

ISSN 2974-7503

1/2022 Settembre - Dicembre

NULLUM CRIMEN

Rivista quadrimestrale di scienze penali

Direttore Scientifico: Ali Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Ali Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE: Luigi Cornacchia, Marco Gambardella, Carlo Longobardo, Giuseppe Losappio, Antonella Marandola, Sergio Moccia, Tullio Padovani, Francesco Petrelli, Giorgio Spangher, Mario Trapani

COMITATO SCIENTIFICO (Revisori): Fabio Alonzi, Maristella Amisano, Ersi Bozheku, Pasquale Bronzo, Gianluca Gentile, Filippo Giunchedi, Luigi Ludovici, Domenico Notaro, Giandomenico Salcuni

COMITATO DI REDAZIONE: Lavinia Cervellati, Stefano Di Pinto, Natale Fusaro, Andrea Pantanella, Ylenia Parziale, Serena Scippa

Nullum Crimen (www.nullumcrimen.it) è una Rivista online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I contributi pubblicati sulla rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum Crimen**, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscolo), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

Peer review: **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a singolo cieco (*single blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione, tra i membri del Comitato scientifico editoriale o del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a un valutatore esterno, scelto dal Direttore. Quest'ultimo, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista.

Iscrizione nel pubblico registro della stampa n. 148/2022 del 15.12.2022 - Tribunale di Roma.

ISSN 2974-7503



indirizzo e-mail: redazione@nullumcrimen.it



sede: Corso Trieste, 106 - 00198 Roma (RM)

INDICE DEI CONTRIBUTI

EDITORIALI

A. ABUKAR HAYO, *Nullum crimen* p. 4

ARTICOLI

A. ABUKAR HAYO, *Il bene giuridico dell'ordine pubblico*..... p. 5

A. ABUKAR HAYO, *Il diritto penale nel quadro della teoria generale del diritto*..... p.18

Y. PARZIALE, *I minori e la rete: i controversi profili penali del sexting nel panorama nazionale e internazionale*..... p. 30

A. ABUKAR HAYO, *Il paradigma del rapporto punitivo*..... p. 51

* Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono stati sottoposti in forma anonima, con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

NULLUM CRIMEN

Il panorama delle riviste di scienze giuridiche non è certo manchevole di pregevoli apporti italiani e stranieri. Tuttavia, abbiamo voluto aggiungere una nuova voce a quelle già presenti, perché sentiamo il dovere di contribuire al proficuo dibattito dottrinale oggi in atto, consapevoli che la scienza non progredisce se non nel confronto, serrato e magari anche aspro, delle idee. Il nostro solido ancoraggio ideale è costituito dalla ratio di garanzia della libertà individuale, poiché ravvisiamo nella legge penale un freno al potenziale arbitrio del sovrano, piuttosto che un “comando” rivolto ai sudditi. Non a caso, quindi, inauguriamo questa rivista di Studi penalistici con un saggio riguardante il bene giuridico dell’ordine pubblico. L’argomento si presta meglio di qualsiasi altro a evidenziare il travaglio della dottrina, sospesa tra il passato e il presente, tra la ragion di Stato e l’esigenza di garanzia della persona. La continuità storica della legislazione a tutela dell’ordine pubblico ne lascia chiaramente intendere la “necessità” politica; al contempo, non sfuggono tutte le insidie della tutela anticipata di un bene, comunque lo si veda, sfuggente e poco “afferrabile”. La nostra Rivista non poteva sottrarsi a questo difficile cimento, proprio perché riteniamo che i due corni del dilemma non debbano essere “polarizzati” in maniera semplicistica: l’esigenza di garanzia della libertà dei cives, che possiamo definire la ratio ispiratrice e la “ragione sociale” di “Nullum crimen”, non ci fa dimenticare di certo che la legislazione penale è comunque chiamata ad apprestare un’efficace difesa dei beni giuridici, sia individuali sia superindividuali.

Il Direttore

Ali Abukar Hayo

IL BENE GIURIDICO DELL'ORDINE PUBBLICO

The legal good of public order

di

Ali Abukar Hayo*

Il bene giuridico dell'ordine pubblico è stato tradizionalmente inteso nell'accezione ideale e in quella materiale. Per sommi capi, può dirsi che la prima accezione era dominante quando fu introdotto il codice Rocco; la seconda ha un'ascendenza liberale classica. La pace sociale ne costituisce il nocciolo oggettivo, cui corrisponde il riflesso soggettivo, ossia la percezione di tale pace da parte dei *cives*, qualificata come "tranquillità pubblica". Oggi si fa strada un'accezione "costituzionale" dell'ordine pubblico, a base materiale, ma non scevra da commistioni ideali e soggettive. La questione interpretativa più rilevante riguarda il punto di compatibilità tra l'anticipazione della tutela e la "materialità" del fatto di reato. La questione è tanto più ardua per i reati di apologia e istigazione, mentre nei reati associativi la *vis* offensiva risulta più evidente.

The juridical good of public order has traditionally been understood in the ideal and in the material sense. Briefly, it can be said that the first meaning was dominant when the Rocco codex was introduced; the second has a classical liberal ancestry. Social peace constitutes its objective core, which corresponds to the subjective reflection, i.e. the perception of this peace by the *cives*, qualified as "public tranquillity". Today a "constitutional" meaning of public order is gaining ground, with a material basis, but not free from ideal and subjective mixtures. The most relevant interpretative question concerns the point of compatibility between the anticipation of protection and the "materiality" of the crime. The question is all the more difficult for the crimes of apology and incitement, while in the crimes of association the *vis* offensiva is more evident.

SOMMARIO: 1. Breve premessa storica 2. L'accezione materiale e ideale 3. La nozione costituzionalmente orientata 4. La nozione normativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale 5. La vera questione interpretativa: i limiti di anticipazione della tutela del bene giuridico materiale 6. Conclusioni

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

1. Breve premessa storica

È opinione diffusa che determinare l'oggetto dell'ordine pubblico, inteso come bene giuridico penalmente tutelato, sia particolarmente complesso². Non manca chi dubita addirittura dell'"utilizzabilità giuridica" della nozione³, per sua connaturale indeterminatezza. Si deve tuttavia sottolineare che la tutela dell'ordine pubblico, inteso come bene giuridico autonomo, malgrado la problematica delimitazione dell'oggetto, ha un'ascendenza dottrinale molto datata e inoltre rappresenta una costante della nostra legislazione penale fin dal periodo preunitario.

Sul versante dottrinale, si può citare la classificazione dei reati del Filangieri, nella quale l'ordine pubblico è configurato come un ampio *genus* comprensivo di numerosi beni collettivi di pertinenza della società e dello Stato, mentre vi assumono specifico rilievo la tranquillità e la sicurezza pubblica, cui recano offesa tipologie criminose come le "riunioni tumultuose di più uomini attruppati" o le "aggressioni nelle strade pubbliche"⁴. Si faceva dunque strada, fin dagli albori, l'autonomia concettuale dell'ordine pubblico, sia pure con la diversa denominazione di "tranquillità e sicurezza pubblica" e le acquisizioni dottrinali non tardavano a tradursi in atti legislativi. Successivamente anche Romagnosi, in relazione al progetto di codice penale per il Regno d'Italia del 1808, sottolineava l'importanza della tutela anticipata del bene giuridico in oggetto, avente un ruolo di cerniera tra la Polizia preventiva e la Giustizia punitiva⁵.

Tra i codici preunitari solo il codice toscano dedicava un capitolo ai reati contro l'ordine pubblico, tuttavia anche gli altri codici, sia pure sotto la diversa titolazione della "pace pubblica" (nel codice napoleonico del 1811 in vigore nel Regno d'Italia) o la "pubblica tranquillità" (nel codice sardo del 1839) o l'"interesse pubblico" (nel codice delle due Sicilie), contemplavano comunque

² Come rilevato da C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1092, ss. si tratta di un concetto «proteiforme ed inafferrabile»; cfr. pure DALLA CASA, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.; M. PELISSERO, *Le nozioni di ordine pubblico*, in AA.VV., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, pp. 225 ss.; nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 5^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 473.

³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp.194 ss.. Anche F. IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in *Giust. pen.*, 2/1990, p. 46, è molto scettico sul punto, opinando che l'ordine pubblico «è una figura, il cui significato storicamente sedimentatosi, appare emblematico di ciò che il bene giuridico è stato e ciò che auspicabilmente non dovrebbe più essere».

⁴ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1720-25)*, III, Stamperia delle Province Unite, Filadelfia (Livorno), 1807, pp. 259 ss.

⁵ G.D. ROMAGNOSI, *Scritti diversi relativi al progetto del codice penale pel Regno d'Italia (1808)*, in *Opere*, IV, Milano, 1841, pp. 1337 ss.

forme di tutela anticipata della pacifica convivenza, le quali più tardi, nel codice Zanardelli prima e in quello Rocco poi, avrebbero assunto la titolazione odierna⁶.

Il codice del 1889 dedicava il titolo V del libro II ai “delitti contro l'ordine pubblico”, classificati in fatti di istigazione a delinquere e apologia, previsti nel primo capo (artt. 246, 247), associazioni a delinquere, previste nel capo II (artt. 248-251), nonché eccitamento alla guerra civile, formazione di corpi armati e pubblica intimidazione (capo III, artt. 252-255).

Nel codice vigente, la tutela dell'ordine pubblico è affidata alle fattispecie incriminatrici di cui al titolo V del libro II, artt. 414-421. Altre norme con il medesimo oggetto giuridico si rinvengono nel libro III del codice, contenente contravvenzioni “contro l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica”, le quali si suddividono in quelle concernenti l'inosservanza dei provvedimenti di polizia e le manifestazioni pericolose e sediziose (tra le quali, il rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale, la radunata sediziosa, il procurato allarme presso l'autorità, l'abuso della credulità popolare) e quelle concernenti la vigilanza sui mezzi di pubblicità, declassati oggi, a seguito della legge n. 507/1999, a illeciti amministrativi (p. es. la divulgazione di stampa clandestina). Si osserva inoltre che, in nome dell'ordine pubblico, sono state emanate non poche disposizioni penali “emergenziali” al di fuori del codice, sulle quali sono caduti i rilievi critici di gran parte della dottrina, che vi ha ravvisato una *ratio* repressiva, in grado di scalfire alcune garanzie fondamentali dello stato di diritto⁷. Non si devono trascurare, infine, le disposizioni legislative extracodicistiche, emanate negli ultimi anni nel segno dell’“emergenza sicurezza”, compendiate in “pacchetti” spesso disorganici, riconducibili al filone del diritto penale simbolico-espressivo⁸.

2. L'accezione materiale e ideale

Il bene giuridico è inteso tradizionalmente in due accezioni: in senso *ideale*, come “sistema coerente di valori e principi”⁹, che lo Stato promuove e difende per la sua stessa esistenza; in senso *materiale*, come ordine esteriore della pacifica convivenza. S'intende che, in questa seconda accezione, il bene giuridico

⁶ Cfr. G. FRANCOLINI, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, parte speciale, III, Torino, 2008, pp. 986 ss.; G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1994, p. 74; DALLA CASA, *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., pp. 1 ss.; S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 668 ss.; G. CORSO, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 1068; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, cit., pp. 1092, ss.

⁷ F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, Q. C., 1975, p. 276; C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1090; G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., pp. 74 ss.

⁸ Sul punto sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla pretesa di “pienezza” di tutela alle fattispecie aperte*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021, pp. 13 ss.

⁹ L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov.mo Dig. Ita.*, XII, Torino, 1965, pp. 130 ss.

acquista una connotazione, pur sempre lontana dalla consistenza empirico-fisica, tuttavia meno eterea e inafferrabile rispetto all'accezione meramente ideale. Per sommi capi, si può dire che la prima accezione è quella accolta dalla dottrina dominante al tempo dell'introduzione del codice Rocco, prossima all'idolatria dello Stato etico; la seconda accezione, accolta dalla dottrina prevalente di oggi, pare più conforme ai valori costituzionali.

Ne discende una diversa interpretazione del requisito di offensività della condotta illecita: la prima accezione si presta all'incriminazione di condotte preliminari, caratterizzate da mera intenzionalità criminosa; la seconda non annulla del tutto il rischio di incriminare condotte non connotate di sufficiente livello di offensività, ma lo riduce, dacché si fa riferimento al "disordine materiale che mette a repentaglio la pace esterna e la sicurezza fisica delle persone"¹⁰. Insomma, sempre e comunque si pone il problema interpretativo di individuare la soglia minima di punibilità, ma l'accezione materiale ha il pregio, almeno, di fondare l'incriminazione sulla tutela di un bene certamente più visibile dei "valori di Stato". Senza contare che è già discutibile, nell'ambito di una visione "laica" dello Stato, assumere che "valori" e "principi" di convivenza debbano essere autoritariamente imposti ai *cives*.

Non può negarsi tuttavia che la "materialità" dell'ordine pubblico ha caratteri *sui generis*, nel senso che una certa commistione materialità/idealità è forse inevitabile. Se infatti l'ordine pubblico avesse un carattere materiale puro, si dovrebbe riconoscere che ogni reato di qualsivoglia fattezza (contro la vita, il patrimonio, la pubblica amministrazione etc.) leda siffatto ordine, perché un frammento di pace sociale è necessariamente turbato dalla lesione del diritto della vittima¹¹. Il libero esercizio del diritto è infatti la base dei pacifici rapporti di convivenza, potendosi dire pacificamente riconosciuto e rispettato solo quel diritto, per definizione, non offeso; e poiché il reato offende sempre il diritto, offende anche inevitabilmente l'ordine della pacifica convivenza. Dunque, l'oggetto giuridico dell'ordine pubblico può acquistare la sua specificità solo a condizione che si faccia astrazione dal singolo rapporto interpersonale e si prenda in considerazione l'interesse della società. E poiché alla nozione di

¹⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 4^a ed., Zanichelli, Bologna, 2007, 462.

¹¹ Di quest'avviso già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte speciale*, seconda edizione, vol. IV, Giusti, Lucca, 1869, pp. 2360-2362. Nella dottrina moderna G. DE VERO, *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., 1994, 75 ss.. L'argomento è utilizzato dalla dottrina che accoglie la nozione dell'ordine pubblico in senso soggettivo, come sentimento collettivo di sicurezza, ritenuta la sola che possa conferire autonomia al bene giuridico, posto che un frammento di pace sociale risulterebbe comunque turbato da qualsivoglia reato; cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1926, 158; E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 3 ss.. Per tale ragione, la categoria dei reati contro l'ordine pubblico avrebbe un carattere residuale e suppletivo. Karl BINDING non esitava a definirla il ripostiglio (*Rumpelkammer*) di quanto risulta difficile sistemare altrove; cfr. G. FORNASARI, *Introduzione*, XVII, in G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017.

“società” si perviene, facendo astrazione dagli individui che la compongono, non può negarsi che il bene in questione possieda un *quantum* necessario di astrattezza/idealità. Risulta decisivo allora che l’astrazione non sia portata alle conseguenze estreme, fino a ritenere che il bene giuridico consista in un mero valore ideale; e sia comunque concretamente e materialmente riconoscibile l’offesa arrecata alla pacifica convivenza sociale. Il bene giuridico dell’ordine pubblico, che non possiede di per sé grande evidenza fisico-empirica e pertanto non può non possedere un *quantum* di astrattezza, proprio per questo non può non avere una base concreta e dunque la sua accezione materiale deve costituire il criterio guida dell’interprete, chiamato a misurarsi sulla questione della necessaria offensività del fatto di reato.

A cagione della commistione evidenziata, le due interpretazioni proposte, ancorché distinte con chiarezza e polarizzate nel cielo astratto dei concetti, nel divenire storico della legislazione e della giurisprudenza tendono a intrecciarsi e sovrapporsi. Basti pensare che è possibile osservare una certa continuità nelle linee ispiratrici del codice Zanardelli e del codice Rocco¹², i quali pure si inscrivono e nascono in temperie culturali storicamente e idealmente molto distanti; parole non molto dissimili furono utilizzate nelle due Relazioni al progetto di codice; nell’una si afferma che il titolo dei delitti contro l’ordine pubblico comprende “ogni fatto ... che attacca il buon assetto e perturba il regolare andamento del vivere civile”¹³; nell’altra parimenti l’oggetto di tutela viene individuato in tale “buon assetto e regolare andamento del vivere civile”, a cui (in aggiunta) “corrispondono nella collettività, l’opinione ed il senso della tranquillità e della sicurezza”¹⁴.

Siffatta continuità è ampiamente riconosciuta in dottrina, anche se qualche Autore¹⁵ la ravvisa solo sul versante del carattere ideale del bene giuridico, valorizzando quel passo della Relazione al codice Rocco, nel quale si fa cenno ai delitti che “ledono l’ordine pubblico, non in qualche specifico aspetto, ma in sé, menomandolo nella sua essenza”, mentre si riconosce che “in essi difficilmente è dato rinvenire un’obiettività giuridica immediata”. Invero tale continuità, ravvisata dalla dottrina minoritaria sul versante ideale, può essere invocata anche sull’altro versante, giacché può pensarsi che il requisito di necessaria materialità dell’offesa postuli un’interpretazione che non riconduca, per così

¹² G. FORNASARI, *Introduzione*, cit., XVI: «Si può certamente parlare di una continuità tra l’impostazione del codice liberale ottocentesco e quella del codice attualmente vigente, redatto in epoca fascista».

¹³ Relazione al progetto del codice Zanardelli, CXIII, citata da G. CORSO, *op. cit.*, p. 1059.

¹⁴ Relazione ministeriale al progetto del codice penale, II, Roma, 1929, 202. Sul punto cfr. M. RIVERDITI, *Delitti contro l’ordine pubblico materiale*, in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la personalità dello stato e contro l’ordine pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 335-342, G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 6.

¹⁵ DALLA CASA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

dire, Zanardelli a Rocco, bensì vada a ritroso nel tempo e riconduca Rocco a Zanardelli. Ma a prescindere dall'argomento della continuità storica, che apre a soluzioni non univoche, è certo comunque che l'odierno interprete, nel cimentarsi con la questione che verte sulla natura giuridica del bene protetto, da sempre controversa, può ovviamente prendere in considerazione i lavori preparatori e l'ispirazione di fondo del legislatore codicistico del 1930, ma non deve fermarsi a quell'anno, per l'ovvia considerazione che la Costituzione italiana del 1948 ha mutato il quadro di riferimento dell'intero codice Rocco.

3. La nozione costituzionalmente orientata

La Costituzione non menziona espressamente l'ordine pubblico tra i beni tutelati, ma non mancano riferimenti ad aspetti della convivenza sociale connessi con la versione "materiale" del concetto¹⁶. Non tutti i diritti di libertà sono messi in relazione con la sicurezza e l'incolumità pubblica, ma solo quei diritti il cui esercizio comporta la compresenza di più persone, quali il diritto di circolazione, di riunione, di iniziativa economica (artt. 15, 17, 41 Cost.). Mentre le libertà individuali differiscono ben poco rispetto a quelle sociali, sotto il profilo della potenzialità di apportare pericolo ai "valori" e ai "principi" istituzionali dello Stato, derivante in ipotesi da un esercizio non appropriato; differiscono invece radicalmente, in relazione al pericolo di disordini "materiali", possibili solo nella compresenza di più persone. Ciò spiega perché la Costituzione connette solo le libertà sociali, e non anche i diritti di libertà individuale, al bene dell'ordine pubblico e peraltro ne menziona solo gli aspetti materiali (sicurezza e incolumità pubblica). Si può aggiungere, inoltre, che la Costituzione non fa riferimento ai "valori democratici" dei programmi dei partiti politici, ma solo al carattere democratico del loro *metodo*. Anche questo è un segno di una visione dell'ordine pubblico, non già come insieme di valori e principi, bensì come base materiale della pacifica convivenza sociale, giacché nulla esclude la collisione dei programmi di partito con i valori democratici, mentre il metodo antidemocratico, molto più che l'idealità programmatica, è idoneo a innescare disordini materiali.

D'altronde il pluralismo dei valori ideali e la dialettica dei programmi politici a fondamento della democrazia entrano in conflitto con un ordine unico e preconstituito di principi fondanti, assunto dallo Stato come proprio. Cosicché sarebbe contraddittorio propugnare e difendere il pluralismo dei valori ideali e incriminare al contempo il (supposto) pericolo arrecato a un ordine di valori e principi, per loro stessa natura opinabili e controversi¹⁷.

¹⁶ L'Assemblea costituente decise di sopprimere il riferimento all'ordine pubblico quale limite all'esercizio della libertà religiosa proprio per la «elasticità» di tale formula e dunque per la sua inadeguatezza a fungere da parametro per regolare l'esercizio di una libertà fondamentale: cfr. G. CORSO, *op. cit.*, p. 1060.

¹⁷ «La compressione delle libertà fondamentali non potrebbe essere giustificata in nome dell'ordine pubblico ideale senza tradursi in una 'contraddizione in termini', in una negazione di

L'odierna dottrina penalistica, costituzionalmente orientata, è dunque incline ad accogliere un concetto di ordine pubblico, magari non del tutto scevro di commistioni ideali, il quale tuttavia non può prescindere dalla sua accezione materiale, ancorché declinata in varie guise, necessariamente postulata dal principio di offensività del fatto di reato¹⁸. La prevalenza di siffatta impostazione, nel quadro della cultura giuridico-politica odierna, ispirata ai principi della liberaldemocrazia, è comprovata oltretutto dalle proposte della commissione Pagliaro per la riforma del codice penale; nel progetto redatto nel 1992, si proponeva di sostituire la denominazione attuale con quella di "reati contro la sicurezza collettiva", proprio al fine di far emergere il contenuto materiale dell'ordine, assunto come sicurezza fisica dei *cives*.

