

“REVENGE PORN” E SUICIDIO DELLA VITTIMA: IL PROBLEMA DELLA DIVERGENZA TRA ‘VOLUTO’ E ‘REALIZZATO’ RISPETTO ALL’IMPUTAZIONE OGGETTIVA DEGLI EVENTI PSICHICI

di Marco Mattia

(*Cultore della materia in diritto penale, Università di Bergamo*)

SOMMARIO: Sezione I. 1. Fenomenologia del “*Revenge porn*”: l’abuso psicologico del futuro. – 2. Un legislatore al passo coi tempi? Un primo commento all’art. 612-ter Cp. – **Sezione II.** 1. *Minus voluit delinquere et plus delinquit*: il suicidio della vittima come “evento diverso da quello voluto” tra preterintenzione e *aberratio delicti*. – 2. Considerazioni critiche in materia di “causalità psichica”: il problema dei decorsi causali psichicamente mediati. – 2.1. Alcuni istruttivi arresti giurisprudenziali sul tema dei condizionamenti mentali: “*hard cases make good law*”. – 2.2. L’applicazione del “modello alternativo” di spiegazione causale alla costellazione in esame: la nostra proposta di soluzione. – 3. Struttura e criterio d’imputazione dell’art. 586 Cp: la *vexata quaestio* della c.d. colpa in contesto illecito alla luce dei principi fondamentali. – 3.1. La teoria del “dolo misto a colpa generica (*oggettivata*)” come unica ricostruzione dogmatica in grado di risolvere gli antichi dilemmi dell’illecito preterintenzionale. Il tramonto della concezione unitaria della colpa. – 4. Conclusioni.

Felix qui potuit rerum cognoscere causas.

[VIRGILIO, *Georgiche*, II, 490]

Sezione I

1. Secondo un diffuso *Leitmotiv* della riflessione penalistica più recente, la fisiologia della politica criminale contemporanea risulta sempre più caratterizzata dal ben noto fenomeno dell’«*ipertrofia normativa*»¹. Tale aspetto patologico della moderna legislazione, contro il quale da tempo si appuntano gli strali della dottrina più avveduta, rappresenta indubbiamente una delle conseguenze più evidenti della preoccupante avventatezza che ha accompagnato molte delle recenti riforme del diritto penale italiano, problematicamente accomunate dal fatto di sorgere e avvicinarsi all’interno di un più generale quadro di progressiva delegittimazione dei poteri statali. Anzi, a ben vedere, è proprio quest’ultimo fattore a fungere sempre più da “movente” delle norme di ultima generazione, il cui rampollare, specialmente con riguardo a certi temi caldi dell’agenda politica, rinfocola il classico dibattito culturale sull’utilizzazione in

¹ Secondo la nota terminologia impiegata dal C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova 1985.

chiave simbolica² o demagogica della sanzione punitiva, come strumento di rassicurazione, di controllo sociale e di propaganda elettorale: è l'era del "populismo penale".³

Ebbene, è in questo non felicissimo contesto generale che si colloca la recente vicenda legislativa che nel nostro Paese si è sviluppata in merito al nuovo, discusso, problema del c.d. "Revenge porn"⁴. In questa prima parte del lavoro cercheremo innanzitutto di inquadrare la fenomenologia sociale di questa nuova pratica, che, anche per alcuni drammatici fatti di cronaca a cui ha dato origine, sta molto interessando l'opinione pubblica italiana, europea e mondiale.

La locuzione in questione indica una peculiare forma di abuso psicologico consistente nella condivisione pubblica di immagini o video intimi tramite Internet e senza il consenso delle persone ritratte. La parola "revenge" (in inglese: vendetta) sta ad indicare proprio l'uso deviante che viene fatto di immagini o video privati a sfondo sessuale, i quali vengono diffusi sui *social network* o sul *web* con il fine di umiliare i soggetti ritratti o, ancora più subdolamente, di vendicarsi della fine di una precedente relazione con gli stessi. Altre motivazioni scatenanti possono essere di natura estorsiva, oppure, prima ancora della fine del rapporto, intimidatrice, quando le condotte siano poste in essere al fine di "tenere sotto controllo" il *partner* che abbia manifestato l'intenzione di concludere la relazione sentimentale. Dalle cronache si apprende anche che diversi soggetti, giovani e meno giovani, facciano superficialmente girare immagini intime del proprio *partner* tra gli amici per acquisire notorietà, per scherzo o per vanteria, anche a relazione ancora in corso.

² Per tutti, cfr. K. Amelung, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* 1980. Sul tema, più in generale, si rimanda alla recente monografia di S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018.

³ Sul cui sfondo non è difficile percepire l'influenza di certe suggestioni "neoretribuzioniste" ultimamente di moda. In effetti, il legislatore appare sempre più propenso ad "accontentare" i bisogni emotivi di punizione esistenti nella società ed in ciascun individuo di fronte alla consumazione di certi reati, in quanto, attraverso la successiva inflizione della pena, l'ordinamento statale perseguirebbe un duplice scopo: da un lato, quello di canalizzare e placare le intime esigenze di punizione diffuse nella collettività, dall'altro quello di contrastare le spinte emulative generate dal reato commesso, rinsaldando l'attitudine all'autocontrollo dei consociati. In quest'ottica, la pena viene dunque concepita come un potente fattore di stabilizzazione sociale, in una visione di fondo tipicamente generalpreventiva e fortemente permeata dagli assunti della teoria psicoanalitica, come nella nota prospettiva di B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Francoforte 1976. Sul tema si rimanda alle riflessioni di L. Eusebi, *La nuova retribuzione*, in *RIDPP* 1983, 935 ss., 1331 ss.; E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *RIDPP* 1988, 48 ss.; M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino 1996; W. Bottke, *Assoziationsprävention zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlino 1995; G. Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlino 1990, 152 ss.

⁴ Al riguardo si segnala il recente contributo di G.M. Caletti, "Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane, in *DPenCont* 2018, 65 ss., in cui l'Autore tratteggia un dettagliato quadro degli aspetti salienti del fenomeno, valorizzando le risultanze provenienti dalla dottrina specialistica di lingua inglese.

