situazione che intendo descrivere è probabilmente lo 'stallo alla messicana', utilizzata in iconiche scene cinematografiche di grande efficacia visiva. Si tratta della situazione nella quale due o più persone (solitamente tre) si tengono sotto tiro a vicenda con delle armi, in modo che nessuno possa attaccare un avversario senza essere a propria volta attaccato. La sua peculiare attitudine evocativa consente senza dubbio di definirla un '*trope*', vale dire «*un'immagine universalmente identificata, intrisa di diversi strati di significato contestuale che creano una nuova metafora visiva*»¹.

Sono consapevole che ci è stato proposto di esaminare una relazione di tipo binario (prassi/teoria) ma, a parte le fluidità definitorie che in esordio ho ricordato, lo stallo che intendo descrivere dipende in realtà proprio dalla presenza sulla scena di un terzo agente 'necessario', vale a dire il legislatore, il quale, ad essere sinceri, sembra trovarsi particolarmente a proprio agio nelle situazioni di stallo.

1 M. Rizzo, *The Art Direction Handbook for Film*, Focal Press. 2014, 513

Il mancato superamento delle ricorrenti, emergenti e riemergenti criticità del sistema penale, non solo è descrivibile in molti casi proprio come uno stallo, ma trova in esso la sua causa, impedendo ai protagonisti, inchiodati alla loro posizione, di muoversi nelle direzioni necessarie a far funzionare il sistema, che rimane così in una sorta di stato di sospensione, lasciando nel frattempo lievitare i problemi.

Sarebbe invero semplicistico e anche ipocrita imputare lo stallo solo o prevalentemente ad una scarsa capacità di comunicazione (o scarsa disponibilità alla comunicazione) tra teoria e prassi oppure alle incomprensioni reciproche dovute all'uso di linguaggi diversi, che a volte segnalano anche 'culture' non omogenee. Ancora una volta non si può negare che si tratti di concause e neppure possiamo sottovalutare le responsabilità di chi svolge funzioni formative, chiamando in causa in maniera diretta anche la scienza penalistica e l'istruzione universitaria. Tuttavia, pur senza disconoscere l'esistenza di co-responsabilità, l'origine dello stallo il più delle volte credo sia da ricercare nel vertice del triangolo dove si colloca il legislatore.

La prima 'arma' che compare sulla scena, inducendo gli altri ad estrarre la propria, è infatti la scadente qualità e a volte l'assenza dei prodotti legislativi (sostanziali e processuali), che tra i suoi effetti ha anche quello di tagliare fuori o almeno di scoraggiare la elaborazione teorica.

La giurisprudenza si trova infatti 'costretta' ad utilizzare strumenti normativi, che la dottrina ha enormi difficoltà ad assumere come oggetto di elaborazione. La scarsa qualità della legislazione, a volte priva perfino del necessario decoro formale, impone alla prassi forzature applicative che difficilmente riescono ad ottenere un avallo scientifico, ma che vengono comunque adottate perché *'in qualche modo bisogna pur fare'*.

Queste forzature inevitabilmente favoriscono, nel rapporto tra prassi e teoria, il diffondersi della diffidenza reciproca, inducono alla rivendicazione della preminenza di uno specifico punto di vista, all'esercizio di un certo grado di autoreferenzialità e alla conseguente scelta deliberata di utilizzare grammatiche non comuni o non abbastanza comuni che ovviamente non favoriscono il dialogo. Sono proprio queste le armi che, reciprocamente puntate, mettono il sistema in stallo.

Per provare a chiarire il tipo di meccanismo che conduce allo stallo, propongo un esempio che può essere considerato in qualche modo paradigmatico.

Mi riferisco agli sforzi della giurisprudenza – comprensibili e per certi versi encomiabili – volti a fornire ad alcune fattispecie una base ap-

plicativa della quale altrimenti sarebbero prive, per la difficoltà di far corrispondere i fatti concreti alle imprecise, lacunose e ondivaghe descrizioni normative. Molte incriminazioni condannate alla ineffettività, vengono infatti rivitalizzate grazie all'opera di tassativizzazione, non di rado creativa, svolta dalla giurisprudenza. In mancanza di quest'opera, più che ad un uso incontrollato di certe norme incriminatrici, ci troveremmo probabilmente più spesso di fronte alla pratica impossibilità di una loro concreta applicazione, proprio per la inaffidabilità descrittiva del tipo astratto.

Se invece la prassi, magari fidandosi della dottrina, certificasse con più costanza e meno esitazioni la impraticabilità di soluzioni ermeneutiche dichiaratamente adottate per 'necessità', ma disallineate rispetto ai principi, forse così facendo riattiverebbe il circuito entrato in stallo, inducendo il legislatore, al limite con l'aiuto della Corte costituzionale, a trarre da ciò le dovute conseguenze. Il più delle volte però non è questo quel che accade e le forzature della prassi, che forse sbloccano i meccanismi giudiziari nel limitato orizzonte processuale, consolidano lo stallo del sistema nel suo complesso.

Nella dimensione compresa tra teoria e prassi dove il diritto penale, attraverso l'incessante dialogo tra formanti, dovrebbe assumere la sua forma reale, lo stallo è dunque una condizione non solo disfunzionale ma addirittura paradossale.

Sono tuttavia gli stessi artefici dello stallo che devono rimuoverlo e rovesciando completamente lo scenario, (tornare a) stringere tra loro la naturale alleanza che consentirebbe finalmente di indirizzare gli sforzi comuni verso obiettivi di sistema chiari, coerenti e condivisi

Oggi questo auspicio probabilmente suona eccessivamente ottimistico, se non illusorio, ma la memoria cinematografica ci ricorda che nello stallo alla messicana quando la ragionevolezza non prevale e le armi non vengono riposte, gli esiti sono in genere drammatici.

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE

Gabriele Fornasari

Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Trento

Non esiste cultore del diritto penale che non si sia dovuto occupare a qualche titolo della vessata questione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Anche nella remota eventualità di non averne trattato nell'ambito della propria attività di ricerca – remota perché si tratta sì di un tema di parte generale, che però condiziona anche una quantità di situazioni che ineriscono alla parte speciale –, il penalista non può esimersi dall'informarsi sul punto al fine di prendere una posizione in vista della necessità di spiegare agli studenti che cosa sia in gioco su quella delicata e controversa linea di confine.

Ma qui cominciano i problemi.

Chi si è impegnato a fare una rassegna di tutte le teorie che si sono succedute e che sono tuttora presenti sul campo, per non parlare delle sottoteorie che da esse sono germinate, ha ben presto perso il conto, arrendendosi di fronte al loro inarrestabile profluvio, determinato anche dal fatto che molto spesso schemi teorici eleganti e ben costruiti finiscono per essere messi in discussione dalla complessità dei dati del reale.

Ciò non toglie che nel mucchio si possano individuare concezioni più appaganti ed altre meno appaganti, ma il punto dolente è che anche le più raffinate sono in grado di spiegare molte situazioni, ma non tutte, e in modo più o meno evidente tutte sono costrette a piegare le categorie del dolo e della colpa a seconda delle proprie esigenze.

Per intenderci, chi sposta maggiormente l'asse verso la valorizzazione del dolo eventuale non può non tendere a svalutarne fortemente l'aspetto volitivo a vantaggio di quello rappresentativo, mentre chi, volendo difendere l'idea del dolo come volontà, sposta l'asse verso la valorizzazione della colpa cosciente, finisce talvolta per assegnare all'ambito della colpa situazioni che non è agevole qualificare come mere violazioni di regole cautelari.

Certo, in molti casi il confine può apparire chiaro, ed è confortante rifarsi ai vecchi esempi manualistici del dolo eventuale esemplificato dal caso del soggetto che colloca una bomba in una piazza cittadina a scopo di protesta accettando il rischio che l'esplosione provochi la morte di qualche passante e della colpa cosciente esemplificata dall'indimenticabile caso del lanciatore di coltelli del circo, che traccia con i coltelli il profilo della sua partner e che invece non accetta il rischio di colpirla con uno di essi.

Allo stesso modo, è confortante rifarsi al rassicurante modello teorico che fonda questo quadro esemplificativo, ovvero quello dell'accettazione del rischio, o dell'indifferenza, che a sua volta caratterizza gran parte della manualistica, e non soltanto italiana.

Vero è che da questa base concettuale piuttosto semplificata si dipartono poi modelli teorici più sofisticati, che però, in un modo o nell'altro, non escono mai del tutto da quegli argini, limitandosi a specificare meglio aspetti che concernono di volta in volta determinate caratteristiche soggettive dell'autore, le modalità con cui ha cercato di schermare il rischio o le conoscenze causali di cui disponeva.

Come anticipato, a mettere sotto stress questo impianto concettuale vi è il fatto che talvolta le circostanze concrete in cui i fatti penalmente illeciti vengono realizzati non sembrano agevolmente collocabili nelle caselle categoriali elaborate dalla dottrina tradizionale.

Il problema poi è acuito dal fatto che il terreno di elezione del dibattito sul confine tra dolo eventuale e colpa cosciente – e non solo sul piano teorico ma anche e soprattutto sul piano delle evenienze concrete – è costituito da casi di omicidio, ciò che rende la questione drammatica, perché, nel nostro come nella maggior parte degli ordinamenti penali, tra la soglia massima della pena prevista per l'omicidio colposo e la soglia minima prevista per quello doloso vi è un'autentica voragine.

Nel caso italiano, per esempio, a fronte di un massimo per la colpa che è di sei anni e otto mesi tenendo conto dell'aggravante dell'art. 61 n. 3 c.p. (peraltro non applicabile in tutti i casi in quanto bilanciabile con eventuali attenuanti per il meccanismo dell'art. 69 c.p.), abbiamo un minimo per il dolo che è di ventuno anni, dunque il giudice, quando si trova a dover optare per una soluzione o per l'altra, non è chiamato solo ad operare una corretta scelta dogmatica in ordine alla qualificazione del fatto sul piano soggettivo, ma deve prendere una decisione che comporta enormi conseguenze sulla libertà dell'imputato, potendosi in astratto differenziare il suo trattamento sanzionatorio, a seconda della

scelta fatta, di qualcosa come quattordici anni e quattro mesi di reclusione, come minimo.

Alcune recenti costellazioni di casi hanno posto la questione in tutta la sua complessità.

L'elenco non sarebbe breve, sicché mi limiterò a prendere spunto da due vicende giudiziarie che ben rappresentano quale sia la posta in gioco.

Il "caso Lucini" riguardava un soggetto che aveva contratto il virus Hiv, ma non lo aveva mai comunicato alla giovane moglie, con la quale intratteneva i normali rapporti sessuali di una coppia giovane e, a quanto risulta dagli atti, affiatata, mentre continuava a curarsi in una struttura sanitaria di una città diversa a sua insaputa.

Ma, mentre la sua malattia regrediva, a un certo punto fu proprio la moglie ad ammalarsi gravemente avendo contratto anch'essa lo stesso virus, a causa del quale trovò in poco tempo la morte.

Gli accertamenti processuali convinsero il giudice di prime cure dell'esistenza della relazione causale tra i rapporti sessuali che erano intercorsi all'interno della coppia, ritenendosi che si potessero escludere tutti i possibili fattori causali alternativi, ovvero eventuali rapporti sessuali con uomini diversi dal marito oppure contatti ematici dovuti a trasfusioni o ad altre cause.

Sicché, il problema da risolvere per stabilire i termini della condanna da infliggere all'imputato era quello della qualificazione dell'omicidio a lui ascrivibile sul piano dell'elemento psicologico, trattandosi indubbiamente di un caso collocabile proprio sulla linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Non diversamente si presentava il problema nell'ancor più famoso e dibattuto caso ThyssenKrupp.

Qui si trattava di decidere circa la responsabilità dell'amministratore delegato e dei membri del Consiglio di Amministrazione della ben nota azienda multinazionale, accusati di avere dismesso e/o non aggiornato impianti di sicurezza la cui corretta predisposizione avrebbe potuto scongiurare il tragico evento della morte di alcuni operai, bruciati vivi durante la loro attività lavorativa senza che fosse possibile ai loro compagni, proprio a causa di tali carenze precauzionali, portare loro i necessari soccorsi.

Ho citato queste due drammatiche vicende, che hanno dato luogo a processi molto controversi, perché mi pare che diano un'adeguata testimonianza della difficoltà di risolvere casi di confine tra dolo e colpa con il tradizionale strumentario dottrinale, ma anche e soprattutto di come in fondo

sia stata la giurisprudenza, ovvero la prassi, portando un omaggio solo formale alla risultanze dottrinali sul punto, a farsi carico dell'individuazione di soluzioni confacenti rispetto a obiettive esigenze di giustizia sostanziale.

Mi spiego.

La mia tesi è che la magistratura, con queste ed altre sentenze che sono state avallate dalla Corte di Cassazione, abbia avviato a soluzione vicende in relazione alle quali appaiono insoddisfacenti i classici connotati del dolo e della colpa attraverso l'individuazione, di fatto se non di diritto, di un *tertium genus* intermedio tra le due tradizionali attribuzioni dell'elemento psicologico del reato.

Beninteso, la giurisprudenza non ha introdotto – né poteva farlo, dato il principio di legalità – una nuova categoria giuridica non prevista dal codice penale, come invece una parte della dottrina ha suggerito ma in una prospettiva *de iure condendo*, attingendo almeno come tendenziale ispirazione a modelli tratti dallo studio comparatistico, come la *recklessness* anglosassone o la *mise en danger délibérée de la personne d'autrui* disciplinata dal codice penale francese.

Non lo ha fatto, certo, ma ha raggiunto in sostanza il medesimo risultato attraverso un accorto uso della modulazione sanzionatoria.

Per meglio motivare questa affermazione, è il caso di seguire l'andamento delle due vicende giudiziarie, sicuramente molto interessanti per le loro conclusioni, ma ancora di più per i passaggi non rettilinei, nell'ambito dei diversi gradi di giudizio, con cui sono stati raggiunti.

Il giudice monocratico del Tribunale di Cremona, nel decidere in prima istanza del caso Lucini, optò per la configurazione del delitto commesso come omicidio doloso, rifacendosi a uno strumentario teorico non lontano da quello esposto con eleganza ed efficacia in un lavoro monografico allora da poco pubblicato, proprio sul rapporto tra dolo eventuale e colpa cosciente, a firma di Stefano Canestrari¹.

La decisione di primo grado venne tuttavia ribaltata dalla Corte d'Appello di Brescia, che qualificò invece il fatto come omicidio colposo, alla luce di una configurazione del dolo tendente a privilegiarne l'aspetto squisitamente volitivo, facendo riferimento per esempio alla concezione espressa in un'altra opera dottrinale allora relativamente recente, ovvero il libro sul dolo come volontà pubblicato da Luciano Eusebi².

1 Si fa riferimento a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle fattispecie delittuose*, Giuffrè 1999, 1-350.

2 Si veda L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Morcelliana 1993, 1-228.

Chiamata in causa in ultima istanza, la Corte di cassazione confermò la decisione della Corte d'Appello.

Mentre tutto sommato può considerarsi fisiologico che nei diversi gradi di giudizio emerga una qualificazione giuridica differente di un determinato fatto – ivi compresa, come in questo caso, una modifica dell'inquadramento dell'elemento psicologico –, ciò che appare davvero interessante nello svolgimento di questa vicenda giudiziaria è il modo in cui i giudici che si sono succeduti nel trattarla hanno lavorato sul profilo della commisurazione della pena.

Astrattamente, infatti, la scelta di “derubricare” il fatto da omicidio doloso a omicidio colposo avrebbe dovuto portare con sé un abbattimento molto consistente del carico sanzionatorio per il condannato, alla luce dell'esistenza di quadri edittali che, come anticipato, determinano una pena minima della reclusione di ventuno anni per il primo delitto e una pena massima di sei anni e otto mesi per il secondo, inclusa l'aggravante della colpa con previsione.

Ma così non è stato del tutto, poiché, al momento di determinare in concreto la sanzione da infliggere, il Tribunale si è discostato di molto dai limiti edittali del dolo, nella direzione di una notevole mitigazione della pena, individuando nelle pieghe della legislazione ogni appiglio per ridurne la quantità, mentre la Corte d'Appello al contrario, è andata nella direzione di un forte inasprimento della pena per il fatto colposo – peraltro con una mitigazione dovuta all'applicazione di istituti processuali –, effettuando un'operazione di cernita volta ad individuare spunti normativi idonei ad aumentarne la quantità.

In entrambi i casi, sono stati valorizzati soprattutto profili legati alla figura dell'autore, che paradossalmente viene fatto apparire come un povero disgraziato in balia degli eventi laddove è intervenuta la condanna per dolo e invece un personaggio moralmente impresentabile quando si è scelto di imputargli un fatto colposo.

Non meno interessante, a questo riguardo, è la vicenda giudiziaria relativa al caso ThyssenKrupp.

Non tragga in inganno il fatto che qui la sentenza definitiva opta per un'imputazione colposa a carico di tutti gli imputati.

Ciò è vero, ma vi sono due elementi da tenere in attenta considerazione ai fini della valutazione di quanto qui trattato.

In primo luogo, esattamente come nel caso Lucini, la pena irrogata a tutti i condannati è notevolmente superiore al massimo edittale previsto

per l'omicidio colposo – anche in questo caso facendo leva, in modo pienamente legittimo, su tutte le potenzialità aggravanti offerte dalla legislazione –, evidentemente in ragione di una insoddisfazione per la prospettiva di assegnare una sanzione come quella prevista per la “sola” colpa, senza tuttavia voler configurare il dolo come elemento psicologico del fatto.

In secondo luogo, va notato come nel giudizio di merito espresso dalla Corte d'Appello di Torino si era inizialmente deciso di distinguere il titolo di responsabilità dell'amministratore delegato da quello degli altri imputati, attribuendo a quello un omicidio doloso, con dolo eventuale, e a questi un omicidio colposo, con colpa cosciente.

In questa sede, non interessano tanto le ragioni che hanno portato ad effettuare tale distinzione, fondata in sostanza sul maggior potere decisionale detenuto dall'amministratore delegato, ma un altro aspetto, che si lega, ancora una volta, alla determinazione in concreto della pena irrogata.

Infatti, è interessante segnalare che, ad onta del fatto che, come già ricordato, vi sia nel codice penale una voragine tra il massimo di pena previsto per l'omicidio con colpa cosciente e quello con dolo (anche eventuale, visto che per esso non è prevista una specifica circostanza attenuante), il trattamento sanzionatorio stabilito a carico dei vari soggetti imputati nel processo è invece abbastanza simile, e in tutti i casi intermedio tra il massimo previsto per la colpa ed il minimo previsto per il dolo, non molto diversamente da quanto è avvenuto con la sentenza definitiva che assegnava a tutti una responsabilità per colpa.

La mia tesi, allora, è che quel *tertium genus* tra dolo e colpa che non è contemplato nella nostra legislazione, diversamente da quanto avviene in alcune esperienze straniere, e la cui prospettazione in chiave *de lege ferenda* è stata suggerita da una pur minoritaria dottrina, sebbene non abbia una cittadinanza “ufficiale” nel nostro ordinamento vi sia stato tuttavia introdotto *de facto* dalla giurisprudenza, facendo leva non su un'astratta concezione dogmatica (che allo stato attuale della legislazione non sarebbe stata difendibile), ma sul concretissimo terreno della commisurazione della pena, giungendo in tal modo, con qualche forzatura in fin dei conti tollerabile, al medesimo risultato, ovvero quello di catalogare quelli che noi tradizionalmente definiamo come dolo eventuale e colpa cosciente come gli elementi di una unica figura intermedia, quella che si potrebbe definire come responsabilità da rischio intollerabile, o sconsiderato.

In effetti, si tratta di casi nei quali davvero “non sembra abbastanza” ascrivere una semplice responsabilità per colpa, dato che vi è molto di più,

dal punto di vista del rimprovero per il fatto, di una mera violazione di una regola cautelare seguita causalmente da un evento dannoso, ma al contempo “sembra troppo” arrivare ad imputare il fatto per dolo, posto che il profilo della volontà è al limite soltanto lambito, con un trionfo di quell’elemento rappresentativo che non dovrebbe poter esaurire il dolo.

E d’altro canto il tradizionale tratto distintivo tra dolo e colpa individuato nell’accettazione o non accettazione del rischio non regge ad un vaglio attento, dato che in fondo il rischio dell’evento è accettato sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, mentre il vero dato discriminante è costituito dalla convinzione di poter evitare l’evento stesso, un dato cioè caratterizzato da una componente soggettiva di problematico accertamento, ma, nel nostro ordinamento, di drammatica rilevanza, perché, nel caso del delitto di omicidio, se ne fanno dipendere conseguenze pratiche di enorme rilievo, alle quali la giurisprudenza citata è riuscita a sfuggire aggirando il problema con l’uso degli strumenti disponibili grazie alla flessibilità del sistema sanzionatorio.

Del resto, un pur rapido sguardo al diritto comparato ci mostra che istituti come la *recklessness* nel diritto inglese e la *mise en danger délibérée de la personne d’autrui* introdotta nel diritto francese con il codice penale del 1994 siano sorti proprio in risposta ad esigenze pratiche dello stesso tipo, emerse da casi dei quali risultava insoddisfacente la qualificazione sia all’interno del dolo che all’interno della colpa, dei quali anche a me pare opportuno mantenere la natura originaria che denota il primo come il regno della volontà o di una rappresentazione in termini di certezza dell’evento (rispettivamente, nel nostro costruito concettuale, dolo intenzionale e dolo diretto) e la seconda come l’ambito di un’assenza di cautela a cui è sufficiente collegare la prevedibilità dell’evento lesivo³.

Infatti, se vogliamo ricordare qualche esempio si può pensare, riguardo alla *recklessness*, al caso Cunningham, in cui l’autore aveva strappato un contatore del gas dal muro della cantina di una casa disabitata, per potere così sottrarre del denaro che sapeva trovarsi nascosto in quel luogo, ma con ciò aveva provocato una fuoriuscita di gas che, diffondendosi

3 Resta fondamentale, sul punto, l’opera monografica di Francesca Curi, *Tertium datur*. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato, Giuffrè 2003, 1-285, con ampi spunti comparatistici e una proposta *de iure condendo*; nella stessa direzione si collocano peraltro anche spunti rintracciabili in M. Donini, *Teoria generale del reato. Una Introduzione*, Cedam 1996, 1-475, 329, L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, «RIDPP» 2000, 1053-1101, 1089 (n. 102), nonché G. Fornasari, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in Cadoppi et al., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli 2001, 155-197, 173.

nell'aria, era filtrato nella casa adiacente ed era stato inalato dalla vittima, la cui vita era stata seriamente messa in pericolo; qui in sede di appello era stata esclusa l'imputazione per dolo, in assenza dell'intenzionalità malvagia, specificando che il fondamento sottostante all'imputazione per *recklessness* è costituito dalla effettiva conoscenza del rischio per la vittima e dall'assunzione deliberata di quel rischio⁴.

Peraltro, in alcune pronunce successive il presupposto si è relativizzato, come nel caso Lawrence, in cui la condanna per *recklessness* è stata emessa dalla *House of Lords* in un caso nel quale veniva imputata al soggetto la previsione delle conseguenze dannose della condotta anche prescindendo da una effettiva indagine psicologica, in considerazione del fatto che esse erano oggetto di un rischio ovvio e serio (l'autore, in presenza di un limite di velocità di 30 miglia orarie, aveva percorso con la sua motocicletta alla velocità di 70 miglia orarie – oltre 110 chilometri all'ora – una strada del centro di un piccolo paese in un momento di traffico particolarmente intenso, investendo e provocando la morte di un pedone che stava attraversando la strada dopo essere uscito da un negozio⁵).

Riguardo alla categoria disciplinata in Francia dall'art. 121-3/2 del *code penal*, qui si dispone che, allorché la legge lo preveda, si può avere delitto in caso di messa in pericolo deliberata della persona altrui, e si deve segnalare che il comma citato è collocato tra la disposizione secondo la quale non c'è crimine né delitto senza l'intenzione di commetterli (art. 121-3/1) e quella che definisce la colpa (art. 121-3/3), secondo cui vi è delitto, se la legge lo prevede, in caso di imprudenza, negligenza o di violazione di un obbligo di prudenza o di sicurezza previsto da legge o regolamento, se si stabilisce che l'autore del fatto non ha adempiuto alla normale diligenza, tenuto conto della sua missione e delle sue funzioni, delle sue competenze, nonché dei poteri e dei mezzi di cui disponeva. Dunque la scelta pare anche qui quella dell'individuazione di una categoria soggettiva intermedia⁶.

4 Ulteriore esemplificazione in G. Fornasari-A. Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam 2012, 3^a ed., 1-250, 82 ss.

5 Per un opportuno approfondimento, questi pochi cenni possono essere integrati con la consultazione del recente articolato saggio di G.M. Caletti, *Recklessness*, in ED, I Tematici, II, *Reato colposo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, 1047-1075, 1047 ss., che prende in esame in particolare lo sviluppo storico e l'attuale posizione nel diritto vivente inglese della *recklessness*.

6 Così B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz 2021, 27^a ed., 1-821, 274 s. Il principale riferimento di parte speciale concerne, prevedibilmente, l'omicidio (art. 221-6 c.p.). Lo stesso Autore afferma che le iniziali perplessità circa una possibile arbitrarietà della fissazione di questo "élément moral" sono state almeno in parte fugate da interventi della Corte di Cassazione, citati in nota, che hanno

Anche in relazione a questa esperienza, risulta molto interessante uno sguardo sullo spettro applicativo della disposizione, dato che a distanza di poche settimane, nell'anno 1999, la *Cour de Cassation* l'ha utilizzata per decidere due casi che con ogni probabilità secondo il nostro metro di valutazione configurerebbero uno un'ipotesi di dolo eventuale, l'altro un'ipotesi di colpa cosciente.

Nel primo caso, si trattava di due sciatori che si erano lanciati con lo *snowboard* da una pista chiusa per ragioni di sicurezza ed avevano così provocato una valanga che aveva messo in pericolo la vita di un gruppo di persone che si trovavano a valle; a nulla era valsa la consapevolezza del rischio, attestata con certezza dal fatto che il servizio meteorologico aveva diramato un bollettino di massimo pericolo di valanghe, che l'accesso alla pista era interdetto da una corda ed erano stati apposti cartelli che segnalavano il divieto e che infine gli sciatori erano stati messi in guardia dal gestore della seggiovia; secondo i giudici, l'aver intrapreso la discesa nonostante tutti i divieti e le controindicazioni era da considerare sintomatico dell'accettazione del rischio determinato dalla condotta, un presupposto da noi riconducibile di regola al dolo eventuale.

Solo un mese prima, peraltro, la stessa Corte aveva affermato che, per riscontrare una responsabilità penale ai sensi della stessa norma, non è necessario accertare che l'autore abbia avuto effettiva conoscenza del rischio prodotto dal proprio comportamento, stabilendo la regola secondo cui la conoscenza del rischio si deduce dalla violazione manifesta dell'obbligo di cautela; quello che si richiede non è cioè la volontà o l'accettazione del rischio di provocare il risultato lesivo, ma la coscienza del pericolo per l'interesse tutelato, presunta dalle modalità di aggressione, anche se accompagnata dalla speranza della mancata concretizzazione del pericolo, ovvero, secondo i nostri parametri, un profilo più vicino alla colpa cosciente.

In Francia come nel Regno Unito, dunque, troviamo una categoria dogmatica, di creazione rispettivamente legislativa e giurisprudenziale, che comprende in sé sia le situazioni in cui noi facciamo appello al dolo pur nella consapevolezza dell'assenza di volontà da parte dell'autore, sia quelle in cui facciamo appello alla colpa consci che la concretizzazione del rischio non è prevedibile ma preveduta.

In tal modo, pertanto, si isola con chiarezza come dolo soltanto quell'atteggiamento soggettivo che è connotato dalla effettiva volontà e come

stabilito alcuni criteri delimitativi abbastanza soddisfacenti, con particolare riferimento al settore più spesso interessato, ovvero quello della circolazione stradale.

colpa soltanto quell'atteggiamento soggettivo che è meritevole di un rimprovero decisamente meno grave in quanto mera violazione di una regola cautelare che l'autore avrebbe dovuto collegare al rischio di un evento dannoso.

Tutta la zona grigia intermedia merita una qualificazione autonoma, perché si tratta di qualcosa di diverso, non più mera colpa e non ancora effettivo dolo⁷.

Mentre in altri ordinamenti, come visto, ciò è già sedimentato assegnando ufficialmente un *nomen iuris* a questa particolare configurazione dell'elemento psicologico, da noi le cose sono andate in modo diverso, pur se con una sostanziale coincidenza degli esiti.

Infatti, la giurisprudenza si sta sempre più orientando verso quella stessa soluzione agendo sull'aspetto più concreto, ovvero non sulla costruzione di categorie dogmatiche nuove, ma piuttosto sulla determinazione del carico sanzionatorio – che in fondo è quanto veramente importa –, commisurando sistematicamente la pena in quella fascia intermedia che in effetti può essere considerata corrispondente alla reale gravità del fatto.

Certo, questa soluzione basata sul buon senso ha contribuito a definire in modo adeguato diverse vicende giudiziarie ed è probabile che prenda sempre più piede in virtù dei suoi esiti fin qui tutto sommato appaganti, ma rappresenta pur sempre un *escamotage* giurisprudenziale, con il difetto di non dettare una regola capace di guidare in modo vincolante l'atteggiamento futuro dei giudici.

Per questo, sarebbe preferibile che si giungesse ad un intervento legislativo che prenda atto di questa realtà, introducendo un *tertium genus* comprendente le situazioni intermedie caratterizzate da condotte tenute deliberatamente e sconsideratamente in presenza di un rischio non tollerabile di lesione di un bene giuridico⁸.

Seguendo le linee direttive della proposta presentata dall'Autrice che più di chiunque altro ha delineato in chiave dogmatica i connotati di questa

7 Quando G.M. Caletti, *Recklessness*, cit., 1047 s., presenta la categoria inglese come concetto vago e dalla definizione non pacifica e non priva di ambiguità non ha certo tutti i torti, ma a mio avviso il suo connotato essenziale, che pure viene colto dall'Autore, è agli occhi del comparatista proprio quello della trasversalità, che lo rende non facilmente afferrabile alla luce dei nostri parametri, ma al contempo idoneo, come scrive lo stesso Caletti, a dischiudere orizzonti comparatistici notevoli, ciò che peraltro non implica l'impulso ad un'importazione "non sdoganata".

8 In realtà, qualcosa del genere è avvenuto in Italia nel caso specifico dell'introduzione nel 2016 del delitto di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.), configurato inequivocabilmente dal legislatore come omicidio colposo, ma con carichi sanzionatori che in certe situazioni tipizzate dalla norma finiscono per avvicinarsi a quelli dell'omicidio doloso.

categoria, si potrebbe pensare a una riforma eventualmente limitata alle fattispecie di omicidio e lesioni – sostanzialmente le uniche in relazione alle quali il problema si pone in termini reali – individuando espressamente limiti edittali intermedi fra quelli attualmente vigenti per le condotte dolose e colpose per i casi nei quali è stata messa coscientemente in pericolo l'altrui vita, in un caso, e incolumità fisica, nell'altro, mediante l'attuazione di un grave rischio che si traduce poi nella morte o nelle lesioni del soggetto passivo⁹.

Poi, è chiaro che, per stare agli esempi tradizionali della nostra manualistica, la condotta del lanciatore di coltelli che sbaglia il lancio e colpisce il corpo della partner durante uno spettacolo circense è meno grave di quella di chi colloca un ordigno in una piazza del centro cittadino come atto dimostrativo per protestare contro le centrali nucleari, con la conseguenza del ferimento o della morte di un passante, ma per questo vi dev'essere un adeguato spazio edittale all'interno del quale si terrà conto dei criteri oggettivi e soggettivi di commisurazione della pena, peraltro già utilizzati in modo nel complesso soddisfacente dalla giurisprudenza sopra menzionata.

In ogni caso, anche questo relativo margine di elasticità presenta problemi enormemente inferiori rispetto a quelli della – astratta – situazione normativa attuale, in cui il giudice è lasciato solo, davanti a una scelta, tra dolo eventuale e colpa cosciente, obiettivamente non guidata da criteri euristici univoci e altamente drammatica dal momento che in relazione al delitto di omicidio, se si dovesse fare sul serio con il rispetto dei quadri sanzionatori legislativamente fissati, la differenza di pena in casi di confine fra una categoria e l'altra – e un confine, come si sa, piuttosto indistinto – risulta abissale.

Dunque, vediamo che la prassi ha aggirato i problemi pressoché insolubili posti dalla dottrina e ha di fatto costruito una categoria dogmatica che non trova riconoscimento legislativo.

Il risultato corrisponde ad obiettive esigenze sostanziali di giustizia, ma ci interroga su inadempienze del legislatore e autoreferenzialità della dottrina.

Sulle prime, si potrebbe dire che esse sono ben poca cosa rispetto alle molte inadempienze ancor più gravi che sono oggi riscontrabili in capo al nostro legislatore penale – basti pensare ai temi dell'umanizzazione delle carceri e ai trattamenti di fine vita –, ma non è tanto di questo che vorrei occuparmi in chiusura, bensì della posizione della dottrina.

9 Cfr. F. Curi, *Tertium datur*, cit., 240 ss., a cui faccio rinvio anche perché la sua proposta è più articolata di quanto espresso nel testo, ma qui non ho lo spazio per soffermarmi su tutti i suoi dettagli.

Per farlo, ritorno su una pagina del saggio di Lucio Monaco dal cui titolo l'intero nostro incontro ha tratto spunto.

Discutendo della precarietà del rapporto tra scienza del diritto penale e prassi applicativa all'interno di una sorta di neogalileiano dialogo dei massimi sistemi, insinuava Monaco che il criminologo potrebbe domandare al penalista come pensa che possano trasferirsi nella prassi applicativa, al momento di effettuare una delimitazione fra dolo eventuale e colpa cosciente, criteri discretivi fondati sul convincimento dell'agente circa la probabilità dell'evento, o su una valutazione di mera possibilità di subentrare nel medesimo, ovvero ancora sull'indifferenza verso di esso, o meglio sull'approvazione dello stesso, o addirittura sulla rassegnazione circa il suo verificarsi o infine su un giudizio soggettivo di non improbabilità dello stesso¹⁰.

L'immaginario dialogo proseguiva concentrandosi, dopo un serrato botta e risposta, sulla necessità, non soddisfatta dai giuristi secondo il giudizio di Monaco, di individuare "indicatori" osservabili, esaurienti e indispensabili al fine di fornire informazioni rilevanti per un meccanismo di differenziazione che altrimenti rischia di restare un elaborato impianto teorico privo di una linea rigorosamente unitaria.

In realtà, anche rapportandoci all'oggi, quando di tali indicatori la giurisprudenza prova ad occuparsi è frequente che il discorso cada sul senso comune o peggio ancora scivoli verso una catalogazione per tipi d'autore.

E allora la prassi decide di prescindere dalla teoria, e come dimostrato dagli esempi sopra riportati, che sono tutt'altro che isolati, ignora di fatto impostazioni dottrinali raffinate ma prive di reale capacità euristica¹¹ – salvo magari far loro sterile omaggio onorandole di una citazione – e punta al risultato, ovvero a pronunce sul caso concreto che diano equilibrata soddisfazione a evidenti esigenze di giustizia, introducendo un modello applicativo che la dottrina, nella sua maggioranza, ha preferito non tematizzare.

Una severa lezione di realismo, che sarebbe bene non ignorare anche in vista di scenari futuri.

10 Così, testualmente, L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb» 1980-81, 397-493, 482 s.

11 Il rapporto di potenziale tensione tra teoria generale del reato di matrice dottrinale e sua applicazione processuale non è certo un tema nuovo: se ne è occupato a livello monografico S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, ESI 2007, 1-219, soprattutto 63 ss., con considerazioni ancora perfettamente attuali che mettono in luce distonie e arroccamenti che, per responsabilità addebitabili a entrambi i fronti, non sembra davvero facile superare.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE

ALLA RICERCA DI UNA TEORIA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Alessio Infantino

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

«Il pericolo più grande, da cui un uomo deve guardarsi con crescente consapevolezza, viene da quel rapido mutare della luce, in cui, sempre più, gli appaiono cose e convinzioni. Tutto diventa fluido; ciò che è più fluido diventa visibile; non si viene a capo di nulla; ogni muraglia ha la sua porta, dietro c'è sempre qualcosa; i medesimi fiori si presentano con colori nuovi; la strada di duro granito diventa molle come argilla. Si può aver voluto per venti anni una cosa ben precisa, e ora con maggiore consapevolezza non la si vuole più. Ciò che troviamo odioso esce dalla crisalide e si svela in molteplici belle forme: dileguano dopo una danza lieve e scintillante. Tutto diventa possibile...»; E. Canetti, *Appunti 1942-1993. La provincia dell'uomo*, Adelphi, 2021, 35; ed. orig. *Die Provinz des Menschen. Aufzeichnungen*, 1972.

1. COMPUTAZIONE DELLO STATO-COSTITUZIONALE-DI-DIRITTO

La rivoluzione digitale travolge il paesaggio giuridico. Nel frattempo risuonano gli interrogativi: quale modello di intelligenza artificiale può trovare accoglimento nello Stato-costituzionale-di-diritto? Quale regolazione dei sistemi di IA? Quale applicazione dei sistemi di IA? Sulla scena la tensione tra diritto e tecnica: ovvero, il tentativo della norma giuridica di governare la potenza, che contraddistingue la tecnica, «*di realizzare indefinitamente scopi e di soddisfare indefinitamente bisogni*»¹.

1 N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza 2001 (per la citazione E. Severino, 15).
Altresì, N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Laterza 2013, 55 ss., nonché A. Sterpa, *L'ordine giuri-*

Il termine intelligenza artificiale non conosce un significato univoco²: alla ricerca di un comune denominatore viene riconosciuto come costituisca «una riserva di capacità di agire»³, la quale consiste nella capacità della macchina di affrontare problemi «con modalità che sarebbero definite intelligenti se un essere umano si comportasse allo stesso modo»⁴.

Il regolamento UE sull'IA – approvato, in data 13.03.2024, dal Parlamento – definisce l'intelligenza artificiale quale «sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (art. 3, comma I, n. 1 Reg.)⁵.

In sintesi, ad assumere importanza sono strumenti in grado di soddisfare scopi attraverso risorse computazionali che consentono di elaborare, tramite algoritmi (i.e. istruzioni matematiche), enormi quantità di dati⁶. La questione non è tanto sviluppare un replicante senziente: ciò che rileva è la capacità dell'IA di eseguire un compito – di mero supporto o che implica

dico dell'algoritmo: un nuovo ordinamento giuridico, Editoriale scientifica 2024, 9 ss.

2 L. Floridi, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Raffaello Cortina 2022, spec. 39 ss. (ed orig. *The Ethics of Artificial Intelligence. Principle, Challenges and Opportunities*, 2022). In generale, sul rapporto tra intelligenza artificiale e amministrazione della giustizia, A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, il Mulino 2021 (ed. orig. *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018); M. Palmirani, S. Sapienza (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e intelligenza artificiale*, Giuffrè 2022. Inoltre, senza pretese di completezza, W. Barfield, U. Pagallo (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Elgar 2018; U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè 2020.

3 L. Floridi, *Etica*, cit., 53.

4 *Ivi*, 44, con il richiamo alla definizione che è stata fornita da McCarthy, Minsky, Rochester e Shannon nella *Proposta per il progetto estivo di ricerca sull'intelligenza artificiale di Dartmouth* (1955).

5 Il regolamento deve essere ancora approvato dal Consiglio, entrerà in vigore venti giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'UE, mentre inizierà ad applicarsi, salvo eccezioni, ventiquattro mesi dopo l'entrata in vigore. Cfr. *Comunicato stampa. Il Parlamento europeo approva la legge sull'intelligenza artificiale*, in «europarl.europa.eu» (13.03.2024; cons. 14.03.2024). In data 23.04.2024 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge in materia di IA. Cfr. *Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 78*, in «governo.it» (23.04.2024; cons. 24.04.2024). Tale d.d.l. definisce, all'art. 2, comma I, lett. a), l'IA in senso analogo rispetto al Reg. UE.

6 I *Big Data* consistono in una mole di informazioni che provengono da diverse fonti (varietà) e che non sono gestibili dalla mente umana (volume), le quali possono essere, invece, processate rapidamente dalla macchina (velocità). Su queste direttrici, A.G. Ferguson, *Big Data and Predictive Reasonable Suspicion*, in «University of Pennsylvania Law Review» (2015), spec. 354 ss.

un margine di autonomia⁷ – in maniera che il risultato sia preferibile (qualitativamente, quantitativamente) a quello che l'uomo sarebbe stato in grado di ottenere⁸. La capacità di assolvere al compito assegnato non significa, tuttavia, che la macchina pensi o sia dotata di intelligenza umana: l'enfasi è sulla soddisfazione dello scopo; a contare è l'esito. Esempificando:

- A (intelligenza artificiale) e B (intelligenza umana) producono il medesimo risultato R, dato il medesimo input I;
- tale identità di risultato R non significa che A e B agiscano alla stessa maniera;
- tale identità di risultato R non significa che A e B siano la stessa cosa⁹.

È in tal senso che si intende, perciò, l'intelligenza artificiale come riserva di capacità di agire, la quale – mediante il trinomio computazione/algoritmi/dati – realizza scopi¹⁰. Sul palcoscenico muove così una forma di agire che permette di risolvere un numero crescente di problemi: possiamo fare di più e in termini sempre più rapidi. Per effetto della rivoluzione digitale assistiamo, nelle parole di un autorevole studioso, alla re-ontologizzazione del reale, che implica la ri-definizione, dal punto di vista epistemologico, della mentalità moderna¹¹. Qui e ora si staglia, dunque, un «*fatto sociale totale*» che riscrive le strutture del mondo¹²: a scrutare il dipanar-

7 L'autonomia di un sistema di IA viene definita come quella «condizione per cui non venga richiesta una costante supervisione da parte di un essere umano»; M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bomprezzi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel sistema giustizia: funzionalità, metodologie, principi*, in M. Palmirani, S. Sapienza (a cura di), *La trasformazione digitale*, cit., 3.

8 Per questa nozione di IA debole (stretta o ingegneristica), in contrapposizione alla IA forte (generale o cognitiva), J. Searle, *Minds, Brains and Programs*, in «Behavioral and Brain Sciences» (1980), 417.

9 Per tale ricostruzione, in dialogo con A. Turing, L. Floridi, *Etica*, cit., 47; qui anche la citazione di E.W. Dijkstra per cui «la questione se un computer possa pensare non è più interessante della questione se un sottomarino possa nuotare».

10 Si tratta di un insieme che comprende tecnologie differenti. Si può, ad esempio, distinguere tra: IA simbolica, basata sulla formalizzazione del sapere mediante costrutti logico-matematici, i cui *output* sono tendenzialmente spiegabili; IA non simbolica, basata su modelli statistico-probabilistici, i cui *output*, quali correlazioni frequenziali, non garantiscono la spiegabilità. *Amplius*, per le potenzialità e i limiti di ciascun modello, M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bomprezzi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale*, cit., 2-3.

11 L. Floridi, *Etica*, cit., 31.

12 Il «*fatto sociale totale*» è ciò che «mette in moto, in certi casi, la totalità della società e delle sue

si della quotidianità non sussiste ambito della vita estraneo alla potenza dell'IA¹³.

Si impone, però, un *caveat*: l'intelligenza artificiale riflette le forme impresse dal programmatore¹⁴; come è stato evidenziato, «noi non raccogliamo i dati come frutti maturi caduti dall'albero nelle nostre mani», «noi li ritagliamo e isoliamo, convertendoli in oggetto di informazione»¹⁵; «questo impossessamento esige e racchiude un'interpretazione»¹⁶. La scelta dei dati da sottoporre al calcolo della macchina non è neutra. Gli algoritmi presentano, oltretutto, un contenuto politico, allorché i modelli matematici riproducono gli assunti del programmatore e presuppongono un punto di vista sulla realtà¹⁷. Affiora, allora, «un insopprimibile aspetto di soggettività, che è legato alla storicità dell'uomo», ma che rischia di essere «celato nei meccanismi della programmazione»¹⁸.

La vincolatività delle scelte e della logica impresse dallo sviluppatore conosce, nondimeno, un'attenuazione nei sistemi di *Machine Learning*. Rilevano, a tal proposito, *software* che presentano capacità di auto-apprendimento e di auto-perfezionamento, i quali consentono all'IA un margine di autonomia rispetto alla programmazione iniziale; la macchina «cresce imparando» e «modifica i suoi schemi classificatori e concettuali nell'evolvere»¹⁹. Dimodoché, il sistema elabora dati e fornisce risultati secondo un

istituzioni», così M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Einaudi 2002, 134 (ed. orig. *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 1968), citato da A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 79. Lo spazio di questa rivoluzione è quello dell'infosfera: per approfondire tale idea, L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina 2014, spec. 27 ss.

13 Per quanto attiene alla prassi delle imprese, F. Ferrari, *L'intelligenza artificiale non esiste*, Il-Sole24Ore 2023.

14 Gli algoritmi costituiscono «sistemi di comprensione delle realtà che devono essere educati alla sua complessità»; *ivi*, 4.

15 N. Irti, *Il tessuto di Goethe (per la decisione robotica)*, in A. Carleo (a cura di), *La decisione robotica*, il Mulino 2019, 19.

16 *Ivi*, 20.

17 E. Thompson, *Escape from Model Land: How Mathematical Models Can Lead Us Astray and What We Can Do About It*, Basic Books 2022, spec. 12 ss. Sottolinea, dal versante penalistico, la politicità degli algoritmi, C. Buchard, *Strafrecht in der Diagnosegesellschaft. Zum Politischen eines durch Gesellschafts- und Zeitdiagnosen orientierten Strafrechts*, in B. Brunhöber, C. Burchard, K. Günther, M. Jahn, M. Jasch, J.M. Silva Sánchez, T. Singelstein (a cura di), *Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70*, Nomos 2023, spec. 88 ss.

18 G. Zaccaria, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, cit., 36.

19 U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e macchina sapiens quale ausiliario del giudice umano*, in «Astrid» (2021), 2. Sugli algoritmi dotati di IA *self-learning*, M. Kubat, *An introduction to Machine*

agire che, a partire da quelle istruzioni impartite dall'uomo, apprende da sé sulla base di un procedimento che appare non intellegibile²⁰.

D'altra parte, se l'IA incrementa la capacità di soddisfare qualunque scopo, che visione del mondo può essere legittimamente amplificata con la potenza della tecnica? Se l'IA fornisce un *output* non connotato dalla spiegabilità del processo e del risultato, in che limiti può essere impiegato un sistema di tale tipologia? Banalmente, l'intelligenza artificiale può travolgere le pretese di ogni diritto positivo; operare al servizio dello Stato-costituzionale-di-diritto o, viceversa, di un ordinamento che non pone affatto la libertà dei consociati a fondamento del sistema giuridico²¹.

A ben vedere, non è in discussione soltanto la selezione degli scopi che l'IA può essere chiamata ad assolvere sulla base del dover essere costituzionale; così come non si tratta unicamente di regolare gli effetti, sul piano delle responsabilità, dell'impiego di algoritmi che supportano o sostituiscono la decisione umana. Vi è di più: occorre progettare, a monte, sistemi – e, altresì, ambienti dove tali applicativi possano operare – che processino il risultato alla luce della deontologia dello Stato-costituzionale-di-diritto e del modello di società dal quale tale dover essere trae alimento²². A tal proposito è frequente, nel dibattito internazionale, il richiamo ai principi di trasparenza, tracciabilità e spiegabilità degli algoritmi; protezione dei dati; contestabilità e correzione degli *output* artificiali; divieto di discriminazioni; centralità della dimensione umana (*Human in the Loop*) nella progettazione e impiego dei sistemi di IA²³.

Learning, Springer 2017.

20 J. Kleinberg, S. Mullainathan, *We Built Them, But We Don't Understand Them*, in «edge.org» (2015; cons. 08.03.2024).

21 Per rendere tangibile il discorso, in prospettiva comparata, G. Cerrina Feroni, *Intelligenza artificiale e sistemi di scoring sociale. Tra distopia e realtà*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica» (2023), 1 ss.

22 Con riferimento alla questione del *design* nell'epoca della trasformazione digitale, L. Floridi, *Etica*, cit., 36 ss.

23 Sulla centralità di tali principi nelle fonti sovranazionali, C. Barret, *Comparing the US, UK and EU. Regulatory Approaches to AI*, in «americanbar.org» (10.08.2023; cons. 05.01.2024), 3 ss., nonché M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, in «questionegiustizia.it» (19.12.2023; cons. 26.12.2023), 2 ss. Sulla regolazione UE (dal Reg. 2016/79 sulla protezione dei dati personali, al Reg. 2018/1807 sulla protezione dei dati non personali, fino al Reg. 2022/18 sulla *governance* dei dati), M. Luciani, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Mucchi 2023, 22 ss. Altresì, H. Roberts, J. Cows, J. Morley, M. Taddeo, V. Wang, L. Floridi, *The Chinese Approach to Artificial Intelligence: an Analysis of Policy, Ethics and Regulation*, in «AI & Society» (2021), 59 ss. La Carta etica europea «sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti

Breve: le regole giuridiche che innervano il vivere associato non sono chiamate a individuare solo i limiti della tecnica (i compiti che possono essere assegnati alla macchina, in combinato con le responsabilità che conseguono all'agire artificiale), bensì a contribuire allo sviluppo tecnologico (il modo con il quale la macchina adempie le sue funzioni). Un sistema 'viziato' – perché, ad esempio, oscuro²⁴ o perché genera risultati discriminatori su base etnica²⁵ – non può che produrre un esito 'arbitrario' quand'anche al servizio di uno scopo legittimo. A nulla rileva, nel tentativo di mitigare questa preoccupazione, che l'*output* della macchina non sia vincolante per il decisore umano: sottoporre al giudice una predizione, circa l'applicazione della fattispecie incriminatrice al fatto, è circostanza che appare, in ogni caso, destinata ad esercitare un'influenza sull'attività interpretativa²⁶. Segno che non è certo possa essere neutralizzato dall'esegetica. Un dubbio che, di conseguenza, suggerisce di affrontare il problema della liceità del 'mezzo IA' su di un piano più generale ed *ex ante*.

Un diritto e una scienza giuridica quali fruitori passivi di tecnologia delegano, invece, le scelte sui valori alla tecnica²⁷, incuranti delle evidenze

connessi», elaborata dalla CEPEJ in data 03.12.2018 (disponibile in «coe.int», cons. 10.11.2023), ruota intorno ai seguenti principi: 1) principio del rispetto dei diritti fondamentali, affinché l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di IA siano compatibili con i diritti fondamentali; 2) principio di non discriminazione, allo scopo di prevenire lo sviluppo e l'intensificazione di qualsiasi discriminazione tra persone o gruppi di persone; 3) principio di qualità e di sicurezza, circa l'utilizzazione di fonti certificate e dati intangibili, con modelli elaborati multidisciplinariamente e in un ambiente tecnologico sicuro; 4) principio di trasparenza, imparzialità ed equità, in guisa da rendere, anche tramite verifiche esterne, le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili; 5) principio del controllo da parte dell'utilizzatore, che preclude un approccio prescrittivo e assicura che gli attori siano informati e che abbiano il controllo delle loro scelte.

24 F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press 2015.

25 Emblematico il caso *Loomis* (*State vs. Loomis*, case n. 2015AP157-CR), dove l'impiego di un sistema che offriva al giudice il calcolo della probabilità di recidiva, senza, tuttavia, ingenerare vincoli di conformità, ha manifestato il rischio di *bias* su base etnica. S. Quattrocchio, *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell'era dei modelli computazionali psico-criminologici*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale» (2021), spec. 278 ss.

26 Il riferimento è al c.d. effetto gregge, che consiste nel prevalere del verdetto artificiale in ragione, ad esempio, del risparmio di tempo e di fatica, nonché dello scarico di responsabilità sull'algoritmo. C. Buchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in «RIDPP» (2019), 1909 ss., spec. 1929 ss.

27 Il suo linguaggio è appannaggio della minoranza degli informatici: «una nuova classe di legislatori privati», «di scribi», «che formulano con sembianze impercettibili le nuove leggi del mondo»; regole che, allorquando trasparenti e spiegabili, non sono, tuttavia, immediatamente intellegibili. M.R. Ferrarese, *Prefazione*, in A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 21 (vd., altresì, i

per cui l'IA può prestare la spada ad ogni sovrano²⁸. Ogni manufatto esprime – come mostrano i padri fondatori dell'etica della tecnologia – una forma di ordine e una disposizione di potere²⁹. *Rectius*: «l'algoritmo assume complessità e produce semplicità e così facendo genera un ordine»; «agisce, ordinando», «sceglie, seleziona, elabora, propone, suggerisce, prevede, consente, vieta, incentiva, intuisce», «quindi propone o impone una propria scelta e così facendo genera un ordine»³⁰. In tale cornice l'intelligenza artificiale dello Stato-costituzionale-di-diritto richiede, perciò, anche il contributo del giurista: il quale, fissato il perimetro degli scopi legittimi, presta servizio nella catena di valore per lo sviluppo di una «good AI society»³¹.

Orbene, sulla scena il tentativo di fissare le 'regole di dominio' che dovrebbero orientare lo sviluppo e l'impiego dell'intelligenza artificiale. Il governo dell'IA vuole uno Stato-costituzionale-di-diritto che sia computabile: ovvero, le cui regole siano tradotte in istruzioni matematiche a misura di macchina³². Disciplinare la tecnologia impone, così, di comprendere il moto dei suoi ingranaggi, assodando la dannosità di una regolazione che prescinde dal reale e dai suoi ordini spontanei³³. Induzione traducibile, anche

capp. 1 e 2 sulla scrittura digitale).

28 U. Pagallo, *Profili tecnico-informatici e filosofici 2.0*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Giuffrè 2023, 22 ss.

29 Fondamentale L. Winner, *Do Artifacts Have Politics*, in «Daedalus» (1980), 121 ss. Su questo problema, P. Benanti, *Impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, Audizione presso il Senato della Repubblica, in «webtv.senato.it» (01.02.2024; cons. 18.03.2024).

30 A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, cit., 13.

31 Nel raffronto tra diverse esperienze, in relazione al ruolo di regolatori, ricercatori e settore privato, C. Cath, S. Wachter, B. Mittelstadt, M. Taddeo, L. Floridi, *Artificial Intelligence and the Good Society: the US, EU and UK approach*, in «Science and Engineering Ethics» (2018), 505 ss. Essenziale la lettura di A. Bradford, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford University Press 2023, con l'analisi dell'approccio statunitense (*Market-driven*), cinese (*State-driven*) ed europeo (*Rights-driven*).

32 Sulla formalizzazione e modellazione del sapere giuridico, *ex plurimis*, M. Ceci, M. Palmirani, *Ontology Framework for Judgment Modelling*, in M. Palmirani, U. Pagallo, P. Casanovas, G. Sartor (a cura di), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Springer 2012, 116 ss. Inoltre, I. Habernal, D. Faber, N. Recchia, S. Bretthauer, I. Gurevych, I. Spiecker genannt Döhmann, C. Burchard, *Mining Legal Arguments in Court Decisions*, in «Artificial Intelligence and Law» (2023), 3 ss.

33 Nella prospettiva penalistica, L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «Studi urbinati» (1982), spec. 414 ss. Sulla valenza, ontologica e deontologica, degli ordini spontanei, G. Marra, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Giappichelli 2018. Come osserva G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè 1996, 104 (ed. orig. *Recht als autopoietisches System*, Surhkamp, 1989): «per la società la legislazione produce nel mondo esterno soltanto rumore, sotto la cui molesta pressione la società medesima varia i propri ordinamenti interni»; annotano A. Ferrajo e G. Pennisi nelle note

nella prospettiva penalistica, quale doverosità di un nuovo diritto: costituzionale e algoritmico³⁴. Un compito al quale attendere consapevoli di un triplice pericolo:

- di una tecnica che, incontrollabile e incontrollata, infranga ogni dover essere, il quale, dall'esterno, si proponga di orientare e governare la sua potenza: all'estremo l'algoritmo quale unica norma³⁵;
- di una tecnica 'totalitaria' quale strumento di governo della società sotto l'egida della sorveglianza e del controllo³⁶;
- di una tecnica irreggimentata in una gabbia regolativa che, allo scopo di un'intelligenza artificiale di matrice costituzionale, soffochi lo sviluppo e la diffusione dell'IA e che sacrifichi, in tale maniera, la capacità algoritmica di sostenere la società³⁷.

Pericoli non teorici. Mentre la scienza giuridica scaldava i motori del suo impegno critico, la tecnologia aveva già invaso la società: senza attendere la regolamentazione, è dilagata nel quotidiano, dove opera secondo

che introducono il volume, «ogni intervento normativo che superi i limiti costituiti dalla specifica auto-regolazione dei sistemi interessati può infatti o risultare irrilevante o produrre effetti disgregativi nell'ambito dell'area regolata o produrre gli stessi effetti nell'ambito del diritto». Con riguardo agli ordini della società digitale, U. Pagallo, *Profili*, cit., 13 ss. Si veda, in tal senso, anche il celebre studio di L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books 1999.

34 T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in «Il diritto dell'informazione e dell'informatica» (2020), 465 ss. Alla ricerca di un modello regolativo per l'intelligenza artificiale, tra auto ed etero-regolamentazione, G. De Minico, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in «BioLawJournal» (2021), 389 ss.

35 «L'algoritmo definisce un ordine che rischia di imporsi sia all'individuo che allo Stato»: «qualora la capacità ordinatrice dell'algoritmo dovesse occupare tutto il nostro spazio relazionale, si costruirebbe un ordine che entrerebbe necessariamente in conflitto con quello umano fondato sulle regole giuridiche scelte dalla politica legittimata dal costituzionalismo democratico». Così A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, cit., 25-26. N. Irti (*L'uso giuridico della natura*, cit., 66) richiama l'architetto del Terzo Reich A. Speer, il quale narra dello sviluppo tecnico che «sopraffecce, sconvolse, annullò la norma giuridica»: «esempio della possibilità che la tecnica ha oggi di stabilire nuove valutazioni giuridiche a danno dell'umanità, valutazioni che possono avere per conseguenza l'uccisione legalizzata di innumerevoli uomini».

36 C. Burchard, (*Was bleibt vom*) *Strafrecht in der Big Data-Überwachungsgesellschaft*, in «ZSTW» (2023), 793 ss. In generale, S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza, Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss 2019 (ed. orig. *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, 2019).

37 Affronta questo problema A. Bradford, *Digital Empires*, cit., 12 ss., *passim*.

criteri propri, mentre le tutele penali, in ragione della loro genesi pre-digitale, corrono il rischio di non centrare il bersaglio.

2. GIUSTIZIA ARTIFICIALE E DIRITTO PENALE

La distonia appena descritta segnala un'emergenza, di fronte alla quale la giustizia penale non è rimasta inerte: al contrario, esibendo pragmatismo, il sistema ha presto aperto le sue porte alla trasformazione digitale³⁸. L'ontologia ha così preceduto la deontologia.

Complice l'investimento sistemico, operato dal PNRR, sul principio di efficienza, l'intelligenza artificiale è penetrata nell'organizzazione degli uffici giudiziari, regolando l'assegnazione automatica e la gestione dei fascicoli, oltreché la calendarizzazione delle udienze³⁹. Nell'ambito dell'amministrazione del servizio giustizia risulta, allora, superato l'interrogativo circa l'utilizzo dei sistemi di IA: ciò che agita l'impegno degli operatori è il come impiegare la sua potenza al servizio della giurisdizione⁴⁰.

Cosicché, l'amministrazione della giustizia non si può che confrontare con l'IA e l'innovazione tecnologica: nella prospettiva di un apparato che si vuole, con formula di sintesi, più trasparente ed efficiente (più velocità e minori costi).

Il diritto penale non è estraneo ai rivolgimenti della trasformazione digitale⁴¹. A delinearsi sono rinnovate esigenze di tutela e inediti problemi di

38 Su tale intersezione, oltreché i contributi di cui alla nota 2, cfr. F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in «Rivista AIC» (2020), 415 ss., nonché F. Susskind, *On line Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press 2019.

39 Nondimeno, un questionario del 2022 – somministrato dall'EJFRI (*e-Justice & Fundamental Rights International*), con riguardo alla *Digitalizzazione della giustizia e l'uso dell'intelligenza artificiale nel settore giudiziario degli Stati membri dell'UE*, al quale hanno risposto gli esperti di 19 Paesi – mostra la riluttanza degli operatori nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale. M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, cit., 3 ss. Per la tassonomia delle applicazioni dell'IA negli uu. gg., *ivi*, 7 ss. Sulla digitalizzazione degli atti processuali, da ultimo, L. Tavassi, *Formalismi giurisprudenziali e forme tecnologiche del processo penale*, in «AP» (2024), 1 ss.

40 M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, cit., 4 ss. Per una valutazione del sistema giudiziario italiano, in rapporto agli altri Paesi UE, cfr. E. Commission, *The 2023 EU Justice Scoreboard*, in «europa.eu» (cons. 19.02.2024), spec. 9 ss. Sull'idea di efficienza nella riforma penale, G. Marra, *The Italian Criminal Reform between Social Efficiency and Individual Guarantees*, in A. Infantino, G. Marra, P. Polidori, E.A. Rossi (a cura di), *The Italian National Recovery and Resilience Plan. Reflections on Law, Society and Economic Policies*, Giappichelli 2022, 81 ss.

41 P. Severino, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza arti-*

imputazione della responsabilità, allorché l'agire umano è sostenuto o sostituito dall'agire artificiale⁴². Per altro verso, affiora un problema di legittimità in relazione all'utilizzo di sistemi algoritmici come strumenti di prevenzione della criminalità: dalle attività di *law enforcement*⁴³ alla *compliance*⁴⁴.

Con la promessa di minimizzare i *bias* e il rumore che affliggono il ragionamento umano, l'IA si accredita, altresì, quale supporto al processo decisionale dell'intera platea dei soggetti processuali⁴⁵: a beneficio della concretezza, esistono, infatti, strumenti di ragionamento automatico che vagliano il percorso motivazionale del giudice e verificano la sua coerenza logica rispetto alla decisione finale; nella stesura di un provvedimento l'IA può suggerire formule linguistiche, definizioni legislative e riferimenti giurisprudenziali adeguati alla fattispecie concreta; applicativi di intelligenza artificiale possono raggruppare casi simili e porre tali decisioni all'attenzione del magistrato

ficiale, cit., 531 ss. Nel frattempo l'intelligenza artificiale interroga la dottrina. Cfr. L. Picotti, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in «DPP» (2024), 293 ss.; L. Picotti, B. Panattoni (a cura di), *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Paliogenesis?*, in «RIDP» (2023), 7 ss. *Ex plurimis*, G. Balbi, F. De Simone, A. Esposito, S. Manacorda (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale*, Giappichelli 2022; M. Caterini, *Verso un diritto penale inumano*, 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 university press 2020, 135 ss.; G.P. Demuro, *Ripartire dai principi: sul rapporto del diritto penale con Big data e intelligenza artificiale*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Giuffrè* 2022, 63 ss.; O. di Giovine, *Il Judge-Bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in «CP» (2020), 951 ss.; V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 547 ss. Si vedano, infine, gli Atti del Convegno, *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Giuffrè* 2021.

42 Nell'ampia letteratura, R. Palavera, *Responsabilità non umane al tramonto dell'antropocene? Riflessi penalistici*, in «JUS» (2020), 184 ss.; C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" a "autore" del reato*, in «RIDPP» (2020), 745 ss. Da ultimo, M.E. Florio, *Il dibattito sulla responsabilità diretta delle IA*, in «SP» (2024).

43 C. Burchard, (*Was bleibt vom*) *Strafrecht*, cit., 793 ss., nonché S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Springer 2020, spec. 35 ss. Con riferimento alla parte speciale dell'antiriciclaggio e del finanziamento al terrorismo, F. Di Vizio, *Prevenzione e investigazioni: l'uso di IA, Big Data e soluzioni tecnologiche in ambito finanziario e nel contrasto al riciclaggio (AML) e al finanziamento del Terrorismo (CFT)*, in «disCrimen.it» (11.01.2024; cons. 12.01.2024).

44 S. Aziz, M. Dowling, *AI and the Machine Learning for Risk Management*, in T. Lynn, G. Mononey, P. Rosati, M. Cummins (a cura di), *Disrupting Finance: FinTech and Strategy in the 21st Century*, Palgrave 2018, 33 ss.

45 In particolare, dalla prospettiva del difensore, G. Lasagni, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in «RIDPP» (2022), 1545 ss.

per favorire l'omogeneità delle decisioni, formulando, altresì, una predizione sull'esito del procedimento o sulla quantificazione della pena⁴⁶.

In questa prospettiva l'IA può, finanche, offrire le proprie risorse computazionali per la produzione di *output* circa l'effettività del mezzo pena rispetto allo scopo, l'accertamento del reato, l'interpretazione della norma, la commisurazione della pena, i giudizi prognostici, ecc.

Scenari che non sorprendono. Nel dominio dell'idea dello scopo⁴⁷ è prevedibile come alla capacità di agire della tecnica sia consentito di perfezionare il dispiegarsi del sistema punitivo in ogni sua articolazione. Un rischio d'effettività iperbolica che obbliga ad integrare l'analisi del mezzo – l'intelligenza artificiale – nel quadro di una difesa degli scopi non autoritari quali criteri di legittimazione del sistema penale⁴⁸.

Da tale affresco emerge, dunque, un fatto: l'intelligenza artificiale impatta sul diritto (penale) in ogni sua scansione e il suo impiego è giustificato da scopi proteiformi, dotati di valore anche costituzionale (prevenzione generale e speciale, efficacia, efficienza, prevedibilità).

In questo gorgo quale sistema dei delitti e delle pene e per quale società? A venire in gioco è la stessa identità del penalista – del suo diritto e della sua scienza – esposta alle sirene algoritmiche a prescindere dalla vincolatività dei verdetti della macchina⁴⁹. Per converso, opporre al divenire il rifiuto dettato dalla pretesa incapacità dell'IA ad assolvere il compito assegnato è strategia che, oltreché sacrificare le potenzialità insite nella rivoluzione digitale, appare contraddistinta da rapida obsolescenza: ciò che ieri non era immaginabile è, qui e ora, realtà⁵⁰.

46 M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bompreszi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel sistema giustizia*, cit., 4 ss.

47 Con riguardo all'avvento di questa idea, L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Jovene 1984, spec. 40 ss e 105 ss.

48 Per l'archeologia dell'idea che raffigura la giustizia penale come sistema, S. Mayeux, *The Idea of "The Criminal Justice System"*, in «American Journal of Criminal Law» (2018), 55 ss. Nello specifico, per sistema si intende «*a complex hierarchy of component parts existing in relation to one another ad in rough equilibrium, which took in inputs and yielded outputs across its interfaces with other systems and subsystems*» (ivi, 59). L'IA, quale fatto sociale totale, impatta sulle diverse componenti della giustizia penale, in guisa da modificare il funzionamento del suo ordine. Ad una teoria algoritmica del reato il compito di contribuire ad un adattamento del sistema punitivo conforme ai canoni dello Stato-costituzionale-di-diritto.

49 Sulla capacità trasformativa dell'IA, «*direttamente legata con i principi fondamentali della socialità umana (libertà, tolleranza, giustizia, ecc.)*» dove ritorna «*e li trasforma*», C. Buchard, *L'intelligenza artificiale*, cit., 1909 ss. (1916 per la citazione).

50 *L'Apollo Guidance Computer*, a bordo dell'Apollo 11, che nel 1969 sbarcò sulla luna, funziona-

Assodato che l'intelligenza artificiale avviluppa l'esperienza penalistica, assume rilievo il problema del rapporto tra IA e garanzie. In definitiva, si può ben dire, alla luce di tutto quanto osservato, che l'algoritmo è una tecnologia politica; in egual maniera si può dire che il sistema punitivo è uno «*strumento di potere autoritario, pronto alla violenza*», il quale può operare «*a servizio di una monarchia, di una dittatura o di una democrazia*»⁵¹. Sicché, il problema del rapporto tra IA e garanzie è il problema della programmazione e dell'impiego di un'IA che non corroda, nel perseguire l'idea dello scopo, il dover essere del diritto penale quale *Magna Charta* del reo: validità del discorso deontologico che non è inficiata da una realtà distonica, la quale, piuttosto, pone, sul piano normativo, l'esigenza del riallineamento tra *Sein* e *Sollen*.

L'epoca dell'intelligenza artificiale, al variare del suo *design*, potrà essere l'epoca del diritto penale garantistico⁵² o, viceversa, del diritto penale totale⁵³. La necessaria computabilità dei principi dello Stato-costituzionale-di-diritto è, da tale punto di vista, la computabilità delle garanzie che pongono la penalità quale diritto e non, invece, quale arbitrio. Si staglia così all'orizzonte l'esigenza di un recupero, attraverso il setaccio tecnologico, dei fondamenti illuministici del diritto di punire: per come, d'altronde, trasposti nella lettera della Costituzione⁵⁴. L'IA non è chiamata

va a 0,043 mhz; un *Iphone* funziona in media a 2490 mhz, ovvero è circa 58.000 volte più potente. Per tale raffronto, aggiornato al 2019, che esemplifica un progresso tecnologico esponenziale, tramite il quale l'uomo può fare sempre di più, L. Floridi, *Etica*, cit., 23 ss.

51 W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia 2011, 80.

52 Tra garantismo e liberalismo, M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il diritto penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in «disCrimen» (24.05.2019; cons. 20.01.2024), spec. 5 ss.

53 F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino 2019. La realtà oscilla tra i paradigmi di un diritto penale garantistico e di un diritto penale totale, con la bilancia che pende a favore del secondo braccio. Per questa diagnosi, di perdurante attualità, cfr. anche M. Donini, *Populismo penale e ragione pubblica. Il post-populismo penale tra lex e ius*, Mucchi 2019, 7 ss.; G. Marra, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in «Criminalia» (2019), 423 ss.

54 Sulla vitalità di tali fondamenti filosofici ed empirici, che riempiono di contenuto il volto costituzionale dell'illecito penale, G. Marra, *I fondamenti liberali del diritto di punire, oggi. Tra norme e società*, in «Ind. pen.» (2019), 643 ss. «*Forme e contenuti, procedure e oggetti non vivono separati*», la *Magna Charta* del reo non deve, infatti, «*la sua validità ad un a priori del pensiero, ma ad un pensiero fondato sull'esperienza*»; così A. Bondi, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè 2006, 99 ss. e 104 per la citazione.

soltanto a funzionare, bensì ad operare secondo il modello di società nel quale interviene.

3. ERMENEUTICA ALGORITMICA: DALLE BANCHE DATI ALLA GIUSTIZIA PREDITTIVA E GENERATIVA

Una teoria del reato, algoritmica e costituzionalmente orientata, la quale voglia contribuire all'effettività della *Magna Charta* del reo, non può che presidiare l'impianto garantistico alla luce delle peculiarità di ciascuna intersezione tra IA e diritto penale: la potenza della tecnica interessa ogni architettura dogmatica e coinvolge, in misura differente, principi, legge e prassi.

Con l'intento di accennare al contributo che l'intelligenza artificiale vuole assicurare al processo decisionale⁵⁵, si fa – in questa sede – riferimento ai sistemi che assistono l'autorità giudiziaria nell'interpretazione della legge e nell'applicazione della legge al fatto⁵⁶.

L'IA fornisce *output* attraverso la computazione dei dati: tali informazioni vengono elaborate dalla macchina secondo le istruzioni impartite dal programmatore⁵⁷. Ad osservare la prassi algoritmica emergono, nel presente e nel prossimo futuro, *database* che consentono una più rapida e

55 Per l'analisi e la classificazione dei diversi strumenti, R.E. Kostoris, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in «disCrimen» (05.03.2024; cons. 07.03.2024), 6 ss.

56 Esulano dal discorso i *software* che coadiuvano il difensore (G. Lasagni, *Difendersi dall'intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale*, cit., 1545 ss.) e che assistono l'A.G. esclusivamente nella ricostruzione e nell'interpretazione del fatto (M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, cit., 14 ss.). Illustrano un programma che consente di estrarre le informazioni rilevanti dal fascicolo processuale, A. Craviotto, L. Vitali, E. Egitto, C. Canepa, *Per un uso responsabile dell'IA nel processo (penale)*, in «GP» (2024), 5 ss. Per saggiare la potenza, in atto, della tecnica è utile guardare oltre i confini nazionali, riportando, ad esempio, il caso del 'sistema 206', un applicativo sviluppato in collaborazione con gli organi di pubblica sicurezza del Tribunale popolare intermedio n. 2 della municipalità di Shanghai. Tale *software* assiste, tra le plurime funzioni, le autorità nella raccolta delle prove, riconoscendo la voce dell'imputato e reperendo, in modo automatico, documenti audio/video, i quali sono stati previamente generati da impianti di videosorveglianza. Sul punto, I. Cardillo, *Disciplina dell'intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina*, in «BioLaw Journal» (2022), 139 ss., spec. 164.

57 I sistemi di supporto alle decisioni permeano la quotidianità: si tratta, in particolare, di applicativi che funzionano sulla base di regole predefinite, o tramite forme di *Machine Learning* e di *Natural Language Models*. Per approfondire i profili tecnico-scientifici, M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, cit., 8 ss., nonché N. Scerbo, *Temere l'intelligenza artificiale? Il ruolo del giudice e l'insostituibilità della funzione autonomia di giudizio nel sistema penale*, in «GP» (2023), spec. 2. ss.

accurata conoscenza della giurisprudenza⁵⁸, nonché applicativi che forniscono una predizione o un suggerimento, sorretto finanche da motivazione, circa, ad esempio, la tipicità del fatto⁵⁹. Per inciso, le applicazioni in discorso non appaiono disgiunte: la raccolta e l'organizzazione del materiale giurisprudenziale (*data-lake*) è propedeutica all'allenamento degli altri sistemi di IA a supporto del processo decisionale.

58 Assume rilievo la capacità dell'IA di incrementare la conoscibilità del formante giurisprudenziale: affiora una comprensione delle pratiche giudiziarie non immaginabile nel passato, in un contesto, come quello italiano, dove la Suprema Corte è chiamata a decidere ogni anno tra 30.000 e 50.000 ricorsi. Cfr. A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 250 ss., nonché G. Fidelbo, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in «SP» (2022), spec. 34 ss. A tal proposito le tecnologie digitali, con il potere di scindere e ricomporre il reale, consentono di elaborare un numero ragguardevole di provvedimenti. La fruizione della giurisprudenza è agevolata da applicativi per l'anonimizzazione; da strumenti di *query-answering* che illustrano i risultati della ricerca tramite grafici, in maniera da mostrare le correlazioni tra le decisioni (ad esempio, collegando la decisione di I grado a quella di appello e di legittimità); da sistemi di *network analysis* che favoriscono la navigazione tra richiami normativi e giurisprudenziali; l'intelligenza artificiale può, altresì, estrarre conoscenza dai provvedimenti: ad esempio, con riguardo al tasso di resistenza delle decisioni, per Tribunale, nei gradi successivi. Sul punto M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bompreszi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel sistema giustizia*, cit., 4 ss. Breve: l'IA è mezzo idoneo al riordino della complessità; l'elaborazione di informazioni, organizzate in archivi elettronici, muove nella direzione di un approccio *data driven* nell'amministrazione della giustizia. L'Italia ha maturato esperienza in tema di banche dati: per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità è sufficiente richiamare i risultati del Centro elettronico di documentazione e di ItalgireWeb. Nondimeno, in considerazione del peso della variabile quantitativa, la conoscibilità delle sentenze di merito è parziale. Così C. Castelli, D. Piana, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in «Questione giustizia» (2018), 160 ss. A riprova dell'attualità di questo tema, l'art. 6 comma I lett. c) del d.lgs. 151/2022 (Norme sull'ufficio per il processo) attribuisce all'UPP presso il Tribunale e la Corte di Appello il compito di «*incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, attraverso la valorizzazione e la messa a disposizione dei precedenti*», «*con la formazione di una banca dati dell'ufficio giudiziario di riferimento*». Per l'analisi dei progetti in campo si rinvia al contributo di A. Franceschini, *Banche dati di merito: circolarità evolutiva o conformismo giudiziario*, in «AP» (2024), 3 ss.

59 Il nucleo della giustizia predittiva consiste nella capacità dell'algoritmo di anticipare, in termini probabilistici, la decisione del magistrato; A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 171 ss. In argomento, *ex plurimis*, G. Pasceri, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè 2022, spec. 73 ss.; S. Quattrocchio, *Artificial Intelligence*, cit., spec. 101 ss.; A. Santorusso, G. Sartor, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in «GI» (2022), 1760 ss. Per una panoramica sugli strumenti esistenti, *Resource Center on Cyberjustice and Artificial Intelligence*, in «coe.int» (cons. 30.01.2024). Con riferimento alle sperimentazioni italiane, anche in rapporto a USA, Repubblica Popolare Cinese e altri Paesi UE, M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bompreszi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale*, cit., 10 ss. Le principali sfide sono, dunque, rappresentate dalla costruzione di *database* pressoché completi e in comunicazione tra loro, relativi non soltanto alla giurisprudenza di legittimità ma anche di merito (*I step*); dall'estrazione di conoscenza da tali *data-lake* (*II step*).

In questo senso il ‘come’ la macchina elabora le informazioni descrive un campo sterminato. Nella prassi viene prefigurata la seguente scansione⁶⁰:

1. occorre digitalizzare i fascicoli e rendere fruibili, quantomeno, le sentenze di legittimità e di merito in un archivio consultabile;
2. la realtà viene codificata sotto forma di dati (gli argomenti giuridici contenuti in un provvedimento, le caratteristiche principali di una controversia, gli elementi di contesto, ecc.);
3. sulla base di tali informazioni – *id est*: della scomposizione e ricomposizione della materia giurisprudenziale – la macchina produce correlazioni statistiche, così da illuminare un paesaggio fino ad oggi sconosciuto: quello della probabilità di una decisione al di là di qualunque motivazione.

La macchina non riproduce il modello di cognizione dell’uomo. Di talché, il *modus operandi* dell’IA reca un duplice corollario: il verdetto algoritmico è indifferente al contenuto, l’obiettivo non è, infatti, offrire la soluzione corretta, ma valutare i possibili scenari e la probabilità della loro verifica⁶¹. Per altro verso, il diritto e la giurisprudenza decadono, come è stato efficacemente osservato, a fatti «*particolari fra altri*»; la norma viene posta «*alla stessa stregua delle caratteristiche del fascicolo, o del temperamento di un giudice*»; «*tutti i fatti – giuridici o meno – sono messi sullo stesso piano*» nel calcolo probabilistico; in questo tracciato «*il diritto non è altro che un’informazione di cui bisogna tenere conto, niente di più. Tutto il diritto diventa un fatto e, viceversa, qualsiasi insieme di fatti, legittimo o meno, raggruppato attraverso correlazioni statistiche, diventa normativo*»⁶². La sottoposizione della giurisprudenza al calcolo muta così la sostanza del materiale immesso; non importa la *ratio* che sostiene i precedenti, ma il volume delle correlazioni: *quantitas non auctoritas facit legem*⁶³.

60 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 172-173.

61 *Ivi*, 176, anche per la definizione dei problemi epistemologici che pone la giustizia predittiva.

62 *Ivi*, 174. Tale normatività non risiede unicamente nella giustizia predittiva, ma, a monte, nelle banche dati: quando un attore processuale «*dispone della totalità delle decisioni giudiziarie, sotto forma di una curva di visualizzazione dei dati*», questa «*curva funge anche da norma*»; «*non si tratta di un fatto grezzo*», «*ma di un fatto normativo*» che incide sul comportamento delle parti (*Ivi*, 250).

63 *Ivi*, 175.

Epperò, non può essere escluso che l'intelligenza artificiale restituisca correlazioni con modalità differenti. Si pensi ad un *software* che, sulla base dei precedenti immessi nella fornace algoritmica, produca non soltanto statistiche (se A, allora B 70%, C 20% e D 10%), ma un'argomentazione a sostegno della soluzione ritenuta esatta (non vera in sé, ma posti i dati, l'algoritmo e il fatto che interroga il sistema). Anche in questa ipotesi l'algoritmo non imita il ragionamento del giudice, ma effettua elaborazioni basate su enormi volumi di informazioni. È il caso dell'IA generativa⁶⁴, sul modello di ChatGPT⁶⁵, applicata al processo decisionale degli attori processuali. *Software* di questa tipologia generano, su richiesta dell'utente, testi e contenuti digitali a partire dai contenuti sui quali sono stati addestrati⁶⁶. Esaminando gli ingranaggi di questi strumenti, l'IA non fornisce solo statistiche, ma elabora risultati sulla base delle interpretazioni offerte dalla giurisprudenza⁶⁷: offrendo una motivazione – o una porzione di essa – in ragione dell'orientamento maggioritario (criterio quantitativo), o sciogliendo i contrasti sincronici e diacronici secondo altra regola (criterio cronologico; criterio qualitativo, con l'attribuzione di un diverso peso alle pronunce, cosicché Cass. SS.UU. > Cass. Sezioni semplici > CdA); proponendo soluzioni in ragione delle *ratio decidendi* o finanche degli *obiter dictum*.

64 C. Burchard, *I pro e i contro dei chatbot nella prassi legale e nella dogmatica giuridica. Un contributo critico sulla funzione del diritto e della scienza (giuridica): state ancora argomentando o state già chattando*, in «Ordines» (2023), 320 ss.

65 Cfr. *Introducing ChatGPT*, in «openai.com/blog/chatgpt» (cons. 15.02.2024).

66 Così A. Craviotto, L. Vitali, E. Egitto, C. Canepa, *Per un uso responsabile dell'IA*, cit., 5.

67 In astratto qualunque decisione può assurgere a precedente; allo stesso modo l'IA, che riproduce e potenzia la giurisprudenza, è indifferente al contenuto. Per inciso, in questa sede è impiegata una nozione ampia e non rigorosa di precedente: comprendente ogni decisione giudiziale che risolve una questione di diritto. Si tratta, tuttavia, di una definizione muta circa l'impiego, sul piano deontologico, di tale dato conoscitivo e che nulla dice circa la distinzione *tra ratio decidendi* e *obiter dictum*; oppure, tra caso e principio di diritto. Questo vuoto, senza diritto, è destinato ad essere riempito dall'ordine impresso dall'algoritmo. In generale, si vedano le riflessioni di G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in «EG», vol. XXIII, 1990, 1 ss., nonché di M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in «Criminalia» (2014), 37 ss. Dalla prospettiva penalistica, A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli 2014; G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in «FI», 2012, 305 ss.; F.M. Damosso, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Giappichelli 2022; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli 2022. In ottica comparata, D.N. Cormick, R.S. Summers (a cura di), *Interpreting precedents. A comparative study*, Routledge 2016. Inoltre, A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, il Mulino 2018.

Negli archetipi appena accennati trova, quindi, conferma la politicità della tecnica⁶⁸ – esaltata dalla sfocata cornice deontologica in cui trova collocazione l’impiego del precedente – che processa i dati sulla base di istruzioni che dovrebbero essere sottoposte al vaglio dello Stato-costituzionale-di-diritto. Il rischio, più volte rimarcato, è quello di delegare ogni scelta al programmatore e di celare, sotto la coltre della matematica, decisioni che dovrebbero, invece, rispondere alle regole dell’ordinamento nel quale intervengono. In ogni caso, l’oracolo algoritmico⁶⁹ non produce un risultato esatto, la correttezza dell’*output* è proprietà che deriva dal rispetto delle regole del gioco.

Orduque, l’intelligenza artificiale mostra la giurisprudenza in realtà aumentata, dalle banche dati ai sistemi di IA generativa, e offre la ponderazione statistica degli esiti. Si noti bene, in questa maniera la tecnica offre un supporto al processo decisionale, ma, sul piano deontologico, non si può sostituire al magistrato (I vincolo normativo)⁷⁰. È sufficiente evocare, tra i molteplici divieti che costellano l’ordinamento, gli artt. 102 («*la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario*») e 111 Cost. («*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*»), nonché gli artt. 22 GDPR («*l’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato*») e 8 D.lgs. 51/2018 («*sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell’interessato, salvo che siano autorizzate dal diritto dell’Unione europea o da specifiche disposizioni di legge*»)⁷¹.

68 La politica imbeve già le banche dati, le quali non costituiscono strumenti passivi di accesso alla giurisprudenza. A titolo esemplificativo, quale visibilità attribuire alle pronunce divergenti dagli orientamenti maggioritari? Come sottolineato, «*ciò che orienta l’ingegnere è la finalità perseguita*»; ad esempio, «*se l’obiettivo sarà quello di rendere le decisioni seriali*», «*non ci sarà spazio per gli orientamenti antagonisti*». Così A. Franceschini, *Banche dati di merito*, cit., 50. Invero, l’IA può agevolare la conoscenza di orientamenti che, allo stato attuale, in quanto non sottoposti a massimazione, sono occulti. D. Micheletti, *Algoritmi nomofilattici a confronto. Ufficio del massimario vs Intelligenza artificiale*, in «disCrimen» (16.05.2023; cons. 21.05.2023); del medesimo Autore si veda, altresì, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in «Criminalia» (2012), 619 ss.

69 V. Manes, *L’oracolo algoritmico*, cit., 547 ss.

70 Soppesa l’integrale disumanizzazione del giudizio, M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in A. Carleo (a cura di), *La decisione robotica*, cit., 63 ss. Sul fondamento etico e sociale del giudice umano, ad esempio, U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e macchina sapiens quale ausiliario del giudice umano*, cit., 27.

71 S. Signorato, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatiz-*

Per la medesima ragione il verdetto algoritmico non può essere affatto vincolante, perché ciò equivarrebbe ad estromettere il giudice dalla decisione (II vincolo normativo).