Solo l'offesa a un "bene giuridico" può giustificare la sanzione penale, e tale "bene", seppure di consistenza non fisica, deve essere comunque verificabile e osservabile nelle concrete dinamiche storiche. Al contrario il "bene" puramente ideale sarebbe etereo e avulso dalla dinamica delle vicende concrete; alla sua piena astrattezza e "inafferrabilità" corrisponderebbe una condotta illecita indeterminata, ossia non determinata dalla presenza (verificabile) di un pericolo concreto; si presterebbe perciò a interpretazioni manipolate, "a copertura di interessi mutevoli e non sempre effettivamente meritevoli di tutela"¹⁹. Alla smaterializzazione dell'offesa corrisponderebbe un grave *deficit* di tipicità della condotta illecita; perciò, sarebbero violati sia il principio di offensività del reato sia quello di legalità della norma penale.

Possiamo dunque concludere che l'accezione puramente ideale dell'ordine pubblico sia definitivamente superata nell'attuale contesto dottrinale e giurisprudenziale. Sopravvive solo l'accezione con base materiale, della quale tuttavia risultano formulate diverse versioni, riconducibili per sommi capi a tre nozioni di ordine pubblico: la prima soggettivamente, la seconda oggettivamente, la terza normativamente orientata.

La prima nozione designa la percezione del disordine esteriore da parte dei consociati. È stata oggetto di critica perché individuerebbe il bene giuridico tutelato nel senso di sicurezza del soggetto passivo. Si conviene sul fatto che

quegli stessi principi di cui (lo Stato) è espressione, poiché dell'ordine pubblico ideale tali libertà costituiscono un aspetto fondamentale»; S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, cit., p. 3; cfr. G. FRANCOLINI, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 991.

¹⁸ *Ex multis* S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3; G. CORSO, *op. cit.*, p. 1063; G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO (a cura di) *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, p. 7; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., pp. 3 ss.; G. FRANCOLINI, *Generalità*, cit., p. 990.

¹⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 463. In questo senso anche S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3; F. IACOVIELLO, *Ordine pubblico*, cit., p. 49, il quale osserva che l'ordine pubblico nell'accezione ideale si rivela «una duttile *ratio* giustificativa di qualsiasi strategia di politica criminale».

L'“effetto psicologico” di insicurezza potrebbe essere accertato in termini storico-naturalistici; tuttavia, l'offesa giuridica verrebbe a dipendere comunque da un'opinione; il che farebbe venir meno, non tanto l'oggettività dell'accertamento, quanto l'oggettività del disvalore²⁰. Al contempo si deve evidenziare che non può essere del tutto espunto dalla nozione di ordine pubblico qualsivoglia riflesso soggettivo, giacché nella “pubblica tranquillità” è insita la percezione dell'ordine e della pace sociale da parte dei consociati²¹. Per converso, l'accezione oggettiva pura, come si è detto, non si presta a cogliere la specificità del bene giuridico “ordine pubblico”, dal momento che la pace esteriore risulta turbata da qualsivoglia fatto di reato, offensivo di un bene giuridico purchessia²². Tirando le somme, entrambe le declinazioni dell'ordine pubblico materiale si prestano ad osservazioni critiche e tuttavia non sono da respingere *in toto*, possedendo una ragion d'essere ineliminabile: la prima, perché la “pace sociale” alberga anche nel sentimento dei consociati; la seconda, perché siffatta “pace” può essere “percepita” dall'intera comunità dei *cives*, solo se avulsa dall'arbitrario parere di un soggetto specifico, sicché in qualche modo deve “oggettivarsi” nei comportamenti “comuni”. È necessario dunque ricercare la sintesi tra le due accezioni dell'ordine materiale, mentre, come s'è detto, risulta inevitabile una certa commistione con l'ordine morale; sicché pare preferibile percorrere una terza via, che conduca a una declinazione dell'ordine pubblico, certamente a base materiale, la quale tuttavia non escluda del tutto il riferimento, sia ai valori fondamentali della convivenza, sia alla percezione sociale della tranquillità pubblica.

4. La nozione normativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Dalle superiori osservazioni prende le mosse la dottrina normativa, la quale intende l'ordine pubblico in senso più ampio, ricomprendendovi sia l'accezione materiale sia quella morale, la quale ultima designa “i principi etici e sociali, che stanno alla base dell'assetto del vivere civile in un determinato momento storico”; sicché il reato, in questa logica, non turba solo le condizioni materiali della sicurezza pubblica e della pacifica convivenza, ma anche i suoi valori; si tutela perciò l'affidabilità dell'istituzione statale, “garante della tranquillità pubblica e della libertà dei consociati”²³.

La Corte costituzionale, in varie pronunce riguardanti delitti e contravvenzioni contro l'ordine pubblico, sembra propendere per l'interpretazione normativa. Per un verso, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 414 e 415, per mancanza di riferimenti empirico-fattuali,

²⁰ G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 2/1976, p. 11; G. CORSO, *op. cit.*, p. 1080; DALLA CASA, *Ordine pubblico*, cit., p. 8.

²¹ G. FORNASARI, *Introduzione*, cit., XVIII.

²² G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., 75 ss.; ID., *Tutela penale*, cit., 7 ss.; cfr. anche nota 9.

²³ G. MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Nov.mo Dig. It.*, App., V, Torino, 1984, p. 571.

con ciò accogliendo la nozione di ordine pubblico materiale; per altro verso, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 656, che punisce la pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, in ragione del pericolo recato al sistema politico garante della sicurezza e della libertà dei *cives*²⁴. Nella logica della Consulta, la violenza non è solo quella che mette in pericolo direttamente e immediatamente la pace sociale, ma anche quella che reca offesa alle "strutture giuridiche della convivenza sociale". In altri termini, la sicurezza materiale dei *cives* riposa sul bene immateriale consistente nell'affidabilità dello Stato, cosicché l'aspetto materiale e quello ideale afferiscono in egual misura al bene denominato "ordine pubblico"; unitario, ancorché concettualmente scomponibile nella sua parte materiale, direttamente e immediatamente tutelata, e in quella strumentale e ideale, indirettamente e mediatamente tutelata. In questa logica, il bene strumentale viene tutelato alla stessa stregua di un bene finale.

La Consulta sembra accogliere, dunque, la nozione normativa di ordine pubblico, comprensiva di entrambe le accezioni, materiale e ideale, viste in correlazione necessaria. I principi basilari dell'ordinamento costituzionale entrano a far parte dell'oggetto di tutela delle norme incriminatrici, non in quanto valori puri, bensì come strutture portanti di un assetto di pacifica convivenza. In altri termini, le strutture normative sono viste come strumento indispensabile della sicurezza dei *cives*. In questa logica, il bene tutelato è pur sempre quello finale, ossia la sicurezza dei consociati, mentre risulta tutelato al contempo il bene strumentale e preliminare, ravvisabile nell'assetto costituzionale, che rende possibile la pacifica convivenza. Ci pare di poter desumere che l'anticipazione di tutela ritenuta legittima dalla Corte ha comunque un limite invalicabile, dato dal rapporto di adeguatezza strumentale. A questa stregua, se il pericolo recato alle "strutture normative" della pacifica convivenza non costituisse al contempo pericolo (valutato secondo il metro dell'adeguatezza) per la sicurezza materiale dei cittadini, verrebbe a mancare l'offesa giuridica; il reato dunque si perfezionerebbe solo quando il fatto mettesse in pericolo, almeno in via mediata, il bene finale, recando pericolo immediato al bene strumentale. In questo quadro, le due accezioni dell'ordine pubblico si coniugano nella sintesi normativa, costituzionalmente orientata.

Con la nozione di ordine pubblico costituzionale, come "complesso dei principi fondamentali sui quali si basa la civile convivenza"²⁵, l'odierna dottrina, per certi versi, rivaluta la versione ideale dell'ordine, ostracizzata fino a qualche tempo fa, ma al contempo la colloca in un quadro di riferimento ben diverso da quello della primigenia e irrimediabilmente superata formulazione. Si osserva che la Carta costituzionale ha un profilo dinamico, facendo riferimento per

²⁴ Cfr. *Infra* note 24, 25.

²⁵ S. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 5.

esempio a un'uguaglianza sostanziale da realizzare (art. 3 Cost.), sicché la conservazione delle strutture politiche e sociali esistenti non può fungere da bene giuridico protetto, perché risulterebbe incriminato il dissenso politico e la lotta per instaurare nuovi diritti. Il mantenimento della "pace sociale" non può giustificare la funzione conservativa dell'esistente assetto dei rapporti politici e sociali, cristallizzati, immobili e non modificabili; al contrario deve intendersi come la *ratio* giustificativa della sanzione penale a tutela della "giustizia" in divenire, evocata nella Carta costituzionale, comprensiva dell'eguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale dei consociati.

5. La vera questione interpretativa: i limiti di anticipazione della tutela del bene giuridico materiale

Sul punto, la nostra opinione non è molto difforme da quella riconducibile alla dottrina normativa costituzionalmente orientata. Ci pare in verità che la questione essenziale non risieda tanto nella concettualizzazione dell'oggetto di tutela, quanto nella tecnica di tutela anticipata del bene finale²⁶, il quale non può che consistere nella tranquillità pubblica, intesa come ordinata dinamica delle relazioni sociali in senso materiale. Infatti, il valore ideale, comunque inteso, consiste pur sempre, per necessità logica, in un bene strumentale; non può che essere pensato come lo strumento del benessere dei *cives*. Ma siffatto benessere non può che esplicarsi nella pacifica e ordinata convivenza dei *cives*; cosicché la tutela dell'assetto costituzionale è concettualmente preliminare alla tutela della tranquillità materiale della convivenza sociale. Allora la vera questione verte sui limiti di tale "preliminarietà", ossia sugli estremi di legittimità costituzionale della specifica tutela anticipata, demandata a ognuna delle fattispecie incriminatrici. La questione sembra così spostarsi su un terreno di maggiore "concretezza": dal dogma generale dell'ordine pubblico si scende alla verifica di idoneità della condotta illecita a perturbare il bene finale, assunto come ordinata e pacifica convivenza sociale. Le declaratorie di parziale incostituzionalità²⁷ e le sentenze

²⁶ Che sia questa la questione interpretativa principale emerge anche dalla vocazione più "preventiva" che "repressiva" di tale classe di reati, già insita nella scelta del codice Zanardelli di assumere come offensivi di tale bene i fatti di istigazione, apologia e associazione, piuttosto che i fatti di devastazione, saccheggio e pubblica intimidazione. Sul punto G. DE VERO, *Ordine pubblico*, cit., p. 76.

²⁷ C. Cost. n. 108 del 23 aprile 1974, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 415 del codice penale, riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. V. anche la sentenza C. Cost. n. 11 del 10 maggio 1979, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 3 del T.u.l.p.s., nella parte in cui prevedeva la incriminazione contravvenzionale di coloro che prendono la parola in riunione in luogo pubblico essendo a conoscenza della omissione di preavviso previsto nel primo comma.

interpretative di rigetto²⁸ fanno leva appunto sulla “concretezza” ed “effettività” dell’offesa penale, la quale si ravvisa nella minaccia all’ordine pubblico. Se il pericolo recato all’ordinato corso dei rapporti sociali deve essere “concreto” ed “effettivo”, la condotta deve palesare l’idoneità a ledere il bene finale di indole materiale, non già la sola contrarietà ai valori ideali strumentali²⁹. È dunque questa la vera questione interpretativa, a giudizio del Giudice delle leggi, che adotta un criterio così sintetizzabile: il limite di legittimità costituzionale della tutela dell’ordine pubblico si ravvisa nella concretezza e effettività del pericolo arrecato alla tranquilla e pacifica convivenza dei consociati. In ciò trova conforto la nostra opinione, secondo cui l’accezione preferibile di ordine pubblico è quella normativa, la quale assume l’assetto costituzionale e i valori fondanti della Carta, non già come oggetto diretto della tutela penalistica, bensì come beni propedeutici e strumentali rispetto al bene finale di indole materiale. La questione interpretativa si riconduce dunque a quella generale, riguardante i reati di pericolo³⁰; verte cioè sul punto-limite, oltre il quale non può giustificarsi la tutela anticipata. Dal bene giuridico tutelato l’attenzione si sposta sulle modalità di tutela di quel bene.

È chiaro che il carattere sfuggente e immateriale del bene sottrae rilevanza alla questione riguardante le tecniche di tutela, giacché, laddove è incerta la lesione del bene, a maggior ragione risulta incerto il pericolo di lesione. Ne deriva la necessità che il bene tutelato abbia una dose sufficiente, ancorché minima, di materialità, in modo che sia riconoscibile da parte di un osservatore neutrale, che non indossi le lenti dell’ideologia. Solo a questo punto, ossia dopo aver individuato un bene sufficientemente materializzato, ha senso interrogarsi sui limiti di anticipazione di tutela. In altri termini, pericolo e anticipazione di tutela sono concetti che postulano il riferimento necessario alla lesione, essendo *pre-liminari* rispetto a un determinato *limen*, ossia a un *quid* che chiamiamo

²⁸ La Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto del 1970, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell’art. 414, co. 3, c.p. sollevata con riferimento all’art. 21 Cost., ha affermato che «l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti» (C. cost., 4.5.1970, n. 65, in *Giur. cost.*, 1970, p. 955). La pronuncia della Corte costituzionale, criticata per aver creato un inutile doppione dell’istigazione, ha suggellato l’interpretazione dell’apologia come istigazione indiretta e della relativa fattispecie come reato di pericolo concreto (per i vari profili: G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993 cit., p. 299; C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.*, 1971, pp. 18 ss.; V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, in *Cass. pen.*, 1981, pp. 772 ss.; C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 739 ss.).

²⁹ La concreta pericolosità della condotta deve essere intesa in termini di efficacia probabilistica della causazione dei fatti istigati o di cui si è fatta apologia, G. FORNASARI, *Introduzione*, cit., XVIII.

³⁰ D’altronde già il codice sardo-italiano del 1859 incentrava l’offesa alla pubblica tranquillità sul pericolo della commissione di futuri reati; cfr. C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1087.

lesione, cui si connette la tutela “piena” e posticipata; dunque hanno ragion d’essere solo per quei beni, la cui lesione è empiricamente, e dunque neutralmente (e non ideologicamente), verificabile, proprio perché, in relazione ai beni inafferrabili e puramente ideali, pericolo e lesione vengono a coincidere nella logica arbitraria dell’ideologia. Ciò posto, risulta evidente che la giurisprudenza della Consulta, proprio per il fatto di assumere, a criterio di legittimità costituzionale, la “concreta idoneità” della condotta a ledere l’ordine pubblico, ne postula una nozione dotata di carattere empirico-materiale, mentre l’ordine costituzionale viene visto come strumentale.

La nozione di ordine pubblico così delineata e delimitata ci lascia intendere la *ratio* dell’incriminazione di condotte in sé e per sé neutre, come quelle previste nel capo in oggetto. A fronte di tale “neutralità” di base, solo la sufficiente concretezza del bene giuridico, tutelato in via anticipata, rende compatibili tali fattispecie incriminatrici col principio costituzionale di materialità e offensività. Le questioni sorgono soprattutto per le condotte di apologia e istigazione³¹, mentre l’offensività dei fatti associativi è meno controversa. È evidente, infatti, che il vincolo associativo rafforza la carica offensiva di ogni condotta illecita, per il maggiore allarme sociale suscitato dal numero dei correi e per la maggiore intrinseca gravità del nocumento arrecato al consorzio civile. Sicché si discute non tanto dell’offensività generale delle associazioni finalizzate all’attività criminosa, quanto del grado accettabile di anticipazione della tutela penalistica, delle misure di prevenzione e del *quantum* sanzionatorio. Nei riguardi delle condotte di istigazione e similari, sorge invece il problema della compatibilità col principio generale di non punibilità dell’istigazione non accolta e con i diritti di libertà, costituzionalmente garantiti, di manifestazione del pensiero, di stampa, di propaganda politica etc.

6. Conclusioni

A chiusura di questo saggio, risultano, dunque, ben comprensibili le ragioni che ci hanno indotto a misurarci con un bene giuridico, comunque sfuggente e poco “afferrabile”³². Queste sue caratteristiche, proprio perché si prestano ad acuire il latente rapporto di tensione tra le esigenze garantistiche e quelle di tutela sociale,

³¹ Le condotte prodromiche alla lesione di qualunque bene giuridico, ma soprattutto “I fatti di istigazione e apologia, così come normativamente costruiti, destano il forte sospetto di rappresentare null’altro che comodi arnesi repressivi nei confronti di forme di dissenso e contestazione dell’ordine costituito”; G. FORNASARI, *Introduzione*, cit., XVII.

³² Per quanto si voglia oggettivare, su base empirica, la nozione di ordine pubblico, la questione interpretativa rimane comunque di ardua soluzione, giacché il profilo soggettivo della nozione è ineliminabile; sempre e in ogni caso la tranquillità pubblica non può che riflettersi sulla percezione soggettiva dello stato di sicurezza da parte dei *cives* e si capisce che tale percezione apre le maglie dell’opinabilità. Cfr. G. FORNASARI, *Introduzione*, cit., XVIII.

costituiscono una motivazione suppletiva del nostro sforzo di ricercare il punto di equilibrio fra le opposte esigenze.

IL DIRITTO PENALE NEL QUADRO DELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

Criminal law in the framework of the general theory of law

di

Ali Abukar Hayo*

Nel quadro della teoria generale del diritto, si fatica a far posto al diritto penale. La moderna dottrina penalistica ha rinunciato a ravvisare nel rapporto punitivo il necessario correlato del diritto penale; questa branca del diritto è vista solo come un insieme di norme astratte, delle quali non si ricerca la necessaria "concretizzazione". È come se il diritto penale non scendesse mai, dal cielo dei concetti, sulla terra delle relazioni umane. A questa stregua, il diritto penale si configura come un *unicum* nella teoria generale, per certi versi "anomalo", giacché alla sua dimensione oggettiva non corrisponde quella soggettiva. Nella sistematica moderna, la norma precettiva è l'alfa e l'omega del diritto penale; manca il diritto di punire appartenente a un soggetto. Il paradigma di riferimento del diritto penale soggettivizzato è la pretesa punitiva, di cui si può apprezzare la particolare sintonia con l'architettura del processo penale accusatorio e l'attitudine a spiegare i fenomeni del "dinamismo" punitivo.

Within the framework of the general theory of law, it is difficult to make room for criminal law. Modern penal law doctrine has given up on recognizing the necessary correlate of penal law in the punitive relationship; this branch of law is seen only as a set of abstract rules, of which the necessary "concretization" is not sought. It is as if criminal law never descended from the sky of concepts to the land of human relations. In this way, criminal law is configured as a *unicum* in the general theory, in some ways "anomalous", since its objective dimension does not correspond to the subjective one. In modern systematics, the preceptive norm is the alpha and omega of criminal law; the right to punish belonging to a subject is missing. The reference paradigm of the subjectified criminal law is the punitive claim, of which we can appreciate the particular harmony with the architecture of the accusatory criminal process and the aptitude to explain the phenomena of punitive "dynamism".

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

SOMMARIO: 1. La rappresentazione precettiva della norma penale in connessione con la rappresentazione esclusivamente oggettiva del diritto penale 2. L'anomalia del diritto penale unidimensionale 3. Il paradigma della pretesa punitiva.

1. La rappresentazione precettiva della norma penale in connessione con la rappresentazione esclusivamente oggettiva del diritto penale

L'odierna dottrina dominante descrive il diritto penale solo come un sistema di norme a contenuto "precettivo", le quali sanzionano il comportamento difforme dei sudditi. In questo schema concettuale, isolatamente considerato, manca l'interazione tra i soggetti; l'uomo, pensato come destinatario del "precetto", ossia come "suddito", "interagisce" solo con la norma; si relaziona solo con l'Essere superiore che personifica la norma, un "Legislatore" astratto e metafisico. Siffatta descrizione del fenomeno penalistico ha la sua ragion d'essere, ma non ci pare esaustiva; riteniamo infatti che ravvisare nel "diritto penale" solamente un sistema normativo significa ignorare una parte essenziale dell'universo penalistico. Tutte le norme giuridiche disciplinano rapporti umani, che vengono sussunti sotto il paradigma del diritto "soggettivizzato", posto che i rapporti umani corrono tra soggetti. Sicché coesistono - e hanno sempre ragione di coesistere - le due accezioni del diritto: quella oggettiva, riguardante il sistema normativo; quella soggettiva, riguardante il rapporto giuridico che si instaura tra i soggetti.

In strana solitudine, la dottrina penalistica tende a "ignorare" l'accezione soggettiva del diritto penale, trascurando di conseguenza un dato importante, che potremmo chiamare la "norma vivente", ossia il rapporto giuridico che si insatura tra soggetti, in virtù della norma astratta. Come il "diritto vivente" designa l'applicazione concreta della norma, dedotta dalle pronunce giurisprudenziali, così il rapporto giuridico può pensarsi come la "norma vivente", giacché costituisce la concretizzazione necessaria della norma astratta. Invero la dottrina, in tutte le branche del sistema normativo, accoglie le due nozioni, oggettiva e soggettiva, del diritto; ad eccezione della dominante dottrina penalistica dei tempi moderni. Le ragioni di questa "dimenticanza" ci sembrano molteplici. Proviamo a indicarne alcune.