Talvolta il termine viene utilizzato per alludere a contesti non propriamente vendicativi, come ad esempio la distribuzione di pornografia senza consenso per finalità di lucro, in vista di un guadagno economico parametrato sul numero di visualizzazioni ricevute dal video o su un compenso diretto del sito sul quale esso è caricato. Ad ogni modo, la nozione – non sempre utilizzata in modo consona⁵ – sta ormai diventando di uso comune (un vero e proprio "shorthand"), dato il sempre più frequente moltiplicarsi di consimili episodi ai danni di innumerevoli vittime (prevalentemente donne), le quali subiscono una brutale violazione della loro sfera più intima, finendo per assistere impotenti alla diffusione "virale" della loro immagine senza aver mai consentito a ciò, non essendo peraltro infrequente che le stesse siano immortalate dal *partner* a loro insaputa⁶.

I materiali in questione possono consistere di immagini o video inviati dalla stessa vittima durante la precedente relazione (c.d. "sexting")⁷, oppure di contenuti girati "consensualmente" in momenti di intimità (ma con l'idea che dovessero restare privati).

Come accennato, la condivisione dei dati avviene preferibilmente tramite la rete (non solo su "siti di settore", ma anche sui *social network*⁸), e, soprattutto, tramite le *chat* di messaggistica istantanea ormai ampiamente diffuse su tutti gli *smartphone* di ultima generazione. L'effetto che ne scaturisce è devastante: anche da una sola condivisione (magari avvenuta inizialmente fra una cerchia ristretta di persone, o su piattaforme in astratto ritenute non "ad ampio raggio") è facile che si scateni una sorta di aberrante effetto domino, in grado di azionare una scia rapida, insidiosa e incontrollabile di ulteriori condivisioni verso un numero imprecisabile di soggetti estranei (i c.d. "secondi distributori" di immagini previamente pubblicate da altri). Così, in poche ore le immagini e i video diffusi dal primo soggetto diventeranno di dominio pubblico.

⁵ Interessanti in merito i rilievi di G.M. Caletti, "Revenge porn", cit., 69-73.

⁶ Tuttavia, secondo gli studiosi di *common law*, i casi di creazione del materiale senza il consenso della persona ritratta atterrebbero alla diversa sfera del c.d. "Voyeurismo". Cfr. C. Calvert – J. Brown, *Video Voyeurism, Privacy and the Internet: exposing Peeping Toms in Cyberspace*, in *CardozoArtsEntertainmentLawJournal* 2000, 469 ss.; J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge 2010, 388 ss.; D. Ormerod, *Voyeurism: Elements of Offence-Privacy-Reasonable Expectation of Privacy*, in *CrimLawReview* 2008, 12 ss.

⁷ Ossia, l'invio tramite messaggio di un'immagine di nudo. A quanto consta, circa l'80% dei casi di vendetta sessuale avviene su foto "auto-scattate" ("selftaken") dalle future vittime, il che consente di qualificare tale attività come prodromica rispetto al "revenge porn". Inoltre le indagini sul "sexting", essendosi diffuso precedentemente rispetto a quest'ultimo, risultano essere più numerose, oltre che maggiormente attendibili da un punto di vista scientifico. Secondo alcuni studi quantitativi, il fenomeno in commento sarebbe sempre più "di moda" non solo tra i giovani, ma anche tra gli adulti: si tratta ormai di una pratica "mainstream".

⁸ Il che illumina la conseguente problematica tecnico-giuridica della "responsabilità del provider". Cfr. N. Suzor – B. Seignior – J. Singleton, *Non-Consensual Porn and the Responsibilities of Online Intermediaries*, in *MelbourneUniversityLawReview* 2017, 1057-1097.

Una "costante criminologica" in merito osservabile è che a tale "febbre da condivisione" si accompagnano poi scherno⁹, ilarità e svariate manifestazioni di morbosa curiosità tipiche di una società, quella attuale, che invero appare sempre più incentrata su modalità di relazione anonime, impersonali e finanche alienanti, in quanto meccanicamente filtrate da strumenti tecnologici digitali (le c.d. TIC, ossia le "nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione") originariamente concepiti per migliorare e potenziare la comunicazione fra esseri umani, ma che spesso finiscono, come nei casi in commento, per diventare vere e proprie "armi di distruzione della personalità" nelle mani dei soggetti che intendano farne un uso improprio: uno scenario alquanto "distopico" e non troppo distante dalle cupe atmosfere evocate da certe opere letterarie del secolo scorso¹⁰.

In più, il perverso meccanismo dei *social network* (unitamente alla dilagante superficialità valoriale e culturale che il loro frenetico utilizzo¹¹ concorre a legittimare) sta lentamente contribuendo a "normalizzare" tali dinamiche, trasformando le piattaforme telematiche in questione in autentiche "gogne mediatiche"¹²: il video o la foto "del momento" devono essere sempre "a portata di click", e – proprio a causa di questo abietto sentore sociale – i diffusori di quel materiale crederanno magari di compiere un'azione innocua o al più vagamente goliardica che inizia e finisce sul *social*¹³, quando invece staranno di fatto contribuendo a fomentare una tremenda *escalation* di lesività nei confronti dell'onore e dell'immagine della persona ritratta, alla quale (nella "vita reale"!) si arreca un nocumento esistenziale dalle proporzioni incalcolabili. Insomma, tutto ciò non è affatto "un gioco".

⁹ È il triste fenomeno delle parodie "internetistiche" (c.d. "Internet meme"), che tendono a diventare, nell'immaginario collettivo, dei veri e propri tormentoni della cultura "pop".

¹⁰ Il pensiero corre alle pessimistiche profezie di A. Huxley, *Il mondo nuovo/Ritorno al mondo nuovo*, trad. Gigli - Bianciardi, 1991.