Ci dobbiamo, quindi, chiedere quale influenza eserciteranno tali strumenti sugli attori del processo? Infatti, «*l'emissione di un verdetto predittivo non è la fine della storia, i soggetti non eseguiranno, in senso giuridico, una simile decisione. Questa sarà per loro un punto di partenza per un altro ragionamento arricchito da tale nuova conoscenza, che modificherà il loro atteggiamento verso il processo*»⁷². Quale impatto produce, allora, l'IA sull'interpretazione della norma penale nella realtà effettuale della cosa? Gli esiti sono compatibili con i protocolli interpretativi dello Stato-costituzionale-di-diritto?

L'incidenza dell'intelligenza artificiale sul processo decisionale presenta, tra l'altro, una matrice giuridica: se l'IA rafforza la presa della giurisprudenza, quanto offre – nel riprodurre, in realtà aumentata, il precedente – deve essere vagliato dal giudice. A prescindere da ogni considerazione critica, e restando sul piano descrittivo, chiariscono le Sezioni unite come non sussista alcuna responsabilità del magistrato per il non aver dato seguito all'interpretazione consolidata, la quale interpretazione – si aggiunge qui – può essere stata portata in dote dalla macchina; nondimeno, proseguono le SS.UU., assodato il valore costituzionale e convenzionale della prevedibilità, per essere sottratta dal sindacato la decisione deve dare conto delle ragioni che hanno spinto il magistrato a discostarsi dall'orientamento prevalente⁷³. D'altro canto, è frequente l'affermazione per cui il giudice, in punto di diritto, può assolvere l'obbligo di motivazione richiamando unicamente il principio applicato, «*ben potendo ritenere, anche per implicito, che non esistano ragioni che giustifichino una deviazione da indirizzi giurisprudenziali consolidati*»⁷⁴.

Da questi cenni emerge, *in nuce*, la forza dell'intelligenza artificiale, con sostanza giurisprudenziale, a prescindere dal difetto di vincolatività dei suoi verdetti. Sicché, in costanza del divieto assoluto di sostituire il decisore umano con la *machina sapiens*, a dover essere soppesata, nel-

zati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana, in «Rivista diritto processuale» (2021), 107 ss.

72 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 211.

73 Cass. civ., Sez. un., n. 11747/2019.

74 *Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, n. 11935/2018. Per una rigorosa critica dell'impianto assiologico sotteso a tale *modus operandi*, cfr. M. Gallo, *Il romanzo di un codice*, in «AP» (2019), 13 ss.

la bilancia dello Stato-costituzionale-di-diritto, è l'intelligenza artificiale come ausiliario del giudice⁷⁵. In tale modello «*la decisione non sarà né solo dell'uomo né solo della macchina*», ma nel senso di una «*determinazione reciproca*», sul modello della «*guida assistita*» nelle automobili⁷⁶. Il problema è quello del «*giudicare attraverso le macchine*», nel tempo in cui pensiamo «*attraverso le macchine*»⁷⁷.

4. IA QUALE DISTRUTTRICE DI VALORI COSTITUZIONALI

In un paesaggio segnato dalla rivoluzione digitale viene paventato il divieto assoluto di impiegare gli algoritmi a supporto del processo decisionale: ciò al fine di escludere – salvo le banche dati – qualsivoglia influenza dell'intelligenza artificiale sulla decisione giudiziaria⁷⁸. In generale, l'uomo è chiamato a scegliere dove non impiegare l'IA: «*ossia dove non permettergli di svolgere una funzione ordinatrice che è potenzialmente sostitutiva di quella umana e distruttiva dell'ordine umano fondato sul diritto politico fatto di diritto alla personalità, dignità umana e pluralismo*»⁷⁹. La ratio di tali proposte è preservare, allora, il volto costituzionale dell'illecito penale innanzi alla potenza della tecnica.

I rischi innescati dall'intelligenza artificiale appaiono, d'altronde, molteplici⁸⁰:

- offrire al giudice una predizione o un suggerimento, fondati sui precedenti, significa favorire la pietrificazione del tempo e il conformismo giudiziario, così da ostacolare l'evoluzione del diritto⁸¹;

75 U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e macchina sapiens quale ausiliario del giudice umano*, cit., 9 ss.

76 A. Punzi, Judge in the machine. *E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., 329.

77 *Ivi*, 328.

78 L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza 2024, 45 (nt. 44); in particolare, con riguardo all'opportunità di estendere il divieto di cui all'art. 220 comma II c.p.p. all'impiego di tutti gli algoritmi predittivi nel processo penale.

79 A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, cit., 27.

80 Per una sintesi, G. Carletti, *La giustizia predittiva e le fragole con la panna*, in «giustizia-amministrativa.it» (2023; cons. 05.01.2024), 6 ss. e 10 ss.

81 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 185 ss. Sull'interpretazione evolutiva, tra testo e contesto, L. Mengoni, *Diritto e tempo*, in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura

- tramite gli algoritmi i magistrati, ma, altresì, gli avvocati, possono essere sottoposti a profilazione, in maniera da individuare le tendenze decisorie di ogni attore processuale, attribuendo, finanche, a ciascuno un ‘punteggio’ in base alle decisioni assunte e, più in generale, alla condotta osservata⁸²;
- per risultato, le parti, nelle spire dell’ultra-trasparenza artificiale, esibiscono la tendenza a conformarsi al dettato della macchina, in modo da minimizzare la propria responsabilità sotto il velo della tecnica e abbattere il tempo e la fatica connaturati al decidere⁸³;
- il peso dell’IA svislisce il contesto, nonché la dimensione emotiva ed empatica del giudizio⁸⁴;
- l’algoritmo può, oltretutto, incorporare *bias* e produrre correlazioni false, rafforzati dalla pretesa neutralità della tecnica, i quali possono derivare dalla scarsa qualità dei dati sottoposti all’agente artificiale (*Bias In, Bias Out*), oppure da difetti nelle istruzioni impartite dal programmatore e da ogni altro meccanismo non intellegibile che muove il *Machine Learning*⁸⁵;
- le criticità sono moltiplicate da *output* oracoli, i quali scaturiti

di), *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè 2011, 11 ss. Al quadro emergente da queste riflessioni va aggiunto il fatto che l’interpretazione algoritmica conserva uno strutturale legame con il passato. L’IA opera, infatti, sulla base di dati rappresentativi di quanto già avvenuto e di criteri valutativi inattuali di fronte alle necessità che muovono la lettura evolutiva della fattispecie.

82 In Francia è punito, con la reclusione fino a cinque anni, chiunque raccolga, analizzi e riutilizzi i dati di identità dei magistrati con lo scopo o con l’effetto di valutare, analizzare, confrontare o prevedere le loro pratiche; *amplius*, G. Carletti, *La giustizia predittiva*, cit., 11 ss. La questione è al centro del dibattito pubblico: è stata varata, a dicembre 2023, una banca dati di merito civile contenente circa 3,5 milioni di provvedimenti; quanto contenuto in tale raccolta è stato anonimizzato, ad eccezione, tuttavia, dei nominativi dei magistrati. I. Ferranti, *Banca dati di merito pubblica, che cosa è e come funziona*, in «*agendadigitale.eu*» (26.02.2024; cons. 11.03.2024). In quest’ottica, al fine di abbattere il rischio di profilazione, si propone l’anonimizzazione integrale delle decisioni giudiziarie, cfr. Area Democratica per la Giustizia, *L’urgenza di anonimizzare i nomi dei giudici sulle sentenze pubblicate*, in «*areadg.it*» (21.12.2023; cons. 06.01.2024).

83 C. Buchard, *L’intelligenza artificiale come fine del diritto penale*, cit., 1929 ss.

84 O. di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, il Mulino 2022, 185 ss.

85 S.G. Mayson, *Bias In, Bias Out*, in «*Yale Law Journal*» (2019), 2218 ss. «*Siccome i dati sono la linfa vitale dell’IA, se abbiamo dati sporchi, parziali o incorretti, il sistema li userà e il risultato non potrà che essere negativo. Fa parte dei limiti del sistema: attinge dal passato, e se il passato è storto, lo sarà anche il futuro*»; L. Floridi, *Temere l’intelligenza artificiale? È come temere il demonio o le streghe* (intervista di F. Spaesiano), in «*Il Dubbio*» (20.12.2021).

scono da opacità nel funzionamento della macchina, o dall'esistenza di diritti di privativa sul codice sorgente. Di talché, si sottopone al giudicante un prodotto che può risultare non affatto trasparente (il fruitore ignora i dati mediante i quali è stata addestrata l'IA e le istruzioni impartite dal programmatore), tracciabile (le operazioni svolte dal *software* appaiono oscure) e spiegabile (non è prevedibile *ex ante* l'*output* e nemmeno comprensibile *ex post* il perché l'applicativo sia pervenuto al verdetto)⁸⁶. In ogni caso, le tavole dell'algoritmo, perché scritte nel linguaggio matematico, sono affisse così in alto che il giudice o il consociato non è in grado di leggerle e comprenderle⁸⁷.

Per altro verso, viene evidenziato come l'IA indebolisca l'imparzialità e l'indipendenza del giudice (artt. 104 e 111 Cost.), laddove anticipa e sottopone all'attenzione del decidente l'*an* e il *quomodo* di ciò che avrebbero stabilito, in un caso analogo, migliaia di suoi colleghi⁸⁸,

Radicalmente, l'IA espunge *de facto* l'uomo-magistrato dalla decisione e il suo impiego viola il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 comma I Cost.): ossia, il diritto ad essere giudicato dal giudice naturale e non da algoritmi o da coloro che hanno deciso casi precedenti⁸⁹. La delega alle macchine è, quindi, «negazione della giustizia», nonché «realizzazione, nelle forme più perverse e illusorie, dell'idea montesquieviana dei giudici come esseri inanimati»⁹⁰: i quali divengono bocca – si annota – della tecnica e della sua politica anziché della *lex scripta* (costituzionalmente conforme).

L'intelligenza artificiale non estromette, perciò, soltanto il giudice dalla decisione, ma la legge così come scritta (art. 25 comma II Cost.)⁹¹.

86 J. Kleinberg, S. Mullainathan, *We Built Them, But We Don't Understand Them*, cit.

87 Così, con riguardo al problema della chiarezza del diritto, F.M. Iacoviello, *La cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè 2023, 73: in particolare, parafrasando Hegel, «rendere accessibile il diritto [i.e. l'algoritmo] soltanto a coloro che ne posseggono la dottrina è torto non minore di quello commesso dal tiranno Dionisio, che appese le tavole della legge così in alto che nessun cittadino poté leggerle».

88 A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale*, cit., 189.

89 L. Ferrajoli, *Giustizia e politica*, cit., 43.

90 *Ivi*, 45.

91 La tecnica impatta su un ben preciso paesaggio storico, quello segnato dalla crisi della legge. Per tale diagnosi, da prospettive differenti, R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale*, in «SP» (2022), 1 ss.; G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in «SP» (2023), 1

Si contrappone, a tal proposito, la normatività algoritmica alla normatività giuridica⁹². Se l'IA produce risultati sulla base della fonte giurisprudenziale, che valore assume nel calcolo il principio di legalità? La *littera legis* non vincola la macchina e trova riconoscimento nei limiti in cui sia desumibile dai *Big Data*. L'agire artificiale è indifferente al contenuto e, nello specifico, alla soglia del significato comune delle parole: *limes* che definisce il campo di ogni decisione esatta⁹³.

In definitiva, la tecnica rafforza la moltitudine dei precedenti (rielaborati e riassemblati secondo le istruzioni che alimentano la macchina), mentre contribuisce a rendere evanescente il vincolo del testo e interviene, nella forma di una spinta gentile che suggerisce ma non vincola⁹⁴, sull'im-

ss.; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in «DPC. Rivista trimestrale» (2016), 22 ss.; M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè 2023, spec. 147 ss.; V. Manes, *Common law-isation del diritto penale. Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in «CP» (2017), 955 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in «RIDPP» (2021), 1249 ss.; R. Palavera, *Il penalista e il suo spartito*, ETS 2018, spec. 145 ss.; F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino 2018, spec. 67 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, cit., spec. 25 ss.; M. Vogliotti, *Legalità*, in «ED» (2013), 371 ss. Si vedano, inoltre, gli atti del convegno *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale*, Firenze, 20.05.2022, disponibili in *Sistema penale*. È superfluo ribadire come ciò che è – la crisi della legalità – non inficia, a Costituzione invariata, la validità di ciò che deve essere (art. 25 comma II Cost.): ovvero, la lettera della legge quale vincolo per l'interprete che, con la violenza della pena, pretende, invece, di realizzare la propria idea di giustizia a discapito dell'uomo in carne e ossa. Compito, tra l'altro, della scienza penale è quello di preservare, nel tumulto della storia, la primazia garantistica e anti-arbitraria della *littera legis*. In questo senso G. Marra, *Il «giudice futurista» e la riforma del sistema penale*, ESI 2024, in corso di pubblicazione.

92 G. Zaccaria, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, cit., 33 ss. L'algoritmo, così come è ontologicamente altro rispetto al ragionamento umano, differisce dalla norma giuridica. Mentre la norma giuridica, una volta posta, precede le condotte umane ed è uguale per tutti, l'algoritmo elabora un esito solo dopo essere stato interrogato: il suo vincolo si produce dopo la domanda dell'uomo e non esiste senza tale domanda.

93 Sul piano deontologico «*l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*» (*ex multis*, Corte cost. n. 98/2021). Cfr. N. Irti, *I cancelli delle parole*, Editoriale scientifica 2015. Affermazione che non equivale a ridurre l'interpretazione ad operazione meccanica; si impone, piuttosto, ai sensi dell'art 25 comma II Cost. e 101 Cost., alla complessità il vincolo del testo. Osserva, del resto, H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Bompiani 1972, 385, che la giurisdizione non consiste «*nel compito dell'applicazione*» sotto le insegne «*di una libertà rispetto al testo normativo*». La distinzione tra legislazione e giurisdizione – che sostanzia il principio costituzionale della separazione dei poteri – presuppone la tenuta e la manutenzione del confine tracciato dal segno. Emerge, dunque, il *Sollen* del protocollo ermeneutico del penalista: da preservare nella fornace algoritmica.

94 Per tutti, C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *La spinta gentile*, Feltrinelli 2014 (ed. orig. *Nudge*, 2008).

parzialità e sull'indipendenza del magistrato. L'IA è potere, orientato al conformismo, esercitato sul decisore⁹⁵. Nel rapporto trilaterale tra legge-giurisprudenza-giudice viene, dunque, oscurata la *lex scripta*; la giurisprudenza in realtà aumentata acquisisce maggiore pervasività; il giudice subisce, frattanto, la fascinazione e il peso delle decisioni del passato⁹⁶.

4.1 IA QUALE LEVATRICE DI VALORI COSTITUZIONALI

Al contempo, nel paesaggio attinto dalla rivoluzione digitale, si dice che è «*inutile sbarrare le porte per non fare entrare il futuro. Tanto il futuro entra lo stesso*»⁹⁷.

La *machina sapiens*, quale ausiliario del giudice⁹⁸, non stravolge l'interpretazione e l'applicazione della norma penale: la decisione permane in capo al giudicante, intanto che l'IA amplia il bagaglio conoscitivo del decisore (banche dati) e formula suggerimenti alla luce di quanto è stato da altri deciso (giustizia predittiva e generativa). Nell'architettura del procedimento gli interlocutori rimangono i medesimi. In ogni caso, il giudice è chiamato a motivare la decisione (art. 111 comma VI Cost.), con l'obbligo, eventualmente, di dichiarare l'impiego di algoritmi, senza alcun limite aggiuntivo al potere di impugnazione.

L'intelligenza artificiale produce, d'altronde, utilità che hanno rilievo nello Stato-costituzionale-di-diritto⁹⁹.

In forza di tale spinta è labile «*il confine tra algoritmi di supporto al giudice e algoritmi essi stessi decisionali*»; G. Zaccaria, *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, cit., 48.

95 La Carta etica europea (in «*coe.int*», cons. 10.11.2023, appendice n. 2), varata a dicembre 2018, rappresenta come «*fornire a ciascun giudice il contenuto delle decisioni prodotte da tutti gli altri giudici*», nonché «*pretendere che la sua scelta futura debba essere necessariamente compresa nella massa di tali precedenti*», configura un approccio che «*dovrebbe essere rigettato in quanto tale elevato numero non può costituire un'aggiunta alla legge né sostituirsi ad essa*»; un simile meccanismo reca, inoltre, «*pericoli di cristallizzazione della giurisprudenza*», con «*effetti potenzialmente negativi sull'imparzialità e l'indipendenza dei giudici*». Posto, tuttavia, il divieto assoluto di un verdetto vincolante, rimane il problema della legittimità della spinta gentile esercitata dall'IA sul magistrato.

96 Come viene chiarito da M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in «LP» (2020), 2 ss., «*la domanda di fondo è se le macchine riusciranno a piegare i giudici riducendone il potere e, soprattutto, se un tale destino sia auspicabile*». Nel caso dei modelli di IA ancorati al precedente l'influenza sul magistrato proviene pur sempre dal potere giudiziario, per come intessuto dall'algoritmo. Di talché, il giudice viene influenzato dalla moltitudine dei giudici.

97 F.M. Iacoviello, *La cassazione penale*, cit., 1104.

98 U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e macchina sapiens quale ausiliario del giudice umano*, cit., 9 ss.

99 F.M. Iacoviello, *La cassazione penale*, cit., 1104 ss.

L'IA contribuisce, innanzitutto, alla certezza giuridica, il cui nucleo consiste, in sintesi, nella «possibilità diffusa di prevedere le conseguenze di atti o fatti, propri o di altri»¹⁰⁰; ovvero, secondo la declinazione penalistica, nella «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di law enforcement rispetto all'applicazione della legge penale», «dal primo atto di indagine», «sino all'effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione»¹⁰¹.

In questo senso a venire in gioco è un «elemento intrinseco del diritto»¹⁰²; ossia, un valore co-essenziale alla stessa idea di diritto, che è tale in quanto ha la forza di imporre ed erogare ordine¹⁰³.

Quello in discorso è un principio dalla matrice assiologica ed empirica: la *Gewalt* che percuote la persona al di là di ogni prevedibilità¹⁰⁴ nega la dignità dell'uomo e ostacola la convivenza. In altri termini, un sistema penale che punisce senza permettere ai consociati di conoscere, *ex ante*, le ripercussioni sanzionatorie del proprio agire è ingiusto; tale sistema è sprovvisto, d'altra parte, di capacità ordinante perché non consente di formulare aspettative. In questo scenario non è soltanto «il moderno capitalismo imprenditoriale [ad aver] bisogno» di un sistema «giuridico fondato sulla certezza e di un'amministrazione basata su regole formali»¹⁰⁵; cioè,

100 M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 50. Sul rapporto tra certezza e prevedibilità, ad esempio, G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli 2005, 7 ss., 26 ss.

101 F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «DPC. Rivista trimestrale» (2016), 15.

102 N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in «RIFD» (1951), 150.

103 Riecheggia l'insegnamento per cui il sistema giuridico è un «duomo gotico, i cui blocchi si sostengono a vicenda opponendosi l'uno all'altro»; G. Radbruch, *Filosofia del diritto*, Giuffrè 2021, 86 (ed. orig. *Rechtsphilosophie*, 1932). Tali blocchi sono la giustizia, l'utilità e la certezza. In questo gioco, di contraddizioni, «che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche è più importante del fatto che questo termine sia giusto e utile; l'esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità; queste ultime rappresentano infatti i due grandi compiti del diritto, ma il primo compito, approvato da tutti allo stesso modo, è la certezza, ossia l'ordine, la pace»; *ivi*, 82.

104 La prevedibilità è al centro della riflessione penalistica: si vedano F. Consulich, *Così è (e vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale*, in «DPC. Rivista trimestrale» (2020), 50 ss.; S. De Blasis, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario*, in «DPC. Rivista trimestrale» (2017), 128 ss.; M. Donini, *Fattispecie o case law? La prevedibilità del diritto e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «Questione giustizia» (2018), 79 ss.; F. Palazzo, *Considerazioni sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in «CP» (2022), 943 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità*, cit., spec. 95 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 13 ss.

105 M. Weber, *Sociologia delle religioni*, Giappichelli 2013, ed. kindle, pos. 1883-1884. N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, il

di «un diritto che si lasci calcolare al pari di una macchina»¹⁰⁶.

Se «l'intero ordinamento giuridico deve funzionare come macchina generatrice di certezza»¹⁰⁷, l'IA pone, allora, la sua potenza di calcolo al servizio di questo scopo.

Banalmente, affidare agli uffici giudiziari i medesimi applicativi (dalle banche dati intelligenti, ai sistemi di giustizia predittiva e generativa) – i quali offrono a ciascun giudice, in realtà aumentata, quanto i suoi colleghi hanno già statuito – significa esercitare sul magistrato una pressione che contribuisce ad assicurare, sul piano oggettivo, la prevedibilità della decisione. Sulla scorta degli archetipi sopra abbozzati, l'interprete, in ogni momento, ha a disposizione non solo i precedenti di legittimità e di merito, ma le risposte, fornite dalla macchina, ad eventuali dubbi esegetici. Emerge un approccio *data driven* alla decisione, che non esclude l'uomo, ma che, invece, lo orienta verso la direzione tracciata da *Big Data* e algoritmi¹⁰⁸.

L'obiettivo è affrancare lo *ius dicere* dai *bias* e dal rumore che inquinano il giudizio¹⁰⁹. Se l'intelligenza artificiale elabora esiti in base alla giurisprudenza, gli *output*, in diritto, possono essere errati perché non considerano il significato comune delle parole¹¹⁰. A prescindere, però, dalla bontà

Mulino 2017, 21 ss. Si sottolinea come la calcolabilità esprima «una dimensione matematizzante ed un approccio geometrico» più precisi e determinati di quelli insiti nella prevedibilità; G. Zaccaria, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in «RDC» (2020), 280.

106 M. Weber, *Sociologia delle religioni*, cit., pos. 1884.

107 M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 58. Sulle condizioni della certezza del diritto, tra organo dell'applicazione e cittadino, fondamentale G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in «Diritto pubblico» (2018), 526 ss.

108 Viene, peraltro, rimarcato come la tecnica non si limiti a spingere il decisore verso un esito prevedibile, ma come incrementi la riflessività del giudizio. Al tempo della trasformazione digitale il giudice ha a disposizione una più approfondita e rapida conoscenza dei casi, così da poter fare un uso più consapevole della giurisprudenza e verificare come la sua decisione si collochi nel quadro dei precedenti. M.G. Civinini, *Nuove tecnologie e giustizia*, cit., 12 ss. In potenza si possono offrire all'attenzione della difesa anche orientamenti finora occulti in quanto non massimati: ciò grazie alla capacità dell'IA di incrementare la conoscibilità del formante giurisprudenziale. D. Micheletti, *Algoritmi nomofilattici a confronto*, cit., 11 ss.

109 C.R. Sunstein, *The Use of Algorithms in Society*, in «Harvard Public Law Working Paper» (2022; disponibile in «ssrn.com», cons. 20.12.2023), spec. 11 ss. L'Autore chiarisce la differenza tra *bias* e rumore: una bilancia che propone un peso sempre errato soffre di *bias*; una bilancia che propone un peso variabile, invariato l'oggetto posto sul piatto, soffre, invece, di rumore. D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, UTET 2021, *passim* (ed. orig. *Noise. A Flaw in Human Judgement*, 2021).

110 Osservano le SS.UU. come «il fine di profitto del reato di furto, caratterizzante il dolo specifico dello stesso, può consistere anche in un fine di natura non patrimoniale»; così Cass. pen., Sez.

del risultato, l'IA fornirà la medesima risposta ad un eguale interrogativo, in maniera da sospingere – scoraggiando, quantomeno, i contrasti inconsapevoli – i decisori nella direzione di una identica interpretazione. Come viene sottolineato oltreoceano, «*a large advantage of algorithms is that they eliminate the lottery*»¹¹¹. La riduzione del rumore è un beneficio in sé e per sé, posto che la certezza giuridica, conseguita attraverso la stabilizzazione della giurisprudenza¹¹², ha valore costituzionale e convenzionale¹¹³.

D'altro canto, rendere fruibili i sistemi di IA per la collettività e per il difensore – nella prospettiva dell'accessibilità della norma – equivale a immettere nel corpo sociale una massiccia dose di prevedibilità: si indica all'A.G. procedente una strada che viene, contemporaneamente, resa pubblica. L'esercizio del potere giudiziario – attraverso il monitoraggio, la diffusione e il confronto dei dati – diviene maggiormente trasparente: l'analisi consente di scoprire *pattern* decisionali e comportamentali, nonché di mappare gli orientamenti (a partire da quelli del singolo ufficio)¹¹⁴. Per contro, il rischio di profilazione può essere minimizzato mediante l'anonimizzazione dei provvedimenti, provvedendo, eventualmente, ad oscurare i dati anagrafici anche dei magistrati¹¹⁵.

L'ausilio della *machina sapiens* può, del resto, esplicitare la sua potenza non unicamente nei casi facili, ma anche nei casi difficili: dove l'IA, che compulsa enormi quantità enormi di informazioni, può proporre al giudice una trama interpretativa rinvenuta tra milioni di precedenti. È stato ricordato come «*l'algoritmo assume complessità e produce semplicità e così facendo genera un ordine*»¹¹⁶.

A chiusura del cerchio – e sintetizzando – l'approccio computazionale è capace di contribuire alla ragionevole durata del processo (art. 111

un., n. 41570/2023, con il commento di G. Flora, "Mi parli del dolo specifico nei delitti contro il patrimonio". *La risposta (sbagliata?) delle Sezioni Unite*, in «RTDPE» (2023), 601 ss. A prescindere dalla correttezza di tale principio di diritto, l'IA produrrà correlazioni sulla base di questo dato.

111 C.R. Sunstein, *The Use of Algorithms in Society*, cit., 12.

112 O. Di Giovine, *Judge-bot*, cit., 951 ss.

113 Sul fondamento costituzionale (artt. 3, 24 comma II, 25 comma II, 27 comma I, 81, 111 e 112 Cost.) e convenzionale (art. 7 CEDU) della prevedibilità, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, nella prospettiva della massimizzazione delle garanzie, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità*, cit., 13 ss.

114 C. Castelli, D. Piana, *Giustizia predittiva*, cit., 154 ss.

115 Per lo stato dell'arte, M. Palmirani, E. Podda, *Anonimizzazione e pseudonimizzazione di sentenze giudiziarie*, in M. Palmirani, S. Sapienza (a cura di), cit., 37 ss.

116 A. Sterpa, *L'ordine giuridico dell'algoritmo*, cit., 13.

comma II Cost.)¹¹⁷. L'IA, oltrech  garantire prevedibilit  e trasparenza, assiste il giudice nel reperimento dei precedenti e nella stesura del provvedimento, con la possibilit  di incrementare la semplicit  e la speditezza dell'attivit  decisionale¹¹⁸.

Il modello deliberativo uomo-macchina esprime, in definitiva, la societ  della previsione, in cui le decisioni (politiche, economiche, giudiziarie) sono co-determinate da *output* che muovono dai dati raccolti nel passato. A ben vedere, l'autonomia dell'individuo – i.e. del giudice –   una complicazione della socialit  ordinata in modo predittivo. Nell'operatore del diritto non si ripone fiducia; piuttosto, l'interprete   trattato come una potenziale minaccia, la cui decisione va orientata su base algoritmica. Il futuro non   concepito come aperto, ma   chiuso da previsioni che si autoavverano¹¹⁹. Ci  che, tuttavia, i critici dell'intelligenza artificiale stigmatizzano come conformismo  , in egual misura, la realizzazione dell'idea stessa di diritto nella forma della certezza¹²⁰: un principio al centro del *pantheon* dello Stato-costituzionale-di-diritto, cos  come gli altri valori di cui l'IA   levatrice.

5. LEX EX MACHINA

Concludendo, dalla discussione sembrano emergere aporie: da un lato, l'intelligenza artificiale, applicata al processo decisionale, attinge le garanzie che animano lo Stato-costituzionale-di-diritto; dall'altro, l'IA attua i principi che reggono tale modello di Stato.

117 M. Luciani, *La decisione robotica*, cit., 67 ss.

118 Ritiene A. Franceschini – *Banche dati di merito*, cit., 39 ss. (39, 41 e 44 per le citazioni) – la certezza e la prevedibilit  «*valori civetta, da agitare per annichilire le resistenti di chi denunci, nei progetti di predittivit , obiettivi di natura ben diversa*»; ossia «*pulsioni efficientiste, produttivismo e conformismo giudiziario*» che fanno «*scivolare il sistema verso una deriva quantitativo-produttivistica*».

119 Testualmente, C. Buchard, *Strafrecht in der Diagnosegesellschaft*, cit., 88 ss.; Id., *Von der »Strafrechts« ordnung der Pr diktionsgesellschaft zur Strafrechts »ordnung« des liberalen Rechtsstaats*, in R. Forst, K. Günther (a cura di), *Normative Ordnungen*, Suhrkamp 2021, 553 ss.

120 In ottica comparata, con riguardo alla Repubblica Popolare Cinese, l'equit  – con caratteristiche cinesi – si intende come uniformit  e meccanicit  dell'attivit  decidente; di talch ,   forte l'enfasi sul precedente a matrice algoritmica quale limite alla discrezionalit  del singolo giudice. Cfr. *Avviso della Suprema Corte del Popolo circa le Opinioni guida sull'uniforme applicazione della legge al fine di migliorare il reperimento di casi simili (per attivit  sperimentale)*, 2020, punto 12. *Amplius*, I. Cardillo, *Disciplina dell'intelligenza artificiale*, cit., 141 e 163.

In questo crocevia la teoria del reato è chiamata a proporre il suo contributo.

Poiché la tecnica può prestare la sua potenza all'ordinamento di una società di uomini liberi, il diniego al suo utilizzo deve essere preceduto dalla verifica circa la possibilità di progettare e impiegare un'IA a misura dello Stato-costituzionale-di-diritto¹²¹.

Non possono essere, però, taciuti i rischi che la trasformazione digitale pone per la *Magna Charta* del reo. A questi rivolgimenti appare inutile opporre soltanto il divieto di sostituire l'uomo con la macchina: la teoria del reato deve saggiare la tenuta delle garanzie nella realtà effettuale della cosa, dove l'IA, al di là dei vincoli formali, avviluppa l'attività interpretativa.

A talune criticità il giurista, a fianco del programmatore, può trovare rimedio sul piano della pubblicità del codice sorgente o nella fucina dell'intelligenza artificiale: ad esempio, in relazione alla necessità di una macchina trasparente, tracciabile e spiegabile. Esigenze, quest'ultime, del diritto e non della tecnica.

121 Come anticipato, in data 13.03.2024 è stato approvato dal Parlamento il regolamento UE per l'intelligenza artificiale. Tale architettura regolativa segue il paradigma del *risk based approach*. L'amministrazione della giustizia rientra tra i settori definiti ad alto rischio: in particolare, per quanto attiene ai «*sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un' autorità giudiziaria o per suo conto [...] nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti*» (allegato 3, punto 8), con l'esclusione, però, delle attività amministrative puramente accessorie. Nel cons. 61 della proposta viene precisato che tale classificazione muove dalla considerazione dell'impatto «*potenzialmente significativo [dell'IA] sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*»; di talché, «*l'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana*». In questo senso i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio devono essere conformi ai requisiti enucleati nel regolamento ed essere governati da un modello di gestione dei rischi corrispondente al dettato dell'art. 9; tra i requisiti si richiamano le indicazioni in materia di *data governance*, controllo umano significativo e trasparenza. Per tutti, M. Palmirani, S. Sapienza, C. Bomprezzi, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel sistema giustizia*, cit., pp. 4 ss.; M. Colacurci, *Quale diritto penale dell'IA? Alcune riflessioni a partire dalla proposta di regolamento dell'Unione Europea*, in «JUS» (2023), 353 ss. A chiusura del cerchio, in data 23.04.2024 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge in materia di IA; l'art. 15 del d.d.l. recita «*i sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale anche finalizzata all'individuazione di orientamenti interpretativi, per la predisposizione di bozze di provvedimento e per ogni altro impiego strumentale e di supporto all'attività giudiziaria*», con la precisazione che «*è sempre riservata al magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento*». A questi interventi normativi verrà dedicata una riflessione *ad hoc*.

Dalla prospettiva penalistica il problema è quello della compatibilità tra l'IA e il binomio principio di legalità (art. 25 comma II Cost.) / soggezione del giudice alla legge (art. 101 comma II Cost.).

Diversamente, non va drammatizzato lo spettro del conformismo: il quale, se trova espressione nell'alveo della *lex scripta*, rappresenta un valore – quello della certezza – e non, invece, un disvalore. In questo senso il giudice della Costituzione è il giudice della legge e non dell'equità; il decisore non deve ricercare la soluzione ritenuta giusta, bensì l'interpretazione esatta perché, quantomeno, rispondente al *limes* tracciato dal comando positivo¹²². L'adeguamento della norma alla realtà sociale, al di là del segno che esprime la disposizione, sovverte infatti, arbitrariamente, la gerarchia delle fonti.

L'intelligenza artificiale, oltreché contribuire alla ragionevole durata del processo (art. 111 comma II Cost.), è funzionale – come detto – alla certezza del diritto: obiettivo perseguito tramite l'incremento del peso della giurisprudenza; l'interpretazione del giudice non è vincolata, ma sospinta nella direzione di quanto è stato precedentemente stabilito.

A tal proposito il problema del rapporto tra IA e *nullum crimen* è il problema della tensione tra certezza e legge scritta. Con un'immagine: il precedente, esaltato dalla potenza algoritmica, appare «*come un faro*» capace di illuminare la penombra in cui è precipitata la *littera legis*¹²³. Il vuoto aperto dal declino della legalità è riempito dal diritto giurisprudenziale 2.0.

Epperò, la prevedibilità, di cui la tecnica è portatrice, non può essere quel valore tiranno capace di travolgere ogni altro dover essere¹²⁴. A tutela, tra l'altro, della separazione dei poteri (art. 25 comma II Cost. e 101 comma II Cost.), è la legge scritta che deve tracciare il confine tra lecito e illecito; è la legge scritta che deve, a monte, consentire alla persona di prevedere le conseguenze sanzionatorie delle sue condotte¹²⁵.

122 U. Ruffolo, *Giustizia predittiva e macchina sapiens quale ausiliario del giudice umano*, cit., 3. Echeggiano, a tale proposito, gli ammonimenti dell'Assemblea costituente: i «*giudici futuristi* [che applicano] *leggi che non sono state approvate* [...] *sono un pericolo gravissimo*»; sovvertono, infatti, «*tutto l'ordine giuridico dello Stato*» con l'arbitrio; al contrario «*noi vogliamo la sicurezza dei diritti di ciascuno*». Così U. Merlin, *Assemblea costituente*, 20.11.1947, da G. Marra, *Il «giudice futurista»*, cit. in esergo.

123 V. Manes, A. Santangelo, *Mechanical Judgement: un processo in action di automazione della decisione penale*, in M. Palmirani, S. Sapienza (a cura di), *La trasformazione digitale*, cit., 141.

124 G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, cit., 530 ss. Cfr., inoltre, Corte cost. n. 85/2013.

125 Dinanzi al pensiero che, a Costituzione invariata, infrange il principio di legalità, osserva la Consulta: «*è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giuri-*

Breve: nel perimetro costituzionale la prevedibilità ha rilievo, ma non costituisce il succedaneo della legge. Da tale *Sollen* scaturisce un corollario: l'intelligenza artificiale – con i suoi verdetti, amalgama di precedenti e algoritmi – può esplicitare la sua potenza unicamente entro il cancello delle parole.

Esemplificando: posta la disposizione D, possiamo avere gli esiti N1, N2 e N3 che trovano collocazione entro il limite tracciato nel segno. In questo perimetro l'IA – producendo statistiche o, finanche, risposte argomentate – spinge gli interpreti verso la soluzione N1 perché più probabile. La tecnica incrementa, dunque, la certezza del diritto in conformità al *nullum crimen*: alla prevedibilità assicurata dalla legge si aggiunge la prevedibilità assicurata dall'IA.

La macchina, d'altra parte, perché indifferente al contenuto, può ritenere più probabile l'esito N4 (85%), che è, invece, incompatibile con il significato comune delle parole che esprimono la fattispecie incriminatrice. Cosicché, l'IA moltiplica l'errore del passato ed esprime una prevedibilità che è distonica rispetto al principio di legalità. Tale incongruenza spiega, pertanto, uno dei compiti che gravano sul giudice innanzi al verdetto algoritmico: il decisore è chiamato ad un impiego critico dell'*output* e alla verifica circa la sua compatibilità rispetto alla lettera positiva; se tale verifica è negativa, l'*output* va scartato. Nello Stato-costituzionale-di-diritto la certezza soccombe, infatti, innanzi al primato della legge: per inciso, che non è una qualsivoglia legge, ma che è la legge conforme a Costituzione.

Si tratta, tuttavia, di un controllo che rischia di essere ineffettivo nella concreta vita delle aule di giustizia. Il giudice, sotto la lente di ingrandimento dell'intelligenza artificiale (quella che è stata definita ultra-trasparenza), è indotto a conformarsi al dettato della macchina, così da non esporsi e ridurre il tempo e la fatica connessi al decidere. Gli schemi della teoria, costituzionalmente orientata, crollano sotto il peso della realtà. In questo *cul-de-sac* il penalista si rivolge, dunque, alla tecnica: è progettabile, a monte, una macchina che funzioni secondo le regole del gioco? È computabile il principio di legalità? È programmabile un'IA che, nei suoi calcoli, basati su *Big Data* e correlazioni, afferri il limite del significato comune delle parole? Risuona, in definitiva, l'interrogativo «*is law com-*

sprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte: sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore» (Corte cost. n. 98/2021).

*putable?»¹²⁶. Anche dalla risposta a tale domanda dipende la tenuta del *nullum crimen* innanzi alla rivoluzione digitale: al fine di esiti che, prima di essere sottoposti al controllo dell'uomo, siano elaborati secondo la criteriologia propria dell'ordinamento in cui intervengono.*

126 C. Markou, *Lex Ex Machina: from rule of Law to legal singularity*, in «trusttech.cam.ac.uk» (cons. 20.11.2023). *Lex ex machina* è il titolo di un convegno che si è svolto nel dicembre 2019 presso il Jesus College, Università di Cambridge.

TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Prima della disciplina organica e attraverso la stessa

Elena Mattevi

Ricercatrice di Diritto penale, Università degli Studi di Trento

1. LA GIUSTIZIA RIPARATIVA TRA INTERDISCIPLINARIETÀ E PLURIME SPERIMENTAZIONI

Si possono individuare diverse discipline che hanno variamente contribuito allo sviluppo della riflessione sulla giustizia riparativa nella cultura occidentale, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Un apporto significativo è stato offerto dall'antropologia giuridica, grazie alla quale – in base a studi incentrati sui microcosmi delle comunità africane o centroamericane – si è ipotizzato un ritorno a forme privatistiche di composizione del conflitto o comunque a paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, «*in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prossimità*»¹.

Vi è poi assoluta convergenza nel cogliere, nelle riflessioni sulla *restorative justice*, un'influenza di matrice abolizionistica², nonché, naturalmente, il contributo decisivo dell'indagine vittimologica³.

Per dar miglior conto della complessità dell'approccio, si può tuttavia ricordare altresì che in alcuni studi ci si sofferma anche sull'influenza

1 M. del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli 2009, 107-119, 109.

2 Cfr. F. Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli 2010, 54 ss.; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè 2003, 1-426, 33 ss.

3 Così si esprime L. Walgrave, *Restorative Justice: An Alternative for Responding to Crime?*, in S.G. Shoham, O. Beck, M. Kett (ed. by), *International Handbook of Penology and Criminal Justice*, CRC Press 2008, 613-690, 618.

delle istanze di matrice cristiana per una visione maggiormente relazionale della giustizia, dell'etica femminista, che avrebbe valorizzato un modello più incline a pensare «*in termini di cura e di relazioni*»⁴ e della sociologia del diritto, che ritiene la pena funzionale a mantenere intatta la coesione ed a rafforzare il consenso, nel quadro di una solidarietà sociale che nasce dalla condivisione di credenze e valori⁵.

In questo quadro così composito, che in questa sede si è solo brevemente tratteggiato, possiamo provare a cogliere invece cosa è rimasto maggiormente in ombra.

In un recente studio, per esempio, si è evidenziato quanto poco numerosi siano i contributi tesi a spiegare perché o come possa funzionare la giustizia riparativa sul piano psicologico. La psicologia è rimasta ai margini delle riflessioni sulla *restorative justice*, nonostante quest'ultima coinvolga aspetti di sicuro interesse per la disciplina «*dato che tratta di trauma, di superamento del trauma, sofferenza, emozioni, dinamiche interne, trasformazione, e usa metodi e strumenti vicini alla pratica del lavoro psicologico, come i colloqui, i gruppi, gli incontri allargati alla famiglia*»⁶. Comprendere meglio ciò che avviene durante il programma e come queste dinamiche possano influenzare gli eventi successivi è, per esempio, decisivo per le considerazioni da svolgere sulla recidiva.

Più in generale, poi, dobbiamo riconoscere che è mancata un'esplícita, o più precisamente, un'unica teoria di riferimento per la giustizia riparativa.

Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness, per esempio, ritengono che la riparazione costituisca un elemento fondante solo della *reparative conception*, che deve essere distinta dalla *encounter conception*, che si incentra sull'incontro tra la vittima e l'offensore, e dalla *transformative conception*, che valorizza lo studio e la rimozione delle cause che precedono il reato e

4 F. Reggio, *Giustizia dialogica*, cit., 64 ss. Sul tema delle influenze religiose, con attenzione al tema del pentimento e del perdono, ad «odiare il peccato e non il peccatore», a «non fare agli altri ciò che non vorresti che gli altri facciano a te», ed a principi come la riconciliazione, la riparazione, la generosità cfr. E. McLaughlin, R. Fergusson, G. Hughes, L. Westmarland, *Introduction: Justice in the Round – Contextualizing Restorative Justice*, Id. (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, SAGE Publications 2003, 1-18, 3. Quanto all'etica femminista cfr. il contributo di M.K. Harris, *Moving into the New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice*, in E. McLaughlin, R. Fergusson, G. Hughes, L. Westmarland (ed. by), *Restorative Justice. Critical Issues*, cit., 31-39.

5 S. Vezzadini, *Percorsi di riconoscimento: le vittime*, in M.A. Foddai (a cura di), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienze a confronto*, Giuffé 2009, 85-102, 98.

6 V. Tramonte, *Giustizia riparativa. Pratiche, effetti, potenzialità*, Erickson 2023, 1-99, 49.

possono porsi alla base di esso. Non dare conto di queste differenti concezioni della *restorative justice* significherebbe offrirne solo una versione parziale⁷.

La concezione orientata all'incontro (*encounter conception*) tende ad identificare la *restorative justice* con alcune pratiche "democratiche", quali la mediazione, poiché richiede che alle parti sia data la possibilità di incontrarsi fuori dal sistema formale di giustizia e di decidere insieme come rispondere al fatto di reato. Gli effetti fecondi del semplice incontro – considerato come fine autonomo della pratica riparativa – hanno portato Umbreit, ad esempio, ad affermare che esso deve essere considerato positivamente anche in ipotesi di assenza di accordo riparatorio scritto (che ha un ruolo secondario rispetto al dialogo e all'aiuto reciproco che deriva dallo scambio di informazioni e dalla condivisione di sentimenti), quando, grazie al ricorso ad un modello "umanistico" di mediazione, la vittima sia riuscita ad esprimere cosa il reato abbia comportato per la sua vita e a ricevere delle risposte dal reo, mentre quest'ultimo abbia compreso il reale impatto umano del suo comportamento. L'accordo, peraltro, può avere un contenuto meramente simbolico⁸. La *reparation* senza un preventivo incontro non può essere considerata coerente con tale modello.

La concezione orientata alla riparazione (*reparative conception*) ritiene, invece, imprescindibile una risposta riparatoria alla lesione, che il reato ha arrecato. La dimensione partecipativa mantiene una sua importanza, ma si può rimanere entro l'orizzonte della *restorative justice* anche quando l'incontro non sia desiderato dalla vittima, sia inopportuno o sia semplicemente impossibile.

La concezione orientata alla trasformazione (*transformative conception*), infine, ha obiettivi assai ambiziosi. Il fine della giustizia riparativa è quello di «trasformare il modo in cui ciascuno di noi comprende se stesso e si relaziona con gli altri nella vita quotidiana»⁹. Una risposta adeguata al crimine deve infatti spingersi fino ad indagare il contesto sociale e culturale in cui il reato si è manifestato, approntando i rimedi necessari.

Se è mancato un riferimento unitario sul piano teorico, e dobbiamo quindi più coerentemente parlare di teorie – e non di teoria – della giustizia riparativa, non possiamo dimenticare neppure quanto numerose e diverse

7 G. Johnstone, D.W. Van Ness, *The Meaning of Restorative Justice*, in Id. (ed. by), *Handbook of Restorative Justice*, Routledge 2007, 5-23, 9-16. Cfr. altresì l'esame delle diverse concezioni contenuto in F. Reggio, *Giustizia dialogica*, cit., 99 ss.

8 M.S. Umbreit, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, Jossey-Bass 2001, 1-425, 6.

9 G. Johnstone, D.W. Van Ness, *The Meaning of Restorative Justice*, cit., 15.

siano le pratiche che si sono diffuse, ostacolando la descrizione del fenomeno in termini unitari.

Le sperimentazioni hanno preceduto le concettualizzazioni e le pratiche hanno anticipato le definizioni normative.

A tale riguardo si possono fare due esempi.

Nell'*Handbook on Restorative Justice Programmes* delle Nazioni Unite¹⁰ – istituzione alla quale dobbiamo ancora la definizione più completa di “programmi” ed “esiti” riparativi, che è contenuta nella Risoluzione n. 2002/12 del Consiglio Economico e Sociale, volta a dettare i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes* – si analizzano i principali programmi sperimentati a livello mondiale, dopo aver evidenziato in via preliminare quanto essi varino profondamente tra loro, a seconda dei diversi contesti considerati. Alcuni programmi che coinvolgono la vittima e la comunità sono stati sviluppati come alternativa ai procedimenti giurisdizionali; altri hanno interessato la fase esecutiva della pena, con lo scopo di contribuire alla rieducazione del condannato; altri, ancora, hanno cercato di favorire la risocializzazione del detenuto al momento del rientro nella società proprio attraverso il rafforzamento dei legami con la comunità. Lo stesso processo di istituzionalizzazione della *restorative justice* all'interno della giustizia penale, che è in corso, ha imboccato plurime direzioni e sfugge alle facili generalizzazioni. Non si deve dimenticare, per esempio, che l'approccio riparativo ha caratterizzato, negli anni, alcuni programmi che non hanno coinvolto direttamente la vittima “in carne ed ossa” di quel reato, perché quest'ultima non ha potuto o voluto parteciparvi o anche solo perché essa, per alcuni illeciti penali, non è facilmente individuabile (i c.d. reati “senza vittima”): si è dato corso a programmi con “vittima surrogata”¹¹.

Un secondo esempio è offerto dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa (CM/Rec(2018)8), dove si precisa che, a seconda del Paese in cui la giustizia riparativa viene praticata, essa assume varie forme e denominazioni: mediazione reo-vittima, mediazione penale, *restorative conferencing*, *family group conferencing*, consigli commisurativi o circoli di conciliazione. Essa può poi esse-

10 Come rileva P. Maggio, *Lo sguardo alle fonti internazionali*, in *Processo penale e giustizia* 2023, n. 5, par. 2 nell'*Handbook* sono contenute indicazioni preziose sulla messa in opera della giustizia riparativa.

11 UNODOC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations 2020, 2a ed., in https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf (consultato il 15.12.2023), 1-116, 23 ss.

re utilizzata in ogni fase del procedimento penale: può essere associata a una forma di diversione dall'arresto o dall'esercizio dell'azione penale, può essere usata congiuntamente all'archiviazione di polizia o giudiziaria, può intervenire prima o parallelamente al perseguimento penale del fatto, può collocarsi tra il momento dell'accertamento di responsabilità e quello dell'applicazione della pena, può costituire parte di una pena o intervenire nella fase esecutiva o al termine della stessa (Principi 5 e 6).

In termini ancora più ampi, anche le pratiche che non implicino un dialogo tra vittime e autori dell'illecito possono essere pensate e realizzate secondo modalità strettamente aderenti ai principi fondamentali della giustizia riparativa (Principio 8).

Il quadro normativo offerto dalle fonti sovranazionali – e tra queste anche dalla Raccomandazione CM/Rec(2018)8, che costituisce la fonte normativa più ampia e completa elaborata in Europa in tema di *restorative justice* –, poi, appare in qualche modo rispettoso delle prassi e volto a non incatenarle a riferimenti troppo rigidi.

2. ALCUNI INTERROGATIVI POSTI DALLA DISCIPLINA ORGANICA DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA E LE RISPOSTE CHE LA DOTTRINA DEVE AIUTARE A TROVARE

Allontanandoci dalle esperienze internazionali per focalizzare la nostra attenzione sulla realtà nazionale, possiamo evidenziare come anche in questo contesto la disciplina organica disegnata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 abbia rappresentato il punto d'arrivo di un lungo percorso di sperimentazione di pratiche riparative, diffuse soprattutto in alcuni specifici contesti, quali il sistema minorile o quello di pace, ma rimaste prive di un riferimento normativo sufficientemente ampio in punto di accesso ai programmi, di regolamentazione degli stessi e di soggetti chiamati a gestirli. Queste pratiche riparative, peraltro, sono state sviluppate quasi esclusivamente attraverso l'impiego di programmi di mediazione coinvolgenti l'autore della condotta illecita e la persona offesa, anche solo presunti tali (qualora il procedimento penale sia ancora in corso).

La prof.ssa Marta Cartabia, fin dal suo insediamento come Ministra della Giustizia, ha mostrato di volere intervenire con decisione per imprimere una svolta al sistema. Nelle sue linee programmatiche ha precisato che «*il tempo è ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le*

esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell'ordinamento in forma sperimentale che stanno mostrando esiti fecondi per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell'intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l'illecito ha originato»¹².

In Italia mancava un serio atto di riconoscimento ufficiale della giustizia riparativa; riconoscimento che è stato offerto solo con la disciplina organica, la quale, tuttavia, è stata capace di andare ben oltre le aspettative degli operatori, per diversi aspetti.

La dottrina è chiamata a confrontarsi con un assetto molto ampio di norme, che offre le opportune definizioni, fissa i principi, gli obiettivi, le condizioni di accesso e le necessarie garanzie per partecipanti e mediatori, nonché le tipologie di programmi e la loro disciplina. Queste norme si occupano poi della creazione dei centri di giustizia riparativa e del percorso formativo e di abilitazione dei mediatori esperti.

Tra gli interrogativi più importanti che la disciplina sollecita vi è quello concernente l'effettività di un accesso ampio e generalizzato alla giustizia riparativa, che l'art. 44 d.lgs. 150/2022¹³ promuove stabilendo che non vi sono preclusioni in relazione alla fattispecie di reato e alla sua gravità e che l'avvio della procedura riparativa può avvenire in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva, dopo la stessa o anche prima che la querela sia stata proposta. I quesiti sono sollecitati dal ritardo con cui si sta procedendo alla creazione dei centri¹⁴ e dai dubbi in merito alla sostenibilità economica a lungo termine del sistema organizzativo che è in via di approntamento su scala nazionale¹⁵.

12 Paragrafo 4.5 della Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (Relazione della Commissione Lattanzi), in www.giustizia.it.

13 D'ora in poi, quando ci si riferirà ad un articolo senza indicare l'atto normativo di riferimento, esso dovrà essere inteso come relativo al d.lgs. 150/2022.

14 In base alle disposizioni transitorie della riforma, le Conferenze locali per la giustizia riparativa, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, avrebbero dovuto provvedere alla ricognizione dei servizi di giustizia riparativa in materia penale erogati da soggetti pubblici o privati specializzati, convenzionati con il Ministero della giustizia ovvero che operavano in virtù di protocolli di intesa con gli uffici giudiziari o altri soggetti pubblici, nonché valutare tali soggetti per redigere un elenco utile alla prima apertura dei centri (art. 92). La ricognizione sarebbe dovuta avvenire entro il 30 giugno 2023, ma l'anno 2023 è finito e le Conferenze locali non sono state convocate. Proprio per questa ragione, l'art. 27 d.l. 2 marzo 2024, n. 19 ha prorogato il termine per la ricognizione al 30 giugno 2024, intervenendo sul citato art. 92.

15 I Centri potranno esistere proprio perché è stato previsto un modo per finanziarli, attraverso uno specifico Fondo, con la dotazione di 4.438.524 euro annui – a decorrere dall'anno 2022 – alimentato

Alcuni dei programmi indicati dal legislatore italiano, poi, hanno denominazioni originali, ma non vengono descritti. L'elencazione degli stessi contenuta nell'art. 53 della disciplina organica – preceduta dalla precisazione “essi comprendono” – è aperta e non tassativa, allo scopo di lasciare spazio anche a programmi non menzionati. La mediazione rappresenta il programma per eccellenza. Nell'elenco, però, si parla sia di mediazione allargata ai gruppi parentali (art. 53 comma, 1 lett. a), sia di dialogo riparativo (art. 53 comma 1, lett. b), una nozione, quest'ultima, che – come quella di “programma dialogico” svolto nell'interesse della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa (art. 53 comma 1, lett. c) – non si ritrova nei programmi di *restorative justice* citati nelle fonti sovranazionali.

Aldilà dei dettagli – che dovranno essere definiti dai centri al momento del loro accreditamento, con il necessario supporto della dottrina – ciò che emerge chiaramente da questo elenco è la centralità del riferimento al “dialogo”, che caratterizza tutti i programmi indicati. Essa ci fa comprendere come la scelta teorica effettuata dal nostro legislatore si avvicini alla concezione dell'*incontro* e più precisamente al *modello umanistico* di *restorative justice*, che fa della mediazione lo strumento per eccellenza della giustizia riparativa ed enfatizza i profili relazionali della vicenda criminosa¹⁶. A conferma di ciò, sul fronte degli esiti riparativi (art. 42, c. 1, lett. e), si presta grande attenzione alla capacità dell'accordo di «*rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti*».

dal Fondo per l'attuazione della delega per l'efficienza del processo penale di cui all'art. 1, 19° comma, l. 27 settembre 2021, n. 134. La Regione, le Province, le Città metropolitane, i Comuni e la Cassa delle Ammende, poi, nel quadro delle rispettive politiche e competenze, possono concorrere al finanziamento dei programmi e alcuni enti sono invero anche sollecitati a farlo, visto che la quota di fondi assegnata dal Ministero della giustizia agli enti locali, ai quali è affidata l'istituzione dei Centri, tiene conto – sulla base dei criteri di proporzionalità – dell'ammontare delle risorse proprie annualmente impiegate per il finanziamento dei programmi (art. 67). Per troppo tempo alla mancanza di risorse si è imputata la responsabilità per il livello inadeguato di servizi di *restorative justice* liberamente accessibili sul territorio nazionale. La situazione dovrebbe finalmente cambiare, ma non mancano preoccupazioni per la sostenibilità economica dell'iniziativa. Si è evidenziato infatti come l'entità del finanziamento ministeriale possa garantire la predisposizione dell'assetto organizzativo di base, ma alla lunga il fabbisogno economico dipenderà soprattutto dalla strategia operativa e organizzativa che verrà privilegiata dai singoli Centri e non potrà che essere soddisfatto anche dagli enti locali: R. Ribon, *I servizi per la giustizia riparativa. Verso un assetto organizzativo integrato della Giustizia*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini Giuridica 2022, 777-790, 787.

16 Cfr. 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 *Sistema penale*, 27 febbraio 2023, 1-17, 13.

Alla luce del fatto che l'esito riparativo si sostanzia tuttavia in un accordo, dal contenuto simbolico e/o materiale (art. 56), è auspicabile che il buon esito del programma venga a dipendere unicamente dal soddisfacimento delle aspettative personali come rappresentate dagli stessi protagonisti del reato e composte nell'accordo stesso, sottoscritto dalle parti¹⁷. Ciò che la dottrina penalistica sarà invece chiamata ad approfondire ulteriormente è il rapporto che si può instaurare tra questa concezione della giustizia riparativa e la riparazione anche unilaterale dell'offesa – «*e non solo del rapporto autore-vittima*»¹⁸ – che sta rivestendo un ruolo sempre più importante nel sistema penale, ma che è rimasta del tutto in ombra nella disciplina organica.

Nel quadro disegnato dalla riforma, un altro profilo che merita di essere approfondito, in quanto particolarmente delicato, è quello concernente il ruolo della comunità, che è così importante da comparire nella definizione di giustizia riparativa offerta dalla disciplina organica (art. 42), tra i partecipanti (art. 45) e tra gli obiettivi dei programmi (art. 43). Questi ultimi devono tendere alla ricostituzione dei legami con la comunità.

Nella Relazione Illustrativa al decreto¹⁹, pur con la precisazione per cui la figura è «*fluida e poco tassativa*», si evidenzia come la comunità venga coinvolta non soltanto come destinataria delle condotte riparative ma anche come «*attrice sociale*», «*che assume un ruolo attivo nel percorso di ricomposizione*». Per questa via si riafferma che la giustizia riparativa è e rimane una giustizia pubblica.

L'individuazione della comunità di riferimento non è attività sempre facile da svolgere; essa sconta un *deficit* di prevedibilità: chi dovrà o potrà, per esempio, essere coinvolto nei programmi? Tra i soggetti appartenenti alla comunità, la riforma organica (art. 45) indica i familiari e le figure di supporto delle parti, gli enti e le associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato, i rappresentanti o i delegati di enti pubblici, le autorità di pubblica sicurezza e i servizi sociali. A complicare ulteriormente il compito

17 E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della Riforma Cartabia*, in *LP*, 21 dicembre 2023, 1-56, 28 sottolinea che «*per non snaturare il senso profondo del percorso riparativo è necessario, quindi, arrivare alla conclusione che l'autorità giudiziaria potrà effettuare solo un controllo estrinseco e formale dell'esito della mediazione*».

18 M. Donini, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di) *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer 2023, 1-27, 5.

19 *Relazione illustrativa aggiornata al testo definitivo del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/riforma-giustizia-penale-in-gu-la-relazione-illustrativa-dlgs-150-2022, 1-431, 327>.

dell'interprete, tuttavia, troviamo anche il riferimento alla nozione di «portatore di interesse»: chiunque abbia interesse può partecipare al programma di giustizia riparativa.

Questi concetti hanno confini sfuggenti – che disorientano il penalista nel suo «feticistico» rapporto con la norma²⁰ – ma dovranno essere definiti almeno nella prassi.

Solo accogliendo questo tipo di sfide, infatti, si potrà davvero andare oltre i modelli di giustizia riparativa che già conosciamo in Italia, offrendo dei programmi che si adattino anche alle offese ai beni a titolarità diffusa o collettiva, quali quelle provocate dai reati ambientali. Come alcune esperienze internazionali dimostrano – per esempio, quella neozelandese – la giustizia riparativa «può creare uno spazio di ascolto per le aspettative di riparazione, che la collettività esprime rispetto ad una determinata offesa all'ambiente»²¹, evitando una 'cura' dell'interesse collettivo soltanto mediata e, quindi, astratta rispetto alle persone che hanno subito le conseguenze negative dell'illecito penale.

Pur in mancanza dell'accreditamento dei centri di giustizia riparativa nel rispetto della Riforma Cartabia, le richieste di attivazione di programmi in materia non mancano e stanno interessando, soprattutto per quanto riguarda la fase esecutiva, anche i reati in materia di sostanze stupefacenti, i reati economici e quelli contro la pubblica amministrazione. I soggetti da coinvolgere dovranno essere individuati con attenzione, tenendo conto delle caratteristiche del reato interessato e della fase in cui avviene l'accesso alla *restorative justice*.

Il momento che ci troviamo a vivere è decisivo per il futuro della giustizia riparativa in Italia e la dottrina è chiamata a dare un prezioso contributo. Da un lato, infatti, deve riuscire a mettere a frutto ciò che la riflessione teorica non solo penalistica – anche se in modo non sempre omogeneo – ha elaborato negli anni, accompagnando lo sviluppo delle nuove prassi alla luce di un dettato normativo coraggioso, ma non esente da limiti. Dall'altro lato, deve assolvere con serietà al mandato formativo che le è stato conferito, nell'ambito del percorso di formazione *post lauream* per mediatori esperti che le Università dovranno istituire in collaborazione coi centri (art. 59).

20 L'aggettivo è utilizzato da L. Monaco, *Su teoria e prassi nel rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1980-1981, 397-493, 491; il Maestro sottolinea la centralità del principio del vincolo alla legge, soprattutto quando la norma in questione è una norma di diritto penale.

21 C. Perini, *La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press 2020, 647-654, 653.

L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI

Antonia Menghini

Professoressa associata di diritto penale, Università degli Studi di Trento

Il diritto penitenziario è un settore in cui lo iato tra teoria e norma (ove esistente), da un lato, e prassi e realtà delle nostre carceri, dall'altro, appare più marcato ed evidente¹. E questo nonostante la l. n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, e poi la legge Gozzini del 1986, abbiano segnato uno spartiacque nel modo di intendere il rapporto tra Amministrazione penitenziaria e detenuto – che da unilaterale (potestà-soggezione) diviene formalmente bilaterale (potere autoritativo-diritto soggettivo)² – ed un parziale ritorno alla legalità, soprattutto se apprezzata con riferimento al corollario della riserva di legge. Bisogna infatti fare i conti con la realtà e prendere atto del fatto che l'ombra lunga del rapporto di c.d. supremazia speciale, che si vorrebbe superata alla luce dei principi affermati in Costituzione e poi inverte nella legge sull'ordinamento penitenziario, permane invece ancora a caratterizzare determinati ambiti specifici in cui si rende più evidente l'inevitabile tensione tra le istanze rieducative e quelle securitarie che, per la verità, permea tutt'oggi l'intero sistema carcere. Del difficile temperamento tra le citate esigenze contrapposte è emblema dichiarato l'art. 1 o.p. che, all'umanità e dignità del trattamento, contrappone le esigenze di ordine e disciplina (termine che all'interno della legge viene poi so-

1 Per un quadro riassuntivo relativo all'assenza delle condizioni oggettive nelle carceri italiane per la piena realizzazione dell'ideale rieducativo, cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 411 ss., ed in particolare 412: «Se la pena viene eseguita in condizioni disumane, ciò compromette *ab origine* anche la possibilità di immaginare dei percorsi trattamentali. [...] L'umanità della pena *in executivis* diventa condizione necessaria del percorso rieducativo, sia sul versante oggettivo delle condizioni minime necessarie per una sua realizzazione, sia sul versante soggettivo, nel costituire presupposto perché il condannato maturi un valido e libero consenso ad intraprendere un percorso trattamentale».

2 Così già F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *GM*, 2010, 11, 2815.

stituito da quello maggiormente omnicomprensivo di sicurezza³).

Vengono qui in oggetto istituti che incidono sulla libertà personale finendo col travalicare, a nostro modo di vedere, quel livello di afflittività già insito nell'esecuzione della pena in carcere e rispetto ai quali si registra un mancato rispetto *in primis* del principio di legalità (riserva di legge) con chiaro *vulnus* quantomeno dell'art. 13 comma 2 Cost. Non dobbiamo infatti dimenticare come già in tempi risalenti la Consulta avesse rimarcato che: «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁴. Il detenuto conserva dunque un residuo di libertà personale che deve essere adeguatamente garantito attraverso il presidio della doppia riserva di legge e giurisdizione prevista in Costituzione.

A questo riguardo, ci sembra criticabile la posizione assunta ormai decenni orsono della Consulta e mai più messa in discussione, nonostante le recenti aperture di cui alla sentenza n. 32/2020 (su cui *infra*). Da un lato, infatti, appare del tutto inadeguato il concetto di «qualità e quantità della pena», utilizzato dalla Consulta quale “limite esterno” per definire l'ambito precluso all'azione discrezionale dell'Amministrazione penitenziaria.

3 La dottrina ha distinto la sicurezza interna da quella esterna giungendo a definire sicurezza interna quella funzionale a mantenere all'interno della struttura di pena un clima in cui le normali attività trattamentali possano essere svolte e, nello specifico, ad impedire alle persone detenute di arrecare danno ad altri detenuti e agli operatori. La sicurezza esterna è invece funzionale ad arginare le evasioni e ad impedire i collegamenti con l'associazione criminale di riferimento all'esterno della struttura di pena, in un'ottica squisitamente preventiva. Per le definizioni riportate, cfr. T. Padovani, *Il regime di Sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 166; P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 12; R. Grippo, *Illegittimità dell'isolamento totale e della cella liscia. Rapporti tra sorveglianza particolare, sanzioni disciplinari, “41 bis” e circuiti: strumenti alternativi o in sovrapposizione?*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 15 marzo 2012, 3 e 12.

4 Cfr. C. cost. 349/1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2855 ss. con nota di S.F. Vitello, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis ord. penit. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*. Per l'affermazione di posizioni soggettive in capo ai detenuti, cfr. già C. cost., 6 agosto 1979, n. 114, in *GC*, 1979, 803 ss. dove si legge «al detenuto deve essere riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità che la pena non intacca». Per un approfondimento delle citate sentenze con riferimento specifico alla tematica del riconoscimento e dell'affermazione dei diritti, cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. III, in generale, e sez. I, par. n. 3.5 e ss. relativamente all'analisi della giurisprudenza.

Dall'altro, a non essere condivisibile è l'affermazione per cui tutto quanto afferisce al trattamento, e più in generale alle modalità esecutive – terreno fertile per la citata azione discrezionale – non sarebbe in grado di incidere sul *quantum* di libertà residua del detenuto che la pena non intacca, affermazione da cui la Consulta fa discendere la non necessaria operatività delle garanzie di cui all'art. 13 comma 2 Cost.⁵

Il lamentato *vulnus*, in particolare sul versante della riserva di legge, si rende evidente soprattutto quando si tratta di disciplinare i poteri autoritativi riconosciuti all'Amministrazione penitenziaria.

Esemplificativa, ad esempio, la materia relativa all'uso della forza (art. 41 o.p.), ove il legislatore si limita a descrivere il presupposto per il suo esercizio, individuato nella necessità dell'intervento, che impone l'adozione della misura meno invasiva per i diritti dei detenuti e che implica, ancor prima, un giudizio positivo sulla congruità della misura adottata, ma non disciplina né la tipologia dei mezzi utilizzabili né le modalità del loro utilizzo, preferendo rinviare per la disciplina di questi dirimenti profili al regolamento esecutivo – fonte secondaria – il quale, all'art. 82, prevede che la coercizione fisica, consentita per le finalità indicate dall'art. 41 comma 3 o.p., vada effettuata sotto il controllo sanitario con l'uso dei mezzi impiegati per le medesime finalità presso le istituzioni ospedaliere pubbliche⁶.

Vi sono poi anche ambiti in cui l'Amministrazione penitenziaria agisce in completa assenza di una espressa previsione legislativa di un potere autoritativo, come accaduto in passato per le carceri di massima sicurezza⁷,

5 Cfr., in argomento, A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 75 ss.

6 Cfr. art. 82 d.P.R. n. 230/2000, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

7 Cfr. Decreto interministeriale del 4 maggio 1977, a firma Bonifazio, Lattanzi, Cossiga, dal titolo «Per il coordinamento dei servizi di sicurezza esterna degli istituti penitenziari», con cui si affidò al Generale Dalla Chiesa il potere di coordinamento dei servizi di sicurezza interna e esterna degli istituti penitenziari. Cfr. in argomento: T. Padovani, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un'evasione dalla legalità*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, in particolare 306 ss.; E. Somma, *Palingenesi, razionalizzazione e "sperimentazione" nella novella penitenziaria del 1986*, in *LP*, 1987, 82; L. Ferrajoli, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in *Quest. crim.*, 1977, 368; A. Morrone, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *DPP*, 2004, 6, 749 ss.; E. Delehayé, *Le carceri speciali*, in *CSM, Incontro del CSM con Magistrati di Sorveglianza*, Roma, 1983, 210. Dà puntualmente conto di come nelle carceri di massima sicurezza si sia fatta una "disinvolta" applicazione dell'art. 90 o.p., poi abrogato ad opera della Gozzini: R. Merani, *Il rapporto con il sistema penitenziario. I vari circuiti penitenziari: a) la sicurezza accentuata*, in *Quad. del C.S.M.*, 1995, 80, 272 ss., in particolare 277 ss. Sottolinea come neppure la legge Gozzini del 1986, con l'introduzione del regime

e come ci sembra accadere tutt'oggi in materia di circuiti penitenziari, realtà che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria definisce «mere articolazioni logistiche» (insieme di sezioni/istituti). Da qui la ricorrente affermazione dell'Amministrazione penitenziaria, smentita però dai fatti, secondo cui l'allocazione, in particolare nel circuito di Alta sicurezza, non implica una «differenziazione nel regime penitenziario sotto il profilo dei diritti e dei doveri dei detenuti e sotto il profilo della possibilità [...] di applicare le regole degli istituti del trattamento penitenziario»⁸.

La materia dei circuiti penitenziari appare dunque oggi la “terra di nessuno” in cui imperversa l'uso della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che troppe volte, per il tramite di previsioni maggiormente contenitive e limitative non solo della libertà di movimento ma anche di altri diritti fondamentali rispetto a quanto previsto con riferimento alla c.d. custodia aperta⁹, si ripercuote, limitandola, su quel residuo di libertà personale che il detenuto mantiene¹⁰. Ciò appare di tutta evidenza

di sorveglianza particolare, abbia comportato il superamento del circuito di massima sicurezza che, al contrario, ha continuato ad esistere nei fatti: A. Bernasconi, *La sicurezza penitenziaria tra prassi amministrative e controllo giurisdizionale*, in *IP*, 1990, 147 ss.

8 Così la circ. DAP, n. 3359/5809 del 21 aprile 1993, in www.giustizia.it. Per un approfondimento sulla distinzione tra circuiti e regimi di rigore, considerati invece incidenti in maniera deteriore sulla disciplina penitenziaria ordinaria, tanto da meritare il presidio, seppure parziale, delle garanzie di cui all'art. 13 comma 2 Cost., cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. IV, sez. I, par. 4.4.

9 Per la disciplina della custodia aperta, cfr. circ. DAP, n. 3594/6044 del 25 novembre, 2011, in www.giustizia.it, e circ. Direzione Generale Detenuti e Trattamento, n. 445732-2011, di pari data. Per un commento, cfr.: A. Della Bella, *Una rivoluzionaria circolare dell'amministrazione penitenziaria che introduce un regime “aperto” per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidario all'interno delle carceri, Ministero della Giustizia D.A.P. Circolare 25 novembre 2011 “Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione”*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 30 novembre 2011. Rammentiamo come in molte strutture di pena la c.d. apertura delle celle, prescritta fin dal 2011 dalla circolare istitutiva della custodia aperta, sia avvenuta solo il 23 maggio 2014, giorno in cui è scaduto il termine concesso all'Italia per adempiere a quanto prescritto nella famosa sentenza di condanna dell'Italia: CoEDU, Grande Camera, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, ric. n. 43517/09, n. 46882/09, n. 55400/09, n. 57875/09, n. 61535/09, n. 35315/10, n. 37810/10, in www.giustizia.it. Per un commento della sentenza: M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *RIDPP*, 2013, 2, 948 ss.

10 Cfr. Cass. pen., 21 dicembre 2017, n. 16911, Fabiano, in www.dejure.it, in cui si riconosce, quale corollario del diritto al trattamento individualizzato, la sussistenza di un diritto alla assegnazione ad una sezione “comune”, declinato secondo lo standard del circuito di Media sicurezza a custodia aperta.

con riferimento alla disciplina dell'Alta sicurezza¹¹, ma, ci preme rimarcarlo, si è reso evidente, a nostro modo di vedere, anche rispetto alla recente attuazione della c.d. nuova Media sicurezza, frutto di una circolare del luglio 2022¹².

La citata circolare prevede infatti una revisione complessiva del sistema della Media sicurezza, che riguarda la stragrande maggioranza dei detenuti (poco meno di 50.000 detenuti), che va ben aldilà della ridenominazione delle sezioni ivi contemplate, oggi ribattezzate sezioni «ordinarie» e «ordinarie a trattamento avanzato», grossomodo riproponendo il previgente distinguo tra custodia c.d. chiusa e custodia c.d. aperta¹³. Nelle sezioni ordinarie, infatti, è preclusa la deambulazione sul corridoio di sezione ed il detenuto trascorre il suo tempo chiuso in cella, a meno che, oltre alle ore d'aria, non possa accedere ad attività di tipo trattamentale.

La vera differenza rispetto al sistema previgente è che in precedenza le sezioni a custodia chiusa erano numericamente meno numerose e nella stragrande maggioranza dei casi il c.d. nuovo giunto veniva allocato direttamente in una sezione di Media sicurezza a custodia aperta. La circolare del luglio 2022 prevede invece che il nuovo giunto debba trascorrere ben 6 mesi nelle sezioni ordinarie, indicando l'allocazione nelle sezioni ordinarie a trattamento intensificato quale vero e proprio elemento del trattamento che, al pari ad esempio di permessi premio e lavoro all'esterno, deve essere inserito nella c.d. sintesi, documento che l'*equipe* dovrebbe redigere, per regola generale, nel termine di 6 mesi, una volta che il detenuto sia divenuto definitivo.

La circolare, che si ispira al principio di progressività nel trattamento – per cui, ad una maggiore responsabilizzazione del detenuto, dovrebbe corrispondere un suo spostamento in una sezione ordinaria a trattamento intensificato – rischia, a nostro modo di vedere, di segnare nei fatti un ritorno al “pre-Torreggiani”, con un numero significativo di sezioni con divieto assoluto di deambulazione sui corridoi e celle sempre chiuse, salvo che per le ore d'aria e la partecipazione alle attività trattamentali. La riforma sembra in ultima istanza scontrarsi con la realtà delle esigue risorse investite sul versante del trattamento sia quanto ad operatori (del tutto deficitario allo stato attuale il numero degli educatori, nonostante i recenti concorsi

11 Su cui cfr. A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., cap. IV, sez. II.

12 Cfr. circ. DAP, n. 3693/6143 del 18 luglio 2022, in www.giustizia.it.

13 Per la disciplina della custodia chiusa, cfr. circ. DAP, n. 425948 del 21 dicembre 2015.

banditi) sia quanto ad attività trattamentali¹⁴. Nelle “nuove” sezioni ordinarie, quantomeno nelle realtà carcerarie in cui le attività trattamentali sono l’eccezione, le persone detenute ivi allocate vedranno pertanto fortemente limitata la libertà di movimento al di fuori delle celle.

Alla luce della costante crescita della popolazione detenuta, che ha recentemente nuovamente superato le 60.000 presenze, il dato riportato dovrebbe allarmare, in quanto in aperto contrasto con uno dei cc.dd. criteri compensativi individuati a Strasburgo rispetto ad una violazione del criterio del c.d. *minimum space* indicato in 3 m². Nella nota sentenza *Muršić c. Croazia*, al fine di confutare la forte presunzione di violazione dell’art. 3 Cedu (trattamento disumano e degradante) derivante da uno spazio minimo vitale *pro capite* per detenuto inferiore ai 3 m², la Corte di Strasburgo ha infatti richiesto ai Governi resistenti la prova della necessaria concorrenza di 3 criteri compensativi: che la violazione sia temporanea e occasionale, che la struttura penitenziaria sia dotata di adeguate *facilities* e che il detenuto abbia appunto la possibilità di muoversi liberamente al di fuori della cella¹⁵. Senza contare che, nella stragrande maggioranza dei casi, alla luce dell’insufficienza degli educatori, il nuovo giunto definitivo dovrà trattenersi ben più dei previsti 6 mesi nelle sezioni ordinarie, visti i cronici ritardi nella chiusura delle sintesi e il nuovo giunto in custodia cautelare per un tempo non preventivabile.

Oltre a quanto evidenziato, preme infine rappresentare un ulteriore profilo di criticità rispetto all’attuazione della circolare citata, in cui si pre-

14 Cfr. P. Buffa, *Il confiteor penitenziario. Le opacità e le sconsiderate scelte che facilitano la violenza in carcere – 2/3. Tra populismo giustizialista e corporativismo operante*, in *Dir. pen. uomo*, 2022, 2, 23, in cui si riporta la cifra diaria prevista per il mantenimento di un detenuto, pari a 154 euro, evidenziandosi che soli 35 centesimi sarebbero destinati all’opera rieducativa.

15 Cfr. CoEDU, *Muršić c. Croazia*, 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 22 ss.; CoEDU, Grande camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ric. n. 7334/13, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, 13 novembre 2016. Per un commento della sentenza della sezione semplice, cfr.: F. Fiorentin, *Il vaso di pandora scoperto: la violazione dell’art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *AP web*, 2015, 3, 1 ss.; D. Ranalli, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2014, 3, 169 ss. Per un commento della sentenza della Grande Camera: M. Ruotolo, *Luci e ombre della sentenza Muršić*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it; F. Cappelletti, *Penelope disfa la tela: ma è, davvero, il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario rivisti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *GP*, 2017, 4, 1 ss.; A. Menghini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 CEDU: per una lettura conforme ai canoni di umanità e dignità della pena*, in *DPPP*, 2017, 1, 122 ss.

vede che anche persone che si trovano già in esecuzione di pena al momento della sua applicazione possano essere allocate nelle sezioni ordinarie, sulla scorta di una valutazione del loro comportamento pregresso e di una loro inidoneità rispetto all'allocazione nelle sezioni ordinarie a trattamento intensificato (si tratta per lo più di detenuti che nei sei mesi precedenti sono risultati destinatari di sanzioni disciplinari). Si può dunque trattare di persone detenute che già hanno scontato una quota parte di pena in sezioni che riconoscevano una libertà di movimento ben maggiore con l'apertura delle celle per almeno 8 ore al giorno e libertà di deambulazione sui corridoi di sezione, a prescindere dalla partecipazione ad attività trattamentali, e una possibilità di trascorrere del tempo con i compagni di sezione. Con ciò, a nostro modo di vedere, si rende evidente un sacrificio del principio di non regressione nel trattamento, principio che, come sappiamo, la Corte costituzionale ha elaborato, sulla scorta del principio rieducativo, con riferimento alle modifiche apportate nel tempo alla disciplina del 4 bis o.p., per cercare di arginare almeno parzialmente gli effetti certamente pregiudizievoli dell'istanza rieducativa legati all'applicazione retroattiva delle modifiche di sfavore.

In particolare, hanno contribuito alla valorizzazione e definizione del principio di non regressione nel trattamento, quale espressione del più generale principio di progressione nel trattamento, tutte le sentenze relative all'applicazione ai fatti pregressi delle modifiche *in peius* succedutesi negli anni rispetto alla disciplina di cui all'art. 4 bis o.p. in assenza della previsione di norme transitorie¹⁶. Si è trattato di un percorso articolato, che ha portato in un primo momento a negare la revoca dei benefici già concessi sulla base della precedente normativa¹⁷, poi a riconoscere la concessione

16 L'operazione esegetica, che ha cristallizzato il principio di non regressione nel trattamento, ha certamente posto un freno significativo all'applicazione retroattiva delle norme di sfavore. Detta operazione, però, contingeva fisiologicamente i propri effetti a quelle situazioni in cui vi fosse stato un avvio, significativo e apprezzabile, del percorso trattamentale. Si è dovuto attendere, invece, fino all'epocale sentenza n. 32/2020, per vedere riconosciuta la possibilità di applicare il principio di irretroattività quantomeno alle misure alternative e alla liberazione condizionale (oltre che all'istituto di cui all'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p.), in quanto misure incidenti sulla qualità della pena e, in ultima istanza, sulla libertà personale del condannato. Cfr. *infra* in dettaglio.

17 Cfr. C. cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *GC.*, 1993, 4 2466 ss., con note di C. Fiorio, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, *ivi*, 1993, , 2505 ss.; M. Margaritelli, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2511 ss.; E. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *CP*, 1994, 861 ss.

di permessi premio a chi ne avesse già fruito in precedenza¹⁸ e, infine, a permettere la concessione di benefici tutte le volte in cui il detenuto avesse raggiunto, prima dell'entrata in vigore delle norme di sfavore, il grado di rieducazione richiesto¹⁹.

Il tema si ricollega alla pronuncia della Consulta n. 32/2020, che, sancendo con riferimento a taluni istituti incidenti sulla libertà personale l'operatività del principio di irretroattività e per altri (permessi premio e lavoro all'esterno) confermando l'operatività del citato principio di non regressione nel trattamento, rappresenta la più importante ed epocale sentenza in materia di esecuzione della pena²⁰.

Bisogna infatti rammentare che, con riferimento all'asserita mancata operatività del principio di irretroattività in materia di esecuzione della pena, la giurisprudenza di legittimità l'ha fatta per lunghissimo tempo da padrone, complice l'inveterata idea, ben confutata da alcuni tra i più importanti penalisti e processualisti²¹, che il penitenziario rappresentasse una

18 Cfr. C. cost., 14 dicembre 1995, n. 504, in www.giurcost.org.

19 Così C. cost., 30 dicembre 1997, n. 445; C. cost., 22 aprile 1999, n. 137; C. cost., 4 luglio 2006, n. 257; C. cost., 16 marzo 2007, n. 79, tutte in www.giurcost.org. Esemplificativamente, il principio di non regressione nel trattamento è stato affermato anche nella sentenza n. 257/2006 che ha dichiarato illegittimo l'art. 30 *quater* o.p., introdotto nel 2005, laddove prevedeva che i nuovi limiti di pena per l'accesso ai permessi premio si applicassero anche ai condannati recidivi reiterati per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della stessa.

20 Cfr. C. cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento della sentenza: E. Dinacci, *Esecuzione della pena e problematiche intertemporali*, in *GI*, 2020, 7, 1773 ss.; D. Notaro, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *DPP*, 2020, 7, 985 ss.; G.L. Gatta, *Articolo 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile dopo la decisione della Consulta, e prima del relativo deposito, la sospensione degli ordini di carcerazione per i fatti pregressi?*, in www.sistemapenale.it, 17 febbraio 2020; A. Gargani, *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *GC*, 2020, 1, 263 ss.

21 Già Bricola aveva affermato che: «L'esecuzione della pena altro non è se non la pena apprezzata nel suo momento dinamico». Così F. Bricola, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili amministrativi*, in *IP*, 1969, 279, secondo il quale «la formula "Nessuno può essere punito" può essere intesa in senso così ampio da ricomprendere lo stesso "trattamento punitivo"»; Id., *Sub art. 25, II e III comma Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 298 ss. Cfr. anche G. Vassalli, (voce) *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *DDP*, vol. VIII, Torino, 1994, 323; M. Nobili, *Sub art. 25, I comma Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, artt. 24-26, cit., 186, secondo cui il principio del *tempus regit actum* dovrebbe trovare un temperamento ispirato al principio del *favor rei* tutte le volte in cui la norma processuale abbia un'incidenza sulla libertà dell'individuo.

costola del diritto processuale, arrivando a sostenere in più occasioni, da ultimo con le SS.UU. nel 2006, l'operatività in materia del principio del *tempus regit actum* – proprio della materia processuale penale – con riferimento alle disposizioni relative alle misure alternative che atterrebbero, secondo la ricostruzione proposta, «alle modalità esecutive della pena»²².

A questo riguardo, tra i molti aspetti rilevanti²³, preme solo sottolineare come proprio la granitica presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, e dunque l'inveterata prassi, abbia portato alcuni degli organi giudicanti che hanno sollevato la questione di legittimità relativa alla legge c.d. “spazzacorrotti” ad invocare una sentenza della Corte costituzionale di tipo additivo «nella parte in cui la citata legge non prevedeva una disciplina transitoria per i fatti di reato commessi prima della sua entrata in vigore»²⁴. Argomentando sulla base dell'incidenza delle disposizioni sulla libertà personale del detenuto (qualità della pena), la Consulta – a nostro modo di vedere correttamente – ha optato invece, superando l'approccio formalista, per una sentenza interpretativa di accoglimento, sostenendo l'operatività del principio di irretroattività allorquando «la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato. In tal caso, infatti, la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto».

Nonostante la criticata distinzione tra «qualità e quantità della pena» e «modalità esecutive» abbia portato anche nella sentenza *de qua* al censurabile distinguo tra istituti, risoltosi in ultima istanza nell'asserita operatività del principio di irretroattività solo con riferimento alle norme relative alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e alla previsione di cui all'art. 656 comma 9 c.p.p.,

22 Cfr. Cass. pen., sez. unite, 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 183.

23 Cfr., diffusamente in argomento, A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 49 ss.

24 Cfr. Trib. Sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1188/19, in www.giurisprudenzapenale.it. Per un commento all'ordinanza di remissione del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, cfr. A. Menghini, *Norme sull'esecuzione penale tra esigenze di garanzie e principio di affidamento*, in *GI*, 2019, 7, 1635. Distingue tra accezione rigida del “diritto vivente” e accezione flessibile dello stesso, D. Notaro, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, cit., 987, il quale mette in evidenza come, nel sollevare questione di legittimità costituzionale, i giudici *a quo* abbiano condiviso un'accezione rigida del diritto vivente.

del tutto condivisibile è invece l'assunto per cui l'incidenza sulla libertà personale permanga la barra sulla quale è necessario calibrare le garanzie proprie della legalità²⁵.

25 Per una lettura critica della pronuncia: V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in www.sistemapenale.it, 23 marzo 2020; A. Menghini, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 453 ss.

TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA¹

Cinque ragioni per parlarne (e una perché non diventi realtà)

Rosa Palavera

Ricercatrice di Diritto penale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

0. TEORIA, PRASSI E CLIMATOLOGIA PENALE

Quarant'anni or sono, Lucio Monaco affrescava vividamente quello che oggi potrebbe trovarsi chiamato diritto penale *responsivo*², puntando al più ferreo interlocutore del giurista, ossia le scienze di base, e individuando il cuore del rapporto tra queste e il diritto nel passaggio da fatto a valore³. Con una duplice intuizione erano tratteggiate, da un lato, le criticità legate alla *frammistione* tra i due piani e, dall'altro, quelle che iniziavano a muoversi contro la natura *fisiologicamente selettiva* delle valutazioni giuridiche rispetto ai dati empirici: il «problema vero» consiste nell'individuare quali siano «i modi e le forme» in cui alla scienza sia accordato di esercitare il suo «diritto di voto»⁴.

1 Contributo elaborato a seguito di una permanenza quale *visiting researcher* presso la Ludwig Maximilians University di Monaco di Baviera, per un progetto di ricerca sul tema *Climatic crimes? The hypothesis of the contribution of criminal law, in a "responsibility anthropocene"*. Si esprime al professor Helmut Satzger la più profonda gratitudine per l'accoglienza.

2 Ossia che reagisce a istanze di criminalizzazione costituite da stimoli esterni. Da non confondersi, pertanto, ben inteso, con la cd. *responsive regulation* di I. Ayres - J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York - Oxford, 1992.

3 L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi urbinati*, 1980-81, p. 3 ss., p. 33 ss. Successivamente, sul tema, cfr. pure D. Pulitanò, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, p. 239 ss.; F. Palazzo, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2013, p. 179 ss.

4 L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, cit., p. 35. Cfr. pure gli scritti approssimativamente coevi raccolti in F. Bricola, *Politica criminale e scienza del diritto*

Nei decenni successivi si è assistito a un'autentica inondazione di studi sul tema, a partire dalle istanze garantiste di *veto scientifico* rispetto a opzioni di politica criminale – in particolare, fattispecie incriminatrici – smentite sul piano dell'efficacia dalle discipline extragiuridiche di riferimento⁵ o comunque da queste non supportate nelle premesse epistemologiche⁶ o sotto il profilo della provabilità⁷. In parallelo, tuttavia, trapela una tendenza di segno inverso, che legge il passaggio da fatto a valore quasi in termini di *obblighi scientifici di tutela*⁸. La realtà misurata o quanto meno

penale, Bologna, 1997; riflessioni riprese in M. Donini - L. Stortoni (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, 2015

5 Giacché «il problema della *giustizia* di una scelta normativa non può essere scisso da quello della sua reale *effettività*» di talché «al tavolo intorno a cui si discute di valori e di valutazioni, soprattutto in sede di legislazione penale, la scienza ha parecchio da dire»: L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, cit., p. 35.

6 Per tutti D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 795 ss.

7 Limitandosi agli studi di diritto penale sostanziale o ancipiti, nella comunque amplissima letteratura, F. Schiaffo, *Il diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli - Roma, 2012; R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013; M. Bertolino - G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Napoli, 2015; A. Amato - G. Flora - C. Valbonesi (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019. Per ulteriori riferimenti sia consentito il rinvio a R. Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, Pisa, 2017.

8 Con argomentazioni assimilabili a quelle che caratterizzano il dibattito su pretesi obblighi costituzionali o sovranazionali di intervento penale: anche per rilievi critici, oltre agli scritti di e su Bricola già cit. *retro*, alla n. 3, M. De Acutis - G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984; D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 484 ss.; M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2001, p. 29 ss.; P. F. Bresciani, *Obblighi costituzionali di tutela e nozione autonoma di materia "penale": come conciliare la lezione liberalpenalista e costituzionalpenalista di Franco Bricola*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, p. 1633 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 171 ss.; F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. Bertolino - L. Eusebi - G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, vol. IV, p. 2645 ss.; F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 243 ss.; S. Manacorda, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1364 ss.; L. Grossi, *I "nuovi" obblighi costituzionali di tutela penale: dall'"an" al "quomodo" dell'incriminazione*, in *La Legislazione penale*, 2024, p. 230 ss.

descritta dalla scienza si alza a interrogare il diritto e il diritto *penale* risponde: almeno, si ritiene dovrebbe farlo, nella teoria e nella prassi, perché se il dialogo si spegnesse in «*Resignation und Abstinenz*»⁹, ciò comporterebbe un *diniego di valore* alle *realità fattuali* oggetto di studio.

Teoria e prassi, bene inteso, restano due distinte sedi del confronto critico interdisciplinare, con le relative occasioni di *falsificazione* delle scelte compiute dal diritto, ma la questione posta investe altresì il profilo etico e ontologico del ruolo del giurista, non tanto sul piano della correttezza degli esiti conseguiti, quanto della sua capacità di generare *prassi tout court*. Fermo restando che la prassi cui Monaco si riferisce è *anche* quella applicativa, secondo il metro transculturale e oggi ormai dominante del diritto *vivente*, non può considerarsi un caso se le sue battute finali sono dedicate, da un lato, alla *dogmatica* e, dall'altro, al vincolo della legge¹⁰. È, quindi, forse il giurista d'accademia il *primo chiamato* a contribuire alla tutela dei beni. Salvo il domandarsi come ciò possa al meglio avvenire.

Se è vero, infatti, che «senza politica criminale non può darsi diritto penale»¹¹, il ruolo del penalista diventa davvero *interlocutorio*: da custode dell'*ultima ratio* egli deve farsi motore di tutti quegli strumenti *altri*, che lo riguardano proprio nella misura in cui la loro attivazione può spesso costituire l'unica *chance* per *evitare* l'intervento della propria disciplina. In epoca di diritto liquido e confini porosi, in cui il fattore temporale sembra assumere un ruolo centrale nell'efficacia delle risposte, il penalista che voglia mantenere opportunamente pigro il legislatore penale deve davvero *rimboccarsi le maniche* affinché l'ordinamento, *nel suo insieme*, vinca la pigrienza.

Il *Seminare der juristischen Fakultät* bavarese, che già sollecitò in Lucio Monaco la prima ricerca, sta oggi divenendo il centro della riflessione su un tema che potrebbe ben prestarsi come terreno di prova per questa evoluzione: la proposta di un *Klimastrafrecht*¹². Proposta che riguarda la

9 L'espressione di L. Böllinger, *Sozialwissenschaften im Strafrecht: Resignation und Abstinenz*, in *Kriminologisches Journal*, 1981, p. 171 ss. è ripresa in L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, cit., p. 29.

10 L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, cit., p. 95 ss. Sono battute "finali" di una ricerca che poi non è mai cessata: sulla necessaria *selettività* del ricorso alle scienze empiriche in ambito sanzionatorio, L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 231 ss.

11 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, p. 467 ss., p. 473.

12 H. Satzger, *Alle sprechen vom Klimaschutz - nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?*, in A. Bondi - G. Fiandaca - G. P. Fletcher - G. Marra - A. M. Stile - C. Roxin - K. Volk (a cura di), *Studi in*

tutela dell'ambiente naturale, nel rapporto tra diritto e scienza, ma in fondo anche la *natura del mestiere del penalista*.

1. IL CAMBIAMENTO CLIMATICO PUÒ CAMBIARE IL DIRITTO PENALE?

L'antropocene, per come lo si è inteso sinora, è al tramonto. Il cambiamento dei toni si percepisce rapido, come all'ocaso di un lunghissimo giorno. Ci si è attardati e, nella luce che già declina, ci si affretta sulla via di *una casa*. Già, ma quale casa? In parte sorprendentemente, la sensazione è che la *casa* a cui sempre più uomini guardano sia il *diritto*. Ogni giurista viene quasi coralmemente *chiamato a fare la sua parte e la parte del penalista pare già scritta*: intervenire! Del resto, non è difficile ricostruire come si è giunti a questo punto.

In principio, si è diffusa una lettura per certi aspetti filosofica dell'antropocene che ha condotto, secondo itinerari sempre più ampi di pensiero, a *relativizzare l'ormai secolare antropocentrismo degli umani*¹³, tratteggiandone la natura di «ospiti di un pianeta che vuole sopravvivere»¹⁴. Questi percorsi hanno sondato, per esempio, il tema delle soggettività non umane¹⁵

onore Prof. Lucio Monaco, Urbino, 2020, p. 1001 ss.; H. Satzger, *Umwelt- und Klimastrafrecht in Europa – die mögliche Rolle des Strafrechts angesichts des “Green Deal” der Europäischen Union*, in M. Engelhart - H. Kudlich - B. Vogel (a cura di), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2021, vol. II, p. 1267 ss.; H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht. Ein Rechtsbegriff der Zukunft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 133(1), 2021, p. 1 ss.; H. Satzger - N. Maltitz, *Globales Klimastrafrecht: Reflexionen zum Strafanwendungsrecht zwischen Territorialität und Universalität*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2023(2), 2023, p. 63 ss.; H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz*, Baden Baden, 2024.

13 B. G. Hennings - Z. Walsh (a cura di), *Climate Change Ethics and the Non-Human World*, Abingdon - New York, 2020; M. Caracciolo - M. Karlsson Marcussen - D. Rodriguez (a cura di), *Narrating Nonhuman Spaces: Form, Story, and Experience Beyond Anthropocentrism*, New York - Abingdon, 2022. Per una prospettiva storica, B. L. Moore, *Ecological Literature and the Critique of Anthropocentrism*, Cham, 2017; A. Cincotta, *L'ambiente “l'Antico e noi”. Premesse storiche ad uno studio in materia di diritto penale dell'ambiente*, in *Historia et Ius*, 9, 2016, historiaetius.eu.

14 A. Bondi, *La geografia dei diritti*, in *Studi Urbinati*, 2019, p. 159 ss., p. 174.

15 S. Castignone - L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012; V. A. J. Kurki - T. Pietrzykowski (a cura di), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Cham, 2017; M. Auer, *Rechtsfähige Softwareagenten: Ein erfrischender Anachronismus*, in *VerfBlog*, 30 settembre 2019, p. 2, verfassungsblog.de; G. Teubner, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 497 ss., p. 499 ss.

e, più in generale e probabilmente con migliori ragioni, la rilevanza dell'interconnessione tra l'uomo e l'ambiente che lo circonda, corrompendosi la quale diviene incerta la sopravvivenza del primo e, forse, di entrambi¹⁶.

È presto emersa, tuttavia, un'ulteriore lettura dell'antropocene, che ha costretto a *rimettere al centro l'uomo*, ancorché secondo paradigmi irreversibilmente mutati, fondati su una umanissima e non più negabile consapevolezza dell'impatto di questa assai peculiare specie sul pianeta. Ritrovatosi al centro del *suo* mondo, ma con il dito puntato contro, l'uomo non ha trovato di meglio che volgersi al *suo*, umanissimo¹⁷, *diritto*. A prescindere da ogni pronostico sulle *chances* di successo di questo progetto, piace chiamarlo *antropocene della responsabilità*¹⁸.

Prendere sul serio la responsabilità richiede una mobilitazione coordinata di tutti i rami di ogni ordinamento¹⁹. La domanda che il mondo intero sembra porre al penalista è: può il diritto penale *cambiare il corso*

16 C. Hamilton, *Defiant Earth: The Fate of Humans in the Anthropocene*, Cambridge - Malden, 2017.

17 C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in S. Castignone - L. Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, cit., p. 688 ss., p. 716 ss., ma già cfr. R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 66. L'unico territorio sul quale il diritto insiste sono i "pochi" centimetri quadrati – qualche migliaio, ossia meno di un metro – di estensione della corteccia cerebrale: non perché *l'uomo sia tutto lì*, ma perché *in quello spazio fisico* il diritto cerca la sua interfaccia *materiale e rilevabile* – e perciò solo entra in crisi ove quella venga a tacitarsi o ancora non risulti affatto (o non risulti *direttamente*) interloquibile. "Interfaccia", si intende: *mera* interfaccia per raggiungere il *molto di più* che è lo spirito motivabile all'agire relazionale. Ancora una volta, non perché *la relazionalità umana* sia tutta lì, ma perché il *limite contingente* del diritto sinora conosciuto dipende dal manifestarsi di estrinsezioni comportamentali, *materiali e rilevabili*, della relazionalità. Con l'accrescersi della capacità di (o dell'affrancamento dal) *misurare e rilevare* le estrinsezioni delle relazioni umane, anche il diritto conquisterà territori di interlocuzione più ampi. Se sarà ancora, in quell'*impresa relazionale*, chiamato *diritto*, si dovrà ai traguardi sotto codesta denominazione conquistati e all'affettuosa stima che ne potrebbe derivare, in uno con la capacità di *ricordare-e-perdonare* – anche al *diritto* – i suoi tanti errori.

18 A partire da H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1979, anche se l'accordo sul principio non si traduce in unanimità circa le azioni da intraprendere. Cfr. pure G. Winter, *Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung*, in *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2, 2017, p. 267 ss.; il numero monografico *Le bon usage de la Terre : penser le droit dans une planète finie*, in *Revue juridique de l'environnement*, 18, 2019, in particolare nelle sezioni III e IV; nonché i contributi a tema ambientale in Peter D. Burdon - J. Martel (a cura di) Peter D. Burdon and James Martel (a cura di), *The Routledge handbook of law and the anthropocene*, Abingdon - New York, 2023, e in V. Chapaux - F. Mégret - U. Natarajan (a cura di), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon - New York, 2023.

19 Cfr. A. Supiot - M. Delmas-Marty (a cura di), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, 2015, in particolare la parte IV.

delle cose? Per il penalista, nondimeno, è altrettanto lecito domandarsi: può il corso delle cose *cambiare il diritto penale*? Perché è bene non dimenticare che ogni giurista è artefice e guardiano *prima di tutto dei suoi propri strumenti: suoi propri* per tradizione, come pure invece perché ascritti alla propria area di operatività o alla propria sfera di vaglio critico dalle più inclusive, sostanzialiste o *fluide* opzioni di categorizzazione contemporanee. E in tutte queste dimensioni, quale che sia il livello di urgenza del problema²⁰, il diritto *penale* del clima *non può* in alcun senso considerarsi “*già scritto*”²¹.

2. CINQUE BUONE RAGIONI PER PARLARNE

Con la vistosa eccezione dell'alveo monacense²², si deve prendere atto che la dottrina ha sinora trattato con sporadicità²³ l'ipotesi di coinvol-

20 Sui rapporti tra tempo e diritto nell'ambito della protezione ambientale, cfr. i contributi raccolti nel numero monografico *Urgences écologiques: quelles urgences pour le droit?*, in *Revue juridique de l'environnement*, HS21 (numero speciale), 2022. Nello specifico, *ex plurimis*, sottolinea C. Becker, *Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen zur Bekämpfung der Krise. Legitimation und Kritik vor dem Hintergrund gesellschaftsvertragstheoretischer Überlegungen*, in E. Pohlreich - S. Beck - B.-D. Meier - G. Stefanopoulou - S. Ziemann (a cura di), *Strafrecht in der Krise. Erkenntnisse zum gesamten Strafrecht nach zwei Jahren Pandemie*, Baden-Baden, 2022, p. 13 ss., p. 22 ss., l'impatto normativo della qualificazione dell'emergenza climatica come condizione di “crisi”, anche nell'ottica della possibilità di imporre, tramite approcci penalistici, sacrifici diffusi, in ragione dell'imminenza del rischio di perdita di vite umane. Cfr. pure R. Kölbl, “*Steuerungskraft des Strafrechts bei der Bewältigung von Krisen*”. *Vorläufige kriminologische Anmerkungen am Beispiel der COVID-19-Pandemie* 221, *ivi*, p. 221 ss., p. 227; F. Jeßberger, *Über den Zustand und die Zukunft des Völkerstrafrechts*, in E. Hoven - M. Kubiciel (a cura di), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts. Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, Baden-Baden, 2020, p. 323 ss., p. 332 ss.; M. Carducci, *Ordinamenti giuridici e sistema climatico di fronte all'autoconservazione*, in *Ars interpretandi*, 2, 2022, p. 23 ss.

21 In questo senso, C. Prittwitz - T. Tiedeken, *Vom Nutzen und Nachteil eines Klimastrafrechts*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrech*, cit., p. 59 ss., p. 59.

22 V. *retro*, n. 6.

23 Limitandosi ai penalisti, W. Frisch, *Strafrecht und Klimaschutz. Möglichkeiten und Grenzen eines Beitrags des Strafrechts zum Klimaschutz nach Maßgabe internationaler Klimaübereinkünfte*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 427 ss., trad. spagn. *Derecho penal y protección del clima. Posibilidades y límites de una contribución del Derecho penal a la protección del clima conforme a convenios internacionales*, in *Indret*, 4, 2015, *indret.com*; A. Nieto Martín, *El derecho penal internacional del cambio climático*, in M. Delmas-Marty - L. Neyret - A. Nieto Martín (a cura di), *Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes*, Ciudad Real, 2019, p. 18 ss.; P. Krell, *Welche Lehren lassen*

gimento *attivo*²⁴ del diritto penale nel contrasto al cambiamento climatico, eludendone una trattazione polifonica e approfondita: una sorta di agorafobia specifica, che forse ha espresso (*recte*, ha consentito di *non* esprimere) un disagio esondante il fisiologico e ubiquitario riflettersi, nella frammentarietà della produzione dottrinale, del carattere (del resto, *molto opportunamente*) *arcipelagico* della disciplina²⁵.

sich aus der Kritik am Umweltstrafrecht für ein Klimastrafrecht ziehen?, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2023(2), 2023, p. 81 ss.; L. Foffani - A. Nieto Martín, *Klimaschutzstrafrecht durch Wirtschaftsstrafrecht?*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2023(2), 2023, p. 100 ss.; A. Nieto Martín, *No mires arriba: las respuestas del derecho penal a la crisis climática*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2022, p. 269 ss.; tr. it. A. Nieto Martín, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *Sistema penale*, 7 ottobre 2022, sistemapenale.it; C. Momsen - A. L. Niang - P. Bruckmann - S. Laudien, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung in die Grundlagen mit fallbezogener Vorbereitung auf die Prüfung im Schwerpunktbereich*, Berlin, 2023, p. 294 ss.; C. Burchard - F.-L. Schmidt, *Climate Crimes. A Critique*, in *Normative Orders Working Paper*, 1, 2023, normativeorders.net; G. Kemp, *Climate Change, Global Governance and International Criminal Justice*, in O. C. Ruppel - C. Roschmann - K. Ruppel-Schlichting (a cura di), *Climate Change: International Law and Global Governance*, Baden-Baden, 2013, vol. I, *Legal Responses and Global Responsibility*, p. 711 ss.; A. Epik - N. Sayatz, *Nachhaltigkeit und Völkerstrafrecht*, in D. Bayer - F. Butz - F. Langlet - A.-L. Poppe - L. M. Sommerer - N. von Maltitz - M. Wöbbeking (a cura di), *Nachhaltigkeitsrecht: Selbstverständnis, Status Quo und Perspektiven*, Baden-Baden, 2023, p. 75 ss.; P. Kasiske, *Klimaschutzregulierung als Herausforderung für das Wirtschaftsstrafrecht*, in P. Hellwege - D. Wolff (a cura di), *Klimakrisenrecht*, Tübingen, 2024, p. 339 ss. Per prospettive più prettamente dedicate al diritto penale internazionale, oltre a quelle da ultimo citate, v. *infra*, n. 89. Numerosi riferimenti alle previsioni penali nazionali, invece, ancorché per lo più in forma di cenno, in F. Sindico - M. M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021; S. Schmitt, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2021, p. 955 ss.

24 Con ciò intendendo politiche criminali espressamente indirizzate alla tutela del clima, distinte dalle risposte che i diversi ordinamenti si trovano a rendere in situazioni di rilevanza penale a qualsivoglia titolo *correlate* al riscaldamento globale. Per questo secondo profilo, S. Farrall - T. Ahmed - D. French (a cura di), *Criminological and Legal Consequences of Climate Change*, Oxford - Portland, 2012; R. Ollard, *La responsabilité pénale en matière d'adaptation aux changements climatiques*, in A. S. Tabau (a cura di), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques? L'expérience de l'île de La Réunion*, Aix-en-Provence, 2018, p. 135 ss.; ma cfr. pure R. White, *Theorising Green Criminology. Selected Essays*, London, 2021; M. Hall, *Victims of Environmental Harm. Rights, Recognition and Redress under National and International Law*, Abingdon, 2013, p. 36 ss.; S. Strohbecke, *Climate Change Criminology*, cit., p. 2 ss.; R. Kölbel, *Schwerpunkte der internationalen Kriminalitätsentwicklung*, in E. Hoven - M. Kubiciel (a cura di), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, cit., p. 13 ss., p. 26; R. Agnew, *Dire forecast: A theoretical model of the impact of climate change on crime*, in *Theoretical Criminology*, 16(1), 2012, p. 21 ss.; P. B. Stretesky - M. J. Lynch, *Environmental Justice* (voce), in Oxford Handbooks Editorial Board (a cura di), *Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*, Oxford, 2012, doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001, ove ulteriori riferimenti.

25 *Difficilmente spiegabile* per W. Frisch, *Strafrechtlicher Klimaschutz. Notwendigkeit und grund-*

L'opzione del silenzio è certamente legittima. È pure comprensibile, anche a fronte delle molte altre impellenti "urgenze" in cui l'accademia si trova impegnata a inseguire, in ambiti di intervento magari marginali, le intemperanze *già produttive di incriminazioni* da parte di legislatori e giudici non sempre accorti. Almeno laddove la compulsione verso la *via terribile* non abbia ancora attinto il piano istituzionale, quindi, *quieta non movere*.

Occorre domandarsi, tuttavia, se tale *pigrizia dello studioso*, di per sé legittima, sia in questo caso anche *opportuna*. Non solo sotto il profilo etico, per lo scienziato del diritto, della preziosa occasione di contribuire a *salvare il pianeta*, ma anche nell'ottica del già menzionato *dovere di custodia dei propri strumenti*: ossia per scongiurare il rischio di dover fronteggiare, in tempi relativamente brevi, un pernicioso e a quel punto difficilmente reversibile surriscaldamento del *clima penale*.

Gli obiettivi confliggono solo in apparenza, ma il loro contestuale perseguimento, come molte delle azioni sistemiche e globali suggerite dal tema del clima, potrebbe richiedere trasformazioni profonde. Solo una radicale rivitalizzazione del dialogo, possibilmente allargandolo alle diverse tradizioni giuridiche coinvolte dalla dimensione planetaria del problema, può consentire di trarne le migliori riflessioni. Si tenta, quindi, come *primo approccio*, una sintesi di alcune *buone ragioni per parlarne*.

2.1 IL DIRITTO PENALE DEVE RISPONDERE ALLE DOMANDE CHE GLI VENGONO POSTE

Una ragione per cui i penalisti dovrebbero parlare del mutamento climatico consiste nella circostanza che al diritto penale, direttamente o indirettamente, *già si stanno ponendo domande*, alle quali sarebbe davvero poco opportuno non rispondere. L'occasione è, peraltro, propizia per dimostrare, nonostante il populismo dilagante²⁶, come le opzioni responsive del

sätzlicher Zuschnitt, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrech*, cit., p. 23 ss., p. 24.
26 La tendenza è planetaria, ancorché si manifesti con sfumature in parte differenti diversi ordinamenti. *Ex plurimis*, J. Pratt, *Penal Populism*, New York, 2007; V. L. Shammass, *Who's Afraid of Penal Populism? Technocracy and "The People" in The Sociology of Punishment*, in *Contemporary Justice Review*, 19(3), 2016, p. 325 ss.; J. Pratt, *Populism, punishment and the threat to democratic order. The return of the strong men*, Abingdon - New York, 2023; J. Pratt, *When Risk and Populism Collide*, in J. Pratt - J. Anderson (a cura di), *Criminal Justice, Risk and the Revolt against Uncertainty*, Cham, 2020, p. 275 ss.; D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; O. Lamalice, *La sévérité pénale à l'heure du populisme*, Ottawa, 2006; F. Fassin, *Punir. Une passion contemporaine*, Paris, 2017; A. Audesse - J. Martel, *L'architecture singulière du populisme*

diritto penale non si limitino all'alternativa tra l'intervento sanzionatorio e l'estromissione dal dialogo ordinamentale.

La richiesta di intervento del diritto penale, infatti, non proviene solo da porzioni, culturalmente sensibili o semplicemente trepide, della popolazione generale, né solo dalla scienza, che anche nelle discipline più contigue al diritto non manca di farsi portavoce della natura²⁷, bensì pure

pénal, in *Champ pénal*, 19, 2020, <https://doi.org/10.4000/champpenal.11931>; F. Nobis, *Strafrecht In Zeiten Des Populismus*, in *Strafverteidiger*, 38(7), 2018, p. 63 ss.; J. Kaspar - T. Walter (a cura di), *Strafen "im Namen des Volkes"? Zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse der Bevölkerung*, Baden-Baden, 2019; E. Hoven, *Populismus und Strafrecht*, in E. Hoven - M. Kubiciel (a cura di), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts. Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, Baden-Baden, 2020, p. 101 ss.; C. Prittowitz, *Populismus und Strafrecht*, *ivi*, p. 117 ss.; J.V. Roberts - L. Stalans - D. Indermaur - M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion*, New York, 2003. Cfr. pure J. V. Roberts - L. J. Stalans - D. Indermaur - M. Hough, *Penal populism and public opinion. Lessons from five countries*, Oxford - New York, 2003; K. Kremens, *The New Wave of Penal Populism from a Polish Perspective*, in E. Hoven - M. Kubiciel (a cura di), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts*, *cit.*, p. 123 ss.; M. Sozzo, *Populismo penal historia, balance, dilemas y perspectivas de un concepto*, in *Nova criminis*, 9(14), 2017, p. 79 ss.; L. F. Pereira - S. C. Z. Ribeiro, *Eu quero imagens, cadê as imagens, comandante Hamilton? A retórica do populismo penal contemporâneo e a "democracia da desconfiança", uma análise dos impactos do populismo penal no contemporâneo complexo punitivo*, in *Revista de Ciências do Estado*, 5(1), 2019, e15166, periodicos.ufmg.br; J. P. Sarmiento-Eraza - E. C. Bula - C. Mariño-Manrique, *El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso*, in *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 155(1), 2020, p. 1047 ss. Nella dottrina italiana: G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 197 ss.; C. Sotis - D. Pulitanò - S. Bonini - T. Guerini - G. Insolera - A. Sessa - A. Manna - L. Risicato - N. Mazzacuva, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020, sistemapenale.it; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 73 ss.; A. Ceretti - R. Cornelli, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2019, p. 1481 ss.; R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2019, p. 128 ss.; E. De Marchi, *Teoria e prassi del populismo penale*, Padova, 2020; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, in *Ragion pratica*, 1, 2019, p. 191 ss.; S. Anastasia - M. Anselmi - D. Falcinelli, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Assago - Padova, 2020.

²⁷ Nell'ambito della criminologia, fanno espresso riferimento all'ipotesi di criminalizzazione dei contributi al mutamento climatico, oltre a quelli di più ampio approccio, già menzionati (v. *supra*, n. 23), R. White, *United Nations Initiatives in Preventing Environmental Crime*, in H. Kury - S. Redo (a cura di), *Crime Prevention and Justice in 2030. The UN and the Universal Declaration of Human*

da organizzazioni come l'Unesco²⁸ e il World Council of Churches²⁹: le quali, anche senza attribuire loro una speciale autorevolezza o un ruolo istituzionale, già invece per la sola capacità di influire, per ragioni diverse, sui comportamenti diffusi, sarebbero interlocutori d'elezione per una buona politica di prevenzione positiva.

Anche laddove le istanze “interventiste” abbiamo preso le mosse “dalla base”, inoltre, il diritto penale ha dovuto farsi giudice dei rapporti fra parlanti (o non parlanti), compresi quelli istituzionali. La giurisprudenza – ben oltre il riconoscimento di posizioni individuali *direttamente correlate* a conseguenze già attuali del mutamento climatico e, *in quanto tali*,

Rights, Cham, 2021, p. 253 ss., p. 255 ss. e 264 ss.; P. Stoett - D. A. Omrow, *Spheres of Transnational Ecoviolence. Environmental Crime, Human Security, and Justice*, Cham, 2021, p. 155 ss.; R. Walters, *Ecocide, climate criminals and the politics of bushfires*, in *The British Journal of Criminology*, 63(2), 2023, p. 283 ss.; S. Strohbecke, *Climate Change Criminology. Zusammenhänge zwischen Temperatur und Kriminalität*, Hannover, 2023, p. 29 ss.; F. Haines - C. Parker, *Moving towards ecological regulation: the role of criminalisation*, in C. Holley - C. Shearing (a cura di) *Criminology and the Anthropocene*, London, 2017, p. 81 ss.; R. C. Kramer - E. A. Bradshaw, *Climate crimes: the case of ExxonMobil*, in A. Brisman - N. South (a cura di), *Routledge International Handbook of Green Criminology*, Abingdon - New York, 2a ed. 2020 p. 167 ss.; R. Altopiedi, *Crisi climatica e pandemia. Il posto del pensiero critico*, in *Studi sulla questione criminale*, 1, 2022, p. 11 ss., p. 29 ss.; R. Haverkamp - F. Langlet, *Im Schatten von Kriminologie und Strafrecht: Die Gefährdung der Menschheit durch den Klimawandel*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 473 ss. Cfr. pure, tra gli esperti in protezione ambientale M. Byrne, *Climate Crime: Can Responsibility for Climate Change Damage be Criminalised?*, in *Carbon & Climate Law Review*, 2010, p. 278 ss.; M. Naylor-Komyatte, *Crime Without Punishment: Exploring Corporate Liability for Climate Crimes at the International Criminal Court*, in *New Sociological Perspectives*, 1(1), 2021, nsp.lse.ac.uk; N. Milaninia - J. Aparac, *Climate Change Litigation before the International Criminal Court: Prospects in Theory and Practice*, in I. Alogna - C. Bakker - J. P. Gaud (a cura di), *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leida, 2021, p. 481 ss.; P. Baer, *Adaptation to Climate Change: Who Pays Whom?*, in W. Adger - J. Paavola - S. Huq - M. Mace (a cura di), *Fairness in Adaptation to Climate Change* (Cambridge, 2006, p. 131 ss., ra in S. M. Gardiner - S. Caney - D. Jamieson - H. Shue (a cura di), *Climate Ethics. Essential Readings*, Oxford - New York, 2010, p. 247 ss., p. 249 ss.

28 Cfr. C. McKinnon, *Climate crimes must be brought to justice*, in *The UNESCO Courier*, 3, 2019, p. 10 ss.

29 World Council of Churches, *WCC Comment on the OTP Environmental Crimes Policy. Submission to the Prosecutor of the International Criminal Court*, Geneva, 2024. Posizioni non dissimili sono state espresse anche in ambito cattolico, ancorché in termini più generali: si pensi al riferimento alla contaminazione massiva dell'aria nel *Discorso del Santo Padre Francesco ai Partecipanti al Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto penale*, 15 novembre 2019, vatican.va. Peraltro, la collocazione del tema ecologico all'ambito della tutela penale colpisce ancor più laddove letta nel contesto di promozione di una generale *restrizione* della penalità: cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 23 ottobre 2014, vatican.va, ora con nota di L. Eusebi, *Cautela in poena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2015, p. 469 ss.

giustificate o comunque fondative di diritti³⁰ – si è occupata delle condotte eventualmente tipiche in contesto di protesta ambientalista, rivestendole di un tenore normativo peculiarmente qualificato, in forza del quale potrebbero considerarsi non solo legittime³¹, ma addirittura *doverose*.

Queste, per meglio intendersi, le esatte parole scelte da un tribunale penale francese: «le modalità di espressione dei cittadini in paesi democratici non può ridursi ai suffragi espressi in occasione delle scadenze elettorali, ma *deve* inventare altre forme di partecipazione nel quadro di un *dovere di vigilanza critica*», nell’ambito del quale un atto illecito «deve essere interpretato come il *sostituto necessario* del dialogo impraticabile tra il presidente della Repubblica e il popolo»³².

30 A mero titolo di esempio, quale condizione legittimante la richiesta di asilo: cfr. C. Scissa, *Migrazioni ambientali tra immobilismo normativo e dinamismo giurisprudenziale. Un’analisi di tre recenti pronunce*, in *Questione Giustizia*, 17 maggio 2021, questionegiustizia.it; K. Hamann, *Licht am Ende des Tunnels? Aktuelle Chancen im Umgang mit klimawandelbedingter Migration*, in D. Bayer - F. Butz - F. Langlet - A. - L. Poppe - L. M. Sommerer - N. von Maltitz - M. Wöbbecking (a cura di), *Nachhaltigkeitsrecht*, cit., p. 157 ss.; M. Lister, *Climate change refugees*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 17(5), 2014, p. 618 ss.; S. Atapattu, *Climate change and displacement: protecting ‘climate refugees’ within a framework of justice and human rights*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 11(1), 2020, p. 86 ss.; ma già S. Atapattu, *Climate change, human rights, and forced migration: implications for international law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 27, 2009, p. 607 ss.

31 Il problema si è posto con evidenza in ambito germanofono. Cfr. H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 30 ss.; L. Greco, *Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134(1), 2022, p. 1 ss., p. 87 ss.; T. Horter - T. Zimmermann, *Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2023, p. 440 ss. e 481 ss.; R. Schröder, *Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen “strafrechtlichen Klimanotstand” - und wenn ja wie viele?*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2023, p. 623 ss.; I. Zerbes, *Klimanotstand! Ein Beitrag zur Rechtfertigung zu Gunsten von Allgemeinrechtsgütern*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 503 ss.; N. Sarfraz, *Ziviler Ungehorsam zum Schutz des Klimas im Lichte der Rechtfertigungsdogmatik*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 541 ss.; S. Lichtenthäler - A. Herrmann, *Keine Rechtfertigung von Straftaten zum Zwecke des Klimaschutzes über § 34 StGB wegen sogenannten Klimanotstands*, in *Nachhaltigkeitsrecht*, 2024, p. 76 ss.; K. Volle, *Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung von Klima-Aktivist: innendurch die Strafgerichte*, in P. Hellwege - D. Wolff (a cura di), *Klimakrisenrecht*, cit., p. 165 ss. M. Kubiciel, *Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat*, in P. Hellwege - D. Wolff (a cura di), *Klimakrisenrecht*, cit., p. 191 ss.

32 Si tratta di pronuncia basata sui parametri piuttosto stringenti dello stato di necessità applicati a un caso di furto del ritratto del Presidente della Repubblica da parte di attivisti per il clima: così Tribunal de Grande Instance de Lyon, 16 febbraio 2019, 19168000015, p. 7, corsivi aggiunti. In commento, F. Paccaud, *Le climat a ses raisons que le droit pénal n’ignore plus. Commentaire de la décision du Tribunal correctionnel de Lyon du 16 septembre 2019*, in *Revue juridique de l’environnement*, 46(1), 2021, p. 123 ss.; M. Torre-Schaub, *Climate Change Litigation in France: New Per-*

Ancora, al diritto penale sono poste domande circa l’allocazione del *dovere normativo* non solo per giustificare eventuali “supplenze atipiche”, ma anche per *incriminare l’inerzia*: in Brasile è stata ipotizzata la rilevanza penale per la mancata adozione di politiche climatiche adeguate³³. La vicenda, di per sé marginale³⁴ e risolta banalmente sul piano processuale³⁵, si colloca tuttavia in un significativo orizzonte di gestione in sede giurisprudenziale del tema della separazione dei poteri.

Il panorama extrapenalistico su quel fronte, peraltro, non è affatto compatto. Le cause aumentano in quantità, si radicano in numero crescente di giurisdizioni e si vanno in parte diversificando³⁶. A livello europeo, la condanna dell’inerzia statale – senza però circostanziare i rimedi da assumere – è stata ritenuta compatibile con l’affermazione della rilevanza del principio di separazione dei poteri, che potrebbe essere messo in discussione soprattutto laddove la qualità di vittima fosse accordata in modo ampio e utilizzata come strumento per condizionare le politiche ambientali nazionali³⁷. Tuttavia, il Parlamento dello Stato destinatario della condanna si è espresso nel senso di non dare seguito alla sentenza, invitando la Corte

spectives and Trends, in I. Alogna - C. Bakker - J.-P. Gauci (a cura di), *Climate Change Litigation. Global Perspectives*, Leiden, 2021, p. 124 ss. Sui medesimi temi, C. Huglo, *État de nécessité. Droit pénal climatique*, in D. Bourg (a cura di), *Désobéir pour la Terre. Défense de l’état de nécessité*, Paris, 2021, p. 223 ss.; C. Demay - B. Favre, *De l’état de nécessité à la désobéissance civile environnementale. Plaidoyer pour une réhabilitation macropolitique du droit*, *ivi*, p. 249 ss. Cfr. pure il caso svizzero Tribunal de Police de Lausanne, PE19. 000742/PCL/IIb, 13 gennaio 2020, su cui A. Payer, *Klimawandel und strafrechtlicher Notstand: Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19. 000742/PCL/IIb vom 13. Januar 2020*, in *Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher*, 2020, p. 21 ss.; M. Thommen - J. Mattmann, *Whistleblowing für das Weltklima: Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne (Tribunal de Police) PE19. 000742/PCL/IIb vom 13. Januar 2020*, in *Sui Generis*, 2021, *sui-generis.ch.*; A. Stocker, *Mehrheitsfähige Klimapolitik: Ein Kommentar zu «Whistleblowing für das Weltklima» von Marc Thommen und Jascha Mattmann*, *erschienen im Januar 2021*, in *Sui Generis*, 2021, *sui-generis.ch.*

33 Supremo Tribunal Federal, *Fabiano Contarato, Randolph Rodrigues and Joenia Batista v. Ricardo Salles*, PET 8351 AGR / DF, 20 agosto 2021.

34 In realtà la denuncia è stata articolatamente strutturata anche con riferimento a condotte commissive: cfr. Supremo Tribunal Federal, *Fabiano Contarato, Randolph Rodrigues and Joenia Batista v. Ricardo Salles*, PET 8351, petizione 22 agosto 2019.

35 Dapprima in punto di legittimazione all’azione e, successivamente, in ragione della sopravvenuta rinuncia del denunciato al mandato parlamentare Supremo Tribunal Federal, *Fabiano Contarato, Randolph Rodrigues and Joenia Batista v. Ricardo Salles*, PET 8351, decisione 24 ottobre 2019.

36 J. Setzer - C. Higham, *Global trends in climate change litigation: 2024 snapshot*, London, 2024.

37 CEDU, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 53600/20, GC, 9 aprile 2024, in particolare §§ 413, 457, 484. Si vedano pure i §§ 235 ss. per riferimenti ad alcune pronunce giurisprudenziali degli Stati membri.

EDU ad «accordare alla sovranità statale e al principio del consenso nel diritto internazionale l'importanza che ancora oggi rivestono» e «rispettare i processi democratici degli Stati Parte»³⁸. La linea CEDU non è peraltro unanimemente condivisa nemmeno in ambito giudiziario³⁹ e anche fuori dall'Europa è accaduto che i giudici dichiarassero le politiche climatiche al di fuori della propria competenza⁴⁰, come pure che il legislatore, rivendicata la propria facoltà di accordare o non accordare delega in ambito di protezione climatica alle Agenzie governative, abbia ottenuto soddisfazione dalle Corti, a prescindere dall'adeguatezza dei contenuti regolamentari, proprio in punto di separazione dei poteri⁴¹.

Il punto di rilievo per la riflessione penale, tuttavia, è che proprio i casi in cui i giudici si sono presi la libertà di imporre politiche legislative hanno dimostrato la fallacia di approcci oppositivi e parziali⁴². Né una strategia imperniata sul “diritto vivente” può diversamente esitare, restando

38 Dichiarazione del Consiglio nazionale elvetico n. 24.054, *Sentenza della Corte EDU «Associazione anziane per il clima Svizzera c. Svizzera»*. *Sentenza della Corte EDU «Associazione anziane per il clima Svizzera c. Svizzera»*, 12 giugno 2024.

39 A partire dal primo caso climatico italiano: Tribunale ordinario di Roma, sez. II civ., 26 febbraio 2024. Cfr. pure, per la prima pronuncia spagnola, Tribunal Supremo, V sec., sentenza 1.079/2023.

40 *Juliana v. United States of America*, 947 F.3d 1159, 1165. Dapprima in punto di legittimazione all'azione e, successivamente, in ragione della sopravvenuta rinuncia del denunciato al mandato parlamentare. Benché il diniego di appello sia poi stato confermato dalla Corte distrettuale *en banc*, il caso non è, peraltro, ancora chiuso, stante l'ammissione alla modifica della domanda nel senso di richiedere la mera dichiarazione di incostituzionalità delle attuali politiche climatiche (*Juliana v. United States of America*, Case 6:15-cv-01517-AA). Impostazione, del resto, già accolta nella decisione tedesca del Bundesverfassungsgericht, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20). In tema, U. Jürschik, *Transformatives Verfassungsgericht? Nachhaltigkeit, Transformation und Suffizienz im Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, p. 9 ss.; N. Eisentraut, *Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine erste Einschätzung*, in *Recht und Politik*, 57(3), 2021, p. 316 ss.; cfr., peraltro, pure F. Zieschang, *Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch? AG Flensburg, Urteil vom 7. November 2022–440 Cs 107 Js 7252/22-juris; nicht rechtskräftig*, in *Juristische Rundschau*, 3, 2023, p. 136 ss. Riferimenti a ulteriori casi giurisprudenziali di tenore in parte assimilabile in B. Mayer, *The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 35(2), 2023, p. 167, p. 180 n. 138.

41 *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U. S. ____ (2022). Sul significato del caso, che si pone come precedente sul tema, R. G. Smead, *West Virginia v. Environmental Protection Agency: The Case and What It Means*, in *Climate and Energy*, 39(2), 2022, p. 29 ss.; M. Gerrard - J. Spalding - J. Tauber - K. Matthews, *West Virginia v. Environmental Protection Agency: The Agency's Climate Authority*, in *Environmental Law Reporter*, 52, 2022, p. 10429 ss.; cfr. pure E. Grande, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022, questionegiustizia.it.

42 B. Mayer, *The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change*, cit., p. 177 ss. e 182 ss.

di fatto preclusa ai giudici, al di fuori delle valutazioni orientate al singolo giudizio, la progettazione diretta di una politica criminale articolata e di portata generale. In assenza di precisa individuazione della quale, peraltro, non può essere ricostruita alcuna omissione di rilevanza penale.

La dottrina può ben assumersi l'onere, quindi, di contribuire allo sviluppo di approcci ordinamentali integrati, in cui il diritto penale *dialoga*, in modo significativo, anche quando *decide di non intervenire*. Come pure può argomentare *apertis verbis* le eventuali scelte di non incriminazione delle condotte il *legislatore*, nella trasparenza e corralità che dovrebbe costituire il tratto distintivo del suo procedere e il fondamento di una sua più compiuta responsabilizzazione.

Del resto, esplicitare e argomentare la *rinuncia* alla scorciatoia della deterrenza implica comunque, in certa misura, l'iscrizione del diritto penale nell'orizzonte dell'interlocuzione ordinamentale e di quella già da quel momento indirizzata ai destinatari delle norme: in uno *svolgimento dialogico* – e, pertanto, ponderato e partecipato – del principio di *extrema ratio*. Ponendosi un'ulteriore domanda, di fondo: *cosa si chiede davvero al penale, quando si invoca il penale?*

Dietro a quell'appello potrebbe celarsi il desiderio di abdicare alla costruzione di progettualità acconsentite, *timorate della natura*, in favore dell'euristica della *paura della sanzione*, magari ben mirata, in una sorta di deterrenza del “capro espiatorio annunciato”. Gli sforzi che le *vie alternative* richiedono, anche in termini di sacrifici diffusi, hanno sempre costituito un ostacolo ad approcci integrati e autenticamente inclusivi. Con il ricorso alla pena, l'*alibi dello Stato* si fa *alibi per tutti*. «*Leere Hülle*»⁴³, come è stato definito, ma anche comoda *maschera*.

Sul terreno dialogico dell'emergenza climatica, tuttavia, in cui il tema della corresponsabilità è così difficile da eludere e la risposta muscolosa *ex post* lascerebbe *tutti* così patentemente insoddisfatti, l'invocazione rivolta al mondo penale potrebbe piuttosto essere rivolta, in perfetta buona fede, alla dimensione *comunitaristica* di questo, ossia alla sua capacità di *chiamare a raccolta* l'intero ordinamento e, anzi, ben di più, di «*snidare ogni parlante*»⁴⁴.

43 C. Prittwitz - T. Tiedeken, *Vom Nutzen und Nachteil eines Klimastrafrechts*, cit., p. 81.

44 G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il “potenziale di verità” di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 ss., p. 310 ss. Sulla costante esigenza di scegliere, nella gestione dell'emergenza climatica, tra illusorie “scorciatoie” e ascolto delle “voci inascoltate”, cfr. T. Pievani, *Prefazione* a S. Moraca - E. Palazzi, *Siamo tutti Greta. le voci inascoltate del cambiamento climatico*, Bari, 2022, p. 5 ss., p. 7 ss.

Proprio questo tema consentirebbe allora di sperimentare modalità inedite di gestione delle istanze “interventiste”: un’esperienza che, laddove conseguisse risultati di responsabilizzazione concreta, potrebbe replicarsi nei molti ambiti di inconsulto “bisogno di pena”. Come è stato intuito circa il *conflitto*, è possibile che il penalista sia «chiamato, oggi, ad assumere anche un compito di carattere culturale, *oltre i confini stessi della sua disciplina*»⁴⁵.

2.2 LA RIFLESSIONE SUL CLIMA MIGLIORA LA CONSAPEVOLEZZA DI QUELLO CHE IL DIRITTO PENALE DICE GIÀ

Nell’ottica sopra illustrata, è necessario sgombrare il campo dall’idea che il diritto penale non possa interessarsi alla questione del clima perché *non disporrebbe*, per così dire “tecnicamente”, degli strumenti necessari a una *qualsivoglia* reazione. Di talché, chi vi rinunci lo farebbe *per impotenza*⁴⁶, mentre altri sosterebbero l’esigenza di *cambiare il diritto penale*: alimentando il convincimento che in questo caso, come pure in generale, si debba *scegliere* tra principi e risultato.

L’insidiosità dell’equivoco rende preziosa la lettura di quanti contribuiscono a dissiparlo, attingendo a istituti penalistici classici, nel solco di interpretazioni consolidate, nonché, *ad abundantiam*, alle più recenti, ma altrettanto basilari strutture dell’attribuzione di responsabilità penale a livello internazionale. Si tratta di elaborazioni dogmatiche di grande interesse e di cui, anche in ragione della complessità *di insieme*, è qui possibile tentare solo una cursoria rassegna.

L’assunzione dell’*atmosfera globale* (*recte*, il mantenimento, rispetto ad essa, dell’attuale concentrazione di gas serra)⁴⁷ come *bene giuridico*, per esempio, è una via sicuramente perseguibile sotto il profilo tecnico e ampiamente argomentabile quanto alla meritevolezza di tutela⁴⁸, anche alla

45 L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in A. Bondi - G. Fiandaca - G. P. Fletcher - G. Marra - A. M. Stile - C. Roxin - K. Volk (a cura di), *Studi in onore Prof. Lucio Monaco*, cit., p. 425 ss., p. 469 ss., corsivi aggiunti.

46 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 4, corsivi aggiunti: «A *prima vista*, il diritto penale è in gran parte impotente. Né l’oggetto della protezione né gli atti potenziali né il successo di un futuro reato ai sensi della legge sul clima possono essere facilmente specificati». Cfr., però, H. Satzger - N. Maltitz, *Globales Klimastrafrecht*, cit., p. 1276 ss.

47 Cfr. A. Nieto Martín, *No mires arriba*, cit., p. 286 ss.; H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 8 ss.

48 Benché non sia forse altrettanto incontrovertibile, rispetto alla tutela dell’atmosfera, l’obiettivo della neutralità carbonica a mero titolo di esempio, sono spesso sottolineate la vaghezza e la non

luce della corrente evoluzione del costituzionalismo ambientale⁴⁹, ancorché, di per sé, la *meritevolezza* non sia sufficiente a fondare un *bisogno* o un *obbligo* di tutela penale.

Aderire a una simile opzione⁵⁰, consentirebbe la costruzione di

plausibilità degli obiettivi attuali in tale direzione, la frequente incertezza circa l'impatto delle opzioni invocate, anche nella loro potenzialità "distrattiva" rispetto a sforzi mirati alla sola riduzione delle emissioni, come pure sono rilevati altri profili etici, soprattutto rispetto alla (re)distribuzione territoriale degli impegni: cfr. J. Rogelj - O. Geden - A. Cowie - A. Reisinger, *Net-zero emissions targets are vague: three ways to fix*, in *Nature*, 591(7850), 2021, p. 365 ss.; G. J. Kramer - M. Haigh, *No quick switch to low-carbon energy*, in *Nature*, 462(7273), 2009, p. 568 ss.; K. Mintz-Woo, *The NET effect: negative emissions technologies and the need-efficiency trade-off*, in *Global Sustainability*, 6, 2023, p. 1 ss.; T. Hale - S. M. Smith - R. Black - K. Cullena - B. Faya - J. Langcan - S. Mahmood, *Assessing the rapidly-emerging landscape of net zero targets*, in *Climate Policy*, 22(1), 2022, p. 18 ss.; D. Lenzi - W. F. Lamb - J. Hilaire - M. Kowarsch - J. C. Minx, *Weigh the ethics of plans to mop up carbon dioxide*, in *Nature*, 561(7723), 2018, p. 303 ss.; F. Clingerman, *Thinking negatively about negative emissions technologies: the via negativa, carbon thinking, and climate ethics*, in *Journal of environmental studies and sciences*, 12(3), 2022, p. 466 ss.; nonché i contributi raccolti in S. Kenahan - C. Katz (a cura di), *Principles of Justice and Real-World Climate Politics*, Lanham, 2021, e nelle sezioni monografiche *Governing Carbon Dioxide Removal*, in *Frontiers in Climate*, 3, 2021; *Dossier: tecnologie per un futuro senza carbonio*, in *Equilibri*, XV(3), 2011.

49 In tema L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022; cfr. pure il numero monografico D. Amirante - R. Tarchi (a cura di), *Il costituzionalismo ambientale fra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive dal Diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 58(SP2), 2023, dpceonline.it; D. Amirante, *L'ambiente "preso sul serio". Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 21, 2019, p. 1 ss.; D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; M.-A. Cohendet - M. Fleury, *Droit constitutionnel et droit international de l'environnement*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 122(2), 2020, p. 271 ss. Per quanto riguarda più specificamente l'impatto della riforma costituzionale del 2022 sul diritto penale ambientale in Italia, L. Siracusa, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni far le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in *La Legislazione penale*, 2023, p. 324 ss.; G. De Francesco, *Note brevi sulla "questione ambientale". Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli della tutela*, in *La Legislazione penale*, 2023, p. 139 ss.; C. Ruga Riva, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in *Sistema penale*, 16 febbraio 2023, sistemapenale.it; G. M. Palmieri, *La riforma dell'art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell'ambiente*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2023, p. 247 ss.

50 Di per sé, peraltro, nemmeno necessaria. L'imputazione delle conseguenze del cambiamento climatico in termini di lesione di beni giuridici già consolidatamente oggetto di tutela non è in sé peregrino: per esempio, il caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, 53600/20, riguarda danni alla salute lamentati da un gruppo di persone anziane. Cfr. Michele Carducci, *L'approccio One Health nel contenzioso climatico: un'analisi comparata*, in *Corti Supreme e salute*, 3, 2022, p. 733 ss. In ambito medico, del resto, il tema non è certo nuovo: cfr. A. J. McMichael - D. H. Campbell-Lendrum - C. F. Corvalán - K. L. Ebi - A. K. Githeko - J. D. Scheraga - A. Woodward, *Climate Change and Human Health: Risks and Responses*, Geneva, 2003; A. J. McMichael, *Climate Change and Human Health: Present and Future Risks*, in *The Lancet*, 367(9513), 2006, p. 859 ss.; B. S. Levy - J. A. Patz (a cura di), *Climate change and public health*, Oxford - New York, 2015.

fattispecie di *danno*, rispetto al quale la singola condotta potrebbe essere valutata sia come causa esclusiva (individuando appunto il danno già nel singolo *incremento, eventualmente puntuale, della concentrazione dei gas serra*), sia come contributo causale dell'evento *hic et nunc* del deterioramento *globale* dell'atmosfera, secondo la più che tradizionale impostazione dell'equivalenza delle cause⁵¹.

Quanto all'elemento soggettivo, i contesti di *incoscienza del rischio* vanno rarefacendosi, mentre potrebbe sempre più spesso invocarsi il dolo eventuale, anche la sua forma più selettiva costituita dalla prima formula di Frank: se forse i più si asterrebbero dalle condotte a fronte della certezza di eventi climatici catastrofici, tutti sembrerebbero disposti ad agire anche qualora avessero *certezza* di un *qualsivoglia, marginale impatto emissorio* sulla qualità dell'atmosfera⁵².

Il simultaneo concretizzarsi dell'evento nell'atmosfera globale – a perpendicolo, perciò, di qualsiasi punto sull'intera superficie terrestre – renderebbe la consumazione ubiquitaria e abiliterebbe all'intervento ogni giurisdizione abbia previsto incriminazioni così fondate⁵³: ancora una volta, sulla base delle norme *già in essere*. Senza che ciò possa in alcun modo precludere la configurabilità di specifici crimini internazionali per i casi di

51 Si risolverebbe in questo modo il problema della causalità, frequentemente individuato come cruciale per un ipotetico diritto penale del clima. Cfr. W. Frisch, *Strafrecht und Klimaschutz*, cit., p. 435 ss.; F. Mégret, *The problem of an International Law on the Environment*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 36(2), 2011, p. 195 ss., p. 222 ss. Così, almeno introduttivamente, anche H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 4: «Anche se oggi nelle scienze naturali non vi è più alcun dubbio che il cambiamento climatico in quanto tale sia riconducibile all'attività umana, la giustificazione della responsabilità penale di un individuo per le sue conseguenze ha finora posto difficoltà finora difficili da superare dogmaticamente. Perché è difficile dimostrare che un ben determinato comportamento individuale sia *conditio sine qua non* per certi danni climatici consequenziali e che – nelle categorie di attribuzione normativa (oggettiva) – tale danno consequenziale appaia anche come “opera” di un concreto individuo è difficilmente giustificabile nell'ambito della teoria classica dell'attribuzione».

52 Sull'opportunità di utilizzare specifiche tipizzazioni dell'elemento soggettivo per delimitare applicazioni altrimenti indiscriminate, H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 13 ss.

53 Si tratta dell'«applicazione globale dei crimini climatici nazionali» ampiamente illustrata in H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 25 ss.; cfr., in particolare, p. 29: «Tali scenari possono ancora sembrare distopici al momento, ma un'applicazione globale dei crimini climatici nazionali non sembra inverosimile nel prossimo futuro. In particolare, con l'aggravarsi della “crisi climatica”, quegli Stati che sono gravemente colpiti dalle conseguenze del cambiamento climatico o quelli che perseguono una protezione del clima di vasta portata per altri motivi potrebbero ricorrere a misure insolite e sempre più conflittuali per fermare il cambiamento del clima», per esempio applicando il divieto di emissioni non compensate anche ai cittadini di altri Stati che emettono grandi quantità di gas serra al di fuori dei confini nazionali.

maggiore gravità⁵⁴.

Il dato di maggior interesse, allora, consiste in una presa di consapevolezza che si estende all'intera area della penalità, in cui tematiche apparentemente proprie dell'emergenza climatica, quali la natura collettiva delle condotte, le eziologie multifattoriali e la transnazionalità delle dinamiche di realizzazione degli eventi, sono ormai ubiquitarie: il maggior difetto del diritto penale non risiede nei suoi asseriti limiti, ma la difficoltà nel reperirne alcuno.

2.3 LA RIFLESSIONE SUL CLIMA PORTA A EMERSIONE QUELLO CHE IL DIRITTO PENALE NON DICE

Con riferimento alla protezione dell'atmosfera, delineare ambiti di non intervento diviene imprescindibile persino per gli ordinamenti che intendano perseguire strategie di massimo rigore. Alcune condotte, anche limitandosi alle sole emissioni non compensate, attingono alle esigenze vitali degli individui⁵⁵, mentre il tema delle condotte "utili" apre questioni di

54 Infatti, la distribuzione globale dell'evento di reato, inteso come aumento della concentrazione dei gas serra nell'atmosfera, non costituisce l'unico appiglio per un'applicazione sovranazionale di fattispecie nazionali di protezione del clima: «Se necessario, gli Stati che vedano la loro esistenza minacciata dal cambiamento climatico potrebbero legittimamente decidere di applicare globalmente il loro diritto penale climatico potenzialmente rigido, anche sulla base del principio di protezione dello Stato» (così ancora H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 29). Circa l'alternativa tra universalità e territorialità "tradizionale", cfr. H. Satzger - N. Maltitz, *Globales Klimastrafrecht*, cit.; F. Zimmermann, *Regelungsmodelle für ein globales Umwelt- und Naturschutzstrafrecht zwischen Völkerstrafrecht und innerstaatlichem Straf(anwendungs)recht*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 397 ss.; K. Papathanasiou, *Lässt sich das Klimastrafrecht dem Universalitätsprinzip zuordnen? Zugleich ein Beitrag zum sog. Internationalen Strafrecht*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 421 ss.

55 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 5: «In particolare, i contributi di un individuo alla causazione del cambiamento climatico e alle sue conseguenze, di entità molto limitata, che si manifestano, ad esempio, attraverso comportamenti quotidiani come la fruizione di un veicolo a benzina, sono trascurabili, cosicché è comunque in discussione la creazione di un pericolo giuridicamente rilevante quale presupposto per un'attribuzione normativa di un evento. Solo l'accumulo di tutto l'inquinamento dell'atmosfera con i gas serra dall'inizio dell'industrializzazione, che di per sé costituisce un comportamento innocuo, spiega il cambiamento climatico globale e le sue conseguenze di vasta portata, che in ultima analisi sono anche dannose per gli individui. (...) Di conseguenza, un approccio incentrato sulle conseguenze del cambiamento climatico marginalizza il potenziale del diritto penale nella questione climatica». Cfr. pure *ivi*, p. 16: «Ciò è già chiaro dal fatto che le funzioni naturali della vita umana rilasciano inevitabilmente gas serra (ad esempio attraverso la respirazione), che, dal punto di vista dello stato di diritto, non possono essere ragionevolmente vietati oppure soggetti ad autorizzazione. Pertanto, sanzionare tali comportamenti sarebbe

bilanciamento difficilmente risolubili⁵⁶, soprattutto laddove si aspiri a un consenso *globale*⁵⁷.

L'esperienza della pandemia, se necessario, ha reso evidente come, soprattutto laddove si operi su grandi numeri, acconsentire a un *rischio* – opzione sulla quale si fonda la vita dell'uomo sin dalla sua comparsa sul pianeta, oltre che ogni sua attività in cui la gestione del rischio sia direttamente o indirettamente normata dagli ordinamenti – implica, in realtà, l'accettazione di un (in)determinato numero di *eventi avversi*, del tipo che si sperava di evitare e che invece *si realizzano*.

Offensività e colpevolezza sembrano diventare una questione di *soglie* o di *proporzione*⁵⁸. Il tema si pone, quindi, all'intersezione tra la costruzione sociale del rischio consentito e il consenso alla lesione *tout court* di beni giuridici, spesso anche ritenuti *indisponibili* e, nondimeno, costantemente *bilanciati* nell'esperienza giuridica (non escluso l'ambito

manifestamente sproporzionato e in palese violazione del principio dell'*ultima ratio*. Al fine di proteggere lo Stato di diritto, il progetto di un diritto penale del clima richiede restrizioni nell'ambito dell'attribuzione oggettiva».

56 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 6: «Il notevole vantaggio sociale di un comportamento dannoso per il clima e la sua presunta ineluttabilità fanno sì che l'applicabilità del diritto penale non sembri essere consensuale fin dall'inizio. Una società ovviamente può non decidersi a combattere qualcosa che le è utile e necessario – almeno a breve termine – soprattutto se ciò ridurrebbe la sua competitività nella competizione globale e i danni conseguenti causati dal cambiamento climatico non sono affatto avvertiti direttamente allo stesso modo in tutto il mondo». Cfr. pure F. Mégret, *The problem of an International Law on the Environment*, cit., p. 214; C. F. Elmer - H. Bradke - M. Faulstich - L. Nabitz, *Elmer/Bradke/Faulstich/Nabitz, Wirtschaftsdienst*, in *Wirtschaftsdienst*, 96 (9), 216, p. 667 ss.

57 H. Satzger - N. Maltitz, *Globales Klimastrafrecht*, cit.; sulla necessità di approcci che «tengano conto della natura intrinsecamente globale del fenomeno del cambiamento climatico», anche H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 8. Sulle difficoltà di reperimento di parametri comuni, con riferimento al clima, ma nell'orizzonte dell'intero diritto ambientale, A. Nieto Martin, *Éléments pour un droit international pénal de l'environnement*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1(1), 2012, p. 69 ss., p. 72 ss.

58 Secondo un lessico ormai imperante: cfr. W. Frisch, *Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 5, 2013, p. 249 ss.; E. Billis - N. Knust - J. P. Rui (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford - New York - Dublin, 2021; D. Duarte - J. Silva Sampaio (a cura di), *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, Cham, 2018; F. C. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. Conte - S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, tomo I, p. 311 ss.; G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018; N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020; E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020; F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

penale, ove, forse più che altrove, ci si pone il problema del fondamento *ordinamentale* e *valoriale* di tali giudizi).

Ancora una volta, si riscontrano criticità ormai ubiquitarie, che pure la scienza penale *fatica a esplicitare*: per esempio, la discontinuità tra *comportamenti diffusi* e consapevole costruzione del consenso al rischio; l'alternativa tra attribuzione di responsabilità alla politica e sua immunità *intrinseca* o, per così dire, *procedurale*⁵⁹; la sovrapposizione tra agenti normativi individuali, collettivi e istituzionali⁶⁰, soprattutto per quanto riguarda beni comuni⁶¹ e «beni pubblici mondiali»⁶².

Del resto, seppur senza uno specifico riferimento al clima, è stato già riconosciuto che «il danno ambientale non consiste soltanto in una compromissione dell'ambiente in violazione di leggi specifiche bensì pure, contestualmente ed inscindibilmente, in una offesa della persona umana nella sua dimensione individuale e sociale»: riguarda (*anche*) il singolo individuo, costituendo «diritto fondamentale di ogni uomo e valore di rilevanza costituzionale»⁶³.

59 Pur diversamente in tema, L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020; D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei ministri fra giustizia e politica*, in *Diritto penale e processo*, 6, 2020, p. 729 ss.; D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2020, sistemapenale.it. Cfr. pure, con riferimento al piano internazionale, R. Bismuth - V. Rusinova - V. Starzhenetskiy - G. Ulfstein (a cura di), *Sovereign Immunity Under Pressure. Norms, Values and Interests*, Cham, 2022; E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, 2005, 2a ed. 2022.

60 Sull'individualizzazione della vittima e, in particolare sulla centralità dell'alternativa tra vittimizze individuali o collettive nell'ambito della tutela dell'ambiente, M. Hall, *Victims of Environmental Harm. Rights, Recognition and Redress under National and International Law*, cit., p. 69 ss. Cfr. pure M. Hall, *Victims of Environmental Harms and Their Role in National and International Justice*, in R. Walters - D. Westerhuis - T. Wyatt (a cura di), *Emerging Issues in Green Criminology. Exploring Power, Justice and Harm*, Houndmills, 2013, p. 218 ss.; L. Natali, *Green criminology e vittimizzazione ambientale. Verso nuove riflessività*, in *Studi sulla questione criminale*, 1-2, 2014, p. 81 ss.; T. Thorp, *Transitional law in the climate change context*, in D. Manou - A. Baldwin - D. Cubie - A. Mihr - T. Thorp (a cura di), *Climate Change, Migration and Human Rights: Law and Policy Perspectives*, London, 2017, p. 68 ss.

61 J. Loutte, *Esquisse d'un droit pénal de l'environnement rêvé: pour une protection pénale des communs, entre droit commun et droit hors du commun*, in *Revue juridique de l'environnement*, 48(2), 2023, p. 353 ss. Per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio a R. Palavera, *Beni comuni e sistema penale*, in *Criminalia*, 2020, p. 397 ss.

62 Nel senso tratteggiato da M. Delmas-Marty, *Conclusion. Trois dynamiques pour responsabiliser les États et les entreprises transnationales*, in A. Supiot - M. Delmas-Marty (a cura di), *Prendre la responsabilité au sérieux*, cit., p. 393 ss.

63 Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2006, n. 36514, citando sul punto Cass. pen., sez. III, 19

Tanto acconsentire al rischio, quindi, quanto attivarsi in difesa del bene “diffuso” sarebbero opzioni nelle mani di ciascuno, ancorché asimmetriche nel loro esercizio: graverebbe sul potere giudiziario di volta in volta adito la missione di sintetizzarne *in sentire comune* gli orientamenti, espressi dall’agire normativo tacito, dall’agire in giudizio e (in modo *non meno significativo*) dal non agire: *diritto vivente in un caleidoscopio allargato*, su scala planetaria⁶⁴.

Anche questo aspetto ha profilli non del tutto inediti. Il diritto penale, avendo da relativamente breve momento preso contezza della pluralità culturale, anche intraordinamentale, dei destinatari dei propri precetti⁶⁵, dovrebbe ora destreggiarsi nel possibile contrasto tra sensibilità e quadri valoriali afferenti a tradizioni giuridiche *anche geograficamente*⁶⁶ distanti:

novembre 1996, n. 9837, nonché Cass. pen., sez. III, 23 novembre 1989, n. 16247. Del resto, non sarebbe che l’ennesimo ambito in cui la retorica dei diritti fondamentali guadagna accesso al campo penale: in tema, *ex plurimis*, E. Dreyer, *Droit pénal et droits fondamentaux*, in *Archives de politique criminelle*, 42(1), 2020, p. 211 ss.; M. Meccarelli - P. Palchetti - C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid, 2014; R. Bartoli, “Chiaro e oscuro” dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2012, p. 794 ss.; O. Di Giovine, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2011, p. 1474 ss.

64 Alle note criticità che il cd. diritto vivente comporta, si aggiungono qui quelle specifiche: cfr. L. Natali, *Per una green criminology. La costruzione sociale e politica del danno ambientale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2, 2019, p. 331 ss.; F. von Lucke - T. Diez - S. Aamodt - B. Ahrens (a cura di), *The EU and Global Climate Justice: Normative Power Caught in Normative Battles*, Abingdon - New York, 2021; S. Baldin - P. Viola, *L’obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2021, p. 597 ss. Insiste sulla dimensione planetaria e sulla conseguente esigenza di trasparenza C. Burchard - F.-L. Schmidt, *Kritik des Klimastrafrecht*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 83 ss. Cfr. pure le osservazioni *intergenerazionali* di P.-A. Hirsch, *Klimastrafrecht und materieller Unrechtsbegriff Probleme einer liberalen Strafrechtsbegründung angesichts der Herausforderungen des Klimawandels*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 111 ss., p. 135 ss.

65 Per riferimenti, sia consentito il rinvio a R. Palavera, *Pluralità culturale e diritto penale: da istanza (problematica) a risorsa (critica)*, in *Jus*, 3, 2018, p. 489 ss.

66 Nonché *temporalmente*, visto il costante riferimento alle generazioni future. Con il paradosso che tra le strategie da assumere *nel loro interesse* potrebbe annoverarsi quella di ridurre drasticamente le schiere, secondo il modello della cd. *decrescita felice*: a partire da S. Latouche, *Pour une société de décroissance*, in *Le monde diplomatique*, 596, 2003, p. 18 ss.; S. Latouche, *Le*; S. Latouche, *Le Pari de la décroissance*, Paris, 2006; S. Latouche, *Petit traité de la décroissance sereine*, Paris, 2007; nel panorama italiano, *ex plurimis*, M. Bonaiuti (a cura di), *Obiettivo decrescita*, Bologna, 2004; M. Bonaiuti, *La grande transizione. Dal declino alla società di decrescita*, Torino, 2013; P. Cacciari, *Pensare la decrescita. Sostenibilità ed equità*, Roma, 2006; G. Tamino, P. Cacciari - A.

nella capacità di interloquire con le quali poggerebbe, a prescindere da ogni altra questione, la sua *efficacia*.

2.4 LA RIFLESSIONE SUL CLIMA METTE ALLA PROVA IL SISTEMA SANZIONATORIO, ANCHE NELLE SUE FORME PIÙ INNOVATIVE

Di primo acchito, si potrebbe restare colpiti dalla scarsità del contributo del diritto penale nelle strategie di contrasto al cambiamento climatico o comunque nel dialogo che le riguarda⁶⁷. Quanto sinora accennato circa le criticità nell'individuazione della soglia di rilevanza penale all'interno di parametri continui⁶⁸, tuttavia, ancor più questa intenda riferirsi al frammentato contesto globale, suggerisce massima cautela nella valutazione delle opzioni sanzionatorie.

È stato lamentato come accordare al diritto penale una funzione meramente ed «eventualmente integrativa, di affiancamento e di rafforzamento» del diritto amministrativo⁶⁹, in relazione alla violazione delle cui norme autorizzative soltanto si renderebbe legittimo e talvolta necessario⁷⁰ il ricorso alla pena, possa distogliere l'attenzione della tutela dal clima come bene giuridico *di per sé* meritevole della più incisiva tutela⁷¹.

Sembra vero, ma non sembra tutto. Una perdita in termini di prevenzione generale positiva, quanto meno nella porzione di essa che può trovare spazio nel precetto, pur sotto gli ingombri e le angustie comunica-

Fragano - L. Tamai - P. Scroccaro - S. Meneghel, *Decrescita. Idee per una civiltà post-sviluppista*, Salgareda, 2009; B. Bianchi - P. Cacciari - A. Fragano - P. Scroccaro, *Immaginare la società della decrescita*, Firenze, 2012; V. Ruggiero, *Movimento per la decrescita e prevenzione della criminalità*, in *Studi sulla questione criminale*, 3, 2022, p. 7 ss.

67 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 1; cfr. pure *ivi*, p. 6, circa il «potenziale finora inutilizzato della protezione criminale del clima».

68 Qui per individuare una soglia di danno. In senso critico, con riferimento alle soglie di pericolo, già F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 3a ed. 2003, p. 555 ss.; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012. Cfr. pure M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2013, p. 4 ss.

69 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 6; cfr. pure *ivi*, p. 8: «Il diritto penale non è quindi in grado di porre autonomi impulsi preventivi e regolatori che vadano oltre il diritto amministrativo». Cfr. pure W. Frisch, *Strafrecht und Klimaschutz*, cit., p. 437.

70 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 18 ss.

71 A. Nieto Martín, *No mires arriba*, cit., p. 274 ss.; H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 7; cfr. pure A. Pisanò, *La genesi di un nuovo diritto. Argomenti e ragioni a sostegno del diritto al clima*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2022, p. 29 ss.

tive legate alla contigua minaccia di sanzione, è probabile. Tuttavia, *cosa si perde* davvero, travisando o detematizzando il ricorso al diritto penale, o estromettendolo dal dialogo, dipende da *come si intende il diritto penale* e da *cosa gli si vuole chiedere di fare*.

Laddove compete al diritto amministrativo, in via esclusiva, la facoltà di stabilire quali emissioni possano, secondo il loro impatto e il loro scopo, essere consentite⁷², sembrerebbe opportuno estendere a esso – sia in ragione delle possibili conseguenze penali, sia già, forse, per l'intrinseca afflittività delle sue stesse sanzioni – non solo le *garanzie processuali*⁷³, ma *tutti* i principi propri della penalità: compreso il principio dell'*extrema ratio*⁷⁴.

Potrebbe non essere superfluo rammentare la già accennata dimensione *dialogica* di questo principio, sotto almeno due profili. Dal punto di vista *relazionale*, come si è visto, l'*extrema ratio* richiede di *chiamare a raccolta*, in vista delle esigenze di contrasto di fenomeni disvolti, *tutti i possibili interlocutori*⁷⁵, a livello *ordinamentale* (ogni branca del diritto, con gli strumenti suoi propri) e a livello *comunitario* (senza trascurare i contesti di riferimento dei potenziali trasgressori).

Esiste, tuttavia, un'ulteriore implicazione della lettura *dialogica* del principio dell'*extrema ratio*, su un piano che potrebbe dirsi *operazionale*: proprio in quanto requisito di *dialogo*, esso *permane nel tempo*, potendo ben contribuire a reggere *cotidie* l'intero sistema penale e dispiegandone le potenzialità relazionali (umane e ordinamentali) in tutta la concretezza del progressivo attuarsi delle politiche criminali instauratesi nel suo nome.

Così inteso, il suo esercizio di contenimento – tanto a fianco del legislatore, quanto del giudice – opera in tre modi e momenti: nei confronti della *minaccia della sanzione* (rispetto ad altre strategie preventive), nei

72 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 6 ss.

73 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 25: «una concettualizzazione lungimirante della fase di transizione dovrebbe sempre essere progettata in relazione allo *status* giuridico della neutralità climatica. L'aumento dei divieti penalmente rilevanti e la conseguente restrizione delle libertà civili fondamentali richiedono già l'inclusione di meccanismi di controllo costituzionale basati sulla dottrina del diritto penale liberale».

74 H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 15: «Devono sempre essere osservati i requisiti costituzionali fondamentali, in particolare il principio di proporzionalità e il principio dell'*ultima ratio*. Dopotutto, per quanto ambizioso sia l'obiettivo della protezione del clima, esso non deve comportare l'indebolimento dei principi penali e la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo». Cfr. pure *ivi*, p. 16 e 25.

75 E ciò, ancor più evidentemente, alla luce della dimensione di sofferenza collettiva correlata al sistema delle pene: cfr. ancora G. Forti, *Alla ricerca di un luogo per la laicità*, cit., p. 310 ss.

confronti dello *stigma della condanna* (rispetto a modalità alternative di conseguimento di verità condivise), nei confronti della *sofferenza dell'esecuzione* (rispetto a percorsi non afflittivi di ristoro per la vittima e di reintegrazione del trasgressore).

Ebbene, pochi esempi meglio della questione climatica sembrano reclamare l'impegno a *prendere sul serio* il principio di *extrema ratio*, sotto ognuno di questi profili. In primo luogo, è evidente l'esigenza che l'alibi della *minaccia di sanzioni* – del cui potenziale deterrente nei confronti dei maggiori responsabili delle emissioni, financo in versione penale, è dato di dubitare – non preceda, rallentandola o precludendola, la progettazione condivisa di *efficaci strategie preventive*⁷⁶.

Inoltre, l'approccio proprio dell'accertamento penale rischia di frustrare il perseguimento di obiettivi di genuina trasparenza per i settori oggetto di regolamentazione, già prima dell'instaurarsi di eventuali procedimenti, e in buona parte di precluderla a valle di tale evenienza, assorbendo in ogni caso in modo disomogeneo le risorse destinate alla conoscenza del fenomeno: con conseguenze chiaramente negative in termini di circolazione e fruibilità delle informazioni⁷⁷.

Ma più di tutto è evidente che a fronte del problema del clima non siano soddisfacenti i rimedi usualmente contemplati nell'arsenale sanzionatorio, persino con riferimento a taluni tra quelli considerati più "avanzati". Si pensi alla natura (ancorché "solo" progressivamente) *afflittiva* della cd. *responsive regulation*⁷⁸, se incentrata su sanzioni pecuniarie, che mutano semplicemente di importo ed etichetta, in una monetizzazione *dinamica* delle architetture decisionali.

Come pure appaiono riducibili a monetizzazioni che ben possono essere preventivamente *postate a bilancio* (o semplicemente *tenute in conto* come "rischi collaterali") le ipotesi di punizione degli enti, soprattutto

76 C. E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1990, p. 430 ss., p. 539; L. Eusebi, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale "umanizzatrice"?*, in *Criminalia*, 2016, p. 285 ss., p. 287.

77 L. Eusebi, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637ss., p. 638 ss.; L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, cit., p. 437 ss.

78 J. Braithwaite, *Restorative justice & responsive regulation*, Oxford - New York, 2002; I. Ayres - J. Braithwaite, *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, New York - Oxford, 1995; M. Rorie, *Responsive Regulation* (voce), in Oxford Handbooks Editorial Board (a cura di), *Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*, Oxford, 2014, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001>.

se caratterizzate da dinamiche di “individuazione ed estromissione”⁷⁹, e persino le interpretazioni privatizzanti e negoziali della *restorative justice*, qualora prescindano da un autentico coinvolgimento *relazionale* e dalla riaffermazione del valore dei beni giuridici offesi⁸⁰.

Sembra che il diritto del clima abbia tratti del tutto peculiari. Eppure, quanta parte del diritto penale tradizionale riguarda fatti di reato *reversibili*? Con quale frequenza la vittima è davvero *soddisfatta*? E in quanti casi, a fronte della spersonalizzazione che caratterizza la criminalità economica, le *smart sanctions* si dimostrano davvero *smart*⁸¹? L’ipotesi di un diritto penale del clima *riguarda tutti* e, così, *mostra a tutti* i problemi con cui i penalisti si confrontano *ogni giorno*.

2.5 LA RIFLESSIONE SUL CLIMA SERVE A COMPRENDERE LA DIMENSIONE CONFLITTUALE DELLE POLITICHE CRIMINALI, ANCHE SU LARGA SCALA

Se gli argomenti enumerati non bastassero, c’è ancora un modo in cui la riflessione sul clima può *far bene* alla riflessione sul diritto penale: consente di osservarlo *su larga scala* e, in particolare, nelle *relazioni tra Stati*. Benché si ritenga ormai spesso che il suo ruolo sia esausto, lo Stato nazionale rappresenta piuttosto il perno del “nuovo” diritto: come richiesto *predispositore* ed *esecutore* delle strategie di tutela e come possibile *chiamato in causa* qualora queste non conseguano lo scopo⁸².

Questo snodo relazionale e funzionale, tuttavia, è afflitto da un duplice *capovolgimento*. In primo luogo, laddove sinora si è chiesto allo Stato

79 Sia consentito il rinvio a R. Palavera, *Pluralità e autonormazione nel d.lgs. 231/01. Muovendo dal proprium degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*, in *Archivio penale*, 2, 2022, archiviopenale.it.

80 B. Pali - M. Forsyth - F. Tepper (a cura di), *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, Cham, 2022, in particolare Ben Almassi, *Climate Reparations, Compensation, and Intergenerational Restorative Justice*, *ivi*, p. 201 ss., nonché T. Jones, *Meeting on Thin Ice: The Potential for Restorative Climate Justice in Deglaciating Environments*, *ivi*, p. 223 ss. Cfr. pure G. Forti - C. Mazzucato - A. Visconti - S. Giavazzi (a cura di), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, 2018.

81 Cfr. H. Satzger, *Alle sprechen vom Klimaschutz*, *cit.*, p. 1006 ss.

82 O. Quirico, *Towards a Peremptory Duty to Curb Greenhouse Gas Emissions?*, in *Fordham International Law Journal*, 44, 2020, p. 923 ss.; M. Á. Marmolejo Cervantes - V. Roeben - L. R. Solís, *Global Climate Change Action as a Jus Cogens Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence*, in *Environmental Policy and Law*, 52(5-6), 2022, p. 359 ss.; S. Hug, *Staatenverantwortlichkeit im Klimarecht*, in D. Bayer - F. Butz - F. Langlet - A.-L. Poppe - L. M. Sommerer - N. von Maltitz - M. Wöbbecking (a cura di), *Nachhaltigkeitsrecht*, *cit.*, p. 99 ss.

di giustificare la decisione di vietare⁸³, oggi ci si interroga se e fino a che punto esso possa *consentire* determinate condotte⁸⁴. Lo Stato, così, può trovarsi a rispondere *per omissione*: con il moltiplicarsi delle dichiarazioni di impegno in tema di clima, del resto, è facile ipotizzare un obbligo giuridico su cui fondare la responsabilità⁸⁵.

In secondo luogo, poi, un fraintendimento forse ancora più profondo investe i criteri di valutazione degli sforzi di ottemperanza a tale *obbligo di divieto* e, in particolare, della tipologia di sanzioni con cui garantire, di quel divieto, il rispetto. Per coglierne i sintomi, si può prendere le mosse da come il già dissodato principio dell'*extrema ratio* possa applicarsi nella risposta normativa a eventuali *obblighi di divieto* a carico dello Stato tramite *politiche criminali "adempienti"*.

Ebbene, è stato proposto un modo «elementare quanto rivoluzionario» per tradurre il principio in una semplice regola operativa: «non si può introdurre una fattispecie incriminatrice (né modificarla *in malam partem*, anche sul piano sanzionatorio) se prima – onde perseguire gli obiettivi di prevenzione che le si vorrebbero affidare – non sia stata predisposta una strategia attendibile di politica criminale, che coinvolga gli altri settori dell'ordinamento giuridico»⁸⁶.

Nella valutazione delle scelte degli Stati, tuttavia, pare emergere una regola ben diversa. Seppur l'opzione penale sia legittima (e, perciò,

83 Sin dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, art.5.

84 Cfr. H. Satzger - N. Maltitz, *Globales Klimastrafrecht*, cit., p. 1276 ss. Sul punto anche M. Kaiafa-Gbandi, *Strafrecht und Klimawandel: Macht die Klimakrise die Anerkennung eines neuen Rechtsguts notwendig?*, in H. Satzger - N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht*, cit., p. 41 ss.

85 Il tema degli obblighi positivi di protezione è già stato sottoposto alla giurisprudenza, come pure l'istanza che tale protezione sia perseguita in modo cooperativo e congiunto, di talché ogni parte di per sé negligente risulta responsabile per la mancata protezione nel suo insieme: cfr. A. Galanti, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tutela dell'ambiente: approdi, prospettive e portata precettiva*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2022, questionegiustizia.it. Questo obiettivo, che proprio ora è sottoposto all'attenzione della CEDU (*Duarte Agostinho et autres c. Portugal et autres*, 39371/20), è già stato in alcuni casi parzialmente affermato a livello nazionale (in particolare, nel caso olandese *De Staat der Nederlanden tegen Stichting Urgenda*, Hoge Raad der Nederlanden, Civiele Kamer, 19/00135, 20 dicembre 2019), come pure a livello europeo (cfr. la pronuncia nell'*Affaire Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, n. 36925/07, Grande Chambre, 29 gennaio 2019, relativa a un caso di mancata cooperazione alle indagini per un omicidio perpetrato nell'ambito di criminalità transfrontaliera). Cfr. pure C. M. Grillo, *Orientamenti in tema di inquinamento atmosferico*, in *La Giustizia Penale*, 4(2), 2003, p. 232 ss.

86 L. Eusebi, *Senza politica criminale non può darsi diritto penale*, cit., p. 483. Cfr. pure L. Eusebi, *Prevenzione e garanzie*, cit., p. 288.

esigibile) allorché *indispensabile*⁸⁷, essa diventa tale non solo laddove *tutte le altre opzioni siano state effettivamente percorse*, ma anche quando (e, in quel caso, *proprio perché*) le altre opzioni *non siano state percorse affatto*. Di talché l'opzione *più affittiva* diventa *l'unica necessaria* (e “salvifica” rispetto a eventuali addebiti di negligenza)⁸⁸.

Se tale impostazione, già nei rapporti tra Stati legati da politiche comuni, *non convince* né sul piano dell'efficacia, né su quello del rispetto dei principi, i più gravi problemi si pongono in relazione al quadro, non sporadicamente ipotizzato, di intervento ai sensi del diritto internazionale⁸⁹:

87 Ancora, dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, art. 8. Sul vincolo di indispensabilità in ambito europeo, C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2012, p. 111 ss., p. 120 ss.; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2012, p. 43 ss.

88 Nonostante l'ancoraggio di garanzia all'indispensabilità, così, non può dirsi peregrino il rischio di una riduzione al confronto delle dosimetrie sanzionatorie di quel *sincretismo concettuale*, attraverso cui i diversi approcci dovrebbero essere «filtrati al fine di meglio individuare (...) o migliori risultati in relazione al problema da risolvere», invocato, tra gli altri, da A. Bernardi, *L'europeanisation de la science pénale*, in *Archives de politique criminelle*, 26(1), 2004, p. 3 ss., p. 6. Del resto, se può dirsi ancora non conseguito in sede europea un pieno passaggio da una politica penale procedurale a una politica penale sostanziale, è pure ancora carente, contrastiva e frammentaria la politica penitenziaria: *ex plurimis*, cfr., rispettivamente, D. Flore, *Existe-t-il une politique pénale européenne?*, in *Archives de politique criminelle*, 41(1), 2019, p. 7 ss., e P. Simon, *Quelle politique d'incrimination pour l'Union européenne?*, in *Archives de politique criminelle*, 41(1), 2019, p. 21 ss.