La cultura idealistica concepisce lo Stato come "Ente", ossia come "ciò che è": un'entità reale; una vera e propria *res*. In questa *res* indistinta confluiscono tutti gli apparati, che esercitano poteri e funzioni pubbliche, invero alquanto diversificati. L'idea unificante di Stato è certamente utile, per capire e descrivere la dinamica della *res publica*; ma la reificazione dell'idea è un errore logico, che complica la comprensione dei fenomeni giuridici. Ai nostri fini, l'idea che prende il posto della *res*, e cioè la configurazione dello Stato come ente reale, complica la

comprensione del fenomeno penalistico e favorisce l'accezione unidimensionale del diritto penale (inteso in senso solamente oggettivo). L'interezza dello Stato, all'interno delle coordinate idealistiche, si erge al di sopra dei "sudditi", in ragione della superiorità aprioristica dei suoi interessi e dei suoi atti; in questa logica, tutte le articolazioni dello Stato sono *super partes* e perciò imparziali. Ne risulta ostacolata la rappresentazione del diritto penale in termini di rapporto giuridico tra soggetti, e cioè tra "parti", giacché una parte (quella pubblica) dovrebbe essere contemporaneamente *super partes*.

Il paradigma del rapporto punitivo entra poi in rotta di collisione con l'idea che lo Stato eserciti nei confronti del reo una *potestà*, non già una *pretesa*, punitiva. La "soggezione" del reo alla pena, anche al di fuori delle coordinate dell'idealismo, è considerata da gran parte della dottrina il corollario necessario dell'imparzialità della *res publica* e perciò dell'organo "puniente". A tale "soggezione" corrisponde l'esercizio di una *potestà*, non già l'esercizio di un diritto soggettivo; cosicché "evapora" il rapporto punitivo, che presuppone la paritaria condizione delle parti. Nel diritto dei privati, la posizione paritaria dei soggetti del rapporto giuridico non è insidiata dalla superiorità della parte pubblica, aprioristica e presunta, pertanto nessun ostacolo si frappone alla rappresentazione soggettiva del diritto dei privati; al contrario, in campo penalistico, la necessaria presenza dell'organo pubblico interferisce con la configurazione del rapporto punitivo, nei termini che scaturiscono dall'esercizio del diritto soggettivo, ossia in termini di *pretesa/obbligo*.

La rappresentazione unidimensionale del diritto penale trova ulteriore alimento nell'idea che la norma penale abbia un contenuto "precettivo", prim'ancora che sanzionatorio. Il "precettore", per sua stessa natura, si erge al di sopra dei "precettati" e, poiché il "precetto" è impersonale e valido *erga omnes*, il "suddito", destinatario del precetto, non entra in rapporto col "precettore", né con alcun altro. Se, al contrario, la funzionalità primaria della norma penale viene ravvisata come sanzionatoria (e di riflesso precettiva), risulta più semplice concepire la doppia dimensione del diritto penale, giacché nella fase sanzionatoria è ben concepibile la compresenza di due soggetti ("sanzionatore" e "sanzionato"), avvinti in rapporto giuridico.

Si può infine indicare un ulteriore ostacolo alla teorizzazione del rapporto punitivo: la tendenza riduzionistica del giuspositivismo estremo. Laddove tutta la fenomenologia giuridica viene ristretta nei limiti delle norme verbalizzate nei testi legislativi e regolamentari, il diritto è solo quello "visibile" e dunque risiede per intero nel *verbum*. Il rapporto sottostante, che scaturisce dal *verbum*, non è necessariamente escluso, ma diviene comunque secondario. Laddove poi manca del tutto l'autonomia privatistica, come in campo penale, il *verbum* tende ad assorbire l'interezza del diritto e il rapporto giuridico, pur non essendo

necessariamente escluso, diviene tanto secondario, da poter essere “dimenticato”.

Siamo convinti, tuttavia, che questa “dimenticanza” comporti una comprensione parziale e incompleta della dinamica effettiva del diritto penale, della quale l’immobile verbale legislativo non può darci conto. Solo introducendo, nella sistematica penalistica, il rapporto giuridico e i suoi soggetti, si può cogliere il nesso inscindibile tra il diritto sostanziale e quello processuale; si possono spiegare i “movimenti” della pena, ai quali non corrisponde alcun movimento del *verbum*; si può, in ultima analisi, ben comprendere il diritto penale che vive sulla terra, disciplinato, ben s’intende, dalle fattispecie astratte che abitano il mondo dei concetti.

2. L’anomalia del diritto penale unidimensionale

Il fenomeno giuridico non può essere inteso nella sua pienezza significativa senza il riferimento necessario a un “rapporto” tra soggetti². Se ne può cogliere la scorza esteriore in mille modi; anche la semplice lettura di una norma di legge o di un atto giudiziario ci accosta alla comprensione intuitiva di che cosa è il diritto, ma la “sostanza” di esso ci sfugge, se trascuriamo la presenza necessaria dei soggetti che sono avvinti nel “rapporto giuridico”. In fondo perfino il diritto dell’uomo sulla *res*, il diritto di proprietà che costituisce forse l’archetipo della situazione giuridica chiamata diritto soggettivo, può vedersi come un rapporto tra il proprietario, che dispone del bene, e la comunità indistinta degli uomini, obbligati a rispettare l’esercizio delle facoltà inerenti al diritto di proprietà e al correlativo *jus excludendi*. Se, invece, prescindessimo dal rapporto che si instaura tra gli uomini, non potremmo spiegarci l’essenza di quel diritto reale, dal momento che l’uomo, con molta evidenza, non comunica con la *res*, ma solo con altri uomini; e infatti giammai diremmo che l’unico abitante dell’isola deserta

² Non si può prescindere dal soggetto che esercita il diritto; tutto il costrutto teorico della fenomenologia giuridica (di ogni branca) poggia sui pilastri del diritto oggettivo e soggettivo. Per una sintetica panoramica cfr. G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costutuzionalismo.it*, 14 settembre 2008. Secondo un’autorevole dottrina, il binomio sul quale si fonda la fenomenologia giuridica non è quello diritto soggettivo-diritto oggettivo, bensì diritto soggettivo-potere; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pub.*, 1949, 238 ss.. A questa stregua il diritto oggettivo, e cioè l’ordinamento di norme, designa ciò che promana dall’esercizio del potere, come la *facultas agendi* promana dal diritto soggettivo. Tale dottrina ravvisa nel diritto oggettivo il quadro normativo, all’interno del quale si instaurano e si sviluppano i rapporti tra gli oggetti; ma proprio per questo, il diritto oggettivo non può stare in piedi da solo. Se il potere, da cui promana il diritto oggettivo, ha ragion d’essere in quanto esercitato e pertanto postula il riferimento necessario ai soggetti che lo esercitano e ai soggetti che sono vincolati dal suo esercizio, risulta evidente che il diritto oggettivo si connette necessariamente al corrispondente diritto dei soggetti. Nel campo penalistico, utilizzando il paradigma del potere come antecedente logico del diritto oggettivo, la questione (alla quale si cercherà di rispondere nelle pagine che seguono) si pone in questi termini: lo *jus puniendi* instaura un rapporto tra soggetti o si connota come mero esercizio di potere?

(*Robinson Crusoe*) sia titolare del diritto di proprietà sull'isola. Né potremmo dire che un ipotetico abitante solitario della terra eserciti "diritti" di libertà; la stessa dimensione della libertà non avrebbe ragion d'essere, giacché concerne rapporti tra gli uomini, non già la condizione dell'uomo con sé stesso.

Se al diritto è sempre sottesa una relazione umana, appare "anomala" l'odierna dominante sistematica del diritto penale - e solo del diritto penale - la quale, "dimenticando" qualsivoglia rapporto tra soggetti, si limita a descrivere un insieme di "precetti", verbalizzati in forma scritta, dettati al popolo dei sudditi da un Legislatore issato in un sopramondo invisibile³. Le tavole della Legge non sono ricevute da Mosè, ma direttamente dal popolo dei *cives*, senza alcuna mediazione; cosicché non si instaura alcun rapporto tra Mosè e il popolo. Tutto il diritto penale si esaurisce nelle formule verbali delle fattispecie legislative, che descrivono "precetti" e comminano sanzioni per le violazioni.

Non ci si avvede che la purezza astratta di un diritto penale etereo e sopramondano, che non si cala sulla terra e non si inverte nei rapporti umani soggettivi, lo allontana, in ultima analisi, dal paradigma generale del diritto. Il che giustifica una domanda di fondo: ha senso chiamare "diritto" una non-relazione, qualcosa di simile, in ultima analisi, al precetto divino, seppure vestito di "sacralità" laica, diversamente divina? Fin quando il diritto penale veniva

³ Nessuna traccia del rapporto punitivo che avvince i soggetti (inteso come relazione di pretesa/obbligo) è data riscontrare nella moderna manualistica italiana F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, XVI ed., Milano, 2003; G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 2000; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova/Milano, 2017; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2017; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005; COCCO G. – AMBROSETTI E. M., *Il reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, diretto da COCCO G. – AMBROSETTI E. M., Milano/Padova, 2021; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 2006; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003; C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2020; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, I, Bologna, 1949; A. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2020; MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10^a, Milano, 2021; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12^a ed., Milano, 2019; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8^a, Milano, 2003; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, 8^a ed., Torino, 2021; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 9^a ed., Torino, 2021; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021.

Il diritto penale è declinato solo in senso oggettivo, mentre alla sovranità dell'ordinamento (non già a un singolo organo della *res publica*) compete la potestà (non già la pretesa) punitiva. A titolo meramente esemplificativo si citano la vecchia versione di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 2, che ha come titolo del primo capitolo "Legalità e irretroattività come limiti alla potestà punitiva dello Stato"), e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 3. Gli Illustri Autori inquadrano il diritto penale nell'ambito del diritto pubblico, caratterizzato dall'esercizio di potestà.

chiamato *jus puniendi*⁴, cioè “diritto di punire” e perciò diritto di un soggetto di irrogare la sanzione a un altro soggetto, previo accertamento giudiziale, il paradigma di riferimento era quello valido per tutte le branche del diritto, che designava e definiva una relazione instaurata tra soggetti, non già la situazione del suddito di fronte all’impersonale *voluntas* del Legislatore. A questa stregua, era chiaro che legge e diritto non potevano coincidere; era chiaro, in altri termini, che la legge fonda, autorizza, protegge il diritto, ma non coincide con esso; la legge è impersonale, mentre il diritto appartiene a un soggetto. Oggi, invece, nel campo del diritto penale, di fonte esclusivamente legislativa, legge e diritto tendono a coincidere, ma in tal modo si confonde, a nostro parere, la fonte con ciò che ne sgorga: la partorientente con il partorito. Ecco perché ha senso riscoprire la categoria concettuale dello *jus puniendi*, la quale, proprio perché sottende una relazione tra soggetti, introduce immediatamente le questioni relative alla titolarità: a chi appartiene il diritto di punire? Quale organo esercita tale diritto? A quali termini e condizioni è sottoposta la titolarità del diritto? *Etc.*

Ovviamente la riscoperta dello *jus puniendi* impone la doppia declinazione del diritto penale, in senso oggettivo, ma anche soggettivo⁵. Entrambe le

⁴ Storicamente la prima accezione del diritto penale è stata quella di *jus puniendi*, ossia diritto di un soggetto di punire un altro soggetto. Quest’accezione è stata accolta dalla dottrina classica; si può risalire fino a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, 1981, a cura di F. Venturi. Il secondo capitolo è dedicato al *diritto di punire*, appartenente al *Sovrano*; e non già alla *sovranità* impersonale e oggettiva dell’ordinamento, bensì alla persona (fisica) del sovrano. La dottrina più recente che declina il diritto penale in termini soggettivi - e cioè come posizione giuridica di un soggetto (che esercita la pretesa punitiva) nell’ambito di un rapporto che avvince un altro soggetto (obbligato) - si deve a E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939; A. TESAURO, *Il diritto subiettivo penale*, Napoli, 1925, 56 ss.; B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, I, Napoli, 1910, 112 ss.; E. CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, ripubblicato in *Diritto criminale*, II, Roma, 1932, 255 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. 2, Milano, 1950; B. PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, vol. 1, 2° ed., Napoli, 1964. La corrispondente dottrina tedesca (classica) si deve a K. BINDING, *Die normen*, I, 3^a ed., Engelmann, Leipzig, 1916, 20 ss.; ID. *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, VII ed., Engelmann, Leipzig, 1907, par. 30; R. LOENING, *Ueber geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts*, in *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, III, 1883, 227 ss; BIERLING, *Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis*, in *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1890, 270 ss.

⁵ A questa stregua, la vicenda penale ha il suo epicentro in un rapporto giuridico, i cui poli si ravvisano nel diritto soggettivo di punire e nel corrispondente obbligo di subire la pena. In questo senso A. TESAURO, *Il diritto subiettivo penale*, cit., 56 ss.; ID., *La sentenza penale*, Napoli, 1925, 24 ss.; B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, cit. 112 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, cit. 204 ss.; E. CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, cit., 255 ss. Nella moderna dottrina italiana, dopo la pubblicazione nel 1942 della basilare monografia del Vassalli (G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942) si è persa ogni traccia di tale orientamento.

Un tempo, nella letteratura tedesca, quest’orientamento era largamente prevalente. Cfr. K. BINDING, *op. cit.*, 20 ss.; e anche *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, VII ed., Engelmann, Leipzig, 1907, par. 30; R. LOENING, *op. cit.*, BIERLING, *op. cit.*, 270 ss. Nell’ambito di questo rapporto la posizione attiva, contrapposta all’obbligo del reo e designata come diritto soggettivo, si sostanziava in una pretesa punitiva (*Strafanspruch*); cfr. per tutti F. LISZT, *Lehrbuch*

declinazioni del diritto hanno ragion d'essere nel mondo dei concetti; ma, a nostro avviso, solo la declinazione soggettiva esprime il rapporto della vita reale che avvince gli uomini. Al contrario, il diritto penale, nella dominante manualistica odierna, è rappresentato nella sola dimensione oggettiva, senza alcuna titolarità soggettiva; il paradosso di questo diritto penale unidimensionale è quello di chiamarsi ancora "diritto", entrando tuttavia in rotta di collisione con l'archetipo generale del diritto e con tutte le altre figure di settore (privato, amministrativo, internazionale etc.), declinate in due accezioni, una oggettiva, come ordinamento, e una soggettiva, come rapporto.

Se si vuole cercare la priorità logica, la si può individuare nell'accezione soggettiva; l'ordinamento, infatti, può essere concepito come l'idea rappresentativa dei rapporti giuridici effettivamente instaurati tra i soggetti, similmente al "mercato", che consiste in una mera idea, rappresentativa dei rapporti economici instaurati tra gli operatori; in questa logica, il rapporto giuridico soggettivo configura il *prius* e l'ordinamento configura il *posterius*. Comunque, a prescindere dalla priorità logica, si può almeno sottolineare una priorità cronologica: è certo che il paradigma del "diritto" più antico e consolidato nel tempo postula necessariamente un rapporto sottostante, che vincola i soggetti. Di fronte a una priorità logica e cronologica, che a noi pare innegabile, c'è da chiedersi come mai l'evidente "anomalia" del diritto penale unidimensionale, e cioè esclusivamente oggettivo, sfugga a tanta parte della dottrina.

In primo luogo, la risposta va cercata nel retropensiero riduzionistico, che tende a coniugarsi con la visione giuspositivistica portata alle estreme conseguenze. Laddove il diritto, declinato oggettivamente, viene confinato entro ristretti parametri giuspositivistici, la fenomenologia giuridica risulta ridotta al verbale dello *jus positum*; e, laddove, come in campo penalistico, vige il principio di legalità, al *verbum* del legislatore. In questo quadro concettuale, s'intende che il lemma "diritto penale" si presta a rappresentare un universo penalistico che si costituisce e sostanzia solo in norme astratte, verbalizzate in proposizioni linguistiche pronunciate dal legislatore e formalizzate nell'atto parlamentare, dalle quali non discendono rapporti tra soggetti, ma solo comandi *erga omnes*. Ne scaturisce una visione "immobilizzata" e "statica" di questo specifico *jus*, manchevole del dinamismo che i soggetti, e solo i soggetti, possono conferire. S'intende, per contro, che l'accezione soggettiva del "diritto di punire" (*jus*

des deutschen Strafrechts, 25° ed., a cura di E. SCHMIDT - W. DE GRUYTER - Co., Berlin-Leipzig, 1927, 1.

Riteniamo che la configurazione classica del rapporto punitivo, pretesa/obbligo, seppure del tutto abbandonata dalla moderna dottrina, possa rivelarsi feconda anche oggi; soprattutto, se rivisitata alla luce della teoria generale del diritto di Bruno Leoni, cui non ha arriso il meritato successo e il giusto apprezzamento dell'accademia italiana. In B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004.

puniendi) si presta a tradurre meglio il dinamismo del fenomeno giuridico, in quanto la punizione è pena “in atto”, calata nella realtà della storia. Al contempo, il “diritto di punire”, che appartiene a uno dei soggetti del rapporto giuridico, fa pensare immediatamente a una *facultas agendi* e dunque si presta a ricondurre l’oggetto della scienza penalistica entro i paradigmi della teoria generale del diritto. In conclusione, l’obliata categoria del rapporto giuridico penalistico ha il pregio, a nostro avviso, di consentire la doppia declinazione, oggettiva e soggettiva, del diritto penale, riportando la dogmatica penalistica nell’ambito della dogmatica generale del diritto, che spiega e descrive tutti i rapporti giuridici degli uomini nel tessuto sociale.

In secondo luogo, la risposta alla nostra domanda - sul mancato rilevamento dell’“anomalia” del diritto penale unidimensionale - va cercata nel fatto che la dottrina prevalente ravvisa, nell’irrogazione della pena, l’esercizio di una potestà e non l’esercizio di un diritto⁶. Se l’organo pubblico, che punisce, non esercita una pretesa punitiva qualificabile come diritto, bensì una potestà immediatamente esecutiva, in autotutela; se il reo soggiace alla pena, non in quanto obbligato, ma in quanto suddito, privato della possibilità di resistere alla potestà punitiva dello Stato e perciò necessariamente soccombente; la titolarità del diritto non appartiene ad alcun soggetto; non si instaura alcun rapporto giuridico *inter pares*, che avvince il titolare di una pretesa e il titolare di un obbligo; esula il diritto soggettivo e non rimane dunque che la dimensione oggettiva del diritto⁷.

La nostra questione – se sia opportuno declinare il diritto penale anche nella sua versione soggettiva, sulla base di un rapporto giuridico sottostante – passa, dunque, necessariamente attraverso quell’altra: se l’irrogazione della sanzione penale sia configurabile come esercizio di un diritto, basato sull’*equilibrio* delle volontà delle parti, o piuttosto come esercizio di una potestà, basato su rapporti *squilibrati* di sovraordinazione/subordinazione. Diciamo subito che la comminatoria, l’irrogazione e l’esecuzione della pena appartengono non solo a

⁶ A nostro avviso, non è un caso che la nozione di potestà punitiva, contrapposta alla precedente nozione di diritto soggettivo di punire, sia stata elaborata in un quadro di riferimento ideale, particolarmente sensibile alle sirene dello “Stato etico”. Il primo Autore, al quale si devono una critica profonda e il ripudio radicale della configurazione soggettiva del diritto di punire, è Arturo Rocco (ispiratore del codice penale del 1930 che reca il nome del fratello Alfredo, ministro guardasigilli dell’epoca). Cfr. A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Prato, 1904, ripubblicato in *Giustizia Penale*, 1905, 401 ss. e in *Opere Giuridiche*, Roma, 1935, vol. III, 127 ss. Peraltro, sempre nel periodo fascista (nell’ultimo scorcio del regime) viene pubblicato il testo fondamentale, cui si ispira tutta la successiva sistematica della potestà punitiva: G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit.

⁷ A ben vedere, configurare il diritto penale a una sola dimensione (oggettiva, senza corrispondente dimensione soggettiva) equivale a concepirlo come mera espressione di potere; non a caso nella sistematica di Guarino, il diritto oggettivo è ravvisato come ciò che promana dall’esercizio del potere; cfr. C. GUARINO, op.cit..

fasi e procedure diverse, ma anche alla competenza di branche diverse dello Stato. La pena è prevista (*comminata* per un fatto che costituisce reato) dalla legge; pertanto, l'attribuzione relativa appartiene all'assemblea legislativa; è *irrogata* dal Giudice, all'esito del processo penale; è *eseguita* dall'ufficio del Pubblico Ministero. Se queste distinte attribuzioni vengono ricondotte nel coacervo indistinto dello Stato "onnicomprensivo", ci appaiono comunque espressione di una sola sovranità. Tuttavia, è fin troppo evidente che il giurista non può acquietarsi di ricondurre tutta la fenomenologia penalistica alla sovranità dello Stato, per ciò semplicemente: che il potere legislativo differisce da quello esecutivo e il Giudice non esercita un potere, ma *jus dicit* in nome del popolo italiano; se dunque l'irrogazione della pena appartiene all'attribuzione del giudice, sembra incongruo, già di prim'acchito, assumerla come esercizio di potere. L'irrogazione della pena appartiene a un ambito giurisdizionale, per sua natura *super partes*; come, dunque, può istituire un rapporto potestativo? Non è più congruo ritenere la domanda di pena, ossia la pretesa punitiva esercitata dal Pubblico Ministero, e vagliata dal Giudice, riconducibile all'area del diritto, piuttosto che a quella della potestà?