¹¹ Tramite i potenti mezzi offerti dalle ultime frontiere della telefonia mobile, che hanno spinto alcuni studiosi americani a parlare di una vera e propria "ubiquity" dello *smartphone*, il quale, sempre più presente nelle relazioni sociali, è ormai giunto ad invaderne anche i momenti più intimi. Inoltre, anche in forza di questi adeguamenti tecnologici, molti "paradigmi della sessualità" risultano mutati e il sesso va sempre più rinnegando il suo *status* di *tabù*: è il fenomeno della "normalizzazione della pornografia", a tal punto diffusasi da aver perso ogni valenza trasgressiva. Sull'interessante tematica, P. Adamo, *Il porno di massa*, Milano 2004; M. Menicocci, *Pornografia di massa. Dalla rivoluzione sessuale alla Porn Culture*, Pavia 2014; A. Verza, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.4.2015, citati da G.M. Caletti, "Revenge porn", cit., 77.

¹² Al riguardo appare fondato il rilievo di B. Sandywell, *On the globalisation of crime: The internet and the new criminality*, in *Handbook of Internet Crime*, a cura di Y. Jewkes – M. Yar, Milton 2010, 46, il quale inserisce il "revenge porn" tra le «*traditional criminal activities that are generalised and radicalised by the internet*».

¹³ Il dato è messo in luce dagli studiosi australiani M. Salter – T. Crofts, *Responding to revenge Porn: Challenges to Online Legal Impunity*, in *New Views on Pornography: Sexuality, Politics and the Law*, a cura di L. Comella – S. Tarrant, Santa Barbara 2015, 239.

L'impatto di tale "avanguardistica" forma di abuso sulle vittime è devastante. Il punto è di estrema importanza ai fini della nostra indagine. Secondo i rilievi specialistici, l'essere bersaglio di tale pratica provoca relevantissime sofferenze psicologiche e, stando ai risultati di recenti ricerche, l'80% delle vittime svilupperebbe gravi forme di *stress* emozionale e ansia¹⁴, mentre il 47% penserebbe almeno una volta al suicidio¹⁵. Le rimarchevoli lesioni della propria immagine e della propria dignità e i condizionamenti che ne derivano nei rapporti sociali contribuiscono ad avvicinare gli effetti provocati dal "Revenge porn" a quelli di una vera e propria violenza sessuale¹⁶, anche considerando che le immagini sono spesso accompagnate da sufficienti informazioni per identificare il soggetto ritratto (ad es. nomi o localizzazioni geografiche) e possono anche includere *link* a profili sui *social media*, indirizzi delle abitazioni o del posto di lavoro (c.d. fenomeno del "doxing"¹⁷). Più che all'inflizione di una sofferenza passeggera, ci si trova dunque di fronte ad una e vera e propria lesione permanente dell'integrità individuale della persona.

Il fenomeno, purtroppo, ha visto una crescita esponenziale negli ultimi anni anche in Italia dove gli episodi di vendetta pornografica hanno talvolta assunto contorni drammatici, risolvendosi finanche nel suicidio delle vittime, esasperate dalla situazione creatasi a seguito della diffusione dei propri video o scatti privati. Si è dunque giunti ad assistere a dei veri e propri casi di "Cyberbullismo", secondo un'icastica espressione coniata di recente dall'opinione pubblica per additare la prospettiva per lo più giovanile del fenomeno¹⁸.

¹⁴ Cfr. D. Citron – K. Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, in *WakeForestLawReview*, 2014, 347. Altri risvolti di natura psichiatrica sono messi in luce da M. Kamal – W. Newman, *Revenge Pornography: Mental Health Implications and Related Legislation*, in *The Journal of American Academy of Psychiatry and the Law* 2016, 362 ss.

¹⁵ A. Gillespie, *Cybercrime. Key Issues and Debates*, Abingdon-New York 2016, 220. Tra le varie reazioni riscontrate nelle vittime emergono: vergogna, umiliazione, violazione personale e senso di impotenza, apprensione circa la propria sicurezza personale, la percezione di essere costantemente sotto sorveglianza, la paura di essere filmati durante le attività sessuali, la "online hypervigilance", l'abbandono dell'impiego lavorativo, problemi relazionali di coppia, in famiglia, nella vita sociale e sul lavoro, ritiro sociale, vergogna del proprio corpo, sintomi da trauma, insonnia, incubi, maturazione di intenti suicidari e tentativi di suicidio.

¹⁶ Come in effetti è stato notato da gran parte della dottrina di *common law*.

¹⁷ Cfr. C. McGlynn – E. Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 545. In questo modo la vittima potrà diventare, dopo la pubblicazione, bersaglio anche di *stalking*, attacchi sessuali, molestie, ed altri "hate crimes". Secondo quanto emerge dalle indagini empiriche, la tendenza dominante sarebbe quella di insultare la donna, biasimandone la moralità. Al riguardo, E. Poole, *Hey Girls, Do you Know? Slut-Shaming on the Internet Needs to Stop*, in *University of San Francisco Law Review* 2013, 221-260. Questo ulteriore effetto negativo, noto come "victim blaming", è da porre anche in correlazione all'uso improprio che frequentemente si è fatto dell'espressione "revenge porn", che, a livello semantico, ha inopinatamente contribuito ad alimentare un senso di pregiudizio nei confronti delle vittime, "ree" di aver comunque consentito di farsi ritrarre in atteggiamenti ritenuti "sconvenienti".

¹⁸ Al riguardo si veda il recente contributo di M. Mantovani, *Profili penali del cyberbullismo: la L. 71 del*

Ad esempio è da menzionare il caso di Tiziana Cantone, giovane donna napoletana i cui video *hard* avevano iniziato a circolare in rete, ma anche su *Whatsapp* e poi su *Facebook*, diffondendosi con quella incontrollabile "virilità" di cui sopra si diceva. Una vicenda che, nonostante la battaglia legale intrapresa a difesa del proprio "diritto all'oblio", si è conclusa con il suicidio della vittima nel 2016¹⁹. Nonostante ciò, ad oggi, le sue immagini risultano ancora presenti in rete, il che fornisce un'esemplificativa conferma dell'assunto secondo il quale Internet, inteso come *spazio metafisico infinito*, non consentirebbe l'oblio della memoria di fatti, atti o immagini. Anzi, l'angosciosa consapevolezza della irreversibilità della pubblicazione (o della difficile strada da percorrere per giungere alla sua eliminazione pur ricorrendo alle vie legali, come accaduto nel caso Cantone, in cui la vittima aveva provato a far cancellare i propri video tramite il procedimento d'urgenza *ex art. 700 Cpc*) si riverbera irrimediabilmente sulla sfera psichica delle vittime, spesso con esiti fatali: "*Internet never forgets*".