89 Sono principalmente dedicati a questa prospettiva, pur con diversi accenti, G. Kemp, *Climate Change, Global Governance and International Criminal Justice*, cit.; A. Epik - N. Sayatz, *Nachhaltigkeit und Völkerstrafrecht*, cit.; C. M. Moribe - F. de Leão Bastos Pereira - N. Penha Cardoso de França, *Ecocide: A New Challenge for the International Criminal Law and for the Humanity*, in *Journal of International Criminal Law*, 4.1, 2023, p. 28 ss., p. 37 ss.; D. Minha, *The Possibility of Prosecuting Corporations for Climate Crimes Before the International Criminal Court: All Roads Lead to the Rome Statute?*, in *Michigan Journal of International Law*, 41, 2020, p. 491 ss., p. 505 ss.; R. de Paor, *Towards Climate Criminality: The Creation of a Fifth Category of Crime under the Rome Statute to Criminalize Climate Change Aggravation*, in *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 36, 2020, p. 289 ss.; P. J. Keenan, *International Criminal Law and Climate Change*, in *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, p. 89 ss.; S. R. O'Doherty, *Pre-emptive justice for future generations: reframing climate change as a 'humanitarian climate crime'*, in P. G. Harris (a cura di), *A Research Agenda for Climate Justice*, Cheltenham - Northampton, 2019, p. 131 ss.; G. Gilbert, *International Criminal Law Is not a Panacea-Why Proposed Climate Change 'Crimes' Are Just Another Passenger on an Overcrowded Bandwagon*, in *International Criminal Law Review*, 14(3), 2014, p. 551 ss.; M. L. Böhm, *Transnationale Wirtschaftskriminalität als globales State-Corporate Crime. Rohstoffbeziehungen mit Lateinamerika auf dem kriminologischen Prüfstand*, Baden-Baden, 2023, p. 316 ss.; espressamente contrario a tale ipotesi, peraltro, A. Nieto Martín, *No mires arriba*, cit., p. 289 ss.

con i conseguenti conflitti di sovranità⁹⁰ e il rischio di strumentalizzazione dei criteri di valutazione delle politiche nazionali, anche tramite forme di *enforcement* per così dire “*supplenti*”⁹¹.

Il quadro è più che plausibile, essendo il *crimine climatico* intrinsecamente transnazionale, ma anche *tipicamente oppositivo* a livello geopolitico: nel senso che non solo gli effetti delle emissioni sono globali, ma anche i soggetti che maggiormente contribuiscono al degrado della situazione non sono per solito i medesimi che ne patiscono le più precoci o più gravi conseguenze e ciò si riscontra sia sotto il profilo socioeconomico, sia con riferimento alla localizzazione territoriale⁹².

Qui il paradigma dell’equivalenza tra *afflittività delle sanzioni e effettività della tutela* mostra tutta la sua intrinseca e tragica *conflittualità*. Non senza cadere, peraltro, nell’aporia dei costi ecologici di una gestione “muscolosa” su vasta scala⁹³, benché il settore militare cominci a indagare

90 Cfr. H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 28 ss., circa il rapporto tra giustizia climatica e «conflitti di sovranità», a partire dalla constatazione che «l’applicazione globale del principio di territorialità ha portato a notevoli frizioni di sovranità»: se i cittadini di uno Stato potessero essere puniti ai sensi del diritto nazionale straniero per le “azioni quotidiane” storicamente collegabili alle emissioni di gas serra, quali il riscaldamento delle abitazioni o il trasporto privato, questa potrebbe divenire una «questione centrale» della sovranità di quello Stato e ciò diviene ancora più importante, laddove si tratti di giustizia climatica tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo.

91 Osserva ancora H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 28 ss.: «la penalizzazione di comportamenti extraterritoriali dannosi per il clima colpirebbe in particolare il processo di industrializzazione nei paesi in via di sviluppo ed emergenti e forse lo impedirebbe, il che potrebbe dar luogo a un’accusa non ingiustificata di neocolonializzazione nei confronti degli Stati già sviluppati. Penalizzare un comportamento dannoso per il clima potrebbe anche diventare un mezzo illegittimo di una lotta per le risorse per l’uso di combustibili fossili e per mantenere il predominio economico dei paesi già industrializzati. L’enorme potenziale di abuso nel ricorso all’applicazione globale del diritto penale nazionale sul clima nella competizione economica tra Stati è evidente». Cfr. pure A. Cocchi, *Giustizia climatica e sviluppo*, in *Questione Giustizia*, 24 febbraio 2022, questionegiustizia.it.

92 M. Hall, *Victims of Environmental Harm. Rights, Recognition and Redress under National and International Law*, cit., p. 42 ss.; T. Jayaraman, *Climate and social justice*, in *The UNESCO Courier*, 3, 2019, p. 16 ss.; R. Altopiedi, *Crisi climatica e pandemia*, cit., p. 24 ss.

93 A. Khan - C. Sun - Z. Xu - Y. Liu, *Geopolitical risk, economic uncertainty, and militarization: Significant agents of energy consumption and environmental quality*, in *Environmental impact assessment review*, 102(09), 2023, p. 1 ss.; N. Buxton, *Climate collateral*, in *Peace and Freedom*, 83(1), 2023, p. 4 ss.; Conflict and Environment Observatory - Scientists for Global Responsibility, *Under the radar. The Carbon Footprint of Europe’s military sectors*, Mytholmroyd - Lancaster, 2021. La quota di emissioni dirette attribuibili al comparto militare è stimata tra l’1% e il 5% del totale, almeno stando ai calcoli di M. A. Rajaeifar - O. Belcher - S. Parkinson - B. Neimark - D. Weir - K. Ashworth - O. Heidrich, *Decarbonize the military. Mandate emissions reporting*, in *Nature*, 611 (2022), p. 29 ss., p. 29; M. Uddin - H. U. Rashid - S. Ahamad - K. U. Ehigiamusoe, *Impact*

la possibilità di riduzione delle emissioni⁹⁴ e dimostri di prendere ormai sul serio le possibili conseguenze del cambiamento climatico, sotto tutt'altro profilo⁹⁵.

Magnificato in proiezione planetaria, torna alla mente il vecchio sospetto che il diritto penale serva più a consolidare le ingiustizie che a scongiurarle. Ma soprattutto la certezza, anche volendo credere alla *buona fede*, che il farmaco *assomigli troppo al morbo*, che la soluzione ripeta il problema. È possibile qualcosa di meglio? Torna al cuore del penalista la

of militarization, energy consumption, and ICT on CO2 emissions in G20 countries, in *Environment, Development and Sustainability*, 23(9), 2023, p. 13364 ss., p. 13368. A esse devono aggiungersi le emissioni indirette, in una complessità difficilmente modellizzabile: si veda, a titolo di esempio, M. Bildirici, *CO2 emissions and militarization in G7 countries: panel cointegration and trivariate causality approaches*, in *Environment and development economics*, 22(6), 2017, p. 771 ss. In realtà, i dati semplicemente non sono disponibili: cfr. L. Cottrell - S. Parkinson - E. Kinney, *Communicating the need for better understanding of the military's contribution to climate change and action to be taken*, in European Geoscience Union, *General Assembly 2023*, Wien, 2023, <https://doi.org/10.5194/egusphere-egu23-8483>.

94 A. Mrozek, *Eco-Design and its Tools. Attempted use in the Military Industry*, in *Architecture, Civil Engineering, Environment*, 14(3), 2021, p. 81 ss.; D. Depledge, *Low-carbon warfare: climate change, net zero and military operations*, in *International Affairs*, 99(2), 2023, p. 667 ss.; International Military Council on Climate and Security, *Decarbonized Defense. Combating Climate Change and Increasing Operational Effectiveness with Clean Military Power. The Need for Clean Military Power in the Age of Climate Change*, Washington D.C., 2022. Per quanto riguarda alcuni gli obiettivi considerati perseguibili, cfr. pure, a titolo di esempio, Department of the Navy, Office of the Assistant Secretary of the Navy for Energy, Installations, and Environment, *Department of the Navy Climate Action 2030*, Washington D.C., 2022; Department of the Army, Office of the Assistant Secretary of the Army for Installations, Energy and Environment, *United States Army Climate Strategy*, Washington D.C., 2022; Department of the Air Force, Office of the Assistant Secretary for Energy, Installations, and Environment, *Department of the Air Force Climate Action Plan*, Washington D.C., 2022. Per il profilo della sostenibilità economica, Z. Ahmed - M. Ahmad - M. Murshed - A. I. Vaseer - D. Kirikkaleli, *The trade-off between energy consumption, economic growth, militarization, and CO2 emissions: does the treadmill of destruction exist in the modern world?*, in *Environmental science and pollution research international*, 29(12), 2022, p. 18063 ss.

95 Cfr. Department of Defense, Office of the Undersecretary for Policy (Strategy, Plans, and Capabilities), *Department of Defense Climate Risk Analysis. Report Submitted to National Security Council*, Arlington, 2021. Il rapporto è pubblico, anche se le parti sulle criticità di alcune specifiche zone sono segretate. Cfr. pure Department of Defense, Office of the Undersecretary of Defense (Acquisition and Sustainment), *Department of Defense Draft Climate Adaptation Plan. Report Submitted to National Climate Task Force and Federal Chief Sustainability Officer*, Arlington, 2021; Department of Defense, Office of the Undersecretary of Defense (Acquisition and Sustainment), *Department of Defense Climate Adaptation Plan 2022 Progress Report. Report Submitted to National Climate Task Force and Federal Chief Sustainability Officer*, Arlington, 2022; International Military Council on Climate and Security, *The World Climate and Security Report 2021*, Washington D.C., 2021.

speranza che (ri)pensare un diritto penale volto a *salvare il mondo* possa, una volta per tutte, *salvare il diritto penale*.

3. QUALE DIRITTO PENALE PER SALVARE IL MONDO? UNA RAGIONE PERCHÉ IL DIRITTO PENALE DEL CLIMA (ALMENO PER ORA) NON DIVENTI REALTÀ

La riflessione sul clima, come è evidente, porta il penalista *lontano*. Ferma l'opportunità dell'instaurazione di un dibattito in cui i fautori dell'introduzione di un *Klimastrafrecht* trovino qualche interlocutore, è forse il caso di tentare un bilancio provvisorio. A partire da alcune osservazioni solo *tangenti* il tema del clima.

Il primo quesito riguarda l'ipotesi che azioni *penali* prendano a oggetto l'inerzia legislativa, ovvero che azioni giudiziarie anche extrapenalistiche lamentino la mancata adozione di sanzioni penali, in quanto *strumento più efficace*. La doglianza contro uno o più Stati potrebbe trovare luogo in sede giurisdizionale nazionale o sovranazionale, ovvero in sede politica sovranazionale. La risposta ha portata generale e sarebbe sminuente risolverla sotto il profilo – pur apprezzabile e, per qualunque penalista, *tranchante* – della totale indeterminatezza del contenuto obbligatorio della tutela statale.

In realtà, ben più profondamente, per l'affinità ontologica tra il diritto penale e il *male* al cui contrasto è indirizzato, forti dubbi riguardano la *coercibilità*, nei confronti degli Stati, dell'opzione di darvi corso⁹⁶. Se poi tale *obbligo* si ritenga ammissibile⁹⁷ o si radichi in specifici impegni pattizi,

96 In questo senso, invece, la Direttiva UE 2024/1203, proprio in ambito ambientale. In tema, M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2008, p. 538 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; A. Gargani, *Il diritto penale quale "extrema ratio" tra post-modernità e utopia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018, p. 1488 ss.; C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2002, p. 171 ss.; per un'impostazione circa le fonti interne, già D. Pulitano, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1983, p. 484 ss.

97 In questo senso, F. Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in G. Forti - M. Bertolino - L. Eusebi (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. IV, p. 2645 ss.; F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, in C. Piergallini - G. Mannozi - C. Sotis - C. Perini - M. M. Scoletta - F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2023, Tomo II, p. 845 ss.

dovrebbe comunque prevedersi la possibilità di un adempimento alternativo, tramite strumenti non afflittivi⁹⁸. Il rifiuto di minacciare, irrogare o eseguire un *male* non dovrebbe mai, di per sé, essere *sanzionato*. Tanto meno laddove lo Stato si sia attivato per conseguire *per alteram viam* il risultato: con o *senza* successo, stante che l'*extrema ratio* impone al legislatore, in prima battuta, di *tentare* ogni strumento *diverso* dal diritto penale.

Coerentemente, il primo compito del penalista, *memento* pensante e interlocutore di quel principio, dovrebbe consistere nella promozione, tramite il dialogo interdisciplinare⁹⁹, di strategie che *rinuncino* o *marginalizzino* il ricorso al “diritto terribile”: tanto in vista dell’introduzione di nuove normative, quanto nel monitoraggio critico, quotidiano e di lungo periodo, della loro legittimazione nel tempo, anche in termini di rispetto delle garanzie e di riscontri empirici, da un lato, di efficacia e, all’altro, di persistente necessità.

Non è questione di *controlimiti*, ma della dimensione del principio di sussidiarietà quale condizione di effettiva funzionalità delle norme – penali e non – nel loro “ecosistema”.

In questo senso, se taluni Stati, *dopo aver seriamente, ma vanamente sperito ogni altra strategia*, dovessero addivenire alla decisione di introdurre forme di tutela del clima che coinvolgano il diritto penale, l’assoluta priorità di una diffusa instaurazione *qui e ora* di prassi virtuose (rispetto all’illusoria prospettiva di una deterrenza incerta e differita, quale esito atteso di condanne sparse) non dovrebbe venire meno. Al contrario, dovrebbe unirsi all’esperienza del penalista in alcune raccomandazioni al legislatore.

Innanzitutto, la minaccia di sanzioni dovrebbe essere accompagnata, ogni volta che sia possibile, da meccanismi di tipo ingiunzionale/cooperativo, volti a conseguire un’ottemperanza sostenibile e tempestiva, con effetto estintivo dell’eventuale reato. Il trasgressore dovrebbe essere *sostenuto* dal punto di vista tecnico nell’attuazione di quanto prescritto/convenuto e nessuna risorsa attingibile per adeguare in concreto le sue condotte

98 Il problema si osserva già a livello europeo, dove è invalsa la «formuletta pigra» dell’esigenza di misure sanzionatorie efficaci, dissuasive e proporzionate: cfr. L. Eusebi, *Prevenzione e garanzie*, cit., p. 298 ss. Cfr. pure L. Krämer, *Le droit répressif et le droit de l’environnement européen*, in *Revue juridique de l’environnement*, 39(HS01), 2014, p. 75 ss.

99 Circa l’esigenza del dialogo interdisciplinare, H. Satzger - N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht*, cit., p. 8, assume come «regola di base» che «la scienza del diritto non deve essere scoraggiata dalla complessità scientifica della materia e deve ricercare in modo proattivo un dialogo interdisciplinare per rispondere alle domande pertinenti»..

dovrebbe essere ad altro titolo sottratta al bilancio delle sue disponibilità.

Qualora questo approccio non sia possibile, dovrebbe essere incentivato, anche tramite rinuncia alla condanna, l'accesso a percorsi di *restorative justice*, nel cui cammino di *reciproco riconoscimento* perseguire una responsabilizzazione diffusa, alla luce della natura *collettiva* delle vicende correlate al clima. La spersonalizzazione e fungibilità criminale dei grandi inquinatori suggerisce di rifuggire da risposte di tipo meramente espulsivo o rimuovente (in cui la pena capitale è *mimata* con l'interdizione perpetua nei confronti degli enti o con il licenziamento nei confronti dei singoli soggetti ritenuti, al loro interno, quanto meno disciplinarmente responsabili), come pure da *closing* prettamente monetari, insoddisfacenti anche quando *esemplari*.

I medesimi percorsi riparativi, peraltro, potrebbero essere attivati anche *dopo* la condanna, contemplando incentivi premiali rispetto all'esecuzione della pena, sino all'estinzione della stessa, come pure potrebbe essere utile predisporre possibilità di *probation*, pene prescrittive e misure alternative *specificamente progettate* in relazione alla questione climatica¹⁰⁰, estese agli enti ed eventualmente espiabili, ove acconsentite, presso enti convenzionati pubblici o privati, secondo le opportunità di *rete* offerte dalla cd. *community justice*¹⁰¹. In alcun modo dovrebbe potersi ipotizzare che strategie in sé deflative rispetto all'esecuzione della pena, ma maggiormente inclusive rispetto agli obiettivi di reintegrazione del condannato e di soddisfazione della vittima – negli eventi climatici spesse inevitabilmente *diffusa* – possano essere considerate non soddisfacenti sotto il profilo dell'effettività, dissuasività e proporzionalità.

Tutto questo, per chi lo auspicasse, è immaginabile anche a livello interstatale. Come appare evidente, tuttavia, un simile modello invita gradualmente a rinunciare, nella gestione penale del clima, al fattore ingombrante e *poco impegnativo* della minaccia e dell'esecuzione della *sofferenza*¹⁰², come pure ad alcuni ingannevoli simbolismi, come le rappresentazioni fittizie, con antropomorfizzazioni processuali, di pretese

100 In questo senso H. Satzger, *Alle sprechen vom Klimaschutz*, cit., p. 1017. Cfr. pure P. Baer, *Adaptation to Climate Change*, cit., p. 250.

101 Per una panoramica, G. Bazemore - M. Schiff (a cura di), *Restorative community justice. Repairing harm and transforming communities*, Cincinnati, 2001, 2a ed. London - New York, 2016; M. Cowburn - M. Duggan - A. Robinson - P. Senior (a cura di), *Values in criminology and community justice*, Bristol, 2013; J. R. Hamilton - T. R. Clear - E. Cadora, *Community justice*, New York, 2011; circa i profili vittimologici, B. Williams, *Victims of crime and community justice*, London - Philadelphia, 2005.

102 Cfr. pure M. Abraham, *Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart*, Berlin, 2018.

soggettività non umane: tanto dal lato dei trasgressori, quanto sul versante delle vittime. Siano private o pubbliche, le aggregazioni sociali sono al più interfacce di dialogo con le persona, in carne ed ossa, anche laddove non individuate, che le compongono.

La realtà è che *avere a che fare con gli umani*, tanto più escludendo la sofferenza come strumento di persuasione (ancorché meno dispendioso della peggior forma di questa, la *detenzione*), è *assai più impegnativo* di ogni scorciatoia finzionale, da molti punti di vista. Richiede il ricorso esplicito a risorse economiche dedicate, a partire dall'onere che grava sul soggetto statutale precedente di predisporre le condizioni perché il trasgressore si renda soggetto attivo della risposta al reato. Richiede altresì coesione valoriale della comunità, che si fa essa stessa parte attiva della sua reintegrazione. E, anche economicamente, *vale gli sforzi*.

In fondo, si tratterebbe di realizzare – persino, volendo, tra Stati – il fine più autentico del diritto penale, anche in termini di efficacia preventiva: restituire ai soggetti le condizioni per architetture decisionali *libere*, che davvero consentano scelte nella direzione dell'adesione alle proposte ordinamentali, anche e soprattutto laddove quelle condizioni, per i più vari motivi, non si siano mai realizzate o siano, nei più vari percorsi esistenziali, venute meno¹⁰³.

Un diritto penale così concepito, tuttavia, non può che riguardare, nell'ordinaria pluralità degli interlocutori delle norme, *nicchie di divergenza radicale* rispetto a una compattezza comportamentale che l'ampia maggioranza dei soggetti appartenenti alla comunità abbia democraticamente convenuto e consolidatamente ottemperato. Se rivolto a una *maggioranza* di trasgressori, prima ancora che carente di legittimazione, non sarebbe economicamente né culturalmente sostenibile.

Sebbene il diritto penale cooperi in modo importante alla promozione dei beni giuridici alla cui tutela è volto¹⁰⁴, esso non può di per sé porsi come

103 In tema, cfr. P. Wittig, *Die Ökonomisierung des Strafrechts in Zeiten der Krise. Zum Zielkonflikt zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, in E. Pohlreich - S. Beck - B.-D. Meier - G. Stefanopoulou - S. Ziemann (a cura di), *Strafrecht in der Krise*, cit., p. 95, circa il ruolo di un uso accorto del diritto penale rispetto all'obiettivo di conseguire un'equa ripartizione delle risorse.

104 Sul diritto penale simbolico, P. Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1981, p. 347 ss.; W. Hassemer, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 558 ss., ora in *Id.*, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, p. 170 ss.; W. Hassemer, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. Schünemann - H. Achenbach - W. Bottke - B. Haffke - H.-J. Rudolphi (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin - New York, 2001, p. 1001 ss.; B. Haffke, *Die Legi-*

un diritto *promozionale*, soprattutto laddove la consapevolezza dell'esigenza di tutela di determinati beni giuridici non sia ancora sufficientemente diffusa nella collettività o non vi sia radicata da un tempo congruo¹⁰⁵. In effetti, è impossibile, nei confronti *dei più*, lo sforzo di orientamento, rielaborazione e reintegrazione mirato alla persona che il diritto penale richiede. Laddove i trasgressori o gli *insensibili* al bene giuridico fossero *i più*, il diritto penale non potrebbe che ricorrere alla *disseminazione della sofferenza*, colpendo "esemplarmente", di volta in volta, *un soggetto tra tanti*, in modo casuale o, peggio, strumentale. In entrambi i casi, si tratterebbe un diritto *ingiusto*, dimentico della *persona* su cui si abbatte.

In nessun modo il diritto penale può permettersi politiche di deliberata accentuazione delle distanze sociali e comportamentali: come invece potrebbe spingersi a fare il diritto promozionale, accelerando, per esempio, la scelta di opzioni virtuose da parte di soggetti già maggiormente sensibili o comunque avvantaggiati, quanto meno in termini culturali¹⁰⁶, come pure, all'estremo, per effetto di mera sorte¹⁰⁷. Un diritto esclusivamente promo-

timisation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, *ivi*, p. 955 ss., p. 970 ss.; J. Vogel, *Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft. Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre*, *ivi*, p. 105 ss., p. 113 ss.; F. Saliger, *Positives und symbolisches Strafrecht. Von guter und schlechter Kriminalpolitik*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 2022, p. 276 ss.; C. Prittwitz, *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, p. 390 ss.; T.-M. Seibert, *Plädoyer für symbolisches Strafrecht*, in C. Prittwitz - M. Baurmann - K. Günther - L. Kuhlen - R. Merkel - C. Nestler - L. Schulz (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, p. 345 ss. Nella letteratura italiana soprattutto, S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018; S. Bonini, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice penale*, 2003, p. 491 ss.; ma v. pure A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, vol. II, p. 19 ss. Per la rimozione della categoria critica, in quanto ostacolo a più ampie criminalizzazioni, K. Peters, *Symbolisches Strafrecht?*, in *Juristische Rundschau*, 2020, p. 414 ss.

105 Cfr. K. Lüderssen, *Recht, Strafrecht und Sozialmoral*, in *Analyse & Kritik*, 1981, p. 194 ss.; M. Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413 ss.; C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 ss.; C. E. Paliero, *I caratteri generali del diritto penale*, in *IUS17*, 5, 2012, p. 9 ss., p. 13.

106 A mero titolo di esempio, cfr. S. Bock, *Der Schutz der finanziellen Interessen der Union. Überlegungen zur Betrugsbekämpfungsrichtlinie 2017/1371*, in K. Ambos - S. Bock (a cura di), *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts. 6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung*, Berlin, 2019, p. 155 ss., p. 157 ss., in particolare n. 14.

107 Salvo valutare con cautela l'effettiva opportunità, efficacia e legittimazione, di volta in volta, di una simile strategia. Emblematico il ricorso alle cd. "lotterie degli scontrini", con l'intento di contrastare l'evasione fiscale: cfr. M. Di Domizio - M. Marè, *Gioco di evasione e gioco per l'eva-*

zionale può *giocare* sulle differenze, anche aumentandone l'incidenza.

Il diritto penale, al contrario, *non può essere che unitivo*, mirando a reintegrare *marginalità di trasgressori* (radicalmente dissonanti, disattenti o semplicemente svantaggiati) e, così, rispondendo a un modello di diritto solidale, che *chiama raccolta l'intero*. *Allo stato*, si deve prendere atto che simili condizioni di tutela, con riferimento al clima, non esistono. Si auspica che, quando si realizzeranno, il diritto penale non serva più: bene comunque, nel frattempo, *prepararsi e parlarne*.

Al fondo, il diritto penale è davvero un progetto che deve perseguirsi *per la sopravvivenza dell'uomo*: laddove a questo fine è necessario che *nessuno sia "lasciato indietro"*. Le questioni poste dal diritto penale climatico – e gli insegnamenti che si possono trarre dalla riflessione che lo riguarda, ben più che da una sua disorganica e irruenta applicazione – vanno in questo senso. Ma è ciò che i più avveduti osservatori sostengono, *di tutto il diritto penale, da tempo*¹⁰⁸.

sione": una proposta di contrasto all'economia sommersa, in *Economia dei Servizi, Mercati, Istituzioni, Management*, 2, 2010, p. 311 ss.; P. Di Caro - M. Manzo, *Conoscere l'evasione fiscale può contribuire a ridurla*, in *Argomenti*, 17, 2020, p. 114 ss.; opportuni rilievi critici in G. Di Francesco, *Il gioco d'azzardo nella società ludica*, in *Sicurezza e scienze sociali*, X(1), 2022, p. 2283 ss.

108 Per una lettura ad ampio raggio, L. Eusebi, *Build and Restore Good Human Relationships. Overcoming the Retributive Paradigm as a Key Issue for the Theory of Justice*, in A. Masferrer (a cura di), *Criminal Law and Morality in the Age of Consent. Interdisciplinary Perspectives*, Cham, 2020, p. 213 ss.

PARTE III

CONTRIBUTI

QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE

Giada Alessandroni

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

1. INTRODUZIONE

Il paradigma vittimario è divenuto oggetto di molte riflessioni, i termini di ‘persona offesa’ o ‘danneggiato dal reato’ sono stati sostituiti dal concetto di ‘vittima’ quale narratrice di una vicenda sfociata in un crimine, soggetto vulnerabile e meritevole di sempre più tutele. Ma come avviene la narrazione se, a svolgerla, è un soggetto minore? Quali sono le garanzie poste alla tutela dello stesso e della genuinità del suo racconto?

Le coordinate normative sono numerose: disposizioni europee, legislazione nazionale e, in particolare, protocolli di *best practices*; tra i tanti, la Carta di Noto, grazie alla quale è stato possibile sottolineare la necessità di intervenire in maniera uniforme in ambito di ascolto del minore, nonché le regole per assicurare una corretta assistenza psicologica allo stesso.

L’istituto dell’incidente probatorio previsto al Titolo VII del Libro V del codice di procedura penale è proprio posto a garanzia di ciò, non a caso il legislatore ha scelto di delineare in maniera definita i termini di ricorso allo stesso, tuttavia, quello che resta scoperto è la modalità attraverso cui l’esame debba svolgersi, dato che i protocolli di *best practices* non sono stati recepiti nel codice di rito. Dunque, come si assicura l’attendibilità della narrazione della vittima minore? E quali sono le conseguenze del mancato rispetto dei protocolli di ascolto del minore, in relazione alla sua testimonianza?

2. A PICCOLI PASSI: DA UNA VISIONE REOCENTRICA AD UNA VITTIMOCENTRICA

La nozione criminologica di vittima è una nozione piuttosto vaga: comprende qualsiasi persona che abbia subito un pregiudizio, fisico, sofferenze mentali, emotive o danni materiali quali conseguenze dirette di condotte illecite. È una nozione che valorizza al massimo la dimensione individuale ed esistenziale della persona, che ha spinto criminologi ad elaborare numerose classificazioni, proprio sulla base delle caratteristiche personali della stessa e del suo ruolo nella genesi e nella realizzazione dell'illecito¹. Siamo dinnanzi ad un concetto estraneo al glossario penale, più orientato sull'uso di 'persona offesa dal reato', 'soggetto passivo del reato' e 'persona danneggiata dal reato'².

Nell'ambito penalistico si assiste ad una sorta di 'privatizzazione' del diritto penale³, ravvisabile nella spinta centrifuga che sposta l'interesse dall'interno (autore di reato) all'esterno (vittima di reato). Tale percorso affonda le proprie radici nella nascita dello Stato moderno, momento in cui avviene l'allontanamento della vittima dal sistema di giustizia penale⁴ con conseguente gestione dei conflitti derivanti dal reato, ad esclusivo appannaggio dell'autorità pubblica. Questo, in risposta al modello privatistico dominante nel diritto romano arcaico, ove le vittime e i rispettivi familiari tutelavano i propri diritti in via autonoma. Gli interessi della vittima, dunque, vengono assorbiti, sotto il profilo sostanziale, nel concetto di bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici⁵ comportando la sostituzione dello Stato alla vittima nell'attività di protezione dei beni di quest'ultima⁶.

L'impulso della riscoperta del ruolo della 'persona offesa dal reato' è da attribuirsi in prima battuta alla Scuola Positiva, poi alla nascita dello Stato sociale e, sul finire degli anni quaranta del '900, alla vittimologia

1 M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale, dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, 7 ss.

2 A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2010) 1, 41-56, 44.

3 R. PALAVERA, *Il penalista e il suo partito*, ETS, 2018, 107.

4 W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2012, 233.

5 F. CARNELUTTI, *Teoria generale del processo*, E.S.I., 1933, 245.

6 M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 80; M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile"*, in «Riv. it. med. leg.» (2018) 2, 553.

quale branca della criminologia che ha come oggetto di studio la vittima del reato, la sua personalità e le sue caratteristiche⁷.

Il '900 segna un ulteriore mutamento di prospettiva nei confronti della vittima; infatti, sopraggiunge una nuova forma di attenzione che inizia a focalizzarsi sulla relazione diadica autore-vittima di reato, il cui studio permette non solo di elaborare tipologie di vittime in rapporto alle singole fattispecie di reato, ma anche (e soprattutto) permette di cogliere gli effetti comunicativi che rinviano alla storia di quel rapporto e agli incastri d'azione all'interno dei quali, le azioni della vittima, assumono un senso e una funzione, anche processuale⁸. A tal proposito, s'inizia a considerare lo schema comportamentale della vittima che diventa meccanismo in grado di innestarsi nella condotta del reo e contribuire alla realizzazione della condotta antisociale. Il protagonismo di quest'ultima si evince altresì dal processo di individualizzazione dell'offeso, dall'illecito⁹. Non è un caso, infatti, se negli ultimi decenni si è assistito ad un aumento delle norme incriminatrici tipizzate (anche) grazie al ricorso ad elementi specifici delle caratteristiche della vittima.

In siffatta prospettiva, dunque, la rilevanza della vittima e le dinamiche relazionali manifestate tra la stessa e l'autore, conducono a due facce della stessa medaglia: da un lato, le possibilità di vittimizzazione di un soggetto risulterebbero direttamente proporzionali alla sua infungibilità; dall'altro, la pericolosità del delinquente risulterebbe direttamente proporzionale alla fungibilità della vittima¹⁰. La vittima, dunque, diventa il terzo polo degli interessi, oltre al reo e alla giurisdizione.

7 E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in «Ruolo e Tutela della Vittima in Diritto Penale» (2004) 1, 11.

8 S. BARLATTI, M. SPAGNOLO, *la psicologia investigativa e lo studio della relazione tra la vittima e l'autore di reato*, in «International Journal of Criminological and Investigative Sciences» (2011) 84-132, 113.

9 V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?* in «Arch. Pen.» (2017), 4; M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo. Tra slanci sovranazionali e spinte politiche*, in «Arch. Pen.» (2021), 1-37, 3; A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamara Pitch*, in «Discrimen», 2019, 5 ss.

10 F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2020, p. 248; L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne, 2012, 29; C. BERNASCONI, *A proposito della difesa delle garanzie liberali nella stagione della giustizia euro-vittimocentrica*, in «Discrimen» (2019) 1-5, 3

3. CHI È LA VITTIMA?

Assumendo, dunque, la prospettiva che considera la vittima quale *leitmotiv* nella trasformazione del sistema sanzionatorio, può essere utile riassumerne i tratti fondamentali. Partendo da una prima valutazione, si ritiene che la vittima esiste quando (e nel momento in cui) esiste il reato. Più il diritto della vittima è sacro, più la sua posizione s'innalza¹¹. Essa è tale in presenza del compimento di un fatto illecito; non si tratta di un concetto ontologico, ma di un concetto soggettivo subordinato al verificarsi di un dato evento.

Quello a cui si assiste un'inversione dello schema classico del diritto penale (da fatto-norma-processo-pena a disvalore sociale-vittima-processo-tipicità-pena) dove campanello di allarme diventa, appunto, il disvalore sociale della condotta deviante che colpisce il bene giuridico legato ad una vittima e che innesta un processo che rincorre la dinamicità degli eventi sociali con il fine di sanzionarli. Un esempio, il c.d. 'codice rosso' (l. 19 luglio 2019, n. 69)¹².

Tutto ciò riporta alla 'privatizzazione' del diritto penale, nel senso sopradetto: il diritto, presto o tardi, si adegua sempre ai fenomeni che deve regolare; e dimostra lo scivolamento dello Stato 'sociale' verso il modello dello Stato 'penale'¹³. Quanto, questa inversione può ritenersi corretta?

È certamente innegabile il grande interesse che lo Stato ha riservato (e riserva) alla vittima, ma la c.d. caccia alle streghe (in questo caso alle condotte esposte ad una potenziale normazione statale) dovrebbe trovare un'applicazione pratica che tuteli nella realtà, non solo sulla carta, il ruolo della vittima. La vulnerabilità di chi è ferito nel corpo, di chi è scosso nei sentimenti e nelle relazioni, richiama ad una sobrietà del fare, del conoscere e del sentire, sobrietà nel quale si gioca il valore, il significato e la giustizia: in una parola, l'umanità delle presenze e dei gesti reali, non solo cartacei e normativi. Tuttavia, proprio dalla valutazione di questi ultimi è necessario partire.

11 L. ZOJA, *Paranoia. La follia che fa la storia*, Bollati Boringhieri, 2011, 365 e ss.

12 G. MINICUCCI, *Il diritto penale della vittima, ricadute sistematiche ed interpretative*, in «Discrimen» (2020) 1-18, 9; M. BERTOLINO, *Convenzioni, direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Giappichelli, 2014, p. 8.

13 L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, (trad. it. di M. GUARESCHI, Feltrinelli, 2000, 70).

4. COORDINATE NORMATIVE

Negli ultimi anni il diritto penale sostanziale e processuale ha, in effetti, attribuito un ruolo di primaria importanza alla vittima. Non si tratta di un traguardo né di un obiettivo quanto, piuttosto, di un percorso doveroso innescato dai vincoli europei, sempre più stringenti in materia, che hanno portato il nostro ordinamento, da un lato, ad abbandonare la visione reocentrica del processo (anche a seguito della maggiore importanza della vittimologia, quale settore autonomo di rilevanza scientifica) dall'altro alla presa di coscienza di quanto sia irragionevole «*confinare ai margini della giurisdizione penale colui che rappresenta il naturale antagonista dell'imputato*¹⁴».

Tale percorso ha visto la sua normazione a partire dalla decisione-quadro 2001/220/GAI adottata dal Consiglio d'Europa il 15 marzo 2001 che riguarda, in sostanza, l'allargamento della nozione di vittima a cui è direttamente proporzionale una maggiore tutela della stessa all'interno del processo, per arrivare ma senza pretesa di conclusione alla Dir. 2012/29/UE recepita, in Italia, con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Quest'ultima stabilisce norme minime volte ad assicurare alle vittime di reato adeguati livelli di tutela e assistenza, nelle fasi sia pre- procedurali penali, sia al di fuori del processo stesso¹⁵. La direttiva 2012/29/UE dedica una parte alla tutela dei minori prevedendo, tra l'altro, diritti di partecipazione al procedimento penale, il diritto della vittima ad essere ascoltata e il diritto di fornire elementi di prova secondo il diritto nazionale poiché, come previsto dall'art 3 della Convenzione sui Diritti del fanciullo del 1989 «*l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*¹⁶». Va segnalata, inoltre, la sentenza Pupino¹⁷ della Corte di Giustizia delle Comu-

14 P. P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale. Percorsi virtuosi e nodi irrisolti*, in «Riv. dir. pen.» (2018) 2, 180-200.

15 Tale direttiva è stata recentemente implementata, tra l'altro, dall'art 90-bis c.p.p. introdotto dal d. lgs. n. 212/2015, modificato dall'art. 5 d. lgs. n. 150 del 2022 e tutte le definizioni introdotte all'art. 42 del medesimo decreto. L'art. 2 della direttiva ha, inoltre, qualificato la vittima come «*la persona fisica che ha subito danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona*», disponibile sul sito <http://www.europa.eu.int>

16 Convenzione ONU sui Diritti del fanciullo, New York, 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*.

17 Grande Corte, sent. 15 giugno 2005, EUR-Lex, disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105>

nità Europee che sancisce la possibilità di ricorrere all'audizione protetta delle vittime vulnerabili attraverso modalità di ascolto che risultino adeguate alla vittima stessa.

Da ultimo, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi, firmata a Lanzarote nel 2007 e ratificata dallo stato italiano con la l. 172/2012, il cui contenuto è caratterizzato dalla presenza di molteplici previsioni che hanno, appunto, sia il fine preminente di proteggere il minore, quale potenziale vittima di reati a sfondo sessuale, sia quello, in via più generica, di assistere e proteggere la persona offesa quale soggetto debole. La Convenzione ha avuto il merito di aver anticipato la soglia della tutela del minore anche durante la fase delle indagini preliminari. Infatti, nel ratificarla il legislatore nazionale ha previsto l'adozione di generali misure di protezione necessarie per salvaguardare i diritti e gli interessi delle vittime, inclusi i loro particolari bisogni come testimoni, ad ogni livello delle indagini e dei procedimenti giudiziari.

Viene prevista, inoltre, la necessaria presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile ogni qualvolta debbano essere raccolte, anche in fase investigativa, le dichiarazioni del minore stesso. Tale figura professionale deve essere presente non solo quando si procede all'escussione di una vittima di reato, ma in tutti i casi in cui sia necessario procedere nell'ambito dei procedimenti indicati dall'art. 351 co. 1-ter c.p.p., così come modificato dalla l. 172/2012¹⁸. La presenza dell'esperto è necessaria quando le dichiarazioni del minore sono raccolte dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore, di contro, non sussiste alcun obbligo per il giudice che assume la testimonianza ricorrendo all'istituto dell'incidente probatorio, situazione quest'ultima in cui la necessità della presenza dell'esperto viene valutata caso per caso.

Continuando con i richiami normativi nel panorama italiano, va menzionato il d.lgs. n. 212/2015 che introduce, tra l'altro, l'art. 90-*quater* c.p.p. il quale riconosce alla vittima la condizione di 'vulnerabilità' desunta, oltre che dall'età, da altre caratteristiche legate al soggetto e/o alla modalità di compimento del reato ed è finalizzata a evitare fenomeni di

18 L'art. 1 della l. n. 172 del 2012 prevede: «All'articolo 351 è aggiunto, infine, il seguente comma: 1-ter. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600- *quinquies*, 601, 602, 609-bis, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero»

vittimizzazione secondaria¹⁹ che sovengono nel momento in cui la vittima sia costretta a patire un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla rievocazione del ricordo²⁰.

Il minore rientra nella categoria delle vittime c.d. vulnerabili. Tale assunto trova ragione anche nella nozione di maturità che, ben vero, riveste un'accezione diversa, spesso non sovrapponibile, a seconda della declinazione, giuridica o psicologica, presa in considerazione nel contesto in esame. Restando in tema, il d. lgs. n. 212/2015 ha modificato l'art 498 co. 4-*quater* c.p.p. eliminando il limite oggettivo che prevedeva la possibilità di ricorrere all'audizione della vittima vulnerabile, soltanto nei casi in cui si procedeva per i reati indicati nel precedente art. 498 co. 4-*ter* c.p.p.

Attualmente, a prescindere dalla contestazione e su richiesta della persona offesa, il giudice potrà disporre l'audizione protetta nei confronti della vittima che si trovi in particolare stato di vulnerabilità, nelle forme indicate dall'art. 398 c.p.p. Ancora, il citato decreto ha previsto la possibilità di ricorrere all'istituto dell'incidente probatorio nei casi in cui la vittima versi in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 392 co. 1-*bis* c.p.p.). Si richiamano, inoltre, le modifiche introdotte agli artt. 351 e 362 c.p.p., ovvero la garanzia di ricorrere all'ausilio di un esperto, qualora si proceda all'audizione di una vittima minorenni o in condizione di vulnerabilità.

Sempre nell'ambito della legislazione nazionale si colloca il d. lgs. n. 150/2022 che prevede, tra le altre disposizioni, ulteriori tutele e garanzie alle vittime in ogni fase del procedimento penale²¹. A tal proposito, l'esigenza della tutela del minore viene ribadita all'art. 337 c.p.p. al quale è stato aggiunto il comma 2-*quater*, il quale sancisce che «*le dichiarazioni della persona minorenne – nonché inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità – sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto*».

Il d.lgs. 150/2022, tra l'altro, racchiude la disciplina della giustizia riparativa, i cui principi generali e obiettivi sono elencati all'art. 43. Rapidamente, per giustizia riparativa si intende «*ogni programma che con-*

19 G. GULOTTA, M. VAGAGGINI, *Dalla parte della vittima*, Giuffrè, 1980, 49 ss.

20 F. DI MUNZIO, *Tutela processuale della vittima di violenza*, in «Giust. Pen.» (2013) 1-12, 3.

21 M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2023) 2, 699.

sente 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 mediatore²²». Sebbene i programmi di giustizia riparativa si collochino all'interno di una doverosa apertura del sistema penale nei confronti della vittima, non mancano dubbi e diffidenze. Innanzitutto, la giustizia riparativa si pone come strumento integrativo (non alternativo) della risposta giudiziaria; infatti, i programmi che la delineano entrano ad ampio spettro tra le norme del sistema penale²³. Questi ultimi si fondano sull'ascolto del dolore della vittima, posto che «*il bisogno delle vittime di reato non è soltanto quello di ottenere la punizione del colpevole o un risarcimento economico, ma anche (soprattutto) è quello di essere ascoltate, capite, 'curate', dopo il trauma derivante dal reato, che incide negativamente in tutti gli ambiti della vita e della personalità dell'offeso e non solo in quello patrimoniale, profilo che spesso è, anzi, del tutto secondario*»²⁴. Permangono dubbi anche circa la possibilità di ricorrere ai programmi riparatori previsti, come da norma, per ogni reato e in qualsiasi stato e grado del processo²⁵. Tale evenienza potrebbe minacciare i principi di legalità e di giurisdizione nonché la funzione generalpreventiva dei precetti penali²⁶. Conseguenze psicologiche per la vittima potrebbero verificarsi laddove la stessa ritirasse il consenso ai programmi di giustizia riparativa e questi ultimi continuassero solo in presenza dell'autore di reato. A tal proposito, la psicologia internazionale offre numerose revisioni²⁷ aventi come oggetto

22 Art. 42 co. 1 let. a) D. Lgs. 150/2022, disponibile sul sito <https://www.normattiva.it/uri/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2022;150>; M. BORTOLATO, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2022) 3, 1259.

23 M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, op. cit.

24 G. MANOZZI, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in «Discrimen» (2020).

25 Artt. 6 e 18 Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018) 8 sulla giustizia riparativa in materia penale, disponibile sul sito <https://accademiaitalianamediazioneepenalegiustiziariparativa.it/>.

26 F. PALAZZO, *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2023) 2, 497; L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2021) 3, 823; O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2021) 3, 855; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in «Sistema Penale» (2020) 7 ss.

27 J. J. CHOI, G. BAZEMORE, M. J. GILBERT, *Review of research on victims' experiences in restorative justice: Implications for youth justice*, in «Children and Youth Services Review» (2012)

di studio, la relazione intercorrente tra i programmi di *restorative justice* e la soddisfazione delle vittime. In particolare, è emerso che, eventuali problemi comunicativi tra autore e vittima di reato, potrebbero inficiare l'esito positivo dei programmi stessi. Questa circostanza evidenzia l'estremo rilievo di un'adeguata formazione di mediatori, i quali dovrebbero essere in grado di stabilire comunicazioni efficaci durante gli incontri per evitare il pericolo che la vittima venga nuovamente vittimizzata durante il processo riparativo.

5. IL MINORE QUALE PARTE PROCESSUALE: LA CAPACITÀ A RENDERE TESTIMONIANZA E LA CAPACITÀ A DEPORRE

Le disposizioni fin qui richiamate nascono dalla duplice esigenza di garantire, da un lato, che l'ascolto del minore avvenga sempre in via anticipata, in quanto le prime dichiarazioni dello stesso sono considerate maggiormente attendibili e dall'altro che si tenda ad evitare, in fase dibattimentale, la reiterazione di interrogatori relativi ad esperienze dolorose e traumatiche con inevitabili ripercussioni sullo stesso. Dunque, anche il minore, quale vittima vulnerabile di reato, non è più soltanto portatore di un interesse (violato) ma diviene, in un'ottica culturalmente evolutiva, parte fondamentale del processo, mantenendo attiva la necessità di ricorrere ad una valutazione individuale che preveda, quale massima premura, l'utilizzo di un approccio il più rispettoso possibile nei confronti dello stesso. La *ratio* sottesa a tali considerazioni ha condotto il legislatore alla scelta di privilegiare la tutela della personalità del minore, nella presunzione che farlo partecipare al processo, alla stessa stregua di un adulto, lo potrebbe esporre ad un disagio disfunzionale alla sua crescita rischiando di pregiudicarne la serenità della sua deposizione²⁸.

Rendere testimonianza all'interno del procedimento penale su fatti e/o circostanze traumatiche la cui rievocazione risveglia dolori e sofferen-

34 (1), 35–42; L. DALHUISENA, M. KNOPPERSA, R. RIJNHOUTA, G. MEYNEN, *Victim involvement in forensic psychiatric treatment: opportunities and challenges from a restorative justice perspective*, in «International Review of Psychiatry» (2024) 4 ss; J. J. CHOI, M. SEVERSON, «What kind of apology is this?»: *The nature of apology in victim offender mediation*, in «Children and Youth Services Review», (2009) 7, 813–820.

28 M. I. RUSSILLO, *L'affermazione del minore nel processo penale: da mero testimone a parte processuale*, in «De Iustitia» (2023) disponibile sul sito <https://deiustitia.it/2023/03/laffermazione-del-minore-nel-processo-penale-da-mero-testimone-a-parte-processuale/>

ze, non è mai facile, soprattutto se a farlo è una vittima minorenni. Prima della valutazione circa l'attendibilità dello stesso, occorre, in via pregiudiziale, accertarne la capacità a testimoniare. Attraverso una interpretazione sistematica dell'art. 196 c.p. risulta evidente, in mancanza di una specifica esclusione, come tale capacità sia ravvisabile anche in capo al minore. Emerge, dunque, che la minore età di un testimone non incide sulla capacità a testimoniare, semmai, la stessa dovrà essere tenuta in considerazione dal giudice in ordine alla valutazione della sua attendibilità. Tale disposizione trova la sua *ratio* nella necessità di valutare, stando la delicata e complessa situazione, sia il contenuto delle dichiarazioni del minore, sia l'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo adeguato e fedele.

In tal senso, la Cassazione stabilisce che «... *proficuo è l'uso dell'indagine psicologica che concerne due aspetti fondamentali: l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettuale ed affettivo, e la sua credibilità. Il primo consiste nell'accertamento della sua capacità a recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle ed esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e alla natura dei rapporti familiari. Il secondo – da tenere distinto dall'attendibilità della prova che rientra nei compiti esclusivi del giudice – è diretto ad esaminare il mondo in cui la giovane vittima ha vissuto e rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna*»²⁹.

29 Cass. pen. sez. III, 3 ottobre 1997, n. 8962, in «CED» Cass., n. 208447; analogamente, Cass. pen. sez. III, 8 marzo 2007 n. 121; ancora... «la credibilità di un bambino deve essere esaminata in senso onnicomprensivo, valutando la posizione psicologica del dichiarante rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne, la sua attitudine a testimoniare – che coinvolge la capacità di recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle -, le sue condizioni emozionali in riferimento alle relazioni con il mondo esterno ed alle dinamiche familiari, nonché i processi di rielaborazione cognitiva delle vicende vissute, processi tanto più limitati quanto più il bambino è in tenera età» (Cass. pen. sez. III, 6 aprile 2004, n. 23278, in «CED» Cass., n. 229421); o che «in tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenni deve contenere un esame sia dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccordarle con altre e di esprimerle in una visione complessa, sia della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno» (Cass. pen. sez. III, 10 aprile 2008, n. 20568, in «CED» Cass., n. 239879), dello stesso avviso una più risalente pronuncia della Corte (Cass. pen. sez. III, 23 febbraio 2001 n. 26698) che ritiene che «in tema di reati sessuali su minori in tenera età è illegittimo, per violazione del principio di formazione della prova in contraddittorio, il rifiuto del giudice di disporre una perizia psicologica in contraddittorio al fine di accertare l'aderenza alla realtà o meno della narrazione dei fatti, in dipendenza di eventuali elaborazioni fantasiose e proprie

La valutazione relativa all'idoneità del minore a rendere testimonianza, nelle ipotesi di abuso sessuale, ha aperto uno dei problemi più complessi, ovvero il rapporto tra scienza e diritto. Questi due sistemi, pur viaggiando parallelamente nelle ipotesi dell'accertamento di cui sopra, spesso si incontrano e si confrontano sulle regole e le norme del diritto e sui costrutti psicologici. Oggi il diritto deve venire a patti con un sapere, come quello elaborato delle neuroscienze, che impone ai magistrati e agli avvocati un aggiornamento continuo e non facile su materie molto lontane dal contesto in cui essi sono abituati ad operare³⁰.

Anche le Sezioni Unite, nel loro percorso argomentativo hanno stabilito che «... quanto al rapporto tra il contenuto dei due piani di giudizio (quello biologico e quello normativo), il secondo non pare poter prescindere, in ogni caso, dai contenuti del sapere scientifico (...) sicché, postulandosi, nella simbiosi di un piano empirico e di uno normativo, una necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza, a quest'ultima il giudice

dell'età o della struttura personologica del minore». La Corte di Cassazione ha stabilito che «in tema di reati sessuali nei confronti di minori, il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità a testimoniare non rende per ciò stesso inattendibile la testimonianza della persona offesa, giacché un tale accertamento, seppure utile laddove si tratti di minori di età assai ridotta, non è tuttavia un presupposto indispensabile per la valutazione dell'attendibilità, ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità» (Cass. pen. sez. III, 7 luglio 2011, n. 38211, in «CED» 251381); ancora è stato stabilito che «in tema di reati sessuali, la sola età adolescenziale del minore abusato non costituisce "in re ipsa" circostanza tale da escluderne la capacità a deporre in assenza di patologie incidenti su tale capacità» (Cass. pen. sez. III, 6 maggio 2008, n. 27742, in «CED» 240695); secondo la Cassazione «l'inesistenza nel sistema normativo di preclusioni o limiti alla capacità del minore a rendere testimonianza (art. 196 c.p.p.) non affranca il giudice dal dovere di controllarne le dichiarazioni con impegno assai più solerte e rigoroso rispetto al generico vaglio di credibilità cui vanno sottoposte le dichiarazioni di ogni testimone. In particolare, nei reati a sfondo sessuale - dei quali il minore è frequentemente vittima e il suo contributo non è normalmente sottraibile alla ricostruzione del fatto - il giudice deve accertare la sincerità della testimonianza del minore, con l'esercizio di una straordinaria misura di prudenza e con un esame particolarmente penetrante e rigoroso di tutti gli altri elementi probatori di cui si possa eventualmente disporre. A tal fine, può rivelarsi necessario il ricorso agli strumenti dell'indagine psicologica per verificare, sotto il profilo intellettuale e affettivo, la concreta attitudine del minore a testimoniare, la sua credibilità, la sua capacità a recepire le informazioni, a raccordarle tra loro, a ricordarle e a esprimerle in una visione complessa, da stimare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e alla natura dei suoi rapporti familiari. E ciò anche al fine di escludere che una qualunque interferenza esterna, talvolta collegata allo stesso ambiente domestico nel quale l'abuso sessuale non di rado si consuma, possa alterare la genuinità dell'apporto testimoniale» (Cass. pen. sez. III, 28 febbraio 2003, n. 19789).

30 L. DE CATALDO, *La scienza nel contesto giuridico*, in G. GULOTTA, G. B. CAMERINI, Giuffrè, *Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone*, 2014, 1-242, 5.

non può in ogni caso rinunciare – pena la impossibilità stessa di esprimere un qualsiasi giudizio – e, pur in presenza di una varietà di paradigmi interpretativi, non può che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un certo verso, siano quelle più generalmente accolte. (...)»³¹

La dimensione psicologica ha come oggetto di indagine l'individuo, la sua personalità e il funzionamento dell'Io, mentre nella dimensione giuridica, in cui prevale il principio di legalità, l'oggetto dell'indagine deve sempre essere legato al fatto (per il quale si procede) e lo scopo dell'indagine stessa deve essere legata alla certezza della prova. Gli strumenti impiegati dalle due scienze sono diversi: osservazione, somministrazione di test psicologici e colloqui clinici da un lato, e dall'altro, l'interrogatorio. Nel caso specifico della valutazione del minore in ipotesi di abuso o violenza sessuale sono tante le difficoltà relative all'accertamento cui l'esaminatore può incorrere. Ciò comporta una preliminare valutazione in ordine ad una serie di circostanze. In *primis*, quella relativa al ruolo, comprendendo che quello investigativo, quello terapeutico e quello peritale debbano rimanere ben distinti e differenziati, *in secundis* l'inderogabile necessità di tenere separate la c.d. attendibilità clinica dalla attendibilità della testimonianza, la prima oggetto di indagine psicologica, la seconda d'indagine giudiziale³².

5.1 IL RUOLO DELL'ESPERTO NELL'AMBITO DELLA TESTIMONIANZA DEL MINORE VITTIMA DI ABUSI SESSUALI

Il trauma della violenza si connette alle note sintomatologie di tipo ansioso, associate alla perdita di interesse per i pari, aggressività incontrollate, frequenti *acting out*, compromissione della sfera attentiva e facile distraibilità, ravvisabile anche nel contesto scolastico. Quando l'ipotesi di abuso è continua e reiterata il minore perde, gradualmente, quei pochi punti fermi su cui aveva iniziato, seppur embrionalmente, a strutturare la sua identità e la sua personalità.

Come si è visto, la l. 172/2012 ha rideterminato il ruolo dell'esperto in psicologia nel processo penale prevedendo la sua presenza nel corso della raccolta unilaterale delle dichiarazioni del minore. La premessa fon-

31 Cass. pen. sez. unite, 25 gennaio 2005, n. 9163. Tale sentenza appare in continuità con la sentenza Franzese (Cass. pen. sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328).

32 G. B. CAMERINI, L. SAMMICHELI, *Ruolo e compiti dell'esperto*, in G. GULOTTA, G. B. CAMERINI, *cit.*; S. SAU, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in «Dir. Pen. Proc.» (2018) 8, 987-993.

damentale è quella risultante da una semplice constatazione: nel corso del procedimento penale sono tanti i soggetti che, per competenza e interessi perseguiti, si trovano a interagire col soggetto minore. È importante sottolineare che sul ricordo originario intervengono, spesso influenzandolo, dati con i quali si entra in contatto successivamente all'episodio. Inoltre, il minore può riferire l'evento subito a tanti soggetti, ad esempio, ad estranei al circuito giuridico e prima dell'avvio delle investigazioni (familiari, amici, insegnanti, educatori, psicologi, assistenti sociali, tutti soggetti potenzialmente destinati a diventare testimoni *de relato* all'interno della causa penale). Allo stesso modo lo stesso può essere sentito, nel corso del procedimento stesso, da ufficiali di polizia giudiziaria, pubblico ministero, consulente tecnico o perito, difensore della parte privata e dal giudice. L'attuale codice di procedura penale prevede, per ogni soggetto ivi indicato, modalità, criteri di operatività, regole di condotta e scopi dell'ascolto³³.

La l. 172/2012 non ha apportato modifiche alla possibilità, in capo al soggetto cui è affidato il potere di raccogliere le dichiarazioni (polizia giudiziaria, pubblico ministero, avvocato), di delegare all'esperto la raccolta della testimonianza: le eventuali dichiarazioni assunte dagli esperti in assenza dei soggetti titolari dei poteri di indagine sono inutilizzabili³⁴. La figura dell'esperto di cui può avvalersi l'organo investigativo dovrebbe assomigliare ad una sorta di mediatore tra il minore e l'autorità giudiziaria, un filtro psicologico che conosce le capacità linguistiche del dichiarante, che sa tradurre i suoi atteggiamenti, sa quale sia la tecnica migliore di approccio verso una personalità non ancora ben strutturata, al fine di facilitarne l'espressione, la memoria e la ricostruzione del vissuto doloroso³⁵.

33 P. FORNO, *Valutazioni e osservazioni critiche con riferimento alla tutela dei minori*, in «Minori giustizia» (1995) 4, 25.

34 È consolidato l'orientamento secondo cui «*le dichiarazioni rese al consulente tecnico del pubblico ministero (o al perito) dai minori nei confronti dei quali si svolgono accertamenti in ordine alla loro credibilità ed attendibilità sono utilizzabili soltanto ai fini delle conclusioni dell'incarico di consulenza ma non della ricostruzione del fatto, giusto il divieto di cui all'art. 228, comma terzo c.p.p. e il disposto degli artt. 392 comma 1-bis e 398 comma 5-bis c.p.p.*» (Cass. pen. sez. I, 11 gennaio 2012, n. 12731, in «CED» 252600; nella stessa direzione, anche Cass. pen. sez. III, 19 gennaio 2011, n. 6887, in «CED» 249569); E. APRILE, *L'acquisizione e la valutazione della testimonianza del minore nel processo penale: un ennesimo «banco di prova» nel dialogo tra il giurista e l'esperto di scienze ausiliarie*, in «Riv. it. med. Leg.» (2011) 6, 1597-1608.

35 A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'Appello di Reggio Calabria*, in «Cass. Pen.» (2015) 2, 879-901, 889; S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova*

L'esperto viene ad essere considerato un tecnico (della psicologia infantile, in questo caso) deputato a creare le migliori condizioni, affinché possano essere acquisite le conoscenze in possesso del minore, non sostituendosi, di fatto, agli organi dell'investigazione nella conduzione del colloquio. L'atto resta sempre un'assunzione di sommarie informazioni ex artt. 351 e 362 c.p.p., la cui titolarità spetta alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero e al giudice le cui convinzioni potranno essere condizionate da elementi di conoscenza che possono essere offerti dagli specialisti in psicologia e, eventualmente, di criminologia. Ma è davvero sempre così?

Nella pratica non di rado si assiste ad un passaggio di consegne all'esperto, giustificato dall'idea che un'audizione condotta da un adulto percepito come autorevole dal minore (quale può essere il giudice, l'organo d'accusa o appartenenti alle forze di polizia) potrebbe renderlo particolarmente malleabile e compiacente, spingendolo a conformare il proprio racconto dei fatti alle aspettative di chi pone le domande. Tra l'altro è indubbio come il contesto dell'interrogatorio sia caratterizzato per sua natura da una asimmetria relazionale, infatti vi è, da un lato, l'esperto che interroga e che riveste una posizione direttiva e, dall'altra, il minore interrogato che si trova in una situazione, paradossalmente, idonea a generare quello che si potrebbe definire timore reverenziale, senza considerare lo stress, la paura e l'angoscia.

L'art 392 c.p.p. è stato oggetto di una rilevante riforma nel 1996 quando il legislatore ha dapprima inserito il co. 1-bis dell'art 392 c.p.p. prevedendo la possibilità di esaminare il testimone minore attraverso l'istituto dell'incidente probatorio e, di seguito ha introdotto, all'art. 398 c.p.p. il co. 5-bis che prevede l'utilizzo di particolari modalità acquisitive delle dichiarazioni a tutela del minore. In particolare, il GIP allorché «*fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni*» e sussistano esigenze di tutela da renderlo «*necessario od opportuno*», ha l'obbligo di stabilire con ordinanza «*il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio*». La tempestività dell'iniziativa di ascolto del minore è garanzia di attendibilità³⁶, pertanto

decisiva delle dichiarazioni "de relato", in «Dir. Pen. Cont.» (2013) 2-22; C. RIZZO, L'indagine psicologica del teste minore, in «Cass. Pen.» (2013) 12, 4505-4519.

36 G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone?*, Giuffrè, 2003, in cui l'autrice sostiene che il livello di consapevolezza del soggetto nel momento stesso in cui assiste o prende parte all'evento, le abilità attentive, funzionali e le capacità cognitive, la consapevolezza della differenza tra verità e menzogna, tra verità e fantasia e il livello di fiducia nella veridicità di ciò che si ricorda, sono fattori fondamentali da valutare nella fase delle dichiarazioni del minore.

dare una priorità al compimento di questo atto significa assicurare che il tempo intercorrente tra l'evento traumatico, (oggetto del ricordo) e la rievocazione della memoria, sia il più breve possibile onde evitare il decadimento della memoria dell'informazione³⁷.

6. L'ASCOLTO DEL MINORE: LINEE GUIDA E BEST PRACTICES

Le «*modalità particolari*» di escussione del minore in incidente probatorio, richieste dall'art. 398 co. 5-*bis* c.p.p. costituiscono il vero tallone d'Achille della tematica.

Sono molte le linee guida che cercano di regolarizzare i punti fondamentali di questa attività: le linee guida Unicef “*L’ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*”³⁸, le linee guida nazionali sull’ascolto del minore testimone³⁹, le linee guida in tema di abuso sui minori approvate dalla società italiana di neuropsichiatria dell’infanzia e dell’adolescenza, la Carta di Noto⁴⁰ (aggiornata nel 2017) la quale prevede al punto 2 che: «*Le dichiarazioni vanno assunte utilizzando protocolli d’intervista o metodiche basate sulle indicazioni della letteratura scientifica accreditata, nella consapevolezza che l’audizione del minore potrebbe causare modificazioni e alterazioni del ricordo. Le audizioni effettuate o ripetute ad una considerevole distanza temporale vanno valutate con grande cautela a causa della condizione psicologica mutata rispetto all’epoca dei fatti e dei potenziali fattori di inquinamento del ricordo*».

Questo documento, figlio della collaborazione di più professionisti, individua una serie di raccomandazioni che i soggetti che ascoltano un minore dovrebbero osservare, con l’indicazione delle modalità di conduzione e documentazione dell’esame, nonché le regole per garantire una corretta assistenza psicologica all’auditore. Tali procedure meticolose, tuttavia, non sono state disciplinate all’interno del codice di rito e, pertanto, la loro violazione non inficia le dichiarazioni stesse.

37 L. DE CATALDO NEUBURGER, *Abuso sessuale di minore e processo penale*, Giuffrè, 1997.

38 S. RECCHIONE, *L’ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, 2011, disponibile sul sito <https://www.datocms-assets.com/30196/1607612021-ascoltominoriambitogiudiziario20121.pdf>

39 AA. VV., *L’ascolto del minore testimone. Linee guida nazionali*, disponibile sul sito https://www.minori.gov.it/sites/default/files/linee_guida_naz_ascoltominore.pdf

40 AA. VV., *Carta di Noto, linee guida per l’esame del minore*, 2017, disponibile sul sito <https://aipgitalia.org/wp-content/uploads/2021/06/Carta-di-Noto-IV-2017.pdf>

A tal proposito, si riporta una delle più recenti pronunce della Cassazione con la quale si sancisce che *«La Carta di Noto non ha valore vincolante e la sua violazione non costituisce di per sé causa di inutilizzabilità della testimonianza o di nullità della sentenza; l'inosservanza delle indicazioni fornite dalla Carta di Noto non determina, di per sé sola, l'innattendibilità delle dichiarazioni raccolte; in caso di inosservanza delle indicazioni fornite dalla Carta di Noto il giudice dovrà comunque motivare sull'attendibilità del dichiarante in modo tanto più pregnante quanto maggiore sia stato in concreto il grado di scostamento dalle linee guida⁴¹»*.

6.1 L'AUDIZIONE DEL MINORE

Qual è la modalità, dunque, per procedere correttamente all'escusione di un minore all'interno della cornice normativa prevista? Innanzitutto, occorre differenziare le domande suggestive (*leading questions*) da quelle fuorvianti (*misleading questions*). Le prime contengono informazioni non sempre scorrette rispetto all'evento, che si presume il minore conosca, ma che possono suggestionare la narrazione dello stesso perché in grado di influenzare le risposte. Le seconde si caratterizzano proprio perché contengono elementi corretti che non corrispondono alla realtà dei fatti⁴².

Durante l'audizione del minore diviene fondamentale, proprio per evitare di contaminare le dichiarazioni rese, evitare di porre domande guidanti o suggestive⁴³. Questo perché l'informazione suggerita dalle doman-

41 Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2023, n. 13537, in «Dir. Giust.» (2023); analogamente, *«Le linee guida contenute nella Carta di Noto sono prescrizioni volte a valutare l'attendibilità del minore, vittima di reato sessuale, e a tutelarne la sfera psicologica. Non si tratta di norme vincolanti ed è, pertanto, facoltà del giudice discostarsi dalle stesse, purché tale decisione sia supportata da un'adeguata motivazione»* (Cass. pen. sez. III, 16 settembre 2020, n. 29333, in «Dir. Giust.»); ancora, *«In tema di testimonianza del minore vittima di abusi sessuali, la violazione delle metodiche di assunzione e di valutazione della prova suggerite dalla C.D. "Carta di Noto", pur non determinando l'inutilizzabilità della deposizione, impone al giudice di illustrare le ragioni per le quali, secondo il suo libero, ma non arbitrario convincimento, la prova dichiarativa assunta senza l'osservanza di dette metodiche debba ritenersi comunque attendibile, assolvendo ad un onere motivazionale tanto più stringente quanto più grave e patente sia stato, anche alla luce delle eccezioni difensive, lo scostamento dalle menzionate linee guida»* (Cass. pen. sez. III, 27 ottobre 2022, n. 5433, in «CED» Cass. pen. 2023; in senso conforme, (Cass. pen. sez. III, 16 gennaio 2014, n. 5754; Cass. pen. sez. III, 25 giugno 2014, n. 41365; Cass. pen. sez. III, 13 gennaio 2016, n. 4375).

42 E. LOFTUS, *Eyewitness testimony*, in «Applied Cognitive Psychology» (2019) 33, 498-503.

43 La Corte di cassazione ha stabilito che il giudice che procede all'esame diretto del testimone minore non può formulare domande suggestive. In motivazione la Corte ha precisato che, ove si ritenesse diversamente, si arriverebbe all'assurda conclusione che le regole fondamentali per assi-

de stesse potrebbe invadere e distorcere quella immagazzinata mediante la codifica del ricordo. I ricordi dei bambini dipendono in maniera preponderante da modalità e qualità della comunicazione. Fondamentale dunque, in prima battuta, prendere in considerazione il significato delle parole utilizzate (nella formulazione della domanda) nonché la relazione tra le parole all'interno della frase stessa⁴⁴. Molti sono stati i contributi⁴⁵ dai quali emerge, ad esempio, come i minori siano in grado di accettare informazioni errate e tuttavia essere consapevoli della loro divergenza rispetto all'evento percepito, come nel caso dell'acquiescenza⁴⁶.

curare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie (Cass. pen. sez. III, 11 maggio 2011 n. 25712 in «CED» n. 250615); ancora, è stato stabilito che «il divieto di porre al testimone domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell'esame, operando, ai sensi del comma secondo dell'art. 499 cod. proc. pen., per tutti costoro, il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo, anche dal giudice, essere assicurata, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma sesto del medesimo articolo». (Cass. pen. sez. III, 18 gennaio 2012 n. 7373, in «CED» n. 252134). La Corte di cassazione ha, inoltre sancito che «gli studi sulla memoria infantile hanno comprovato come i bambini, della età delle attuali parti lese, presentino modalità relazionali orientate in senso imitativo ed adesivo, siano influenzabili da stimoli potenzialmente suggestivi e – non avendo adeguate risorse critiche e di giudizio ed un distinto sentimento del sé – tendano a non differenziare le proprie opinioni da quelle dello interlocutore. Pertanto, è necessario che colui che li interroga non ponga inopportune domande inducenti o suggestive e non trasmetta informazioni che vengono recepite dai bambini ed utilizzate nel rispondere; ogni occasione narrativa, se posta in essere con un non corretto metodo verificazionista di una tesi preconcepita, potrebbe condizionare negativamente il ricordo del fatto da parte del minore. Per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile potere ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè, focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore (che, se spontanea, è la più genuina perché immune da interventi intrusivi), quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto alla abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze» (Cass. pen. sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, in «CED» 247285).

44 G. GULOTTA, *Le 200 regole della cross-examination. Un'arte scientifica*, Giuffrè, 2012.

45 S. J. CECI, *Cognitive and social factors in children's testimony*, in B. D. SALES & G. R. VANDENBOS (Eds), in «*Psychology in litigation and legislation*», American Psychological Association, 1994, 11-54; B. N. GORDON, L. BAKER-WARD, P. A. ORNSTEIN, *Children's testimony: a review of research on memory for past experiences*, in «*Clinical Child and Family Psychology Review*» (2001) 4, 157-181.

46 Nel procedere, in maniera esemplificativa, all'analisi di alcune domande errate potenzialmente poste in sede di escussione di minore, si veda la domanda-tipo «*Il papà ti toccava?*» che contiene informazioni presumibilmente non vere ma che vengono presentate come vere, portando, di fatto, l'esaminato a considerare già come veritiero il presupposto di una situazione di abuso, di cui è stato vittima, perpetrato nei suoi confronti dal padre. La domanda corretta sarebbe stata «*Hai subito abuso?*». Ancora, nella prassi è facilmente ravvisabile la convinzione (declinabile, spesso, in senso affermativo e veritiero circa l'evento di abuso in danno di minore) tale da portare, implicitamente

Nel tentativo di spiegare la motivazione sottesa alla verbalizzazione di domande fuorvianti, è stato ritenuto⁴⁷ che all'interno dello spazio colloquiale si vadano, inconsciamente, a ricercare le informazioni che convergono con l'idea che l'esperto si è già fatto in relazione alla potenziale ipotesi di abuso, circostanza, questa, di per sé non inficiante, ma certamente idonea ad orientare le successive domande. L'utilizzo di domande aperte argina il rischio di suggestionare il minore poiché lascia ampia libertà di risposta⁴⁸. Le domande chiuse, che limitano fortemente la libertà di risposta, dovrebbero essere utilizzate a seguito di domande aperte a cui il minore rispondendo, abbia fornito informazioni che si ha necessità di confermare⁴⁹.

Non sono ammissibili le domande inferenziali, ovvero domande verbalizzate sulla base di ragionamenti supportati da ipotesi e probabilità⁵⁰, mentre sono parzialmente ammissibili le domande di richiamo finalizzate a far emergere ricordi⁵¹.

(?) l'esperto ad approcciarsi al minore come se già sapesse in modo certo il corretto svolgimento della vicenda, chiedendo al minore solo di avvalorare quanto già noto. Si rifletta sulle domande «*Che cosa ti ha fatto papà?*» oppure «*In che modo ti ha toccato papà?*»; entrambe presuppongono elementi che, ove non introdotti precedentemente dal minore presunto vittima di abuso, orienterebbero notevolmente le dichiarazioni successive. La seconda domanda, in particolare suggerisce che qualcuno (papà) ha fatto qualcosa (ha toccato) qualcun altro (verosimilmente il minore abusato); E. LOFTUS, K. KETCHAM, *The myth of repressed memory: false memories and allegations of sexual abuse*, St. Martin's Griffin, 1996; M. MALACREA, S. Lorenzini, *Bambini abusati. Linee guida nel dibattito internazionale*, Raffaello Cortina, 2002; G. MAZZONI, *Scienza cognitiva, memoria e psicologia della testimonianza: il loro contributo per la scienza e la prassi forense*, in «Sistemi intelligenti, rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale» (2010) 2, 181-192.

47 L. CASO, A. VRIJ, *L'interrogatorio giudiziario e l'intervista investigativa*, Il Mulino, 2009.

48 *Ibidem*. Si pensi ad esempio, alla domanda «*Sai perché ti trovi qui?*»: la stessa è formulata in maniera tale da indagare un tema senza anticiparlo o suggestionarne i contenuti.

49 *Ibidem*. Ad esempio, se il minore nel corso del colloquio ha fornito informazioni circa la presenza del padre nella stanza, apparirebbe corretta la domanda chiusa «*C'era il papà con te in stanza?*» Domande come «*Papà ha smesso di baciarti sulle labbra?*» oltre a presupporre che tra padre e figlia si siano verificati contatti intimi, vizierebbe fortemente il dato emergente, qualsiasi fosse la risposta del minore, infatti, ove il minore rispondesse "no", suggerirebbe inequivocabilmente che il padre non ha smesso di baciarlo, ove rispondesse sì implicitamente sosterebbe che in passato il papà lo abbia baciato. Tali domande vincolanti non sono ammesse in fase di audizione, così come le domande di elaborazione, ovvero domande che tendono a produrre giudizi di valore indicendo il minore ad esprimere una valutazione che altrimenti non avrebbe avanzato (ad esempio, «*La mamma è più brava del papà?*»).

50 *Ibidem*, ad esempio, «*Mi ha detto papà che ti ha toccato il sederino, dunque, la patatina non te l'ha toccata?*».

51 *Ibidem*, ad esempio, se il minore Tizio riferisce di aver ricevuto delle attenzioni particolari dal padre ma non ricorda quando, la domanda «*Ti ricordi se la scuola era finita?*» è ammissibile in

6.2 UNO SGUARDO OLTREOCEANO. IL PROTOCOLLO NATIONAL INSTITUTE OF CHILD HEALTH AND HUMAN DEVELOPMENT (NICHD)

Sviluppato da Michael Lamb e colleghi⁵² questo protocollo nasce proprio per l'ascolto dei minori che riferiscono di aver subito abusi sessuali. Esso presenta una struttura a tutela del minore in tutte le fasi del colloquio investigativo.

La fase introduttiva è quella in cui l'intervistatore si presenta, chiarisce il compito al minore e spiega le regole di base dell'intervista, inclusa l'idea che lo stesso possa dire «*non ricordo*» o «*non capisco*» o correggere l'intervistatore quando risulti appropriato⁵³. La seconda fase è progettata per creare un setting operativo, caratterizzato da un clima disteso e di supporto, in cui il minore viene incoraggiato a descrivere in dettaglio un evento neutro vissuto di recente. Tale fase è concepita per familiarizzare i minori con gli inviti a risposta aperta utilizzati nella fase sostanziale, dimostrando al tempo stesso il livello specifico di dettaglio che si auspica, nei loro confronti. Inoltre, è prevista una sezione transitoria tra la seconda fase e quella sostanziale dell'intervista, in cui una serie di suggerimenti, quanto più aperti possibili, vengono utilizzati per identificare in modo non suggestivo gli eventi target oggetto di indagine. L'intervistatore passa ad alcuni suggerimenti attentamente formulati e sempre più mirati solo se il minore non riesce a identificare l'evento/i target.

Se il bambino fa un'accusa, la fase di richiamo libero inizia con un invito («*Dimmi tutto...*») e si raccomandano altri suggerimenti o inviti di richiamo libero. Non appena la prima narrazione è completata, l'intervistatore chiede al bambino di indicare se l'incidente è avvenuto 'una volta o più di una volta' e poi procede a raccogliere informazioni specifiche sull'evento, utilizzando suggerimenti di follow-up («*Allora cosa è successo?*») e domande guidate⁵⁴. Solo dopo l'esauriente richiamo libero, si consiglia agli

quanto elicitare il riemergere della circostanza.

52 M. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, D. HOROWITZ, C. ABBOTT, *Does the Type of Prompt Affect the Accuracy of Information Provided by Alleged Victims of Abuse in Forensic Interviews?*, in «*Applied Cognitive Psychology*» (2007) 21, 1117-1130.

53 G. GULOTTA, *Linee guida nazionali. L'ascolto del minore testimone*, cit.

54 M. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, D. HOROWITZ, C. ABBOTT, *Does the Type of Prompt Affect the Accuracy of Information Provided by Alleged Victims of Abuse in Forensic Interviews?*, op. cit., ad esempio «*Prima hai menzionato una [persona/oggetto/azione]. Dimmi tutto a riguardo*», riferendosi ai dettagli menzionati dal bambino per suscitare resoconti incontaminati di ricordo libero del/i presunto/i incidente/i.

intervistatori di procedere a domande di richiamo, mirate, che affrontano i dettagli precedentemente menzionati dal bambino e richiedono informazioni all'interno di categorie specifiche.

Il protocollo NICHD è stato sottoposto a numerosi studi empirici e nel complesso i risultati ottenuti, soprattutto in Canada,⁵⁵ dimostrano che, quando gli esaminatori utilizzano le procedure di intervista raccomandate seguendo il protocollo NICHD, generalmente migliorano la qualità delle informazioni ottenute dalle presunte vittime di abusi sessuali.

7. CONCLUSIONI

La giurisprudenza, pur riconoscendo autorevolezza e rilevanza ai protocolli e alle linee guida per l'ascolto dei minori per la verifica dei dati probatori acquisiti nel processo, ha escluso che la loro violazione comporti sanzioni processuali. Ed allora vi è da chiedersi che fine abbia fatto lo slancio che accompagna la normazione delle condotte devianti in forza di una sempre maggiore tutela della vittima, se poi, la stessa tutela, non viene traslata nella realtà? Qual è lo scopo dei pregevoli intenti che sì, sfociano in linee guida, principi e protocolli (come nel caso della Carta di Noto) se poi, la violazione degli stessi non ha conseguenze normative? Come si può sostenere lo sguardo del minore, vittima di reato, che chiede di essere riconosciuto, rappresentandosi il rischio di incidere sul suo sviluppo psico-fisico e sociale mediante l'attuazione di procedure di escussione libere da ogni cornice normativa?

Ammesso e non concesso avvenga la ratifica, ad esempio, delle linee guida della Carta di Noto, non ci si può esimere dal considerare che esiste anche un'altra dimensione che non fa capo a nessun principio giuridico (perché ne è alla base) ovvero, la comprensione. La vittima va compresa empaticamente e a questa comprensione fa eco la capacità di costruire, insieme a quest'ultima, una salda alleanza di sicurezza e fiducia che le permetta di sentirsi accettata, nella rigida cornice giuridica quale teatro della condivisione di esperienze traumatiche⁵⁶.

55 M. CYR, M. LAMB, *Assessing the Effectiveness of the NICHD Investigative Interview Protocol when Interviewing French speaking Alleged Victims of Child Sexual Abuse in Quebec*, in «Child Abuse and Neglect» (2009) 33, 257-268.

56 L. PATIHIS, *Trauma, Memory and Law*, 2023, Amazon KDP, 159 ss.; S. ROTH, E. NEWMAN, D. PELCOVITZ, B. VAN DER KOLK, F. S. MANDEL, *Complex PTSD in Victims Exposed to*

Post nubila phoebus, al legislatore, si chiede concretezza e responsabilità nel dare seguito ai principi individuati a sostegno della tutela delle vittime, soprattutto se minori, uscendo dall'impasse che caratterizza, in questo ambito, il sistema penale.

Sexual and Physical Abuse: Results from the DSM-IV Field Trial for Posttraumatic Stress Disorder, in «Journal of Traumatic Stress» (1997) 10 (4), 539-555; L. V. JOHANSEN, A. LIN, I. H. ASMUSSEN, L. HOLMBERG, The power of professional ideals: understanding and handling victim's emotions in criminal cases, in «International Review of Victimology» (2023), 29 (2), 236-258.

IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE CHANCES DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI

Luciano Eusebi

Professore ordinario di diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

1. TEORIA E PRASSI LEGISLATIVA E GIUDIZIARIA

È in atto una teorizzazione della prassi, e non è cosa nuova. Se, per Hegel, *ciò che è reale è razionale*¹ nel senso che il reale non costituisce una sostanza statica, un accidente, bensì è *soggetto* attraverso il suo continuo determinarsi in quanto processo, che nel diritto assume, per quel filosofo, i contorni dello *spirito oggettivo*, allora il fulcro di ogni interesse diventano, in effetti, le dinamiche della prassi. Col rischio che si addivenga a una sorta di *concezione metodologica* della teoria, in quanto dedita alla sistemazione descrittiva di ciò che nella prassi sia già maturato: pur con qualche forbata chiosa critica, ma senza velleità di orientamento o di proposta.

Del resto, se c'è una disciplina negletta, sia nella ricerca universitaria, sia nell'ambito delle istituzioni parlamentari e ministeriali, è la politica criminale, intesa come progettazione, fondata su analisi criminologiche, di strategie preventive *integrate* della criminalità, cioè tali da coinvolgere, oltre all'*extrema ratio* penalistica, i diversi settori dell'ordinamento giuridico, come altresì l'impegno sul piano educativo-culturale e sociale (secondo quanto già auspicava a fine '800 Franz von Liszt²). Posto che, se manca una visione politico-criminale, risulta ben difficile il darsi di una teoria penalistica in grado di governare la prassi, evitando il perpetuarsi del rilievo disincantato proposto da Eugen Wiesner nell'incipit del suo studio mirante a invalidare qualsivoglia evocazione biblica in favore dell'inveterato punire retributivo: «*da millenni*

1 Cfr. G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), trad. it. Laterza, Bari 1987, *Prefazione*, p. 59.

2 Cfr. F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1883), trad. it. Giuffrè, Milano 1962.

*gli uomini si puniscono vicendevolmente, e da millenni si domandano perché lo facciano»*³. Se poi l'abitudine del punire assume i contorni, come osserva Didier Fassin, di una vera e propria *passione* contemporanea⁴, allora il ruolo di una scelta ragionata circa le modalità sanzionatorie penali, vale a dire di una *teoria* cui esse rispondano, si rivela costituire il primo passaggio di un agire che offra garanzie credibili agli imputati, affinché essi non restino vittime dell'incontrollabile o, comunque, di criteriologie sì individuabili, ma estranee a un vaglio di ordine razionale ed etico.

Un passaggio necessario, ma non da solo risolutivo. Non è detto che la teoria penalistica, per il solo potersi dire tale, risulti una *buona* teoria penalistica. Accade per essa qualcosa di analogo a quel che può dirsi della democrazia: strumento di insuperato valore etico-sociale, perché valorizza, almeno in linea di principio, l'apporto decisionale (e con ciò la dignità) di tutti i consociati, ma non in grado di escludere la possibilità di decisioni le quali vengano riconosciute, successivamente, come sbagliate o ingiuste.

Così che per cercare di garantire la qualità dell'elaborazione teorica in materia penale se ne sono fissati, e rafforzati ad opera della Costituzione, taluni requisiti, la cui operatività in termini conformi alla *ratio* che ebbe a motivarli dipende tuttavia in ampia misura, a sua volta, dalla prassi.

Il primo fra quei requisiti esige che l'impianto teorico del sistema penale, per quanto riguarda le categorie della c.d. parte generale e il riflettersi delle medesime nella redazione delle fattispecie criminose, risulti affidato, secondo il principio di legalità, alla competenza del legislatore: dunque, alle procedure tipiche del vaglio parlamentare, che dovrebbero far salva una ponderazione meditata delle scelte relative alla penalizzazione, attraverso il confronto fra le rappresentanze politiche e tenendo conto sia dell'apporto dottrinale, sia delle questioni emergenti nella giurisprudenza.

Ma proprio su questo piano, del tutto prioritario, emerge il problema di maggior spessore dell'odierno rapporto tra teoria e prassi in ambito penale, che è dato dal piegarsi della legislazione penale a intenti di messaggio simbolico nei confronti dell'opinione pubblica, solo temperati da qualche considerazione sull'efficienza del sistema (onde evitarne il collasso), che è ben altra cosa rispetto alla sua efficacia preventiva. Da cui la carenza di un approccio legale complessivo alla prevenzione dei reati e il costante riproporsi delle forme più scontate della penalità (della *prassi* penalistica):

3 Cfr. E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (1980), trad. it. Giuffrè, Milano 1987.

4 Cfr. D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea* (2017), trad. it. Feltrinelli, Milano 2018.

con scarsa apertura ad affrontare problemi nuovi, sul piano tecnico o sostanziale, ove non immediatamente percepibili agli occhi dell'elettorato, come pure a recepire la forza propulsiva desumibile dai principi di rilevo costituzionale rilevanti ai fini penali. Rimanendo non facile ricostruire, anzi, il soggetto in forza, o in nome, del quale oggi si condanna: essendo la volontà del popolo italiano tuttora immedesima in larga misura, nel contesto penale, attraverso le scelte di un legislatore risalente al ventennio totalitario e in quelle successive di natura per lo più episodica e disorganica.

L'esito di tutto questo è ben noto, essendo rappresentato dal ruolo suppletivo e, per tale via, creativo che è andato assumendo il c.d. *diritto vivente*: il quale viene per lo più contrapposto alla legge come espressivo di un primato della prassi (giudiziaria) rispetto alla teoria (normativa).

Eppure, come s'è detto, è la legislazione che cede, per prima, alla consuetudine di una prassi del punire la quale si risolve nella dinamica inveterata della corrispettività rispetto al negativo di volta in volta ravvisato in un dato fatto criminoso: con qualche montante insofferenza per i canoni garantistici. Salva sì un'ampia messe, ormai, delle modalità che consentono un'esecuzione delle pene detentive di medio-breve durata in forma diversa da quella definita ai sensi dell'art. 133 c.p. (o la flessibilizzazione dell'iter esecutivo penitenziario), ma senza che ne sia derivata una modifica circa il modello – che resta quello di cui all'art. 17 c.p. – attraverso il quale si rappresenta al sentire comune il ristabilire la giustizia e il fare prevenzione in rapporto al darsi dei reati. E senza che quelle modalità abbiano prodotto (a parte brevi fasi, dovute a provvedimenti occasionali) una riduzione della popolazione presente in carcere, che al momento rimane in crescita.

Mentre non è affatto vero che la giurisprudenza non elabori teoria: come del resto si evince, in modo icastico, attraverso l'intitolazione stessa – *Manuale di diritto penale giurisprudenziale* – dell'autorevole testo di studio recentemente redatto da un altrettanto autorevole magistrato⁵.

2. IL NODO CARDINE È DATO DALLE SCELTE DI PERTINENZA PENALE

Forse, pertanto, è nel vero Jacques Derrida laddove lascia intendere che teoria e prassi riflettono, unitariamente, il necessario legame tra il pen-

5 Cfr. G. Piffer, *Manuale di diritto penale giurisprudenziale. Parte generale*, Pacini, Pisa 2023.

siero e l'agire nella storia, legame il quale rimanda alle motivazioni del fare e al soggetto che afferma «si deve fare»⁶.