3. Il paradigma della pretesa punitiva

Per rispondere compiutamente alla superiore domanda, è necessaria una premessa sull'errore logico, consistente nella *reificazione dell'idea*. Lo Stato è solo un'idea, mentre la *res* è costituita dagli apparati che esercitano la sovranità, per sua natura multiforme e poliedrica. Mentre l'apparato che chiamiamo *Parlamento* esercita la sovranità emanando leggi, ossia testi che contengono norme valide *erga omnes*; l'apparato che amministra la giustizia esercita la sovranità emanando sentenze, ossia atti che risolvono una controversia in applicazione delle norme valide *erga omnes*; e l'apparato amministrativo esercita la sovranità emanando provvedimenti validi *hic et nunc*, non aventi efficacia normativa. Lo Stato è l'idea unificante⁸, la nozione che esprime l'identità e il comune denominatore della sovranità, la quale viene esercitata, sempre e comunque, mediante l'emanazione di atti autoritativi, ancorché molto diversificati. Se questa idea, utile per significare l'unità dell'ordinamento giuridico, si sostituisce alla *res*, si corre il rischio di assimilare in una nozione indistinta le varie forme di sovranità; in questa logica la "potestà" diviene sinonimo di sovranità, ma l'utilità dogmatica di una nozione così generica è molto dubbia. A nostro avviso, invece, la nozione di "potestà" si addice a uno solo dei modi di esercizio della sovranità, secondo la specifica natura della soggezione che ne deriva ai *cives*; e non si addice certamente

⁸ "Lo Stato è, in prima approssimazione, un *fictum*, qualche cosa di congegnato dalla mente degli uomini, un concetto astratto che ha valore come tale [...]", B. LEONI, *Lezioni di dottrina dello Stato*, Soveria Mannelli, 2004, 47.

alle pronunce giurisdizionali, le quali risolvono controversie tra le parti che siedono in giudizio in condizioni paritarie.

Se dunque, come pare fin da subito, l'irrogazione della pena, pronunciata dal giudice *super partes*, non costituisce esercizio unilaterale di potestà e non esprime la forza cogente e irresistibile dell'autotutela, il paradigma che può spiegare il fenomeno *de quo* non può che essere quello della *pretesa punitiva*⁹; in questa logica, il diritto penale, nella sua dimensione soggettiva, viene a configurarsi come *diritto punitivo* (ossia sanzionatorio), appartenente a un organo della *res publica*, ed esercitato nell'interesse della *res publica*, tuttavia nelle forme della *pretesa attrice*. L'azione penale, a questa stregua, non è altro che il diritto penale "in azione" e il titolare dell'azione penale non è altro che il titolare del diritto punitivo, del quale si controverte innanzi al Giudice; il reo è colui che resiste alla *pretesa attrice*, ma l'"attore", proprio per il fatto che incontra la resistenza del "convenuto", non esercita alcuna potestà unilaterale. Questo schema concettuale ha il pregio di ricondurre il diritto (sostanziale) all'*actio*, nel solco di un pensiero millenario, con radici nel primigenio diritto romano, che riconosce il diritto solo in quanto derivato dalla corrispondente *actio*.

Siffatto paradigma della *pretesa punitiva* entra immediatamente in sintonia con la moderna architettura del processo penale, di rito accusatorio. Le parti del processo penale si possono ravvisare come le parti del rapporto giuridico, del quale si controverte innanzi al giudice terzo, allo stesso modo che

⁹ La via per la quale la prevalente dottrina italiana giunge ad inquadrare l'irrogazione della pena nel paradigma della potestà punitiva, piuttosto che in quello del diritto punitivo, prende in considerazione il "punito" piuttosto che il "puniente". Il percorso argomentativo può essere così sintetizzato: posto che la condizione del "punito" non può essere sussunta nel paradigma dell'obbligo, ma solamente in quello della soggezione; e posto che il diritto ha ragion d'essere solo che si relazioni con un obbligo; non rimane che asserire il diritto penale come potestà, ossia come complesso normativo istitutivo del potere di punire e non già del diritto di punire. Cfr. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 29 ss. Tutti gli sforzi argomentativi dell'insigne Autore sono diretti a dimostrare che non è configurabile "il cosiddetto obbligo del reo di sottostare alla pena", bensì la mera soggezione che non implica alcun apporto volitivo; sicché di fronte all'annullamento della volontà del punito si staglia la potestà punitiva.

A nostro avviso, questa dottrina entra in crisi innanzi alle seguenti domande: a chi appartiene codesta potestà punitiva? Si prende in considerazione la condizione del reo prima o dopo la condanna del giudice? In ordine alla prima questione, si osserva che la pena è irrogata dal giudice (che *jus dicit*), sicché il titolare della potestà dovrebbe essere il giudice; ma se il giudice risolve una controversia, che verte proprio sulla pena, come può al contempo esercitare la potestà di punire? In ordine alla seconda questione, si osserva che il paradigma astratto del reo non presuppone affatto la condanna, coglie semmai la condizione di colui che *dovrà* subire la condanna e la isola in uno spazio temporale indeterminato, nel quale egli è necessariamente resistente rispetto ad una aspettativa controversa di punizione. Su questo punto rinviemo al primo paragrafo del secondo capitolo.

nel processo civile¹⁰; ben difficilmente, e solo con grandi acrobazie logico-giuridiche, il rapporto controverso innanzi al giudice può essere ravvisato come esercizio di potestà, perché la potestà si esercita immediatamente, semmai si controverte successivamente degli effetti della potestà già esercitata. Sicché l'archetipo della potestà entra in distonia con il caposaldo del processo accusatorio, ossia la "terzietà" del giudice, il quale può dirsi appunto "terzo" *super partes* solo in quanto delibera la sanzione penale, e non la ratifica o la annulla *a posteriori*, come sarebbe nel caso di una potestà esercitata dalla parte pubblica che siede in giudizio (pubblico ministero)¹¹. E se invece si supponesse che la potestà punitiva sia esercitata dal giudice stesso, la figura del terzo *super partes* verrebbe meno a maggior ragione, perché giurisdizione e potestà, il terzo e la parte, verrebbero a coincidere.

Inoltre, il paradigma del diritto punitivo, appartenente al titolare dell'azione penale, si presta a sussumere tutte le forme dinamiche della sanzione punitiva, difficilmente spiegabili nel quadro di un diritto penale imbalsamato nella proposizione linguistica della fattispecie legislativa. Invero: mentre la dinamica del diritto soggettivo sanzionatorio è pienamente plausibile, perché l'interesse che fa capo a un soggetto nasce, vive, muore e si modifica nel tempo; il diritto oggettivo immedesimato nella norma positiva, a contenuto precettivo-sanzionatorio, non si può modificare, posto che il verbale della norma rimane immutato. E se tale norma legislativa "precetta" i comportamenti umani e il "precetto" riguarda tutti, non si capisce come possa venir meno - per alcuni soggetti (immuni, non punibili) - l'obbligatorietà del diritto penale, immedesimato nel verbale della norma. Al contrario, la categoria della pretesa punitiva è pienamente compatibile col fenomeno delle immunità penali, posto che l'obbligo penale è correlato alla pretesa, sicché viene meno l'obbligo, se viene meno la pretesa. In sintesi, sia la pena sottoposta a condizione, sia la pena che si estingue, o viene meno *ab imo* (per alcuni soggetti) o per sopravvenute circostanze (in altri casi)¹², configurano un "dinamismo" punitivo, che all'interno

¹⁰ Sulle interazioni tra processo penale e civile cfr. C. SANTORIELLO – A. GAITO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche*, in *Arch. pen.*, 2/2013, 391 ss..

¹¹ Il paradigma della potestà punitiva si confà a un processo, di modello *inquisitorio*, nel quale l'imputato "è un mero oggetto dell'indagine penale ... un'entità equiparata al reato oggetto di accertamento", mentre il paradigma del diritto punitivo si confà al modello *accusatorio*, nel quale l'imputato è un "soggetto che partecipa da protagonista al processo"; sul dualismo oggetto-soggetto cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 76.

¹² Sono numerosi i casi nei quali la punibilità è esclusa o ridimensionata, pur essendo integrati tutti gli estremi – oggettivi e soggettivi - di reato, in ragione del comportamento del reo *post factum*; si fa riferimento, in primo luogo, al fenomeno del c.d. "pentitismo"; ma anche, in secondo luogo, a quella parte del sistema sanzionatorio a carattere reattivo-premiale. Su quest'ultimo punto cfr. R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo premiale. Una prima riflessione*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, (a cura) di M. CATENACCI - V.N. D'ASCOLA - R. RAMPIONI, Roma, 2021, 467 ss.; ID., *La 'galassia afflittiva': sistematica, fondamento, legittimità*. *Studio*

del “rapporto giuridico” ha una sua chiara logica, ma, nella dimensione oggettiva avulsa dal rapporto tra i soggetti, risulta difficilmente spiegabile.

per un affresco, in Studi in onore di Lucio Monaco, (a cura di) A. BONDI - G. FIANDACA - G. P. FLETCHER - G. MARRA - A. M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK, Urbino, 2020, 111 ss.; M. DONINI, Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato, ibidem, 389 ss. L'indubbia rilevanza del fenomeno ha indotto una parte della dottrina a proporre la sistematica quadripartita del reato (la quale si aggiunge alle tradizionali teorie bipartita e tripartita del reato). Cfr. G. COCCO, La punibilità: quarto elemento del reato, Padova, 2022; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, Manuale di diritto penale. Parte generale, cit., 219 ss. Sul punto sia consentito rinviare alle nostre osservazioni, in A. ABUKAR HAYO, I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini normativi e culturali al potere coercitivo dello Stato nella teoria del reato, Napoli, 2019, 114 ss.

I MINORI E LA RETE: I CONTROVERSI PROFILI PENALI DEL *SEXTING* NEL PANORAMA NAZIONALE E INTERNAZIONALE

*Minors and the web: the controversial criminal profiles of sexting in the
national and international context*

di

Ylenia Parziale *

Nell'attuale contesto socioculturale i giovani sono sottoposti a una molteplicità di stimoli riferiti al corpo che, uniti all'aumento spropositato degli strumenti tecnologici, hanno modificato il loro modo di costruire e vivere le relazioni sociali e sessuali.

Nel presente lavoro, l'Autrice si occupa della pratica del *sexting* tra minori, ossia lo scambio consensuale di materiali pornografici autoprodotti, un fenomeno oggi molto diffuso, ma dai contorni di liceità ancora incerti. Si discuterà in particolare in merito alla necessità di contemperare due opposte esigenze, cioè quella della protezione dei minori e quella del rispetto della loro libertà sessuale e del diritto di autodeterminazione, guardando anche agli obblighi assunti in sede internazionale. Il sistema giuridico internazionale, come anche quello europeo, riconosce infatti diritti importanti ai minorenni nell'ambiente digitale, garantendo loro una crescente autonomia in funzione delle loro capacità di evoluzione. Tuttavia, l'attuazione di tale approccio nel sistema penale italiano è stata finora piuttosto difficile e la linea di demarcazione tra uno scambio libero e una strumentalizzazione del minore non appare ancora definita in maniera netta e chiara.

In the current socio-cultural context, young people are subjected to many body-related inputs which, together with the increasing use of technological tools, changed the way they approach and experience sexual relationships. In this paper, the author deals with the practice of *sexting* between minors, i.e. the consensual exchange of self-generated child sexual abuse material, a phenomenon that is widespread today, but with a still uncertain legal status. In particular, the paper will focus on the need to balance two opposing concerns, protection of minors and respect for their sexual freedom and right of self-determination, also looking at international obligations. The international legal system, as well as the European one, recognizes significant rights for minors in the digital environment, and guarantees them an increasing autonomy in line with their evolving capacities. However, the implementation of this approach in the Italian penal system has been rather difficult so far, and the line between a free exchange and child's instrumentalization does not appear clearly defined yet.

* Docente a contratto di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive - 2. I minori e il web nel panorama internazionale 3. L'inquadramento giuridico del *sexting* tra minori nell'ordinamento italiano 4. La rilevanza del "consenso sessuale" - 5. Il *sexting* primario: conseguenze penali e giurisprudenza - 6. Il *sexting* secondario e la tutela del minore - 7. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

La società si evolve, le culture giovanili cambiano, si tecnologizzano e, mescolandosi al progresso informatico, danno vita a nuove forme di comunicazione che fino ad un paio di decenni fa potevano apparire inimmaginabili, prime fra tutte i *social network* e i mezzi di messaggistica istantanea. Il *web*, da «luogo "altro" rispetto al reale»², è diventato, così, un luogo della società in cui gli utenti non hanno più solo il ruolo di mero "pubblico" ma assumono anche la veste di autori, creatori della rete, "spettatori"³, o, secondo la dizione anglosassone, "*prosumer*", cioè produttori (*producer*) e nello stesso tempo consumatori (*consumer*) di contenuti mediatici⁴.

In ambito giuridico, l'esponenziale sviluppo tecnologico e social-mediatico a cui stiamo assistendo negli ultimi anni pone gli operatori del diritto di fronte alla sfida di individuare adeguati strumenti di tutela per quei soggetti che, per ragioni socio-economiche, culturali o per motivi di salute o di età, si trovano in una condizione di debolezza. In particolare, i minori, sebbene considerati tecnologicamente esperti⁵, nell'ambiente digitale vedono accentuata la

² S. PASTA, *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Morcelliana, Brescia, 2018, p. 59.

³ *Ivi*, p. 62

⁴ Il termine *prosumer*, costituito dalla crasi fra *producer* e *consumer*, è stato introdotto da A. Toffler, *The third wave*, New York, 1980, per indicare un consumatore che consuma ciò che egli stesso produce. Per un approfondimento sui reati d'odio che possono essere commessi in rete e sull'eventuale responsabilità dei gestori delle piattaforme *social* v. M. LAMANUZZI, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, in www.lalegislazione.penale.eu, 24.05.2021.

⁵ I soggetti nati a partire dalla fine del 1990 sono stati soprannominati "i nativi digitali"; espressione coniata da Marc Prensky nel 2001 per indicare coloro che fin da subito hanno appreso il linguaggio informatico e acquisito una certa disinvoltura nell'uso degli strumenti digitali derivata proprio dal contatto quotidiano con gli stessi. M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, MCB University Press, 9, October 2001. Tuttavia, proprio con riguardo a tale espressione, sono state avanzate successivamente delle critiche che hanno evidenziato, da un lato, come le competenze informatiche dei "nativi digitali" siano state sovrastimate, essendo stata piuttosto riscontrata una carenza di competenze in relazione proprio a quelle che sono considerate le abilità digitali di base, quali, per esempio, quelle relative alla strutturazione e all'*editing* dei testi; dall'altro lato, come tale disinvoltura non sia accompagnata da una effettiva competenza digitale che richiede in primo luogo consapevolezza dei rischi connessi alla sicurezza. Cfr. sul punto P. AROLDI, *Ripensare il rapporto tra media e generazioni: concetti, indicatori,*

condizione di vulnerabilità, in quanto meno consapevoli (o incuranti), rispetto agli adulti, dei rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie⁶, nonché delle norme previste a tutela dei loro diritti. Nondimeno, il recente avvento della pandemia da Covid-19 e le conseguenti misure preventive di isolamento sociale adottate al fine di contenere la diffusione del virus, hanno reso l'uso dei mezzi di comunicazione digitale indispensabile, aumentando l'esposizione dei minori ai relativi rischi, non tanto sotto il profilo tecnologico, ma piuttosto quello emotivo e valoriale. E in effetti, se da un lato l'accesso alla società dell'informazione può senza dubbio costituire occasione di sviluppo della personalità dell'individuo e, nella specie, del minore, tanto più ove si consideri che i più giovani si tengono costantemente in contatto attraverso strumenti di socializzazione e messaggistica istantanea⁷, dall'altro emerge, con sempre maggiore evidenza, che il problema più grave riguarda la scarsa consapevolezza dei più piccoli e dei loro genitori delle possibili conseguenze di un uso distorto o semplicemente non accorto della rete in genere e dei *social media* in particolare⁸.

È noto, infatti, che i *social network* più diffusi tra i giovanissimi, come *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Tik Tok*, nonché, oggi, i gruppi presenti su applicazioni come *WhatsApp* e *Telegram*, creino un falso senso di intimità, che può portare gli utenti più ingenui e inesperti a esporre troppo della loro vita privata, rivelando informazioni di carattere strettamente personale che possono

modelli, in F. COLOMBO F. et al. (a cura di), *Media e generazioni nella società italiana*, Franco Angeli, Milano, 2012, (pp. 33-64); T. BERKER, M. HARTMANN, Y. PUNIE e K. WARD, *Domestication of Media and Technology*; Open University Press, 2005.

⁶ I pericoli cui è esposto il minore di età nel contesto digitale possono sinteticamente raggrupparsi nella seguente tipologia di rischi: 1) rischio di esposizione a contenuti inappropriati e a informazioni false o inesatte; 2) rischio di abuso e sfruttamento sessuale *on line*; 3) rischio di subire furti di identità digitale; 4) rischio connesso al *cyberbullismo* (attivo e passivo); 5) rischio derivante dal trattamento dei dati personali; 6) rischio di sviluppare dipendenza. Per una classificazione dei rischi di Internet per i minori di età si veda il report elaborato da EU Kids Online 2018, *Accesso, usi, rischi e opportunità di internet per i ragazzi italiani*, consultabile sul sito <https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/La+ricerca.pdf/7a2a344e-601f-4d62-b76a-ecc592748809>.

⁷ Basti pensare al massimo utilizzo di *Facebook*, *YouTube*, *Twitter*, *Instagram*, *WhatsApp* che è diventato parte integrante della giornata di ogni minore, come evidenzia S. NARDI, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, ESI, Napoli, 2020, p. 45.

⁸C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei "social networks"*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp.1324 ss.. L'Autrice, quale dopo aver analizzato i rischi ai quali sono esposti i minori di età nei "social networks", propone una strategia pluridimensionale di tutela attraverso tre distinte direttrici: formativa-educativa, tecnica e giuridica. L'A. auspica la concreta cooperazione dei "social networks", non soltanto in virtù di obblighi legali ma anche e soprattutto su base volontaria, predisponendo regolamenti a misura di minori nonché (come poi in sostanza sta già avvenendo) sistemi tecnici idonei a realizzare per loro una navigazione più sicura. L'indagine, altresì, si sofferma sulla natura dell'attività prestata dai "social networks", quali attori principali del mercato dei dati e dei contenuti digitalizzati, al fine di offrire una soluzione che garantisca una effettiva protezione dei minori. L'analisi più approfonditamente è condotta nello studio C. PERLINGIERI, *Social networks and private law*, ESI, Napoli, 2017.

provocare effetti collaterali anche a distanza di anni⁹. Ciò che un tempo poteva passare di bocca in bocca, restando tuttavia circoscritto alla propria cerchia sociale, ora è astrattamente suscettibile di rimanere intrappolato eternamente nella rete, proprio perché amplificato dalla possibilità di pubblicazione e condivisione senza filtri con un numero infinito di utenti, dando luogo a fenomeni che talvolta possono sconfinare in condotte illecite¹⁰. Solo per fare alcuni esempi, possiamo citare la diffusione di false notizie (*fake news*), lo scambio di foto e video di genere intimo e riservato (*sexting*), l'adescamento *on line* dei minorenni (*grooming*), l'utilizzazione di immagini e video come forma di ricatto (*sextortion*), la propagazione di maldicenze nei confronti dei soggetti più deboli a scopo vessatorio (*cyberbullismo*)¹¹. Sebbene tali fenomeni esistessero anche prima della diffusione delle attuali tecnologie digitali e sebbene continuino a esistere anche al di fuori della rete e dei *social network*, è indubbio che la diffusività¹² e la "permanenza" sul *web*¹³, unita alle logiche di visibilità e indicizzazione dei contenuti, ne amplificano la portata lesiva. Inoltre, diversi studi attestano come alcune caratteristiche dell'architettura social-mediatica e dell'agire *online* favoriscano meccanismi di disinibizione e deresponsabilizzazione, così come il

⁹ E. MOROZOV, *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, Public Affairs, New York, 2012.

¹⁰ Secondo il report elaborato da EU Kids Online 2020, in undici Paesi europei (Croazia, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Italia, Lituania, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania e Serbia) sui diciannove presi in considerazione, oltre l'80% dei bambini con un'età compresa tra i 9 e i 16 anni usa uno *smartphone* per accedere a internet almeno una volta al giorno. EU Kids Online 2020 Survey results from 19 countries. <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/eu-kids-online/eu-kids-online-2020>.

Per un commento critico a tale studio cfr. A. DEL PIZZO, *I sex crimes nell'era digitale*, in F. CORONA (a cura di), *Reati informatici e investigazioni digitali*, Pacini editore, Pisa, 2021, p. 104.

¹¹ Sulla pratica del *grooming* cfr. I. SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2018; nonché M. FACCIOLI, *Minori nella rete. Pedofilia, pedopornografia, deep web, social network, sexting, gambling, grooming e cyberbullismo nell'era digitale*, Milano, 2015, 53 ss. Mentre sul *cyberbullismo* v. E. BATTELLI, *Minori e social network: cyberbullismo e limiti della parental responsibility*, in *Corriere giuridico*, 10/2021, pp. 1269 ss.; R. BOCCHINI - M. MONTANARI, *Le nuove disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo (L. 29 maggio 2017, n. 71)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 340 ss.; R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI - L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 117 ss.