Un altro spiacevole episodio ha riguardato la deputata Giulia Sarti, le cui immagini private sono state diffuse *online* divenendo presto virali a causa delle incessanti condivisioni. Anche alcuni noti personaggi dello spettacolo, dopo aver subito l'*hackeaggio* dei propri dati personali, sono stati vittima di tale odiosa pratica, subendo gravi ripercussioni di natura sociale e lavorativa (c.d. scandalo del "*Fappening*").

La casistica, purtroppo divenuta corposa, ha presto fatto emergere alcune criticità sotto il profilo della tutela giuridica ottenibile dalle vittime: in altre parole, ci si è resi conto dell'esistenza di un vero e proprio vuoto normativo all'interno degli ordinamenti statali, fino a ieri sprovvisti di adeguate disposizioni di legge (soprattutto penali) pensate *ad hoc* per contrastare il dilagante fenomeno. Così, negli ultimi anni qualcosa ha iniziato a muoversi in vari Paesi dell'Europa e del mondo, sia da un punto di vista culturale che legislativo. Al riguardo, riteniamo opportuno accennare brevemente – in prospettiva comparatistica – ad alcune iniziative legislative succedutesi di recente.

America

Nel 2014 il Canada introduceva una legge incriminatrice delle condotte di distribuzione non consensuale di immagini intime realizzate "*sotto una ragionevole aspettativa di privacy*"²⁰, mentre negli U.S.A. circa 40 Stati (compreso Washington D.C.) si

2017, in *IP* 2018, 475-486.

¹⁹ Altri casi di suicidio si sono verificati in America (si ricordi ad esempio il caso di Jessica Hogan) ed in Canada (Amanda Todd). In merito al caso Cantone F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino 2017, 149 parla di "femicidio" indiretto, associando la vicenda ai casi, ormai tristemente noti, di "violenza di genere".

²⁰ *Protecting Canadians from Online Crime Act (S.C. 2014, c. 31)*, in *Justice Laws Website*, 9.12.2014; M. Montgomery, *Canada's cyberbullying and revenge porn law applies to adults too*, Radio Canada International, 30.4.2015.

sono dotati di specifiche leggi dedicate al "Revenge porn"²¹. In merito è da segnalare che la legislazione dello Stato del New Jersey, risalente al 2004, risulta essere la più antica a livello mondiale.

Asia

Nel 2009 le Filippine hanno reso penalmente rilevante la copia, riproduzione, condivisione o esibizione su Internet di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso scritto dell'individuo ritratto²². Nel gennaio del 2014 Israele ha introdotto una pena di 5 anni di reclusione per la condivisione di video sessualmente espliciti senza il consenso della persona ritratta²³. Nel novembre dello stesso anno il Giappone ha approvato una legge che prevede come crimine l'invio di "un'immagine sessuale privata di un'altra persona" senza consenso²⁴.

Europa

Nel Regno Unito, la sezione 33 del *Criminal Justice and Courts Act 2015* ha previsto come reato la divulgazione di fotografie o video di carattere sessuale e privato compiuta senza il consenso della persona che appare nella foto o nel video e con lo "scopo di causare sofferenza"²⁵. In Scozia un analogo provvedimento entrava in vigore nel 2016.²⁶ In Spagna nel 2015 la questione veniva regolata implementando l'art. 197 del *Codigo Penal* ("Del descubrimiento y revelación de secretos"), al quale veniva aggiunto il paragrafo 7, atto ad incriminare specificamente la diffusione di immagini o altro materiale a sfondo intimo senza il consenso della persona ritratta.²⁷ Ancora, l'articolo 208E del codice criminale maltese punisce chiunque, con l'intento di infliggere un danno, emozionale o di qualsiasi altra natura, divulghi una foto o video sessuali privati senza il consenso della persona o delle persone presenti nel materiale distribuito. La

²¹ 38 States + DC have Revenge Porn Laws - Cyber Civil Rights Initiative, in cybercivilrights.org; L. Clarke-Billings, *Revenge Porn Laws in Europe, U.S. And Beyond*, in www.newsweek.com, 16.9.2016; C. Barmore, *Criminalization in Context: Involuntariness, Obscenity, and First Amendment*, in *StanfordLawReview*, 2015, 447-478.

²² *Anti-Photo and Video Voyeurism Act of 2009 (Republic Act No. 9995)*, in lawphil.net, 15.2.2010.

²³ Y. Yaakov, *Israeli Law Makes Revenge Porn a Sex Crime*, in *The Times of Israel*, 6.1.2014.

²⁴ *Japan: New Revenge Porn Prevention Act - Global Legal Monitor*, su www.loc.gov, 26.11.2014; S. Matsui, *The Criminalization of Revenge Porn in Japan*, in *Washington International Law Journal* 2015, 289-317.

²⁵ *Criminal Justice and Courts Act 2015*, su legislation.gov.uk; P. Sherlock, *Revenge pornography victims as young as 11, investigation finds*, BBC News, 27.4.2016; A. Gillespie, *Trust me, it's only for me: "revenge porn" and the criminal law*, in *CrimLawReview* 2015, 583-629.

²⁶ *Abusive Behaviour and Sexual Harm (Scotland) Act 2016*, s 2(1)b.