Il problema, allora, non è quello di segnare una demarcazione netta tra teoria e prassi, ma di riflettere sulla ripartizione dei compiti decisionali e pertanto, in democrazia, sulla divisione dei poteri, i quali implicano, ciascuno, ambiti e regole del decidere fra loro distinti.

Una prospettiva, quella inerente al ruolo cardine dell'assunzione di scelte operative in quanto presupposto eziologico, per gli esseri umani, di qualsiasi attività cosciente e del perseguimento di qualsiasi obiettivo, che è rimasta a lungo obliterata nella cultura contemporanea, avendo essa privilegiato l'approccio cognitivista riferito alla mera descrizione di ricorrenze comportamenti in rapporto a dati presupposti di fatto. Tanto che, per rimanere nel contesto penalistico, perfino con riguardo al dolo (e in genere alla spiegazione delle condotte umane) non di rado si continua a trascurare, nel solco seduttivo delle impostazioni normativizzanti, come a monte di ogni condotta attiva si collochi l'essersi fissato nella mente di chi agisce il proposito di conseguire un certo risultato: intendimento che dà causa alla condotta, la quale viene prescelta onde raggiungere quello scopo⁷.

Si tratta allora, innanzitutto, di mantenere salde le ragioni, in sede politica e giuridica, per cui le scelte relative alla delimitazione del penalmente significativo e alle modalità con cui il fenomeno criminale debba essere affrontato non possono competere al soggetto, la magistratura, che affronta l'accertamento dei singoli fatti materiali suscettibili di rilievo penale: posto che simile soggetto gestisce uno soltanto degli strumenti disponibili alla politica criminale, quello che dovrebbe rappresentarne l'*extrema ratio*, e manca della legittimazione democratica a tracciare la sfera di esercizio della più incisiva tra le potestà pubbliche, in quanto suscettibile di comprimere diritti fondamentali dei consociati.

Dovendosi peraltro tener conto di come sia il legislatore, sia la magistratura nei loro rispettivi ambiti decisionali corrano il rischio (oppure, talora, scelgano) di appiattirsi sulla prassi, o di rifarsi a una prassi tutta interna a tali ambiti. Intesa non nel senso proprio, inerente al rapporto con la teoria, per cui la prassi è la realtà nel suo effettivo dispiegarsi, di modo che la teoria è (o dovrebbe essere) guida dell'agire così come si rende reale,

6 Cfr. J. Derrida, *Teoria e prassi. Corso dell'École Normale Supérieure 1975-1976* (2017), trad. it. Feltrinelli, 2018.

7 Cfr. per questo aspetto, di chi scrive, *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia 1993, in part. pp. 134 ss. (anche in *discrimen.it*).

ciò, per l'appunto, della prassi. Bensì secondo un'accezione a-tecnica, o se si vuole corrente, del termine prassi. Quella per cui prassi è quanto di fatto viene compiuto, vuoi per abitudine acquisita, vuoi abiurando in maniera più o meno palese i riferimenti teorici "ufficiali": in termini funzionali a punti di vista, sensibilità o scopi alternativi (e coniato, in parallelo, teorizzazioni di natura ufficiosa).

Si dirà che, nel rapporto tra legge e magistratura in ambito penale, l'incertezza circa il quadro normativo cui debba farsi affidamento e l'inadeguatezza di strumenti che troppo a lungo hanno accreditato le loro modalità ritorsive adducendone una pur indimostrata necessità per fini di prevenzione (deve sempre diffidarsi dalle tesi che ravvisano nel diritto penale non solo uno strumento in grado di obbligare, ma un inevitabile esercizio di violenza)⁸ dipende, soprattutto, dalla scarsa qualità e tempestività della legislazione penale.

Il che è vero. Ma non si tratta di rispondere a una patologia sopprimendo il malato. Perché scardinare il principio della divisione dei poteri, lo si deve riconoscere senza infingimenti, significa deflettere rispetto all'articolazione democratica dello Stato, con esiti imprevedibili e difficilmente revocabili⁹. Non ultimo quello di una reazione dell'esecutivo che veda nel diffondersi del diritto vivente l'alibi per incidere sull'autonomia della magistratura e sull'ambito stesso della funzione interpretativa della legge che ad essa compete. Né ci si potrebbe riferire, onde ridimensionare il problema, ai sistemi di *common law*, nel cui contesto non è affatto abrogato il ruolo della legislazione e non si suffraga in alcun modo l'idea di una giurisprudenza di volta in volta creativa.

Appare dunque necessaria una grande attenzione alle condizioni della nostra democrazia, anche con riguardo al tema, paradigmatico della civiltà giuridica, rappresentato dalla legislazione penale. Esigenza la quale implica l'auspicio, altresì, che la dottrina penalistica non si manifesti schiacciata sulla logica a *posteriori* tipica dei commentari e della ricostruzione, teorica o comparatistica, degli istituti, ma sappia coltivare la dimensione propositiva *de iure condendo*, insieme all'interesse più complessivo per la politica criminale.

8 Si consenta il rinvio, in proposito, a L. Eusebi *Su violenza e diritto penale*, in E. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 114 ss.

9 Per più ampie riflessioni su questo tema v., di chi scrive, *Legalità, non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancor attuale sulla peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte le altre*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2020, 2-3, pp. 345 ss. (anche in <https://discrimen.it>).

3. DOTTRINA E DOGMATICA

Le scelte penalistiche, sebbene talora rispondano a finalità immediate non dette, utilizzano tuttavia un vocabolario, cui si suole dare il nome di dogmatica, il quale dovrebbe costituire l'ossatura di qualsiasi teorizzazione in materia: vuoi per orientare le scelte a razionalità, vuoi per imporre qualche argine a derive semplificatorie o demagogiche¹⁰. Un vocabolario che assume rilievo sia per il legislatore, sia per la giurisprudenza.

La dogmatica, in parte, si riflette nel diritto positivo, ma in gran parte è affidata all'elaborazione dottrinale. Non senza che possano darsi, nel suo ambito, impostazioni disomogenee, anche su istituti giuridici nient'affatto secondari, fra i vari Autori, come pure fra dottrina e giurisprudenza. Sarebbe importante, però, e dovrebbe rappresentare un obiettivo, che almeno il vocabolario dei principi e delle categorie fondamentali risultasse condiviso.

Già in passato espressi peraltro una certa resistenza a sostenere che la dogmatica (o la teoria) penalistica costituisca una *scienza*, perché tale termine rimanda a qualcosa di preesistente in natura del quale dovrebbe solo prendersi atto e che, una volta sancito, si configurerebbe indiscutibile¹¹. Mentre i criteri del sanzionare penalmente fanno capo pur sempre a scelte di carattere umano, tanto che la stessa esistenza del diritto penale, secondo quegli elementi comuni che lo rendono identificabile lungo il corso dei secoli e nei diversi luoghi, non costituisce una necessità di natura.

Il che non vuol significare certamente che quelle scelte debbano restare affidate all'arbitrio di chi le ponga in essere. Quanto si vuol far emergere, piuttosto, è che esse implicano la responsabilità umana e risultano sempre assoggettate a un giudizio razionale e morale. Per cui va prestata attenzione a che non vengano ammantati di scientificità – così da blindarli rispetto a qualsiasi evoluzione – criteri del tutto contingenti della dogmatica penale, sebbene sedimentati in capitoli classici della manualistica: si

10 Cfr. per esempio, su questo punto, G. Fornasari, 'Right to punishment' e principi penalistici. una critica della retorica anti-impunità, ESI, Napoli 2023, pp. 169 s.: «La china verso un diritto penale che estromette le procedure, che punta ad una giustizia veloce ed intuitiva, che esalta contro ogni logica il ruolo del carcere, che sacrifica alle esigenze soggettive della vittima esigenze oggettive di pacificazione sociale conseguibili anche mediante strumenti che escludono o delimitano la punibilità, conduce ad approdi illiberali che sfigurano il nostro sistema di civiltà e rischiano di risultare irreversibili o, al limite, reversibili solo dopo aver pagato il duro prezzo della loro affermazione».

11 Cfr. L. Eusebi, *Il diritto penale non è una scienza - Introduzione* al volume di A. Marchetti - C. Mazzucato, *La pena «in castigo»*. Un'analisi critica su regole e sanzioni, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. XXXIII ss.

pensi al carattere corrispettivo delle sanzioni penali (per cui la determinazione della pena in concreto consisterebbe nel suo *commisurarla*), o all'intera costruzione dei reati colposi di evento, o al dolo eventuale, e così via.

Come, del pari, si vuol lasciar percepire che gli stessi principi più nobili del diritto penale, che ne riflettono la dimensione garantistica (la nostra materia deve costituire non già una mera tecnica delle punizioni, bensì, innanzitutto, *diritto*), sono chiamati a ricercare continue dimensioni di affinamento che si traducano nella prassi: siamo ben lungi dall'aver realizzato tutte le potenzialità, per esempio, dei principi di legalità, offensività o colpevolezza.

Piuttosto, dovrebbe considerarsi rigorosamente preclusa, in sede dogmatica, una ricostruzione meramente penalistica, e pertanto autoreferenziale, di dati della realtà naturale o di quella umana richiamati nelle norme penali o nelle stesse pronunce giudiziarie. Se il sistema penale, infatti, vuole costituire uno strumento di gestione razionale di fratture rilevanti nel contesto relazionale umano non può immutare la realtà o semplificare il suo rapporto con la medesima.

Fermo che, ove la gestione di quelle realtà risultasse fittizia, l'intervento penale risulterebbe orientato a obiettivi non dichiarati e non avrebbe alcuna seria possibilità di perseguire le finalità di tutela, attraverso strumenti di prevenzione reintegrative, che la Costituzione assegna alle pene.

Non possono darsi, conseguentemente, nozioni valide solo per il diritto penale (spesso costruite secondo forme verbali prive di un effettivo substrato empirico) inerenti, per esempio, alla causalità, alla volizione, alla imputabilità, alla sussistenza di una vita umana, e così via. Né possono darsi criteri probatori incentrati presuntivamente su un unico elemento ritenuto sintomatico di responsabilità, ignorando ogni aspetto ulteriore.

Un approccio davvero esaustivo alla complessità dei fattori, personali e sociali, incidenti circa l'agire criminoso costituirà sempre, tuttavia, una meta inevasa: il che impone di non rimuovere la consapevolezza della *relatività* caratterizzante i presupposti applicativi dello strumento penale e, dunque, l'inaccettabilità, anche per questo, di pene inflitte negando al trasgressore ogni speranza di un futuro che non resti totalmente assorbito dal suo passato.

Peraltro, qualsiasi atteggiamento a priori riduzionistico circa l'approccio del diritto penale al fatto umano del reato non sarebbe accettabile¹²:

12 Sull'intera questione cfr., per esempio, D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli 2020.

si tratta allora di prospettare forme progettuali della risposta sanzionatoria penale le quali, non esautorando le conoscenze possibili e gli stessi dubbi che esse sollevano (e con ciò rinunciando a pretese di giustizia *assoluta*), cerchino nel concreto di rendere, o tornare a rendere, *giusti* rapporti interpersonali e sociali che non lo siano stati.

4. TEORIA E PRASSI DI UNA GIUSTIZIA CHE TRACCI ORDITI DI PACE

Un ulteriore spunto, a conclusione di queste poche annotazioni cursorie: l'elaborazione teorica in materia penale e sua la traduzione nella prassi assumono oggi un ruolo emblematico, ben oltre i confini relativi all'intervento sui fatti criminosi.

Avendo per oggetto suo proprio il confronto con la realtà negativa rappresentata dal reato (quella tra tali realtà che si rende più immediatamente palese all'opinione pubblica, sebbene troppe volte abbia ottennebrato la sensibilità verso l'ambito immane delle ingiustizie e dei conflitti che nel mondo provocano sofferenza o morte in misura esponenzialmente maggiore rispetto ai fatti perseguiti nei tribunali), tale elaborazione è chiamata a far comprendere, in ambito culturale ma anche politico, che la giustizia non si fonda su dinamiche di giudizio le quali, ravvisata una data realtà come portatrice di male, conducano a legittimare la ritorsione, verso la medesima, di altrettanto male.

È, questa, la logica della guerra, e il diritto penale – esperto da millenni del rapporto con le realtà negative – deve saper attestare, nell'epoca contemporanea, di essere pervenuto a comprendere come il *fare giustizia* non consista nella legittimazione di un male *giusto*. Ne va del futuro dell'umanità, affinché questa non vada incontro alla catastrofe.

Pure questa consapevolezza dipende dalla capacità della progettazione giuridica di guidare la prassi alla luce del confronto con tutti i profili complessi e drammatici della realtà empirica umana: ne rimarcava la necessità Lucio Monaco, cui queste brevi note intendono essere dedicate con rinnovata gratitudine e amicizia, fin dal suo testo pregevole su *Teoria e prassi del rapporto fra diritto penale e criminologia*¹³.

13 In *Studi Urbinate di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, XLIX, 1980-81, pp. 397 ss. (anche in *journals.uniurb.it*).

«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE

Adelmo Manna

Professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Foggia

1. EDUCAZIONE DELLA POPOLAZIONE VS INTERVENTO REPRESSIVO: È IPOTIZZABILE UNA SINTESI?

Ormai le cronache dei quotidiani abbondano, purtroppo, di violenze sessuali ed anche di femminicidi, che dimostrano indubbiamente un istinto predatorio del maschio nei confronti del genere femminile, retaggio evidente di una cultura del possesso, frutto di antichi archetipi, come il *pater familias*, nonostante sia stato abolito con la riforma del diritto di famiglia, seppur nel lontano 1975. La reazione, soprattutto da parte dell'*intelligenza* progressista, giuridica e non, è sinora nel senso di far leva sull'educazione, nella famiglia, nella scuola e nelle università, giacché si ritiene come non sia la (sola) repressione che risolva il problema¹. Su analogo falsariga si sono poste rilevanti voci della letteratura, come Dacia Maraini, che infatti ribadisce la necessità “di raccontare, di fare sapere senza vergogna, quelle che succede in molte famiglie italiane e denunciare prima che sia troppo tardi”².

Risulta indubbiamente rilevante far leva sulla necessità di una mutazione culturale, anche se la stessa non solo necessita di tempi lunghi,

1 (*) Trattasi della nota frase pronunciata dall'attore Gian Maria Volonté nel film del 1970 di Elio Petri, dal titolo: «Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto».

Così, in particolare, P. BALDUCCI, La cultura del possesso dura a sparire - Introdurre nuovi reati e pene? Non è la repressione che risolve il problema, in *Il Tirreno*, 3 giugno 2023.

2 D. MARAINI, L'importanza di raccontare, in *Il Corriere della Sera*, 5 giugno 2023; analogamente C. SARACENO., Le troppe Caivano d'Italia, in *La Repubblica*, 30.8.2023, 27, nonché, da ultimo, S. ALLIVA, L'allarme, l'indignazione e poi il nulla, in *L'Espresso*, 3 settembre 2023, 32.

ma, soprattutto, non risulta agevole nei quartieri degradati, come quello del Parco Verde di Caivano, in provincia di Napoli, tanto è vero che ha suscitato, sempre nell'ambito della cultura c.d. progressista, interventi di segno diametralmente opposto, come quello del Presidente della regione Campania, on. Vincenzo De Luca, che di recente ha pubblicamente proposto addirittura «un anno di assedio militare».

Evidentemente ci troviamo su versanti nettamente opposti e, soprattutto, inconciliabili, per cui riteniamo necessario trovare una sintesi e, in particolare, rinvenire il ruolo più consono da attribuire al fattore educativo e quello più proporzionato e meno “declamato”, da riservare al sistema penale nel suo complesso.

2. LE PROPOSTE AVANZATE DALL'ATTUALE GOVERNO: IN PARTICOLARE, LA CASTRAZIONE CHIMICA ED IL CONTRASTO CON LA CARTA COSTITUZIONALE.

Per rinvenire l'auspicata sintesi, risulta opportuno analizzare le proposte di carattere legislativo avanzate dall'attuale Governo di destra-centro, iniziando con quella, solo apparentemente di carattere provocatorio, portata avanti dal sen. Matteo Salvini, vicepresidente del Consiglio dei ministri e ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, che, quindi, riveste nell'attuale Governo un ruolo di prima grandezza. La sua proposta è quella di portare avanti in Parlamento il disegno di legge della Lega sulla castrazione chimica per pedofili e stupratori³.

3 Bisogna tener presente che la castrazione chimica è prevista dalla legislazione di 13 Paesi europei e di 8 Stati degli USA, cui bisogna aggiungere Argentina, Australia, Nuova Zelanda ed Israele. Trattasi di una terapia farmacologica, che può risultare temporanea o definitiva e può essere obbligatoria, oppure subordinata al consenso del soggetto e riguarda, per l'appunto, individui colpevoli, di violenze sessuali e di pedofilia. Va aggiunto che la castrazione chimica a livello medico è utilizzata laddove il soggetto presenti un tumore alla prostata, per cui, eliminata la massa tumorale, è evidentemente necessario, a livello terapeutico, anche impedire, in particolare, l'erezione. Per quanto riguarda il diritto sovranazionale, va rilevato come l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 1945 del 2013, ha dichiarato che: «Nessuna pratica coercitiva di sterilizzazione o castrazione può esser considerata legittima nel XXI secolo». A ciò si aggiunga che l'American Civil Liberties Union sostiene come detta pratica sia contraria alla Costituzione degli Stati Uniti. Anche in Europa la dottrina penalistica ha sostenuto che: «La riduzione di un condannato, sia pure per reati gravissimi ed odiosi, a mero “soggetto” di una operazione farmacologica (...) avrebbe l'effetto di (re)introdurre nell'ordinamento giuridico una pretesa, o meglio, una presa del potere politico, legislativo e giudiziario sul corpo di criminali, che anche nel momento della puni-

Orbene, anche se la proposta di legge della Lega riguarda anche il potenziamento dell'educazione nelle scuole, non può non rilevarsi come la castrazione chimica nel nostro sistema penale, laddove fosse introdotta, rischierebbe di confliggere apertamente con alcune norme di rango costituzionale. La prima è quella di cui all'art. 13 Cost., cioè la tutela della libertà personale, intesa però come *writ of habeas corpus*, cioè intangibilità del proprio corpo senza, ovviamente, il consenso, che costituisce un principio che risale alla *Magna Charta Libertatum*, del re Giovanni Senzaterra che fu costretto a concederla ai baroni inglesi nel lontano 1215.

Il significato, dunque, della tutela della libertà personale non riguarda soltanto la libertà di locomozione, come potrebbe di primo acchito apparire, ma possiede un significato più antico e profondo, cioè, appunto, quello

zione, “devono” restare persone e non possono essere ridotti a cose» (cfr. N. ROSSI, Castrazione chimica: il dibattito politico e la proposta di legge n. 272 del 2018, in *Questione giustizia*, 9 maggio 2019). Quanto, infine, alla dottrina cattolica, per quest'ultima la pratica in oggetto non è ammissibile poiché le amputazioni, mutilazioni o sterilizzazioni direttamente volontarie praticate a persone innocenti sono contrarie alla legge morale: v. Wikipedia, 5 settembre 2023. Per quanto riguarda, più in particolare, gli Stati dell'Europa che la utilizzano in campo penale in genere l'adesione del condannato è volontaria ed informata ed in Svezia, Finlandia e Germania l'età minima del condannato deve oscillare tra i 20 ed i 25 anni. Sussistono, tuttavia, alcuni sistemi penali europei, come, ad esempio, quello della Polonia, ove la castrazione chimica è prevista come punizione obbligatoria, per i colpevoli di stupro di minorenni e di parenti stretti. Più di recente, alla fine del 2011, la Russia ha introdotto la castrazione chimica obbligatoria come pena da comminare ai condannati per reati sessuali contro i minori di 14 anni, sentito, però, il parere di uno psichiatra forense. Nel 2012 anche la Moldavia ha previsto la castrazione chimica come obbligatoria per i colpevoli di stupro verso i minori di 15 anni, ma pochi mesi, dopo, nel luglio 2013, la Corte costituzionale di tale Paese ha dichiarato illegittima detta misura. Infine, sempre per quanto riguarda l'Europa, nel febbraio 2014 la castrazione chimica per i pedofili recidivi è stata approvata dal Parlamento della Macedonia. Per quanto attiene gli Stati Uniti d'America gli Stati che prevedono la castrazione chimica sono costituiti da: California, Florida, Georgia, Louisiana, Montana, Oregon, Texas e Wisconsin, nell'ambito dei quali la castrazione chimica è qualificata come una punizione e, quindi, il più delle volte risulta di carattere obbligatoria. Cfr. A. BUZZELLI, Castrazione chimica, 13 Paesi europei l'hanno già adottata, in *Il Tempo*, 22.8.2023; nonché S. SIRIANNI, Castrazione chimica: esiste in 13 Paesi europei, in *Vanity Fair Italia*, 4 aprile 2019. Né appare condivisibile quanto di recente affermato dalla sen. avv. Giulia Bongiorno, che evidentemente per sminuire la gravità dell'introduzione della castrazione chimica, ha affermato pubblicamente: «Non è un'operazione chirurgica, non è una tortura», cfr. *Il Dubbio*, 18 settembre 2023. Orbene, se, come abbiamo dimostrato *ut supra*, sulla prima affermazione non possiamo che essere d'accordo, sulla seconda, invece, dissentiamo, tenendo conto che nel delitto di tortura, *ex art. 613 bis c.p.*, non solo sussiste il requisito della violenza e della minaccia, che dovranno necessariamente essere utilizzate per praticare la castrazione chimica al detenuto, ma uno degli eventi è costituito da “un verificabile trauma psichico”, che è facile si verifichi in pratiche di questo genere. Cfr., in argomento, V. STELLA, Castrazione chimica? Inutile, inumana e incostituzionale, in *ibid*, 19 settembre 2023.

dell'intangibilità del proprio corpo⁴, che risulta in evidente contrasto con la castrazione chimica, anche perché quest'ultima verrebbe imposta, e pure se non lo fosse, il consenso non potrebbe renderla lecita a causa dell'art. 5 del codice civile, che, come è noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo laddove, come nel caso della definitiva, cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica⁵. Residuerrebbe, però, non coperta dall'art. 13 la castrazione chimica temporanea, che, tuttavia, si pone in conflitto con altra norma costituzionale che, almeno a nostro avviso, si pone in radicale contrasto con l'eventuale introduzione della castrazione chimica *tout court*, cioè l'art. 27, 3° comma, della Costituzione, soprattutto se non la si intende limitata alla sola fase esecutiva, ma riguardante anche il processo di cognizione e financo quello legislativo. In tal modo, abbandonata la "compromissoria" teoria polifunzionale della pena, che infatti tende a salvare la retribuzione come essenza della pena stessa⁶ e, quindi, implicitamente la legge del taglione, di cui notoriamente la retribuzione costituisce la razionalizzazione, la funzione rieducativa, da intendersi come reinserimento sociale⁷, è evidente come confligga in maniera netta con la castrazione chimica, giacché quest'ultima, impedendo anche temporaneamente una fondamentale funzione corporea del soggetto, inciderebbe sicuramente pure sul suo re-inserimento nel contesto sociale.

L'ultima norma di carattere costituzionale che appare confliggere decisamente con la proposta di introduzione della castrazione chimica, risulta essere costituita dall'art. 32 della Costituzione, non solo nel senso che la salute è, in primo luogo, un fondamentale diritto dell'individuo e solo subordinatamente un interesse della collettività, ma anche nel senso che nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per

4 Cfr., per tutti, G. AMATO, Sub art. 13, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Rapporti civili, Artt. 13-20, Zanichelli, 1977, 1 ss.; v. già ID, Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, Giuffrè, 1967, 105 ss.; va, però, rilevato che vi è chi, come A. BARBERA, I principi costituzionali della libertà personale, Giuffrè, 1967, 98 ss.; 120, preferisca intendere la libertà personale come "libero sviluppo della persona umana". Dello stesso v., da ultimo, ID, Un moderno "Habeas Corpus"?, 27 giugno 2013, in www.antonioacasella.eu; fra i penalisti, cfr. G. VASSALLI, La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali, in Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei, V, Cedam, 1958, 355 ss.

5 Cfr. per tutti, R. ROMBOLI, La libertà di disporre del proprio corpo, Art. 5, in Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, 1988, Delle persone fisiche (art. 1-10), 1 ss.

6 Così, invece, G. VASSALLI, Funzioni e insufficienze della pena, in RIDPP, 1961, 326 ss.

7 In argomento in particolare, G. FIANDACA, Commento all'art. 27, comma 3, Cost., in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, 1991, 222 ss.

disposizione di legge, ed in ciò l'interpretazione, soprattutto, della Corte costituzionale, ha inteso tale obbligo solo con riferimento alle malattie "epidemiche" e "diffusive", da cui la legittimità della vaccinazione obbligatoria, ma, in ogni caso, non si possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana⁸, che invece verrebbero sicuramente oltrepassati nel caso della malaugurata introduzione della castrazione chimica⁹.

Né, d'altro canto, appare un rimedio idoneo quello di abbassare l'età relativa alla imputabilità, di recente proposto dalla sen. Giulia Bongiorno, sempre della Lega, giacché appare pienamente condivisibile la risposta effettuata dall'avv. Francesco Petrelli, attuale presidente dell'UCPI in un interessante articolo, dal titolo assai significativo, dal quale si può chiaramente dedurre come tale proposta non aiuterà di certo ad evitare l'«infanzia *ferox*»¹⁰.

In conclusione, le proposte di intervento a livello penalistico avanzate dalla Lega ci paiono il frutto di un diritto penale a forti tinte repressi-

8 Cfr. D. VINCENZI AMATO, Sub art. 32, comma 2, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA, Rapporti etico-sociali (Artt. 29-34), Zanichelli, 1976, 167 ss.

9 A questo proposito lascia francamente perplessi che nel Convegno del C.O.A. di Roma, del 13 settembre 2023, su: DDL Nordio e DDL Roccella, i relatori che si sono occupati, in particolare, del d.d.l. Roccella, nonché la moderatrice, avv. Irma Conti, nonché il magistrato del Tribunale penale di Roma, dott. Valerio de Gioia, e, soprattutto, il Sottosegretario al ministero della Giustizia, on. Andrea Ostellari, della Lega, non si siano sostanzialmente posti i problemi di legittimità costituzionale della castrazione chimica, perché, in particolare per il primo, viene considerata come alternativa alla pena detentiva - e quindi, implicitamente, frutto di una scelta volontaria, che, però, va rilevato *ex adverso* come sia non certo libera, bensì condizionata, e su analoga falsariga si è posta l'avv. Conti, che, infatti ha privilegiato le esigenze di prevenzione generale, c.d. negativa, cioè della deterrenza, rispetto a quelle legate alla prevenzione speciale. Soprattutto, però, dal Sottosegretario, è giunta la «sorpresa», giacché la «pratica» in oggetto non è dallo stesso considerata una pena, bensì un non meglio precisato "strumento", in mano al p.m. ed al giudice penale, così, evidentemente, aggirando i problemi costituzionali, che abbiamo già analizzato, soprattutto quello relativo alla conformità, o no, dell'istituto in analisi con l'art. 27, 3° comma. In tal modo le esigenze legate alla politica prevalgono sul linguaggio tecnico-giuridico, in particolare da parte di chi, per sua stessa ammissione, prima di rivestire gli incarichi politici, svolgeva la professione di avvocato penalista.

10 F. PETRELLI, Punire i bambini non ci aiuterà ad evitare l'infanzia *ferox*. La maturità precoce dei giovani? Un assunto tutto da dimostrare, in *Il Dubbio*, 5 settembre 2023, 9; in senso sostanzialmente analogo si è anche espresso l'avv. Nicola Quatrano, del Foro di Napoli, ex magistrato penale, che in una recente intervista, proprio in relazione alla proposta della sen. avv. Giulia Bongiorno di diminuire l'età rilevante ai fini dell'imputabilità, ha replicato testualmente, in maniera icastica ma efficace: «siamo di fronte alle solite misure strombazzate sull'onda di certi avvenimenti per tenere buona l'opinione pubblica», cfr. G. GRIMOLIZZI, L'intervista: "I bambini vanno aiutati, non puniti. Il Daspo ai minori? Classista", in *Il Dubbio*, 6/9/2023; nonché L. LIPPERINI, A incappare nel pugno di ferro sono i giovani, in *L'Espresso*, 15 settembre 2023, 9.

vo-stigmatizzanti, che, a parte i notevoli dubbi di costituzionalità avanzati, non appaiono costituire strumenti adatti a contrastare adeguatamente i fenomeni criminali relativi alla violenza sessuale ed anche al femminicidio, perché rischiano di assumere una valenza di stampo puramente simbolico-espressivo, senza, quindi, la possibilità di giungere alla radice dei problemi e ciò, si badi, non solo a livello penalistico, ma anche da un punto di vista socio-culturale.

3. IL D.D.L. ROCCELLA-PIANTEDOSI-NORDIO: LIMITI, ANCHE DI NATURA COSTITUZIONALE, RIGUARDO AD UN INTERVENTO DI CARATTERE ESSENZIALMENTE REPRESSIVO, PUR SE ANDREBBE SALUTATO CON FAVORE L'INTERVENTO IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI, CON PARTICOLARE RIGUARDO AGLI ATTI PERSECUTORI.

Il d.d.l. avente ad oggetto: “Disposizioni per il contrasto alla violenza sulle donne e contro la violenza domestica”, proposto dal ministro per la Famiglia, la natalità e le pari opportunità, Eugenia Roccella, dal ministro dell’Interno, Matteo Piantedosi e dal ministro della Giustizia, Carlo Nordio, è stato approvato dal Consiglio dei ministri n. 38 del 7 giugno 2023¹¹.

Il d.d.l. si occupa, in primo luogo, del potenziamento delle misure di prevenzione, e, in particolare, del rafforzamento dell’” ammonimento” da parte del questore, in relazione al quale si includono ora anche i c.d. reati-spia, cioè quelli che avvengono nel contesto delle relazioni familiari ed affettive, sia attuali che passate. Trattasi delle percosse, della lesione personale, della violenza sessuale, della violenza privata, della minaccia grave, degli atti persecutori, della diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, della violazione di domicilio e del danneggiamento. Si prevede, altresì, l’aggravamento della pena, laddove i reati di violenza domestica o contro le donne siano commessi da un soggetto già ammonito, anche nell’ipotesi in cui la vittima risulti diversa da quella che ha effettuato la segnalazione in relazione alla quale è stato adottato l’ammonimento. Per

11 Presidenza del Consiglio dei ministri, Palazzo Chigi, Comunicato stampa, Consiglio dei ministri n. 38, 7/6/2023; cfr., in argomento, La stretta sui femminicidi: il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri, in *Altalex*, 29/8/2023; T. CORSARO, *Violenza donne*, Cdm approva il nuovo ddl. Roccella: “rafforzate le misure cautelari”, in *Politica*, 7 giugno 2023.

la richiesta di revoca, infine, i soggetti ammoniti dovranno aspettare almeno tre anni e dovranno, altresì, aver ottenuto valutazioni positive in appositi percorsi di recupero.

Altro profilo caratterizzante il d.d.l. in oggetto riguarda il potenziamento delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia, ovverosia la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Tali misure potranno essere, infatti, applicate anche agli indiziati di reati legati alla violenza contro le donne ed alla violenza domestica e, comunque, si applicheranno indipendentemente dalla commissione di un precedente reato. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza sarà applicata agli indiziati di questi gravi reati ma con modalità di controllo elettroniche che, tuttavia, ne richiedono il consenso. Nel caso in cui, però, tale consenso venga negato, la durata della misura di prevenzione non potrà essere inferiore a due anni ed il soggetto dovrà, altresì, presentarsi periodicamente all'autorità di pubblica sicurezza. Sarà, infine, obbligatorio e non più facoltativo per il Tribunale, imporre a tali indiziati il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, nonché l'obbligo di mantenere una determinata distanza, non inferiore a 500 metri, da tali luoghi e dalle vittime. Si potrà, da ultimo, stabilire in via di urgenza e temporaneamente il divieto di avvicinamento e comunque le relative violazioni verranno punite con la reclusione da uno a cinque anni e sarà consentito anche l'arresto in flagranza «differita».

Orbene, l'utilizzazione di tali misure di prevenzione, in particolare di quelle antimafia, evidentemente, sono dovute anche al fatto che sia la sentenza De Tommaso della Corte EDU, del 23 febbraio 2017, che anche le sentenze nn. 24 e 25 del 2019 della C. cost. italiana, non hanno mai riconosciuto alle misure di prevenzione l'appartenenza al diritto penale, legittimando, così, la loro originaria natura di misure amministrative “di polizia” o, al più, di misure di carattere civilistico, analoghe alla *civil forfeiture*, di origine anglosassone.

Non sono, quindi, stati ritenuti rilevanti, nel caso delle misure di prevenzione, i c.d. criteri Engel, della Corte EDU, che possono essere applicati anche in via disgiunta e che attengono alla identificazione della «materia penale», attraverso sia la non vincolatività del *nomen iuris*, che il carattere punitivo e non puramente preventivo della misura, che, infine, il grado di afflittività¹².

12 Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in www.hudoc.echr.coe.int; cfr. altresì Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985, in RIDPP, 1985, 894, con nota di C.E. PALIE-

Pur tuttavia, il legislatore dovrà ora fare i conti con un'importante e, sotto diversi profili, inaspettata novità proveniente proprio dalla Corte EDU, Prima Sezione, del 28 agosto 2023, riguardante il noto caso di Gaetano, Vincenzo e Salvatore Vito Cavallotti, che, essendo stati assolti dall'imputazione di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, si sono poi visti applicare la misura di prevenzione della confisca, per cui hanno fatto ricorso alla Corte EDU che questa volta è andata di ben diverso avviso, rispetto alla precedente giurisprudenza che abbiamo ricordato, richiedendo, con questa pronuncia, allo Stato italiano di pronunciarsi e, quindi, di rispondere, entro il prossimo 13 novembre, sia sotto il profilo della eventuale violazione della presunzione di innocenza, garantita dall'art. 6, § 2 della Convenzione, sia sotto quello di cui all'art. 7 della Convenzione, con riguardo al principio di stretta legalità e quindi di «prevedibilità» delle decisioni giudiziarie, sia infine sotto l'aspetto dei principi di necessità e proporzione¹³.

I quesiti, davvero importanti, posti finalmente dalla Corte EDU, circa la presunzione d'innocenza, il fatto che si tratti, o no, di una sanzione penale «surrettizia», come tale violativa dell'art. 7 della Convenzione europea e, infine, se tale forma di confisca sia proporzionata e, soprattutto, necessaria, nonostante la sussistenza di una sentenza di assoluzione in sede penale, è evidente come pongano in una seria crisi di legittimità, in particolare, le misure di prevenzione antimafia ma, aggiungiamo noi, anche il sistema generale delle misure di prevenzione, giacché per la prima volta i principi del diritto penale di stampo liberal-garantista appaiono prevalere sulle esigenze preventive e di carattere repressivo, che invece sono poste a fondamento ancora della parte sinora analizzata del disegno di legge da cui abbiamo preso le mosse. Sarà, quindi, interessante verificare, entro il prossimo 13 novembre, quale sarà la risposta del legislatore italiano, che, ci auguriamo, laddove si dovesse allineare al nuovo orientamento della Corte EDU, dovrà anche inevitabilmente incidere sul disegno di legge in questione. A questo proposito va aggiunto che la risposta affidata all'Avvocatura Generale dello Stato non convince, perché distingue fra “partecipazione”

RO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ed una svolta radicale; in argomento, in generale, sia consentito il rinvio anche a A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, 2019, quivi 176 ss., cui si rinvia pure per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

13 European Court of Human Rights, First Section, Application n. 29614/16, Salvatore Cavallotti c. Italia e altre ulteriori applicazioni, comunicata il 10 luglio 2023 e pubblicata il 28 agosto 2023; in argomento, G.D. CAIAZZA, *Prevenzione e punizione*, in *Il Riformista*, 29 luglio 2023.

ed “appartenenza” o “affiliazione”, distinzione invero tautologica, per poi ribadire la natura “amministrativa” delle misure di prevenzione.

Purtroppo, da quanto emerge anche dagli organi di stampa, il legislatore non sembra affatto orientato nel senso pure da noi qui auspicato, giacché nella bozza di d.d.l. c.d. Caivano, di ben 14 articoli, approvato dal Consiglio dei ministri in data 7 settembre¹⁴, si continua ad utilizzare il sistema delle misure di prevenzione, questa volta introducendo la possibilità per il questore di ammonire i ragazzi già a partire dagli anni 12, allo scopo dichiarato di garantire le vittime di bullismo e violenze domestiche. Il sistema dovrebbe così funzionare: si convoca in questura il minorenne insieme ad almeno uno dei genitori, lo si avverte di astenersi da ulteriori atti di molestia o violenza e si potrà, infine, sanzionare la famiglia con una multa fino a 1000 euro. La bozza di decreto legge prevede, altresì, che, laddove un minore di più di 14 anni, già condannato, riceva un avviso orale - ad es. per un caso di *stalking* - il questore potrà chiedere al Tribunale di togliere al minore il telefonino, nonché di vietare allo stesso l'uso di piattaforme, servizi informatici e telematici. Sussiste anche la proposta di potere emettere il D.A.SPO. urbano, ovverosia il divieto temporaneo di frequentare determinate zone, come misura a tutela del decoro cittadino, anche nei confronti dei minori, dagli anni 14 in su. A tale misura si aggiunge la previsione di misure di certificazione dell'età per l'accesso ai siti *hot* ed un incoraggiamento alle famiglie circa l'uso del *parental control* sui dispositivi in uso ai minori.

Come può, quindi, chiaramente constatarsi, continua anche nella bozza di decreto legge l'utilizzazione delle misure di prevenzione, senza che il legislatore mostri in qualsivoglia modo di tener conto degli avvertimenti contenuti nel provvedimento giurisdizionale della Corte EDU.

Volendo ora, per coerenza sistematica, terminare l'esame della bozza di decreto legge, si rileva come venga anche abbassata da nove a sei anni la pena edittale minima, affinché un minore possa essere sottoposto a custodia cautelare in carcere; ciò significa che potrà essere utilizzata la misura cautelare non solo per l'omicidio, ma anche, ad esempio, per le rapine.

Ciò, tuttavia, viene, per fortuna, bilanciato con l'incentivazione della messa alla prova del minorenne, che può, infatti, evitare il processo per reati con pena massima sino a cinque anni di reclusione, a patto, però, che

14 Trattasi ora del d.l. 15 settembre 2023 n. 123, in G.U., n. 216, del 15 settembre 2023; in argomento, P. MOLINO, In G.U. il D.L. Caivano di contrasto alla criminalità giovanile, in Il Quotidiano giuridico WKI, 19 settembre 2023.

acceda ad un percorso di reinserimento sociale “con svolgimento di lavori socialmente utili per un periodo compreso da uno a sei mesi”.

Lascia, tuttavia, ancora più perplessi la proposta di inserire un nuovo articolo nel codice penale che prevederebbe una pena della reclusione fino a due anni in capo ai genitori «che non mandano i figli alla scuola dell’obbligo». La mancata, regolare frequenza scolastica costerà, poi, alla famiglia anche la perdita del diritto all’assegno di inclusione o, comunque, la sua sospensione.

Sotto questo ultimo profilo, lascia francamente perplessi l’utilizzazione del diritto penale, per rendere coercitivi gli obblighi di carattere educativo spettanti ai genitori, perché ciò significa una, invero anomala, intrusione del diritto penale in un ambito che non è ad esso proprio, perché si confonde la repressione con l’educazione, tanto è vero che ciò ha già suscitato notevoli critiche sia da parte dei giudici che si occupano di minori¹⁵, che da parte di operatori, anche di carattere ecclesiastico¹⁶.

Si prevedono, infine, nella bozza di decreto legge, anche pene più severe per la detenzione, il traffico e la produzione di sostanze stupefacenti che, laddove di lieve entità, si rischiava la pena da sei mesi a quattro anni, ma ora il d.l. eleva la stessa da uno a cinque anni. Ciò consente l’arresto facoltativo in flagranza per i minori dai 14 anni in su per spaccio, oltre che per violenza a pubblico ufficiale, reato in genere commesso nel momento in cui il giovane spacciatore viene arrestato. Sono aumentate le pene anche per il reato di porto abusivo di armi ed è, da ultimo, invece da salutare con favore l’istituzione di «osservatori territoriali», sulla devianza giovanile almeno per avere un controllo sul campo e non invece limitarsi soltanto all’utilizzazione di strumenti o preventivi o, addirittura, repressivi.

In conclusione, anche la bozza di decreto legge si muove su analoga falsariga del disegno di legge Roccella-Piantedosi-Nordio, nel senso, per dirla con il saggista e politico Isaia Sales, che trattasi, con riferimento alla iniziativa governativa in rapporto alla violenza giovanile, di una “risposta che non risolve”¹⁷.

15 Cfr. D. DEL PORTO, I giudici insorgono: «le grida manzoniane non fermeranno la violenza minorile», in *La Repubblica*, 7 settembre 2023, 3.

16 Cfr. I. CARRA, Intervista al cappellano don Burgio: «Educare, non punire. A furia di Daspoli facciamo diventare imputati per forza», in *La Repubblica*, etc. cit., 4; A. GEMMA, Intervista al maestro Cesare Moreno: «Uno spot pensato per sfogare la rabbia. Ma il vero problema sono gli adulti», in *ibid*, loc. ult. cit.

17 I. SALES, Il Governo e la violenza giovanile. La risposta che non risolve, in *La Repubblica*, 7 settembre 2023, 32.

Volendo ora concludere l'esame del d.d.l. Roccella-Piantedosi-Nordio, che molto probabilmente sarà preceduto dall'assai più rapido decreto legge che abbiamo testé descritto e che, quindi, avrà sicuramente la priorità, ricordiamo in sintesi gli ulteriori punti più salienti e cioè: a) la velocizzazione dei processi anche nella fase cautelare, ampliando le fattispecie per le quali è assicurata priorità, evidentemente anche in rapporto al c.d. Codice rosso ed alla sua implementazione¹⁸; b) le attribuzioni del Procuratore della Repubblica fra cui la previsione dell'obbligo di individuare uno o due Procuratori aggiunti per la cura degli affari in materia di violenza contro le donne e domestica; c) l'inserimento nel codice di procedura penale di un nuovo articolo, avente ad oggetto : «Misure urgenti di protezione della persona offesa», con cui si prevede che il p.m. abbia un massimo di trenta giorni dall'iscrizione della persona indagata nell'apposito registro per valutare se richiedere o no l'applicazione delle misure cautelari; d) si prevede, altresì, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, con l'arresto obbligatorio in flagranza, nel caso di violazioni dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nonché della violazione degli ordini di protezione emessi dal giudice in sede civile: in altri termini, si tratta della utilizzazione del modello del reato di inottemperanza, che svolge la funzione rafforzativa del divieto; e) si stabilisce, altresì, anche se la relativa problematica suscita sovente e pure nel caso di specie non poche riserve, il c.d. arresto in flagranza «differita» per colui che sarà individuato in modo inequivocabile quale autore di una condotta, come la violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare o del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, i maltrattamenti in famiglia e gli atti persecutori, sulla base di documentazione video-fotografica, o che derivi da applicazioni informatiche o telematiche. Ciò deve avvenire, comunque, entro le 48 ore dal fatto; f) si prevede, inoltre, l'applicazione della misura cautelare in carcere anche nel caso di manomissione dei mezzi elettronici e degli strumenti di controllo disposti con la misura degli arresti domiciliari, che, sia detto per inciso, vanno invece, a nostro avviso, salutati con favore, soprattutto perché gli arresti domiciliari nel caso del delitto di atti persecutori, con l'utilizzazione, però, del braccialetto elettronico – già normativamente previsto, ma scarsamente utilizzato nella prassi, perché troppo costoso – potrebbe davvero contribuire efficacemente ad evitare

18 Cfr. in argomento, di recente, V. de GIOIA, Strumenti contro le violenze alla persona. Manuale pratico per la tutela delle vittime vulnerabili, Ad Maiora, 2023, spec. 273 ss.

che, come suol dirsi, «il reato sia portato a conseguenze ulteriori»¹⁹. A ciò si aggiungano quelle di allontanamento dalla casa familiare o di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; g) si estende, poi, la previsione dell'immediata comunicazione alle vittime di violenza domestica o contro le donne di tutte le notizie inerenti alle misure cautelari disposte nei confronti dell'autore del reato; h) si prevedono, da ultimo, due interessanti disposizioni, di cui la prima attiene alla sospensione condizionale della pena, che in determinati casi risulta subordinata alla partecipazione a specifici «percorsi di recupero» ove è necessario, però, anche il superamento di tali percorsi con esito favorevole, accertato dal giudice. In tal modo il beneficio della sospensione condizionale della pena non risulta più come, purtroppo, ancora oggi avviene, prevalentemente una sorta di «grazia giudiziale», ma assume le sembianze del *probation*, nel senso che il beneficio viene acquisito solo laddove il soggetto se ne dimostri davvero meritevole; i) si introduce, infine, una provvisoria a titolo di ristoro «anticipato» in favore della vittima, ovverosia in caso di morte, dei suoi aventi diritto che, a seguito di gravi reati contro la persona, vengano a trovarsi in stato di bisogno. Si supera, in tal modo, l'attuale limite della necessità dell'acquisizione della sentenza di condanna.

Da ultimo, l'8 settembre 2023 è stato approvato definitivamente dalla Camera dei deputati il d.d.l. sulla violenza domestica o di genere, che, in modifica al c.d. «Codice rosso» contro la violenza sulle donne (l. n. 69/2019), introduce anche un'ulteriore ipotesi di avocazione delle indagini preliminari da parte del P.G. presso la Corte d'appello, laddove il P.M. non abbia la possibilità di sentire la vittima entro tre giorni dalla denuncia. Lo stesso Procuratore Generale potrà acquisire con cadenza trimestrale dalle Procure della Repubblica del distretto i dati sul rispetto del termine, appunto, di cui all'art. 362, comma 1-*ter*, c.p.p., e sarà, infine, suo onere inviare al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale²⁰.

In conclusione, dai plurimi interventi legislativi, dal d.d.l. Roccella-Piantedosi-Nordio, al d.l. approvato dal Consiglio dei ministri il 7 set-

19 In argomento, da un punto di vista, però, del diritto penale sostantivo, cfr. D. BRUNELLI, Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica, Giappichelli, 2000.

20 Camera dei deputati, Proposta di legge n. 1135, approvata dal Senato della Repubblica il 3 maggio 2023 e trasmessa in pari data alla Camera dei deputati, che l'ha approvata, definitivamente, appunto, l'8.9.2023: cfr. Diritto e Giustizia, 11.9.2023.

tembre, sino alla l. di modifica del Codice rosso, emerge un'utilizzazione del diritto penale in chiave simbolico-espressiva, nel senso che si è deciso di intervenire, soprattutto dopo gli episodi criminosi del Parco Verde di Cavaiano, con norme incriminatrici, che addirittura si inseriscono nell'ambito dell'educazione familiare, facendo diventare un'ipotesi delittuosa, punita questa volta con il carcere, il mancato invio dei figli alla scuola dell'obbligo. Se a ciò si aggiunge l'utilizzazione massiva di un diritto c.d. di polizia, solo formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale, perché, in particolare, afflittivo, secondo il terzo criterio Engel, cioè quello relativo alle misure di prevenzione, emerge, per l'appunto, un modello di diritto penale «totale», nel senso che quest'ultimo è invocato in ogni situazione come intervento salvifico e, soprattutto, quale preteso rimedio – politicamente e mediaticamente remunerativo – a vari mali sociali.

Ciò, come giustamente a suo tempo ha chiarito il compianto Filippo Sgubbi²¹, comporta il sacrificio dei principi fondamentali di garanzia, offuscata dal vigente clima di populismo e giustizialismo, che allontana sempre più il diritto penale dal modello liberal-garantista, dalla tutela dei beni giuridici e, infine, dalla salutare distinzione tra diritto e morale.

Il diritto penale totale è, in primo luogo, «senza legge», giacché all'opera di definizione dell'illecito partecipano fonti anche di natura sociale e perfino legate a formule algoritmiche; emergono, quindi, nuovi paradigmi punitivi, quali discriminazione, minoranza, vittime del passato e del futuro.

È, in secondo luogo, «senza verità», nel senso che la verità assoluta su cui si dovrebbe costituire una norma penale condivisa da tutti i consociati, viene sostituita da tante verità relative, che danno origine a sistemi penali differenziati, accentuando così le divisioni sociali ed i connessi conflitti.

Il diritto penale totale «prescinde, infine, dalla colpa individuale» nel senso che, come è, del resto, avvenuto anche nell'ambito qui analizzato, la sanzione, a ben considerare, è meritata non tanto per ciò che il soggetto ha compiuto colpevolmente, quanto piuttosto per ciò che il soggetto è, per origine e storia, per il suo ruolo nella società, per la sua pericolosità sociale.

In definitiva, l'illecito penale funziona quale base di legittimazione di scelte di opportunità politica, per cui si assiste al passaggio dalle norme penali che puniscono a quelle che conferiscono legittimazione a decidere:

21 F. SGUBBI, Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi, Il Mulino, 2019, passim; in senso pressoché conforme, da ultimo, L. MANCONI, La cura penale, in La Repubblica, 15 settembre 2023, 33.

in sintesi, si può assistere al passaggio, niente affatto indolore, dal "fatto" al "sospetto". Quando, infatti, il diritto penale si sostituisce alla morale, come nel caso che abbiamo già lumeggiato, si rischia di dar luogo, appunto, ad un diritto penale a forti tinte simbolico-espressive, che ricordano, almeno a nostro avviso, un altro tentativo, peraltro assai meno «invasivo», quale quello relativo alla l. Jervolino-Vassalli, n. 309/1990, ove sussisteva una norma penale, peraltro, non a caso, priva di sanzione, che stabiliva: «drogarsi è illecito», augurandosi così, il legislatore, o, soprattutto, sperando, di incidere anche in tal modo sulla coscienza collettiva. Il risultato fu, tuttavia, negativo perché un anno dopo la norma fu, non a caso, abrogata dal *referendum* proposto dal Partito radicale²². Ciò non toglie, però, che l'attuale Governo si è anche occupato della scuola, nel senso che, come ha riferito il ministro dell'Istruzione e del Merito, sen. Giuseppe Valditara, si sta elaborando un d.d.l. che conterrà la riforma dell'istruzione tecnico-professionale e del voto di condotta; «Agenda Sud» sarà, quindi, strategica per riunire l'Italia e così pure il docente *tutor* ed il docente orientatore, che dovrebbero aprire la sfida della personalizzazione dell'istruzione per una scuola «costituzionale» che, sempre secondo il Ministro, dovrebbe mettere al centro la persona²³.

Nonostante tali buoni propositi, da quanto sinora è emerso, nell'ambito della politica dell'attuale Governo di destra-centro, appare decisamente preponderante l'utilizzazione, sotto varie forme, del sistema penale nelle sue diverse configurazioni, rispetto ai profili più strettamente di carattere educativo, segno evidente che per il Governo in carica risulta assai più importante, anche in un'ottica di acquisizione di consenso elettorale, che sembra in quest'ultimo periodo manifestare qualche crepa, utilizzare la leva repressiva, piuttosto che quella educativa²⁴.

22 Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. MANNA, Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa, in F. BRICOLA-G. INSOLERA (a cura di), La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti, Cedam, 1991; nonché in Pol. Dir., 1990, 217 ss.

23 Cfr. S. INTRAVALIA, Tutor anti abbandono e più peso alla condotta così cambia la scuola, in La Repubblica, 4 settembre 2023, 21.

24 Cfr. a questo proposito, in senso critico, con particolare riguardo al trattamento della criminalità minorile, L. MANCONI-F. RESTA, L'adolescenza cancellata, in La Repubblica, 12 settembre 2023, 25; nonché, in senso altrettanto critico, con riferimento al Decreto Caivano, si esprime lo S. STAIANO, Presidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Decreto Caivano, l'ultimo schiaffo del populismo alla Costituzione, in Il Dubbio, 12 settembre 2023, ove l'illustre Autore accomuna il decreto in oggetto, la catastrofe di Cutro, la questione del concorso esterno, il disordine dei *rave party* e l'ergastolo ostativo, come altrettante conferme che alcuni capisaldi di civiltà giuridica in campo penale, accolti dalla Costituzione, sono sospinti fuori orizzonte. Da ultimo, il collega Maiello,

4. IL NETTO CAMBIO DI PARADIGMA OFFERTO, A LIVELLO DI DIRITTO PENALE COMPARATO, DALLA LEY ORGANICA 10/2022 DEL 6 SETTEMBRE «DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL»: PREVALE, INFATTI, IL PROFILO DI CARATTERE LATO SENSU EDUCATIVO, RISPETTO A QUELLO DEL DIRITTO PENALE CHE SVOLGE, PERTANTO, DAVVERO IL RUOLO DI EXTREMA RATIO.

Lo scrivente è indubbiamente debitore del collega Giovanni Flora, in quanto gli ha prospettato l'esistenza di un'importante legge su tali argomenti in Spagna, giacché quest'ultimo si è dovuto recare in quel Paese per tenere una relazione di carattere comparatistico sul tema.

Trattasi della *Ley Orgánica* 10/2022 del 6 di settembre «*de garantía integral de la libertad sexual*»²⁵. Tale legge è il frutto di una sintesi, non senza contrasti, tra il Partito socialista di Pedro Sánchez Pérez-Castejón (Psoe) e Unidas Podemos, a sinistra dello stesso Partito socialista²⁶, che presenta una struttura del tutto diversa dal modello, quasi esclusivamente di carattere repressivo, che abbiamo sinora descritto, per quanto riguarda il nostro Paese.

La *Ley Orgánica*, infatti, dà preliminarmente spazio alla parte proprio di carattere educativo e culturale, rispetto a quella più strettamente penalistica, proprio perché si ritiene che le violenze sessuali non costituiscano una questione individuale, bensì di carattere sociale ed inoltre che non si tratta di una problematica congiunturale, ma strutturale, strettamente collegata, appunto, con una determinata cultura sessuale arretrata e discriminatoria che deve, quindi, essere trasformata. Ecco perché, quando si infligge un danno individuale attraverso una violenza sopra la persona aggredita, tale danno si ripercuote in forma collettiva sui congiunti della donna,

proprio in relazione alle tematiche che stiamo trattando, si esprime in modo assai icastico, ma indubbiamente efficace, nel senso che: “La politica considera il diritto penale come un supermercato”: cfr. E. ANTONUCCI, La “stesa” diventi reato: anche FI punta sul panpenalismo dopo gli spari a Caivano, in *Il Foglio*, 12 settembre 2023.

25 In *Boletín oficial del Estado*, 7 de septiembre de 2022, Núm. 215, Sec. I, p. 124199-124269.

26 Cfr. E. SINISCALCHI, Violenza sessuale. Riforma e controriforma in Spagna, in *ytali.*, 29/8/2023; per quanto riguarda ulteriori profili di diritto comparato, cfr. A. DE LIA, Violenza sessuale: la dignità umana come bene giuridico tutelato, in *C.P.*, 2022, 1069 ss. (nota a *Cass. Pen.*, Sez. III, 13 maggio 2021, dep. 25 giugno 2021, n. 24872, in *ibid*, 1066 ss.). L'Autore passa in rassegna la Spagna, seppure in un periodo antecedente alla *Ley* del 2022, la Francia, la Germania, nonché gli Stati Uniti d'America, cui pertanto rinviamo anche per tale efficace, seppur non del tutto aggiornato, quadro comparatistico di sintesi.

marito, figlie e figli, perché ciò costituisce una riaffermazione dell'ordine patriarcale ed è questa la ragione per cui diventa una «questione di Stato». Ecco, dunque, la ragione per cui si prevedono, in primo luogo, misure integrali ed interdisciplinari di attuazione istituzionale e professionale specializzata e coordinata, in ossequio alla Convenzione di Istanbul, a quella di Varsavia e alla protezione dei minori contro la violenza e l'abuso sessuale, di cui alla Convenzione di Lanzarote.

Più in particolare, il diritto alla riparazione è inteso come uno degli elementi centrali della responsabilità istituzionale per cercare di ottenere il completo recupero delle vittime, nonché la garanzia di non ripetizione della violenza.

Trattasi di una legge assai ampia che consta di un Titolo preliminare, di otto Titoli, di cinque disposizioni addizionali, di una disposizione transitoria e di ben 25 disposizioni finali.

- Il Titolo I stabilisce misure per migliorare l'investigazione e la produzione dei dati circa tutte le forme di violenza sessuale.
- Il Titolo II dispone misure di prevenzione e sensibilizzazione contro le violenze sessuali in ambito educativo, sanitario e socio-sanitario, digitale e della comunicazione, pubblicitario, lavorativo e dell'amministrazione pubblica.
- Il Titolo III stabilisce le misure di formazione necessarie per garantire la specializzazione delle professioni con responsabilità diretta nella prevenzione della violenza sessuale, per cui contiene misure di formazione nell'ambito docente ed educativo, nonché nell'ambito forense e, da ultimo, anche penitenziario.
- Il Titolo IV riguarda, poi, l'assistenza integrale specializzata ed accessibile, che si divide in due capitoli, di cui il primo attiene all'informazione e all'orientamento delle vittime, all'attenzione medica e psicologica, nonché alla creazione dei c.d. «centri di crisi». Il capitolo secondo prevede misure per garantire l'autonomia economica delle vittime al fine di facilitare il loro recupero integrale attraverso gli aiuti e le misure in ambito lavorativo e di impiego pubblico.
- Il Titolo V disciplina l'organizzazione delle forze e dei corpi di sicurezza.
- Il Titolo VI riguarda l'accesso e l'ottenimento di giustizia, che consta di due capitoli. Il primo prevede la specializzazione in

violenza sessuale delle unità di ausilio forense che assistono i giudici nel giudicare la violenza nei confronti delle donne. Allo stesso tempo, si stabilisce l'obbligo di specializzazione del personale medico-legale che deve effettuare gli esami correlativi. Il capitolo secondo prevede misure giudiziali di protezione ed accompagnamento delle vittime, così come misure per la protezione dei dati e la limitazione della pubblicità.

- Il Titolo VII configura il diritto alla riparazione come un diritto fondamentale nell'ambito delle obbligazioni attinenti ai diritti umani. Tale diritto comprende l'indennizzo per i danni ed i pregiudizi materiali e morali, da corrispondere alle vittime di violenza sessuale d'accordo con le norme penali sulla responsabilità civile derivante da delitto, sono comprese anche azioni di riparazione «simbolica», così facendo avvicinare la legislazione spagnola alla c.d. giustizia riparativa.
- Il Titolo VIII prevede misure fondamentali per garantire l'applicazione effettiva della legge, attraverso una strategia statale per valutare la sua efficacia e l'impatto e, quindi, il relativo riconoscimento dei dati. In particolare, il Ministero dell'uguaglianza svilupperà la creazione di politiche pubbliche dirette ad offrire tutela alle vittime della violenza contemplate nella presente legge organica.

Come può, dunque, arguirsi, la parte relativa alle strutture culturali, di educazione e di supporto, anche economico, alle vittime di violenza sessuale, costituisce la parte principale e, quindi, preponderante della legge organica, per cui davvero il diritto penale assume il suo ruolo più consono, cioè a dire quello di *extrema ratio*, in modo, quindi, del tutto opposto alla più recente legislazione italiana.

Per quanto riguarda il diritto penale in materia, anche in Spagna, come del resto era avvenuto in Italia già con la l. del 1996, si elimina la distinzione tra aggressione e abuso sessuale, che sembra in un certo senso ricordare la differenza tra violenza carnale e atti di libidine violenta.

Nell'attuale diritto penale spagnolo si considerano, infatti, aggressioni sessuali tutte quelle condotte che violano la libertà sessuale senza il consenso dell'altra persona.

Tale nuova ed unica fattispecie criminosa si differenzia, però, da quella nostrana per due ordini di ragioni. In primo luogo, il bene giuridico

protetto in Spagna risulta più chiaramente la libertà di autodeterminazione a livello sessuale, mentre da noi i delitti di violenza sessuale rientrano, per fortuna non più, come nel Codice Rocco, tra i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, bensì fra i delitti contro la persona, anche se, a nostro avviso, sarebbe stato preferibile inserire un apposito capo dopo i delitti contro la libertà morale, avente ad oggetto, appunto, i delitti contro la libertà di autodeterminazione a livello sessuale²⁷.

5. DA QUEST'ULTIMO PUNTO DI VISTA, APPARE CONVINCENTE L'UTILIZZAZIONE DEL REQUISITO DI FATTISPECIE DEL «DISSENSO», NELL'AMBITO DELLA LEGGE SPAGNOLA, CHE ANCHE QUI UTILIZZA UN'UNICA FATTISPECIE CRIMINOSA, COME NELLA L. ITALIANA DEL 1996, OVE, PERÒ, ANCORA SI PREVEDONO I REQUISITI DELLA VIOLENZA O DELLA MINACCIA, RITENUTI EVIDENTEMENTE PIÙ AGEVOLI DA DIMOSTRARE IN CHIAVE PRASSEOLOGICA.

Il secondo ordine di ragioni riguarda le modalità della condotta criminosa: in argomento bisogna riconoscere che la legislazione spagnola risulta molto più avanzata, soprattutto culturalmente, rispetto alla legislazione nostrana. Nel codice penale italiano, infatti, il delitto di violenza sessuale è costruito secondo le modalità di condotta tradizionali del Codice Rocco, ovverosia la violenza e la minaccia, mentre nella *Ley Organica* il requisito di fattispecie è costituito, più correttamente, soltanto dal dissenso della vittima. Ciò lo si può intendere, secondo un brocardo utilizzato nei Lavori preparatori della *Ley Orgánica*, nel senso che, come suol dirsi, «se sí è sí, se no è no».

L'utilizzazione del requisito del dissenso, anziché di quelli arcaici della violenza o della minaccia, sicuramente risulta di maggiore tutela della libertà di autodeterminazione a livello sessuale, tanto ciò è vero che anche buona parte della dottrina italiana si era espressa nel senso che fosse sufficiente il mero dissenso, giacché, come è stato giustamente rilevato, attual-

27 Analogamente, ad es., M. BERTOLINO, La violenza sessuale tra presente e futuro, in A. CADOPPI (a cura di), Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia, Cedam, 2002, 383; nella manualistica, nello stesso senso, G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto penale, Parte speciale, vol. II, Tomo I, I delitti contro la persona, 5°, Zanichelli, 2020, 311.

mente nella legislazione nostrana la persona esposta all'iniziativa sessuale altrui non può invece contare sulla tutela del proprio dissenso, ma deve, in primo luogo, preoccuparsi di risultare «costretta»²⁸.

In questa prospettiva risulta, a nostro avviso, evidente come sul punto la riforma del 1996, con la particolare «enfasi» derivante dall'utilizzazione della violenza o della minaccia, si risolve, in realtà, in una utilizzazione in chiave simbolico-espressiva dello stesso precetto penale²⁹.

Tanto ciò è vero, che anche la giurisprudenza di legittimità è incline a riconoscere l'esistenza della violenza sessuale nei casi di costrizione ambientale al compimento di atti sessuali, qualora sia sussistente una sottrazione oggettiva frutto di sopraffazione o soggezione tale da rendere inutile la resistenza, come nei casi paradigmatici del medico che chiude a chiave la porta dell'ambulatorio, o del coniuge che instaura nella famiglia un clima di violenza.

Tale "dematerializzazione" del concetto di violenza appare, quindi, il frutto di una concezione della violenza sessuale che finisce con l'essere imperniata esclusivamente sul dissenso, espresso o tacito, della vittima, così giungendo ad una sorta di "abrogazione tacita" degli arcaici requisiti della violenza o della minaccia³⁰.

In conclusione, la legislazione penale italiana in materia di violenza sessuale, con particolare riguardo ai requisiti della violenza o della minaccia, si differenzia ancora dalla più moderna legge organica spagnola, ma solo a livello di *littera legis*, perché, come abbiamo potuto constatare, non soltanto buona parte della dottrina, ma anche, e soprattutto, la *law in action*, tendono ad avvicinare le due soluzioni normative che solo apparentemente, a questo punto, appaiono così distanti.

28 Così, giustamente, T. PADOVANI, Commento all'art. 1 della legge contro la violenza sessuale, in A. CADOPPI (a cura di), op. cit., 14 ss. e, quivi, 22; analogamente ritiene decisamente preferibile utilizzare il requisito del dissenso, M. BERTOLINO, La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali, in L. FIORAVANTI (a cura di), La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri, Giuffrè, 2001, 168 ss.

29 A. MANNA, La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio, in I.P., 2004, 856 ss. e, quivi, 876.

30 Cfr. C. 11 luglio 2006, in RIDPP, 2007, 1492, con nota di F. MACRI', Costrizione "ambientale" agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco; C., 7 marzo 2006, in C.E.D. C., n. 234171; C., 25 settembre 1999, in RIDPP, 1999, 967. Ovviamente il discorso è analogo anche per quanto riguarda il requisito di fattispecie della minaccia.

6. IN TAL MODO, PERÒ, IL LEGISLATORE ITALIANO CONTINUA A FAR DIPENDERE IL DIRITTO PENALE E, QUINDI, LA COSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE CRIMINOSA DALLE ESIGENZE PROBATORIE, CONFONDENDO COSÌ I PIANI E NON VALORIZZANDO APPIENO IL BENE GIURIDICO DELLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE SESSUALE.

Sussistono, invece, autorevoli esponenti della dottrina come, in particolare, Fiandaca ed anche Balbi, favorevoli a mantenere tali requisiti anche nella nuova configurazione del delitto di violenza sessuale³¹. La ragione di tale convincimento non è in effetti di poco momento, giacché si osserva come in determinati casi può non essere agevole individuare un effettivo dissenso, per cui si ritengono preferibili, da un punto di vista probatorio, i tradizionali requisiti, più marcati e, pertanto, più facilmente individuabili, della violenza o della minaccia.

In tal modo, però, l'obiezione che si può muovere a tale, peraltro, non del tutto infondata, argomentazione, è quella, ben nota, di far dipendere la norma penale dalle esigenze probatorie e quindi il diritto penale servente al processo e non, come invece dovrebbe essere più corretto, l'esatto contrario, cioè a dire che non può che essere il processo penale a risultare servente al diritto penale, proprio perché applica nella prassi le norme penali incriminatrici. Sussiste, tuttavia, un'ulteriore ragione di dissenso da questa, pur autorevole, "impostazione" e cioè che, come dimostra, da ultimo, anche la legge organica spagnola, il requisito del dissenso nella violenza sessuale è quello che tutela maggiormente la libertà di autodeterminazione della vittima, che infatti non deve andare a dimostrare di essere stata "costretta", mediante violenza o minaccia, ma basta che risulti, a livello processuale, che la stessa aveva negato il proprio assenso agli approcci sessuali della controparte.

Il legislatore italiano, quindi, invece di creare una normativa di stampo esclusivamente preventivo e repressivo, avrebbe quanto meno potuto,

31 G. FIANDACA, voce Violenza sessuale, in E.D., XLVI, Milano, 1993, 953 ss. e, quivi, 955; anche se lo stesso successivamente ha alquanto attenuato la sua posizione: cfr., G. FIANDACA-E. MUSCO, op. cit., spec. 319, che infatti rilevano come "presupposto della costrizione fisica, sebbene non indicato espressamente dal legislatore, è dunque il dissenso del soggetto passivo al rapporto sessuale"; G. BALBI, voce Violenza sessuale, in EGT, XXXVII, Roma, 1998, 8.

proprio a tutela della vittima, almeno modificare la norma incriminatrice sulla violenza sessuale, sostituendo agli arcaici requisiti della violenza o della minaccia, il più moderno elemento costitutivo del dissenso, sicuramente più in linea con un diritto penale di stampo liberal-garantista ed inoltre più consono alla funzione di prevenzione generale positiva, nel senso che la norma penale serve anche come «orientamento culturale» per i cittadini.

Certo, se il legislatore avesse voluto modificare anche la normativa penale in materia, si sarebbe dovuto forse anche porre il problema della endemica indeterminatezza del sintagma “atti sessuali”, giacché notoriamente foriero di diverse interpretazioni, quale quella, forse eccessivamente restrittiva, che richiede il contatto fra zone erogene³², ed altra, invece forse troppo legata al caso concreto e, quindi, in possibile frizione con l’esigenza di tassatività in materia penale, ovverosia quella che richiede «in una valutazione complessiva del fatto oggetto di giudizio, anche la potenziale suscettibilità erotica del soggetto attivo, assieme all’oggettiva natura sessuale dell’atto in sé considerato»³³.

A nostro avviso, la soluzione preferibile sarebbe stata quella di introdurre una fattispecie criminosa meno grave, avente ad oggetto le “molestie sessuali”, ma ci rendiamo conto che molto probabilmente non solo l’operazione legislativa sarebbe stata troppo complessa, rispetto all’urgenza di intervenire di fronte a fatti di cronaca nera troppo gravi e frequenti, ma anche perché abbiamo dimostrato sinora che il legislatore si è orientato in una direzione politico-criminale nettamente diversa.

7. QUANTO, PIÙ PROPRIAMENTE, AI FEMMINICIDI SI SEGNA LA MANCATA APPLICAZIONE INTEGRALE DEL C.D. CODICE ROSSO E LA NECESSITÀ DI UNA SUA IMPLEMENTAZIONE A LIVELLO PRASSEOLOGICO E DI CULTURA ED ORGANIZZAZIONE MAGISTRATUALE, BEN OLTRE IL RECENTE INTERVENTO LEGISLATIVO, E, INOLTRE, L’OPPORTUNITÀ DI PREVEDERE ESPRESSAMENTE L’UTILIZZO DEI BRACCIALETTI ELETTRONICI NEL CASO DI ARRESTI DOMICILIARI PER STALKING, MALTRATTAMENTI,

32 Così A. CADOPPI, Commento all’art. 3, in ID (a cura di), Commentario, etc. cit., 35 ss.

33 Così G. FIANDACA, La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura, in F.I., 1998, II, 505.

AUT SIMILIA, PER EVITARE CHE «IL REATO SIA PORTATO A CONSEGUENZE ULTERIORI» E SOVENTE, PURTROPPO, IRREVERSIBILI.

Trattiamo ora, in conclusione, quelli che noi riteniamo i rimedi, soprattutto di carattere processuale, onde tentare di evitare la piaga dei femminicidi. In primo luogo, abbiamo già rilevato la mancata applicazione integrale del c.d. Codice rosso, che, se è pur vero che è stato modificato, sia pure soltanto con una disposizione normativa, che abbiamo già descritto, meriterebbe, però, almeno a nostro giudizio, soprattutto una implementazione prasseologica, con, eventualmente, l'organizzazione di relativi *stages* per i magistrati, in particolare della Procura, incaricati di occuparsi dei reati in oggetto, affinché, appunto, il Codice rosso possa essere applicato nel modo più efficace e, soprattutto, rapido possibile.

Da altro punto di vista, abbiamo già sinteticamente ricordato come esista un nesso di causa ed effetto tra i reati come i maltrattamenti in famiglia, gli atti persecutori³⁴, la violenza privata, la minaccia e così via e, appunto, oltre alle violenze sessuali, anche gli omicidi ed i femminicidi. A questo proposito, siamo dell'avviso come fra tali reati esistano, da un punto di vista del diritto penale sostantivo, due tipi di nessi e cioè quelli espressi da due aggravanti comuni, cioè a dire l'aggravante teleologica, di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e l'aver anche aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso, di cui all'art. 61, n. 7, c.p.. Orbene, mentre la seconda aggravante può spiegare solo in parte il nesso di causa ed effetto fra i reati in questione, giacché non è detto che l'aggravamento o, addirittura, il tentato aggravamento derivi proprio dalla commissione di un altro reato³⁵, sicuramente invece l'aggravante teleologica esprime quello che viene definito in dottrina il «rapporto di mezzo a fine», nel diritto penale³⁶.

Orbene, ovviamente in questa sede non rileva se l'aggravante teleologica sia stata, o no, abrogata tacitamente dalla riforma del 1974 e, in particolare, dall'estensione del reato continuato anche al concorso eterogeneo di

34 Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. MANNA, Il nuovo delitto di “atti persecutori” e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale, in S. VINCIGUERRA e F. DASSANO (a cura di), Scritti in memoria di Giuliano Marini, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 469 ss. ed ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

35 In argomento rinviando alla già menzionata, ampia monografia di D. BRUNELLI, Il reato portato a conseguenze ulteriori, etc., loc. ult. cit..

36 In argomento, v. infatti F. DEAN, Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale, Giuffrè, 1967.

reati, seppur, ben inteso, uniti anch'essi dal medesimo disegno criminoso³⁷, perché ciò che qui rileva è proprio il fenomeno giuridico del rapporto di mezzo a fine, in quanto appare proprio applicabile a quei fenomeni criminosi in cui si passi, come abbiamo in precedenza descritto, da reati meno gravi contro la persona a reati assai più gravi e spesso, purtroppo, irreversibili.

Qui ciò che rileva è, ben inteso, il risvolto processuale di tale rapporto, nel senso che, evidentemente, bisogna trovare degli istituti giuridici che impediscano proprio che, come suol dirsi, il reato venga portato a conseguenze ulteriori. In tale prospettiva, ovviamente acquistano una dimensione fondamentale le misure cautelari personali, fra cui, in primo luogo, la custodia cautelare in carcere, che è l'unica ad impedire il fenomeno criminoso in oggetto, a meno che, ovviamente, il soggetto evada.

Discorso più complesso riguarda, invece, gli arresti domiciliari e, ancor di più, il divieto di avere contatti con la persona offesa, oppure di mantenersi comunque ad una distanza spazio-temporale tale da non consentire contatti con quest'ultima.

Orbene, anche la legislazione *in fieri*, oppure già varata, dell'attuale Governo in materia sembra orientata nel senso che segue e che, a nostro avviso, resta fondamentale, proprio per evitare che dette misure cautelari vengano facilmente aggirate.

Riteniamo, infatti, che l'unico sistema efficace per evitare, appunto, l'aggiramento di tali misure e, quindi, che si assista ad un fenomeno criminoso di gravità sempre crescente, sino, addirittura, all'omicidio, sia quello di obbligare il soggetto ad indossare il braccialetto elettronico, prescindendo anche dal suo consenso, perché non ha senso richiederlo, se poi l'individuo, rifiutando l'apposizione del braccialetto stesso, commetta poi reati, per cui appare decisamente preferibile ed assai più efficace agire in prevenzione e non già successivamente, magari con aggravamenti della pena da scontare per i reati commessi. Siamo ben consapevoli non solo che il soggetto può rompere o disattivare il braccialetto elettronico, pur se così vengono immediatamente avvisate, altrettanto elettronicamente, le forze di Polizia, ma anche che la dotazione degli stessi purtroppo è scarsa, perché risultano assai costosi.

Riteniamo, però, che sia necessario uno sforzo economico da parte dello Stato, proprio per evitare che, come suol dirsi e come purtroppo

37 Così, in particolare, G. VASSALLI, La riforma penale del 1974, I, Precedenti e contesto, Valardi, 1975.

molto spesso è capitato, la vittima si rechi all' «ultimo incontro» con il suo “carnefice”, senza che quest'ultima se ne possa rendere conto.

8. IL RUOLO CHE POTREBBE SVOLGERE IN MATERIA LA GIUSTIZIA RIPARATIVA.

Sarebbe, tuttavia, riduttivo affrontare in chiave esclusivamente preventivo-repressivo le misure tendenti ad evitare l'*escalation* della violenza. Riteniamo, infatti, seppure come alternativa, che possa giocare un ruolo anche la c.d. giustizia riparativa, introdotta con la c.d. riforma Cartabia³⁸.

Il potenziale autore e la potenziale vittima dei reati in discorso, proprio al fine che il reato non venga portato a conseguenze ulteriori e, talvolta, estreme ed irrimediabili, potrebbero, nell'ottica della c.d. intesa autore-vittima, decidere, di comune accordo, di rivolgersi ad un mediatore, per intavolare, insieme, un percorso di giustizia riparativa, alternativo, ma parallelo, al processo penale.

L'art. 162-ter c.p., pone, tuttavia, un primo, rilevante limite, in quanto le condotte riparatorie conducono all'estinzione del reato solo nel caso di reati perseguibili a querela di parte, non irrevocabile, come nel caso proprio della violenza sessuale³⁹.

Ciò non toglie, tuttavia, come residui l'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p., ove, al classico risarcimento, è aggiunto «l'aver parte-

38 Cfr. AA.VV., Speciale – La giustizia riparativa nella prospettiva comparata, in RIDPP, 2015, 1901 ss. Tali studi si inseriscono nel *Progetto Per una proposta legislativa, in tema di giustizia riparativa e mediazione in ambito penale e penitenziario*, cofinanziato dalla Caritas Italiana e dal centro Studi “Federico Stella” dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, con il coordinamento scientifico di Claudia Mazzucato e Gianluca Varraso. Nonché, v. anche, in argomento, da ultimo, “I nuovi percorsi del sistema sanzionatorio tra ricerca di efficienza e garanzie”. Atti del X Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 23/24 settembre 2022), in RIDPP, 2023, 491 ss. e, spec., F. PALAZZO, Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio, in *ibid*, 497 ss.; G.A. DE FRANCESCO, Giustizia riparativa: uno sguardo dal ponte, in *ibid*, 643 ss.; G. MANNOZZI, La giustizia riparativa: brevi note su consenso, disciplina ed effetti trasformativi, in *ibid*, 649 ss.; L. CASTELLANO, La giustizia riparativa, in *ibid*, 659 ss.; G. FIANDACA, La riforma Cartabia; quale significato nel cantiere interrotto delle riforma di sistema, in *ibid*, 671 ss.; R. BARTOLI, Non più carcere-centrico l'attuale volto della pena, in DPP, 2023, 745 ss. e, *quivi*, 749; G. SPANGHER, Piccole novità tra i “binari” della giurisdizione, in *ibid*, 1001 ss. e, *quivi*, 1002.

39 Così T. PADOVANI, Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti, in A. NATALINI (a cura di), Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale, commento sistematico al decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 150, in I Libri di G.D., Il Sole 24 Ore, 2023, 14 ss.

cipato ad un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato concluso con un esito riparativo. Qualora l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».

Anche l'istituto della remissione di querela, *ex art. 152 c.p.*, è stato modificato, nel senso che si è collegata la remissione tacita all'esito positivo del percorso di giustizia riparativa e così pure la sospensione condizionale della pena, laddove quest'ultima non sia superiore ad un anno.

Sarebbe, pertanto, riduttivo riferire la *restorative justice* solo ai reati perseguibili a querela di parte, giacché, ad es., anche la sospensione del processo commessa alla prova, trasmigrata dall'esecuzione, più correttamente, al giudice di cognizione, viene collegata pure agli esiti positivi della giustizia riparativa, *ex art. 168-bis c.p.*

Quanto al codice di rito, la modifica più rilevante è quella relativa all'art. 129-*bis* c.p.p., vera norma-cardine dell'intero sistema processuale, giacché facoltizza l'autorità giudiziaria «in ogni stato e grado del procedimento», a disporre, anche *ex officio*, l'invio dell'imputato e della vittima del reato ad un Centro per la giustizia riparativa.

Da ultimo, pure l'ordinamento penitenziario è stato collegato alla giustizia riparativa, attraverso la modifica già dell'art. 13, relativo alla «Individualizzazione del trattamento», con l'aggiunta di un terzo comma, con cui si concede al condannato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle relative motivazioni e conseguenze, in particolare per la vittima, nonché sulle «possibili azione riparatorie».

La disposizione, tuttavia, che ci interessa qui direttamente, è il successivo art. 13-*bis*, avente, per l'appunto ad oggetto il «Trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori».

Il trattamento è valutato successivamente sia ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, che alla concessione dei permessi-premio e delle misure alternative alla detenzione nonché, infine, per la liberazione condizionale.

Sembrerebbe, dunque, un sistema opposto al modello finora analizzato, ove qui appare preponderante il valore espresso dall'art. 27, 3° comma, Cost., solo che i troppo facili entusiasmi vengono subito frenati da quanto osserveremo di qui appresso.

L'entrata in vigore, infatti, della riforma Cartabia è stata, dall'attuale Governo, rinviata da settembre a dicembre 2022 e, per quel che qui

rileva, la giustizia riparativa è stata posticipata a giugno 2023 e, più in particolare, al varo dei decreti attuativi avvenuto il successivo 9 luglio 2023⁴⁰. In tali decreti attuativi si sono, infatti, annidati gli ostacoli più rilevanti avverso l'entrata in vigore e, soprattutto, l'implementazione pratica della giustizia riparativa. Il primo ostacolo è rappresentato dall'art. 10, che ha ad oggetto la formazione del mediatore penale esperto. Tale formazione consta di ben 600 ore e della certificazione di 200 ore di tirocinio, con partecipazione ad almeno 10 programmi di giustizia riparativa, esclusivamente nella forma della mediazione penale pura, ovverosia due mediatori e due mediati, escludendo, pertanto, qualsiasi altro istituto – tipo *family group*, *conference*, *circle*, etc. – normalmente utilizzato, rendendo però così estremamente difficile iscriversi all'albo dei mediatori penali. A ciò si aggiunga che tale formazione risulta essere estremamente più specifica ed onerosa nel monte ore, rispetto a quanto previsto nell'ambito delle linee-guida del Tavolo 13 del Ministero della Giustizia e decretato all'interno della riforma Cartabia.

La questione si complica ulteriormente circa le cause di incompatibilità, ex art. 19, ove va, in primo luogo, rilevata l'incompatibilità netta tra l'esercizio della professione forense ed il ruolo di mediatore penale esperto all'interno del medesimo Distretto di Corte d'Appello. Ciò che, tuttavia, più preoccupa è che il medesimo art. 19 individua persino gli eventuali legami di sangue come elemento ostativo, con riguardo, infatti, al coniuge ed al convivente, ai parenti sino al secondo grado e persino agli affini, seppure entro il primo grado. Di tale così drastica incompatibilità non viene, tuttavia, offerta alcuna giustificazione razionale, né a livello fattuale, né, tanto meno, a livello giuridico.

Va, infine, rilevata l'incompatibilità assoluta tra l'esercizio della professione di mediatore familiare, civile e commerciale, e quella penale, nonché con la carica di magistrato onorario, senza che nemmeno per tali ipotesi venga esplicitata la *ratio legis*.

Ciò che, tuttavia, più preme rilevare è che le due ipotesi di incompatibilità sinora descritte, non trovano alcun riscontro a livello europeo, in quanto la Raccomandazione n. 19 del 1999, che disciplina la giustizia riparativa e la formazione del mediatore penale, non pone alcun limite rispetto all'esercizio di altre professioni, da parte del mediatore stesso.

40 Cfr. Mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa: in G.U., due decreti attuativi della riforma Cartabia, in Sistema penale, 12 luglio 2023.

In conclusione, va rilevato come, da una stima effettuata attraverso l'esame dei decreti attuativi in esame, si prevede che i primi mediatori penali esperti potranno iscriversi nelle liste tenute presso il Ministero della Giustizia, nella più rosea delle previsioni, non prima di tre o quattro anni, con conseguente *vulnus* al diritto di difesa, giacché si potrà solo in teoria richiedere la mediazione penale per fruire dei programmi di giustizia riparativa, ma tale richiesta, allo stato, non avrà alcuna efficacia giacché non funzionano ancora concretamente i mediatori penali. Ciò spiega, pertanto, la ragione per cui il COA di Roma ha giustamente deciso di impugnare dinanzi al TAR Lazio il D.M. in questione⁴¹ e, più in genera, ciò è avvenuto, a nostro avviso, anche perché la giustizia riparativa e, ancor di più, la sua concreta implementazione, contrasta con la strategia di politica criminale dell'attuale Governo, incentrata tutta, invece, su «*law and order*».

9. CONCLUSIONI

Dalla complessa analisi dei provvedimenti già varati o in cantiere, da parte dell'attuale Governo di destra-centro, emerge un deciso prevalere dell'ottica preventiva e repressiva, in cui, quindi, il diritto penale non svolge più la corretta funzione di *extrema ratio* in rapporto ai casi che abbiamo sin qui analizzato, bensì di prima, se non unica, *ratio* di tutela, ove, quindi, la parte relativa al miglioramento delle condizioni educative delle famiglie, delle scuole e delle università, purtroppo si colloca in secondo piano, in perfetta antitesi, ad es., con la legge organica spagnola, ove, invece, avviene esattamente l'opposto.

41 Cfr. Newsletter Ordine Avvocati Roma, n. 29/2023, punto 2. L'avv. prof. Antonino Galletti, che ha assunto al TAR la difesa del COA di Roma, ha riferito come abbia rinunciato alla sospensiva ed il processo sia stato rinviato per il merito all'udienza del prossimo 20 dicembre 2023. Cfr. A. GALLETTI, Relazione al Consegno su: «Protocollo sulle pene sostitutive del Tribunale di Roma e giustizia riparativa», COA, Commissione Diritto Penale, 20 settembre 2023. Cfr. però, da ultimo, Giustizia riparativa: lo schema operativo e i modelli diffusi dagli uffici giudiziari milanesi, in Sistema penale, 8 settembre 2023. È, infine, notizia recente che dimostra quanto sia difficile che i principi della giustizia riparativa siano introiettati dalla cultura sociale, quanto segue: S. DE RICCARDIS, Autorizzato per la prima volta il percorso introdotto dalla riforma Cartabia. Il killer di Carol Maltesi ammesso al programma di giustizia riparativa. Il padre della vittima: sono schifato, in La Repubblica, 23 settembre 2023, 23. In ogni caso, il ricorso dell'avv. prof. Antonino Galletti è stato, poi, accolto nel merito, per cui il D.M. in questione è stato nettamente semplificato, non solo con riguardo al monte ore di preparazione, ma soprattutto con riguardo alle situazioni di incompatibilità.