¹² Si parla di "snowball effect" per indicare che un contenuto immesso in rete, anche mediante l'invio a una sola persona, può repentinamente diventare virale come una palla di neve che si va via via rapidamente ingrandendo nel rotolare giù dal pendio. Cfr. Cambridge Dictionary, "A snowball effect". Espressione ripresa da M. LAMANUZZI, op. cit., p. 6.

¹³ L'affermazione «*the Internet never forgets*» allude alla "permanenza" (*permanency*) della rete, ossia al fatto al fatto che, anche qualora si rimuova un contenuto dalla sua sede virtuale originaria, non si avrà mai la certezza di averlo eliminato definitivamente, in quanto il destinatario (o i destinatari), o chiunque sia venuto a contatto con esso, può averlo memorizzato o condiviso con terzi o in un altro ambiente del *web*. Sul punto Cfr. M. CROCKETT, *The Internet (Never) Forgets*, in *Science and Technology Law Review*, 19/2016, pp. 150 ss.; B. PERRY, P. OLSSON, *Cyberhate: the Globalization of Hate*, in *Info. & Comm. Tech. L.*, published online il 19 luglio 2009, pp. 185 ss.

consolidamento di pregiudizi e la radicalizzazione di gruppi estremisti¹⁴. La comprensione di tali dinamiche, resa possibile dal contributo delle scienze empiriche, lungi dal sottendere prospettive di «eccessiva criminalizzazione della rete», è fondamentale per elaborare una strategia “integrata” di prevenzione e contrasto dei fenomeni in esame¹⁵.

Nel presente lavoro, dopo aver analizzato, seppur per sommi capi, la normativa sovranazionale a tutela dei minori nella rete, ci occuperemo più approfonditamente della pratica del *sexting*, un fenomeno molto diffuso tra i giovani, ma dai contorni di liceità incerti, i cui comportamenti tipici, quando se ne perde il controllo, possono portare alla configurazione di un reato. In particolare, si discuterà sulla legittimità del consenso prestato dal minore alla realizzazione delle immagini e sui limiti dell’applicazione del reato di pedo-pornografia, rilevando insieme anche l’inadeguatezza di altri strumenti normativi attualmente a disposizione.

2. I minori e il web nel panorama internazionale

La tutela dei minori nella rete è realizzata, a livello internazionale, attraverso diversi livelli di protezione. Tra questi si annoverano vari strumenti legislativi e molteplici atti d’indirizzo o programmatici diretti a proteggere i più piccoli dalle varie forme di sfruttamento o abuso sessuale¹⁶.

Con riferimento al binomio tra fanciulli e tecnologie informatiche, assume primaria importanza la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza¹⁷. Per la prima volta, infatti, in uno strumento di diritto

¹⁴ Gli esperti sottolineano come il *web* sia «un mezzo che, più ancora degli altri mezzi di comunicazione di massa, date le sue caratteristiche peculiari, può diventare uno straordinario amplificatore per messaggi semplificati e tesi apodittiche che sono destinate a suscitare adesione acritica più che a stimolare dibattito, riflessione e partecipazione consapevole», radicalizzando le posizioni e rendendo più difficile il confronto. M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del Web*, 2° ed., Wolters Kluwer/CEDAM, Padova 2018, p. 30. Sul tema, diffusamente M. SANTERINI, *La mente ostile: forme dell’odio contemporanea*, Cortina Raffaello, Milano 2021; EADEM, (a cura di), *Nemico innocente: l’incitamento all’odio nell’Europa contemporanea*, Cortina Raffaello, Milano 2019.

¹⁵In dottrina viene enfatizzata la necessità di «prendere piena coscienza del terreno in cui tale libertà si realizza, in modo da calibrare e adeguare la garanzia dei diritti di ciascuno con le dinamiche assai peculiari della realtà virtuale». M. MENSI, P. FALLETTA, *op. cit.*, 176.

¹⁶In particolare, nel 1948 è stata ratificata a Parigi la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo che introduce il principio di uguaglianza e di non discriminazione, in forza della quale a ogni individuo è riconosciuta la qualità di soggetto giuridico capace di godere di tutti i diritti e di tutte le libertà enunciate nella Dichiarazione medesima, senza distinzione di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di ogni altra opinione, origine nazionale o sociale, condizioni economiche, nascita o di ogni altra condizione. Con riferimento alla tematica della tutela dei minori è particolarmente importante il comma 2 dell’art. 25, che concede cure e assistenze singolari all’infanzia, gettando le fondamenta per un diritto “speciale” per i bambini, dotati di esigenze particolari dissimili da quelle degli adulti.

¹⁷ La Convenzione sui diritti dell’infanzia rappresenta lo strumento normativo internazionale più importante e completo in materia di promozione e tutela dei diritti dell’infanzia. È stata approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre del 1989 a New York ed è entrata in

internazionale legalmente vincolante, viene affermata una nuova visione del bambino, che non è più considerato un *minus habens*, che necessita di protezione per la sua immaturità, ma un uomo *in fieri* e come tale titolare di diritti umani fondamentali, seppur con gli opportuni adattamenti necessari alla sua particolare condizione. Nello specifico, sul rapporto tra i minori e internet, l'art. 13 della sopracitata Convenzione sancisce il diritto del fanciullo alla libertà di espressione, intesa come il «diritto di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni ed idee di ogni specie [...] sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo», e così anche per via telematica. La Convenzione, inoltre, riconosce un ruolo sempre più rilevante ai nuovi mezzi di comunicazione, poiché assumono una delicata funzione educativa che va ad affiancare, e talvolta a sostituire, quelle tradizionali della famiglia e della scuola. Sussiste, quindi, l'esigenza di bilanciare diversi diritti fondamentali: la tutela dei minorenni nell'ambito dell'uso sicuro delle tecnologie dell'informazione (art. 17 CRC); il diritto dell'informazione e la libertà di espressione (art. 13 CRC); l'obbligo degli Stati di garantire ai genitori di svolgere congiuntamente il loro diritto/dovere di proteggere e educare i figli (art. 18 CRC); il diritto di essere protetti da abusi sessuali (art. 34 CRC).

A livello europeo, poi, numerosi sono stati i provvedimenti a tutela dei minori e, in particolare aventi ad oggetto la tratta dei bambini, la prostituzione infantile, gli abusi contro i minori e la sicurezza dei minori su Internet¹⁸. Il primo strumento pattizio che si occupa in modo puntuale dei crimini commessi nella rete è la Convenzione sul *Cybercrime* del Consiglio d'Europa¹⁹, che fornisce agli Stati membri dell'Unione europea una serie aggiornata di disposizioni sui reati relativi a internet e alle reti informatiche. La Convenzione rappresenta un avanzato punto di approdo, per quello che qui attiene, anche nella repressione dei reati commessi a danno di minori; in particolare, per quanto riguarda i

vigore il 2 settembre 1990. L'Italia ha ratificato il documento il 27 maggio 1991 con la legge n.176 e a tutt'oggi 193 Stati ne fanno parte.

La Convenzione, obbliga gli Stati che l'hanno ratificata a uniformare le norme di diritto interno a quelle della Convenzione e ad attuare tutti i provvedimenti necessari ad assistere i genitori e le istituzioni nell'adempimento dei loro obblighi nei confronti dei minori.

¹⁸Nel 1996 la Commissione delle Comunità europee ha adottato una Comunicazione relativa alle informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet, con l'obiettivo di definire un sistema europeo di filtraggio e classificazione dei contenuti online ritenuti inopportuni e dannosi. In particolare, si distingue tra: contenuti illegali e contenuti nocivi. Nella prima categoria rientrano, ad esempio, la pornografia infantile, la tratta di esseri umani, il terrorismo e, in generale, tutte le informazioni la cui diffusione è vietata dalle leggi degli Stati membri e pertanto "illegale". Per quanto concerne invece i contenuti nocivi, sarebbero quelle informazioni che pur non contrastando direttamente una norma possono oltraggiare i valori e la sensibilità altrui. Ad esempio, possono nuocere alla corretta formazione psicologica del minore, i siti dove vi sono immagini oscene di adulti, o dove si parla di violenza o con linguaggio scurrile. A. DEL PIZZO, op. cit., p. 107.

¹⁹ Convenzione adottata a Budapest il 23 novembre 2001 e ratificata da ventisei Paesi; l'Italia vi ha provveduto con la Legge 18 marzo 2008, n. 48.

crimini contro la libertà sessuale. Nello specifico, il titolo III, che consta del solo art. 9 rubricato “Infrazioni relazionate con la pornografia infantile”, ha l’intento di contrastare il crescente fenomeno della diffusione della pedofilia su Internet, visto come terreno fertile per la commissione dell’illecito. L’impegno del Consiglio nel contesto della cooperazione intergovernativa si è tradotto, poi, nell’adozione di alcuni atti fondamentali diretti da un lato a contrastare i reati di sfruttamento sessuale dei minori, ma dall’altro anche a salvaguardare la libertà sessuale degli adolescenti. Ci riferiamo in particolare alla Convenzione di Lanzarote²⁰, che, pur avendo come obiettivo principale quello di preservare la salute e lo sviluppo psico-sociale dei minori seriamente minacciati da reati come la pornografia e prostituzione infantile, all’ art. 20, comma 3, prevede un’ipotesi di non punibilità nel caso di «materiale pornografico che coinvolge minori che abbiano raggiunto l’età del consenso sessuale, quando tali immagini sono prodotte o possedute dagli stessi, con il loro consenso ed esclusivamente per loro uso privato ».

Ebbene, come meglio si vedrà a breve, il legislatore italiano, a differenza di altri Paesi, ha scelto di non introdurre tale causa di non punibilità nel codice penale, nonostante una proposta in tal senso presentata nel corso dei lavori preparatori della legge del 2006, portando così la dottrina a leggere questa scelta come la chiara volontà di attribuire rilevanza penale alla c.d. pornografia domestica o *sexting*²¹ e cioè alla produzione di materiale pornografico destinata a rimanere nella disponibilità di chi l’ha creata.

3. L’inquadramento giuridico del sexting tra minori nell’ordinamento italiano

L’utilizzo dell’informatica – specialmente in rete – è ormai parte integrante del processo di crescita e di socializzazione dei giovani, che cominciano a usare internet a età sempre più precoce. In rete ci si esprime, si coltivano amicizie, si afferma la propria individualità.

²⁰ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuali conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007. Con legge n. 172/2012 del 1 ottobre 2012 l’Italia ha disposto la ratifica della Convenzione di Lanzarote. Il provvedimento detta alcune norme di adeguamento dell’ordinamento interno volte a modificare il Codice penale (introducendo i nuovi reati di adescamento di minorenni, anche attraverso Internet, e di istigazione e apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia), il codice di procedura penale e l’ordinamento penitenziario e quindi ha introdotto una serie di modifiche alla legislazione penale in materia di protezione dei minori contro gli abusi e gli sfruttamenti sessuali. Per un’analisi dei contenuti della Convenzione di Lanzarote e per una panoramica sugli ultimi documenti internazionali a tutela del soggetto minorenne v. 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*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, *passim*.

²¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Tutela penale della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 358; L. FERLA, *sub Art. 600 ter c.p.*, in G. FORTI – S. SEMINARA – G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Wolters Kluwer/CEDAM, Padova, 2017, p. 1940; M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 127 ss.

Nell'attuale contesto socioculturale i giovani si trovano sottoposti a una molteplicità di stimoli riferiti al corpo e alla sessualità che, uniti all'aumento spropositato degli strumenti tecnologici, modificano il modo di costruire le relazioni²². In questo panorama, si inserisce il *sexting*, una moderna forma di comunicazione intima sessuale in totale sintonia con il fenomeno della tecnologizzazione²³. Si è parlato di nuova modalità di gestione della sessualità che, tuttavia, per la sua diffusione e per i diritti oggetto di tutela da parte del nostro ordinamento, ha indotto non solo la magistratura giudicante a delinearne le conseguenze sotto il profilo civile e penale, ma anche il legislatore a individuare nuove fattispecie penali a tutela della reputazione e della *privacy* di coloro, soprattutto minori, che si trovano ad essere vittime della diffusione arbitraria di messaggi e immagini.

Per una migliore comprensione degli argomenti trattati, è necessario partire dal significato letterale di *sexting*. Come si può facilmente intuire, il termine deriva dall'unione di due parole inglesi: *sex* (sesso) e *texting*, forma verbale di *to text message* (scrivere messaggi). Possiamo, quindi, definirlo come lo scambio, effettuato tramite dispositivi tecnologici, di contenuti di carattere sessuale esplicito e/o implicito attraverso materiale sonoro, testuale o visivo. La dottrina, a seconda di chi è il mittente originario del messaggio, distingue tra *sexting* primario e secondario²⁴. Nel primo rientra lo scambio reciproco, consensuale e volontario di messaggi aventi contenuto sessuale tra due persone e presuppone l'invio del messaggio da parte di chi ne è l'autore a uno solo o più destinatari. Per *sexting* secondario, invece, si intende la diffusione di immagini, messaggi audio o di testo da parte di persona diversa da quella che è l'autore del messaggio ricevuto.

Seppur questa nuova forma di intendere la sessualità riguardi soggetti di ogni età, è stata, in particolare, la partecipazione dei minori alla realizzazione delle immagini a sfondo sessuale ad aver destato l'attenzione della dottrina, a

²²Sul punto cfr. tra i tanti: R. IACONA, *Utilizzatori finali*, Chiare lettere, Milano, 2014; S. LAFFI, *La congiura contro i giovani*, Feltrinelli, Milano, 2014; B. VOLPI, *Gli adolescenti e la rete*, Carocci Editore, Roma, 2014; M. MARZANO, *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*, Mondadori, Milano, 2012; G. PIETROPOLLI CHARMET, *Fragile e spavaldo. Ritratto dell'adolescente di oggi*, Editori Laterza, Roma, 2008; G. BENASAYAG, *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, Milano, 2005; J. BALDARO VERDE, R. TODELLA, *Adolescenza senza riti*, in J. BALDARO VERDE J., M. DEL RY (a cura di), *Identità sessuale e progetti per un'educazione sessuale integrata*, Franco Angeli, Milano, 2004; U. GALIMBERTI, *L'ospite inquietante. Il nichilismo e i giovani*, Feltrinelli, Milano, 2007; L. KONRAD, *L'anello di Re Salomone*, Adelphi, Milano, 1967.

²³ N. DÖRING, *Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?*, in *Cyberpsychology* 8(1), March 2014.

²⁴ Per approfondimenti v. A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, in *Dir. pen. cont.* online, 22.4.2015, p. 14; EADEM, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion Pratica*, 2/2013, p. 576; O'DONNELL I., MILNER C., *Child pornography. Crime, computers and society*, USA, 2007, pp. 73-74.

seguito di alcune pronunce giurisprudenziali che hanno fatto ricorso alle norme che disciplinano i reati di pornografia minorile²⁵. Per la loro giovane età, infatti, coloro che prendono parte attiva al *sexting* (c.d. *sexters*) non sono sempre consapevoli dei rischi che possono derivare dai loro comportamenti, in specie quando le immagini pornografiche che hanno prodotto vengono inviate a estranei o fuoriescono dalla loro sfera di controllo²⁶. Notevoli sono dunque gli effetti pregiudizievoli che il *sexting* potrebbe avere sui beni giuridici dell'integrità psichica, della *privacy*, della dignità e della reputazione delle giovani vittime, anche a distanza di molti anni²⁷. Per far fronte a tali rischi e per tutelare il sano sviluppo psico-fisico e sessuale dei minori da ogni forma di abuso e di sfruttamento, è prevalsa, sia a livello internazionale che nazionale, la scelta di definire in senso ampio il concetto di *child pornography*, prescindendo dal fatto che la produzione di materiale pornografico avvenga a seguito dello sfruttamento o dell'abuso sessuale di un minore²⁸. Tuttavia, nel condivisibile e meritevole sforzo di proteggere il minore da qualunque forma di abuso, il legislatore sembra aver concepito il minore come una persona priva di libertà di autodeterminazione in ambito sessuale e senza alcun desiderio di avere

²⁵ Sul fenomeno del *sexting* tra i minori, cfr. tra gli altri I. GARACI, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 4/ 2021, pp. 800 ss.

Cfr. M. BERTOLINO, *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in S. VINCIGUERRA – F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, ESI, Napoli 2010, pp. 64 ss.; A. Verza, *Sexting e pedopornografia: i paradossi*, cit.; EADEM, *La lettera scarlatta e la presunzione del consenso come forma di white washing culturale. Riflessioni a margine tra l'art. 600-ter e il nuovo art. 612-bis comma 2°, c.p.*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, n. 1-2, 2014, pp. 157- 173.

²⁶ In questi termini I. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale* in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime. Diritto e procedura penale dell'informatica*, Utet, Torino, 2019.

²⁷ K. MARTINEZ-PRATHER, - D.M. VANDIVER, *Sexting among Teenagers in the United States: A Retrospective Analysis of Identifying Motivating Factors, Potential Targets, and the Role of a Capable Guardian*, in *Inter. J. Cyber Criminology*, vol. 8, Issue 1, 2014, pp. 21 ss.; M. G. LEARY, *Sexting or Self-produced Child Pornography? The Dialog Continues – Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response*, in *Virginia J. Social Policy & The L.*, vol. 17, no. 3, 2010, pp. 486 ss.

²⁸ In base ai protocolli opzionali alla Convenzione dei diritti del fanciullo, adottati dalle Nazioni Unite a New York nel 2000, e concernenti la vendita e la prostituzione dei bambini, la pornografia rappresentante bambini ed il loro coinvolgimento nei conflitti armati, il concetto di pornografia minorile abbraccia qualsiasi rappresentazione di un minore dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate ovvero dei suoi organi sessuali a fini sessuali (art. 2, lett. c). L'art. 2, lett. c), Dir. 2011/93/UE definisce la pornografia minorile come «qualsiasi materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati» ovvero «la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali». Negli ultimi anni la maggior parte dei legislatori europei, in linea con le citate fonti sovranazionali, ha definito in modo ampio il concetto di pornografia minorile. Paradigmatica in tal senso è la scelta operata nel 2012 dal nostro legislatore, che, in attuazione della Convenzione di Lanzarote, ha introdotto all'art. 600-ter, cpv., c.p. una definizione *ad hoc* di pedopornografia. Sulla controversa definizione legale di pornografia minorile sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a I. SALVADORI, *I minori da vittime ad autori di reati di pedopornografia? Sui controversi profili penali del sexting*, in *Ind. pen.*, n. 3/2017, pp. 789 ss.

comprensibili esperienze in questo campo. La mancata distinzione tra la naturale sperimentazione ed esplorazione della sessualità da parte dei minori, che può sostanziarsi anche attraverso l'autoproduzione di immagini e video di contenuto pornografico per una fruizione privata, e le ben più gravi ed illecite condotte di abuso e di sfruttamento sessuale a loro danno, solleva notevoli perplessità ed evidenzia l'eccessiva rigidità della normativa penale in questo ambito²⁹.

Le severe misure adottate per tutelare i minori da ogni forma di aggressione alla loro sfera psico-fisica e sessuale e per punire il loro coinvolgimento in attività sessuali finiscono in effetti per colpire anche comportamenti innocui, con l'effetto di esporre i minori alle conseguenze negative derivanti da un'indagine, un'imputazione penale e da una eventuale condanna, cagionando loro danni anche molto seri. Occorre quindi verificare se nella vigente legislazione penale di contrasto alla pornografia minorile, e non solo, debbano essere indistintamente ricondotte tutte le manifestazioni del *sexting* o se sia possibile distinguere, sulla base anche della *ratio legis*, i casi meritevoli di rimprovero penale da quelli atipici o comunque privi di disvalore sociale. Per fare ciò occorre innanzitutto analizzare la rilevanza che assume il consenso del minore nei delitti contro la persona e in particolare in quelli a sfondo sessuale.

4. La rilevanza del "consenso sessuale"

Il legislatore ha inserito i reati a sfondo sessuale nei confronti dei minori tra i delitti contro la personalità individuale. Il bene giuridico tutelato può ravvisarsi dunque nella libera e serena formazione della personalità del minore intesa nella sua interezza³⁰. Proprio alla luce della delicatezza del bene salvaguardato il legislatore si è premurato e ancora oggi si premura, di predisporre un assetto normativo volto a garantire la più ampia tutela possibile al minore, proteggendolo da tutte quelle aggressioni che possono, a vario titolo, minarne il sano e corretto sviluppo.

Alla luce di queste premesse, si dovrebbe dunque desumere che, in termini generali, un eventuale consenso del minore rispetto allo svolgimento di attività connesse all'ambito sessuale non potrà assumere in alcun modo rilevanza ai fini dell'esclusione della punibilità. Tuttavia, seppur in maniera marginale, il legislatore ha previsto alcune ipotesi in cui, invece, l'eventuale consenso dell'infradiciottenne produce l'effetto di escludere la rilevanza penale della condotta. A questo proposito, vale la pena precisare che per età del consenso si intende, nel linguaggio giuridico, l'età a partire dalla quale una persona può

²⁹ I. SALVADORI, *Sexting, minori e diritto penale*, cit., p.572.