²⁷ Per i commenti in dottrina, A. Colas Turegano, *Nuevas Conductas Contra la Intimidación (arts. 197; 197 bis; 197 ter)*, in *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, a cura di J.L. Gonzales Cussac, Valencia 2015, 663-683; F. Morales Prats, *Titulo X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen, y la inviolabilidad del domicilio*, in *Comentarios al Código Penal Español*, a cura di G. Quintero Olivares, Cizur Menor 2016, 1427-1521.

sanzioni previste sono la reclusione fino a due anni, o una multa non inferiore a 3.000 € e non superiore a 5.000 €, o, in alcuni casi, sia la reclusione che la multa²⁸.

Oceania

Consimili provvedimenti sono stati adottati anche nei seguenti Stati: Victoria, Sud Australia, Nuovo Galles del Sud. Si segnala anche l'iniziativa per l'approvazione di una specifica *offense* da parte del Parlamento del *Commonwealth*, basata su uno studio condotto dal Senato Australiano intitolato "*Phenomenon Colloquially Referred to as 'Revenge Porn' (Commonwealth of Australia, 2016)*".

E in Italia? Nell'aprile di quest'anno anche il nostro legislatore ha finalmente deciso di attivarsi in sede penale per dotare il nostro ordinamento di una disposizione specifica atta a contrastare il *Revenge porn*. Data la gravità dei summenzionati casi di cronaca e la forte impressione che essi hanno suscitato presso l'opinione pubblica, unitamente alla presa d'atto che tali episodi possono facilmente ripetersi (e portare anche ad ulteriori, tragiche conseguenze per le persone coinvolte), si può intanto ritenere che – pur ferme le suesposte considerazioni in merito alle innegabili "sfumature populiste" delle recenti riforme penali, sempre più ansiose di carpire il consenso dell'elettorato piuttosto che non di fornire congrue soluzioni di diritto positivo – l'iniziativa legislativa sia da salutare con favore. In effetti, qualunque sia il peso che si voglia attribuire alla *vox populi* come fattore propulsivo della riforma in commento, da un punto di vista tecnico-giuridico può certamente affermarsi che di una disposizione *ad hoc* ci fosse davvero bisogno.

Premesse alcune irrinunciabili considerazioni di natura politico-criminale, sarà opportuno ora soffermarci sulla nuova fattispecie delittuosa contenuta nel disegno di legge recentemente approvato dal Senato.

2. In applicazione dei principi di sussidiarietà e di frammentarietà del diritto penale, è sempre opportuno preliminarmente domandarsi, all'atto di commentare una nuova norma incriminatrice, se l'introduzione della stessa nel sistema risulti davvero necessaria alla luce della tutela già apprestata dalle preesistenti disposizioni penali entro le quali astrattamente sussumere il fatto che si vuole criminalizzare, e, ancor prima, se la tutela del bene giuridico che si intende proteggere sia eventualmente assicurabile mediante tecniche sanzionatorie di natura extrapenale, dovendosi ricorrere alla san-

²⁸ *Government does not exclude updating current laws on suits for pain and suffering - The Malta Independent*, in www.independent.com.mt.

zione punitiva solo quando ciò risulti inevitabile, oltre che conforme allo scopo di garantire le condizioni essenziali della convivenza sociale (diritto penale come *extrema ratio*)²⁹.

Ebbene, a mente delle suesposte caratteristiche fenomenologiche del "Revenge porn", può certamente affermarsi che il danno inflitto dalle condotte di divulgazione sia talmente ingente da giustificare pienamente l'intervento del diritto penale. In effetti, come si è visto, la diffusione dei materiali può raggiungere un numero talmente ampio di canali che risulta impossibile monitorarne e contenerne la propagazione. Inoltre, le capacità diffusive (e lesive) dei contenuti inviati sono in grado di accrescersi all'infinito per opera dei c.d. "secondi distributori", la cui platea è suscettibile di allargarsi in modo rapidissimo e incontrollabile.

Ancora, l'irreversibilità della pubblicazione e l'intensità del danno psicologico subito dalle vittime contribuiscono a rendere gli strumenti offerti dal diritto civile o da altre tutele di natura amministrativa armi spuntate in partenza, in quanto, come notato dalla dottrina di *common law* e come dimostrato dal caso Cantone, un'ingiunzione del giudice civile può certamente consentire di rimuovere un contenuto da uno specifico sito *web*, peraltro con tempistiche del tutto inconciliabili con la "dissemination", ma non è in grado di impedire che lo stesso venga postato altrove, o, tempo dopo, persino sullo stesso sito da un altro utente. In sede amministrativa si potrebbero eventualmente implementare dei meccanismi di collaborazione con i c.d. "providers", ma anche questo tipo di rimedio rischierebbe di avere una scarsa incidenza pratica.

Ecco perché l'unico strumento idoneo a prevenire e combattere il fenomeno sarebbe la minaccia della pena, eventualmente affiancata da altri strumenti di natura civilistica di tipo inibitorio e senza trascurare l'interazione con altre importanti istanze di natura sociale (provenienti da famiglia, scuola, associazioni), come recentemente avvenuto nella nuova legge di contrasto al "Cyberbullismo".

Inoltre, sul versante della prevenzione generale positiva, il ricorso al diritto penale – una volta constatato il fallimento dei citati formanti culturali, attualmente non sempre in grado di svolgere un'adeguata funzione pedagogica finalizzata a scongiurare l'emersione di tali forme di devianza – contribuirebbe, tramite la sua funzione "denunciatoria", a conferire un particolare stigma all'odiosa pratica in questione e a stimolare

²⁹ Scontato il rimando a F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, 1973, 15 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis – G. Palombarini, Padova 1984, 3 ss.; Id., *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale cit.*, 107 ss.; Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlino-New York 1974, 89 ss.; F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 215 ss.

un mutamento culturale negli utenti di Internet, spesso oltremodo superficiali nel soppesare il reale significato sociale delle proprie condotte e decisamente spregiudicati nell'attuarle³⁰.