Il nostro legislatore farebbe, quindi, meglio, prima di varare una legislazione di stampo esclusivamente preventivo-repressivo, di allargare il proprio orizzonte a livello comparatistico, nonché di adeguare la legislazione in cantiere ai principi costituzionali ed a quelli della CEDU, nonché alle rispettive giurisprudenze.

INUTILITER DATO

Il si invalido e il no surrogato

Vincenzo Bruno Muscatiello

Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

1. LA MATERNITÀ SURROGATA

È in via di approvazione la legge chiamata a disciplinare in forme nuove il fenomeno della *maternità surrogata*.

Le proposte di legge si collocano in un quadro d'insieme che conviene rammentare per misurare la coerenza del *volutato* al *pensato*. Andiamo per gradi.

1.1 LA DIRETTIVA 2004/23/CE

Il primo atto normativo può farsi coincidere con la Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31.03.2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

Provando a rileggerla, attraverso i “considerando” e alcuni fra gli articoli presenti ¹, sembra emergere una impostazione piuttosto chiara. In

1 (2) «La disponibilità di tessuti e cellule umani utilizzati a fini terapeutici dipende dai cittadini della Comunità che sono disposti a farne dono. Al fine di salvaguardare la salute pubblica e prevenire la trasmissione di malattie infettive per mezzo di tali tessuti e cellule, occorre adottare tutte le misure di sicurezza durante la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione degli stessi»;

(6) «I tessuti e le cellule destinati ad essere utilizzati per prodotti fabbricati a livello industriale, compresi i dispositivi medici, dovrebbero rientrare nella sfera d'applicazione della presente direttiva soltanto per quanto riguarda la donazione, l'approvvigionamento e il controllo quando la lavorazione, lo stoccaggio e la distribuzione sono disciplinati da altre normative comunitarie»;

(7) «La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai tessuti e alle cellule, tra cui le cellule staminali ematopoietiche del sangue periferico, del sangue del cordone ombelicale e del midollo osseo, alle cellule riproduttive (ovuli, sperma), ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali adulte ed embrionali»;

(12) «La presente direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione. Se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la presente direttiva disporrà l'applicazione di tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe interferire con le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo"»

(13) «La donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani destinati all'applicazione sull'uomo dovrebbero essere conformi a norme elevate di qualità e sicurezza, così da garantire un elevato livello di tutela della salute nella Comunità. La presente direttiva dovrebbe istituire norme per ciascuna delle fasi del processo di applicazione di tessuti e cellule umani»;

(15) «Occorre aumentare la fiducia fra gli Stati membri per quanto riguarda la qualità e sicurezza dei tessuti e delle cellule donati, la tutela della salute dei donatori viventi e il rispetto per i donatori deceduti, nonché la sicurezza del processo di applicazione»;

(16) «I tessuti e le cellule utilizzati a fini terapeutici allogenici possono essere prelevati da donatori viventi o deceduti. Al fine di assicurare che lo stato di salute di un donatore vivente non risulti compromesso dalla donazione dovrebbe essere richiesto un esame medico preventivo. Dovrebbe essere rispettata la dignità del donatore deceduto, in particolare mediante la ricomposizione della salma del medesimo, in modo che sia il più somigliante possibile all'originaria forma anatomica»;

(17) «L'uso di tessuti e cellule destinati ad essere applicati al corpo umano può causare malattie ed effetti indesiderati. La maggior parte di tali inconvenienti può essere evitata mediante un'attenta valutazione dei donatori ed il controllo di ciascuna donazione in conformità delle norme stabilite e aggiornate in conformità dei migliori pareri scientifici disponibili»;

(18) «In via di principio, i programmi di applicazione di tessuti e cellule dovrebbero basarsi sulla filosofia della donazione volontaria e gratuita, dell'anonimato del donatore e del ricevente, dell'altruismo del donatore e della solidarietà tra donatore e ricevente. Gli Stati membri sono invitati ad adottare misure per incoraggiare un forte contributo del settore pubblico e del settore non profit alla prestazione di servizi per l'applicazione di cellule e tessuti e al relativo impegno in termini di ricerca e sviluppo»;

(19) «Le donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule rappresentano un elemento che può contribuire a standard elevati di sicurezza per tessuti e cellule e quindi alla tutela della salute umana»;

(23) «È necessario adottate tutte le misure necessarie a garantire ai possibili donatori di tessuti e cellule la riservatezza di qualunque informazione collegata con la loro salute che sia stata fornita al personale autorizzato, dei risultati dei controlli effettuati sulle loro donazioni e della futura rintracciabilità della loro donazione»;

(27) «Il personale che interviene direttamente nella donazione, nell'approvvigionamento, nel controllo, nella lavorazione, nella conservazione, nello stoccaggio e nella distribuzione di tessuti e cellule umani dovrebbe essere in possesso della necessaria qualificazione e ricevere una formazione opportuna e adeguata. Le disposizioni della presente direttiva riguardanti la formazione non dovrebbero influire sulla normativa comunitaria vigente sul riconoscimento delle qualifiche professionali»;

(28) «Occorrerebbe istituire un sistema adeguato per assicurare la rintracciabilità dei tessuti e delle cellule umani. Ciò consentirebbe inoltre di verificare il rispetto delle norme di sicurezza e qualità. La rintracciabilità dovrebbe essere ottenuta mediante accurate procedure di identificazione delle sostanze, dei donatori, dei riceventi, degli istituti dei tessuti e dei laboratori, nonché mediante la tenuta di registri e un appropriato sistema di etichettatura»;

(29) «In linea di principio l'identità del o dei riceventi non dovrebbe essere rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa, fatta salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di comunica-

estrema sintesi: la cessione è consentita purché si tratti di una donazione; la corresponsione di denaro è possibile entro i limiti di una indennità per le spese e gli inconvenienti; il rapporto è fra donatore e donatario, mediato da istituti e cioè «una banca dei tessuti o un'unità di un ospedale o un altro organismo in cui si effettuano attività di lavorazione, conservazione, stoccaggio o distribuzione di tessuti e cellule umani. L'istituto dei tessuti può inoltre essere incaricato dell'approvvigionamento o del controllo dei tessuti e delle cellule» (lett. o).

1.2 LA LEGGE N. 40/2004

La legge 19.02.2004 n. 40 (in Gazz. Uff., 24 febbraio, n. 45) – *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (PROCREAZIONE ASSISTITA)* – era chiamata a dare attuazione a questa direttiva.

Proseguendo il ragionamento per apici, i punti salienti di questa legge possono così sintetizzarsi: il ricorso alla procreazione assistita è possibile in casi di sterilità o infertilità²; possono accedervi coppie di sesso

zione dell'identità, che potrebbe autorizzare in casi eccezionali, in particolare nel caso della donazione di gameti, la revoca dell'anonimato del donatore»;

Art. 2. Ambito di applicazione: «1. La presente direttiva si applica alla donazione, all'approvvigionamento, al controllo, alla lavorazione, alla conservazione, allo stoccaggio e alla distribuzione di tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo nonché a prodotti fabbricati derivati da tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo. 2. Qualora tali prodotti fabbricati siano disciplinati da altre direttive, la presente direttiva si applica soltanto alla donazione, all'approvvigionamento e al controllo degli stessi»;

Art. 4. Attuazione: «1. Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità competenti, che sono responsabili per l'attuazione dei requisiti stabiliti dalla presente direttiva. 2. La presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose, purché siano conformi alle disposizioni del trattato. In particolare, uno Stato membro può prevedere che la donazione sia volontaria e gratuita e in particolare vietare o limitare le importazioni di tessuti e cellule umani, per garantire un livello elevato di tutela della sanità pubblica, purché siano rispettati i requisiti previsti dal trattato. 3. La presente direttiva non pregiudica le decisioni adottate dagli Stati membri per vietare la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio, la distribuzione o l'utilizzo di tipi specifici di tessuti e di cellule umani o di cellule aventi un'origine particolare, anche qualora tali decisioni riguardino l'importazione dei medesimi tipi di tessuti o cellule umani»;

Capo III Selezione e valutazione dei donatori. Articolo 12. Principi della donazione di tessuti e cellule: «1. Gli Stati membri si adoperano per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule. I donatori possono ricevere un'indennità, strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione. In tal caso, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali viene concessa l'indennità».

2 Art. 1: «1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e

diverso³; è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; laddove siano state praticate tecniche di questo tipo, la legge prevede forme di protezione del nascituro fra cui il «*divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*» (art. 9); l'art. 12 disegna un apparato di divieti e sanzioni: tutte amministrative, fatta eccezione per i commi 6 e 7⁴; segue un severo articolo 13, relativo alla sperimentazione sugli embrioni umani.

Torneremo sul punto, quanto alla tessitura lessicale della previsione sanzionatoria: “realizza”, “organizza”, “pubblicizza” sono le tre condotte incluse nella previsione sanzionatoria⁵. La pena fin dalla sua prima scrittura si muove fra un *range* punitivo insolito, quasi esasperato: alla pena detentiva poco significativa, da 3 mesi a 2 anni, si aggiunge una pena pecuniaria sensibilmente elevata, da 600 mila a 1 milione, la medesima pena pecuniaria, parimenti significativa, che è prevista per la previsione successiva, tuttavia accompagnata – questa sì – dalla severità detentiva, espressa nella forbice da dieci a venti anni.

Resta, tuttavia, evidente – al di là della qualificazione penalistica – come l'idea di cui è portatrice la legge del 2004 sia che «*alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone “di sesso diverso” (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2), la legge n. 40 del 2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie*

secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

3 Art. 5: «*Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*».

4 Rispettivamente: «6. *Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*”. “7. *Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione*».

5 O meglio, ci affidiamo a V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli 2019, 350 e ss.; Id., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in «RIDPP» (2021), 1043 ss.; T. Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in «RIDPP» (2017), 1395; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli 2012, 142 ss.

omosessuali la fruizione delle tecniche considerate» (sono parole prese in prestito dalla sentenza costituzionale n. 221 del 2019).

1.3 CORTE COSTITUZIONALE N. 162/2014

La legge n. 40 del 2004 reca, dunque, norme in materia di procreazione medicalmente assistita (cd. PMA) e permette *«Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»*, il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1).

Dubitando della coerenza costituzionale dell'art. 4, comma 3 (*«È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»*) in ipotetico contrasto con l'art. 3 Cost., quanto al diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, *«nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette»*, e nella derivata incongruenza di non consentire l'accesso alla pratica di fecondazione per quelle coppie in cui uno dei componenti della coppia sia stato colpito da patologie produttive della sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, abilitate dunque ad avvalersi della sola pratica eterologa, la Corte, a quasi dieci anni di distanza dalla approvazione della legge, ha modo di correggere la tessitura della norma e precisare che la procreazione medicalmente assistita *«coinvolge «plurime esigenze costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango»*; tali molteplici interessi *«nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno» (sentenza n. 45 del 2005); «la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009); «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»*; il divieto, offerto allo scrutinio costituzionale, non riflette un vincolo internazionale, non è dunque una scelta imposta ed obbligata. Fatte queste precisazioni la

Corte conclude ritenendo che detto divieto *«impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale»*.

La decisione costituzionale completa e corregge la previsione della norma, ma contiene al contempo affermazioni complesse e di più ampio respiro: la scelta della coppia (il sintagma è piuttosto stringente: *«di tale coppia»*) di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli *«costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»*, e, di conseguenza, *«le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»* (sentenza n. 332 del 2000); infine *«(l) a determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo»; «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990)»* e ciò risulta evidente anche in ragione della regolamentazione dell'istituto dell'adozione, volto a *«prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981)»* al di là della provenienza genetica, la quale non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa; infine, ed è affermazione questa di straordinaria importanza, *«(l) a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»*.

La coppia – non vi è dubbio che il ragionamento sia condotto pensando alla coppia in senso tradizionale (a cioè *«le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, en-*

trambi viventi”»)⁶ – ha diritto a conquistare una sfera di benessere psichico (nel che si colloca l’idea di salute in senso ampio), che però non coincide con il mero desiderio di autocompiacimento dei componenti, piegato a fini consumistici, ma certamente apprende una idea di benessere psichico, sempreché non in contrasto con interessi di pari rango costituzionale.

La maternità surrogata è – nel pensiero della Consulta – tutt’altra cosa: se ne intravede il diverso approccio sul finire del punto 9: la tecnica discussa in sentenza «*va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».*

1.4 CORTE COSTITUZIONALE N. 96/2015

Alla sentenza del 2014, segue, ad appena un anno di distanza, la pronuncia n.96. Aperta la breccia dello scrutinio costituzionale, la Corte era chiamata a decidere se gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 40 del 2004, fossero costituzionalmente coerenti con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (CEDU), nella parte in cui non consentono che anche le coppie fertili, portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, possano fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (cd. PMA).

La Corte riconosce il *vulnus* effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.: permane, nel parere della Corte, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, di poter ricorrere alla PMA per le coppie affette da patologie, la cui presenza comporta il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, e affida al legislatore il compito di «*introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche pe-*

6 Come, del resto, nello spirito della legge 40/2004, come sottolineato da B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. Nicolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene 2017, 101.

riodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)»⁷.

1.5 CORTE COSTITUZIONALE N. 221/2019

Le due pronunce costituzionali allargano le strettoie soggettive della legge del 2004: la prima, la sentenza n. 162 del 2014, ammette *«alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004. In tal modo, si è posto rimedio all'«evidente elemento di irrazionalità» insito nel fatto che, dopo aver assegnato alla PMA lo scopo «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità*

⁷ La sentenza n. 96 reca al seguito la consequenziale pronuncia n. 229 quanto alla illegittimità dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 e accertata da apposite strutture pubbliche. Avendo, infatti, già dichiarato l'illegittimità costituzionale dei precedenti artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa legge n. 40 del 2004, *«nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche»,* essendo dunque divenuta lecita la condotta de qua, la Corte afferma la derivata incostituzionalità dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004, *«nella parte, appunto, in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche».* Quanto invece alla seconda connessa questione – di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004 – ne viene riconosciuta la infondatezza quanto alla scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di *«soppressione di embrioni»*, ove pur riferita – ciò che propriamente il rimettente denuncia – agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica.

o dalla infertilità umana», il legislatore aveva negato in assoluto – con il censurato divieto di fecondazione eterologa – la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle «coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis». Circostanza, questa, che rivelava come il bilanciamento di interessi operato fosse irragionevole, posto che, sull'altro versante, le esigenze di tutela del nuovo nato apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente, in rapporto tanto al «rischio psicologico» correlato al difetto di legame biologico con i genitori (conseguente alla fecondazione eterologa), quanto alla possibile «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica» (le parole in corsivo, queste e le successive, riprendono la ricostruzione dei due precedenti operata dalla medesima Corte nella sentenza 221 del 2019). La seconda, e successiva sentenza, la n. 96 del 2015, estende ulteriormente la componente soggettiva, consentendo «l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro ("accertate da apposite strutture pubbliche"). Si è eliminata, con ciò, l'altra "palese antinomia" già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia. La legge n. 40 del 2004 vietava, infatti, alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece "il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)»».

Queste due importanti decisioni pongono le basi per un ulteriore quesito costituzionale del quale si occupa la pronuncia del 2019: investita della questione legata alla richiesta di una PMA a favore di una coppia omosessuale, due donne conviventi *more uxorio* dal 2012, con unione civile dal 2017; e desiderose di una genitorialità dopo quella già intrapresa in Spagna, senza tuttavia doversi, questa seconda volta, recare all'estero, il quesito, offerto alla decisione costituzionale, si interroga se analogo diritto non fosse ormai riconosciuto anche alle coppie omosessuali, così facoltizzate ad accedere alle tecniche di PMA anche in Italia.

Il *thema decidendum* appare, in realtà, più ristretto: se sia, cioè, la pratica della fecondazione eterologa estensibile anche all'"infertilità sociale", o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessua-

le femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti, e *semplicemente* mediante fecondazione eterologa, *in vivo* o *in vitro*, con gameti maschili di un donatore.

La sentenza, e prima ancora le ordinanze di remissione della questione, non concernono, dunque, le coppie omosessuali maschili, la cui genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso una pratica distinta, vale a dire la maternità surrogata (o gestazione per altri): *«Il sintagma – afferma la Consulta – designa, come è noto, l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali. La disposizione ora citata – considerata dalla giurisprudenza espressiva di un principio di ordine pubblico (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193) – non è inclusa tra quelle sottoposte a scrutinio dal Tribunale di Pordenone, né è presa affatto in considerazione dal giudice a quo nello svolgimento delle proprie censure».*

L'occasione consente di ritornare sulla filosofia della legge del 2004, due, in verità, nella lettura costituzionale: le tecniche considerate dalla legge mirano a porre *«rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»*; nondimeno, la seconda direttrice la quale *«attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione. La legge prevede, infatti, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre: limitazioni che vanno a sommarsi a quella, di ordine oggettivo, insita nel disposto dell'art. 4, comma 3, che – nell'ottica di assicurare il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori – pone il divieto (in origine, assoluto) di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (ossia con impiego di almeno un gamete di un donatore “esterno”».*

La disposizione di cui all'art. 5 e, sul versante sanzionatorio, quella di cui all'art. 12 non lasciano spazio a dubbi di sorta: possono accedere alla PMA esclusivamente le *«coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»*, con

esclusione dunque delle «*coppie composte da soggetti dello stesso sesso*», oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi.

La trama normativa dei soggetti abilitati a tali metodiche, pur allargata grazie alle sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, non consente – a parere della Consulta – di addivenire ad un ulteriore ampliamento: restano, pertanto, escluse le coppie omosessuali, il cui accoglimento (con peraltro consequenziali interrogativi quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata) esigerebbe, al contrario di quanto le censure sembravano sospettare, «*la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive*». Ciò non inficia – prosegue il ragionamento della Corte – i «*più recenti orientamenti della giurisprudenza comune sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali*» né il «*ricoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso*», ma vale ad escludere la applicabilità delle tecniche di PMA oltre i confini delineati dalla norma ed espressivi di una sensibilità sociale non (ancora) mutata.

Adozione e PMA si muovono su binari diversi in ragione di un dato storico che muta la prospettiva costituzionale: *già-nato* e *non-ancora-nato* portano a conseguenze differenti, ben oltre il fatto che il *già-nato* lo sia all'estero e il *non-ancora-nato* possa parimenti essere venuto ad esistenza all'estero, in un *altrove* che sembra essere la chiave di volta di una architettura normativa altrimenti non del tutto coerente: «*il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione*», questa è la conclusione dell'*altrove* e dell'*altrimenti* in chiave precipuamente domestica e indifferenti alle “molteplici normative mondiali”.

1.6 UN PASSO INDIETRO: CORTE COSTITUZIONALE N. 272/2017

La Sentenza del 2019 è in realtà preceduta da un'altra sentenza, di due anni prima, e più immediatamente successiva alle due pronunce del 2014 e del 2015.

La sentenza – di poco successiva alla Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI): Il Parlamento europeo al paragrafo 82 «*condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali*» – ha ad oggetto un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, e trae origine dalla trascrizione del certificato di nascita formato all’estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali – nell’ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avrebbero ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione.

La decisione ha per oggetto l’accertamento dell’inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all’estero, non dunque «*la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e nemmeno la sua absolutezza*», tuttavia ha modo di confermare che «*la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo*» (sentenza n. 162 del 2014) e «*in un’ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello status filiationis*».

«*Nell’evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia*» – prosegue la Corte – «*a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l’espresso riconoscimento, da parte di questa Corte, che “il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa (sentenza n. 162 del 2014)”*», il che pone la soluzione nel recinto della comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, al cui interesse la giurisprudenza nazionale e comunitaria pone indubbio privilegio, «*fortemente radicata nell’ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento (ex plurimis, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981)*».

Resta il fatto – e la Consulta si premura di ricordarlo, mettendo fra parentesi un passaggio non strettamente legato al *thema decidendum* – che

la pratica della maternità surrogata, vietata dalla legge, *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»* e, pur senza cancellarlo, senza cioè ritenerne la prevalenza o soccombenza alla identificazione dello status, l'interesse del minore deve sapersi confrontare e misurare anche con *«l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata»*.

La Corte non ne fa mistero e lo ripete ogni volta che ne ha occasione, anche quando non appare propriamente indispensabile alla propria decisione: la maternità surrogata non è una pratica consentita né, forse, assentibile.

1.7 CORTE COSTITUZIONALE N. 33 /2021

La trama delle pronunce costituzionali – in una disciplina così gravida di implicazioni etiche e sociali - prosegue con la sentenza del 2021.

La sollecitazione proviene dalla sezione prima civile della Casazione con riguardo all'art. 12, comma 6, della legge 19.02.2004, n. 40, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31.05.1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), *«nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico»: «In sostanza, le questioni di legittimità (...) riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004»*.

Sfiorato dalle precedenti pronunce, la sentenza n. 33 si sofferma, dunque, sul tema della maternità surrogata, non solo negli aspetti della genitorialità cosiddetta "biologica", ma anche con riguardo a *«la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore "d'intenzione"»*.

Pur restando sul *thema* connesso agli *«interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero etero-*

sessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura», la Consulta ha così l'occasione di riprendere il precedente del 2017 (sentenza n. 272) nel quale aveva osservato che «la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017) e di aggiungervi l'ulteriore considerazione quanto al fatto «che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita».

Non vi sono dubbi né incertezze: la maternità surrogata, «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» non può essere tollerata, come peraltro riconosciuto dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82). Altra cosa per il minore, nato da una pratica non consentita, eppure meritevole – anche per costante e consolidata giurisprudenza della Corte EDU al metro dell'art. 8 CEDU – di ottenere, ed anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, «un riconoscimento giuridico del “legame di filiazione” (lien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza *Menneson contro Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. contro Francia*, paragrafo 64)» (sono parole della Consulta, nella sentenza n. 33).

Il bilanciamento di tale interesse – certamente non assiomaticamente e automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco – pur nella ostilità ordinamentale avverso il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore e sotteso all'orientamento delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, «allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti», viene assicurato attraverso un punto di equilibrio, raggiunto dalla Corte EDU e condiviso dalla Corte quanto all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a

quo: «(e)ssi per un verso non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il "padre d'intenzione"; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla lex loci, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata».

Breve, se possibile: il minore va tutelato, ma la maternità surrogata va disincentivata. E «(i)l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

1.8 CORTE COSTITUZIONALE N. 79/2022

Maternità, filiazione, parentela: ogni aspetto finisce nella lente della Consulta e così non poteva sfuggire il particolare tema della *parentela este-*

sa (dei parenti oltre che del coniuge dello stesso sesso, adottante)⁸, giunto alla attenzione della Corte Costituzionale, con sentenza del 28/03/2022, (ud. 23/02/2022, dep. 28/03/2022), n.79.

Anche qui, esaminando il particolare aspetto dei «*minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, quando il primo è giuridicamente impossibilitato ad adottare il minore*» – fra cui il caso de «*il partner in un’unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest’ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all’estero, posto che la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) consente l’accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso*» – la Consulta ritorna sulle «*questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all’estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità*» sulle quali, come si premura di ricordare, la Corte aveva già in passato evidenziato diverse sfaccettature del fenomeno tra di loro interconnesse. La più recente sentenza ha così modo, ancora una volta, di ripetere ed escludere «*che il desiderio di genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell’an e del quando, ma anche del quomodo*» (sentenza n. 221 del 2019); nondimeno di ribadire «*le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un’inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)*»; infine – per restare al tema derivato, legato alla sorte e l’interesse dei minori – la loro tutela non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, il che impone di estendere il particolare rapporto di parentela anche alla famiglia dell’adottante.

Non senza recuperare il punto di vista della Corte EDU – che con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito del ricorso

⁸ La vicenda si lega alla richiesta di poter adottare una minore, che è figlia biologica del partner a cui il richiedente è legato con un’unione civile e con il quale ha condiviso un percorso di fecondazione assistita, effettuato all’estero, che ha consentito la nascita della bambina. Il giudice a quo pur affermando di poter accogliere la domanda di adozione, non altrettanto per la richiesta di riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente.

alla tecnica della surrogazione di maternità, aveva già fornito, a riguardo, una duplice indicazione ermeneutica: e cioè da un lato «*ha escluso che dall'art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, facendo ricorso alla surrogazione di maternità, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti di filiazione (Corte EDU, sentenza 18 agosto 2021, Valdis Fjölfnisdóttir e altri contro Islanda, paragrafi 66-70 e 75; sentenza 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafi 197-199; sentenza Mennesson, paragrafo 74; sentenza Labassee, paragrafo 58)*»; dall'altro, «*ove emerga l'esigenza di tutelare l'interesse del minore a preservare un legame che de facto si sia venuto a consolidare con il genitore d'intenzione, la Corte EDU ha sottolineato che, in tal caso, debba essere riconosciuto un rapporto di filiazione anche a tutela della stessa identità del minore (Corte EDU, sentenza Mennesson, paragrafi 80, 87 e seguenti; sentenza Labassee, paragrafi 75-80; nonché, sulle circostanze che fanno emergere l'interesse del minore da preservare, si veda anche sentenza Paradiso e Campanelli, paragrafo 148)*» – la Consulta conclude per la violazione dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante in relazione agli artt. 3,31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

Ancora una volta, emerge la cura verso l'interesse del minore, a prescindere dal contesto, che resta, ancora nel 2022, certamente e decisamente illecito. Non vi sono dubbi nelle parole della Corte: la surrogazione di maternità «*“offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)*».

1.9 LE SEZIONI UNITE CIVILI: CASSAZIONE CIVILE SEZ. UN., 30.12.2022, N. 38162

La complessità del tema offerto alle decisioni costituzionali trae origine, naturalmente, da un intenso dibattito di cui sono testimoni le numerose decisioni della Cassazione, sia civile che penale.

Fermo l'indubbia rilevanza illecita della condotta di maternità surrogata, le decisioni di legittimità si interrogano sul recinto dell'area penalmente rilevante e sulle conseguenze di un reato nel caso in cui esso sia commesso non nel territorio nazionale⁹.

Le decisioni sono numerose e, come detto, complesse. Saltandone – per il momento – la puntuale citazione, conviene sostare sulla più recente decisione a Sezioni unite, di appena due anni fa, la quale si colloca in più immediata successione rispetto al precedente del 2019, nel quale, sempre le Sezioni Unite civili con sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, avevano affermato il principio secondo cui «*non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Secondo le Sezioni Unite, tale riconoscimento trova infatti*

9 Cassazione pen. sez. III, 28.10.2020, n. 5198: «*Il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall'art.12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n.40, comprende le condotte antecedenti ed eziologicamente collegate e funzionali alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la decisione di improcedibilità emessa dal giudice di merito in assenza di richiesta del Ministro della Giustizia, trattandosi di condotta integralmente realizzata da cittadini italiani in Ucraina – Paese che ammette la maternità surrogata eterologa – e non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione significativa ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., non rilevando i contatti prodromici intrattenuti via “e-mail” al fine di valutare le possibili soluzioni, in quanto non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata)*». Ancora la medesima sentenza: “*Secondo l'art. 6 c.p., affinché sia applicabile la legge italiana, occorre che l'azione o l'omissione si sia realizzata, in tutto o in parte, in territorio italiano. È necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque riconducibile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero (nella specie, relativa al ricorso alla maternità surrogata in un Paese in cui è ammessa, la Corte ha ritenuto che il Tribunale avesse interpretato la norma incriminatrice dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004, non violando il principio di tassatività e legalità, essendo corretta l'affermazione secondo cui poiché la condotta si era integralmente consumata in territorio straniero, in assenza di richiesta del Ministero della Giustizia, il reato commesso dai cittadini italiani all'estero non era procedibile ai sensi dell'art. 9 c.p., comma 2, non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione ai sensi dell'art. 6 c.p., comma 2)*».

Anche nelle decisioni della Cassazione civile emerge la consapevolezza che la maternità surrogata non è pratica protetta e garantita dalla legge del 2004. Il che pone, alle attenzioni delle Corti, il serio problema della sorte del nascituro, una volta che la coppia abbia attuata tale pratica all'estero, nei Paesi dove essa sia consentita. Se cioè «*In materia di stato civile, è legittimamente trascritto in Italia l'atto di nascita formato all'estero, relativo a un minore, figlio di madre intenzionale italiana e di madre biologica straniera, non essendo contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento di un rapporto di filiazione in assenza di un legame biologico, quando la madre intenzionale abbia comunque prestato il consenso all'impiego da parte della “partner” di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche se tali tecniche non sono consentite nel nostro ordinamento*» (così Cassazione civ. sez. I, 23.08.2021, n. 23319).

ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione», cui, peraltro, avevano fatto seguito i dubbi, della prima Sezione, quanto alla compatibilità di tale principio di diritto, costituente diritto vivente, con una pluralità di parametri costituzionali.

Resa inattuabile la via costituzionale, la sollecitazione perviene alle Sezioni Unite¹⁰ e la sentenza chiamata a dirimere questo (nuovo) contrasto interpretativo è la sentenza del 30/12/2022, n. 38162 avente ad oggetto il caso di un bambino nato all'estero da maternità surrogata, e precisamente il caso di un progetto procreativo condiviso dalla coppia omoaffettiva, in cui uno dei due uomini aveva fornito i propri gameti, uniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice. L'embrione era stato poi trasferito nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino. I due uomini, entrambi di cittadinanza italiana, si erano uniti in matrimonio in Canada e l'atto era stato trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. In sostanza si trattava *«di stabilire se il divieto di ricorrere alla gestazione per altri, previsto dalla legislazione italiana in materia di procreazione medicalmente assistita, precluda o meno la possibilità di estendere il riconoscimento della genitorialità anche al partner che, pur privo di un legame genetico con il minore, ha condiviso il percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge, e che ha quindi portato il bambino in Italia, per poi qui prendersene quotidianamente cura»*. La questione affidata alle Sezioni Unite *«consiste nel precisare se sia o meno contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento giurisdizionale straniero; se sia trasferibile nell'ordinamento interno la formalizzazione del legame con il genitore intenzionale sancita nel provvedimento straniero; ancora, se l'adozione in casi particolari costituisca o meno l'unico strumento compatibile con l'ordine pubblico e idoneo ad instaurare un legame giuridico tra il nato all'estero da gestazione per altri e il genitore intenzionale»*.

10 La Prima Sezione aveva riscontrato un deficit di tutela a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 33 del 2021, che, avendo rilevato l'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari, ha sollecitato il legislatore ad intervenire. In mancanza di un intervento del Parlamento, il Collegio rimettente si è rivolto a questa composizione allargata della Corte di cassazione per sollecitare una rimediazione della soluzione elaborata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 2019.

Tralasciando i dettagli del caso, mette conto evidenziare alcuni passaggi presenti nella gestione della vicenda.

Il primo, o meglio i primi, della Corte di appello di Venezia, chiamata a dare riconoscimento, a norma della L. n. 218 del 1995, art. 67, al provvedimento canadese in Italia: secondo la Corte territoriale veneziana, la circostanza che nel sistema delle fonti interne non sia previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e quindi che non sia concesso di attribuire automaticamente ad entrambi la responsabilità genitoriale del minore nato dalla procreazione medicalmente assistita, si risolve nell'evidenza di una diversità di discipline sostanziali, ma non è di per sé indice dell'esistenza di un principio superiore, fondante e irrinunciabile, dell'assetto costituzionale italiano o dell'ordinamento dell'Unione Europea; l'ordine pubblico internazionale impone di assicurare al minore la conservazione dello status e dei mezzi di tutela di cui egli possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale; non può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso; infine, quanto al divieto di ricorrere alla pratica della surrogazione di maternità, di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, – ed è questa la parte che più preme evidenziare – *«le scelte del legislatore italiano sono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico. Non potrebbe ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dal citato art. 12, comma 6, che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la maternità surrogata, dato che il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non potrebbe essere privato dello status legittimamente acquisito nel Paese in cui è nato»*.

I secondi, riconducibili direttamente al supremo consenso. I motivi della decisione si aprono con una affermazione apodittica, *tranchant*: *«L'ordinamento italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata. L'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza*

nel nostro ordinamento. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6. Il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per “chiunque, in qualsiasi forma”, la “realizza, organizza o pubblicizza”». L’incipit non lascia adito a dubbi, vi si ribadisce con forza il divieto di maternità surrogata. Altra cosa – e la Corte era chiamata a dirimere proprio questo aspetto – la questione dello status della neonata o del neonato: «Le istanze di genitorialità – prosegue la Corte – nondimeno, si rivelano difficilmente comprimibili. Il divieto di gestazione per altri non argina il progetto di diventare genitori. L’esistenza del divieto in Italia induce molti cittadini, quando supportati da una adeguata disponibilità economica, a ricorrere alla surrogazione di maternità all’estero, nei Paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione. Il contesto internazionale è alquanto frastragliato sulla legittimità del ricorso alla gestazione per altri. Il panorama comparato offre indicazioni non omogenee sia sui limiti di liceità di questa pratica sia, dove essa è vietata, sulle scelte sanzionatorie, che possono andare dall’ampia criminalizzazione, alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione di sole sanzioni amministrative. La regolamentazione permissiva presente in alcuni Paesi stranieri favorisce, appunto, il turismo procreativo di cittadini italiani che si recano all’estero al fine di ottenere, nel rispetto della lex loci, ciò che in Italia è vietato. Coppie con problemi di sterilità femminile o coppie omosessuali che intendono accedere alla filiazione vanno all’estero per realizzare là dove è consentito il progetto procreativo proibito nel nostro Paese. Ogni qualvolta la surrogazione di maternità è praticata all’estero, la questione dello status del nato da maternità surrogata fuoriesce dal perimetro dell’ordinamento interno e si traduce nel problema del riconoscimento in Italia della genitorialità acquisita al di fuori dei confini nazionali. Si pone il problema del riconoscimento dello status genitoriale ottenuto all’estero in virtù di norme più liberali di quelle italiane in materia di procreazione medicalmente assistita. Entra in campo il limite dell’ordine pubblico internazionale».

Ancora più avanti (nei soli passaggi più direttamente connessi al tema della maternità surrogata): «La Corte costituzionale (..) ha ribadito che la maternità surrogata è lesiva della dignità della donna»; «la mera diversità delle soluzioni legislative nazionali in merito ad una determinata questione non può di per sé considerarsi dar luogo ad un problema di compatibilità con l’ordine pubblico, giacché, ove si accogliesse una simile

lettura estensiva del limite in questione, le regole di diritto internazionale privato verrebbero private della loro ragione d'essere, insita nella diversità degli ordinamenti giuridici nazionali e nell'opportunità di realizzare tra di loro un profilo di coordinamento, funzionale ad agevolare la vita internazionale delle persone»; «nemmeno può presumersi, all'inverso, una apertura del tutto incondizionata degli ordinamenti giuridici statali al coordinamento con gli altri ordinamenti, tale da permettere senza limiti l'attribuzione di effetti a provvedimenti giurisdizionali stranieri, rinunciando ad un qualsiasi controllo in ordine alla loro compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico del foro»; «(a)d avviso di questo Collegio, la L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali, è norma di ordine pubblico internazionale»; «(l)a sanzione penale di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità»; «(l)'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna»; «(l)a gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino»; «(l)a L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»; la condanna della maternità surrogata è espressa dalla Corte costituzionale, la quale ha sottolineato che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022) ed ha inoltre rilevato che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente

la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita" (sentenza n. 33 del 2021)»; nondimeno la condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali" è stata espressa anche dal Parlamento Europeo nella propria risoluzione del 13.12.2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nel 2015; a dispetto delle obiezioni sollevate dal Collegio remittente, «(i)l legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»; se dunque «(n)el nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona» e se «(l)a dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva» ne consegue – nel ragionamento delle Sezioni Unite – che «(n)ella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta».

Il passaggio, questo ultimo passaggio, è di fondamentale importanza: pur non ignorando la lettura «che prende le distanze dall'idea dei valori della persona che si impongono alla persona medesima, anche oltre quanto da questa voluto in maniera assolutamente libera, consapevole, integra e non condizionata» e la consequenziale idea che alla donna soltanto “sarebbe rimesso, in ultima istanza, il potere di individuare i tempi e i modi di realizzazione della sua personalità, sicché anche la scelta di accogliere l'embrione per aiutare altri a realizzare il loro progetto di genitorialità potrebbe rappresentare per la gestante un modo per realizzare la propria personalità» (e si tratterebbe di un approdo interpretativo suggerito già raggiunto nella giurisprudenza di legittimità di Paesi vicini al nostro), la Corte ribadisce l'ampiezza assoluta del divieto, il solo «in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità».

La presunzione – potremmo così concludere – è assoluta e non vi sono margini a che il giudice, in sede di interpretazione – né tantomeno l'ufficiale di stato civile, al quale, secondo l'obiezione condivisa dal Collegio, sarebbe attribuito l'onere del sindacato discrezionale – possa «*escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino*».

Seppure valido in altri rapporti di filiazione non originati dalla genetica, ma sorti sulla base della “scelta”, e quindi dell'assunzione di responsabilità, di dar vita a un progetto genitoriale comune, seppure valido nel caso in cui si intenda – come vuole la legge 40 del 2004 – dare «*ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla trasmissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione*», il consenso altrove «*integralmente sostitutivo della mancanza di discendenza genetica*» qui non vale. Non vale e basta, perché il consenso – ed è il legislatore a definirlo – non è sempre un consenso: nella genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita il tutto si lega «*al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta*»; ma dalla disciplina della L. 40 del 2004, artt. 8 e 9, “*non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità*». «*Lo spazio – sono sempre parole delle SS.UU. - «entro il quale il consenso risulta idoneo ad attribuire lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritto ad una specifica fattispecie – la fecondazione eterologa – ben diversa e ben distinta dalla surrogazione di maternità. In caso di maternità surrogata, la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita, così come avviene per la fecondazione assistita*».

Breve: il sì della donna a volte vale, a volte no, non vale; qui non vale mai.

2. LE IPOTESI DI RIFORMA

Ancora non più tardi di qualche mese fa emerge, dunque, come la complessità dei punti di vista si leghi alla “sorte del nato malgrado il divieto” ma sul divieto, sulla cioè configurazione della surrogazione di

maternità come reato e sul disvalore della pratica di procreazione seguita all'estero, non si avverte alcun dubbio e alcuna incertezza: *«si pone l'esigenza di salvaguardare i principi ispiratori dell'ordinamento giuridico italiano in una materia di rilevante sensibilità sul piano etico, che mette in gioco il valore fondamentale della dignità umana, alla quale è preordinato il divieto di ricorso alla maternità surrogata posto da una legge della Repubblica»*.

L'odiosità della pratica surrogante è affermata e ripetuta in ogni occasione, e le parole sembrano testimoniare, nella loro equivoca assonanza con pratiche di turismo sessuale, certamente odiose, senza – queste sì – dubbio di sorta e *«il divieto di surrogazione di maternità, sancito dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante»*, anche su questo non vi sono dubbi, almeno non per la più alta voce giudicante.

E tuttavia: sebbene si affermi che *«(l)'esigenza di salvaguardare i valori ispiratori dell'ordinamento italiano si traduce in una finalità general-preventiva: scoraggiare i cittadini dal ricorso all'estero ad un metodo di procreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari»*, un attimo prima non si era mancato di riflettere sulla sorte del reato commesso non nel territorio nazionale: *«la surrogazione all'estero – è un passaggio immediatamente precedente - in conformità della legge ivi vigente da parte di cittadini italiani non può essere ricondotta all'illecito penale di cui al citato art. 12, comma 6. La norma incriminatrice non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento al territorio nazionale»*.

Nessun divieto all'estero; la norma penale non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato: le due affermazioni della recentissima sentenza a Sezioni Unite esprimono esattamente il recinto della dimensione penale, e spiegano il senso delle ipotesi riformatrici, affacciate alla attenzione del consesso legislativo e sulle quali è bene, a questo punto, soffermarsi.

Il reato è reato, ma non sempre, almeno non se all'estero.

Le ipotesi normative mirano a disciplinare questo aspetto, a consentire, cioè, che il *«turismo procreativo»* – per usare la già citata e, forse, infelice espressione – sia sanzionato, il che precipita la dimensione punitiva in una serie di problemi affidati all'ingegno punitivo che sappia porre rimedio alla extraterritorialità delittuosa e, così, non vanificare il desiderio legislativo di scoraggiare le pratiche *altrove*.

Ecco il punto: le condotte commesse all'estero, anche laddove consentite, devono poter guadagnare la rilevanza penale, sempre e comunque. L'intuizione porta il nome di crimine universale, oltre l'ossimoro di una universalità-speciale, ricreata dal legislatore nazionale proprio per sopperire al difetto di universalità emergente dalla liceità altrui¹¹. Ben oltre l'idea di "ordine pubblico internazionale"¹², che pure sofferiva la criticità comparativa, il criterio della universalità traduce una ampiezza dogmatica, più che ontologica, capace di aggirare l'ostacolo della extraterritorialità.

Più ampio, ma più piccolo; più generale ma più speciale: l'universalità del crimine è un attributo legato ad una scelta positiva, un dato performativo, una costruzione legalista, affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale.

11 Sebbene solo sette Paesi (Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sudafrica) ammettano il ricorso alla maternità surrogata per fini commerciali, ben undici Stati (Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada) lo consentono solo a titolo puramente gratuito; India e Nepal, pur consentendo la gestazione retribuita per altri, vietano che possa essere praticata a favore di cittadini stranieri, e negli USA la surrogazione di maternità è regolata diversamente nei singoli Stati (nel 2019 il New Jersey ha legalizzato la maternità surrogata commerciale, e cos' nel 2020 lo stato di New York: così, in chiave critica, P. Chesler, *Sulla legalizzazione della maternità surrogata commerciale: pensavo che avessimo abolito la vendita di esseri umani*, e T. Bien-Aimé, *Le ancelle di Cuomo: New York legalizza la maternità surrogata riproduttiva commerciale*, entrambe in M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, Ortica, 2022, rispettivamente a 105 e ss. e 121 e ss.). In Grecia è previsto un permesso speciale rilasciato dal Tribunale ed è possibile anche per i cittadini stranieri che prendono una residenza temporanea, ma non alle coppie omosessuali e agli uomini single. Nel rispetto dell'autodeterminazione delle parti coinvolte, recentemente, anche il Portogallo ha reso legale la gestazione per altri a titolo gratuito, per le coppie eterosessuali con esigenze mediche. Nel Regno Unito la maternità surrogata è legale, limitatamente ai cittadini britannici, ed è permessa solo a titolo gratuito. In Ucraina e in Russia, invece, è legale pagare una madre surrogata per beneficiare del servizio. Per un più approfondito esame delle legislazioni di altri Stati in materia di maternità surrogata, cfr. R. La Russa e altri, *La maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in «Resp. civ. previd.» (2017), 683 ss. La diversità di approccio dei vari ordinamenti è sottolineata anche da M. Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 166.

12 La nozione di ordine pubblico internazionale è una sorta di recinto deputato a evitare la contaminazione dell'ordinamento interno con elementi di ordinamenti giuridici altri, qualora ciò possa inquinare i profili qualificanti: sulle sfumature assunte da questo principio, anche alla luce degli approdi giurisprudenziali, C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell' "incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 119 ss.

2.1 LE TRE PROPOSTE DI LEGGE

Creata, più che ritrovata, inventata più che scoperta, l'universalità è la chiave di volta delle proposte legislative.

Tutte si appuntano sull'art. 12 della legge n. 40 del 2004, cercando di estenderne la portata applicativa anche verso condotte realizzate all'estero. Si tratta, in estrema sintesi, di trovare una soluzione per poter colpire le pratiche di maternità surrogata realizzate nei paesi la cui legislazione non sanziona ciò che in Italia è, invece, vissuto come un reato odioso e insopportabile, a prescindere dalle ragioni e dalle modalità in cui essa è vissuta e realizzata. Quale che siano le ragioni del consenso della donna ospitante, il consenso all'utero in affitto non è, per volontà legislativa e per autorevoli pronunce, mai valido: un consenso non consentito, poiché il corpo della donna, per la legge italiana, non può mai essere prestato, e, se prestato, quali che siano gli scopi della fecondazione e qualunque sia il rapporto che lega la donna stessa, è come se non fosse stato prestato. *Inutiliter dato*, e la sanzione penale punisce tutti, senza distinzione, coloro che organizzano e che pubblicizzano la surrogazione di maternità, ma anche i committenti, i terzi donatori e – così sembrerebbe - la stessa madre surrogante, il cui consenso non scrimina gli altri, ma non scrimina neppure se stessa, vittima di una costrizione inconsapevole ma, per volontà di legge, autrice consapevole di un reato.

Crimine universale: il sintagma aleggia nelle proposte di riforma¹³, anche se la punibilità estera è raggiunta o pensata in forme leggermente differenti.

La proposta n. 342¹⁴ annuncia il proprio scopo, quello di evitare il *traffico commerciale di bambini* ma la soluzione immaginata è quella di estendere le pene anche al «*cittadino italiano che ricorre alla surrogazio-*

13 In una recente intervista su carta stampata, Marco Pelissero fa notare: «Viene da chiedersi cosa voglia dire perché nel linguaggio giuridico non esiste. Possiamo parlare di reati come crimini di guerra o contro l'umanità, cioè reati che la comunità internazionale ritiene presentino una criminalità manifesta che giustifica una repressione ad ampissimo raggio. Ma qui non vedo i presupposti per costituire un reato universale della maternità surrogata quando in altri Stati, a determinate condizioni, la maternità surrogata è consentita».

14 Proposta di legge n. 342, d'iniziativa dei Deputati Candiani, Barabotti, Bof, presentata il 14.10.2022. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1) che così dispone: «Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: "6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6"».

ne di maternità all'estero», anticipando un *refrain* presente in tutte e tre le ipotesi normative, la frattura logica, cioè, fra scopo della norma, ristretto ai casi “commerciali”, e struttura della norma, aperta a qualsiasi ipotesi di surrogazione di maternità.

La seconda proposta, la n. 887 (Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei Deputati Varchi e Altri, presentata il 15.02.2023, si compone di un unico articolo (art. 1) che dispone quanto segue: «*Al comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all’estero”*»¹⁵), annuncia anch’essa lo scopo, sebbene in forma di premessa, prende atto del “vertiginoso aumento” dei casi, ai quali mira, evidentemente a porre rimedio, considera la maternità surrogata «*un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono trattati alla stregua di merci*», vi aggiunge la giustificazione tratta dalla *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo*¹⁶ e così perviene alla proposta di non limitare la punibilità ai soli cittadini italiani, attraverso il sintagma “reato universale” configurabile ovunque e a carico di chiunque si presti o concorra alla gestazione per conto altrui. Ancora una volta, e come capiterà in quella successiva, la proposta fuoriesce dallo scopo annunciato, giungendo a ipotizzare l’incriminazione a qualsiasi ipotesi di surrogazione di maternità e, per giunta, anche a carico di cittadini stranieri, in una doppia frizione fra scopo e lettera, e fra lettera e disciplina codicistica dei reati commessi all’estero.

15 Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei Deputati Varchi, Almici, Ambrosi, Amich, Colosimo, De Corato, Deidda, Di Giuseppe, Iaia, Longi, Lucaselli, Malaguti, Marchetto Aliprandi, Morgante, Tremaglia, Urzi, presentata il 15 febbraio 2023. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1) che dispone quanto segue: «*Al comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all’estero”*». È questa la proposta che ha avuto il primo via libera definitivo: l’Aula della Camera ha approvato la proposta di legge, firmata dalla deputata di Fratelli d’Italia Carolina Varchi, con 166 voti a favore, 109 contrari e quattro astenuti. Il testo, composto da un unico articolo, adesso dovrà passare al vaglio del Senato della Repubblica.

16 Si tratta della già citata nei paragrafi precedenti Relazione approvata il 17.12.2015 dall’Assemblea plenaria del Parlamento europeo, di cui alla risoluzione 2015/2229 (INI), che «*condanna la pratica della maternità surrogata, che mina la dignità umana della donna, visto che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usate come una merce; considera che la pratica della maternità surrogata, che implica lo sfruttamento riproduttivo e l’uso del corpo umano per profitti finanziari o di altro tipo, in particolare il caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere vietato e trattato come questione di urgenza negli strumenti per i diritti umani*» a disposizione dell’Unione europea nel dialogo con i Paesi terzi

Una terza, la proposta n. 1026 (Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Lupi e Altri, presentata il 21.03.2023. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1), che dispone quanto segue: «*Al comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano”*»), al dichiarato scopo di tutelare «*i soggetti coinvolti qualora tali atti siano compiuti all’estero*», e in particolare «*le donne più vulnerabili che vivono nei Paesi in via di sviluppo*», si utilizza una formula semplice, apparentemente risolutiva: del reato se ne dichiara la punibilità anche se compiuto all’estero, e – stando alla lettera della legge – a prescindere dalle condizioni delle donne, indipendentemente cioè dalle premesse citate fra gli obiettivi della riforma, la richiamata tutela delle donne più vulnerabili estesa invece a tutte le donne, quasi a presumerne la sottostante vulnerabilità. Come già per le due precedenti, lettera e scopo della norma non appaiono sintonici.

Infine le due, se non ultime, certamente le più autorevoli, la N.2599, Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Carfagna e Altri, Modifica all’articolo 12 della legge 19.02.2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano: «*1. All’articolo 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Il reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano”*»; e la N. 306 Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Meloni e Altri, Modifica all’articolo 12 della legge 19.02.2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano (il cui testo è stato ripreso nella attuale legislatura dalla proposta Varchi, di cui *supra*): «*1. Al comma 6 dell’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all’estero”*». Sostanzialmente accumulate, le due proposte si differenziavano in relazione ai soggetti destinatari della proposta di estensione della giurisdizione italiana, dal momento che la proposta “Carfagna” era riferita ai soli cittadini, mentre la proposta “Meloni” estendeva gli effetti anche agli stranieri.

2.2 LA RATIO DELLA DOPPIA INCRIMINAZIONE E LE RAGIONI DELLA DEROGA

Qual è, o almeno sembra essere, il senso dei progetti di riforma? Per i reati comuni la regola della doppia incriminabilità asseconda ragioni ampie e di carattere generale: in un ordinamento democratico, che costantemente misura la propria coerenza attraverso la corrispondenza con fonti normative sovranazionali, l'insistenza di una comune valutazione dei fatti giuridici è presidio di coerenza e collaborazione oltre i confini nazionali, aiuta a comporre un quadro d'insieme, tendenzialmente unitario e rispettoso di principi sovraordinati¹⁷; assicura la leale collaborazione fra stati e, non meno importante, allontana l'idea di un ordinamento forzosamente autopoietico, sfuggente a regole di reciprocità e al rispetto dell'altrui visione della disciplina giuridica di materie nelle quali trova spazio la politica legislativa nazionale disegna uno spazio comune, *in parte qua*, dove il diritto penale non soffre limitazioni né disagi.

Come dire: un richiamo alla serietà del gesto sanzionatorio¹⁸, «*un cardine della cooperazione giudiziaria internazionale*» rinunciando al quale «è serio il rischio di finire per affermare la punibilità solo in astratto, ma non in concreto, dei fatti commessi all'estero dal cittadino italiano»¹⁹, una disciplina dissuasiva della libertà legislativa, che, anche nell'esercizio del proprio *ius puniendi*, deve sfuggire alla tentazione che tutto sia consentito, anche fuori del proprio territorio nazionale: a che la potenza non diventi mai prepotenza.

17 Una recente analisi evidenzia come la doppia incriminazione sia un requisito previsto per l'assoggettamento alla legge nazionale dei fatti commessi all'estero pressoché in tutte le legislazioni moderne. Così nel codice penale francese, nel codice penale tedesco, nel codice penale austriaco, nel codice penale svizzero, nella Legge organica sul potere giudiziale spagnolo, nel codice penale portoghese, nel codice penale danese, in quello norvegese, e svedese. Analoghe disposizioni si trovano anche oltreoceano, nelle legislazioni dell'America latina: in particolare, in Messico, in Perù, in Uruguay e in Brasile.

18 Così G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come 'reato universale'?* A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento, in «Sist. pen.» online (02.05.2023), 156.

19 Così G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come 'reato universale'?*, cit., 155. L'Autore precisa quanto segue: «È fin troppo evidente, infatti, che l'autorità giudiziaria italiana non potrebbe punire in concreto quei fatti senza la cooperazione giudiziaria dello Stato estero, che ben difficilmente potrebbe essere offerta in relazione a un fatto lecito nel proprio ordinamento. Come si potrebbero in concreto provare quei fatti nel processo?». Più in particolare, secondo l'Autore, rinunciare al principio della doppia incriminazione «significa finire per sbattere sul tavolo un pugno affermando la giurisdizione italiana solo simbolicamente, come espressione di un panpenalismo e di un paternalismo dello Stato, che segue il cittadino anche là dove è consentito ciò che in Italia è vietato» (così, 156).

Per un particolare gruppo di reati la regola trova un contraltare, legato ad una sorta correzione *in re ipsa*, potremmo dire, *in ragione* – “in-ragione”: il sintagma non è casuale – di una ampiezza assiologica che contiene l’univocità, altrove espressa nel requisito della reciprocità e qui resa inutile dalla evidenza assiologica del bene giuridico tutelato. Come dire, il bene giuridico è così incontrovertibile che non occorre ricercare la corrispondenza biunivoca, qui dichiarata o costruita dalla norma, o semplicemente resa indifferente dalla norma speciale, senza ulteriore indugio.

Il richiamo ai reati è nell’art. 7, nei termini di un catalogo *in progress* – certamente sfornito di copertura costituzionale – rimpinguabile *alla bisogna*. Ed è esattamente, o probabilmente, quello che il nuovo legislatore ha inteso, o intende fare, aggiungere il reato di maternità surrogata fra quelli per i quali “*lo-dico-io*” prevale su regole di reciprocità. La ragione è così forte che *lo-dico-io* vale più che *lo-diciamo-noi*, o meglio, *lo-dico-io* vale perché si ritiene che *lo-dicono-tutti*.

E come *non potrebbero dirlo tutti*, o *impedirlo tutti di dirlo*, per i reati contro la personalità dello Stato, o reati di Contraffazione del sigillo dello Stato, ovvero, per altro verso, i reati di Tratta di donne e di minori commessa all’estero, o per il reato di abbandono all’estero un cittadino italiano minore degli anni diciotto, a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro, o, *ca va san dire*, per i reati sessuali *ex artt.609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies*, commessi all’estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano²⁰, o così per altre ipotesi al cui interno trova spazio la rinuncia al controllo di reciprocità.

Le ipotesi modificano il quadro dei limiti spaziali di applicabilità della legge italiana di cui agli artt. 3, 7 e ss. c.p., in materia di reati commessi all’estero, ampliando il novero dei reati elencati nello stesso articolo 7 c.p., nel riferimento ad «*ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali prevedano l’applicabilità della legge penale italiana*». Più che l’applicabilità dell’art.9, il quale, essendo la pena inferiore a tre anni, renderebbe necessaria – come nella attuale previsione – un’apposita richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l’istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa, l’intento novellistico sembra immaginare una estensione del catalogo di cui al comma 5 dell’art. 7, reso

20 In quest’ultima ipotesi riemerge la clausola di reciprocità e lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta dal Ministro di grazia e giustizia.

possibile dalla speciale disposizione di legge, fra cui appunto il nuovo art. 12 della legge n. 40 del 2004 (Nella proposta di legge Meloni, nelle premesse del testo sottoposto alla discussione parlamentare è scritto espressamente: «*Tuttavia, il codice penale, all'articolo 7, stabilisce espressamente la punibilità per taluni reati anche se commessi all'estero, prevedendo una riserva di legge in materia, in forza della quale la presente proposta di legge interviene proprio sulla legge n. 40 del 2004, introducendo la punibilità del reato anche quando lo stesso sia stato commesso in un Paese straniero*»).

Il dato novellistico sembra, dunque, voler superare sia il vincolo del comma 2 dell'art. 9, sia il requisito della c.d. *doppia incriminazione*, la controversa necessità, cioè, che il fatto sia previsto come reato sia dalla legge italiana, sia dalla legge dello Stato in cui è stato commesso²¹.

Il requisito sostanziale “reato universale” è chiamato a spegnere, annullare, il requisito processuale della doppia incriminabilità, e così consentire di sfuggire alla verifica di bilateralità, assorbita ora dalla universalità del dato positivo. Il reato è così ampio che non serve monitorare la analoga punibilità presso lo stato ospitante, frazione territoriale di una comunità universale nella quale si colloca la nuova previsione delittuosa.

La norma costruisce il dato, una sorta di seconda presunzione – dopo già quella sulla inutilità del consenso della madre surrogante – volta a trascurare l'indifferenza punitiva, eventualmente presente in altre realtà territoriali, e a lasciare prevalere la pervasività indigena che, sola o con altri - poco importa l'effettiva universalità del pensiero punitivo – immagina e definisce il reato come universale, e in tal modo sanzionabile *sempre-e-comunque*.

Il delitto comune, ex art. 9, diventa reato commesso all'estero ex art.7, acquisisce una specialità punitiva resa possibile dall'idea di crimine universale, tanto quanto le numerose e speciali disposizioni di legge al cui contenuto linguistico la norma fa espresso rinvio (le curatele codicistiche citano fra gli altri gli artt. 531-536, 537, 591, 604, c.p., e altre)

21 Come peraltro precisato da Cass. pen. sez. V, 10.03.2016, n. 13525, la quale supera la questione della doppia incriminabilità, attraverso l'espedito assolutorio del difetto di consapevolezza psicologica: «*la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità) è controversa in giurisprudenza. Tale circostanza assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta, in quanto l'errore investe la portata applicativa dell'art. 9 c.p. L'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato dovuta alla mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale*».

2.3 LE INCERTE RAGIONI DELLA RAGIONE PANPUNITIVA

La scelta normativa solleva numerosi interrogativi: per la maternità surrogata *lo-dicono-tutti*? È davvero così? È davvero un crimine universale? E semmai non fosse così, semmai *non lo dicessero tutti*, la regola indigena, nel momento in cui smarrisce la sua ragione fondativa, continua ad essere valida ed applicabile? E qual è, per davvero, la ragione fondativa? La dignità del nato o la dignità della gestante? E la deriva clandestina, che il divieto potrebbe generare²², concorre alla tutela del nato o, invece, corre il rischio di mortificarla e veicolarla verso complicazioni giuridiche e processuali? Ancora: un crimine dichiarato universale, creato universale, ma non strutturalmente e assiologicamente universale, può imporre la sua disciplina? E questa eventuale imposizione ha profili di effettività, può cioè trovare sostanza, malgrado la dichiarata liceità che, laddove affermata, precluderebbe forme collaborative di tipo giudiziario²³? E, per concludere: una volta imposta la regola di presunta concordanza – e la presunzione sembra essere costruita nei termini di una presunzione *juris et de jure*, piuttosto che *juris tantum* - esiste un sindacato di ragionevolezza della scelta positiva di cui se ne avverta, eventualmente, l'incongruenza? la ragione fondativa può legarsi ad una scelta irragionevole e indiscutibile del legislatore nazionale, senza che vi sia una qualche forma di controllo?

A questi e ad altri interrogativi, positivi e metapositivi (naturalmente ne restano molti altri, quanto alla coerenza interna di profili edittali sbilanciati verso la sanzione economica, quasi a testimoniare il desiderio di punire un reato predatorio, legato all'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità, più che a istanze solidaristiche²⁴; la blandizia edittale personale, espressiva di un reato bagattellare, piuttosto

22 In un articolo di Paola Gervasio, dello scorso aprile, si riporta il dato della agenzia di ricerca Global Market Insights, secondo il quale l'industria globale della gestazione per altri è cresciuta fino a raggiungere una cifra di 14 miliardi di dollari nel 2022. Entro il 2032, si prevede che tale cifra salirà a 129 miliardi di dollari.

23 La sensazione di un diritto penale simbolico, già evidenziata da Marco Pelissero, è condivisa da G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 82.

24 Osserva in proposito M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge N. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in «Sist. pen» online (29.06.2021), 8-9, come «il minimo della pena è ben dodici volte superiore al valore massimo che la pena della multa, per disposto generale, può assumere (art. 24 c.p.): il legislatore è libero di derogare a questo limite, ma è una deroga che si giustifica nei reati espressivi della criminalità del profitto».

che di un crimine a presidio di un alto valore sociale; dal *meno* al *più* e al *troppo*, vale a dire la possibile deriva punitiva in relazione a fattispecie derivate, quali le false dichiarazioni ex 495 cp o alterazioni di stato ex 567 cp, etc.)²⁵, si aggiungono ulteriori interrogativi, legati alla idea che il nuovo reato intende esprimere, la modernità etica di una decisione positiva che solleva punti di vista differenti.

Fra i tanti, legati alla visione biologica di famiglia e di procreazione, alla effettiva laicità di una opzione che non nasconde fastidio se non verso loro, certamente verso le loro decisioni, quelle cioè riconducibili a coppie del medesimo sesso²⁶, nondimeno la *nuance* moraleggiante che trapela nella lettura “turistica” di un fenomeno complesso, infine l’opportunità, la convenienza direi, di affidare al diritto penale simbolico la cura “paternalistica”²⁷ di un fenomeno complesso ipotecato da una ansia criminogena che non gioverebbe all’interesse del minore²⁸, fra i tanti interrogativi, si dice-

25 Su queste ultime fattispecie si sofferma E. La Rosa, nella voce *Maternità surrogata*, in «Diritto on line» (2017).

26 È questa, peraltro, la acuta osservazione di S. Niccolai, nella relazione conclusiva al volume S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., nel saggio *Diamo alla maternità quel che le spetta*, a pagina 211, così scrive: «È l’identità di sesso tra i genitori (il fatto che abbiano lo stesso sesso) e non come è nato il bambino a urtare il nostro ordinamento dello stato civile».

27 Così M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 7. È interessante evidenziare come nel volume già citato, curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, *Per l’abolizione della maternità surrogata*, il saggio di R. Klein, *Strategie per fermare la maternità surrogata internazionale: oltre la trappola della compassione*, alle pagine 223 ss. elenca una serie di ipotesi strategiche per combattere la maternità surrogata, ben sette, fra le quali non è contemplata la creazione di fattispecie criminalizzatrici. Al contrario, nella parte finale del volume è presente la Convenzione femminista per l’abolizione della maternità surrogata, redatta dalla ICASM dove, agli articoli 8, 9, 10 e 11, si immagina, a previsione di fattispecie penali (che però non sembrano colpire la madre gestante), una giurisdizione universale e collaborazioni procedurali fino all’ipotesi della estradizione.

28 Analoga considerazione è sviluppata, proprio a commento delle proposte di legge qui analizzate, da G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limits*, in «Sist. pen.» online (15.05.2023), 8: «Se l’interesse del minore non è assoluto (tanto da non giustificare di per sé il riconoscimento della genitorialità intenzionale), in ogni caso, prevale rispetto alla pur legittima finalità di disincentivazione del ricorso alla surrogazione di maternità. Il bilanciamento, pur necessario, non deve mai tradursi in una soluzione che non assicuri la piena tutela del minore, obiettivo che – secondo la Corte Costituzionale – non può essere soddisfatto nemmeno dalle ipotesi dell’adozione in casi particolari (c.d. ‘non legittimante’), prevista dall’art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Nel caso la TFA abbia successo, rispetto a questa esigenza la punizione del genitore intenzionale appare davvero disfunzionale. È un dato di realismo considerare che la sovrapposizione tra una vicenda riproduttiva così peculiare e l’accusa se non la condanna in sede penale della coppia o del committente costituisce un fattore di aggravamento del rischio di sequele negative a carico del figlio di intenzione. Detto un po’ rozzamente, che un figlio possa essere consi-

va – affidati come sempre a migliori approfondimenti²⁹ – ci piace lasciare emergere un particolare aspetto, già analizzato in altre fugaci riflessioni.

3. DAL PAROCHIALISM ANTROPOCENTRICO AL NO SURROGATO

La politica punitiva si conferma espressione di una visione comprensibilmente egocentrica, ma qualsiasi legislatore, anche quello più autarchico, non sfugge ad una spiegazione di razionalità intimista che aiuti a misurarne e spiegare il senso e l'efficacia di una scelta altrimenti arbitraria. Come dire, dare un senso alle proprie decisioni, rivendicare le ragioni del proprio ragionamento. E, in questo vincolo raziocinante, spiegare, nei limiti del possibile, la scelta di non dare ingresso ai dubbi che già numerose Corti avevano, in più circostanze, avuto modo di evidenziare, come peraltro nella stessa ordinanza di rimessione alla recente sentenza delle Sezioni Unite: pur ribadendo la centralità dell'interesse del minore *«a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale»* *«(i)l bilanciamento tra i diritti del bambino e la tutela della dignità della donna, secondo l'interpretazione proposta dalla Prima Sezione, non andrebbe fatto in astratto, ma dovrebbe tener conto del singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza, considerando anche la multiforme realtà della surrogazione. In quest'ambito, anche la natura dell'accordo di surrogazione dovrebbe essere soggetta a specifica verifica, dovendosi accertare se la gestazione per altri sia frutto di scelta libera e consapevole e non di necessità economiche, se l'accordo sia stato realizzato nel rispetto delle prescrizioni legali del Paese estero, se ci sia un legame genetico con uno dei genitori. In particolare, l'ordinanza sottolinea che la donna che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà sarebbe*

derato 'corpo del reato'. Se tra le ragioni spesso addotte a sostegno della incriminazione della maternità surrogata si spendono i 'danni psichici ed esistenziali' a carico del figlio, che, in realtà, sono privi di un chiaro e riconosciuto fondamento empirico, a maggior ragione il rischio ampiamente validato dalle scienze pediatriche di vittimizzazione secondaria del figlio di un imputato dovrebbero imporre il massimo self restraint».

29 Fra i tanti quello di M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge N. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, cit.

in una condizione che può essere considerata non lesiva della sua dignità quando alla base vi sia una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».

L'ordinanza sembra interrogarsi su un punto, che non è sfuggito alla attenzione della Corte, né alle ragioni della riforma: la gestazione per altri può, a determinate condizioni, consentire di superare il carattere invalicabile di limite di ordine pubblico così come disegnato nel 2019 dalle Sezioni Unite, valutando caso per caso anche la tipologia di accordo gestazionale?

L'ultimissimo arresto – come si è evidenziato – sostiene di no: si perviene alla affermazione della non trascrivibilità automatica del rapporto di filiazione con il genitore di elezione (altrove definitivo “committente privo di legame biologico con il bambino”) e in ciò si esprime «*la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale*» (punto 21.1.).

“Spesso”: le Sezioni unite conoscono, ovviamente, il senso dell'avverbio, ma non vi danno peso, almeno non un peso dogmatico, e con loro il nuovo legislatore, il quale, consapevole delle difficoltà di scrutinare i singoli casi, muovendo dal dato esperienziale di pratiche mercatali in territori dove la fragilità della donna si offre a insopportabili sfruttamenti³⁰,

30 L'India, la Thailandia e il Nepal sono i paesi dove si registrano condizioni di sfruttamento, forse ora trasferite in paesi come l'Ucraina e la Russia: così M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in «Questione Giustizia» (2019), il quale sottolinea come tutti e tre i paesi abbiano poi chiuso la GPA agli stranieri. Sulla maternità surrogata in India si veda R. Banerji, *Come Oprah ha promosso il mercato globale della maternità surrogata in India*, in J. Devillers, A.L. Stoicea-Deran (a cura di), *Per l'abolizione della maternità surrogata*, 93 ss.

La particolare condizione dell'Ucraina, afflitta dal conflitto in atto, è resa evidente nel riferimento contenuto nella recente Risoluzione del Parlamento europeo del 05.05.2022 sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP) risoluzione P9_TA(2022)0206) che, nella più ampia tematica della difficile condizione femminile nel contesto di guerra, si sofferma proprio sul fenomeno della maternità surrogata.

La condizione di sfruttamento che sottintende l'adesione alle pratiche di maternità surrogata non è revocata in dubbio nei numerosi saggi raccolti nel volume curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., nel quale sono presenti numerosi contributi, accumulati dalla convinta e invincibile avversione alla maternità surrogata, e fra i tanti segnaliamo quelli che evidenziano la geografia della maternità surrogata nei paesi in cui si registrano condizioni di povertà ed emarginazione: M.J Devillers, *La geografia della maternità surrogata*, 43 ss.; Y. Yanagihara, *Un "racconto dell'ancella" in Asia orientale: contratti di gravidanza precedenti alla moderna maternità surrogata*, 54 ss.

costruisce una presunzione assoluta e invincibile: per decisione normativa *spesso* equivale a *sempre*, a prescindere dai casi e dalle situazioni, e dunque *spesso* significa performare un *sì* e renderlo un *no*.

La leggerezza dell'avverbio "spesso" si traduce nel peso dell'avverbio "sempre". Una presunzione, per intenderci, invincibile, indiscutibile dove *spesso* vale come *sempre* e, per converso, stando alle ragioni motive che le norme si premurano di premettere alla disciplina normativa, attraverso anche il richiamo alle fonti internazionali, il *si* vale come *no*, dal momento che il *si*, *spesso* costretto, si presume *sempre* costretto.

Non è la prima volta, né probabilmente l'ultima, che il sistema ricorre alla tecnica delle decisioni performanti, chiamate a dare stabilità al sistema e preservarlo da dubbi e consequenziali complicazioni accertative: piuttosto che esporre la materia ad un sindacato *volta-per-volta*, appare preferibile, più comodo, stabilire una regola, renderla indifferente alla sua ragione fondativa, e pretendere *sempre* l'applicazione. Il contesto si sottrae al dibattito e la parola ne sottintende la complessità: il consenso a meno di 14 anni non è *mai* un consenso; il mancato soccorso ad un minore di anni 10 è *sempre* una omissione penalisticamente rilevante; un ubriaco volontario è *sempre* capace di intendere e volere, tanto quanto un ubriaco involontario non lo è *mai*, e così di seguito in una serie di costruzioni salvifiche, per il sistema punitivo. *Mai* e *sempre* disegnano un apparato di certezze, che stratifica una costruzione giuridica e la dispensa dal confronto con il caso-concreto

Ora, qui, la regola è che il consenso non vale mai. Come già altrove, nel complicato discernimento dei diritti disponibili, il perimetro di illiceità degli atti di disposizione del corpo, nel rinvio ai limiti imposti dall'art. 5 c.c., e nel divieto «*quando*» – tali atti di disposizione – «*cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*», finisce per inglobare anche il consenso alla surrogazione della maternità³¹.

31 Oltre l'art. 5 del codice civile vi sarebbe – nell'opinione di V. Pazè, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Giuffrè 2023, 173 – l'art.3 della Carta di Nizza il cui articolo 3 stabilisce limiti alla violazione della integrità fisica e psichica, ma aggiunge la necessità di un «*consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*» e «*il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*». Trattandosi di una pratica violenta, e addirittura rischiosa per la vita, resta evidente – muovendo da questo presupposto – l'invalidità del consenso nell'opinione di M.J Devillers, A.L. Stoicea-Deran, nella *Introduzione* all'edizione italiana *L'abolizione della GPA, una lotta femminista*, nel volume S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 13.

Qui, in questo particolare settore dei rapporti umani, non fa differenza, il consenso della donna è sempre invalido, anche se non vi è sfruttamento, anche se non vi è commercializzazione, anche se l'intento filantropico, amicale, parentale potrebbe essere la ragione specifica del consenso alla ospitalità surrogante, in un *qui* e in un *altrove* dove la volontà della donna si offre alla *altrui* determinazione³², e la validità della volontà è decisa dalla norma: si pensi alla improbabile, ma non impossibile, ipotesi che una cugina canadese decida di vivere una gravidanza per conto di altri, senza alcun intento di lucro, e ciononostante sia attratta nella previsione punitiva della legge³³. La ragione generale conta più di quella speciale. E

32 In un bel saggio di M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., si evidenzia come la gestazione per altri sia un fenomeno variegato, che si offre ad almeno tre differenti ipotesi: la prima, quella di una donna gestante che *vuole essere madre* mentre la madre genetica *non vuole essere madre*, siamo cioè nell'ambito di una PMA eterologa *ex latere matris*, consentita anche nel nostro ordinamento a seguito della sentenza costituzionale n. 162 del 2014; la seconda, quella in cui la donna gestante *non vuole essere madre* del bambino, mentre la madre genetica *vuole essere madre*, con trasferimento nella gestante di un embrione già formato con gameti provenienti dalla coppia di genitori, e siamo nell'ambito della maternità surrogata punita dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004; infine la terza ipotesi, quella cd. "ROPA", dove entrambe le donne *vogliono essere madri*. La medesima vicenda – così conclude l'Autore – si offre ad una diversa valutazione a seconda della *volontà delle due donne*, nel primo caso la fattispecie è perfettamente legittima per l'ordinamento, nel secondo caso è penalmente sanzionata, nel terzo caso è sanzionata in via amministrativa, il che vale a significare come il giudizio sulla scissione delle figure materne muti radicalmente a seconda della intenzione delle donne, a sottolineare l'importanza cruciale che in questa materia assume *la volontà* delle donne coinvolte

33 Si tratterebbe, nella acuta obiezione di V. Pazé, *Due o tre cose sulla maternità surrogata*, articolo del 06.06.2023 sulla rivista «Il Mulino», di una eventualità quasi cinematografica («*Quello della donna che si offre di soccorrere una sorella o un amico gay si presenta (quasi) solo nei film. Nella realtà si tratta di un rapporto giuridico mediato da un contratto tra soggetti privati*»). In termini più articolati, il pensiero dell'Autrice è spiegato nel volume *Libertà in vendita*, cit. La finzione giuridica del dono, l'esistenza cioè né più né meno che di una finzione, è anche nel pensiero di E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 20. Di tutt'altro avviso, ci pare, G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 78. Di casi limitatissimi parla F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 33: solo per questi casi, come detto, limitatissimi, non vi sarebbe la violazione delle condizioni di libertà, altrimenti connesse alla mercificazione e sfruttamento economico del corpo femminile camuffate nella "retorica del dono". "favola bella" e "favola brutta" sono le due letture di un medesimo fenomeno che conosce verità di mezzo, come ci ricorda C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell' "incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 133-134: brutta, bruttis-

la disposizione del proprio utero, l'affitto come la ospitalità gratuita, non sono consentiti, essendo – per presunzione invincibile – tale consenso viziato ed insincero; non libero, presuntivamente costretto dalla necessità.

Naturalmente il legislatore resta libero di costruire tutte le presunzioni che ritiene necessarie. *Parochialism* antropocentrico, o forse meglio, *parochialism* statualcentrico, il che vale quanto dire disegnare una pervasività punitiva a prescindere dalla visione universale o meno del bene giuridico in protezione. E il tema è così complesso da aprire la riflessione a dubbi più che certezze.

Ad alimentare i primi, sperando di dare ingresso alle seconde, proviamo a segnalare tre particolari aspetti.

4. LA TENDENZIALE RIVOLTA ALLE PRESUNZIONI

Il sistema non ama molto le presunzioni, sebbene ne riconosca la legittimità, forse meglio la saltuaria necessità. Il sistema giuridico ne fa uso, ma sempre più spesso si avverte il desiderio di rivisitarne la forza cogente.

Solo per restare a talune più recenti correzioni ad opera della Consulta, in questa direzione si muove la sentenza che ha corretta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia trasformandola in presunzione relativa³⁴; la sentenza costituzionale,

sima la pratica commerciale – una sorta di schiavismo disumanizzante -, quella altruista è giudicata, in una lente telescopica, non parimente esente da rischi, almeno nella prospettiva del nascituro. Di somiglianza con pratiche di tratta dei bambini parla anche D. Rosani, *L'equilibrio dell'ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore*, ivi, 178. Nel volume curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., la convinzione che si tratti di una finzione di consenso traspare in numerosi saggi: di *retorica dell'aiuto* parla S. Guerini, nella *Introduzione alla edizione italiana*, a pagina 25 del volume. Ancora più severo il giudizio di G. Corea, nei termini di *libertà spazzatura*, da cui poi il titolo del suo saggio nel medesimo volume (*Libertà spazzatura*), alle pagine 39 e ss., la quale estende analogo giudizio alla pratica della prostituzione, giudicata anch'esso un crimine contro le donne. Di *presunto altruismo* parla anche A. Clément-Saby, *Maternità surrogata: una nuova versione dei miti patriarcali sulla riproduzione*, a pag. 82.

34 Corte costituzionale n. 253/2019, Pres. Lattanzi, Red. Zanon ha dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen. nella parte in cui non prevede che anche i condannati per reati ostativi che non abbiano collaborato con la giustizia possano accedere ai permessi premio, qualora siano stati in concreto acquisiti «*elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*». In tale pronuncia la Consulta non è mancata di ribadire quanto già affermato nella sentenza Corte costituzionale n. 57/2013, § 4.2, l'idea cioè che le presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali si pongono in contrasto con

quanto alla illegittimità di presunzioni assolute di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere, fondate sul titolo del reato in contestazione, quando non corrispondano all'*id quod plerumque accidit*³⁵. E' di pochi mesi fa la ordinanza n. 97 del 2021, all'esito dell'udienza del 15.04.2021 e depositata l'11.05.2021, con la quale la Corte costituzionale, nell'affidare al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia e riservandosi di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni eventualmente assunte³⁶, ha avuto modo di affermare che «*non è affatto irragionevole presumere dalla mancata collaborazione il mantenimento di legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza (fortemente radicata nel territorio, caratterizzata da una fitta rete di collegamenti personali, dotata di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo) a condizione, tuttavia, si tratti di presunzione relativa superabile da prova contraria (consistente in congrui e specifici elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il rischio del loro futuro ripristino e, comunque, non riducibili alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al percorso rieducativo o a una soltanto dichiarata dissociazione) rimessa alla valutazione del tribunale di sorveglianza*»³⁷. E, ancora più recente, in

l'art. 3 Cost. laddove siano arbitrarie e irrazionali, ossia non rispondano a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». Per un commento alla pronuncia si veda S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in: «Sist. pen.» online (28.01.2020).

35 Corte costituzionale n. 331/2011, Pres. Quaranta, Rel. Frigo. La censura ha investito la disciplina della immigrazione, in particolare dalla norma sostanziale – il comma 3 dell'art. 12 del T.U. immigrazione – la derivata norma processuale, contenuta nel successivo comma 4-bis, che stabiliva che, laddove sussistenti gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, dovesse essere applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che non fossero acquisiti elementi dai quali risultasse l'inesistenza di esigenze cautelari. La sentenza è annotata da G. Leo, in «Diritto penale contemporaneo» online (16.12.2011).

36 La questione ha ad oggetto la legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, 58-ter della legge 26.07.1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), e dell'art. 2 del decreto-legge 13.05.1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa) convertito, con modificazioni, nella legge 12.07.1991, n. 203, sollevato dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, con ordinanza del 03.06.2020, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost. con riguardo all'art. 3 della CEDU, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste che non abbia collaborato con la giustizia.

37 Per un breve commento D. Piva, *Sulla illegittimità della presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano non collaborante ai fini dell'ottenimento del beneficio della liberazione condizio-*

tutt'altro settore, sulla scia della sentenza n. 139 del 2010³⁸, nel superamento della logica delle presunzioni invincibili, la Consulta ha estesa la censura di irragionevolezza all'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui ricomprende anche la condanna per il reato di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stupefacenti, laddove presume che coloro i quali siano stati condannati in via definitiva per fatti di spaccio «di lieve entità», quand'anche aggravati ai sensi dell'art. 80 t.u. stupefacenti, superino i limiti di reddito per accedere al patrocinio a spese dello Stato³⁹. Infine, di appena qualche mese fa, la sentenza n. 10 del 31.01.2023, con la quale la Corte costituzionale, seppure dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 32, primo comma, numero 2), del Dpr n. 600/1973, nella parte in cui pone la presunzione per la quale i prelevamenti sul conto corrente, se non risultano dalle scritture contabili, sono considerati ricavi dell'imprenditore commerciale, salvo che ne sia indicato il beneficiario, fa salva la disposizione, purché sia interpretata alla luce della Costituzione. E cioè, se da una parte si afferma la non manifesta irragionevolezza della “doppia presunzione”, che dai prelevamenti bancari ingiustificati, eseguiti dall'imprenditore, inferisce costi e ricavi occulti, d'altra parte, l'interpretazione costituzionalmente orientata richiede che il contribuente imprenditore possa sempre articolare la prova contraria presuntiva e, in particolare, eccepire l' «*incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati*» (sentenza n. 225/2005) affinché la presunzione in esame risulti compatibile anche con il principio di capacità contributiva (articolo 53, primo comma, Costituzione).

Id quod plerumque accidit: il sintagma traduce il senso delle riflessioni costituzionali, le presunzioni si offrono ad una verifica interna ed esterna.

nale - Corte cost. ord. 97 del 2021, in «AP» online (2021).

38 Che aveva già dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma censurata – l'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002 aveva circoscritto le condizioni generali per l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, prevedendo che il reddito «*si ritiene superiore ai limiti previsti*» a fronte di un'intervenuta condanna definitiva dell'interessato, relativa a un diverso processo anteriore, per i reati ivi elencati – laddove poneva una presunzione assoluta a carico dei soggetti condannati in via definitiva per i reati ostativi di superamento dei limiti di reddito – riconoscendo la irragionevolezza della portata assoluta della presunzione, in particolare, per la sua ampiezza, in quanto: a) non distingueva, all'interno dei soggetti condannati per reati in materia di criminalità organizzata, tra i capi e i gregari delle organizzazioni criminali; b) non aveva limiti di tempo; c) non consentiva di considerare l'eventuale percorso rieducativo seguito dal soggetto successivamente alla condanna, financo nell'ipotesi di riabilitazione dello stesso; d) precludeva, per l'effetto, l'accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato anche in processi diversi da quello penale.

39 Corte costituzionale, n. 223/2022, Presidente: Sciarra - Redattore: Amoroso.

Trovano fondamento in una ragione generale, nella stratificazione di regole di concordanza che ne abbiano guidato e consentita la costruzione; nondimeno non devono rendersi impermeabili ad un *second best*, alla cioè verifica a che, quelle originarie ragioni fondative, non siano smentite dal caso concreto, da una possibile, e mai negabile, *ricontrollo* di concordanza fra l'astrazione, di cui la regola è portatrice, e la disciplina del caso concreto⁴⁰.

La giusta certezza dell'astrazione rinvia alla giusta verifica del caso concreto.

5. L'INDIGNAZIONE SELETTIVA

La tecnica legislativa delle presunzioni non sempre piace a chi scrive e non sempre lascia indifferenti chi usa ciò che altri scrivono: a non considerare le citate rivolte antipresuntive (nei vari settori del diritto penale: ordinamento penitenziario, incapacità, pericolosità, etc.), e a restare al solo tema che ci occupa, va evidenziato come in un passaggio della citata sentenza a sezioni Unite del 2022 emerga esattamente una *sussurrata* rivolta antipresuntiva: «*il riconoscimento della genitorialità – si legge al punto 21.3 – non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico*” e «(1)*’instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del*

40 Nelle posizioni che dubitano della libertà di scelta delle donne che accettano di aderire alla pratica surrogata viene, talvolta, usato l'argomento della fragilità del consenso dei lavoratori, la cui tutela sindacale è irrinunciabile in ragione delle condizioni asimmetriche in cui la libertà verrebbe esercitata. Qui, in questo particolare settore di vulnerabilità della autodeterminazione, capita che il prestatore di lavoro sia garantito dall'esterno, impedendo la rinuncia ai suoi diritti, o – per restare nella materia penalistica – costruendo una procedibilità necessaria, non a querela, per evitare l'imbarazzo di una rinuncia non libera all'iniziativa penale contro il proprio datore di lavoro. L'intelligente parallelismo – presente, fra gli altri, in V.Pazè, *Libertà in vendita*, cit., 175, e *passim*– coglie la complessità del tema, ma non rende ragione di alcune, e non poco significative, differenze: la tutela del lavoratore, di quel lavoratore rinunciatario, è una forma di tutela della comunità dei lavoratori, inoltre l'eventuale accordo sindacale, anche remissivo rispetto ad alcune posizioni soggettive, che cioè rinunci ad alcune garanzie o privilegi acquisiti, è pur sempre possibile a condizione che sia adottato con particolari cautele (ad es. nelle forme della conciliazione giudiziale) che rendano evidente la libertà del consenso, in un controllo *ex post* dell'accordo sindacale. In sostanza il consenso, quando non è affidato ad una ragione di sistema, viene offerto ad un *second best*, che conosce la presenza di un terzo giudicante che superi la presunzione di “servitù volontaria” che altrimenti, quasi certamente, governerebbe gli accordi fra contraenti in posizione di disequilibrio. E quanto alla procedibilità, d'ufficio anziché a querela, la garanzia è in fondo affidata alla verificata dell'Autorità, precedente prima, giudicante poi, chiamati a discutere e ridiscutere (ancora una volta, in *first* e in *second best*) la veridicità della notizia criminis.

miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale».

La Corte sta discutendo della trascrizione automatica del provvedimento giudiziario straniero e, nel proprio ragionamento, perviene ad auspicare una valutazione non automatica del riconoscimento familiare, laddove non preceduta da una analisi *caso-per-caso*, che analizzi e rifletta sull'interesse del minore⁴¹.

Breve: il fastidio verso le presunzioni – che appartiene alla linea evolutiva del sistema penale – vale per l'interesse del neonata/neonato, ma, nel medesimo contesto argomentativo, non ci si avvede di aver fatto valere per la donna ciò che non vale per il neonato, avere cioè costruita una presunzione, per di più invincibile, avendo nel contempo pensato di demolirne un'altra. Sempre o spesso, alla bisogna.

6. QUELLO CHE LE DONNE NON DICONO (E SE DICONO NON VALE)

Sarà un caso, ma la costruzione del dissenso malgrado il consenso, abita spesso, molto spesso, l'universo femminile. Le presunzioni, fastidiose ma necessarie, trovano espressione nei contesti di vulnerabilità o fragilità dell'io narrante-decidente, quasi sempre singolarmente femminile, al quale, in virtù della propria condizione, non si accredita la capacità di esprimere la propria volontà.