³⁰ Per una panoramica sui reati contro la personalità individuale cfr. nella manualistica tra i tanti: S. R. PALUMBIERI, S. DELSIGNORE, M. BIANCHI, D. BALESTRIERI, *I delitti contro lo sviluppo psicofisico dei minori*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale*. Tomo III, Wolters Kluwer/CEDAM, Milano, Marzo 2022, pp. 5684 ss; B. ROMANO, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, Milano, 2022; F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona in Diritto penale*. Parte speciale. Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 90 ss.

essere considerata capace di tenere un comportamento informato rispetto a condotte disciplinate dalla legge³¹. Con riferimento ai reati di violenza sessuale, nel nostro ordinamento il naturale e armonioso sviluppo della personalità del minore è tutelato in termini assoluti fino al compimento dei quattordici anni³². Ogni rapporto sessuale con un minore infraquattordicenne, anche se consenziente, costituisce, salvo le eccezioni di cui si dirà a breve, un fatto penalmente rilevante (art. 609*quater*, comma 2, n. 1, c.p.). La *ratio* sta nella constatazione che il ragazzo che non ha ancora compiuto i quattordici anni, non è in grado, per la sua immaturità fisica e psico-sessuale, di prestare un valido e consapevole consenso al compimento di atti sessuali. La tutela è stata elevata al compimento dei sedici anni nei casi in cui la giovane vittima si trovi in una particolare situazione di inferiorità o comunque di sudditanza psicologica nei confronti di un soggetto che abbia con lui un determinato rapporto, come quello di genitore anche adottivo, di ascendente, di persona alla quale il minore è affidato per ragioni di cura, educative, di vigilanza, di controllo o di convivenza. Rispetto a tali ipotesi, l'art. 609*quater*, comma 1, n. 2, c.p. prevede che anche il consenso del giovane infrasedicenne sia irrilevante. Una tutela rafforzata viene assicurata anche ai minori ultrasedicenni qualora il loro coinvolgimento in atti sessuali venga ottenuto mediante l'abuso dei poteri connessi alla particolare posizione del soggetto agente (ascendente, genitore, convivente, tutore o affidatario). Anche in questo caso il consenso dovrà considerarsi irrilevante, dal momento che è stato ottenuto abusando dei poteri connessi alla posizione del reo (art. 609*quater*, comma 2, c.p.). L'art. 609*quater*, comma 3, c.p. prevede però la non punibilità del minore che, fuori dai casi di violenza sessuale di cui all'art. 609*bis*

³¹ I. GARACI, op. cit., p. 2.

³² Sul requisito dell'età nei reati sessuali con minorenni cfr. A. MARTINI, *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale*, in *La legislazione penale online*, 27.07.2022; di F. PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile di atti sessuali con minorenne*, in *Giur. It.*, 1/2021, pp. 195 ss.; R. CATERINA, *Diritto e corpo umano: scritti - i minori e il corpo*, in *Giur. It.*, 6/2021, p. 1494; T. CAVALETTO, *Il caso di minore gravità nel delitto di atti sessuali con minorenne: linee evolutive e profili critici di vent'anni di giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2017, p. 2979; V. PLANTAMURA, *Internet, sesso e minori tra rapporti virtuali e adescamento*, in *Arch. Pen.*, 1/2015; BALZANI, *Sub art. 609-quater*, in S. TOVANI, A. TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014*, n. 39, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 279 ss.; M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, cit., p. 346; E. MARIANI, C.M. COLOMBINI, *L'abuso sessuali ai danni dei minorenni nel territorio di Milano e provincia: entità ed aspetti peculiari del fenomeno*, in *Cass. Pen.*, 2/2010, pp. 802-820; A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 609-ter c.p. (Circostanze aggravanti)*, in A. CADOPPI (a cura di) *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, CEDAM, Padova, 4^a ed., 2006, pp. 596 ss.; I. ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenne*, CEDAM, Padova, 2004; R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. COPPI (a cura di), *I reati sessuali*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 90 ss.; G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Legge 15 febbraio 1996, n. 66*, Utet, Torino 1997; P. PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale – commento*, in *Dir. Pen. e Processo*, 3/1996, p. 281; S. BELTRANI, R. MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, ESI, Napoli, 1996; (10); S. DEL CORSO, *L. 15 febbraio 1996, n. 66 - Norme contro la violenza sessuale*, in *Legisl. Pen.*, 3-4/1996, p. 423.

c.p., realizzati atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, purché la differenza di età tra i due non sia superiore ai tre anni.

Più controversa è invece la disciplina dei reati pedopornografici, per i quali il legislatore ha stabilito che il consenso del minore non costituisce, in nessun caso, un “limite” (negativo) del fatto tipico. Circoscrivendo l’analisi alle fattispecie maggiormente rilevanti, si può senza dubbio affermare che è ininfluente il consenso della giovane vittima nell’ambito della fattispecie delittuosa della prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.)³³. La *ratio* alla base della citata disposizione sta nella constatazione che, in tal caso, il consenso nasce viziato in quanto carpito tramite promessa di denaro o altra utilità; non acquisisce dunque alcuna rilevanza ai fini dell’esclusione della punibilità.

Più complesso è invece il ruolo del consenso del minore nel reato di pornografia minorile (art 600 *ter* c.p.). In quest’ultimo caso, infatti, il legislatore, non ha previsto espressamente alcuna distinzione circa la manifestazione del consenso in ragione dell’età del minore, come invece ha fatto per gli “atti sessuali con minorenne” (art. 609 *quater* c.p.). Né tantomeno ha introdotto una causa di non punibilità nel caso di condotte poste in essere tra minori consenzienti, simile a quella che il legislatore del '96 ha previsto all'art. 609 *quater* c.p. nel caso di atti sessuali tra minorenni quasi coetanei. Ha però inserito al primo comma dell’art. 609 *quater*, con il termine “utilizzo”, un non trascurabile presupposto della condotta, che lascia ampio spazio d’interpretazione. Questa scelta di tutela del nostro legislatore ha spinto la dottrina a chiedersi se l’analisi ermeneutica di tale norma possa spingersi fino al punto da introdurre una disciplina differenziata relativamente all’età del soggetto passivo.

La gran parte della letteratura che si è posta il problema ha, da subito, risposto negativamente, evidenziando l’insuperabilità di una “chiara” scelta effettuata dal legislatore³⁴. Al contrario, altra parte della dottrina, seppur minoritaria, ha sostenuto che tale disciplina rappresenterebbe una contraddizione rispetto al riconoscimento del diritto alla piena libertà sessuale

³³ B. ROMANO, *Induzione alla prostituzione minorile e atti sessuali con minorenne in cambio di denaro: le Sezioni Unite chiariscono il rapporto tra i due delitti*, *Giust. Pen.*, 2/2014, pp. 268 ss.; G. DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del rischio nelle fattispecie a tutela dell’integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. Pen.*, 2/2008, p. 209; S. DEL CORSO, *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico fra esigenze repressive e latitanza dei principi*, in *Leg. Pen.*, 2/2008, p. 175.

³⁴ In questo senso cfr. M. LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 4174 ss.; L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, in M. BERTOLINO, G. FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, vol. II, pp. 1267 ss.; V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida al dir.*, 33/1998, pp. 47 ss.; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 162 ss.; F. IZZO, *Norme contro la pedofilia*, Edizione Simone, Napoli, 1998, pp. 31 ss.. Si allineano a questo orientamento Cass. pen., sez. III, 5.6.2007, n. 27257, con nota di D. VALENZA, *Rapporti tra fattispecie e costruzione per gradi di offesa al bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 10/2009, pp. 3852 ss.; Cass. pen., sez. III, 28.10.2010, n. 43414; Cass. pen., sez. III, 23.11.2011, n. 1181; Cass. pen., sez. III, 21.11.2012, n. 47239; Cass. pen., sez. III, 16.4.2013, n. 39872.

che il minore acquista al compimento del quattordicesimo anno di età e, seppur limitatamente al compimento di atti sessuali tra coetanei, già a partire dal tredicesimo anno di età³⁵. Per cercare di superare questa (apparente) antinomia, Autorevole dottrina ha proposto una rilettura teleologica e sistematica della normativa in esame³⁶, distinguendo, sullo schema già presente per i reati sessuali, fra soggetti passivi infraquattordicenni, minori con età compresa fra i quattordici ed i sedici anni, e maggiori di sedici anni. Se per i primi la tutela penale dovrebbe ritenersi assoluta, e il consenso del minore irrilevante, per i minori ultraquattordicenni ma minori di sedici anni, vi sarebbe una presunzione di dissenso alla realizzazione dell'opera, salvo che si dimostri che il minore per la sua maturità poteva validamente disporre della sua libertà sessuale e la scelta era libera e informata. Infine, per il minore ultrasedicenne, il consenso dovrebbe considerarsi presunto, salva la prova che non avesse una maturità sufficiente ad autodeterminarsi nella sfera sessuale, oppure che il consenso non fosse libero ed informato³⁷. Questa opzione ermeneutica, come è stato rilevato di recente, «ha il

³⁵ Cfr. per tutti A. CADOPPI, *Art. 1, Modifiche al codice penale, in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 499 ss.. L'A. rilevava un contrasto fra quanto dichiarato dal legislatore all'art. 1 della Legge e la struttura tipica delle norme introdotte. Nell'art. 1 della Novella, infatti, il legislatore non solo enunciava quello che doveva essere considerato l'interesse protetto, ma anche le modalità di aggressione allo stesso, dichiarando esplicitamente che: «la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia». Nonostante queste premesse, le fattispecie incriminatrici potevano estendersi oltre le ipotesi di "abuso" e "sfruttamento" che la norma intendeva prevenire. L'A., così, scriveva: «Peraltro, il legislatore ha commesso un errore. Ha dato per scontato che i fatti da punire fossero quelli – così terribili – che aveva in mente, ma non ha ritagliato le fattispecie secondo tale modello criminologico. Pensava ad impuberi, e ha parlato di minori di 18 anni! Pensava ad abusi, ed il termine "abuso" non ha trovato ingresso nella legge! Pensava a fanciulli portati via in catene, e non ha richiesto nessuna "coartazione della volontà" nelle fattispecie (almeno per gli ultraquattordicenni!). Insomma, non ha fatto proprio quello che un buon legislatore, soprattutto in materia penale, deve fare: partire dal fenomeno da contrastare, e costruire fattispecie ben modellate su tale fenomeno, in ossequio ai principi di offensività, di determinatezza, di frammentarietà e di extrema ratio». Più recentemente cfr. M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore. Fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*; EADEM, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1/2016, pp.138 ss.

³⁶ A. CADOPPI, *Art. 1, Modifiche al codice penale, in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, cit., p. 149; analogamente S. DEL SIGNORE, *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, III, Trattato diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Utet, Torino, 2006, pp. 407 ss. Nello stesso senso, più recentemente cfr. M. BIANCHI, *Il sexting non è più reato?*, cit., p. 139. L'Autrice ritiene che il consenso del minore potrebbe avere efficacia limitatamente ai casi di produzione di materiale pedopornografico destinato alla detenzione privata. Secondo l'A. soltanto in queste ipotesi sarebbe possibile ravvisare una similitudine con la libertà sessuale riconosciuta per i minori che hanno compiuto quattordici anni, potendosi equiparare tale condotta ad una sorta di rapporto sessuale "virtuale".

³⁷A. CADOPPI, *Commento art. 600-ter I e II comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., pp. 149 ss.; cfr., inoltre, S. DEL SIGNORE, *Pornografia minorile*, cit., pp. 429-430.

merito di cercare una soluzione per non appiattare la tutela sotto il cappello della “minore età”, scelta che equipara indiscriminatamente tutti i minori, senza conferire alcun peso allo stadio di evoluzione della maturità e dello sviluppo psico-fisico che si accresce con l’età»³⁸. Non a caso il legislatore, in tema di imputabilità dei minori, all’art. 98 c.p. prevede che il minore ultraquattordicenne, a differenza di quello infraquattordicenne per il quale vige una presunzione assoluta di inimputabilità, è imputabile se possiede la capacità di intendere (nel senso di attitudine dell’agente a rendersi conto del valore sociale dell’atto compiuto) e di volere (cioè l’attitudine del soggetto a determinarsi in modo autonomo). Alla base di tale scelta vi è la consapevolezza che trattandosi di una fascia di età in cui i ragazzi raggiungono la maturità richiesta ai fini penali in momenti diversi, a causa delle multiformi varietà ambientali in cui si svolge tale processo di maturazione, la capacità di intendere e di volere necessaria per essere considerati penalmente responsabili delle proprie azioni, vi può essere o meno. Allo stesso modo al compimento dei quattordici anni di età viene riconosciuta al minore la libertà sessuale e di conseguenza la sua capacità di prestare il consenso a compiere atti sessuali. Spetterà poi al giudice verificare nel caso concreto se il consenso era consapevole o viziato da altri fattori esterni.

Dunque, un’interpretazione estensiva dell’art. 609 *ter* c.p. sembra essere la più idonea a far fronte all’esigenza di contemperare la libertà sessuale del minore con la tutela del suo sviluppo psicofisico, quale bene giuridico preso in considerazione da tutte le norme a difesa del minore nell’ambito dei reati sessuali. D’altronde, la condivisione volontaria di immagini intime da parte del minore ultraquattordicenne rappresentato nell’ambito di un rapporto privato e liberamente scelto, potrebbe qualificarsi, se pensata nella nuova “era tecnologica”, come un rapporto sessuale “virtuale” consensuale fra soggetti che sono titolari di un diritto alla libertà sessuale. Tuttavia, come affermato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione, una valutazione circa la legittimità del consenso del minore, fondata su un parallelismo logico-sistematico con la disciplina prevista per gli “atti sessuali con minorenni”, potrebbe ritenersi ammissibile solo ove si riferisca alla condotta di realizzazione di materiale pornografico che sia destinato alla mera detenzione privata, poiché solo in quest’ultima ipotesi potrebbe ravvisarsi una similitudine con la libera attività sessuale con/ fra soggetti ultraquattordicenni.

5. Il sexting primario: conseguenze penali e giurisprudenza

Il reato di pornografia minorile, di cui all’art. 600 *ter* c.p., dalla sua introduzione a oggi ha affrontato un lungo percorso disseminato di molte tappe legislative e giurisprudenziali, teso ad una sempre più compiuta definizione dei confini del penalmente rilevante. In tale percorso ad ostacoli si inseriscono i recenti arresti della Cassazione in tema di sexting, e in specie di quello fra minori, fenomeno

³⁸ M. BIANCHI, *Il sexting non è più reato?*, cit., p. 146.

ricondotto, in assenza di una specifica disciplina, proprio a quella di cui all'art. 600 *ter* c.p.³⁹

La giurisprudenza di legittimità, si è a lungo interrogata sui concetti prima di “sfruttamento” dei minori di anni 18 e poi di “utilizzo” degli stessi, previsti dall'art. 600 *ter* c.p. nella versione originaria e vigente. La Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite è intervenuta in un primo momento, nel 2000⁴⁰, definendo il concetto di “sfruttamento” del minore come strumentalizzazione dello stesso, come offesa alla sua personalità in via di formazione. Importante è precisare che la Cassazione aveva evidenziato che il reato non poteva essere integrato qualora il materiale fosse destinato alla sfera strettamente privata senza, pertanto, il pericolo concreto di diffusione dello stesso. Lo sviluppo tecnologico e la diffusione di internet hanno fatto emergere, però, come il riferimento al pericolo concreto di diffusione del materiale sia oggi da considerarsi anacronistico. Le Sezioni Unite, intervenute nuovamente nel 2018⁴¹, hanno infatti chiarito che la possibilità che il materiale circoli facilmente è in *re ipsa*, insito nella stessa condotta: è sufficiente possedere uno smartphone perché tale pericolo si realizzi. Pertanto, a detta della Cassazione, qualsiasi forma di produzione di materiale pedopornografico utilizzando il minore è già di per sé reato.

Venendo poi alla disciplina del *sexting*, denominato anche “pornografia domestica”⁴², la Suprema Corte, nella citata sentenza del 2018, ha evidenziato che

³⁹ C. TACCARDI, *La Cassazione di fronte al difficile inquadramento normativo del sexting (secondario) a cavallo tra le norme in materia di pornografia minorile e la nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti*, in Riv. Ita. Med. Leg. (e del Diritto in campo sanitario), 3/2020, pag. 1626.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. Un., 31.05.2000, n. 13, con nota di C. RUSSO, in *Foro it.*, 2000, II, 685; Cfr. G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss. Nello stesso senso tra le decisioni delle Sezioni semplici cfr. Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675; Cass. pen., Sez. III, 20.11.2007, n. 1814; Cass. pen., Sez. III, 5.6.2007, n. 27252 con nota Valenza; Cass. pen., Sez. III, 7.6.2006, n. 20303; Cass. pen., Sez. III, 1.12.2009, n. 49604; Cass. pen., Sez. III, 5.2.2009, n. 24788; Cass. pen., Sez. III, 1.12.2009.

⁴¹ Cass. pen., Sez. un., 15.11.2018 (dep.), n. 51815. La sentenza è stata analizzata approfonditamente in L. PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, in *Diritto di Internet*, 1/2019, pp. 187-192; M. BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. Pen.*, 1/2019, pp. 1-25; D. ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, pp. 9-32. Per un'introduzione al tema e per una trattazione della giurisprudenza di merito e legittimità si v. I. Salvadori, *Sexting, minori e diritto penale*, cit., pp. 567-598; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁴² C. TACCARDI, *La Cassazione di fronte al difficile inquadramento normativo del sexting (secondario) a cavallo tra le norme in materia di pornografia minorile e la nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti*, cit., p. 8. L'Autrice fa una precisazione sul rapporto tra *sexting* e pornografia domestica evidenziandone una sottile differenza. Con l'espressione “pornografia domestica” si fa riferimento alla produzione pornografica destinata a non essere diffusa, perché realizzata per uso privato, il *sexting* primario in senso stretto, invece, riguarda il materiale prodotto attraverso le nuove forme di comunicazione digitale.

di per sé il fatto che sia “domestica” non azzera il pericolo di diffusione del materiale. Viene quindi posta in luce la centralità del concetto di “utilizzo” del soggetto minorenne rappresentato. Tale termine impiegato nella norma fa, infatti, riferimento a una strumentalizzazione che rende invalido il consenso eventualmente prestato. Se, invece, il rapporto tra i soggetti è paritario (si faccia il caso di due minorenni che abbiano raggiunto i 14 anni) e l’uso del materiale rimane privato, non possono dirsi integrati i requisiti dell’“utilizzo”. L’*obiter dictum* delle Sezioni Unite del 2018 viene messo in discussione dalla più recente sentenza n. 4616 del 2022. In particolare, ad essere criticato è il profilo della non completezza, considerato «privo di qualunque considerazione circa la evidente differenza che intercorre tra una relazione interpersonale paritaria tra soggetti minori di età, in grado di manifestare il proprio consenso all’attività sessuale, e la relazione interpersonale tra un soggetto minore e una persona maggiorenne, relazione che non necessariamente potrebbe essere caratterizzata da una posizione di supremazia, ma che risulta altresì arduo definire paritaria». Su questo presupposto, le Sezioni Unite, nel recente arresto, hanno rinvenuto l’esigenza di chiarire i confini entro i quali la c.d. pornografia domestica deve essere considerata penalmente irrilevante, in particolare laddove le condotte siano realizzate nel contesto di una relazione affettiva tra un soggetto minore e una persona maggiorenne. Sul punto, la pronuncia ribadisce che «il discrimine fra il penalmente rilevante e il penalmente irrilevante in questo campo non è il consenso del minore in quanto tale, ma la configurabilità dell’utilizzazione»⁴³: se ricorre la condotta di utilizzazione, nessuna valenza scriminante può essere attribuita al consenso del minore, che deve considerarsi frutto della condotta abusiva dell’agente e non può perciò essere ritenuto libero; sicché il giudice sarà tenuto a svolgere un attento e rigoroso accertamento del contesto in cui tale consenso è stato espresso, al fine di verificare se esso possa essere effettivamente considerato scevro da illeciti condizionamenti.

A completamento dell’opera chiarificatrice intrapresa dalle Sezioni Unite 2018, nella sentenza in commento i giudici di legittimità ritengono di poter ulteriormente declinare il concetto di “utilizzo” del minore attraverso lo strumento dell’interpretazione sistematica, che impone una lettura della norma coerente non solo con le disposizioni di cui al Titolo XII, Capo III, Sezione I del codice (“dei delitti contro la personalità individuale”), ma anche con quelle di cui alla successiva Sezione II (“dei delitti contro la libertà personale”)⁴⁴. In particolare, le Sezioni Unite prendono in considerazione l’art. 609-*quater* c.p., rintracciandovi il principale riferimento

⁴³ Cass. pen., Sez. Un., 15.11.2018 (dep.), n. 51815 § 4.1.2.

⁴⁴ Le Sezioni Unite rilevano, infatti, come le disposizioni di entrambe le sezioni rientrino «in una comune logica di sistema sorretta dalle medesime finalità», consistente, «nella tutela dell’integrità non solo fisica ma anche psichica dei soggetti più esposti all’aggressione e allo sfruttamento»: cfr. sul punto il § 4.1 della sentenza in commento.

normativo – dotato di valenza sistematica – in tema di limiti del consenso del minore in relazione alla propria sfera sessuale. La norma, infatti, a detta della Cassazione, individuando i casi in cui gli atti sessuali con il minorenni costituiscono reato, permette altresì di identificare le ipotesi in cui deve essere esclusa la validità del consenso eventualmente prestato dal minore alla riproduzione documentale della propria attività sessuale⁴⁵.