Premessi questi rilievi (soprattutto rimarcando l'importanza di prevenire la prima, fatale, diffusione tramite il ruolo di deterrenza che solo il ricorso alla sanzione penale può assumere), sul terreno dell'offensività e della sussidiarietà l'intervento del legislatore penale italiano risulta certamente legittimato da un punto di vista politico-criminale, anche constatando l'inidoneità dei preesistenti complessi normativi ad offrire adeguata protezione alle vittime di questa nuova forma di abuso.³¹

Orbene, la vicenda legislativa sul "Revenge porn" ha conosciuto un decisivo sviluppo in data 3 aprile 2019, quando la Camera ha approvato il testo del disegno di legge n. 1455-A, d'iniziativa del Governo. In data 8 aprile il testo veniva trasmesso al Senato, dove prendeva il n. S. 1200. L'iter legislativo è stato poi portato a compimento in data 17 luglio 2019, con l'approvazione definitiva del provvedimento da parte del Parlamento.

Il disegno di legge recentemente approvato, intitolato «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*», contiene rilevanti novità, che interessano la disciplina

³⁰ Cfr. G.M. Caletti, "Revenge porn", cit., 80-81 e 87-93. Sulla «funzione di squalificazione del fatto» svolta dalla pena si rimanda a G. Vassalli, *La pena in Italia oggi*, in *Studi in onore di P. Nuvoletti*, I, Milano, 1991, 622. In argomento cfr. anche K. Günther, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden-Baden 2002, 204 ss.; A. Pagliaro, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *IP* 1976, 5 ss.; Id., *Principi di diritto penale. Parte Generale*⁸, Milano 2003, 678: «Il sistema penale ha la capacità di inculcare nella popolazione certi giudizi di valore, i quali si manifestano in schemi comuni di comportamento morale che rappresentano una barriera contro tendenze criminali». La dottrina tedesca (su tutti, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, I, Monaco di Baviera, 2006, 80 ss.) distingue poi tre effetti possibili della prevenzione generale positiva: il "Lerneffekt" (inteso come processo culturale di apprendimento dei valori penalmente tutelati e socialmente condivisi), il "Vertrauenseffekt" (inteso come ristabilimento nei consociati della fiducia nella permanente vigenza della norma violata e della tenuta dell'ordinamento giuridico, derivante dalla constatazione che esso è in grado di imporsi ai trasgressori e di ribadire il suo carattere vincolante), il "Befriedungseffekt" (di cui si diceva in apertura di trattazione, inteso come strumento di pacificazione sociale ottenuto allorché la coscienza collettiva, a seguito dell'applicazione della pena, considera definitivamente risolto il conflitto con l'autore del reato). Cfr. anche W. Hassemer, *Variationen der positiven Generalprävention*, in *Positive Generalprävention*, a cura di B. Schünemann – A. Ashworth, Heidelberg 1998, 199 ss.

³¹ In effetti, nel nostro ordinamento le condotte descritte potevano essere al più sussunte entro le fattispecie di diffamazione (art. 595 Cp), illecito trattamento di dati personali (art. 167 d.lgs. 30.6.2003, n. 196), atti persecutori (art. 612-bis Cp), violenza privata (art. 610 Cp) o - se poste in essere al fine di trarne un ingiusto profitto - estorsione (art. 629 Cp), diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-septies Cp), interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis Cp). Tuttavia, come puntualmente rilevato da G.M. Caletti, "Revenge porn", cit., 82-85, varie ragioni tecnico-sistematiche inducono a constatare come in realtà nessuna di queste figure di reato, seppur "rivisitate" ed adeguate il più possibile al fine di farvi rientrare i fatti di "revenge porn" (interpretazione estensiva o analogia *in malam partem?*), sia in grado di esprimere congruamente lo specifico disvalore del nuovo fenomeno, oltre che additarne la precipua dimensione di offensività per i beni giuridici tutelati.

penale sostanziale, processuale e relativa all'esecuzione penale, in rapporto a svariati delitti contro la persona (e non solo). L'espressione «codice rosso», con la quale è mediaticamente noto il d.d.l., allude a un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione dei procedimenti in materia, funzionale alla tutela delle vittime.

In esso spicca l'introduzione di un nuovo articolo nel codice penale, all'art. 612-ter, rubricato "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti", finalizzato a criminalizzare in via specifica il nuovo fenomeno³². Procediamo dunque all'analisi della nuova figura di reato.

Ebbene, da un punto di vista strutturale, il legislatore tipizza una fattispecie di mera condotta articolata su due distinte ipotesi accomunate dal medesimo trattamento sanzionatorio. È interessante notare che nel caso del primo comma, pur venendo incriminata una condotta posta in essere da "chiunque", il reato appare in realtà realizzabile solo da chi abbia previamente realizzato o sottratto le immagini o i video a contenuto sessualmente esplicito: siamo dunque in presenza di una c.d. "qualifica implicita" (ovvero, desumibile per via interpretativa dal modo in cui viene descritta la fattispecie tipica)³³ idonea a connotare l'ipotesi in commento come un caso di reato

³² Questo il testo della norma recentemente approvato dal Senato, in attesa di pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*:

«Art. 612-ter – Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti»

1) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000.

2) La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento.

3) La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici.

4) La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza.

5) Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procede tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

Per un primo commento "a caldo", si veda G.M. Caletti, "Revenge porn". *Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in www.penale-contemporaneo.it, 29.4.2019.

³³ Cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*⁵, Padova 2007, 108 ss., il quale in questi casi parla di una "legittimazione al reato" in realtà circoscritta soltanto a determinate categorie di soggetti: sono questi le ipotesi in cui già F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, 135 ravvisava una «pseudolegittimazione» al reato. Sul punto, cfr. E. Venafro, voce *Reato proprio*, in *DigDPen*, XI, 1996, 338. Per altri approfondimenti, nella dottrina italiana, si rimanda a G. Bettiol, *Sul reato proprio*, Milano 1939 (ora in *Scritti giuridici*, I, Padova 1966, 400 ss.); G. Majani, *In tema di reato proprio*, Milano 1965; A. Fiorella, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma*

proprio, o meglio «*di mano propria*»³⁴, in quanto la sua realizzazione rientra nella sfera di competenza esclusiva del soggetto che ha già previamente realizzato o sottratto le immagini o i video a contenuto sessuale, non potendo essere "delegata" a terzi, richiedendo «una partecipazione personalissima dell'agente, della sua persona o del suo corpo». ³⁵ Inoltre, nel peculiare contesto criminologico in commento, tale nesso soggettivo contribuisce notevolmente a scolpire il precipuo *Handlungsunwert* del fatto.