È valso un tempo non troppo lontano, per la donna che decideva di interrompere la *propria* gravidanza; vale, ancora oggi, per la donna che decide, *liberamente*, di offrire le proprie prestazioni sessuali⁴², vale ora e

41 Solo poche settimane fa il Parlamento europeo ha censurato il Governo italiano per la recente circolare del Ministero degli Interni che ha bloccato le registrazioni all'anagrafe dei figli di coppie gay o omogenitoriali nati da madre surrogata. Ed è di qualche giorno fa la decisione CEDU che, successiva a quella che invece aveva sostenuto che lo Stato non fosse obbligato a dovere procedere alla trascrizione automatica all'anagrafe dei figli che nascono con la maternità surrogata, ha condannato l'Italia per non aver consentito il riconoscimento di una bimba nata da maternità surrogata: alla bimba, nata in Ucraina nel 2019 con maternità surrogata da una coppia eterosessuale, era stato negato il riconoscimento legale del rapporto di filiazione, facendo di lei un'apolide.

42 L'avverbio traduce, ovviamente, il punto di dissenso rispetto a chi, invece, ritiene che la pro-

varrà ancora di più – stando almeno alle ipotesi progettuali – per la donna che decide, anche se *liberamente*, di lasciare ospitare nel proprio corpo una gravidanza surrogata.

Vendere, svendere, affittare, mercificare, le parole traducono la surrogazione del consenso, a costo di rendere il no, sostitutivo del sì, una finzione di dissenso, del tutto incongruente con le condizioni del caso.

L'esperienza penalistica conosce già il tormento epistemico di un consenso al cui riconoscimento si è preferita la ricerca, fastidiosa e inappropriata, di un mancato dissenso, quasi che esso, il consenso, possa essere presunto dalla mancata e plateale manifestazione di dissenso⁴³. Sotto un altro aspetto, e in epoche meno recenti, la surrogazione del no è stata *finalmente* sostituita dalla percezione di un sì, che la donna si riteneva non potesse esprimere e che ora, *finalmente* – in un *finalmente* dal sapore melodrammatico – viene riconosciuto nella sua autodeterminazione, rendendo possibile pensare la donna come capace di acconsentire ad affiliazioni un tempo impensabili. Non è trascorso moltissimo tempo da alcune patriarcali affermazioni secondo cui le donne sarebbero incapaci di assumere «ai giorni nostri una tale emancipazione e autorevolezza da svincolarsi dal ruolo subalterno»⁴⁴e, tuttavia, in questo lento cammino di riconoscimento della

stituzione (e ci pare anche la pornografia, così nel saggio sotto citato l'*Introduzione*, 10) sia sempre una forma di “servitù volontaria” che non rappresenti la effettiva volontà di colei (o, perché no, colui) che esprima il consenso, viziato da condizioni di partenza che la/o renderebbero non libero e non consapevole. Questa linea di pensiero è di recente presente nel saggio di V. Pazè, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Milano 2023, in più parti del suo interessante saggio monografico. Il tema della prostituzione è trattato nelle pagine 53 ss. I *parallelismi* fra i due fenomeni, prostituzione e maternità surrogata, sono indagati da M. Farley, *Maternità surrogata e prostituzione. I parallelismi*, in M.J Devillers, A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., 156 ss.

43 Nella numerosa letteratura in argomento, segnaliamo il recente saggio di E. Biaggioni, pubblicato su «Sist. pen.» online (24.11.2020), dal titolo *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, in particolare, 6 ss. In argomento l'interessante saggio di D. Falcinelli, *Il senso del diritto penale per la donna. Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile alla protezione penale della maternità*, in «AP» (2020), 7

44 Una celebre e non inosservata sentenza del tribunale di Palermo del 1983 sembra risentire esattamente dello stereotipo della cosiddetta *innocenza ontologica* – così la chiama A. Bellardita, *La mafia, le donne e le disparità di genere nel Mezzogiorno*, in «MicroMega» online (14.03.2022) – la quale sembra condizionare la visione giudiziaria dei fenomeni malavitosi, tanto che nel 1989 era stato aperto un solo procedimento nei confronti di una donna per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso. Sei anni dopo sono diventati 89. «Non si è verificato un reale aumento del numero di donne imputabili del reato associativo previsto dal 416 bis», ma «semplicemente è mutato l'atteggiamento dei magistrati verso il mondo femminile mafioso». «Risale solo al 1999 la prima sentenza

libertà delle donne, si è infine convenuto come la *banalità malavitosa* del consenso femminile sottintenda, o possa sottintendere, una libertà di pensiero che riconosce le donne capaci di consenso, tanto quanto, e qui davvero *finalmente*, capaci di dissenso. Per quanto paradossale, il mutamento ne contiene un altro: l'*envers du décor*, è questa la vera, autentica, giravolta, la raggiunta uguaglianza e identità delle donne non è tanto, o comunque non solo, nel diritto alla cattiveria, ma anche nel diritto alla rivolta che si lascia seguire, il diritto, cioè, alla dissociazione che muove dal riconoscimento dell'associazione, finalmente distratto da logiche di alterità che falsano la percezione dell'identità di genere. A chi non concedeva loro il diritto di *far-parte*, ma solo quello di *essere-parte*, le donne sanno ora opporre il diritto di esistere *in-disparte*, ove l'emancipazione, quella vera, autentica, non è nella capacità di *entrare*, ma in quella di *uscire*, in una differente alterità dialettica che si allontana dallo schema maschio/femmina, visibili/invisibili, affiliate /non-affiliate, interne/esterne, e, nel nuovo schema dentro/fuori, si coniuga nella scelta di non-farne-parte, una volta che si sia state parte, o che si sia deciso di non farne-parte; nella scelta, dopo l'ossessione della invisibilità che governa il *dentro*, di esternare e rendere visibile il *fuori*, in forme che, altrove inimmaginabili, le donne sanno ora, più e meglio, gridare senza la paura che governa l'altrui dissociazione. Esserci, per poi non esserci più; o non esserci mai.

Non-sempre, spesso, talvolta: non importa quanto, fosse anche nei termini statistici del più sfumato *talvolta*, appartiene all'uno come all'altra, all'uomo come alla donna, la capacità di associarsi, non più solo di *consentire*, ma di *acconsentire* alla affiliazione, o, specularmente, di acconsentire alla dissociazione.

Negare la validità del consenso, disconoscerne l'esistenza, ha reso il ragionamento giuridico un po' meno ragionevole, pur nella sua apparente benevolenza. Per il sì come per il no, la diffidenza per il consenso assomiglia, è assomigliata, in qualche modo, alla diffidenza per il dissenso.

7. SPESSO, SEMPRE, TALVOLTA

S'intende: capita, può capitare, e perfino spesso, che un sì non sia un sì consapevole e la surrogazione del dissenso si renda necessaria dal

della Corte di Cassazione che dichiara esplicitamente l'imputabilità delle donne per 416 bis anche in assenza di una loro formale affiliazione».

contesto in cui il consenso è stato prestato. Capita, può capitare, e se capita la visione delle cose ci evidenzia come ciò avvenga, più spesso, per le donne, a causa di un retroterra patriarcale, di un vissuto stratificato nei tempi, di costrizioni subculturali ancora presenti e lentamente offerte ad un cambiamento ancora in via di completamento; di sofferenze umane ed economiche a cui riparo le donne sono costrette a *contrattualizzare* il proprio corpo e rendersi ubbidienti in una antica pedagogia della sudditanza⁴⁵. È possibile, e persino *spesso*, e la speranza è che *spesso* sia più distante dal *sempre*, e più vicino al *talvolta*.

Poco o tanto che sia, l'errore è – o semplicemente il *dubbio*, per quello che a noi pare – nel rendere la costruzione del dissenso invincibile, indisciplinata, surrogata. Convincersi che il consenso alla prostituzione sia sempre viziato⁴⁶, che il consenso alla surrogazione sia sempre costretto, o spiegato in forme al più monotone e ripetitive, comunque insincere⁴⁷, che la debolezza sia un dato antropologico (e la parola contiene una sfumatura alla quale non sapremmo porre rimedio), che, nel giuoco degli opposti, il dissenso sia un timido giuoco di assensi camuffati da un necessario pudore e da inevitabili esitazioni. O anche meno, che non vi sia modo di control-

45 Se si tratti davvero (e sempre) di una ubbidienza del sì, o se questo non costruisca una ubbidienza del no, resta il punto di domanda che ancora sollecita la riflessione di S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 231.

46 Affidiamo la complessità del dibattito al saggio e alle parole di T. Padovani, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità*, in «GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere» online (16.04.2020): «Nella prostituzione la situazione non è dissimile: se alla prestazione sessuale retribuita la persona viene costretta, la sua dignità viene calpestata. Ma se la scelta è libera (e la Corte stessa ammette che possa esserlo) la dignità può essere negata solo per pregiudizio e basata solo sull'effetto perverso di una discriminazione instaurata in realtà proprio dalla disciplina legale». Ancora: «Oggi, invece, la prostituzione viene esercitata secondo modalità assai diversificate che, in misura più o meno rilevante, introducono vere e proprie differenze di "status professionale". Prostituzione di strada, prostituzione in ambienti "riservati", alimentata con annunci di stampa e, soprattutto, telematici, prostituzione presso il domicilio del richiedente, prostituzione esercitata in forma discreta e relativamente saltuaria per soddisfare bisogni contingenti: le modalità di esercizio connotano una ben diversa condizione della persona dedita all'attività prostituzionale. I problemi sollevati dalla prostituzione di strada, che si collega per lo più alla tratta di esseri umani e rappresenta l'oggetto di un'impresa esercitata da pericolosissime organizzazioni criminali, non possono evidentemente essere quelli della prostituzione d'altissimo bordo, esercitata da "escort" ingaggiate tramite internet, per lo più del tutto autonome e lautamente retribuite per i loro servizi. Se nella prima è in gioco la tutela di diritti umani elementari, nella seconda si pone forse il solo problema di assicurare un trattamento normativo corrispondente all'attività svolta, che è indubbiamente quella di lavoro autonomo».

47 V. Pazè, *Libertà in vendita*, cit., 84.

lare, misurare⁴⁸, disciplinare il consenso⁴⁹ e così posizionarlo nel giusto equilibrio del *sempre* e del *mai*, in una salvaguardia preventiva della auto-determinazione che il *sempre* e il *mai* mettono in discussione⁵⁰.

Non è così, o non è sempre così, o *talvolta* potrebbe non essere così: il punto è esattamente questo *talvolta*, ciò che non sembra interessare alla legge, e che pure, qui⁵¹ come altrove⁵², si è intuito essere una possibilità

48 Nel bel saggio di S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 228, la misura della libertà femminile è esattamente ciò che l'Autrice intende contestare, l'idea cioè che una legge possa misurare ciò che invece appartiene, o dovrebbe appartenere, alle libertà universali, sfuggenti ad una dimensione personalistica e privatistica in cui viene confinata la scelta della maternità surrogata.

49 È questa – come leggiamo nel saggio di M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., – la scelta contenuta nel *Family Code* californiano, con legge entrata in vigore il 1° gennaio 2013 [California *Family Code*, Division XII: *Parent And Child Relationship*, Part 7. *Surrogacy And Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements For Gestational Carriers, And Oocyte Donations*, in: <https://leginfo.legislature.ca.gov>] dove si prevede che la manifestazione della volontà della gestante e dei genitori (anche dello stesso sesso; anche singoli) sia raccolta in un accordo («*Written Assisted Reproduction Agreement For Gestational Carriers*») che deve avere forma solenne e deve essere redatto con l'assistenza necessaria di un avvocato indipendente per parte (sec. 7962, lett. b); tale atto – ci ricorda sempre Gattuso – deve prevedere la copertura di tutte le spese mediche a cura dei genitori intenzionali, mentre nulla viene detto nella legge in ordine all'eventuale previsione di un ulteriore compenso, sicché in mancanza di un espresso divieto lo stesso deve intendersi lecito. Secondo la sec. 7962, lett. i, tale accordo non può essere risolto («*rescinded or revoked*») dalle parti, potendo essere dichiarato inefficace soltanto in forza di un provvedimento giurisdizionale. L'accordo viene sottoposto al controllo giurisdizionale, così prevenendo qualsiasi forma di conflittualità futura anche in relazione allo status filiationis: superate le presunzioni di concepimento, maternità e paternità, alla nascita del bambino, l'ufficiale di stato civile formerà il certificato di nascita conformemente alla *verità della filiazione* accertata nel provvedimento giurisdizionale.

La legislazione californiana, unitamente a molte altre, è analizzata da E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 16 ss.

50 Ci pare del tutto condivisibile il punto di vista in B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 94-95: il disconoscimento *tout court* della ammissibilità della volontà della donna contiene il rischio di «*accettare una costruzione inferiorizzante della capacità femminile*», renderla *soggetto debole* in ragione, in dispregio proprio della autonomia e dignità della donna.

51 Oltre alla già citate riflessioni contenute nella ordinanza di rimessione che ha poi portato al recente arresto delle Sezioni Unite, va evidenziato come in Italia – stando ad alcune recenti statistiche – circa il 15-20% delle coppie sono infertili ma non sterili, ovvero potenzialmente in grado di generare figli biologicamente propri, ma impossibilitati a condurre in seno alla propria famiglia una gravidanza. È un fenomeno che coinvolge non meno di due milioni di italiani. Numeri importanti che avevano spinto nel 2021 l'Associazione Luca Coscioni a depositare la proposta di legge del sulla gestazione per altri “solidale”, cioè portata avanti senza alcun compenso.

52 M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., ricorda come il primo caso di *surrogacy* gestazionale pervenuto alla attenzione di un giudice californiano (*Johnson c. Calvert*), si concluse nel 1993 con la decisione della Corte suprema della California, la quale assunse che non potesse ravvisarsi nella pratica *de qua* una *lesione della di-*

tutt'altro che impossibile, e senza neppure che contino più di tanto le ragioni del sì, altruistico o speculativo sul quale l'ingordigia del diritto penale non saprebbe interrogarsi⁵³.

Difficile, non vi è dubbio, ma non impossibile⁵⁴: c'è bisogno di ca-

gnità della donna quando la stessa fosse stata frutto di una sua libera scelta. La Corte esclude infatti che, nel caso sottoposto al suo esame, vi fosse stata «*coercizione, sfruttamento o disumanizzazione*» della gestante, ritenendo raggiunta la prova della sua libera e consapevole autodeterminazione, ritenendo che, l'argomento per cui una donna non potrebbe portare avanti una gravidanza per altre donne, sarebbe «*retaggio di quella impostazione giuridica e culturale che per secoli ha impedito alle donne di esercitare gli stessi diritti economici e di assumere gli stessi status, degli uomini*», essendo peraltro tale donna gestante pienamente titolare, fra l'altro, dei propri diritti, fra cui anche quello fondamentale di interrompere la gravidanza. La Corte statunitense prosegue il suo ragionamento negando che la *surrogacy* configuri una forma di *mercificazione dei bambini*, e affermando la necessità di dare rilievo, nel caso di doppia maternità, all'accertamento in concreto della effettiva volontà delle due donne, sin dal concepimento, di assumere il ruolo genitoriale, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la «*madre naturale*» del nato («*the natural mother*»).

53 Riportiamo per esteso il punto di vista di S. Nicolai, espresso da costituzionalista attenta osservatrice della dimensione punitiva, nel saggio, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 215: «*la legge n. 40 non è la fonte del divieto di surrogazione di maternità in Italia, è solo la fonte del reato di intermediazione commerciale in materia di surrogazione di maternità, e, pertanto, nella vigenza della legge n. 40 come anteriormente, il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate. Si tratta di accordi che, a mio giudizio e secondo intendimenti diffusi, sebbene non unanimi, sono illeciti ma non punibili (né coercibili), la cui realizzazione passa attraverso il parto anonimo da parte della donna, il riconoscimento del nato da parte del padre naturale e la sua adozione in casi particolari da parte della moglie (oggi: dell'unito civilmente) di quest'ultimo. Questo tipo di accordi non configurano reato, in particolare non configurano aggiramento della legge sull'adozione né alterazione di stato (data la presenza del padre naturale) e ritengo che possano essere considerati altrettante zone grigie lasciate all'autodeterminazione individuale nella prudente consapevolezza che non si può entrare nella sfera privata di una donna sindacando i motivi per cui rimane incinta, o la natura dei rapporti che la spingono a intraprendere una gravidanza. Un principio, questo secondo il quale il perché e di chi una donna rimane incinta è insindacabile e non è normabile, che sarebbe travolto dall'introduzione della surrogazione di maternità nel nostro Paese*».

54 La qualità del consenso dipende, ovviamente, anche da contesto in cui esso si perfeziona, il che spiega la particolare cautela che si esprime in punti di vista come quello espresso, di recente, dal Parlamento Europeo che ha ribadito la sua posizione nei confronti della pratica della maternità surrogata – già espressa nel 2015 – e ripetuta con particolare riferimento al conflitto bellico, attualmente in atto: fra i testi recentemente approvati dal Parlamento la risoluzione sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne, contiene al suo interno la posizione chiara del Parlamento nei confronti della maternità surrogata, accompagnata però da un “può” che esprime compiutamente il senso che la presente riflessione ha inteso evidenziare. Riportiamo testualmente il considerando V della risoluzione P9 TA(2022)0206, L'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP) e, a seguire il punto 13 e 14 di detta Risoluzione, con in grassetto il “può” che ci è parso di particolare interesse. Nel considerando V, si premette “che la legislazione ucraina consente la maternità surro-

pire, di ripetere, di contestualizzare, di valutare caso per caso⁵⁵ ed è possibile – come poterlo escludere – che il consenso dell’una non sia il consenso dell’altra, e dunque negare il consenso libero aiuti ad evitare la finzione che anima il consenso costretto – un po’ come l’obbligo della segretezza del voto, per garantire la libertà di tutti, ed evitare che la richiesta di segretezza fosse, come a suo tempo, sintomo di dissenso verso il regime – ma che dire poi del consenso libero, sincero, ragionato, spontaneo, di una donna non costretta ad essere libera, ma felice di essere libera, e che il diritto penale universale non riuscirebbe a distinguere, a comprendere, a valutare.

E quante volte – ed è una ultima domanda che affidiamo, anch’essa, a migliori riflessioni – in nome della propria felicità, occorre che Elisabeth Bennet ripeta il suo no, perché esso appaia per quello che voleva essere; e quante volte un *si* deve essere ripetuto perché appaia per quello che la donna intendeva sinceramente esprimere?

gata e che l’Ucraina rappresenta oltre un quarto del mercato mondiale in tale settore, con 2 000-2 500 neonati nati ogni anno attraverso la maternità surrogata nel paese; che, a causa della guerra, le madri surrogate incontrano grandi difficoltà nel portare avanti la gravidanza in condizioni favorevoli al loro benessere, nonché nell’accedere ai servizi sanitari durante la gravidanza, il parto e il puerperio; che alcune agenzie di maternità surrogata hanno chiesto alle madri surrogate di non fuggire dall’Ucraina prima della nascita; che i bambini appena nati sono particolarmente vulnerabili e che la guerra rende difficile per i genitori committenti assumere la potestà genitoriale e per le istituzioni pubbliche esercitare la tutela e garantire le cure in condizioni adeguate, ove necessari”; infine i punti 13 e 14: «13. condanna la pratica della maternità surrogata, che può esporre allo sfruttamento le donne di tutto il mondo, in particolare quelle più povere e in situazioni di vulnerabilità, come nel contesto della guerra; chiede che l’UE e i suoi Stati membri prestino particolare attenzione alla protezione delle madri surrogate durante la gravidanza, il parto e il puerperio e rispettino tutti i loro diritti nonché quelli dei neonati;”; “14. sottolinea le gravi ripercussioni della maternità surrogata sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute, le conseguenze negative per l’uguaglianza di genere nonché le sfide derivanti dalle implicazioni transfrontaliere di tale pratica, come è avvenuto nel caso delle donne e dei bambini colpiti dalla guerra contro l’Ucraina; chiede che l’UE e i suoi Stati membri analizzino le dimensioni di tale industria, il contesto socioeconomico e la situazione delle donne incinte, nonché le conseguenze per la loro salute fisica e mentale e per il benessere dei neonati; chiede l’introduzione di misure vincolanti volte a contrastare la maternità surrogata, tutelando i diritti delle donne e dei neonati».

55 Così anche L. Long, *Di madre non ce n’è una sola. Ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 155.

LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI

Beatrice Panattoni

Assegnista di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Verona

*La giurisprudenza (...) procede per singolarità,
prolungamenti di singolarità.*

Gilles Deleuze¹

1. IL MOMENTO CONSUMATIVO DEL REATO TRA PERFEZIONE ED ESAURIMENTO

L'individuazione del momento di consumazione del reato è uno dei temi in cui emerge con particolare evidenza la persistente tensione su cui si regge il rapporto dialettico tra fatto e norma penale, suscettibile di sbilanciarsi da un lato piuttosto che dall'altro a seconda del tenore che assumono analisi dottrinali o interpretazioni giurisprudenziali. Lo scontro, o, meglio, l'incontro che vuol trovare summa nel concetto di consumazione, nella declinazione che a breve si descriverà, è dunque tra la descrizione legale del tipo e il corso di realizzazione del fatto storico letto attraverso le lenti dell'offensività. La stretta legalità della norma, che vuol regolare e sussumere nei suoi certi confini il reale, si deve necessariamente relazionare con la forza strabordante della fattualità, che chiede di procedere per singolarità. La questione riguardante l'individuazione del momento consumativo si deve dunque inquadrare, soprattutto in quanto categoria di confine, in termini relazionali e non di scontro, cercando di valorizzare la ricerca di equilibrio tra ermeneutica e certezza del diritto, evitando che l'una prevalga sull'altra e viceversa².

1 G. Deleuze, *Pourparler. 1972-1990*, trad. it. di S. Verdicchio, Quodlibet 2000, 204.

2 Non si può che accennare al ricco dibattito sviluppatosi intorno alle questioni poste dal c.d. "diritto penale giurisprudenziale". Richiamando solamente i contributi monografici dedicati al tema, si

La consumazione del reato può definirsi quale “categoria di confine”. Guardando alla sua stessa denominazione, si fa riferimento al “momento consumativo del reato”, espressione che lega elementi della fattispecie concreta (i suoi “momenti”), ad elementi normativi, ossia all’*iter* criminoso per come descritto nella norma.

Per preservare questa dimensione dialettica all’interno della concettualizzazione del significato della categoria si ritiene che, tra le due concezioni che tradizionalmente si sono sviluppate in dottrina e giurisprudenza, una sia da preferire all’altra. Richiamando per brevi cenni i riferimenti di una tematica che richiederebbe una ben più ampia e dettagliata analisi, quando si tratta di individuare il momento di consumazione del reato, dobbiamo distinguere tra la teoria della c.d. consumazione «formale» e la teoria della c.d. consumazione «materiale»³.

La consumazione formale offre una definizione strettamente normativa della categoria, facendola coincidere con il momento in cui si verificano tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico, ossia il momento in

veda G. Fiandaca, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam 1997; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica 2008; O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè 2006; P. Pomanti, *La «riconoscibilità» della norma penale. Tra conformità al tipo e prevedibilità*, Edizioni scientifiche italiane 2019; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli 2019; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell’era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli 2022; A. Cadoppi, *Il «reato penale». Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Edizioni scientifiche italiane 2022; P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli 2022.

3 Per una recente ricostruzione delle teorie della consumazione formale e materiale si rimanda a S. Braschi, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Wolters Kluwer 2020; A. Aimi, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell’unità o pluralità di reato*, Giappichelli 2020, 2a ed., 187 ss.

cui il fatto coincide con la norma⁴. Nella «spirale ermeneutica»⁵ che vuol rappresentare il raffronto tra fatto e fattispecie, questa prima teoria, dal sapore primariamente tecnico-giuridico, tende a far prevalere la certezza del diritto tra i piatti della bilancia. Il confine normativo della tipicità rappresenta il punto di partenza e il punto di arrivo dell'analisi giuridica della fattispecie concreta.

La consumazione materiale, invece, propone di considerare il completamento fattuale della vicenda criminosa. In questo caso, quindi, l'approccio metodologico per attribuire significato alla categoria non è consequenziale (norma-fatto-norma⁶), ma fondato sulla contemporanea considerazione dei due termini dell'analisi. Non si parte e non si finisce, ma ci si muove nel fatto e nella norma, considerandoli assieme e cercando di integrarli⁷.

4 Nella manualistica si legge che il «*momento consumativo del reato*» si verifica quando «*il fatto concreto corrisponde interamente al modello legale delineato dalla norma incriminatrice presa in considerazione*». Così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli 2018, 7a ed., 475; ma, nello stesso senso, anche G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè 2023, 12a ed., 309 ss.; nonché, fuoriuscendo dalla manualistica, M. Romano, *Art. 158 (sub.) Commentario sistematico del codice penale*, III, Cedam 2011, 80 ss. Tale definizione si rifà alla teoria tradizionale della consumazione formale, fatta propria dal codice Rocco, secondo cui la «*consumazione*» individua un concetto unitario non scomponibile che corrisponde all'integrazione del *Tatbestand* delineato dal dato normativo. Sul punto si tornerà nel seguito dell'elaborato. Tra i riferimenti essenziali cfr. A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca 1913, 318 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1948, 413 ss.; S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè 1982, 160 ss.

5 Così W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann 1968, I, 104 ss. Per la traduzione in italiano, a cura di G. Carlizzi, cfr. *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Edizioni scientifiche italiane 2007.

6 La concezione formale di consumazione rimane ancora strettamente legata agli schemi del tradizionale «*sillogismo giuridico*», per cui «*il pendant giuridico di "Tutti gli uomini sono mortali. Socrate è un uomo. Socrate è mortale" sarebbe insomma "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno". Tizio ha cagionato la morte di Caio. Tizio è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*», così O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 9. La concezione formale della consumazione si concentra primariamente sulla struttura della premessa maggiore, ossia sulla norma. Sul superamento degli schemi formalizzanti della logica deduttiva e induttiva verso una forma di ragion pratica nell'ambito degli studi della filosofia del diritto cfr. *ivi*, 55 ss. e in particolare 67 ss.

7 L'operazione ermeneutica non si esaurisce nella «*sussunzione*» ma si articola nel rapporto tra fatto e «*qualificazioni*» possibili, tramite cui il fatto produce un caso, un frammento della vita suscettibile di avere rilevanza giuridica (cfr. A. Di Martino, *Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso»* (Case, Kasus), 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 University Press 2020, 248 ss.), con la sfida però di tener fermo l'obiettivo di elaborare

Seppur il nostro sistema si assesti tradizionalmente sul prevalente utilizzo della teoria della consumazione formale⁸, anch'essa, in quanto incentrata sulla fonte di sussunzione che intende il fatto quale fatto tipico, deve fare i conti con la da tempo denunciata «'crisi' della tipicità penale»⁹. Nel tentativo di mantenere un equilibrio tra il maggior rilievo acquisito dal fatto/caso concreto¹⁰, e il rispetto del principio di legalità, la teoria della consumazione materiale potrebbe offrire strumenti utili per valorizzare maggiormente la dimensione dialettica brevemente descritta in apertura. Su quest'ultima teoria ci si soffermerà quindi più nel dettaglio.

1.1 LA TEORIA DELLA CONSUMAZIONE «MATERIALE»

Nel tempo si è rilevato come la teoria della consumazione formale presenti alcune criticità, se intesa quale unica teoria in grado di offrire uni-

regole che siano adeguate «tanto al caso quanto all'ordinamento», (così M. Ferraris, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in J. Derrida - G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza 1998, 181). Sul punto cfr. anche, tra le più recenti *lectio magistralis*, F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2022), 975 ss., che, sottolineando la crisi dello schema sillogistico, evidenzia che il giudice non si limita né alla sussunzione né alla qualificazione, ma è «oggi regolarmente impegnato in un preliminare compito di invenzione della norma», distinguendo però tra un creazionismo derivante dal sistema multilivello delle fonti, un creazionismo derivante da una realtà sociale complessa o diversa da quella pensata nel momento di elaborazione della norma applicata, e un creazionismo nella determinazione delle fattispecie incriminatrici di parte speciale, che si presenta quale maggiormente problematico.

8 Autorevole dottrina ha sottolineato come la sola consumazione formale sarebbe compatibile con il principio di legalità. Così S. Prosdocimi, *Profili penali*, cit., 162.

9 Così evidenziato da A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè 1997, 527 ss., che conclude evidenziando il «passaggio dal diritto penale del "fatto" a quello della "fattispecie"», ossia sottolineando, anche attraverso il richiamo ad alcuni scritti di V. Orlandi (cfr. V. Orlandi, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?* in «Riv. it. dir. proc. pen.» (1996), 591), come «il diritto penale non è più in grado da solo di assolvere la funzione di limite ai poteri di investigazione dell'autorità giudiziaria. In questo senso, la crisi del modello che individua nelle fattispecie incriminatrici di formazione legale il limite al dovere giudiziario di punire si annuncia come la versione rinnovata di un problema antico: (...) 'il lento rifluire del corpus delicti del diritto penale sostanziale verso l'antico alveo del processo». La letteratura sulla crisi della tipicità è troppo ampia per poter essere ricostruita in questa sede: ci si limita quindi a richiamare, tra i contributi dottrinali più recenti, M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli 2019, 2a ed.

10 In questo senso cfr. A. Di Martino, *Dalla regola per il caso*, cit., 245, secondo cui «la regola di diritto diventa 'regola per il caso' perché, piuttosto che sussumerlo, crea il fatto, lo plasma affinché diventi un caso della regola».

formazione alla definizione di consumazione¹¹, dal momento che vincola alle rigide maglie proprie di una pura astrazione giuridica un ambito d'indagine che è invece profondamente condizionato dalla storicità dei fatti materiali. Il suo limite principale sta infatti nella difficoltà, di fronte alla moltitudine del reale, di cristallizzare un'unica nozione di consumazione, la cui ammissibilità è ostacolata dall'esistenza di determinate figure di protrazione del fatto, come accade con il reato permanente¹². Conseguentemente, è stata presa in considerazione, in particolare in sede applicativa, la diversa teoria della consumazione materiale, che fa comunque salvo il momento di consumazione formale, inserendolo però in più ampio quadro. Secondo gli autori che fanno propria tale posizione¹³ occorrerebbe distinguere la consumazione del reato in due momenti: il primo, di perfezione "formale", coinciderebbe con il momento in cui il reato è venuto ad esistere, verificandosi tutti i requisiti richiesti dalla fattispecie legale «nel loro contenuto minimo, necessario e sufficiente per l'esistenza del reato»; il secondo, di consumazione "materiale", coinciderebbe con il momento in cui il reato è venuto invece a cessare, «raggiungendo la sua massima gravità

11 Così S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit. 140 s., secondo cui «occorre abbandonare l'idea secondo cui con l'integrazione degli elementi essenziali del Tatbestand si conclude il "ciclo" del reato, essendo un prolungamento della consumazione ammissibile nei soli casi di reato permanente e abituale».

12 Tra i limiti più evidenti della teoria della consumazione formale figura la sua incompatibilità con la categoria del reato permanente, per cui non si spiegherebbe la previsione espressa di un diverso momento di decorrenza della prescrizione per i reati permanenti, secondo quanto disposto dall'art. 158 c.p., se l'ordinamento prevedesse un concetto unico di consumazione, né si spiegherebbe come, ormai, per consolidata prassi applicativa, la categoria del reato permanente non si limiti alle fattispecie incriminatrici delineate espressamente quali tali dal legislatore ma comprenda la più ampia categoria dei reati "eventualmente permanenti". Sul punto si veda G. Leone, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene 1933, 455 ss.; R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2001) 1, 137 ss. Allo stesso modo, l'opzione di limitare le ipotesi di protrazione della consumazione ai soli illeciti di durata previsti dalla legge negherebbe la possibilità di riconoscere reati "eventualmente" permanenti. Accolgono tale espressione T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè 2023, 13a ed., 324 ss.; M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Giappichelli 2015, 18a ed., 42. Contra invece F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Wolter Kluwer 2023, 12a ed., 440, secondo cui «più che di un'autonoma categoria di reati, tale espressione sembra indicare l'ovvia constatazione che l'offesa al bene giuridico può, in concreto, non esaurirsi in un solo atto offensivo».

13 Così F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 425 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*, Giuffrè 2007, 331 ss.; Id., *Tempus commissi delicti* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè 1992, 82 ss, rifacendosi alla distinzione di matrice tedesca tra *Vollendung* e *Beendigung*. Sulla teoria della consumazione materiale nel sistema tedesco cfr. A. Aimi, *Le fattispecie di durata*, cit., 196 ss.; S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 151 ss. e 198 ss.;

concreta», o, secondo altra formulazione, con il momento del «massimo approfondimento, in concreto, dell'offesa tipica all'interesse protetto»¹⁴. Si intendono così valorizzare le tracce economico-sociali dell'avveramento del reato, senza limitarsi alla sua “fotografia” normativa, ma estendendosi «fino al momento in cui si esaurisce la sua carica di illiceità»¹⁵. Con la “teoria della consumazione materiale” si intende quindi fare riferimento alla teoria che propone di inquadrare la categoria della consumazione entro il binomio perfezione-consumazione.

Risalendo agli insegnamenti della dottrina ottocentesca, già Carrara distingueva tra i concetti di «perfezione» ed «esaurimento» del reato¹⁶. La «perfezione», con cui si determinava il delitto nella sua natura di «ente giuridico», veniva identificata nella violazione dell'oggettività giuridica essenziale del reato, ossia nella violazione del diritto tutelato dal divieto posto dalla norma penale. L'«esaurimento» veniva invece fatto coincidere con il «raggiungimento dell'obiettività ideologica dell'agente»¹⁷, ossia con il momento in cui il delitto produceva «tutti gli effetti dannosi che erano conseguenza della violazione ed ai quali mirava l'agente, in modo che questi non potesse più impedire simili effetti»¹⁸. Tale secondo momento non riguardava il delitto quale «ente giuridico», bensì quale «ente di fatto». Seppur la teoria del reato esaurito sia stata nel tempo inevitabilmente abbandonata a causa dei margini d'incertezza che connotavano i concetti e i termini utilizzati per definirla¹⁹, la considerazione del reato quale ente

14 F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 425 ss.

15 D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Giapichelli 2000, 50.

16 F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena (1805-1888)*, par. 49 bis, Il Mulino 1993, 79 ss.; Id., *Studi sul delitto perfetto*, Canovetti 1879, 180 ss.; per il richiamo a tale dottrina in relazione ai reati a dolo specifico si veda L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Giuffrè 1993, 41 ss. (in particolare nota n. 148).

17 F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale* cit., 79.

18 *Ibidem*.

19 Si possono brevemente richiamare due questioni. Per quanto riguarda la prima questione, secondo parte della dottrina (A. Pagliaro, *Il reato*, cit., 331 ss.), con il riferimento alla «produzione di tutti gli effetti dannosi conseguenza della violazione» si arriverebbe ad indicare sotto un comune denominatore realtà giuridiche differenti. Gli «effetti dannosi» potrebbero coincidere con l'evento del reato, e in questo caso non si avrebbe alcuna differenza tra esaurimento e consumazione; oppure potrebbero semplicemente identificarsi con ulteriori effetti quali «conseguenze del reato» (C. Adornato, *Il momento consumativo del reato*, Giuffrè 1966, 21), che vengono in considerazione nella valutazione della gravità del reato ex art. 133 c.p., o quali circostanze inerenti al danno ex art. 61 n. 7 e 8 o 62 nn. 4, 5 e 6 c.p. Con riguardo al secondo profilo problematico, si nota come «nel

di fatto, senza necessariamente tradursi in una conseguente bipartizione, valorizza la natura della norma «quale azione, oltre che quale testo»²⁰. L'aspirazione della teoria della consumazione materiale, così come della teoria del reato esaurito, è infatti quella di «cogliere, al di là delle fratture spesso artificiali create dalla norma incriminatrice, lo svolgimento del fatto nella sua completezza, per quello che nella realtà delle cose esso globalmente rappresenta»²¹, nella consapevolezza che, soprattutto quando si devono applicare le formule elastiche delle fattispecie del «diritto penale primitivo»²², pensate per una realtà con meno livelli di complessità di quella contemporanea, spesso il momento consumativo formale individuato dal legislatore non segna una conclusione definitiva della vicenda criminosa.

1.2 UN NECESSARIO APPROCCIO SETTORIALE

Come brevemente anticipato, e rientrando entro elaborazioni dottrinali più recenti, la teoria che individua il secondo momento di consumazione materiale solamente sulla base della gravità e dell'approfondimento dell'offesa ha suscitato diverse critiche soprattutto per la vaghezza della nozione su cui si fonda²³. Seppur non possa che rimanere salda la funzione ermeneutica del principio d'offensività²⁴, il rischio maggiore della teoria dell'esaurimento è stato individuato nel suo ricorrere a criteri connotati da

referente naturalistico del reato esaurito sembra dominare una intonazione soggettiva, guardandosi agli effetti cui concretamente mirava il progetto criminoso dell'agente, addirittura anche se questi non erano presi in considerazione dalla norma» (D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze*, cit., 53). Il rischio di una tale impostazione era dunque quello di legare la fase che succede alla perfezione formale alla pervicacia del reo, il quale può psicologicamente e socialmente portare il reato a conseguenze ulteriori, aggravando il danno.

20 O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 145.

21 S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, cit., 157 ss.

22 O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 20.

23 Tesi criticata da R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 137 ss.; G. De Santis, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Giuffrè 2006, 242 ss.; D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze*, cit., 57 ss.

24 A partire dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico e del controllo dell'offensività di Franco Bricola (cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato* (voce), in A. Azara, E. Eula (a cura di), *Noviss. Dig. It.*, Utet 1974, vol. XIV, 82 ss.), fino alle più recenti e aggiornate elaborazioni: cfr. M. Donini, *Teoria del reato* (voce), in «*Digesto delle Discipline Penalistiche*», UTET 1999, vol. XVII, 267 ss., Id., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in «*Dir. pen. cont. Riv. trim.*» (2013) 4, 38 ss., nonché, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Giappichelli 2005, 245 ss., oltre che p. 255 ss. e p. 268 ss.

eccessiva elasticità e slegati dal dato normativo, affidando il giudizio di rilevanza giuridica della fase successiva alla perfezione ad un'interpretazione teleologica della fattispecie incriminatrice fondata solo sul disvalore materiale del fatto incriminato²⁵. È stato infatti sottolineato in dottrina²⁶ che non è possibile articolare la separazione dei due momenti di perfezione e consumazione solamente sulla base del criterio della gravità dell'offesa, slegando l'individuazione del momento conclusivo di una fase dotata di specifica rilevanza giuridica dalla valutazione di corrispondenza tra fatto (successivo alla perfezione) e modello legale. In tal senso, ai fini della configurazione della consumazione e dell'esaurimento del reato, non possono che avere esclusivo rilievo quella condotta e quegli eventi tipici che rientrano nella fattispecie di reato²⁷.

La gravità dell'offesa, dunque, può incidere sul tempo di consumazione del reato, purché sia espressione di elementi costitutivi del fatto tipico suscettibili di "rinnovazione" o "protrazione".

Nell'ambito di quello che deve rimanere un giudizio ermeneutico di tipicità, ma che considera il potenziale prolungamento dell'offesa quale fenomeno non circoscritto agli elementi minimi della tipicità descritti dalla legge, è quindi possibile distinguere i due momenti di perfezione formale ed esaurimento o consumazione materiale sulla base di una valutazione caso per caso. Abbandonato infatti l'obiettivo di elaborare un concetto generale di consumazione, le questioni poste dal binomio perfezione-consumazione non possono che affrontarsi sulla base di un'analisi calata sulla singola fattispecie che di volta in volta viene in considerazione, dal momento che ciascun contenuto ed elemento che compare nella struttura dell'incriminazione, determinata dalle diverse tecniche adottate nella sua formulazione e dalla *ratio* cui risponde, pongono questioni differenti nell'ambito dello studio del tempo del reato²⁸. L'approccio metodologico da preferire è quindi quello avente natura settoriale, nella prospettiva di delineare un terreno di dialogo tra prassi e dottrina.

25 Così R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 137 ss.

26 *Ibidem*; nonché A. Aimi, *Le fattispecie di durata*, cit., 218 ss.

27 Così C. Adornato, *Il momento consumativo*, cit., 21.

28 In questo senso anche S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 242 ss. Ad esempio, è critico sull'utilizzo del binomio perfezione-consumazione in relazione alle figure del reato aggravato dall'evento e del reato progressivo A. Aimi, *Le fattispecie di durata*, cit., 213.

2. LA TEORIA DELLA CONSUMAZIONE MATERIALE NELLA PRASSI

A conferma dell'utilità della teoria della consumazione materiale si pongono diversi dati ricavabili dalla prassi. La giurisprudenza ha infatti distinto i due momenti di consumazione formale e materiale nell'interpretazione e nell'applicazione di diverse fattispecie di reato, ricorrendo di volta in volta a diversi schemi interpretativi, a seconda che possa riscontrarsi una protrazione o una rinnovazione dell'azione (rientrando nell'ambito delle figure, rispettivamente, del reato permanente²⁹ e dei c.d. reati "a condotta frazionata"); un prolungamento dell'evento tipico; o la verifica di un evento ulteriore rispetto a quello richiesto dal fatto tipico³⁰. Senza pretese di esaustività, e consapevoli dei limiti che presenta la sommaria trattazione di un tema articolato come quello del "tempo del reato", possiamo suggerire, schematicamente, di ricondurre gli illeciti caratterizzati da corsi di manifestazione dilatati nel tempo entro due paradigmi, corrispondenti a quelli della "reiterazione" degli elementi del fatto tipico, da un lato, e della "protrazione" del fatto tipico, dall'altro, a seconda che ci si trovi di fronte o meno ad una pluralità di atti qualificabili quali continuativi apporti causali posti in essere dall'autore della violazione.

2.1 IL PARADIGMA DELLA "REITERAZIONE"

I profili più problematici che caratterizzano la teoria della consumazione materiale si riscontrano nel paradigma della reiterazione. Tra le figure di reato che, per struttura e modalità materiali di realizzazione, possono tradursi in una reiterazione degli elementi del fatto tipico, le più note corrispondono al reato abituale e al c.d. reato "a consumazione prolungata". Lasciando da parte la prima, ci si soffermerà sulla seconda, poiché si tratta di una figura creata dalla prassi. Seppur criticata da parte della dottrina³¹, la giurisprudenza

29 Figura caratterizzata, come noto, dall'«*ininterrotta protrazione nel tempo di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico*», così R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente*, cit., 158.

30 *Ibid.*, 246. Tassonomia ripresa anche da S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 246 ss.

31 Secondo parte della dottrina l'orientamento giurisprudenziale che segue tale ricostruzione, spesso utilizzata per evitare di dover dichiarare la prescrizione del reato, soggiace ad un vizio metodologico: partendo dall'osservazione di condotte non rientranti fra quelle descritte dalla norma incriminatrice ma offensive del medesimo bene giuridico, si arriva a configurare un'unità di fatto tipico confondendo in questo modo i piani dell'offensività e della tipicità. Così D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze*, cit.; G. V. Rizzo, *Perfezione e consumazione del reato*, in «*Studium iuris*»

za ha elaborato tale figura per riconoscere una dilatazione del fatto tipico in determinate fattispecie criminose: inizialmente nelle fattispecie caratterizzate dallo schema esecutivo della promessa-dazione³², ma ben presto la figura è stata applicata ad un insieme eterogeneo di casi³³. Tra le applicazioni più diffuse e note di tale figura rientrano dunque fattispecie incriminatrici quali l'usura, la concussione e la corruzione, in cui gli atti susseguenti alla promessa o all'accordo sono stati inquadrati non solo quali approfondimenti dell'offesa, ma anche quale espressione del disvalore d'azione insito nella condotta tipizzata dal legislatore, tanto da essere a volte definiti quali reati «a condotta frazionata»³⁴. L'applicazione della figura si è poi presto estesa, rinvenendosi in casi riguardanti altre fattispecie penali, quali, ad esempio, i

(2001) 7-8, 926. Sulla problematica applicazione della figura della consumazione prolungata al reato di corruzione ex art. 318 c.p. cfr. G. Cocco, *Reato istantaneo, di durata e a più fattispecie. questioni controverse di unità e pluralità*, in «Responsabilità Civile e Previdenza» (2017) 2, 374 ss., secondo cui dovrebbe invece parlarsi di reati in continuazione.

32 Tra la giurisprudenza in tema di reati “a consumazione prolungata” cfr. (dalle meno recenti alle più recenti) Cass. pen. sez. II, sent. 24.04.2007, n. 237299; Cass. pen. sez. II, sent. 30.11.2017, n. 57287; Cass. pen. sez. II, sent. 11.06.2015, n. 40380; Cass. pen. sez. II, sent. 16.09.2022, n. 36278; Cass. pen. sez. I, sent. 12.12.2022, n. 17029.

33 Una recente ricostruzione delle numerose e variegate applicazioni della figura del reato “a consumazione prolungata” da parte della giurisprudenza, la quale utilizza spesso una nomenclatura altrettanto variegata (si parla di reato «a consumazione prolungata», «a condotta» o «a esecuzione» «frazionata», «a consumazione» o «a formazione» «progressiva»), cfr. A. Aimi, *Le fattispecie di durata*, cit., 173 ss.

34 Ipotesi in cui il perpetuarsi e l'approfondirsi dell'offesa già realizzata opera per effetto del ripetersi di comportamenti ulteriori del reo, e non come semplice sviluppo causale instaurato dalla condotta tipica: così D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze*, cit., 29 ss. Si tratta, in particolare, delle fattispecie individuate dal duplice schema promessa-dazione, nelle quali quindi gli atti di pagamento che seguono la promessa o l'accordo, che già perfeziona il reato, prolungano nel tempo il contenuto offensivo del reato spostando di conseguenza la consumazione materiale dello stesso. Cfr. B. Di Peppe, *Riflessioni sul momento consumativo dell'usura: dalla categoria del “reato a consumazione prolungata” ai caratteri del delitto di criminalità organizzata*, in «Cass. Pen.» (2009) 6, 2428 ss.; nella manualistica cfr. D. Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli 2017, 7a ed., 173 ss. Prendendo il reato di corruzione quale caso rappresentativo della tematica (dal momento che per il reato d'usura è intervenuto direttamente il legislatore introducendo l'art. 644 *ter* c.p.), si registra, quale orientamento giurisprudenziale maggioritario, la posticipazione della consumazione al momento in cui si verifichi il trasferimento d'utilità oggetto di promessa, fino all'ultimo versamento; mentre parte della dottrina ritiene consumato il reato al momento dell'accordo corruttivo. Nella manualistica cfr. R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto Penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli 2022, 2a ed., 519 ss., in dottrina cfr. G. Balbi, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*, Jovene 2003, 135 ss.; G. Marra, *Corruzione: norma a più fattispecie o disposizione di legge con più norme*, in «Cass. pen.» (1998), 88 ss.

reati di furto³⁵ e di circonvenzione di persone incapaci³⁶. In particolare, poi, la giurisprudenza ha riscontrato ipotesi di reiterazione degli elementi del fatto tipico anche in materia di delitti ambientali, settore particolarmente sensibile al decorrere temporale del fatto storico. Specificamente, risulta rilevante il reato di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 *bis* c.p., che incrimina la condotta di cagionare abusivamente una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili dell'ambiente. In alcune pronunce la Corte di legittimità ha sottolineato che la fattispecie non richiede che si verifichi la «tendenziale irreversibilità del danno», e, di conseguenza:

«Fin quando tale irreversibilità non si verifica, anche le condotte poste in essere successivamente all'iniziale deterioramento o compromissione non costituiscono post factum non punibile né singole ed autonome azioni costituenti altrettanti reati di danneggiamento, bensì singoli atti di un'unica azione lesiva che spostano in avanti la cessazione della consumazione del reato»³⁷.

Si individuano così un momento di perfezione, coincidente con il deterioramento o la compromissione non irreversibili³⁸, e un momento di consumazione materiale, coincidente con il deterioramento, la compressione irreversibile o con la produzione di una delle conseguenze tipiche previste dal reato di disastro ambientale di cui all'art. 452 *quater* c.p.

35 Si tratta di casi di furto di energia: cfr. Cass. pen. sez. V, sent. 24.11.2017, n. 9966; Cass. pen. sez. IV, sent. 2.10.2009, n. 1537; Cass. pen. sez. IV, sent. 23.01.2009, n. 18485; Cass. pen. sez. IV, sent. 15.01.2009, n. 17036.

36 Tra le più recenti sentenze cfr. Cass. pen. sez. II, sent. 10.05.2023, n. 26727, inedita. Caso di circonvenzione di persone incapaci, in cui il soggetto passivo era stato indotto alla redazione di un testamento olografo. La Corte ha statuito che il reato si perfeziona «nel momento in cui è formato l'atto, in quanto lo stesso è dotato di immediati effetti giuridici, determinando e condizionando la successione su base volontaria della vittima», ma che «la pubblicazione del testamento e l'accettazione degli eredi costituiscono ulteriori, eventuali, momenti di perpetrazione del reato, che, in tali casi, si attegga come fattispecie a formazione progressiva e a consumazione prolungata».

37 Cass. pen., sez. III, 27.10.2016, n. 10515, in «Ambiente e sviluppo» (2017) 5, 372 ss.; conformemente: Cass. pen. sez. III, 31.01.2017, n. 15865. Anche in queste ipotesi si potrebbe ricondurre la ragione pratica dell'orientamento giurisprudenziale alla necessità di posticipare la prescrizione del reato.

38 Intesi rispettivamente, il primo, come il momento in cui l'oggetto a cui si rivolge sia ridotto in uno stato tale da rendere necessaria, per il ripristino, una attività non agevole ovvero sia modificato al punto che ne viene diminuito in modo apprezzabile il valore o ne è impedito anche parzialmente l'uso; il secondo, riguarda invece la relazione tra l'uomo e i bisogni o gli interessi che la cosa deve soddisfare. Sul punto cfr. E. Fassi, *Brevi note sul delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 bis c.p.. La Corte di Cassazione conferma l'estensione della interpretazione degli elementi costitutivi del reato già operata nel precedente arresto*, in «Riv. pen.» (2017) 9, 765 ss.

Senza poter entrare nel merito dei singoli orientamenti giurisprudenziali, questa breve elencazione restituisce l'utilizzo esteso ed eterogeneo che la prassi ha fatto della categoria della "consumazione prolungata", dal momento che essa consente di inquadrare casi in cui siano riscontrabili più apporti causali da parte dell'agente, che vanno ad aggravare l'offesa riconducibile all'originaria perfezione del fatto tipico, in termini unitari quale condotta unica, spostando la consumazione. Tuttavia, se la teoria della consumazione formale rischiava di far prevalere il piatto della legalità su quello dell'offensività, utilizzi impropri della teoria della consumazione materiale rischiano di fare l'esatto opposto. Le critiche alla figura della "consumazione prolungata" si sono infatti concentrate proprio sul rischio che tali orientamenti scivolino nel mancato rispetto dei confini della tipicità del fatto disciplinato dalla norma penale, prediligendo letture unitarie di più apporti attivi che dovrebbero invece essere messi alla prova di un giudizio in termini di unità o pluralità di reati³⁹.

Dunque, ricorrere alla distinzione perfezione-consumazione deve essere sempre fatto in modo calibrato, rispettando il rapporto dialettico che correla legalità ed offesa. Il possibile vantaggio che presenta la scelta di utilizzare la teoria della consumazione materiale, come si vedrà, consiste nell'opportunità di valorizzare questa dimensione dialettica (implicita nello schema logico che si fonda su una distinzione tra i due concetti) nell'ambito dell'argomentazione giuridica del processo d'interpretazione, dedicandovi spazio e parole.

39 Cfr. nota n. 32. Ulteriori critiche alla categoria elaborata dalla prassi sono state sollevate in quanto, come richiamato nelle precedenti note, si tratta di una figura utilizzata spesso in modo funzionale per spostare i termini di prescrizione del reato. Così C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela, parte speciale: reati contenuti nel d.lgs. n. 152/2006 e nel codice penale*, Giappichelli 2021, 265. Cfr. anche A. Aimi, *Le fattispecie di durata*, cit., 228 ss. e 237 ss., il quale distingue tra casi "facili" in cui può accogliersi l'interpretazione della fattispecie concreta quale reato a consumazione prolungata e casi "difficili" in cui la figura rischia di violare il principio di legalità, arrivando poi a concludere che la categoria del reato a "consumazione prolungata" finisce per dissolversi nella categoria del reato permanente. In tal senso, passaggio necessario nel valutare i meriti e le criticità della categoria del reato "a consumazione prolungata" sarebbe anche la sua tenuta in relazione ai criteri che permettono di distinguere tra unità e pluralità di reati, a cui tuttavia non è possibile dedicare adeguato spazio nel presente elaborato. Sul punto si rimanda a P. Nuvolone, *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (1959), 1085 ss.; A. Pagliaro, *Concorso di reati* (voce), in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè 1988, 663 ss.; nonché, tra gli scritti monografici, ad A. Moro, *Unità e pluralità di reati*, Cedam 1954, 2a ed; V. B. Muscatiello, *Pluralità e unità di reati. Per uno microfocica del molteplice*, Cedam 2002; L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Giappichelli 2022.

2.2 IL PARADIGMA DELLA “PROTRAZIONE”

In alternativa alla “reiterazione” del fatto tipico, il binomio perfezione-consumazione può trovare spazi di riconoscimento nel diverso paradigma della “protrazione”, in cui possono farsi rientrare la figura del reato permanente, così come quelle figure di reato rispetto a cui il concetto di consumazione entra in relazione con la categoria dell’evento del reato, se si tratta di fattispecie causalmente orientate.

Lasciando da parte la categoria del reato permanente⁴⁰, possono ricondursi a tale secondo ambito anche i c.d. reati «ad evento permanente», in cui l’offesa portata dall’evento appartenente al fatto tipico non determina la distruzione del bene tutelato, ma una sua aggravata e protratta violazione, la quale, a differenza di ciò che accade nei reati permanenti, non è diretta conseguenza della perdurante condotta dell’autore, che dunque non preserva una completa dominabilità sulla fase di aggravamento dell’offesa⁴¹. Esempi di tale categoria sono i reati di disastro ambientale e di incendio.

Uno dei casi più noti che hanno offerto l’occasione di riflettere sulla configurabilità della figura di un reato c.d. «ad evento permanente» è il caso Eternit, riguardante la fattispecie di disastro innominato di cui all’art. 434 c.p.. Il Tribunale, a seguito dell’istruttoria di primo grado, riconoscendo una permanente situazione di inquinamento ambientale pericoloso per l’incolumità pubblica, ritenne la consumazione del reato protratta in virtù della protrazione dell’evento tipico, anche in assenza di condotte successive poste in essere dagli imputati⁴². La stessa conclusione è stata raggiunta

40 È orientamento ormai consolidato, sia in dottrina così come, soprattutto, in giurisprudenza, quello secondo cui il reato permanente configurerebbe un modello di struttura del fatto tipico riscontrabile in qualsiasi fattispecie, il cui dato normativo consenta un prolungamento degli elementi tipici. La permanenza configurerebbe infatti un «concetto della realtà» (così A. Pecoraro Albani, *Del reato permanente*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (1960), 395) che permette un’apertura dialogante tra fattispecie astratta e concreta in sede applicativa per valutare la durata della violazione della norma, elemento che non viene preso in considerazione dal legislatore. Egualmente accolta dalla maggioranza della dottrina è la concezione che richiede, per aversi una permanenza del reato, che si protragga nel tempo l’intero fatto tipico antigiuridico e colpevole (sul punto cfr. F. Coppi, *Reato permanente*, in «Digesto Pen.», XI, Utet 1996, 320 ss.; R. Rampioni, *Reato permanente*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXVIII, Giappichelli 1987, 861 ss.; A. Pecoraro Albani, *Del reato permanente*, cit., 428 ss.). In altre parole, si richiede una protrazione della condotta colpevole da cui si origina una protrazione dell’offesa al bene giuridico protetto dalla norma penale in costanza di tutti gli altri elementi del fatto tipico.

41 In questo senso anche S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 310.

42 Trib. Torino, sent. 13.02.2012, in «Dir. pen. cont.», 30 maggio 2012, con nota di L. Masera.

nel secondo grado di giudizio⁴³. Tale impostazione è stata tuttavia rigettata dalla Corte di legittimità, secondo cui il Tribunale avrebbe confuso le nozioni di reato permanente, di reato istantaneo a condotta perdurante, ad evento differito e ad effetti permanenti, concludendo che il reato di disastro debba dirsi consumato nel momento in cui ebbero fine le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione dell'amianto, non potendo protrarsi oltre⁴⁴. Si è quindi rigettata l'ipotesi di una protrazione del fatto tipico fondata sulla sussistenza di un evento *perdurante* nel tempo, non tipizzato in quanto tale dalla norma, poiché, in questi casi, la perduranza potrebbe divenire indefinita nel tempo. È stato pertanto affermato che il reato si consuma non con il venir meno degli effetti pericolosi del reato, ma con il cessare della condotta, a cui deve corrispondere la verifica di una *immutatio loci* idonea a cagionare un danno ambientale di eccezionale gravità.

Di fronte alle questioni poste dalla fattispecie di disastro innominato, relative in particolare al rispetto dei principi di determinatezza e tassativi-

43 Corte d'Appello di Torino, sent. 3 giugno 2013, in «Cass. pen.» (2014) 1082 ss., con nota di M. Paoli. Nella sentenza di secondo grado si lega la protrazione del reato al «fenomeno epidemico».

44 Cass. pen. sez. I, sent. 19.11.2014, n. 7941, in «Riv. it. dir. proc. pen.» (2015), 1542 ss., con nota di L. Maserà. Tra i commenti dottrinali al caso Eternit si richiamano G. L. Gatta, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in «Dir. pen. cont.» (2015), 1, 77 ss., il quale critica le soluzioni interpretative di Tribunale e Corte d'Appello, non accettabili su un piano teorico-dogmatico, ma anche di politica criminale, in quanto elaborate per eludere la prescrizione del reato. Cfr. anche D. Castronuovo, *Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in L. Foffani - D. Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, *Impresa e sicurezza*, il Mulino 2015, 107 ss., secondo cui «la "artificiosità" della soluzione adottata dalla Suprema Corte in Eternit (...) è rivelatrice della necessità "ermeneutica" (sistematica, teleologica) di identificare il disastro in un macro-evento "sincronico", a dinamica immediata e contestuale. Al contrario, la ricostruzione "diacronica" del disastro ne disperde il significato in una miriade di micro-eventi seriali senza tempo, in quanto privi di una collocazione cronologica che consenta una corretta imputazione del risultato di pericolo nel rispetto dei vincoli costituzionali di personalità della responsabilità penale. Una fattispecie di disastro a formazione progressiva, durante un lungo o lunghissimo arco temporale, rende quantomeno difficoltosa la selezione delle condotte e dei soggetti secondo modalità compatibili con gli standard garantistici». Per un approfondimento del tema si rimanda anche a S. Zirulia, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, *ivi*, 73 ss.; *Id.*, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè 2018, 148 ss. Per completezza espositiva si segnala che la vicenda processuale, definita ora quale Eternit bis, è ancora attualmente in corso. Dopo, infatti, diverse vicende legate alla questione del *ne bis in idem* e alla competenza territoriale, la Corte d'Assise di Novara, a due anni dalla prima udienza tenutasi il 9 giugno 2021, ha condannato l'imputato (l'imprenditore svizzero Schmidheiny) a 12 anni di reclusione per omicidio colposo aggravato per la morte di 392 persone, oltre a 50 milioni di Euro a titolo di risarcimento in favore del Comune di Casale Monferrato, 30 milioni in favore dello Stato italiano e centinaia di milioni ai familiari delle vittime.

tà⁴⁵, il legislatore è poi intervenuto, arricchendo la materia di una fattispecie di disastro nominato, individuata dall'art. 452 *quater* c.p., introdotto dalla legge 22 maggio 2015, n. 68. Rispetto a questa nuova fattispecie, formulata dal legislatore tipizzando espressamente tre categorie di evento (alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; offesa alla pubblica incolumità), non si rinviene ancora una ricca giurisprudenza a cui poter fare riferimento⁴⁶. La maggioranza della dottrina⁴⁷, tuttavia, ad eccezione di alcune voci⁴⁸, ha ribadito la validità dell'orientamento tradizionale secondo cui la protrazione dell'offesa debba dipendere anche dal protrarsi della condotta, evidenziando come il legislatore non abbia assunto una posizione espressa in relazione al tema della consumazione del reato, anche se gli eventi tipizzati delineino a livello teorico delle ipotesi in cui è possibile che l'offesa si protragga (in particolare nell'ipotesi del pericolo alla pubblica incolumità) «con o senza “accompagnamento” del protrarsi della condotta»⁴⁹.

45 Diffusamente sul punto D. Castronuovo, *Il caso Eternit*, cit., 107 ss.

46 Tra le poche sentenze rinvenute si può richiamare Cass. pen. sez. III, sent. 18.06.2018, n.29901, in «Cass. pen.» (2019) 2, 630 ss., con nota di M. Poggi d'Angelo. Il caso riguardava due edifici abusivi e pericolanti, di cui era stato accertato il pericolo di crollo, e in relazione ai quali gli imputati, il sindaco e un funzionario del comune, avevano emesso solamente un'ordinanza di sgombero che non era però mai stata eseguita. Si legge che «*gli indagati, fino a quel momento, pur essendo obbligati in virtù delle cariche ricoperte, non avevano adottato alcuna iniziativa concreta effettivamente idonea a fronteggiare la situazione di pericolo accertata, limitandosi all'adozione di una ordinanza di sgombero mai eseguita, causando, conseguentemente, un perdurante, concreto incombente pericolo di disastro ambientale, tale da integrare il delitto di cui all'art. 113 c.p., art. 452-quater c.p., comma 1 e comma 2, n. 3 e art. 452-quinquies c.p.*». Nella sentenza non si è affrontato però il tema della consumazione del reato, dal momento che la Cassazione ha risolto la questione affermando di non ritenere sussistente il fumus del disastro ambientale richiesto dall'art. 452 quater c.p., concentrandosi primariamente sui rapporti tra questa fattispecie e l'art. 434 c.p.

47 Così C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale: principi, beni e tecniche di tutela, parte speciale: reati contenuti nel d.lgs. n. 152/2006 e nel codice penale*, Giappichelli 2021, 282 ss.; P. Fimiani (a cura di), *La tutela penale dell'ambiente. I reati e le sanzioni. Il sistema delle responsabilità. Le indagini, il processo e la difesa*, 4a ed., Giuffrè 2022, 156 ss.; N. Pisani, *Il nuovo disastro ambientale*, in N. Pisani - L. Cornacchia (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli 2018, 129 ss.

48 In senso contrario A. Milita, *Il disastro ambientale, da delitto innominato a tipico: la qualificazione del delitto come eventualmente permanente e le “responsabilità patrimoniali”*, 2015, disponibile al sito www.lexambiente.it, 2 ss., secondo cui deve trattarsi di reato permanente nei casi di contaminazione dell'aria e delle acque tramite percolamento di sostanze dal terreno, poiché in questi casi l'evento sarebbe differito nel tempo rispetto all'immissione di sostanze inquinanti nel suolo.

49 C. Ruga Riva, *La nuova disciplina dei reati ambientali*, in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro*

Per quanto riguarda invece il reato di incendio, autorevole dottrina aveva evidenziato come l'evoluzione del fatto tipico «rilevi non solo in presenza di ulteriori atti volti a tener desto l'incendio stesso, ma anche allorquando tale evoluzione si inserisca esclusivamente nella catena causale originariamente avviata»⁵⁰, ritenendo che il periodo consumativo assistito dalla conformità al tipo andasse dal momento della consumazione formale a quello in cui l'incendio venisse spento e l'evento cessasse di verificarsi. Ma tale impostazione potrebbe essere in contrasto con le tesi che criticano l'esistenza della categoria dei reati «ad evento permanente». Rispetto a tale categoria, infatti, come emerge dalla maggioranza di dottrina e giurisprudenza in materia di reati di disastro⁵¹, viene criticata la possibilità di riconoscere un prolungamento del fatto tipico ricorrendo alla distinzione perfezione-consumazione, in particolare perché essa comporterebbe un'eccessiva estensione del fatto tipico, implicando un obbligo a carico dell'agente di rimuovere le conseguenze derivanti dalla sua commissione⁵². Anche se, secondo alcuni, il reato di incendio permetterebbe di ragionare in termini di protrazione del fatto dal momento che si protrae l'evento tipico conseguenza della condotta (l'«incendio», «inteso come combustione di non lievi proporzioni, che tenda ad espandersi e non possa facilmente essere contenuta e spenta»⁵³), non potendo dirsi quindi “perfetto” (consumato formalmente) il reato nel momento iniziale d'attivazione della condotta⁵⁴.

Fatta eccezione per casi isolati, come quello della fattispecie di incendio, il monito della teoria nei confronti della prassi consiste, dunque, nel limitare la distinzione tra perfezione-consumazione ai casi in cui il prolungamento del fatto tipico e dell'offesa al bene tutelato rientrano entro la sfera di dominabilità degli agenti coinvolti nell'*iter criminis*. Valorizzando

l'ambiente e il territorio, 2a ed., Giappichelli 2019, 107 ss.; Id., *Diritto penale dell'ambiente*, cit., 282 ss.

50 S. Prosdocimi, *Profili penali*, cit., 144.

51 Cfr. *supra*, a proposito dell'art. 434 c.p.

52 In questo senso S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 310.

53 Cass. pen. sez. I, sent. 11.02.2013, n.16612; Cass. pen. sez. I, sent. 14.01.2009, n.4417, in cui si riporta che «*per pacifica e consolidata giurisprudenza di questa Corte, occorre distinguere tra* “il concetto di fuoco e quello d'incendio, in quanto si ha incendio solo quando il fuoco divampi in vaste proporzioni, irrefrenabilmente, con fiamme divoratrici che si propaghino con potenza distruttrice, così da porre in pericolo la incolumità di un numero indeterminato di persone. Ne deriva che, non ogni fuoco è, di per sé ab origine, qualificabile come incendio; è tale, secondo la fattispecie legale, prevista dall'art. 423 c.p., solo quando le fiamme, non controllate e non controllabili, assumano i connotati di cui sopra”.

54 Così D. Brunelli, *Il reato portato a conseguenze*, cit., 129.

il piano metodologico dell'argomentazione che permette di arrivare a tale conclusione, ciò che offre la teoria che distingue i momenti della perfezione formale e della consumazione materiale consiste proprio nella possibilità di delineare in termini normativi le fasi storiche di quei fatti concreti aventi un consistente grado di complessità, soprattutto quando la “durata” del reato si lega a diverse e correlate questioni, come, ad esempio, a quelle relative al concorso di persone nel reato, e, in particolare, ai casi di successione di posizioni di garanzia⁵⁵.

3. NUOVE “REITERAZIONI” O “PROTRAZIONI”: LA “CONTAMINAZIONE” DEL FATTO TIPICO AD OPERA DI AGENTI DIGITALI

Il richiamo all'ambito dei reati in materia ambientale permette di evidenziare come il prolungamento dell'offesa possa realizzarsi non solo attraverso il compimento di ulteriori contributi attivi da parte di un soggetto agente, ma anche attraverso l'operare congiunto di più componenti. In particolare, oltre alla condotta dell'agente, possono influire sul corso di manifestazione dell'accadimento illecito “agenti” non umani, capaci di modificare un determinato stato delle cose creando una differenza di effetti. In questo caso, occorre operare una distinzione. Da una parte, infatti, potremmo avere, come richiamato poc'anzi, agenti naturalistici, siano essi biologici, fisici o chimici. Dall'altra parte, il fatto concreto può realizzarsi tramite il coinvolgimento di “agenti” tecnologici, guardando in specie all'ambito delle tecnologie digitali. Si deve specificare che, nell'ambito delle tecnologie digitali, il concetto di *agency* assume una coloritura squisitamente oggettiva sul piano fenomenologico, non richiedendo alcun tipo di “intelligenza umana”. L'agente algoritmico agisce senza aver bisogno di comprendere, riflettere, considerare gli elementi che lo circondano, ma solamente grazie alle correlazioni che crea tra i dati che assume quali input⁵⁶. L'abilità di svolgere questo compito senza la necessità che alcun agente

55 Ossia quando l'obbligo di impedire l'evento connesso ad una situazione di pericolo grava su più persone obbligate ad intervenire in tempi diversi. Cfr. A. Gargani, Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse, Pisa University Press 2022, 141 ss.

56 Così L. Floridi, *AI as Agency Without Intelligence: on ChatGPT, Large Language Models, and Other Generative Models*, in «Philosophy & Technology» (2023) 36, 15 ss.

umano intervenga ci pone quindi di fronte, parafrasando Turing⁵⁷, ad un altro e diverso modo di “agire” rispetto a quello a cui siamo abituati a pensare. Si tratta quindi di agenti, ma non di soggetti.

Con la rivoluzione digitale ed algoritmica ci troviamo a fronteggiare sempre più frequentemente “fatti non solo umani”, o “fatti più che umani”⁵⁸. Quando il corso del fatto concreto, nella sua dimensione materiale, è segnato dal contatto con tecnologie digitali, dovrà infatti essere considerata la capacità di tali tecnologie di intervenire in modo attivo sul corso della sua realizzazione. Il “contributo” degli agenti tecnologici, collocandosi a livello temporale necessariamente in un momento successivo all’azione del soggetto agente, potrebbe infatti protrarre l’offesa del reato, approfondendola in concreto. Il tempo del reato potrebbe quindi risentirne, rimanendo da verificare la possibilità di ricondurre tale protrazione nel confine della previsione legale, a seconda della fattispecie incriminatrice che viene in considerazione.

Seppur a livello teorico dovrebbero porsi minori questioni interpretative per i c.d. reati informatici “in senso stretto”⁵⁹, ossia quei reati che comprendono componenti informatiche (quali, ad esempio, il funzionamento di un «sistema informatico» o di un «programma informatico») fra gli elementi descrittivi nel fatto tipico disciplinato dalla norma, in diverse occasioni la giurisprudenza ha mancato di tenere in dovuta considerazione il protrarsi del fatto tipico riconducibile all’“operare” della tecnologia. Anche in tale ambito, infatti, la giurisprudenza si è servita della categoria della consumazione (in questo caso “formale”) per rispondere alle esigenze della prassi. Si pensi al caso del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico, la cui tipicità dovrebbe estendersi a ricomprendere le fasi del fatto materiale riconducibili all’operare automatico delle tecnologie, espressamente

57 Nel suo famoso saggio, A. Turing, *Calcolatori e intelligenza*, in D. R. Hofstadter, D. C. Dennet (a cura di), *L’io della mente*, Adelphi 1981, 64 ss., lo scienziato suggeriva che si sarebbe arrivati a concettualizzare un altro modo di “pensare” e non di “agire”.

58 Se la tradizione penalistica risalente alla ricerca del *corpus delicti* insegnava che la selezione deve ricadere sui fatti (intesi quali «eventi, situazioni fattuali, rapporti, oggetti, caratteristiche obiettive») governati dalle leggi naturali, oggi l’ambito di studio della realtà materiale tiene in considerazione necessariamente più elementi, aventi natura anche sociale: cfr. A. Di Martino *Dalla regola per il caso*, cit., 245.

59 Definiti così nella dottrina, cfr. L. Picotti, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, Cedam 2004, 53 ss.; e più recentemente Id., *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d’insieme*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Utet 2023, 2a ed, 76 ss.

tipizzate dalla norma penale, sia quando si realizzi la condotta di vera e propria «introduzione», sia nel caso in cui si realizzi la condotta di «mantenimento» in un sistema informatico, la quale ancora più chiaramente implica una distensione temporale del fatto storico e così anche del fatto tipico⁶⁰. In un noto arresto⁶¹, la giurisprudenza ha individuato la consumazione del reato nel momento in cui l'agente immette i dati per procedere all'«accesso» al sistema, questo per ancorare in modo più saldo l'individuazione della competenza territoriale, che in questo modo si rintraccerebbe nel luogo in cui si trovava fisicamente l'agente⁶². Di fronte a tali orientamenti, la dottrina non ha mancato di sottolineare come non si possa ritenere consumato il reato nel momento in cui il soggetto agente immette i dati nel sistema, ma si debba includere nel confine del fatto tipico anche il funzionamento informatico del sistema stesso, comprendente quindi le fasi successive al momento in cui si digitano e si inseriscono i dati sulla tastiera o sul dispositivo, ossia le fasi in cui i dati sono processati dal server a cui vengono poi inviati⁶³. E tale soluzione è possibile che venga ricostruita ricorrendo, a seconda dei casi, al binomio perfezione-consumazione, laddove la fase protratta attraverso il funzionamento informatico delle tecnologie rimanga entro il dominio del soggetto agente, come si è sopra specificato. Lo stesso

60 Tra i diversi commenti alla fattispecie penale si rimanda a R. Flor, *Verso una rivalutazione dell'art. 615 ter c.p.? Il reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici fra la tutela di tradizionali e di nuovi diritti fondamentali nell'era di Internet*, in «Dir. pen. cont.» 2 maggio 2012; I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Utet 2023, 2a ed., 704 ss.

61 Si allude Cass. pen. sez. unite, sent. 26.03.2015, n. 17325, Rocco, in «Dir. pen. processo» (2015) 1296 ss., con nota di R. Flor.

62 Soluzione che, peraltro, oltre ad essere criticabile per l'interpretazione che offre della consumazione della fattispecie da un punto di vista dogmatico, ha delle implicazioni problematiche anche dal punto di vista pratico: si pensi, ad esempio, all'utilizzo di dispositivi mobili, che rischiano di complicare anziché semplificare l'individuazione del luogo in cui si è consumato il reato, nonché ai casi in cui non è individuabile l'agente che ha effettuato l'accesso abusivo ma solamente altri soggetti che hanno agito in concorso tra loro, come il beneficiario della transazione economica illecita effettuata a seguito dell'accesso abusivo. In questo senso si riporta un recente caso che si è occupato di una vicenda di questo tipo, estendendo questa volta il tempo del reato ai momenti successivi all'immissione dei dati da parte dell'agente che ha effettuato l'intrusione abusiva nel sistema. Cfr. Cass. pen. sez. II, sent. 12.09.2018, n. 5748, in «Diritto & Giustizia» (2019) 25, 2 ss.

63 Così L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche*, cit., 65. Cfr. anche R. Flor, *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Utet 2023, 2a ed., 198 ss., il quale propone la possibilità di legare la questione del luogo di consumazione del reato, a seconda dei casi, anche alla titolarità del bene giuridico protetto e quindi all'area informatica di pertinenza del titolare.

tipo di questioni si pongono in relazione ad altri reati informatici, come il reato di frode informatica⁶⁴.

Questioni interpretative più articolate potrebbero poi presentarsi in relazione a quelle fattispecie penali pensate e create per una realtà “pre-digitale” e che oggi vengono realizzate in un nuovo contesto materiale, nutrendosi di una “mutata” fattualità, le quali potrebbero quindi essere soggette ad interpretazioni evolutive nella prassi per adeguarle al nuovo contesto tecnologico. Si pensi al tempo di cui si fa esperienza online. Le informazioni vengono cristallizzate in rete entrando in una dimensione temporale “allungata”, che può proseguire in modi diversi: l’informazione può rimanere semplicemente disponibile, oppure (nella maggior parte dei casi) può suscitare altri comportamenti, come ad esempio interazioni o condivisioni. Un caso emblematico in cui emergono le implicazioni del “tempo dell’informazione” è quello della diffamazione online⁶⁵. Nella più recente giurisprudenza, vi sono state sia sentenze che hanno esteso il momento di consumazione materiale del reato per poter punire le condotte di altri soggetti che avevano partecipato alle fasi di veicolazione e diffusione di materiali offensivi già immessi in rete, dimenticando però di affrontare nel merito il tema della consumazione del reato⁶⁶, sia sentenze che hanno utilizzato la teoria che permetteva di individuare il momento consumativo del reato che più si rivelava utile per fondare la competenza territoriale dell’organo giudiziale interessato⁶⁷.

64 Sulla lettura del momento consumativo, che deve comprendere l’evento dell’«alterazione del sistema», e che si estende poi al momento di conseguimento dell’ingiusto profitto, in relazione alle questioni di competenza territoriale cfr. R. Flor, *La legge penale nello spazio*, 185 ss.

65 Tra i diversi contributi dedicati specificamente all’analisi del reato di diffamazione commesso tramite la rete si richiamano V. Pezzella, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell’epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches*, Utet 2020, 2a ed.; E. Albamonte, *La diffamazione a mezzo web*, in C. Parodi - V. Sellaroli (a cura di), *Diritto penale dell’informatica*, Giuffrè 2020, 487 ss.

66 Cfr. Cass. pen., sent. 14.07.2016, n. 54946 in «Foro it.» (2017), 251 ss.; Cass. pen., sent. 1.12.2022, n. 45680, in «Diritto di Internet» (2023) 2, 361 ss. Per un commento a quest’ultima sentenza sia consentito rimandare a B. Panattoni, *La responsabilità penale del blogger per i contenuti diffamatori pubblicati da terzi sul proprio sito*, in «Diritto di Internet» (2023) 2, 364 ss., e agli ulteriori precedenti ivi richiamati.

67 La Corte è ricorsa più volte alla teoria che individua la diffamazione consumata nel momento in cui si realizza il c.d. «evento psicologico» coincidente con la percezione da parte del terzo dell’espressione offensiva, particolarmente utile nei casi in cui l’agente abbia immesso il contenuto offensivo verso un cittadino italiano operando dall’estero: cfr. Cass. pen., sent. 17.11.2000, n. 4741, in «Cass. pen.» (2001), 1832 ss.; Cass. pen., sent. 21.02.2008, n. 36721, in «CED» 242085; Cass. pen., sent. 21.12.2010, n. 2739, in «Cass. pen.» (2011), 4315 ss.; Cass. pen., sent. 15.03.2011, n. 16307,

Peraltro, oltre a quelle ormai note di Internet, altre “contaminazioni” digitali si potranno presentare con l’espandersi degli applicativi di *Artificial Intelligence* (AI), a cui verranno delegate vere e proprie “porzioni d’azione”. Anche in questi casi, occorrerà verificare se “ciò che fa la tecnologia” sia destinato a rimanere fuori dal perimetro della tipicità o se invece possa rientrarvi. Il “contributo” dell’AI nella vendita di materiale illecito⁶⁸, nella creazione di informazioni illecite⁶⁹, nella manipolazione comportamentale⁷⁰, così come in qualsiasi altro episodio criminoso, potrebbe richiedere, a livello metodologico, il ricorso al binomio perfezione-consumazione, verificando quale paradigma, se quello della reiterazione o della protrazione, possa eventualmente applicarsi. Inoltre, dovrà essere sondata la tenuta e l’eventuale adeguamento del criterio della dominabilità e della signoria dell’agente sulla fase di protrazione dell’offesa ad opera di agenti artificiali, ad esempio in termini di capacità d’intervento successive all’“attivazione” originaria dell’agente stesso. In caso contrario, tutto ciò che accade “dopo il click” rimarrebbe problematicamente fuori dall’orizzonte giuridico-penale.

Studi in materia di *digital criminology*⁷¹ non mancano di sottolineare come un passaggio vitale verso la costruzione di un *digital criminological approach* consista proprio nel superamento del dualismo che separa il mondo tra sfere di attività offline ed online, arrivando ad evidenziare che «*in a digitally mediated society, crime is no longer conceptually distinct from digital technology*»⁷².

Senza poter esaminare la questione a fondo in questa sede, basti qui evidenziare che la contaminazione sempre più incisiva delle componenti

in «Guida al diritto» (2011) 24, 71 ss. Mentre più recentemente l’orientamento si assesta a ritenere implicita la percezione del contenuto caricato online, individuando la consumazione nel «*momento in cui il collegamento viene attivato*»: così Cass. pen., 29 maggio 2015, n. 38099, in «CED» 264999.

68 Si veda il caso del c.d. Darknet Shopper, descritto da F. Lagioia, G. Sartor, *AI systems under Criminal Law: A Legal Analysis and a Regulatory Perspective*, in «Philosophy & Technology» (2019), 1 ss.

69 Si pensi al caso dei deep fakes, che possono essere utilizzati per creare falsi materiali sessualmente espliciti senza il consenso della persona ritratta (c.d. deep nudes), questione analizzata nella letteratura statunitense: cfr. B. Chesney, D. Citron, *Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security*, in «California Law Review» (2019) 107, 1753 ss.

70 Si pensi al famoso caso di Cambridge Analytica, analizzato da D. Susser, B. Roessler, H. Nissenbaum, *Technology, autonomy, and manipulation*, in «Internet Policy Review» (2019) 8, 1 ss.

71 A. Powell, G. Stratton, R. Cameron, *Digital Criminology. Crime and justice in digital society*, Routledge 2018, 189 ss.

72 *Ivi*, 190.

digitali nelle esperienze individuali e nell'espletamento delle attività collettive e sociali, ha indotto diversi autori a ragionare intorno ad un concetto di *human-technical agency*⁷³, mantenendo l'agente umano al centro, ma concependo allo stesso tempo il risultato elaborato dalle operazioni di trattamento automatico e autonomo di dati riconducibili alle tecnologie digitali quale estensione dell'agire dell'individuo, laddove sia riscontrabile un certo grado di dominabilità e controllabilità delle stesse. Quest'ultimo elemento risulta determinante nell'ambito dei giudizi d'addebito di responsabilità per fatti criminosi legati alle nuove tecnologie e dovrà basarsi sempre su una valutazione oggettiva del fatto storico, per evitare sue incontrollate estensioni.

Secondo tale prospettiva occorre inoltre evidenziare che, mentre in reati come il disastro ambientale l'evento ha natura "strettamente" naturalistica, è ossia legato al decorso e all'evoluzione che le sostanze nocive hanno sull'ambiente, secondo processi biologici e chimici che possono effettivamente proseguire naturalmente ed autonomamente senza alcun intervento umano, le tecnologie digitali costituiscono invece una realtà che è pur sempre artificiale, che può quindi rimanere governabile, non sempre dal singolo agente, ma dalle diverse soggettività coinvolte, come, ad esempio, gli operatori che stanno "dietro" alle tecnologie.

4. MUOVERSI SUI CONFINI (E STRAPPARE LUNGO I BORDI)

Se, da un lato, la definizione del momento consumativo del reato deve necessariamente emergere dall'interpretazione delle singole fattispecie, abbandonare completamente questa opera interpretativa alla prassi, senza integrarla con corrispettive indagini teoriche, presenta diversi rischi. Si possono individuare due possibili derive. La prima coincide con utilizzi discutibili della categoria della consumazione del reato, soprattutto, come si è visto, quando viene utilizzato in modo improprio il binomio perfezione-consumazione. La seconda riguarda, invece, un mancato utilizzo della categoria nel suo complesso.

73 Sul punto cfr. M. McGuire, *It ain't what it is, it's the way that they do it? Why we still don't understand cybercrime*, in R. Leukfeldt, T. J. Holt (eds.), *The Human Factor of Cybercrime*, Routledge 2020, 22, che estendendo le proprie considerazioni alle applicazioni tecnologiche in generale, evidenzia come «*technology never operates in isolation or independently of human action*»; B. Kops, M. Hildebrandt, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, in *Minnesota Journal of Law*, in «*Science & Technology*» (2010) 11, 497 ss..

Per quanto riguarda la prima deriva, si è visto come, alle volte, la nozione di consumazione venga posta “al servizio della prassi”. Di fronte ad un fatto che va oltre l’espressione normativa che cerca di sussumerlo e regolarlo, e, soprattutto, ad un fatto che chiede giustizia, può accadere che la giurisprudenza ricorra all’elasticità insita nelle categorie di confine, come è il momento consumativo, per trovare qualche risposta. Si pensi, ad esempio, all’utilizzo dell’istituto della consumazione del reato per allargarne i confini in base ad un caso concreto che veda più soggetti coinvolti, in modo da poter poi applicare l’istituto del concorso di persone nella sua funzione di clausola d’estensione della responsabilità penale. Operazione che, di per sé, può ritenersi condivisibile, ma solamente laddove sostenuta da un effettivo e accurato inquadramento del momento consumativo nel caso di specie. Altrimenti, ossia quando la flessibilizzazione del confine del reato per rispondere alle esigenze della prassi non si accompagna ad una adeguata elaborazione ermeneutica che giustifichi e argomenti la validità della flessibilizzazione stessa, si ricade nella seconda deriva: la consumazione viene dimenticata.

I cambiamenti a cui è soggetta la nostra società, soprattutto guardando al progresso tecnico e tecnologico, che estende il raggio della portata dei comportamenti individuali e gli effetti che a questi possono essere connessi, sommandosi ad una stratificazione di “contributi” non riconducibili sempre ad altri agenti umani, o da essi dominabili, presentano questioni che devono essere affrontate, in modo auspicabilmente dialogico, sia dalla teoria che dalla prassi. Ad esempio, con riguardo alla diffamazione online, ci si può interrogare sulla possibilità di qualificare tale ipotesi quale reato permanente nel caso in cui il soggetto agente mantenga un rilevante livello di signoria e dominabilità sull’informazione fatta veicolare originariamente in rete⁷⁴. Abbiamo così la possibilità di ricorrere ad interpretazioni evolutive, da un lato, e la necessità che le stesse si confrontino sempre con la rigosità scientifica della categoria dogmatica da richiamare, dall’altro.