Nell'accertamento dell'assenza di condizionamenti della volontà del minore, sottolineano poi le Sezioni Unite, una particolare attenzione sarà richiesta anche nei casi in cui l'agente sia un soggetto maggiorenne: pur in presenza di una relazione affettiva tra costui e il soggetto rappresentato, infatti, per poter escludere la rilevanza penale della condotta di produzione di materiale sessualmente esplicito il giudice sarà tenuto a «verificare specificamente che l'adulto non abbia vinto le resistenze del minore inducendolo a superare le proprie riluttanze tramite tecniche di manipolazione psicologica e di seduzione affettiva, (...) varie forme di condizionamento che includono il "ricatto affettivo"»⁴⁶.

Da ultimo, per acquisire rilevanza ai fini dell'esclusione di una condizione di strumentalizzazione del minore, il consenso da questi prestato dovrà essere specifico e privo di vizi, conformemente a quanto richiesto dalla normativa nazionale ed europea in tema di tutela dei dati personali⁴⁷; in proposito, le Sezioni Unite precisano che il consenso del minore all'atto sessuale non include di per sé quello alla registrazione o alle riprese di natura pornografica, che dunque dovrà essere reso in maniera espressa; allo stesso

⁴⁵ Di conseguenza, la condotta di utilizzazione ricorrerà: *a*) in tutti i casi in cui il minore non abbia compiuto quattordici anni; *b*) nel caso in cui il minore abbia tra i quattordici e i sedici anni, in presenza dei particolari rapporti intercorrenti tra lui e l'agente considerati dal n. 2 del c. 1 dell'articolo in questione (parentela, convivenza, tutela, affidamento per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia); *c*) nel caso di minore ultra sedicenne, in presenza delle condotte di abuso dei poteri connessi alla posizione dell'agente di cui all'art. 609-*quater* c. 2, sempre nell'ambito di rapporti di parentela, convivenza, educazione, ecc.; *d*) in tutti i casi in cui ricorrano le ulteriori condotte di abuso di fiducia, di autorità o influenza descritte dal nuovo comma 3 dell'articolo *de quo*, recentemente introdotto dalla l. 238/2021.

⁴⁶Cfr. sul punto il § 5 della sentenza in commento.

⁴⁷ Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati n. 2016/679 ("GDPR") prevede, all'art. 8, che i minori che abbiano compiuto almeno 16 anni possano esprimere il proprio consenso circa l'offerta diretta di servizi derivanti da società dell'informazione, senza l'autorizzazione di chi esercita la responsabilità genitoriale. Tale autorizzazione è richiesta, invece, qualora il trattamento si rivolga ai minori degli anni 16. In Italia, l'età minima per esprimere il consenso al trattamento dei propri dati in Italia è stata portata dall'art. 2-*quinquies* del D.Lgs 101/2018, che ha adeguato il D.Lgs 196/2003 (Codice privacy) al GDPR, a 14 anni, con la conseguenza che il minore di almeno quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, mentre il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni è lecito a condizione che il consenso sia prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale.

modo, il giudice dovrà accertare che il minore avesse altresì consentito alla successiva conservazione delle immagini da parte di chi le ha realizzate. In caso contrario, l'agente non ricadrà soltanto nelle conseguenze sanzionatorie previste dal codice della *privacy*⁴⁸, ma la sua condotta acquisirà rilevanza ai sensi dell'art. 600-ter c.p.

In conclusione, partendo dalla rilevanza del *sexting* primario, i giudici delle Sezioni Unite, hanno dato delle importanti direttive per valutare il carattere non abusivo della condotta, quali l'assenza di condizionamenti e costrizioni nello scambio di immagini. È evidente che il Supremo Collegio, nelle sentenze che si sono succedute, ha inteso contemperare due opposte esigenze: quella di protezione del minore e di rispetto della sua libertà sessuale, avendo riguardo al contempo agli obblighi assunti in sede internazionale senza rinunciare alla coerenza sistematica interna. Questo principio riguarda, è bene precisarlo, i casi in cui il materiale realizzato sia destinato a rimanere nella disponibilità esclusiva delle parti coinvolte nel rapporto. Qualora venisse posto in circolazione, il minore, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, ancorché non "utilizzato" nella fase iniziale, si considera automaticamente strumentalizzato nella fase della cessione o diffusione delle immagini.

6. Il *sexting* secondario e la tutela del minore

Il fenomeno del *sexting* secondario si atteggia, nell'*id quod plerumque accidit*, quale degenerazione abusiva del *sexting* primario, ossia come la trasmissione o pubblicazione illegittima, in quanto sprovvista del necessario consenso esplicito della persona raffigurata, di contenuti ab origine realizzati e inviati dalla stessa⁴⁹. Pur avendo dei tratti in comune al *revenge porn*, se ne differenzia nei seguenti termini. Mentre l'espressione *revenge porn*⁵⁰ si riferisce tecnicamente alla sola cessione o diffusione di immagini o video sessualmente espliciti da parte dell'ex partner della persona raffigurata per motivi di vendetta, il *sexting* secondario ricomprende tutti quei casi, per nulla infrequenti, in cui la diffusione di contenuti intimi altrui avviene al di fuori di un (precedente) rapporto di coppia e/o per scherzo, per noia, per leggerezza e non per ritorsione. Ebbene, posto che non vi è alcun dubbio circa la rilevanza penale del *sexting* secondario⁵¹, la questione

⁴⁸In particolare, la mancanza del consenso assume autonoma rilevanza penale ai sensi dell'art. 167 del D.Lgs. 196/2003, che tuttavia si apre con la clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato".

⁴⁹ In questi termini v. M. LAMANUZZI, op. cit., che definisce il *sexting* secondario in termini più generali come una forma di *non-consensual pornography*.

⁵⁰ P. BECCARI, *Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di "revenge porn" in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale*, in *Sist.pen.*, 6/2022, pp. 4 ss.

⁵¹ Sotto questo profilo, ha avuto una forte valenza maieutica il triste caso del suicidio di Tiziana Cantone; la ragazza, una trentunenne dell'hinterland napoletano, era stata convinta dal proprio fidanzato ad avere rapporti sessuali con altri uomini e a filmarli. Tali registrazioni, che dovevano restare nell'esclusiva disponibilità della coppia, vennero, invece, diffuse in rete, dapprima, su un portale hard, e successivamente, sull'applicazione di messaggistica *Whatsapp* e sulle pagine

principale riguarda l'individuazione della fattispecie incriminatrice a cui ricondurlo. Ci concentreremo ancora una volta sulle condotte poste in essere dai minori, considerati, come già anticipato nell'apertura del presente lavoro, soggetti vulnerabili e, in quanto tali, destinatari di tutele rafforzate.

Inizialmente la giurisprudenza ha tentato di inquadrare tale pratica nel dettato normativo di cui all'art. 600 *ter*, comma 4 c.p., che punisce la condotta di diffusione di materiale a sfondo sessuale, autoprodotta dalla vittima minore e, dalla stessa, inviato unicamente ad un soggetto di fiducia. Tale inquadramento però, come del resto più volte sottolineato dalla stessa Corte di cassazione⁵², non poteva ritenersi corretto in quanto l'art. 600 *ter* c.p. si configura quando vi sia "l'utilizzo del minore", elemento, questo, ravvisabile solo allorquando il materiale pedopornografico non sia stato autoprodotta dalla vittima. In assenza di alterità tra il soggetto produttore e la vittima, che denota la strumentalizzazione del minore, viene, quindi, a mancare uno dei presupposti essenziali del fatto di reato previsto ai sensi dell'art. 600 *ter* c.p. Del resto, altrimenti argomentando, si giungerebbe ad una distorsione della norma penale incriminatrice nei suoi elementi di tipicità, se non, addirittura, ad un'inammissibile analogia in *malam partem*. Al fine di scongiurare un vuoto di tutela, la summenzionata condotta veniva inquadrata all'interno di diverse fattispecie incriminatrici: in alcune sentenze veniva qualificata come diffamazione aggravata a mezzo Internet (art. 595, comma 3 c.p.), o come trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. 196/2003); in altre, come violenza privata (art. 610 c.p.) o nel reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.); in altre pronunce ancora si riteneva che la condotta integrasse il reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-septies, c.p.) o il reato di estorsione (art. 629 c.p., nella repressione del fenomeno della c.d. *sextortion*). Ognuna di queste fattispecie, però, non si attagliava perfettamente al caso specifico e, proprio in questo quadro di tutela così frammentario, è intervenuto il legislatore che, con la L. 69/2019, ha introdotto tra le altre fattispecie, anche l'art. 612 *ter* c.p., rubricato "diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti"⁵³. Giova precisare che l'introduzione della fattispecie di cui all'art. 612 *ter* c.p., nonostante

Facebook e You-tube, diventando virali in pochi giorni. Tale rapidissima diffusione, unitamente al fatto che la ragazza risultasse facilmente riconoscibile dalle immagini, che spesso ri-portavano anche il suo nome e cognome, portarono al triste epilogo.

⁵²*ex multis*, Cass. pen. 21 marzo 2016, n. 11675.

⁵³Con l'emanazione della Legge n. 69 del 19 luglio 2019, il Legislatore ha innovato sia il codice di rito, sia il codice penale, nel cui ambito, da un lato, ha introdotto nuove fattispecie di reato (e, dall'altro lato, ha aggravato la risposta sanzionatoria relativamente ad altre fattispecie.

Sul piano processuale, l'interpolazione è stata volta, soprattutto, a velocizzare l'instaurazione del procedimento penale per taluni delitti commessi nel contesto delle relazioni affettive o familiari, comportando, di conseguenza, un acceleramento circa l'eventuale adozione di provvedimenti a protezione delle vittime. Proprio da questo aspetto discende l'appellativo mediatico che tale intervento legislativo ha assunto (il c.d. codice rosso), che allude ad un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione di questi procedimenti.

abbia colmato quel tanto avvertito vuoto di tutela, ha anche incontrato delle obiezioni: la prima risiede nel c.d. fenomeno del *victim blaming*; secondo alcuni, infatti, la produzione di materiale sessualmente connotato e, ancor più, la condivisione dello stesso, equivalgono ad accettare il rischio di una successiva divulgazione. Questa concezione, tuttavia, che può arrivare a traslare il rimprovero proprio sulla vittima stessa, non tiene conto della contestualità del consenso: infatti, il consenso del soggetto alla realizzazione del materiale e allo scambio solo con il partner è ben diverso da quello alla successiva diffusione ad *incertam personam*, in quanto, solo in questo secondo caso, viene minata la riservatezza e l'intimità della vittima. La seconda obiezione, evidenziata soprattutto dalla dottrina statunitense, riguarda il c.d. *free speech*: visione secondo la quale la condotta di riportare e diffondere ciò che è rispondente a verità può essere incriminata solo quando comporti un danno sociale e non meramente individuale; ne discende, quindi, che la divulgazione di materiale sessualmente esplicito, reale, comportando un danno solo per la vittima, non assume rilievo penale.

Dunque, nonostante l'introduzione dell'art. 612 ter c.p., ad opera della riforma attuata dal legislatore con la summenzionata L. 69/2019, abbia sicuramente rafforzato la tutela, rimangono tuttora aperte alcune questioni che richiederebbero più approfondite considerazioni, soprattutto con riguardo ai minori che restano vittima di tali reati.

7. Conclusioni

Abbiamo visto come Autorevole dottrina e la più recente giurisprudenza di legittimità hanno stabilito che l'età del consenso del minore in ambito sessuale si raggiunge a quattordici anni. Tuttavia, tale libertà di autodeterminazione riguarda la specifica finalità di trasmissione del materiale autoprodotta a soggetti determinati e fidati, non è tale invece nei confronti delle successive condivisioni ad opera dei primi destinatari. È evidente, pertanto, che, nonostante il legislatore sia più volte intervenuto in risposta alla questione del *sexting*, non sia ancora agevole raggiungere una tutela completa e tempestiva proprio in ragione della pluralità, della diversità e delle novità dei fenomeni lesivi che coinvolgono i più giovani nel *cyberspazio*. In altre parole, la linea che demarca uno scambio libero da una strumentalizzazione del minore non appare ancora definita in maniera netta e chiara.

In ultima analisi si può dunque affermare che allo stato attuale il sistema sanzionatorio penale (tradizionalmente connotato da pene afflittive) non può essere considerato l'unica soluzione, tenuto conto del fatto che la complessa genesi del fenomeno risulta essere anche di carattere educativo. È pertanto auspicabile innanzitutto che, in funzione preventiva, siano gli stessi *Internet Service Provider* (i fornitori delle piattaforme di condivisione dei contenuti), ad attivarsi assumendosi un onere informativo nei confronti degli utenti minorenni,

ad esempio tramite comunicazioni specificatamente indirizzate in grado di sensibilizzare il minore sull'atto che sta compiendo⁵⁴.

Così come è anche opportuno che maggiori sforzi vengano indirizzati e si concentrino sullo stanziamento di adeguati mezzi ad enti, istituzioni scolastiche e associazioni che possono, così, realizzare progetti di informazione ed educazione, sensibilizzando i giovani sulle problematiche derivanti da questi fenomeni sempre più dilaganti.

Per concludere si ritiene che per un intervento efficace sui rischi di questa nuova cultura della "comunicazione dell'immagine sessuale" occorra procedere sulla doppia strada di una più chiara definizione dei criteri di punibilità del *sexting*, con un corretto bilanciamento fra tutela dei minori e rispetto dei loro diritti, e della costruzione di efficaci sistemi di prevenzione che sappiano educare ed informare i più giovani.

⁵⁴ Proprio con riferimento alla responsabilità degli intermediari il legislatore è intervenuto con la Legge n. 71 del 2017, prevedendo la possibilità di inoltrare un'istanza al titolare del trattamento o al gestore del sito internet volta a richiedere l'oscuramento ed il blocco di un determinato contenuto riguardante un soggetto minorenne; in tale ipotesi, il titolare del trattamento o il responsabile del sito è tenuto sia a comunicare, entro 24 ore la ricezione dell'istanza, di aver assunto l'incarico, sia a provvedere, nelle 48 ore successive, all'oscuramento. Tuttavia, resta ancora irrisolta la problematica relativa alla responsabilità di tali soggetti nell'ipotesi in cui, nonostante la segnalazione, non rimuovano il contenuto lesivo dalla piattaforma, consentendone così la diffusione su larga scala. M. LAMANUZZI, op. cit., p. 29.

IL PARADIGMA DEL RAPPORTO PUNITIVO
The paradigm of the punitive relationship

di
Ali Abukar Hayo*

Il rapporto punitivo può essere ravvisato come una relazione tra soggetti di pretesa/obbligo. L'Autore non vi ravvisa gli elementi della relazione potestà/soggezione, perché il reo soccombe alla sanzione penale solo a seguito della sentenza del Giudice. L'atto emanato *jussu juducis* non può essere considerato espressione di potestà, perché l'organo giudicante è *super partes* e non impone la sua volontà, ma interpreta la *voluntas legis*, che vincola tutti in condizioni di parità e imparzialmente. L'Autore evidenzia che bisogna operare due distinzioni: una tra sovranità e potestà; una tra il momento deliberativo e quello esecutivo della sanzione penale, il primo di pertinenza del Giudice non implica l'esercizio di una potestà, il secondo lo implica. Tuttavia l'esecuzione potestativa del giudicato non riguarda solo l'ambito penalistico; anche la fase esecutiva della sanzione civile comporta l'esercizio di una potestà e, malgrado ciò, si qualifica diritto e non potestà la pretesa giuridica del soggetto, riconosciuta in sentenza. I termini della questione, secondo l'Autore, non mutano nel rapporto punitivo.

The punitive relationship can be seen as a relationship between subjects of claim/obligation. The author does not see in it the elements of the relationship between authority and subjection, because the offender succumbs to the penal sanction only following the judge's sentence. The act issued *jussu juducis* cannot be considered an expression of power, because the judging body is *super partes* and does not impose its will, but interprets the *voluntas legis*, which binds everyone on equal terms and impartially. The author points out that two distinctions must be made: one between sovereignty and power; one between the deliberative moment and the executive moment of the penal sanction, the first pertaining to the Judge does not imply the exercise of a power, the second implies it. However, the potestative execution of the *res judicata* does not only concern the penal sphere; even the executive phase of the civil sanction involves the exercise of a power and, despite this, the juridical claim of the subject, recognized in the sentence, is qualified as a right and not a power. The terms of the question, according to the author, do not change in the punitive relationship.

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

SOMMARIO: 1. La distinzione tra diritto e potestà 2. La questione se l'irrogazione della sanzione appartenga all'area del diritto soggettivo o della *potestas* 3. conclusioni

1. La distinzione tra diritto e potestà

La domanda di fondo è se i due poli del rapporto giuridico, che si instaura con l'esercizio del diritto di punire (*jus puniendi*), siano configurabili in termini di *pretesa/obbligo*; oppure in termini di *potestà/soggezione*. Fin da subito possiamo osservare che la potestà non è espressione di un diritto soggettivo, propriamente detto, bensì di un potere sovrano, immediatamente esecutivo e *superiorem non recognoscens*. Ebbene, il Giudice può essere considerato *super partes*, nei limiti in cui l'azione penale non sia riconoscibile come espressione di potere *superiorem non recognoscens*. E allora cerchiamo di distinguere meglio, in seno alla medesima sovranità statale, l'ambito del diritto da quello della potestà.

La distinzione risulta ostacolata dalla nozione onnicomprensiva di Stato, nella quale confluiscono indistintamente tutti i "poteri" della classica tripartizione del *Montesquieu*: legislativo, giudiziario e amministrativo. Nell'unità concettuale risultano sussunte tutte le attività che esprimono, sempre e comunque, sovranità e constano di atti autoritativi. Tale nozione indistinta rende oscuro il *quid proprii* della potestà, sia sotto il profilo della sua estraneità all'atto giurisdizionale, sia sotto il profilo della sua necessaria "parzialità".

In riferimento al primo profilo, è necessario sottolineare che il c.d. potere giudiziario si estrinseca in atti che risolvono controversie insorte tra le parti. Il Giudice, nel risolvere la controversia, dichiara fondata (o infondata) la pretesa attrice, in base alle regole vigenti nella società; non persegue alcun interesse proprio e pertanto non esprime una propria volontà, ma si limita a interpretare la legge; al contempo chi soccombe in giudizio, non soggiace alla volontà del Giudice, ma alla volontà della legge, interpretata imparzialmente. L'atto giurisdizionale è in fondo un atto dichiarativo; non già un atto volitivo. Il Giudice pronuncia il diritto (*jus dicit*), nel senso che riconosce la regola giuridica da applicare al caso concreto; non compie alcun atto di potere (ossia *potestativo*), in quanto l'autorità della sua pronuncia risiede nella regola giuridica valida per tutti. In sintesi, il giudice non impone la sua volontà all'altrui volontà; la sua declaratoria è "autoritativa", in senso lato, promanando da un'autorità sovrana, ma non è un atto di coercizione. Il Giudice dichiara semplicemente la soccombenza di una delle parti in causa, in virtù delle regole giuridiche valide *erga omnes*. L'uguale sottoposizione delle parti in giudizio alle norme generali e astratte, valide per tutti, assicura la condizione paritaria di esse e dunque non comporta la soggezione di una parte all'altra, né tanto meno alla volontà del Giudice, per definizione *super partes*, bensì la soggezione alla sola *voluntas legis*.

Sotto questo profilo, la nostra questione - del rapporto giuridico sottostante al diritto penale - verte inevitabilmente sulla condizione paritaria dei soggetti: non sussiste il rapporto, se non sussiste la parità; *simul stabunt vel simul cadent*; e ovviamente tale parità "sostanziale" deve trovare corrispondenza nella parità processuale, posto che l'*actio* esprime il diritto "in azione". Ne sortisce la domanda se il processo penale possa assimilarsi a una controversia tra parti in causa.

In riferimento al secondo profilo, è necessario sottolineare che l'area di esercizio della *potestas*, in senso stretto, coincide con l'amministrazione della cosa pubblica². Qui la volontà della *res publica*, espressa dall'organo, prevale sulla volontà del destinatario dell'atto; la parte pubblica con il suo atto realizza direttamente e immediatamente il suo interesse (ovviamente pubblico e conforme alla legge), senza chiedere l'intervento del Giudice. Ebbene il portatore di un interesse (ancorché pubblico) non può che essere "parte", giacché l'imparzialità, per definizione, è assenza d'interesse.

Siffatta "parzialità", a ben vedere, appartiene solo al potere esecutivo (amministrativo), fra quelli della tripartizione di *Montesquieu*. Non appartiene al potere legislativo, perché gli atti di legislazione non risolvono problemi concreti, ma dettano norme generali e astratte e dunque non realizzano alcun interesse concreto. Non appartiene, come detto, alla giurisdizione, che risolve controversie insorte tra portatori di interessi contrapposti. Appartiene non a caso alla branca dell'organizzazione di Stato, che amministra la cosa pubblica con atti potestativi, giacché appunto l'esercizio del potere consiste nella realizzazione diretta di un proprio interesse.