Tale intenso legame tra autore del reato e fatto tipico viene ad attenuarsi drasticamente nell'ipotesi del comma 2, in cui viene punito chiunque abbia ricevuto o «*comunque*» acquisito le immagini o i video di cui al primo comma e le abbia successivamente diffuse. In questo caso il fatto è effettivamente realizzabile da "chiunque" (ovvero, anche da chi fosse entrato in possesso del materiale di cui al primo comma anche per puro caso): siamo dunque davanti ad un'ipotesi di reato comune, non ravvisandosi un nesso autore-fatto così avvincente da "riversarsi nel fatto tipico". Al riguardo è da notare che, percependo come in questa seconda ipotesi sussista un collegamento decisamente meno pregnante tra l'autore e il fatto, il legislatore abbia sentito il bisogno di ricorrere al dolo specifico (prevedendo che il c.d. "secondo distributore" debba agire «con il fine di recare nocumento»), forse al fine di conferire simbolicamente un maggior disvalore a questa differente, più "neutra" ipotesi. La soluzione, che come vedremo a breve può sollevare qualche perplessità, ricalca in qualche modo quella adottata dal legislatore britannico, che tuttavia impiega il dolo specifico anche nella tipizzazione dell'elemento soggettivo del "primo autore". A nostro parere, più che differenziare le due ipotesi sul piano dell'elemento psicologico, sarebbe stato opportuno prevedere due distinte cornici edittali, al fine di far risaltare la maggiore gravità dei fatti di "prima pubblicazione", indubbiamente connotati da una maggiore carica di offensività. Sotto questo profilo, la particolare fisionomia della nuova disposizione potrebbe far sorgere

della parte speciale, a cura di A.M. Stile, Napoli 1985, 193 ss.; G.P. Demuro, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *RIDPP* 1998, 843 ss.

³⁴ Secondo la classica teorizzazione di E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga 1906, 26, il quale distingueva le varie ipotesi di reato proprio in base al grado di intensità che si instaura tra gli elementi di fattispecie e la persona dell'autore: nei casi di «*tatbestandliche Sonderverbrechen*» questo rapporto risulta particolarmente stretto e può essere punito come autore solo chi riveste quella determinata qualità, riversandosi le condizioni soggettive richieste direttamente nel fatto; nei casi di «*Sondernormverbrechen*», invece, vi è un legame meno intenso e dunque l'azione, pur potendo essere naturalisticamente realizzata da chiunque, diviene antigiuridica solo se a porla in essere è il soggetto qualificato. Nella categoria dei "reati di mano propria" possono ad esempio rientrare i reati di incesto (art. 564 Cp), bigamia (art. 556 Cp) ed evasione (art. 385 Cp).

³⁵ In tal senso, M. Romano, *Commentario sistematico del Codice Penale*³, I, Milano 2004, 380, il quale tende a differenziare la categoria dei reati di mano propria da quella dei reati propri. Per ulteriori approfondimenti, C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*⁸, Berlino 2006, 399 ss.; J. Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Lipsia 1903; H. Roeder, *Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt*, in *ZStW* 1957, p. 239; G. Bambach, *Die Strafflosigkeit der Teilnahme am Sonderdelikt*, Francoforte 1963; W. Langer, *Das Sonderverbrechen*, Berlino 1972.

alcuni dubbi di legittimità costituzionale con riguardo alla *tecnica di tutela* concretamente adottata dal legislatore per fornire protezione ai beni giuridici tutelati.

Venendo alle modalità della condotta, è da notare come le stesse siano scolpite in modo tendenzialmente ampio ma, a nostro parere, sufficientemente tassativo, anche considerando l'estrema eterogeneità della casistica nella quale può sostanziarsi il "Revenge porn"³⁶. I sintagmi «*invia, consegna, cede*» sembrano alludere alle ipotesi di trasferimento (non necessariamente tramite la rete) delle immagini tra due persone e possono riguardare tanto le ipotesi di invio del materiale ad una persona determinata (datore di lavoro, familiari, nuovo partner della vittima) quanto quelle di una prima, ingenua, cessione ad un amico. L'ipotesi della «*pubblicazione*» attiene invece ai casi di *upload* su siti pornografici, *social network* o piattaforme analoghe, mentre quella della «*diffusione*» sembrerebbe riguardare i casi di una distribuzione verso una più ampia platea di destinatari, come ad esempio avviene nei casi di invio nelle *chat* di messaggistica istantanea. Il fatto che tutte queste variegate modalità di realizzazione del fatto tipico (che peraltro ricorrono identiche nel secondo comma) siano accomunate dal medesimo trattamento sanzionatorio può far sorgere alcune incertezze applicative, soprattutto perché, a mente dei criteri desumibili ex art. 133, co. 1 Cp, le stesse paiono contraddistinte da livelli di offensività non del tutto assimilabili, risultando ad esempio le condotte di "diffusione", se interpretate nel modo suggerito, dotate di un potenziale lesivo ben maggiore rispetto a quelle di "invio, consegna, cessione, pubblicazione". Ad ogni modo, l'interpretazione giurisprudenziale potrebbe certamente contribuire ad esperire una congrua *actio finium regundorum* tra le varie ipotesi descritte dalla norma.³⁷

Lo stesso auspicio vale per la portante nozione di «*immagini o video a contenuto sessualmente esplicito*», la cui esatta definizione dovrà essere lasciata al saggio apprezzamento dell'interprete in sede applicativa³⁸, non essendo consigliabile che il legislatore ne fornisca una definizione codicistica generale (e dunque valida per tutte le ipotesi, come ad esempio avviene nel caso dell'art. 585, co. 2 e 3 Cp), la quale finirebbe per

³⁶ Anche a mente dell'insegnamento di C. Cost. 27.9.2004 n. 302 e C. Cost. 5/2004, secondo cui il principio di determinatezza non esclude l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante l'«impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e del quadro normativo su cui essa si innesta».