74 In questo senso anche S. Braschi, *La consumazione del reato*, cit., 260 ss., richiamando le posizioni della dottrina tradizionale che già ammettevano la possibilità di qualificare il reato di diffamazione quale reato eventualmente permanente. In questo senso A. Pecoraro Albani, *Del reato permanente*, cit., 421; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Cedam 2016, 6a ed., 261. L’autrice rimane però critica in relazione a tale ipotesi interpretativa per le sue ricadute pratiche, soprattutto in tema di prescrizione del reato. Rimarrebbe quindi da sondare la possibilità di individuare il momento da cui decorre la prescrizione in quello in cui il contenuto viene rimosso dalla rete, ad opera dello stesso autore o del prestatore del servizio di comunicazione.

Nel tentativo di muoversi entro questo bilanciamento di esigenze, l'approccio metodologico che si ispira a un modello di scienza integrata⁷⁵, in cui l'oggetto dell'analisi teorica comprende anche le implicazioni sociali e criminologiche dei fatti concreti (come quelle che si legano alla dimensione socio-tecnologica in cui siamo immersi⁷⁶), potrebbe trovare un suo spazio argomentativo nella teoria della consumazione materiale, proprio in virtù della valorizzazione, in termini dialettici, che essa implica, tra fatto e norma. Termini dialettici o, meglio, "relazionali", per far prevalere la prospettiva dell'incontro su quella dello scontro. Dunque, nella delicata operazione di "associare"⁷⁷ la regola al caso che passa per "frammenti di

75 Il contributo della teoria, soprattutto di quella che si muove entro coordinate interdisciplinari, può infatti consistere nell'analisi e nell'inquadramento di un determinato fenomeno mettendo insieme non solo l'analisi dommatica delle categorie giuridico-penali, ma anche l'analisi criminologica e sociologica. Operazione che può rimanere più alla portata della teoria, dal momento che il tempo di cui dispone la dottrina non è naturalmente il tempo di cui dispone la prassi. Sul modello integrato di scienza penale, non potendosi ricostruire in questa sede l'ingente letteratura in materia, che risale alla posizione di Franz von Liszt (cfr. F. v. Liszt *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, in F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, Guttentag Verlagsbuchhandlung 1905; Id., *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZStW* (1889) 9, 455 ss.; nella dottrina italiana, A. Baratta, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalsitica*, in «La Questione criminale» (1979) 147 ss.) si rimanda, per un quadro attuale, a S. Moccia - A. Cavaliere (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane 2016, e in particolare, *ivi*, M. Donini, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, 38 ss., il quale, ricostruendo anche tutte le criticità che ha sollevato la scienze integrata, evidenzia come vi sia un «ideale che è sempre attuale e che, per quanto possa apparire incerto o difficile, è meritevole di rinnovamento. (...) L'ideale di una scienza penale dialogica e integrata da conoscenze extragiuridiche, che riguarda molto più in generale il rapporto tra qualsiasi sapere empirico di settore, causale, naturale, sociologico da un lato, e il sapere normativo dall'altro».

76 Si fa riferimento a tutti quegli studi sociologici e filosofici che suggeriscono da tempo che non è possibile scindere il mondo analogico da quello digitale, poiché la «tecnologia è società» e il digitale non è altro che l'evolversi della nostra realtà sociale, che non si sdoppia, ma assume, nella sua "dimensione liquida", diverse forme. Cfr. P. Lévy, *Cybercultura: gli usi sociali delle nuove tecnologie*, Feltrinelli 1998; M. Castells, *La nascita della società in rete*, Università Bocconi Editore 2002; L. Floridi, *La quarta rivoluzione: Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaele Cortina 2015.

77 Raccogliendo i suggerimenti terminologici offerti dalla filosofia, e in particolare dal filosofo Gilles Deleuze, la relazione tra regola e caso può essere delineata attraverso il verbo "associare". Sostiene il filosofo che il metodo della pratica della giurisprudenza, che definisce "topica", per distinguerla dalla pratica della legge, procede per "associazioni" (G. Deleuze, *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, trad. it. di M. Cavazza, Cronopio 2000): è una pratica del caso fondata però su associazioni con il preesistente giuridico, il caso contribuisce «a perpetuare e sviluppare le maglie» del diritto. Cfr. L. de Sutter, *Deleuze e la pratica del diritto*, trad. it. di L. Rustighi, ombre corte 2011, 83, e più ampiamente sulle tesi del filosofo p. 81 ss. Si tratta del risvolto filosofico dei temi che alimentano il dibattito intorno al c.d. diritto giurisprudenziale, già richiamato

vita”, muoversi sui confini e “strappare lungo i bordi” che dividono ciò che è lecito da ciò che è illecito, o ciò che è non imputabile da ciò che è imputabile, diventa un’operazione che richiede l’utilizzo di strumenti in grado di rispecchiare questa dimensione: quella che lega testo e contesto.

Rimanendo sul piano metodologico, dunque, la teoria della perfezione-consumazione per interpretare il caso concreto costituisce un utile strumento per fronteggiare una fattualità che si manifesta con crescenti gradi di complessità, in particolare quando si deve fare i conti con le implicazioni legate all’interagire dell’uomo con componenti scientifiche e tecnologiche capaci di intervenire sul mondo⁷⁸. Soprattutto in questi casi risulta determinante riuscire a definire se e fino a quando un margine di dominabilità dell’uomo sulla protrazione del fatto tipico sia riscontrabile. Infatti, da un lato, occorre garantire una responsabilizzazione nell’uso delle tecnologie, quando si inseriscono in un contesto di *agency* condivisa, senza che rimangano “vuoti” di responsabilità. E quindi il confine non può essere eccessivamente ristretto. Dall’altro lato, occorre arginare estensioni incontrollate della responsabilità di fronte alla “delega” di porzioni d’attività, senza che vi sia una dominabilità effettiva. E quindi il confine non può nemmeno essere eccessivamente esteso. Per indirizzarle, può essere un approccio metodologico proficuo quello di “muoversi sui confini” valorizzando la relazionalità che lega la regola e la dinamica realizzazione del fatto.

(cfr. nota n. 2). Tra i più recenti lavori monografici che si inseriscono nel ricco dibattito si veda A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità*, cit., nonché la recensione del volume, in cui si solleva la domanda se «possiamo ancora dirci illuministi?», di M. Caputo, *In cammino verso un’ermeneutica prescrittiva nell’applicazione della legge penale*, in «Cass. pen.» (2023) 3, 1064 ss.

78 Sul punto cfr. L. Picotti, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in «Dir. pen. e proc.» (2024) 3, 293 ss.

I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE

Il caso del trattenimento italo-albanese

Filomena Pisconti

Ricercatrice (RtDA) di diritto penale, Università degli Studi di Bari "A. Moro"

1. IL DIBATTITO GENERALE SULLA MATERIA PENALE IN TEMA DI DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEL MIGRANTE

Il (pericoloso) compito del diritto penale di contrastare l'immigrazione irregolare alimenta il dibattito sulla applicazione del sistema di garanzie in favore del migrante destinatario di misure restrittive della libertà personale, riconducibili al quadro della cd. *crimmigration*¹.

È unanime il convincimento che la misura della *migration detention*, nonostante la sua (apparente) qualificazione come «amministrativa», attrae le attenzioni del giuspenalista che rintraccia nelle *species* oggi esistenti un modello di trattenimento idoneo ad incidere sulla libertà di circolazione e di soggiorno dello straniero, sotto forma di una vera e propria detenzione carceraria²; l'intensa carica securitaria della normativa degli Stati europei

1 Sul fenomeno della *crimmigration*, cfr. senza pretesa di esaustività, C. Ruggiero, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal «decreto Minniti» al «decreto sicurezza bis»*, in *AP online* (2020) 2, 1-26; G.L. Gatta, *La pena nell'era della «crimmigration»: tra Europa e Stati Uniti*, in *RIDPP* (2018) 2, 675-720; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *DPP* (2019) 11, 1492-1502; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli 2019, 1-112; L. Siracusa, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *RPE* (2019) 1-2, 273-325; R. Rosenberg Rubins, *Crimmigration under international protection: constructing criminal law as governmentality*, Southport 2023, 1-250; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *LP online* (2019), 24.07.2019, www.la legislazione penale.eu.it; C. Cuauthémoc García Hernández, *Criminal law*, American Bar Association 2021, 2^a ed., 1-304.

2 Cfr. A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2014) XVI 1, 19-40; G. Campesi, *La detenzione amministrativa de-*

in materia di gestione dei flussi migratori ha, infatti, ridimensionato l'operatività residuale dell'istituto della detenzione³.

L'etichetta amministrativa «*dimentica intenzionalmente di importare le garanzie del sistema della giustizia penale, sacrificate sull'altare della maggiore efficacia e speditezza dell'azione di contrasto all'immigrazione irregolare e alla connessa criminalità*»⁴; l'espressione di «pene senza delitto» resta, comunque, la più efficace per connotare alcune misure che per il loro grado di afflittività indicano vere e proprie sanzioni penali privative della libertà personale⁵.

Nella cornice di pene senza delitto il dibattito sulla *migration detention* ha riguardato, in particolar modo, le misure privative della libertà del migrante definite come «atipiche» o *extra-ordinem*, con un contenuto fortemente afflittivo, avvolto da un involucro nominalistico che può essere definito come «*ipocrisia terminologica tutt'altro che innocua*»⁶.

Così, le valutazioni del giuspenalista riguardano la attivazione delle fondamentali garanzie costituzionali e convenzionali in materia di libertà personale in tutti quei casi in cui essa venga ristretta con una misura fortemente afflittiva denominata formalmente «amministrativa», che si colloca all'interno della materia penale con la sua natura ibrida⁷, in ragione proprio di «*quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale*»⁸.

gli stranieri. Storia, diritto, politica, Carocci 2013, 1-248; F.V. Verzi, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2015) XVII 3-4, 117-141; A. Massaro, *L'uropeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei «doppi binari» nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della «materia penale»*, in *DPC online* (2015), 15.07.2015, www.penalecontemporaneo.it.

3 Cfr., sul punto, E. Valentini, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo*, in *RIEDP online* (2023), 25.07.2023, www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc.

4 L. Foffani, «*Crimmigration*»: *dalla giurisprudenza CEDU ai «decreti sicurezza*», in A. Saccucci, P. Pinto de Albuquerque (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea, Opinioni dissenzienti e concorrenti (2016-2020)*, Editoriale scientifica 2021, XX-1296, 375.

5 Cfr. A. Manna, F.P. Lasalvia, *Le «Le pene senza delitto»: sull'inaccettabile «truffa delle etichette»*, in *AP* (2017) 1, 1- 29.

6 A. Della Bella, «*Trattenimento*», in *SP online* (2023), 07.06.2023, www.sistemapenale.it.

7 Cfr. F. Pisconti, *The detention of migrants and the debate on criminality, deceitful descriptions and underlying guarantees*, in F. Mazzacava, M. Odriozola Gurrutxaga, N. Recchia, A. Santangelo (a cura di), *Criminal Justice in the prism of human rights*, Maklu 2023, 167-177.

8 Cfr. nt. 5. Il riferimento è alla sentenza della C. cost. sent. 22.03.2001 n. 105 sul trattenimento amministrativo italiano.

Il presupposto applicativo della misura detentiva amministrativa del migrante si è progressivamente esteso: nella sua primigenia versione la detenzione, infatti, produceva un soggiorno forzato dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato in apposite strutture per impedire di sottrarsi alla esecuzione del provvedimento di allontanamento coattivo alla frontiera. La misura detentiva è estesa oggi anche ai richiedenti asilo che vengono privati della libertà nelle more dell'esame della propria domanda.

In entrambe le situazioni, la funzione amministrativa della detenzione si spiega per il fatto di non essere una misura disposta per la commissione di un fatto e quindi non raggiunge gli scopi della pena, trovando il suo presupposto applicativo nella qualità di straniero irregolare o richiedente asilo.

L'aspetto caratterizzante questo *trend* di estensione applicativa della detenzione amministrativa del migrante è proprio quello della esaltazione della finalità deterrente nei confronti dell'immigrazione « indesiderata ».

Tradizionalmente le misure detentive hanno trovato collocazione nel perimetro del diritto penale, perché connesse ad un reato, mentre la detenzione in assenza di reato è considerata « *autentica bestialità di fine millennio* »⁹, che proprio nel campo migratorio del diritto dell'Unione Europea è diventata « *strumento funzionale all'esercizio delle prerogative di controllo dell'immigrazione* »¹⁰.

L'etichetta amministrativa ha progressivamente allontanato la misura detentiva del migrante dall'impianto liberale costruito nel tempo a tutela della libertà personale, per essere collocata in quello meno garantista del diritto amministrativo, nonostante il migrante il più delle volte si trovi recluso in luoghi che appaiono come prigioni di fatto.

Forme mutevoli di una stessa sostanza: sono molteplici i luoghi impiegati che hanno assunto diverse denominazioni nelle legislazioni statali, a partire dai centri destinati alla sosta dei migranti soggiornanti irregolari, ai Centri governativi per l'accoglienza o il trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo come Centri governativi di primo soccorso (CPSA), ai Centri di accoglienza (CDA), ai Centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) e ai Centri di identificazione ed espulsione (CIE) tramutati in Centri per di permanenza per i rimpatri (CPR), agli HUB regionali, agli *hotspots*, alle zone di frontiera, alle navi-quarantena.

9 M. Veglio, *La Malapena. Sulla crisi della giustizia al tempo dei centri di trattenimento degli stranieri*, SEB27 2020, 1-104, 37.

10 R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Edizione Scientifica 2018, 1-318, 14.

Insomma: «un florilegio di sigle e acronimi dietro cui si cela un dedalo normativo in cui è difficile districarsi, ove le destinazioni d'uso cambiano da un giorno all'altro, e ove si consuma, certo in misura diversa, un assoggettamento dei migranti all'altrui potere mai in linea con quanto costituzionalmente prescritto in materia di limitazione della libertà personale»¹¹.

Lo scopo preventivo della misura ha collocato le forme di trattamento al di fuori della dimensione penalistica, sull'assunto che per prevenzione si intende «l'azione volta a fronteggiare il pericolo, ad impedire il prodursi o lo svilupparsi di un fatto dannoso e per sanzione si intende l'atto coercitivo quale conseguenza della trasgressione di un obbligo a sua volta qualificata in chiave di illecito»; allora sì che la natura giuridica della detenzione amministrativa non può esser ricompresa «entro il *genus delle risposte ordinamentali* ab origine di tipo sanzionatorio»¹².

«Trattenere» il regime della *migration detention* al di fuori dall'ambito della materia penale ha comportato l'attrazione della disciplina nell'ambito del diritto amministrativo; ma come è stato rigorosamente affermato, «la funzione cautelare non vale ad escluderne l'attinenza alla materia penale, precisamente in quanto si tratta di misura cautelare che, privando taluno della libertà personale, presenta la gravità che connota la materia penale»¹³.

«Un ritorno al penale»¹⁴ dell'istituto potrebbe costituire l'occasione per gli stranieri privati della loro libertà personale di poter beneficiare di garanzie più robuste e conferenti al loro *status* di detenuti¹⁵.

11 D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* (2019) 1, 1-39, 7, che aggiunge: «l'orientamento secondo cui la natura, *rectius* funzione, preventiva di una sanzione varrebbe ad escluderne l'attinenza alla materia penale, che sarebbe invece connotata nel senso della natura o funzione "repressiva", può probabilmente trovare conferme nell'incerta giurisprudenza della Corte EDU; e, tuttavia, risulta incompatibile con i compiti del diritto penale secondo la Costituzione italiana e secondo altri ordinamenti europei continentali».

12 P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei «luoghi di detenzione». Un'indagine di diritto penale intorno al carcere, REMS e CIE*, Roma Tre-Press 2017, 361-422, 374.

13 Cfr. nt. 10.

14 Cfr. D. Loprieno, «Trattenere e punire». *La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale scientifica 2018, 1-254; A. Pugiotta, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *QC* (2014) 3, 573-604.

15 Cfr. L. Bernardini, *Il trattenimento degli stranieri sotto la lente del processualpenalista. Una misura sanzionatoria di natura penale?*, in G. Del Turco, C. Milano, M. Savino, M. Tuozzo, D. Vitiello, (a cura di), *Annuario ADiM 2022. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, 516-528.

Eppure, né nell'art. 5 CEDU, che sancisce il diritto universale di libertà e sicurezza e che legittima la *detention* del migrante irregolare, né negli artt. 15 e 16 della Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva Rimpatri) per quanto i migranti irregolari e né negli art. 8 e ss. della Direttiva 2013/33/UE (c.d. Direttiva Accoglienza) sulla detenzione dei richiedenti protezione internazionale, si fa menzione della natura sostanzialmente penale della misura *de qua*.

L'applicabilità dei criteri *Engel* alla detenzione amministrativa, seguendo le indicazioni di autorevole letteratura penalistica, non sembrerebbe peregrina: tali indicatori, infatti, «sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura (...) di cui la Corte [EDU] nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche»¹⁶.

Parrebbe potersi richiamare «il terzo dei criteri elaborati dalla Corte EDU a partire dalla sentenza *Engel* – apparentemente netta nel considerare sanzione sostanzialmente penale ogni privazione della libertà personale –, per quanto tali criteri e i loro rapporti reciproci siano tutt'altro che nitidi, come viene diffusamente rilevato»¹⁷: le ragioni di afflittività nei confronti dei diritti fondamentali di libertà dell'individuo delle misure detentive imporrebbero l'adozione delle garanzie penalistiche.

L'attinenza alla materia penale delle misure cautelari, seppur con natura preventiva, comporterebbe il «consolidamento dell'approccio “sostanzialistico” fondato sui criteri della “severità” della sanzione e, in misura ancora maggiore, della sua finalità punitiva»¹⁸; misure che devono, quindi, essere implementate con la previsione di adeguate garanzie in favore del singolo.

Così, è legittimo chiedersi: «su quali basi si fonda questa operazione di riduzione della materia penale à la *Engel*, effettuata senza che né la Corte EDU né la Corte costituzionale abbiano mai espressamente dichiarato il superamento dell'originaria criteriologia? E se davvero l'afflittività della misura non ne comporta di per sé la natura penale, anche misure preventive che incidano sulla libertà personale giacerebbero al di fuori della

16 L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli 2018, 1-280, 217.

17 A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in SP (2022) 4, 43-71, 66.

18 M. Mancini, *La «materia penale» negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi.it* (2018) 1, 1-26, 12.

materia penale, e il loro corredo di garanzie sarebbero allora solo quello previsto dalle norme poste a presidio di tale diritto (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU)? O invece quando è in gioco la libertà personale, le garanzie della materia penale dovrebbero comunque ritenersi applicabili, anche al di là della finalità perseguita dal legislatore nel disporre la misura?»¹⁹.

In tema di immigrazione, ad ogni modo, non dovrebbe essere intaccata la dimensione della libertà personale senza l'attivazione di dovute e adeguate garanzie; eppure, nel caso dell'immigrato, accade che «*la libertà personale diventa disponibile per l'autorità anche quando voglia ottenere che l'immigrato "irregolare" lasci l'italico suolo; si tratta di un cambio di paradigma davvero forte, perché non soltanto amplia le rigide deroghe costituzionalmente ammesse alla sua inviolabilità, ma condanna all'oblio la parola detenzione quando si vogliono evocare gli strumenti attraverso cui l'ordinamento "si appropria" della libertà del migrante*»²⁰.

2. IL CASO DEL TRATTENIMENTO ITALO-ALBANESE

In Italia il dibattito sulla *migration detention* si è intensificato a partire dalle nuove disposizioni del governo Meloni che hanno riformato alcuni aspetti del sistema della detenzione: ad esempio, la l. n. 50/2023 che, in sede di conversione del d.l. 20/2003 (c.d. Decreto Cutro) ha modificato l'art. 28 bis d.lgs. 25/2008, estendendo il trattenimento anche al richiedente protezione internazionale proveniente da un Paese designato di origine sicura.

Gli stessi richiedenti oggi devono essere trattenuti quando non abbiano consegnato il passaporto ovvero non prestino «idonea garanzia finanziaria», istituto introdotto con decreto interministeriale del Ministero dell'Interno, con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

19 L. Masera, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in SP online (2022), 14.07.2022, www.sistemapenale.it.

20 L. Caraceni, *Dalla «detenzione» al «trattenimento» dello straniero: un lessico giuridico spregiudicato per eludere le garanzie dell'habeas corpus*, in *La detenzione dei migranti tra restrizione e privazione della libertà: un diritto fondamentale al bivio?* (Seminario di Studio, Urbino 24 novembre 2021), in *Cultura giuridica e diritto vivente* (2022) 10, 1-27, 11.

Si consideri, inoltre, l'aumento dei fondi per l'ampliamento della rete dei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR)²¹, o l'aumento del tempo di permanenza massimo previsto per chi viene trattenuto, fino a 18 mesi²².

In questo quadro si colloca il protocollo italo-albanese in materia migratoria, che secondo quanto affermato dalla Commissaria per i diritti umani, Dunja Mijatović, fa parte di «*un più ampio trend europeo di “esternalizzazione” delle procedure di asilo*» che rischia di mettere in discussione le garanzie fondamentali per i diritti umani dei migranti²³.

Al momento in cui si scrive, il protocollo veniva firmato a Roma lo scorso 6 novembre 2023 e successivamente il 18 dicembre 2023 il Governo presentava alle Camere il disegno di ratifica ed esecuzione del protocollo (d.d.l. AC 1620), dopo che era intervenuta la sospensione della ratifica da parte della Corte costituzionale albanese²⁴.

Esso prevede il trasporto coattivo in Albania di persone di paesi terzi per le quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica italiana: così, i soggetti condotti su territorio albanese verranno collocati in strutture realizzate in aree concesse a titolo gratuito all'Italia, al solo fine di effettuare le procedure di frontiera o di rimpatrio previste dalla normativa italiana ed europea e per il tempo strettamente necessario alle stesse.

Si legge che le autorità italiane assicureranno «*la permanenza dei migranti all'interno delle aree impedendo la loro uscita non autorizzata*» (art. 6.5) e il periodo di permanenza in esse «*non può essere superiore al periodo massimo di trattenimento consentito dalla normativa italiana*»

21 L. 29 dicembre 2022 n. 197, art. 1, co. 678.

22 D.l. 19 settembre 2023, n. 124, art. 20 che modifica l'art. 14 del d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286. Per un primo commento cfr. R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero nei c.p.r. secondo il decreto-legge 124/2023, o di come valorizzare le worst practices*, in Adim Blog, www.adimblog.com/2023/12/01/ (consultato il 14.01.2024); ASGI (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), *CPR: serve una riforma organica e non misure irragionevoli e costose. Le nostre osservazioni alla Commissione Bilancio*, in <https://www.asgi.it/notizie/cpr-riforma-costi-non-misure-irragionevoli/> (consultato il 14.01.2024).

23 Cfr. *Le dichiarazioni della Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa in merito al protocollo d'intesa tra Italia e Albania sulla gestione dei flussi migratori*, in SP online (2022), 13.11.2022, www.sistemapenale.it: «*However, externalisation measures significantly increase the risk of exposing refugees, asylum seekers and migrants to human rights violations*».

24 Cfr. *The constitutionalist blocks the Rama-Meloni pact for immigrants, considers the opposition's lawsuit*, in <https://pamfleti.net/english/aktualitet/pakti-shqiperi-itali-per-emigrantet-gjykata-kushtetuese-merr-ne-shqyr-i203007> (consultato il 14.01.2024).

(art. 9.1). Così il trattenimento potrà dunque perdurare fino alla durata massima del periodo previsto oggi dalle norme italiane e cioè fino a 18 mesi, ovvero il nuovo termine previsto.

Alle persone condotte nei centri sarebbe impedito di uscire: è evidente, dunque, che trattasi di un vero e proprio regime di detenzione automatica e prolungata.

La base legale di questo regime di detenzione è piuttosto indeterminata per diversi aspetti, quali le modalità concrete di esercizio del diritto tramite un difensore legale - benché ogni straniero deve essere messo nelle condizioni di esercitare il suo diritto alla difesa garantito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU -, la competenza del giudice a convalidare il trattenimento coatto e quella del giudice in caso di diniego di rilascio della protezione internazionale.

Il testo della proposta di disegno di legge, invece, ha approfondito alcuni aspetti. Esso chiarisce, anzitutto, la circostanza che trattasi di luoghi chiusi da cui è impedita l'uscita, sia di CPR che di spazi di trattenimento dei cd. *hotspot* visto che l'art. 3 dispone, al comma 4, che alcune strutture siano equiparate ai luoghi di trattenimento presso i punti di crisi, e, richiamando l'art. 10 ter del TUIImm., dispone che sia allestita una struttura per il rimpatrio, equiparata ai centri di cui all'art. 14; a queste forme di detenzione si aggiunge una ulteriore forma di detenzione riferita a strutture in cui i migranti possono essere trasferiti per scontare le misure cautelari per reati commessi all'interno dei centri.

Oltre a questi richiami, l'art. 3 co. 2 specifica che le aree sono equiparate alle zone di frontiera o di transito, individuate dall'art. 28 bis co. 4 del d.lgs. 25/20228, rendendo, di fatto applicabile la specifica normativa sulla procedura accelerata di valutazione delle domande di protezione.

La previsione nel testo della realizzazione di più tipi di centri detentivi è funzionale al fatto che *«il percorso della detenzione amministrativa deve insomma trovare, nel disegno legislativo, piena e completa attuazione nel territorio albanese, tanto nella fase di identificazione e prima valutazione delle domande, quanto in quella successiva di esecuzione dell'eventuale decisione di rimpatrio»*²⁵.

Tra gli ulteriori aspetti più rilevanti, per quanto riguarda le autorità amministrative e giurisdizionali coinvolte, viene chiarito che i provvedi-

25 Per un primo commento al disegno di legge cfr. L. Masera, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia e Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in SP online (2023), 29.12.2023, www.sistemapenale.it.

menti amministrativi nei confronti dei migranti sono adottati dal Prefetto, dal Questore e dalla Commissione territoriale di Roma, con costituzione di apposite sezioni *ad hoc*, le decisioni giudiziarie sono di competenza del Tribunale di Roma (art. 4).

Per assicurare l'immediata instaurazione dell'assistenza tecnica e del diritto di difesa il disegno di legge stabilisce le modalità per rilasciare a distanza la procura speciale al difensore.

Spetta, tuttavia, al responsabile della struttura in territorio albanese il compito di adottare tutte le misure necessarie per assicurare il tempestivo e pieno esercizio del diritto di difesa del migrante, consentendogli anche di conferire in via riservata con il difensore mediante mezzi di collegamento audiovisivi. Rileva, pertanto, una eccessiva discrezionalità del responsabile nella gestione dell'esercizio di un diritto così rilevante come quello di difesa.

L'idea di fondo del protocollo ruota intorno la necessità di bloccare i flussi in entrata sul territorio nazionale, giacché i migranti verranno direttamente imbarcati sui mezzi delle autorità italiane a seguito delle operazioni «*all'esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell'UE*», anche a seguito di operazioni di soccorso, con ciò indicando che l'accordo sarà applicato solo per i migranti soccorsi in acque extraeuropee, internazionali.

Un meccanismo, dunque, di controllo dei flussi finalizzato ad evitare l'entrata sul territorio italiano e che, di fatto, esternalizza la detenzione dei migranti. Non si cerca più di rendere invisibile la permanenza del migrante sul territorio, ma si cerca di invisibilizzare il suo ingresso.

3. CONCLUSIONI DI LEGITTIMITÀ

Così, «*La garanzia della securité' contro un nemico costante diviene l'imperativo categorico dello Stato attuale, la legislazione emergenziale assurgendo a paradigma del sistema penale, indissolubilmente legato al mito durkheimiano di una coscienza sociale "che integra tutti i membri di una società, in particolare nel momento della violazione delle norme"*»²⁶.

26 F. Restà, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in IP (2006), 1, 182-227, 184 che riporta (rif. nota n.8) la citazione di A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, in Dei delitti e delle pene (1985) 3, 443 ss., 456.

Lo straniero pericoloso, dunque, deve essere dissuaso dal dirigersi verso le coste italiane e il sistema della *migration detention* extraterritoriale rappresenta un simbolo della forza stigmatizzante della normativa di settore.

L'utilizzo di misure detentive che eludono l'applicazione dei principi convenzionali e costituzionali della materia penale, non solo costituiscono esempio lampante di «frode delle etichette», ma anche un inaccettabile effetto di bagattellizzazione della libertà personale.

L'analisi della legittimità dei centri di detenzione fuori dal territorio nazionale, per la probabilità che possa diventare modalità organizzativa degli Stati, verterà su una riflessione preliminare circa l'esistenza di un principio costituzionale o di diritto internazionale che vieti in modo esplicito la creazione di centri di detenzione collocati fuori dai confini statali.

Sarà evidentemente necessario chiarire i meccanismi concreti di come si adopera il Paese UE nel monitoraggio della tutela irrinunciabile dei diritti di protezione internazionale e delle libertà individuali, qualora tale *modus operandi* verrà adottato anche da altri Paesi.

La previsione di una misura detentiva automatica che rappresenta l'unica forma di permanenza consentita sul territorio albanese certamente spoglia il trattenimento dell'idea di misura di *extrema ratio*.

L'accordo italo-albanese delinea una strategia di extra-territorializzazione della detenzione, che, pur non intaccando la responsabilità sulle domande di asilo delle autorità ospitate nel Paese terzo, rischia di disattendere le garanzie che presidiano l'art.13 della Costituzione, che rappresenterebbe l'ennesimo stato di eccezione riservato ai migranti.

Il patto italo-albanese potrà rappresentare un vero e proprio laboratorio sperimentale di esternalizzazione dei centri di detenzione: «*The MoU is indicative of a wider drive by Council of Europe member states to pursue various models of externalising asylum as a potential 'quick fix' to the complex challenges posed by the arrival of refugees, asylum seekers and migrants. However, externalisation measures significantly increase the risk of exposing refugees, asylum seekers and migrants to human rights violations. The shifting of responsibility across borders by some states also incentivises others to do the same, which risks creating a domino effect that could undermine the European and global system of international protection*»²⁷.

27 Cfr. nt. 23.

A riguardo, il prof. Luigi Ferrajoli ha lucidamente osservato come tale Protocollo testimoni il «*disprezzo per il diritto e per i diritti della destra al governo: la deportazione dei migranti in Albania, una sorta di Guantanamo italiana, in violazione del diritto d’asilo e dell’habeas corpus. Le persone non sono cose e la privazione della loro libertà necessaria per trasferirle in Albania contro la loro volontà è chiaramente un sequestro di persona*»²⁸.

La normalizzazione di questo tipo di detenzione, per scopi burocratici e amministrativi «di massa», rischia di sfuggire alle logiche di eccezionalità e proporzionalità della misura, favorendo il processo di invisibilità cui sono condannate le persone trattenute e deportate.

L’auspicio è che queste possano, tramite l’applicazione rigorosa dei principi e delle garanzie in materia di libertà personale, arginare il rischio che il trattenimento diventi una arma vincente che mette in fuga i migranti alle porte d’Europa.

La strategia degli Stati di spostare le frontiere sempre più al largo dei confini nazionali impone di inquadrare le più recenti prassi limitative della libertà personale non formalizzate all’interno di categorie concettuali che consentano di attivare garanzie nazionali e sovranazionali poste a presidio della stessa: fintanto, «*la materia appare caratterizzata da estrema fluidità e da delicati risvolti di politica nazionale ed europea, la cui trattazione è resa ancora più complessa dal suo marcato carattere interdisciplinare*»²⁹.

28 F. Borlizzi, *Accordo Italia-Albania: l’inarrestabile spirale dei «legal black holes»*, in <https://openmigration.org/analisi/accordo-italia-albania-linarrestabile-spirale-dei-legal-black-holes/> (consultato il 14.01.2024).

29 F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in DPC (2020) 3, 428-443, 441.

IL CONCETTO ONNIVORO DI SICUREZZA

Dal penale al limite al penale oltre ogni limite

Gianluca Ruggiero

Dottore in diritto penale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

La sicurezza è *ratio essendi* dello Stato moderno. Presidia l'*ordinato, pacifico e tranquillo andamento della vita sociale*. Negli ultimi decenni è diventata: un bene rifugio di tipo emotivo; un interesse mediatico; una concettualizzazione sociologica; un'icona populista; un oggetto di tutela penale. Si è creato così un modello punitivo finalizzato alla messa in sicurezza, non solo di beni giuridici, ma anche di segmenti del vivere civile come i fenomeni migratori, la marginalità sociale, le aree tecnologiche. In questo modo viene riproposto il tema della difficile convivenza tra sicurezza e libertà, che ondeggia tra un modello securitario *antropocentrico* a tutela dei diritti, ed uno *statocentrico*, vincolato alla sovranità statale e al concetto feudale di potere legittimato dalla *proprietas terrae* che rende i corpi accessori alla terra, con la sicurezza declinata come ordine pubblico.

L'analisi storica permette di ricostruire la sua definizione polivalente: dalla sicurezza contro gli *oziosi* e *vagabondi* dello Stato liberale allo Stato sociale che invece, ha generato un sistema a "fisarmonica" tra il *diritto penale minimo* legato all'*extrema ratio*, con i diritti sociali delegati a recuperare le sacche di marginalità, e l'estensione del diritto punitivo per mettere in sicurezza le funzioni propulsive del *Welfare State*.

Indebolitosi lo Stato sociale, il millennio si apre con la prevalenza della declinazione punitiva della sicurezza: si assiste al passaggio dalla *sicurezza penale al penale della sicurezza*. Nel concetto bidimensionale, sulla dimensione oggettiva di pericolo reale, prevale la componente soggettiva, la sicurezza percepita, il *sentirsi sicuro*.

1. IL CONCETTO ONNIVORO DI SICUREZZA

La sicurezza, da oggetto di tutela marginale e scopo generale dell'universo punitivo, è diventata strumento di anticipazione della punibilità e

punto archimedeo di un sistema autonomo in tensione con i principi costituzionali e penali dello Stato democratico. Divenuto sostanza delle *politiche del disgusto* e dell'*indegnità*¹, il penale securitario si espande *maggiormente* fuori da ogni disegno razionale, manifestando la regressione del sistema attraverso un processo espansivo (ed involutivo) dell'area punitiva, che favorirebbe un uso strumentale, simbolico e pletorico del diritto penale², da cui derivano illeciti connotati di inoffensività³ e di difficile accertabilità e verificabilità processuale⁴.

La sicurezza è un termine onnipresente nell'esperienza contemporanea. È un concetto *liquido, indeterminato, onnivoro*⁵, che sfalda gli assi portanti del penale di matrice illuministica e liberale, ma anche personalistica e solidaristica, creando un modello punitivo di difesa della percezione, che va oltre la tutela di una sicurezza oggettiva o oggettivabile. Il diritto punitivo tarato sull'allarme sociale, spinto dal populismo, converge nel penale dell'odio, dell'intolleranza, dell'etica, criminalizzando le persone e non i fatti, trasformando emergenze sociali e umanitarie in emergenze criminali⁶. In altri termini, da oggetto della tutela penale, la sicurezza si trasforma in un concetto metagiuridico, una categoria altamente politicizzata e ideologizzata⁷, non più *giuridicizzabile*⁸. La finalità è precisa: escludere e discriminare segmenti del corpo sociale ritenuti marginali, in netta opposizione ai contenuti liberali, democratici e solidaristici della *sicurezza sociale* e della *sicurezza dei diritti*⁹, in sintonia con un paradigma identitario ed esclusivista della Costituzione nella visione prospettata da Carl Schmitt.

1 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza 2012, 200.

2 L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Giappichelli 2019, 10. A. Baratta, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in «SM di Giovanni Tarello», vol. II, Giuffrè 1990, 19.

3 F. Bricola, *Teoria generale del reato* (voce), in «NssDI», XIV, Utet 1973, 82.

4 Si veda, ad esempio, l'introduzione del reato di maternità surrogata. Per un approfondimento: G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in «Sist. pen.» 2023.

5 G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. Riscato, E. La Rosa (a cura di) *Laicità e multiculturalismo: profili penali ed extrapenali*, Giappichelli 2009, 20.

6 L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigranti (note a margine della legge n. 94/2009)*, in «Quest. giust.» 2009, 5. L. Riscato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del «decreto sicurezza»*, in «DPP» 2019, 16.

7 I. Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Bompiani 1970, 18.

8 C. E. Paliero, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezza? Prove libere di psicopolitica criminale*, in M. Donini, M. Pavarini (a cura di) *Sicurezza e diritto penale*, Il Mulino 2011, 308.

9 M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «CP» 2006, 910.

La sicurezza è *ratio essendi* dello Stato moderno¹⁰, diritto fondamentale e interesse sociale di sistema¹¹. Presidia l'*ordinato*¹², *pacifico* e *tranquillo* andamento della vita sociale. Negli ultimi decenni è diventata: un *bene rifugio* di tipo emotivo, artificiale ed immaginifico, utilizzato dal potere politico come interesse-*antidoto* alla paura e all'insicurezza sociale¹³; un *interesse mediatico*¹⁴ relativo alla narrativa ansiogena ed allarmista della realtà; una *concettualizzazione sociologica* che assume centralità *politica* in quanto leva elettorale; un'*icona populista* e *sovranista* che vede nel diritto punitivo un *instrumentum regni*; un *interesse tecnocratico* e *burocratico*, legato a funzioni amministrative e di controllo; un *valore etico* che individua i nemici dell'etica pubblica¹⁵ e che affida alla pena il compito di ripristinare l'ordine morale violato¹⁶; un *oggetto* di tutela penale, o meglio, un "ripostiglio di concetti"¹⁷; un "diritto"¹⁸.

In questo modo, si è creato un modello punitivo finalizzato alla messa in sicurezza, non solo di diritti e beni giuridici, ma anche di processi economici e segmenti del vivere civile come i fenomeni migratori, la marginalità sociale, la gestione di enti, le aree tecnologiche¹⁹. Si ripropone, così, il tema della difficile convivenza tra sicurezza e libertà, che ondeggia tra un polo garantista e uno potestativo-sovranista di limitazione dei diritti

10 N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Feltrinelli 1965, 81. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza 2008, 13.

11 A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in M. Palma, S. Anastasia (a cura di) *La bilancia e la misura*, Franco Angeli 2001, 21. W. Hassner, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59.

12 G. De Vero, *Sicurezza pubblica nel diritto penale* (voce), in «DDP» XIII, Utet 1997, 286.

13 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, ESI 2020, 387.

14 M. Donini, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 16.

15 T. Padovani, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in «AP» 2018, 1.

16 M. Sbricoli, *Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario*, in M. Sbricoli, *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Ponte delle grazie 1991, 9.

17 G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli 2014, 92.

18 M. Pelissero, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo pacchetto sicurezza*, in «Studium iuris» 2017, 1100. Per l'A., la sicurezza da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti è assurda essa stessa a diritto, diventando strumento di espansione del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali.

19 D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli 2018, 11.

e delle libertà²⁰: tra un modello securitario antropocentrico²¹, che indirizza l'intervento punitivo a tutela dei diritti, e un modello stato-centrico²², vincolato alla sovranità statale e al concetto feudale di potere legittimato dalla *proprietas terrae* che rende i corpi accessori alla terra, con la sicurezza declinata come mero ordine pubblico²³.

All'indomani del Secondo dopoguerra la sicurezza era una concettualizzazione contenibile sul piano punitivo, in quanto la sua tutela era subordinata alla libertà e all'uguaglianza dei diritti: la *securitas* era gerarchizzabile all'interno dei parametri costituzionali e iscrivibile nello stato punitivo del pericolo. Al contrario, oggi, il *penale della paura* mira ad una *sicurezza assoluta e radicale* che tende ad accreditare l'idea che tutti i diritti fondamentali vadano rivisitati, anche con revisioni costituzionali²⁴, in funzione del superiore interesse alla sicurezza. Sicché si produce, da una parte, l'impraticabilità dell'individuazione e determinazione dell'oggetto della tutela penale (il diritto? l'interesse alla sicurezza?), dall'altra, la preclusione di qualsiasi prospettiva di bilanciamento tra diritti, interessi e beni²⁵. Il risultato: un *monismo securitario* che ridimensiona le libertà individuali, attratte da un unico interesse superindividuale, quindi la sommatoria di tutto ciò che la convenzione sociale normativa ritiene meritevole di tutela. In altri termini, non ci si muove più all'interno del perimetro di

20 N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano 1965, 11. P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"* in S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di) *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia university press 2009, 115. F. Mantovani, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in «RIDPP» 2010, 1003. P.P. Portinaro, *Stato*, Il Mulino 1999, 52. C. PRITTWZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 106.

21 N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi 1984, 149.

22 C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in «RIDPP» 1994, 1220. C. Roxin, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in «RIDPP» 2000, 3. G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, in «RIDPP» 2022, 1040.

23 M. Pelissero, *Il superamento delle sanzioni punitive*, cit., 82. La sicurezza fa propri e potenzia i difetti del già problematico concetto di ordine pubblico.

24 M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo destra-centro*, in «RIDPP» 2022, 1417. L' A. sottopone a forte critica le proposte di modifica dell'art. 27 Cost. al fine di garantire il mantenimento dell'istituto dell'ergastolo ostativo e del carcere duro: «Alzo il tono e mi consento un registro che non mi è solito, ma l'argomento infiamma: un diritto penale la cui regola-base sia che l'uomo non è fatto per la legge, ma le legge per l'uomo».

25 A. Cavaliere, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in A. Cavaliere, V. Masarone (a cura di) *L'incidenza di Decisioni quadro, Direttive e Convenzioni Europee sul diritto penale italiano*, ESI 2018, 44.

un *penale al limite*²⁶, ancorato al sistema delle garanzie negative²⁷, bensì sul terreno del *penale oltre ogni limite*. La sicurezza postmoderna, divenuta interesse *onnivoro* e *totalizzante*, va a strutturare un penale *oltre ogni limite*, che rende punibili i *sentimenti di minaccia sociale*, paura e allarme, ciò che desta *insicurezza*. La tutela si risolve, dunque, nella difesa della *percezione di sicurezza*. I consociati andrebbero garantiti dai turbamenti di una sicurezza personale che assume contorni ontologici-esistenziali: al bene giuridico (oggettivo o oggettivabile) si sostituisce lo stato d'animo, un interesse indefinito che non può essere paragonato ad un interesse *soggettivo* e nemmeno ad uno *diffuso*, per la mancanza (anche solo potenziale) di un fattore individualizzante in grado di rendere concreta la relativa offesa; è, invece, un generico e vago indirizzo di politica criminale tendente alla rassicurazione sociale: il ricorso, quindi, al diritto punitivo nella sua funzione *promozionale*, non nuova, ma sempre suggestiva. In questi termini, la pena appare solo superficialmente come strumento per trattare i reati, ma ha molti altri effetti: lo Stato, pur nei fatti impotente, si mostra garante della sicurezza, tramite il potere legislativo e giudiziario, la pena come strategia di *rassicurazione*²⁸; in tal senso, il diritto "garantisce" certezze alle aspettative, consentendo di mantenerle anche quando vengono deluse²⁹.

Il passaggio dalla *razionalità* penale alla *passione punitiva*³⁰, rende l'interesse alla sicurezza un grimaldello per l' "illimitata" anticipazione della soglia di punibilità, un *bene di consumo* ricordato ad una politica criminale spettacolarizzata che, al pari della politica *latu senso*, opera scelte fondate sull'opinione che segue le esigenze di *audience*³¹: viene sdogata la punibilità dell'intenzione e la criminalizzazione di pericolosità caratteriologiche e personologiche, in quanto turbative di un senso di sicurezza

26 M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in «Quest. giust.» 2016, 99.

27 L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica 2014, 209.

28 D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in «Criminalia» 2014, 263.

29 R. De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Pensa multimedia 2006, 61.

30 D. Pulitanò, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in «Dir. pen. cont.» 2016, 3.

31 A. Manna, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in «AP» 2016, 7. F. Sgubbi, *Presentazione*, in G. Insolera (a cura di) *La legislazione penale compulsiva*, Cedam 2006, XI. C.E. Paliero, *L'Agora e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?* in «Criminalia» 2012, 109. M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 805.

identitario. In questi termini, il diritto punitivo rappresenterebbe una parte del più ampio progetto della c.d. *biopolitica*, intesa da Foucault³² come la modalità di governo attraverso la sicurezza: liberare dalla paura e dal bisogno, all'insegna dei principi di prevenzione e precauzione; nel passaggio dalla società *disciplinare* alla società *della sicurezza*, il controllo cesserebbe di essere organizzato in modo gerarchico e verticale, per assumere connotati anonimi e orizzontali; se la società *disciplinare* aveva come "luogo della sicurezza"³³ il corpo individuale, la società della sicurezza vede nella popolazione l'area di esercizio della sicurezza pubblica che mira a *regolare* i comportamenti, sanzionando quelli ritenuti devianti.

Quando la *paura* diviene il criterio per selezionare forme di responsabilità penali non vi sono più limiti e garanzie alla prevenzione, si approda, persino, all'ampliamento dell'area della punibilità del dissenso ideologico e politico³⁴. Ma, non solo: la politica, intercettata la domanda di sicurezza proveniente da specifici bacini elettorali³⁵, genera vere e proprie *pene elettorali* promesse durante le competizioni³⁶ per fronteggiare le "emergenze".

La cultura dell'emergenza è responsabile dell'involuzione dell'ordinamento, che si è espressa in una riedizione di vecchi schemi della tradizione penale premoderna³⁷. Alcuni aspetti della divaricazione, rispetto al modello di legalità della Costituzione negli anni '70 e '80, si sono consolidati in norme, prassi e culture entrate a far parte della politica criminale ordinaria³⁸. L'alterazione della fonte di legittimazione della politica penale è determinata dall'assunzione dell'emergenza come giustificazione politica della rottura delle regole del gioco³⁹. È l'idea del primato della *ragion di Stato* sulla *ragione giuridica*, come criterio informatore e principio normati-

32 M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Feltrinelli 2005.

33 G. Clavel, *La gouvernance de l'insécurité*, L'Harmattan 2014.

34 L. Risicato, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive sicurtarie e paternalistiche*, in «SO di Mario Romano», ESI 2011, 525.

35 A. Gamberini, *Pene elettorali. Appunti sui programmi delle principali forze politiche all'appuntamento del 13 aprile 2008. Prima e dopo*, in «Ius 17» 2008, 389.

36 G. Insolera, *Sicurezza e ordine pubblico*, cit., 200.

37 F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, Giuffrè 1997, 281.

38 M.L. Lanzillo, *Lo stato della sicurezza: costituzione e trasformazione di un concetto politico*, in «Ragion pratica» 2018, 11.

39 F. Bricola, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in «Quest. crim.» 1975, 221. ID, *Per una politica criminale del movimento operaio*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, 1019.

vo di legittimazione dell'intervento punitivo: non più giuridico, ma politico; non più subordinato alle garanzie della legge, ma sovraordinato. Per Hobbes, solo la guerra legittima la rottura delle regole. In uno Stato democratico la guerra non è una qualunque minaccia alla sicurezza, ma il pericolo altrimenti non fronteggiabile per la sopravvivenza dello Stato. La democrazia si caratterizza per la rigidità normativa dei mezzi di repressione o di tutela della devianza: in guerra non c'è il diritto, ma il mero esercizio della forza. La *ragione giuridica* in democrazia non conosce amici o nemici, ma solo colpevoli o innocenti: l'eccezione è fatto *extra-* o *anti-* giuridico⁴⁰.

Per il potere politico, la legislazione d'emergenza contro la criminalità spesso è indifferente alla Carta⁴¹. Questo atteggiamento ha reso più difficile il ritorno alla legalità dopo i c.d. *anni di piombo* e lo *stragismo mafioso*, con conseguente smarrimento della differenza tra eccezione e normalità, tra mafia e dissenso politico. Ne è risultato non la rottura dei principi costituzionali penali, ma il superamento del loro valore, resi flessibili e accantonabili, non più principi. È il guasto della legislazione d'emergenza: i mezzi eccezionali, come le misure di prevenzione *ante delictum* e l'abnorme utilizzo dei decreti-legge, che si sono radicati nella prassi e nei normali processi, generando un'incultura informata alla sicurezza. Paradigmatico è l'attuale *approccio forte* che si vorrebbe contro i c.d. *ecovandali*⁴², da sottoporre a sorveglianza speciale: è la guerra al dissenso (radicale) inteso come pericolosità. In questi termini, è la difesa sociale la funzione manifesta dell'intervento penale, che incide sulla scelta della tipologia di sanzioni. La neutralizzazione del soggetto pericoloso per garantire la massima sicurezza deve avvenire il prima possibile, al primo sospetto. È il *revival* delle misure di polizia e dei provvedimenti contingibili e urgenti dei sindaci, orientati ad una prevenzione esasperatamente anticipata, formalmente amministrativa, nei fatti penale: esemplare l'introduzione con il c.d. *decreto Caivano* del daspo per i minori quattordicenni, misura amministrativa di chiara fattura penale, che non considera le esigenze dei minori, soprattutto di quelli deprivati dei diritti in alcune zone del Paese⁴³.

40 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 818.

41 F. Bricola, *Crisi del welfare e sistema punitivo*, in «*Pol. crim. e sc. dir. pen.*» 1997, 177.

42 Si leggano in tal senso la proposta di legge, n. 364 del 11.7.23 presentata al Senato, di modifica dell'art. 518 *duodecies* c.p., con la previsione dell'arresto in flagranza.

43 D.l. 15 settembre 2023, conv. con modif. in l. 13 novembre 2023, n. 159. Cfr. S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in «*Sist. pen.*» 15.11.23.

Allo stesso tempo si inaspriscono le pene. Ad esempio, con il c.d. *decreto sicurezza bis*, d.l. n. 53 del 2019, attraverso la modifica dell'art. 635 c.p., il danneggiamento c.d. *qualificato* di beni mobili o immobili in occasione di una manifestazione pubblica, non prevede che la condotta si concretizzi con minaccia o violenza alle persone ed è punibile con la reclusione da uno a cinque anni: una pena superiore a quella prevista per i reati di truffa, furto e lesioni personali, in palese violazione con il principio di proporzionalità *ordinale* e *cardinale*, ormai consolidato dalla Consulta, per valutare la proporzionalità dell'editto sanzionatorio di una fattispecie rispetto ad un'altra, ma anche rispetto al disvalore della condotta tipizzata dallo stesso reato. Alla fattispecie astratta potrebbero essere facilmente ricondotte le azioni di "imbrattamento" di monumenti e edifici da parte degli ambientalisti in occasione di proteste volte a scuotere la coscienza dei cittadini e delle istituzioni sul tema del cambiamento climatico. O, ancora, nel *decreto Caivano*, si è intervenuti sullo spaccio di lieve entità, innalzando la cornice edittale da sei mesi a quattro anni, e da uno a cinque, non considerando la sentenza 40 del 2019 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, co. 1. T.U. stup., imperniata sullo iato esistente tra il massimo edittale previsto per l'ipotesi delittuosa del traffico di lieve entità e il minimo previsto per la fattispecie ordinaria. Sottolinea la Corte, allorché «*le pene combinate appaiono manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato, si profila un contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa*».

La giurisprudenza costituzionale ha dato per assodata la possibilità di colpire il dissenso con il diritto penale, se si concretizza in reati, ma non con la prevenzione⁴⁴. Al contrario, oggi si tende a dare per scontato che la contestazione si giustifichi solo nelle dittature, mentre sarebbe non tollerabile (al limite con l'antigiuridicità) in democrazia. Ma il discrimine tra dittatura e democrazia viene ridefinito ogni giorno, anche alla luce della giurisprudenza europea, come nella *democrazia* ungherese: un sistema che preventivamente espelle la contestazione si trasforma in una *democrazia degenerata*. Inoltre, la rincorsa al *moloch* securitario, conduce ad una torsione monocratica del potere politico di cui l'utilizzo abnorme dei de-

44 V. Gaeta, *Misure di prevenzione contro il dissenso: no grazie*, in *Giustizia insieme*, marzo 2023, 2. F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in «*Criminologia*» 2018, 12.

creti-legge ne è sintomo: si interviene a ridosso immediato dei fatti, talvolta, persino nei luoghi in cui essi sono compiuti; si interviene sotto dettatura delle vittime, delle comunità ferite, raccogliendo la corrente emotiva con soluzioni di bassa fattura; si interviene introducendo nuove forme di reato, aumentando le pene in modo da rendere quanto più estesa la carcerazione preventiva, riducendo il campo della non imputabilità.

L'introduzione dell'art. 434 bis⁴⁵ c.p., attraverso il c.d. "decreto anti-rave", definito "un caso di analfabetismo legislativo"⁴⁶, pone il problema di *quando* e come *ricorrere* alla decretazione d'urgenza. Il decreto è stato reputato urgente perché c'era in vista una riunione, potenzialmente pericolosa per la violazione delle regole di condotta, relative a beni-interessi ritenuti degni di massima protezione. Forse, sarebbe stato sufficiente, in un'ottica costituzionale di *sussidiarietà* del diritto punitivo, un mero provvedimento di polizia. Tuttavia, l'esecutivo ha ritenuto opportuno emanare un atto esemplare esteso a tutto il territorio nazionale, con un futuro a cui non sono posti limiti. L'urgenza, quindi, era ravvisabile; per la necessità invece, se consideriamo che nel medesimo decreto si risponde all'*invito* della Corte costituzionale di intervenire in materia di ergastolo ostativo, è evidente l'*arbitraria invasione* dell'esecutivo di sconfinare da una funzione ad un'altra⁴⁷: invadere il campo del potere legislativo e produrre statuzioni con l'apparenza legislativa, ma che nascondono un provvedimento di polizia, quindi un atto amministrativo.

Definita la sicurezza come libertà da "minacce alla sopravvivenza", con una torsione linguistica, quindi "minaccia grave all'incolumità, alla sopravvivenza" di qualcuno o qualcosa, si sposta un determinato fenomeno dal registro della politica ordinaria a quello dell'emergenza, che consente decisioni che si legittimano sulla base della necessità urgente di rispondere alla gravità delle minacce e che si sottraggono all'ordinaria dinamica politica. Il ricorso alla *securitizzazione* sposta, in modo significativo, il potere nelle mani dell'esecutivo, a scapito del dibattito e delle decisioni parlamentari: bisogna intervenire con celerità, senza indugio. Ma non solo: sul piano delle fonti del diritto, il trasferimento dei poteri all'esecutivo tende all'amministrativizzazione dell'intervento penale. Paradigmatica è la detenzione amministrativa dei migranti. Una forma "bagatellizzata" della privazione

45 Rubricato "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica".

46 T. Padovani, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo*, in «Il Foglio» 1.11.22.

47 M. Gallo, *Primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1416.

della libertà personale, sottratta alle garanzie del procedimento penale, una *de-giurisdizionalizzazione*⁴⁸ dell'applicazione della "pena". O, ancora, l'inquietante trattenimento dei migranti a bordo di navi nei porti italiani nella stagione 2018-2019: nell'ottica liberticida della sicurezza, si prevede la giustificazione di un sequestro di persona, dato dal generico riferimento alla prevalenza all'interesse della sicurezza nazionale (una sorta di legittima difesa di Stato dai presupposti indeterminati) tale da scriminare la lesione da parte dello Stato di beni primari della persona⁴⁹.

Il crepuscolo di una democrazia ha riflessi in ogni manifestazione del controllo sociale, nel rifiorire di penale e non penale⁵⁰.

2. DALLA SICUREZZA PENALE AL PENALE DELLA SICUREZZA

La *securitas* si sviluppa come interesse penale nel XIV sec., quando, strutturandosi su caratteri etico-religiosi, assumeva una funzione disciplinare, sanzionatoria, conservativa: nasceva l'Inquisizione, l'intrusione della giustizia nelle coscienze individuali, il diritto penale dell'obbedienza⁵¹.

Dopo il processo di laicizzazione e secolarizzazione con giusnaturalismo e illuminismo, si ritorna, con il fallimento dell'ondata rivoluzionaria, al recupero della sicurezza potestativa, alla costruzione del vallo difensivo tra il potere e chi lo minaccia (gli anarchici, i *sans aveu*, i proletari, i socialisti). L'*homo oeconomicus* avvertiva la necessità di tutelare i propri interessi contro le classi marginali, avvalendosi della nascente Amministrazione della Pubblica Sicurezza e della Stampa, veicolo di cultura e paura: diventarono oggetto di cronaca i delitti contro la proprietà⁵², così la tolleranza si trasformava in timore che reclama il controllo dei poveri. L'in-

48 F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Quest. giust.» 2006, 678: «una volta che non sia in gioco l'accertamento della responsabilità individuale per la commissione di un fatto, l'esigenza di un giudizio da parte di un organo terzo viene meno». Per l'A., tale "processo" è frutto della criminalizzazione di uno status.

49 A. Cavaliere, *Punire per ottenere sicurezza: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in «LP» 20.4.21, 20.

50 G. Balbi, *Le misure di prevenzione personali*, in «RIDPP» 2017, 509. F. Bricola, *Ordine e democrazia nella crisi*, in *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, Bompiani 1978, 23.

51 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 126.

52 G. Campesi, *Genealogia della pubblica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Ombre corte 2009, 189.

digente è considerato un potenziale aggressore: il suo *modus vivendi* (la “scioperatezza” nel Codice penale albertino del 1839) lede i capisaldi della società borghese: lavoro, ricchezza, proprietà⁵³.

Si giunge, infine, agli inizi del '900, quando le matrici ideologiche illuministiche verranno stravolte. La Scuola Positiva eroderà il formalismo e la materialità penale. La Scuola di Kiel mirerà ad una destrutturazione del vecchio *ius puniendi*, attraverso un sistema penale rinnovato nei presupposti metodologici e nelle finalità: non più mettere *in sicurezza* la società dalla criminalità, ma rifondare la società nei suoi costumi etici: il Codice penale nazista non abrogherà, infatti, il principio di legalità formale, ma aggiungerà al brocardo latino la volontà del Führer, disegnando un diritto penale del nemico a garanzia della “razza tedesca” e del regime⁵⁴.

I brevissimi cenni storici consentono di ripercorrere il *fil rouge* della definizione di sicurezza, tra prospettive antropocentriche e stato-centriche, tra contrapposizione ed equilibri, proprio come accade nel Secondo Dopoguerra italiano, quando, lo Stato sociale, attraverso l'uguaglianza sociale e il principio di solidarietà, genera un sistema che oscilla con movimenti pendolari. Da una parte, il *diritto penale minimo* idealmente vincolato al canone della *extrema ratio*: il compito di garantire l'*ordinato, pacifico e tranquillo* andamento della vita sociale era delegato ai diritti sociali, che in funzione preventiva recuperavano sacche di marginalità, garantendo sicurezza collettiva, omogeneizzazione del tessuto sociale e redistribuzione dei diritti e dei beni⁵⁵. Dall'altra, il diritto punitivo si estendeva, chiamato a mettere in sicurezza le funzioni interventistico-propulsive del *Welfare State*⁵⁶: creata la responsabilità securitaria di tipo solidaristico-promozionale, ad esempio, la responsabilità per colpa e a titolo omissivo⁵⁷ vedono ampliare il loro ambito di applicazione a garanzia dei diritti fondamentali come la vita e la salute. Si assiste al passaggio dal “pericolo nel diritto penale” al “diritto penale del pericolo”, che trova ancoraggio nei limiti posti alle libertà economiche dall'art. 41, co. 2, Cost. In tal senso, la Costituzione

53 P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*, vol. I, Giuffrè 1974, 358.

54 G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam 1973, 186.

55 S. Moccia, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI 1992, 39.

56 A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam 1988, 385. C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam 1975, 49.

57 G. Fiandaca, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in «FI» 1983, 33.

accoglie il principio “costruttivistico”, secondo il quale la conservazione, il godimento e lo sviluppo dei diritti individuali, vanno coniugati all’adempimento di obblighi sociali e vanno ottimizzati “*con la costruzione di un ordine normativo programmato*” che orienta ed indirizza i comportamenti, condizionando le dinamiche sociali⁵⁸.

Indebolitosi lo Stato sociale, il millennio si apre con una nuova stagione, caratterizzata dalla prevalenza della declinazione punitiva della sicurezza e dallo sviluppo della componente sovranista, spinta dalla politica di *law and order*. Il contesto sociale e politico è riassunto nella formula del governo neoliberale su un mondo globalizzato, dominato dal capitale finanziario, in cui si indeboliscono alcuni Stati, non più capaci di produrre *sicurezza sociale*⁵⁹. La *porosità* dei confini, la deindustrializzazione, la precarietà e la flessibilità del lavoro, la diseguaglianza crescente sono alcune delle “cause” che producono insicurezza diffusa e, quindi, maggiore domanda di sicurezza⁶⁰. Si assiste al passaggio dalla *sicurezza penale* al *penale della sicurezza*, e dallo Stato sociale a quello penale⁶¹. Nel concetto bidimensionale di sicurezza, sulla dimensione oggettiva di pericolo reale, prevale la componente soggettiva, la sicurezza percepita⁶². Il postmoderno enfatizza il *sentirsi sicuro*, la necessità di rimuovere la paura sul piano socioculturale, prima ancora che su quello reale, offrendo sicurezze socio-economiche, etiche, etniche, burocratiche. Il securismo politico compare negli anni ‘90 con lo *slogan* “città sicure” che si tradurrà nel Testo unico degli enti locali, che attribuisce ai sindaci il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti⁶³ – dopo le diverse riforme⁶⁴ –, non solo in caso di

58 F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino 1990, 12.

59 R. Castel, *L’insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi 2014, 17.

60 Per un approfondimento: A. Giddens, *The consequences of modernity*, Polity, London 1990. U. Beck, *La società del rischio: verso una nuova modernità*, Carocci 2000. S. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Il Mulino 2000.

61 Per un approfondimento: A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi 2000.

62 M. Dogliani, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco (a cura di) *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè 2012, 1.

63 M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel c.d. decreto Salvini*, in «Dir. pen. cont.» 9/2019, 5.

64 Al momento in cui si scrive, il Consiglio dei ministri ha approvato un nuovo *pacchetto sicurezza*, che vede tra le diverse misure, l’introduzione del reato di “Occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui”, l’estensione del “Daspo urbano” per vietare l’accesso alle aree di infrastrutture e pertinenze del trasporto pubblico ai soggetti denunciati o condannati per reati contro la persona o il patrimonio, l’innalzamento da 14 a 16 anni dell’età dei minori coinvolti per stabilire la punibilità delle condotte relative all’avvalersi, permettere, organizzare o favorire l’accontaggio.

emergenze sanitarie, di igiene pubblica o di sicurezza urbana, ma anche per contrastare fenomeni di degrado e marginalità (sul quale spesso la scure della Corte costituzionale⁶⁵ si è abbattuta): si è avallato il *potere* delle autorità locali di separare il centro città, dedicato al passeggio del “buon” cittadino, dalle periferie, bivacco del “cattivo” cittadino. Si rivitalizzano le figure degli oziosi e vagabondi: il decreto sicurezza n. 113 del 2018, con l’art. 21 *quater*, colpisce i semplici mendicanti, attraverso la reintroduzione all’art. 669 *bis* del reato di accattonaggio (la cui precedente versione è stata dichiarata incostituzionale⁶⁶), punibile con l’arresto da tre a sei mesi e l’ammenda da 3.000,00 a 6.000,00, a cui si aggiunge il sequestro obbligatorio dei proventi della mendicizia.

Inoltre, si rivitalizza la figura della vittima. Con l’*approccio forte al diritto penale* dato dal *monismo securitario*, ci si discosta dalla Costituzione, secondo la quale il processo di rieducazione deve proiettarsi verso l’esterno, la società, come espressione di un impegno dello Stato verso il condannato: un impegno che si traduce nella offerta al condannato di “*opportunità per un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali*”⁶⁷. Intesa in questi termini, la funzione rieducativa «*implicitamente riconosce che le cause del crimine non sono solo individuali ma anche sociali. L’impegno positivo verso il reo diventa tanto più cogente quanto più si prenda atto della “corresponsabilità” della società nel processo di criminogenesi del delitto, che in effetti oggi quasi nessuno ritiene sia solo il frutto dell’individuale malvagità*»⁶⁸. Al contrario, la *paura* “costringe” ad abbandonare le ricerche sulle cause della criminalità, per concentrare l’attenzione su come difendersi dalla criminalità, come dimostra il *decreto Caivano*: le radici sociali, l’ambito territoriale, le biografie familiari, tutto ciò che costituisce il contesto dell’ “emergenza” viene ignorato. Ciò implica l’esigenza di individuare: una *popolazione a rischio*, il bacino delle potenziali vittime; la ricerca di misure penali capaci di neutralizzare i criminali. Si introduce, così il c.d. *paradigma vittimario*. La vittima di-

Cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 59 del 17 novembre 2023.

65 C. cost. sent. 7.5.11 n. 115.

66 C. Cost. sent. 28.12.95 n. 519.

67 F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: tra attualità e tradizione*, in «*SO di E. Dolcini*», tomo II, Milano 2018, 538.

68 F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale, una conversazione*, Il Mulino 2018, 33.

venta l'altra faccia del soggetto neoliberale⁶⁹. In nome delle vittime, attuali o potenziali, si dispiegano e giustificano politiche repressive e preventive.

Tra neoliberalismo e repressione penale esiste un particolare *fil rouge*, ben evidenziato da Margaret Thatcher e Ronald Regan⁷⁰. Per la *premier* inglese, la società non esiste, esistono solo gli individui; per il presidente americano, la criminalità non è una questione sociale, non ha cause sociali, esistono i “buoni” e i “cattivi”; tirando le somme: se non esiste la società, non esistono conflitti sociali; la criminalità è costituita da “cattivi” da combattere. Con le politiche neoliberali di aggressione al *welfare*, si passa dall'attenzione ai criminali a quella sulle vittime. Scompare l'idea che il processo di criminogenesi trova le proprie radici nella società: ogni individuo è criminale per propria scelta; si assume la responsabilità delle proprie condotte. È l'individualizzazione e privatizzazione delle scelte e delle conseguenze degli illeciti, che assolvono la società e consentono di abbandonare gli “inutili” e costosi progetti di riforma sociale e di riabilitazione personale. In questi termini, anche la pena assume diverse funzioni, seppur antiche: una misura atta a pacificare la vittima, una forma di riparazione privata; la neutralizzazione delle classi pericolose.

3. LA TUTELA DELLA PERCEZIONE E LA REVISIONE TACITA DEI PRINCIPI PENALI

Nella prospettiva del *securismo* i rapporti fra sicurezza e sistema punitivo si invertono: se all'interno del *penale della ragione* era la sicurezza a doversi adeguare ai principi fondativi dello *ius puniendi*, nel penale dell'emozione e delle *passioni tristi* sono i principi *supremi* a doversi adattare alla sicurezza. L'esigenza di sicurezza è talmente avvertita da fare da traino ad una revisione *tacita* dei postulati fondamentali del penale liberale, che una volta *alterati* si traducono nell'adozione di strumenti punitivi finalizzati al perseguimento di scopi e funzioni metagiuridiche⁷¹.

Le declinazioni di una sicurezza polifunzionale confluiscono in una tipicità securitaria *aperta e priva di vincoli*, che fa proprie le sicurezze po-

69 B. Brown, *American nightmare. Neoliberalism, Neoconservatorism and de-democratization*, in «*Political Theory*» 2006, 690.

70 Per un approfondimento: T. Pitch, *Responsabilità limitate*, Feltrinelli 1989.

71 F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Il Mulino 2019, 29.

puliste, sociologiche, etiche. Nell'area del penale securitario trovano pari dignità sia interessi extragiuridici che scopi extrapenali, in grado di modificare la struttura del reato e le funzioni della pena; quest'ultima, orientata verso una dimensione sostanzialistica del disvalore, contaminata da contenuti etici, morali, ideologici. Si assiste alla trasformazione dei *tipi* e degli scopi della prevenzione penale: gli obiettivi politico criminali extragiuridici soverchiano i principi fondamentali di offensività, necessaria materialità, frammentarietà ed *extrema ratio*⁷².

Elemento caratterizzante dell'illeceità securitaria è una tipicità *asettiva* che non assolve alla funzione delimitativa della punibilità⁷³. Un' *atipicità* generata dalla sostituzione del *tipo normativo selettivo* del "penale rilevante" con il *tipo normativo ricettivo* delle pulsioni sociali e del linguaggio popolare. Paradigmatiche, in tal senso, sono le discipline della "nuova" legittima difesa domiciliare (l. 36 del 2019) e la struttura del c.d. reato di *rave party*: come per la "nuova" scriminate è stato necessario l'intervento nomofilattico della Suprema Corte⁷⁴ per circoscrivere i "vagli" presupposti della norma, così, ancora una volta, sarà la giurisprudenza a ridefinire i confini della "riunione pericolosa"⁷⁵.

Allo stesso tempo è *alterato* il principio di offensività, il cui baricentro si sposta, dall'atto o dall'evento di pericolo agli effetti della percezione del pericolo sulla popolazione. Il modello punitivo mira a sanzionare una presunzione o percezione del pericolo⁷⁶, assai performante politicamente e mediaticamente⁷⁷. Il pericolo percepito è indipendente dal pericolo oggettivo e reale, ma è relativo alla *diffusione* della notizia del rischio. A prescindere dalla rilevanza concreta del pericolo, la sua divulgazione massima genera allarme sociale e insicurezza.

Nel momento in cui si tutela un sentimento, non sono utilizzabili né i modelli eziologici della causalità (nemmeno i più *permissivi* della causalità civile), né il criterio dell'imputazione per l'evento incerto scaturente

72 M. Donini, *Illecito e colpevolezza del reato*, Giuffrè 1991, 169.

73 A. Caputo, *Dalla tolleranza zero al diritto speciale dell'immigrazione*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 177.

74 Cass. pen. sez. V, sent. 9.12.2020 n. 34981. Per un approfondimento: R. Bartoli, *Verso la legittima offesa?*, in «*Dir. pen. cont.*», 1, 2019, 17.

75 M. Gallo, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, cit., 1413.

76 R. Cornelli, *La paura nel campo penale*, in «*Quest. giust.*» 2016, 12.

77 E.M. Ambrosetti, *Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*, in «*Discrimen*» 2019, 4.

dall'aumento del rischio. Il risultato: una illiceità avulsa dalla *tipicità* e dall'*offensività* penale, in grado di far confluire nel diritto punitivo macro-fenomeni sociali di rilievo sociologico o politologico, come l'immigrazione e i rischi sistemici. Come è stato efficacemente sottolineato, la sicurezza si estende «*ad un ventaglio di situazioni che va dal terrorismo internazionale al barattolo di yogurt scaduto*⁷⁸».

Ma non solo. L'illecito securitario, distanziandosi dai principi della civiltà giuridica liberale, si concentra sull'autore del reato più che sul fatto⁷⁹: non si selezionano *tipi di fatto*, ma *tipi di autore*. Emblematica la figura del migrante clandestino: la sanzione nei suoi confronti si basa non sulla realizzazione di reati, ma su una presunzione di pericolosità sociale. Nella prospettiva sovranista il migrante è un invasore dei confini, un estraneo che attenta all'identità nazionale⁸⁰ e, dunque, va neutralizzato senza attendere la consumazione di un reato. Siamo nel diritto penale del *nemico/amico*: il migrante va punito per quello che è, non per quello che *fa*; si arriva al mancato soccorso in mare, al respingimento. Il migrante è una *non persona*, come il *bannitus* medioevale. Analogo è lo status del delinquente di sussistenza, del c.d. sottoproletariato criminale. Lo Stato securitario dichiara guerra alla microcriminalità, tralasciando le reali emergenze criminali della postmodernità. Il diritto penale non mira agli attori politici ed economici che hanno causato la grande crisi postmoderna, ma alle sue vittime.

In questi termini, si manifesta la *crisi* della colpevolezza, principio *ispiratore* dell'intero ordinamento, giustificazione del *quando* e *cosa* proibire, che trova sintesi nel *nulla actio sine culpa*: «*alla dignità umana, inviolabile secondo la Costituzione, rende giustizia soltanto il principio di colpevolezza*⁸¹». Non diversamente dagli altri principi, la colpevolezza è una conquista moderna, offuscata dagli ordinamenti autoritari⁸² che l'hanno integrata o sostituita con la *pericolosità del reo* o con la colpa d'autore, nel quale l'indebita confusione tra diritto e morale apre a modelli antico-gnitivistici d'inquisizione e di punizione, riferiti non a *qual che si è fatto*,

78 F. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione*, in «Dir. pen. cont.» 2011, 22.

79 A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in «CP» 2011, 446.

80 M. Nussbaum, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci 2007, 135.

81 F. Stella, *Giustizia e modernità*, Giuffrè 2003, 146.

82 F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 291.

ma a *quel che si è*. La colpevolezza, *garanzia negativa*, è l'altra faccia della materialità o exteriorità dell'azione criminosa⁸³: l'opposizione al diritto penale dell'obbedienza e delle intenzioni.

La colpevolezza è principio normativo che prescrive la struttura *regolativa*⁸⁴ del diritto penale, volto a incriminare la commissione o l'omissione di un'azione, non uno *status*; che dell'azione di cui è proibita commissione o omissione, siano possibili *ex ante*, l'omissione o la commissione. Una norma penale è sensata se osservabile e violabile; è insensato proibire o comandare di essere in un determinato modo. In molti ordinamenti *degenerati*, le persone sono state (in alcuni lo sono tuttora) colpevolizzate per il modo di essere (streghe, ebrei, anarchici, migranti, omosessuali); questo meccanismo punitivo *costitutivo* non è consentito dalla *garanzia* della colpevolezza, che preclude tutte le perversioni positivistiche e spiritualistiche dirette a conferire rilevanza penale alla personalità del reo.

Il divieto di norme penali *costitutive* è un postulato essenziale del liberismo: la proibizione di azioni determinate, garantendo la possibilità di trasgressione o attuazione, è la sola tecnica di controllo sociale compatibile con la tutela dei diritti fondamentali; al contrario, la disciplina direttamente delle persone, del loro *essere*, anziché dell'*agire*, lede uguaglianza e libertà. Nel '900, il pensiero penale autoritario ha tentato di costruire tipologie e classificazioni di delinquenti, ed è, allora, facile cogliere il fondamento garantista del principio, a tutela dell'uguaglianza e della dignità: dire che sono esigibili solo i *modi di agire* e *non quelli di essere*, vuol dire che non si può imporre penalmente ad un uomo che *sia* o diventi diverso da *come è*; e che lo si deve rispettare per quello *che è*. È in questo rispetto di ciò che ciascun *uomo è* o *può essere*, che risiede l'umana identità, che consiste il rispetto dell'umanità delle persone⁸⁵.

Occorre ricordare che, inizialmente, sia la letteratura che la Corte costituzionale hanno dato un'interpretazione restrittiva dell'art. 27, co. 1⁸⁶, relegandolo al mero divieto per fatto altrui e alle barbare rappresaglie degli innocenti⁸⁷. Con la sentenza *Dell'Andro* del 1988 si *restauro*, invece,

83 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 490.

84 C.F. Grosso, *Responsabilità penale*, in «NssDI.», cit., 707.

85 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 511.

86 C.F. Grosso, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI 2006, 22.

87 P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, Giust. cost. 1956, 1262; G. Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Priulla 1953, 43; C. cost. sent. 8.8.57 n. 107 e sent. 8.8.71

il principio di colpevolezza⁸⁸: responsabilità penale per un fatto proprio colpevole. L'ordinamento italiano era rimasto l'unico, fra quelli europei, a mantenere il principio dell'assoluta inescusabilità dell'*ignorantia legis* (abolito in Spagna e Portogallo all'indomani della caduta del fascismo) per una ragione schiettamente politica⁸⁹: la prevalenza accordata all'interesse pubblico inerente a una incondizionata osservanza e applicazione della legge, espressione dello statualismo autoritario del regime fascista, che riecheggiava l'odiosa massima in cui l'*in dubio pro reo* era sostituito dall'*in dubio pro re publica*⁹⁰, che ricorda il "conflitto" tra *ragione giuridica* e *ragione di Stato*.

Con il riaffermarsi della sicurezza, declinata come mero ordine pubblico, l'illecito securitario mira ad *alterare*, con vere e proprie *revisioni tacite*, i principi costituzionali. Nel momento in cui si rivitalizzano le arcaiche figure degli oziosi e vagabondi da colpire con il daspo urbano o si prevede la condanna della clandestinità,⁹¹ caricandola di un maggior disvalore attraverso le circostanze aggravanti del reato⁹², si ritorna ad un diritto penale incline alla *colpa d'autore*, alle criminalizzazioni della pericolosità etico-sociale, alla presunzione di colpevolezza, alla creazione di *persone illegali*⁹³: tutto ciò che è estraneo al volto costituzionale dell'ordinamento,

n. 20.

88 D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in «RIDPP» 1988, 686.

89 G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., 508.

90 C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico*, Giappichelli 1991, 110.

91 Per un approfondimento: M. Pelissero, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in «Quest. giust.» 2007, 684. P. Pisa, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?* in «DPP» 2009, 5. G.L. Gatta, *Aggravante della clandestinità: uguaglianza calpestata*, in «RIDPP» 2009, 713.

92 F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Giappichelli 2021, 73. Con la sentenza n. 249 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della circostanza aggravante di clandestinità che prevedeva per qualsiasi delitto l'aumento della pena laddove il reo si fosse trovato illegalmente sul territorio nazionale (art. 61, n. 11 *bis* c.p. introdotto con d.l. 23 maggio 2008, n. 92). Oltre a stigmatizzare la palese irragionevolezza della scelta del legislatore di ancorare una presunzione assoluta di maggiore pericolosità, o addirittura di maggiore gravità del reato, alla mera presenza dello straniero sul territorio dello Stato, la sentenza afferma: «l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato" (...) introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività (...) [la norma censurata ferisce tale principio] che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali».

93 L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigranti*, cit., 13.

in cui, sulla scia della svolta personalistica data dalla Costituzione⁹⁴, la colpevolezza si lega alla finalità rieducativa della pena⁹⁵, alla legalità e irretroattività⁹⁶, nonché alla necessità che il diritto punitivo sia l'*extrema ratio* di tutela della società⁹⁷.

4. CONCLUSIONI

Il breve percorso ricostruttivo conduce ad un'amara riflessione: il diritto penale è diventato mero *slogan*, ma anche strumento a cui è delegato il compito di sanare le disfunzioni sociali ed economiche della postmodernità. Si sostituisce agli interventi positivi dello Stato sociale, mostrando inadeguatezza e una funzione simbolica di assicurazione⁹⁸. Il populismo odierno si erige a garante dei ceti medi impoveriti, contro il *modus vivendi* delle *vite di scarto*. Promuove una giustizia libera da tecnicismi, dove il diritto si dovrebbe basare su un *sano sentimento popolare*⁹⁹: il consenso popolare e *social* legittima la giustizia penale e considera i principi dello Stato di diritto delle *zavorre*¹⁰⁰. La richiesta di stabilità e sicurezza, da parte di ampi strati di popolazione, precarizzati e marginalizzati, è accolta proprio dal populismo come stato d'animo contemporaneo che recepisce il rancore e l'intolleranza sociale con conseguente declassamento e disgregazione di un ceto medio impoverito e incattivito. Il populismo fa presa in un contesto socioeconomico e sociopolitico anomalo che esprime, da una parte, la fine dell'illusione dello Stato sociale e l'inversione dell'ascensore sociale; dall'altra, la fine dello Stato di diritto. È il concetto *onnivoro* di sicurezza, ma soprattutto l'alluvione legislativa, non accompagnata da poli-

94 G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in «FI» 1988, 1385.

95 C. cost. sent. 19.6.90 n. 313.

96 F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè 1965, 356.

97 M. Donini, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in «RIDPP» 2018, 1581.

98 A. Baratta, *Che cos'è la criminologia critica?* in «*Dei delitti e delle pene*» 1991, 77.

99 M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi 2019, 5.

100 G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «*Criminalia*» 2013, 95. D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in «*Criminalia*» 2013, 123.

tiche sociali che, oltre al rischio di generare frane nell'impianto normativo, conduce al paradosso contemporaneo della massima sicurezza *promessa e promossa* in sede penale, a cui corrisponde la minima sicurezza *garantita e percepita*.

Per di più, la sicurezza, espressa nei termini di esclusione e discriminazione, travolge persino l'assetto costituzionale della nostra Repubblica. È il ritorno alla concezione di Costituzione, di popolo e democrazia di Carl Schmitt: costituzione *identitaria*; popolo come macro-soggetto dotato di una volontà unitaria; democrazia come onnipotenza delle maggioranze. Tale concezione presuppone la coesione sociale e l'omogeneità culturale dei soggetti a cui è destinata, ma anche l'esclusione, l'opposizione tra identità e volontà del *demos* e tutti gli altri, i diversi da qualificare come nemici da combattere e neutralizzare¹⁰¹. Diversa è la concezione della nostra Carta: garanzia del pluralismo politico e dei diritti fondamentali; patto di convivenza pacifica tra differenti e diseguali; patto di non aggressione con cui si conviene la tutela e il rispetto delle differenze; patto di mutuo soccorso per la riduzione delle diseguaglianze. Opposto è il fondamento della democrazia: il principio di eterogeneità, l'uguale valore associato a tutte le differenze. Diverso è il principio costitutivo della politica, la solidarietà tra diversi: uguali perché riconosciuti tali in dignità e diritti¹⁰². In ciò trova "pienamente" legittimazione l'ordinamento: è il nucleo dell'universalità dei diritti umani¹⁰³. Nei populistici si capovolge il costituzionalismo: non paradigma di legittimazione e limitazione del potere, ma *instrumentum regni*, necessario ai dominatori per incutere timore e autolegittimarsi attraverso lo strumento punitivo: la via più comoda per affrontare il conflitto sociale e le diseguaglianze.

Il riferimento al *moloch* della sicurezza finisce per nascondere i reali bisogni delle persone e la tutela dei loro diritti, attraverso politiche sociali, economiche e culturali, interventi extrapenalistici. La "*fuga dal diritto penale*¹⁰⁴" non solo significa il ritorno al diritto punitivo di matrice liberale, ma anche ad una concezione personalistica e solidaristica del sistema. È la

101 L. Ferrajoli, *Democrazia e paura*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di) *Nove lezioni per la democrazia*, Laterza 2010. F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in «RIDPP» 2007, 470.

102 L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra*, Feltrinelli 2022, 51.

103 O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni comunità 2001, 120.

104 C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-NY 1973, 41.

necessità di invertire il paradigma securitario generato a partire degli anni '80: assicurare il primato alla sicurezza sociale. Una visione espansa (più forte?) di garantismo. Il garantismo liberale si è mostrato debole, limitandosi ad indicare cosa *non si deve fare*, spesso a tutela esclusiva dei “potenti” dall'intervento penale, all'infuori di qualunque progetto di emancipazione sociale e di eguaglianza¹⁰⁵. Il diritto penale minimo ben si lega al principio costituzionale di sussidiarietà dell'intervento penale quale *extrema ratio*, ma anche ad un postulato di *complementarità*: l'intervento penale insieme ad *altro*¹⁰⁶: i decreti sicurezza della stagione 2018-2019, escludendo la possibilità di integrazione sociale per molti migranti, finivano per “metterli per strada”, spingendoli verso l'illegalità e il lavoro sommerso¹⁰⁷.

Non è sufficiente un diritto penale liberale e *agnostico*, ormai scettico sulla finalità rieducativa della pena, con accenti di retribuzione, che vede nella scienza penale una limitazione dell'intervento punitivo inteso come mero fatto di potere¹⁰⁸. Tale posizione è certamente condivisibile nella critica all'attuale ordinamento penale (con un sistema sanzionatorio ancora carcere-centrico), finalizzato all'emarginazione sociale e alla riproduzione della delinquenza, ma ha un presupposto errato: l'idea dell'impossibilità di un diverso *dover essere*. Come sosteneva Roxin, nel suo *Berlin Programm*, i principi di sussidiarietà, legalità, personalità della responsabilità, offensività, finalità rieducativa, *limitano* e *fondono*. Dal volto costituzionale traiamo principi di politica criminale da Stato sociale¹⁰⁹: i termini “liberale” e il “garantismo” non sono da soli sufficienti¹¹⁰, basta soffermarsi sull'art. 27 della Costituzione, utilizzato dalla Corte costituzionale per censurare gran parte della compul-

105 A. Baratta, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, ESI 1997, XXV.

106 A. Baratta, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. Moccia (a cura di) *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, ESI 2004, 35.

107 L. Ferrajoli, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in «*Quest. giust.*» 2019.

108 E. R. Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, ESI 1994, 194.

109 C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in S. Moccia (a cura di) *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, ESI 1998, 46. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 7.

110 M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere penali Italiane*, in «*DisCrimen*» 24.5.2019, 7. G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in «*DisCrimen*» 10.6.19, 1.

siva legislazione securitaria; il riferimento al fondamento liberale è forzato, il diritto fondamentale del condannato alla rieducazione è espressione della componente personalistica e solidaristica della Carta. È la necessità di garantire una *continuità* e una *comunità di diritti*¹¹¹, al di là delle diversità di situazioni che generano non soltanto pregiudizi materiali, ma anche discontinuità nella distribuzione delle prestazioni e arbitrarietà nella loro attribuzione, al fine di promuovere una reintegrazione dei gruppi in difficoltà.

111 R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., 73.



INCONTRI
E PERCORSI

N.04

Dagli Scritti in onore del Prof. Lucio Monaco, alla raccolta degli atti del convegno urbinato a lui dedicato: un ponte naturale con un titolo 'enorme' quanto 'inevitabile': *Diritto penale tra teoria e prassi*. Titolo *enorme*, perché provocatoriamente vasto; *inevitabile*, perché parte dei tanti interessi cui il *festeggiato* si è dedicato. Relazioni brillanti, interventi incisivi, dialogo mai domo, mai banale tra Maestri e Discenti hanno caratterizzato il Convegno. Oggi ne pubblichiamo gli atti, con la Urbino University Press, in formato *open source*.

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2
PDF ISBN 978-88-31205-52-8
EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

uup.uniurb.it