La vera potestà, strettamente intesa, si esercita solo con atti validi *hic et nunc*, che soddisfano direttamente e immediatamente un interesse concreto e non stabiliscono una regola, vincolante per tutti e anche per il soggetto che emana l'atto. Insomma, solo l'atto amministrativo è potestativo, proprio perché consiste nel comando concreto *ad personam*, al quale il destinatario non può opporre

² Il dominio della potestà, intesa in senso stretto, è solo quello della pubblica amministrazione. Invero nei c.d. diritti potestativi (p. es. diritto di opzione, disdetta unilaterale) la volontà di una parte si impone direttamente sulla volontà dell'altra; tuttavia, la genesi di tali diritti è consensuale, sicché, a ben vedere, la reciprocità (se una parte acconsente al conferimento di un "potere" unilaterale alla sua controparte, certamente lo fa per un corrispondente vantaggio) e la paritaria condizione dei soggetti non vengono meno. Nell'area dei diritti potestativi, manca la prefigurazione necessaria - dovuta all'imperio della cosa pubblica sul privato - della relazione potestativa; in altri termini, manca la qualifica che a priori conferisce la posizione di supremazia; cfr. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, XXXVII, 1939, I, 557 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi e Diritti facoltativi*, in *Nuovo digesto italiano*, (a cura di) M. D'AMELIO, A. AZARA, 4° vol., *Contrat-Dir*, Torino 1938, *ad voces*, 87, ss.

alcuna resistenza (semmai può dolersi successivamente dell'eventuale irregolarità dell'atto, che comunque ha già dispiegato i suoi effetti). Il destinatario dell'atto soggiace alla volontà del soggetto che emana l'atto; la sua volontà e quella dell'organo pubblico non sono poste su un piano di parità. L'atto potestativo realizza una coazione, giacché i suoi effetti si riversano in capo al destinatario senza il suo consenso. Dunque, il vincolo che nasce dall'atto amministrativo è unilaterale, giacché l'esercizio della *potestas* non vincola l'organo (titolare della *potestas*), ma solo il destinatario (mentre l'atto legislativo vincola tutti, anche il legislatore stesso, ossia, in concreto, i componenti dell'Assemblea legislativa).

Se il destinatario dell'atto potestativo ne subisce la forza cogente, senza poter opporre resistenza (dolendosi semmai, successivamente, della sua illegittimità), al contrario, il soggetto obbligato, in un rapporto giuridico *inter pares*, può resistere alla pretesa altrui, innanzi al Giudice. La condizione paritaria delle parti processuali è la conseguenza necessaria di una condizione paritaria presupposta e la pronuncia giudiziale si ravvisa *super partes*, nei limiti in cui la volontà del titolare della pretesa non prevale *ex officio* sulla volontà dell'obbligato.

2. La questione se l'irrogazione della sanzione appartenga all'area del diritto soggettivo o della *potestas*

Abbiamo distinto l'ambito del diritto soggettivo dall'ambito della potestà, secondo che vi si siano sottesi rapporti paritari o rapporti predefiniti di sovraordinazione/subordinazione. Al primo ambito appartengono le relazioni umane governate da norme di comportamento generali e astratte che vincolano tutti alla stessa maniera, in condizioni di reciprocità, offrono il quadro di riferimento e garanzia di pretese socialmente accettate, *tutelano* in maniera equilibrata tutti gli interessi in gioco e non autorizzano la tutela unilaterale (autotutela) di uno solo di essi; al secondo appartengono le relazioni di potere, nelle quali la volontà dell'organo pubblico prevale sulla volontà della parte privata e dà vita a un atto di *autotutela* dell'interesse.

A questa stregua, ci dobbiamo chiedere, preliminarmente e in generale, se il fenomeno sanzionatorio sia espressione di un diritto soggettivo o di una potestà; ci chiederemo poi a quale dominio appartenga l'irrogazione della sanzione penale. Di prim'acchito, parrebbe che la fenomenologia sanzionatoria sia la più intrinsecamente "potestativa" e nell'irrogazione di qualsivoglia sanzione risieda la quintessenza della potestà, dal momento che la volontà del destinatario è necessariamente soccombente e del tutto irrilevante di fronte alla forza cogente della sanzione. Ma, a ben vedere, questa prima "apparenza" può

rivelarsi fuorviante, soprattutto in campo penalistico, il solo nel quale si annida l'“anomalia” dell'esclusiva declinazione oggettiva.

La via per la quale la dottrina dominante giunge ad inquadrare l'irrogazione della pena nel paradigma della *potestà punitiva*, piuttosto che in quello del *diritto punitivo*, prende in considerazione il (già) “punito” piuttosto che il “puniendo” e dunque la fase *esecutiva*, piuttosto che quella *deliberativa* della pena. Il percorso argomentativo può essere così sintetizzato: posto che la condizione del “punito” non può essere sussunta nel paradigma dell'obbligo, ma solamente in quello della soggezione; e posto che il diritto soggettivo ha ragion d'essere solo che si relazioni con un obbligo; non rimane che asserire il diritto penale come potestà, ossia come complesso normativo istitutivo del *potere di punire* e non già del *diritto di punire*³. La differenza del vincolo risiede in ciò: il soggetto vincolato dall'esercizio del *diritto* altrui versa in una posizione di *obbligo*; l'obbligato subisce la coazione da parte di chi esercita il diritto, ma la sua volontà non viene annullata del tutto, nel senso che residua la possibilità di una scelta in violazione del vincolo giuridico; al contrario, il soggetto vincolato dall'esercizio della *potestà* versa in una posizione di mera *soggezione*, definibile solo come *pati*; la sua volontà è annullata del tutto e nessuna possibilità di scelta può residuare. Sicché si può dire che il diritto si esercita con la necessaria cooperazione della volontà altrui, ancorché vincolata, mentre la potestà si esercita indipendentemente dalla volontà altrui, assolutamente irrilevante. In sintesi, il *quid* che discrimina le due figure si può individuare nella rilevanza/irrilevanza della volontà del soggetto vincolato. In quest'accezione, al diritto corrisponde l'obbligo, alla potestà corrisponde la soggezione. E poiché si assume che la condizione del destinatario della sanzione penale sia configurabile come mera *soggezione*, nel senso che la volontà del destinatario non coopera all'attuazione

³ Cfr. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 29 ss. Tutti gli sforzi argomentativi dell'insigne Autore sono diretti a dimostrare che non è configurabile “il cosiddetto obbligo del reo di sottostare alla pena”, bensì la mera soggezione che non implica alcun apporto volitivo; sicché di fronte all'annullamento della volontà del punito si staglia la potestà punitiva.

A nostro avviso, questa dottrina entra in crisi innanzi alle seguenti domande: a chi appartiene codesta potestà punitiva? Si prende in considerazione la condizione del reo prima o dopo la condanna del giudice? In ordine alla prima questione, si osserva che la pena è irrogata dal giudice (che *jus dicit*), sicché il titolare della potestà dovrebbe essere il giudice; ma se il giudice risolve una controversia, che verte proprio sulla pena, come può al contempo esercitare la potestà di punire? In ordine alla seconda questione, si osserva che il paradigma astratto del reo non presuppone affatto la condanna, coglie semmai la condizione di colui che *dovrà* subire la condanna e la isola in uno spazio temporale indeterminato, nel quale egli è necessariamente resistente rispetto ad una aspettativa controversa di punizione. Su questo punto rinviamo al primo paragrafo del secondo capitolo.

della misura sanzionatoria, si ascrive il fenomeno penalistico alla sfera della potestà⁴.

Ciò posto, è indiscutibile che il soggetto “esecutato” versa in condizione di soggezione e non di obbligo, dal momento che non pone in essere alcun atto di cooperazione per la realizzazione della pretesa altrui. Ma in verità non ci sembra questo il punto discriminante, per due ragioni: a) gli atti dell’ autorità pubblica hanno comunque efficacia cogente e prescindono dalla cooperazione altrui, legislativi, giurisdizionali o amministrativi che siano; b) la fase esecutiva della sanzione si iscrive sempre nell’ area potestativa, a prescindere dalla tipologia di sanzione.

A - Invero, tutte le espressioni della sovranità possono essere considerate “potestative”, nel senso (lato) che tutti gli atti di esercizio della sovranità prescindono dalla volontà dei cittadini-destinatari e sono produttivi di effetti senza il loro consenso. Sotto questo profilo, sovranità e potestà vengono a coincidere. Così gli atti legislativi, che dettano regole astratte e creano obblighi *erga omnes*, sono valide ed efficaci per deliberazione dell’ assemblea legislativa, indipendentemente dalla volontà degli obbligati; gli atti giudiziari sono vincolanti ed efficaci senza alcuna cooperazione volontaria delle parti in causa; e, allo stesso modo, gli atti amministrativi esplicano i loro effetti non già per il consenso, bensì senza il consenso delle parti in causa.

⁴ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 40, evidenzia che il concetto di *soggezione* è accettato in dottrina «in chiaro contrapposto a quello di obbligo o dovere giuridico, anche da autori (come il Romano e il Carnelutti) che - a parer nostro giustamente - respingono, quanto meno come superflua, la categoria dei diritti potestativi». Ed è proprio questa la condizione del reo, secondo l’ insigne Autore (pag. 41): «nel momento dell’ entrata in funzione della sanzione, o meglio dell’ entrata nel regno della sanzione, altro non si ha nel reo che non sia soggezione ... la volontà del reo non ha cioè in questo momento alcun rilievo: nel senso che si prescinde affatto dall’ imporre a codesta volontà un vincolo, appunto perché si presuppone che nulla possa in proposito un suo intervento».

Osserviamo che, “il momento dell’ entrata del regno della sanzione” in verità consiste di due momenti, nei quali la condizione del reo è differenziata: questi prima resiste di fronte alla pretesa punitiva del pubblico ministero (cfr. *infra* par. 2 cap. 2), poi soccombe di fronte alla sentenza del giudice. A quale dei due momenti si riferisce la soggezione? Se si riferisse al primo, bisognerebbe ipotizzare una potestà “controversa”, giacché il destinatario dell’ atto potestativo oppone resistenza. E ci pare che la potestà controversa non sia vera potestà. Se si riferisse al secondo, si dovrebbe definire potestativa la sentenza del giudice. E poiché il giudice *jus dicit* e dichiara la *voluntas legis*, dovremmo definire potestativo, in ultima analisi, l’ atto legislativo. Ma, in questo modo, tutti gli atti di esercizio della potestà non verrebbero a coincidere con gli atti di esercizio della sovranità? Ma se potestà e sovranità coincidono, per ciò stesso lo Stato sovrano, che con ogni suo atto non impone vincoli obbligatori, bensì determina mera “soggezione”, non ci appare come un immenso, invincibile despota, che sovrasta gli uomini ridotti a sudditi non pesanti?

E allora la vera questione torna a essere un'altra: è appagante un concetto indistinto di Stato, tanto generico e onnicomprensivo da assimilare tutte le espressioni della sovranità, sotto la specie del "potere" (o potestà)? E se non lo è; se, nell'ambito dello Stato sovrano, è necessario e utile distinguere le varie forme di esercizio della sovranità; non è consequenziale ricercare il *quid proprii* della potestà, al di fuori della condizione di assoggettamento del destinatario dell'atto?

In fondo, gli atti del giudice "assoggettano" le parti in causa e producono i loro effetti per forza autonoma; l'atto emanato *iussu iudicis* è, al contempo, efficace *iussu iudicis*; ma non si dirà che il diritto sottostante, dichiarato dal giudice, si converte per ciò solo in potestà. Né si dirà che l'esecuzione forzata del diritto, comandata dal giudice, costituisce esercizio di potestà. Allora diritto e potestà devono essere distinti in maniera diversa; se il *quid* distintivo non risiede nella forza cogente dell'atto d'imperio (nella fase esecutiva), non può che risiedere nella fonte della coazione, ossia nel titolo della forza cogente. Sotto questo profilo, è facile constatare che il diritto invoca la tutela giudiziaria dell'interesse (ovviamente nei casi controversi, a cagione del mancato consenso dell'obbligato), mentre l'atto di esercizio della potestà produce direttamente in capo al destinatario i propri effetti in *autotutela* dell'interesse. Insomma, la differenza tra il diritto e la potestà non corre tanto tra la condizione di obbligo e di assoggettamento del destinatario dell'atto (nella fase esecutiva), quanto tra la *tutela giudiziaria* e l'*autotutela dell'interesse*. Vero è che al diritto corrisponde l'obbligo e non la soggezione passiva, perché il diritto si esercita sempre con il concorso della volontà dell'obbligato; ma in caso di dissenso, il diritto viene dichiarato dal giudice, la cui pronuncia, espressiva di sovranità, determina l'assoggettamento; sicché, a ben vedere, la condizione di soggezione non è il *quid* distintivo della potestà, ma identifica tutte le espressioni della sovranità. Al contrario, l'autotutela dell'interesse non appartiene all'ambito del diritto⁵ e caratterizza solo gli atti amministrativi, qualificabili come strettamente potestativi.

Il vero potere (ossia l'autentica potestà) consiste nel comandare ad altri ciò che non si comanda a sé stessi. In altri termini, il potere non si esercita in condizioni di reciprocità; mentre il diritto si esercita sempre in regime di

⁵ Nei diritti c.d. potestativi (p. es. diritto di opzione, disdetta unilaterale) la volontà di una parte si impone direttamente sulla volontà dell'altra; tuttavia, la genesi di tali diritti è consensuale, sicché, a ben vedere, la reciprocità (se una parte acconsente al conferimento di un "potere" unilaterale alla sua controparte, certamente lo fa per un corrispondente vantaggio) e la paritaria condizione dei soggetti non vengono meno; in ragione di ciò, tali diritti, denominati potestativi, non appartengono al dominio della potestà (intesa in senso stretto). Cfr. *supra* nota n. 13 di questo capitolo.

reciprocità, tanto che è necessaria la pronuncia del giudice-terzo in caso di controversia. Nel diritto è insito un rapporto paritario tra i soggetti titolari della pretesa e dell'obbligo, nascente dall'eguale "soggezione" all'impersonale *voluntas legis* e dall'equilibrio degli interessi in gioco; mentre nel dominio della potestà la relazione tra i soggetti nasce squilibrata, caratterizzata com'è dall'aprioristica prevalenza della volontà e dell'interesse di un soggetto pubblico sulla volontà e sull'interesse del destinatario dell'atto, il quale versa in condizione di soggezione passiva e in capo al quale si producono gli effetti giuridici dell'atto, senza il concorso della sua volontà. S'intende che l'esercizio della potestà è sottoposto alle regole generali dell'ordinamento giuridico, ma il rispetto di tali regole è sindacato dal giudice in un secondo tempo, dopo che l'atto è stato emanato, ha prodotto i suoi effetti e ha realizzato il soddisfacimento dell'interesse sotteso. Insomma, la pronuncia del giudice non è necessaria per la tutela dell'interesse, di cui l'atto d'esercizio della potestà è portatore; è necessaria semmai, in caso di controversia, per "ristabilire" l'ordine legittimo turbato, in ipotesi, dagli effetti giuridici dell'atto illegittimo (già prodottisi in capo al soggetto destinatario, in ipotesi ricorrente).

Al dominio del diritto non appartiene invece l'autotutela dell'interesse. Giova ribadire che il titolare del diritto esercita una pretesa, la quale vincola l'altro soggetto del rapporto (l'obbligato), ma invoca da costui una sorta di "consenso". Il destinatario della pretesa ha l'obbligo di realizzare la prestazione richiesta (dedotta nella pretesa), ma la realizza con l'apporto della sua volontà. In caso di dissenso, il titolare della pretesa non può dare corso al soddisfacimento immediato e diretto del suo interesse; non può autotutelarlo, può solo invocare la tutela giudiziaria. In questo caso, la pronuncia del Giudice non interviene *dopo* il soddisfacimento dell'interesse, bensì *per* il soddisfacimento dell'interesse dedotto nella pretesa. In sintesi, nel dominio del diritto è esclusa sempre e comunque l'autotutela dell'interesse; se l'obbligato adempie volontariamente, la pretesa si realizza (e l'interesse connesso viene tutelato) con l'apporto della volontà dell'obbligato; se l'obbligato non adempie, la pretesa, in quanto legittima, si realizza (e l'interesse connesso viene tutelato) *iussu judicis*: non per forza endogena, ma solo in forza della pronuncia giudiziale.

B – A nostro avviso, è necessario distinguere tra il momento *deliberativo-costitutivo* e il momento *esecutivo* della sanzione. È ovvio che l'esecuzione forzata della sanzione appartiene all'area della potestà; ma ciò può dirsi anche dell'esecuzione forzata del diritto del privato; sicché la natura potestativa degli atti esecutivi non è di per sé un dato indicativo e discretivo.

L'effettività e il reale godimento dei diritti degli uomini dipendono dalla capacità dello Stato di proteggerli, mediante l'utilizzo degli apparati amministrativi della coercizione. L'intervento degli apparati coercitivi si

compendia nell'area della potestà, ancorché la *vis* coattiva sia diretta alla tutela di diritti di indole squisitamente privatistica, in quanto la *ratio* intrinseca dell'esecuzione coattiva postula l'immediata e diretta efficacia degli atti. Le forze di polizia che assistono l'ufficiale giudiziario nell'esecuzione di uno sfratto pongono in essere atti potestativi e possono vincere la resistenza di chicchessia senza alcuna intermediazione; e lo stesso ufficiale giudiziario che esegue il provvedimento del giudice pone in essere atti che "assoggettano" immediatamente i destinatari, dunque potestativi in senso lato. In sintesi, tutti gli apparati amministrativi, nel compiere un'attività di esecuzione coattiva, pongono in essere atti espressivi di un *potere* sovrano, i quali giungono al loro fine immediatamente e direttamente, senza l'intervento di un'autorità terza; ciò è vero sempre e comunque, ma si potrebbe dire che è vero a maggior ragione, quando gli atti coercitivi sono diretti all'esecuzione di una sanzione.

Se dunque il fenomeno sanzionatorio, nella sua fase esecutiva, può essere ascritto all'area del potere coercitivo, ma ciò non è bastevole per cogliere la natura del rapporto sottostante, giacché l'esecuzione coattiva in quanto tale, ancorché sottenda un rapporto privatistico, si deve ascrivere alla stessa area; non rimane che prendere in considerazione il momento antecedente, deliberativo-costitutivo, per intendere fino in fondo il senso della sanzione e discriminare tra la sanzione afferente al diritto e la sanzione afferente alla potestà.

Il *risarcimento del danno* cagionato dall'illecito civile viene universalmente e pacificamente riconosciuto in dottrina come "sanzione", cui si conviene l'attributo di "civile". La posizione di colui che "attende" tale risarcimento è descritta come diritto e non come potestà; si parla dunque di diritto al risarcimento, ovvero di *pretesa risarcitoria*, e non di potestà risarcitoria; e con ciò si significa, in maniera chiara e univoca, che il titolare della posizione giuridica non può realizzare da sé il risarcimento, ma può solo pretenderlo e, in caso di dissenso dell'obbligato, può invocare un provvedimento giudiziale. Il giudice adito risolve la controversia con un provvedimento giurisdizionale, che *jus dicit*, cioè dichiara il diritto. L'efficacia della sentenza è dichiarativa, giacché il diritto le preesiste, essendo nato e costituito in virtù del fatto che ha determinato il danno. In conclusione, sul punto che qui ci preme, non sussistono dubbi in dottrina: quantunque il risarcimento del danno sia sussumibile nel paradigma della sanzione, la posizione di aspettativa del beneficiario viene intesa come "diritto", il cui contenuto consiste in una *pretesa*, non già in una *potestà*. Quest'asserzione, non controversa in dottrina, funge da punto di partenza delle nostre argomentazioni, giacché, a ben vedere, è indicativa del fatto che non l'assoggettamento del destinatario nella fase esecutiva, bensì l'*impossibilità* di tutelare autonomamente e direttamente l'aspettativa, senza il consenso del destinatario, fonda il diritto (come la *possibilità* fonda la potestà).

A questa stregua, solo la posizione dell'autorità amministrativa che sanziona da sé l'illecito amministrativo può essere intesa come "potestà", dal momento che solo in questo caso l'autorità amministrativa può "autotutelare" la sua aspettativa di sanzionare l'illecito. E s'intende che la vera potestà non sussiste, sia nel caso in cui l'esecuzione della sanzione avvenga sempre *iussu iudicis* e perciò consegua necessariamente al provvedimento giudiziale, sia nel caso in cui il ricorso (del destinatario) all'autorità giudiziaria abbia efficacia sospensiva. In altri termini, la vera autotutela, in senso pieno e stretto, si ha quando l'autorità amministrativa irroga sanzioni immediatamente esecutive e il ricorso all'autorità giudiziaria, inevitabilmente proposto *a posteriori*, può avere solo effetti riparatori. Si può fare l'esempio dell'iscrizione a ruolo dei crediti fiscali delle pubbliche amministrazioni, il cui ammontare è comprensivo della sanzione, nei casi in cui vige la regola del *solve et repete*.

In virtù delle superiori considerazioni, il fenomeno sanzionatorio (considerato nel suo complesso, a prescindere che la sanzione sia civile, amministrativa, disciplinare o penale) appartiene, in misura prevalente, all'ambito del diritto; ma può appartenere anche, parzialmente, all'ambito della potestà.

3. Conclusioni

Nell'ambito penalistico, sempre e comunque l'irrogazione della sanzione appartiene alle attribuzioni e alla competenza del Giudice *super partes*. In nessun caso, tale atto giudiziale può essere configurato come espressione di autotutela, dunque, a nostro avviso, non si può parlare di potestà punitiva del Giudice, il quale emana un atto sovrano, ma non esprime la sua volontà con forza vincolante (in autotutela). D'altronde, il pubblico ministero esercita una pretesa attrice in giudizio, ma non ha alcun potere (potestà) di irrogare la sanzione penale. Insomma, gli elementi caratteristici della potestà punitiva non sussistono né negli atti del Giudice, né negli atti del pubblico ministero.