³⁷ Al riguardo, è ragionevole prevedere che la giurisprudenza potrà anche attingere utili indicazioni dall'abbondante casistica in materia di pornografia minorile ex art. 600-ter Cp, sussistendo un'evidente contiguità semantica e criminologica tra le condotte tipizzate ai commi 3 e 4 di questa disposizione e quelle incriminate dal nuovo art. 612-ter.

³⁸ Ad esempio, una questione interessante potrebbe riguardare la sussumibilità di semplici registrazioni audio all'interno della nozione in esame, ovviamente quando le stesse siano di contenuto intimo e idonee a far identificare le persone coinvolte (si pensi alle c.d. "note vocali" frequentemente impiegate nelle *chat* di messaggistica istantanea).

risultare inevitabilmente connotata da ampi margini di relatività, smarrendo così una reale attitudine definitoria e ponendo alcuni seri grattacapi sul terreno della tassatività del precetto.

Ulteriore presupposto della condotta è che le immagini o i video siano «*destinati a rimanere privati*». È ragionevole supporre che la previsione espressa di un siffatto requisito si sia resa necessaria al fine di non far perdere alla norma il collegamento con le "costanti criminologiche" osservate nel precedente paragrafo. Allo stesso tempo, la sua specifica funzione sembrerebbe quella di conferire un'ulteriore sfumatura di disvalore alle condotte tipiche, tutte sorrette, a livello psicologico, dal proditorio intento di "tradire la fiducia" che l'*ex partner* poteva riporre nel "buon senso" dell'autore del fatto, in quanto, pur alla fine di una burrascosa relazione sentimentale, è verosimile che sorga nei protagonisti della vicenda la ragionevole aspettativa che l'*ex partner* non si spinga ad un fatto di tale gravità, in quanto il materiale sarebbe certamente restato in un contesto di riservatezza se non fosse intervenuta una delle condotte incriminate.

Interessanti rilievi possono poi formularsi in merito all'espresso riferimento che il legislatore fa, all'atto di scolpire la tipicità dell'illecito, alla mancanza del consenso delle persone rappresentate. Tramite questa tecnica incriminatrice, il "consenso dell'avente diritto" assurge ad «*elemento negativo di tipicità*»³⁹, idoneo ad escludere la stessa configurabilità della dimensione oggettiva dell'illecito⁴⁰ - come nei casi della violazione di domicilio (art. 614 Cp), violenza sessuale (art. 609-bis Cp) e violenza privata (art. 610 Cp) - di talché il consenso che esclude il fatto non sarà soggetto ai requisiti di validità propri della scriminante ex art. 50 Cp. Inoltre, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, sarà necessario che l'agente si rappresenti positivamente tale dissenso, mentre rispetto al consenso inteso come causa di giustificazione il dolo sarà escluso, in base al combinato disposto degli artt. 59, co. 4 Cp e 47, co. 1 Cp, soltanto nell'ipotesi di erronea rappresentazione dell'esistenza del consenso⁴¹. Inoltre, rilevanti saranno anche le ricadute processuali, in punto di scelta della formula assolutoria: trovandosi di fronte ad un'ipotesi di consenso escludente il fatto, il giudice dovrà mandare assolto l'imputato "perché il fatto non sussiste" e non "perché il fatto non costituisce reato" (in quanto nel primo caso verrà meno la stessa configurabilità del fatto tipico, mentre nel

³⁹ Al riguardo, M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 18 ss.; C.F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1960, 142 ss.; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo 1960, 142 ss.; G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*², Torino 1993, 277 ss. In prospettiva critica, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 202 ss.

⁴⁰ Cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*³, Torino 2008, 377; C. Pedrazzi, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *ED*, IX, 1961, 147; C. Gobbi, *Einwilligung, Einverständnis, consenso. Un confronto tra due ordinamenti*, in *IP* 2003, 783.

⁴¹ Cfr. C.F. Grosso, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *EG*, VIII, 1988, 6.

secondo a venire elisa sarà solo l'antigiuridicità di un fatto che rimane comunque penalmente tipico agli occhi dell'ordinamento).⁴²

Come si accennava, alcuni rilievi critici possono formularsi in merito all'ipotesi del secondo comma, nel quale, tramite il ricorso al dolo specifico, il legislatore ha provveduto ad inquadrare, in modo non del tutto appagante, la particolare ipotesi dei c.d. "secondi distributori" (i quali contribuiscono a rendere "virali" le immagini o i video diffondendoli a loro volta). Tuttavia, non essendo specificato il mittente – che potrebbe dunque essere anche la stessa persona ritratta nell'immagine (è il noto fenomeno del "sexting") – si finisce per accomunare due situazioni invero molto diverse tra loro. Il legislatore, forse un po' frettolosamente, ha trascurato di considerare che, come già visto *supra*, circa l'80% dei casi di "Revenge porn" registrati negli Stati Uniti avviene in relazione ad immagini scattate dalla vittima (c.d. "selftaken") e poi inviate al *partner*: dunque, adottando siffatta strategia di incriminazione, la figura di reato in commento, pur profilandosi come una fattispecie *formalmente a dolo generico*, sarà sostanzialmente destinata a richiedere, ai fini della sua concreta sussistenza, il dolo specifico. Tale scelta potrebbe dunque rivelarsi legislativamente infausta, anche a mente di quanto emerso negli studi anglo-americani citati, i quali dimostrano che le motivazioni in grado di sorreggere le condotte in questione possono avere finalità molto diverse rispetto a quelle più strettamente vendicative (come in effetti è avvenuto nel più noto caso italiano, ovvero nel caso Cantone). Così, una siffatta tecnica di incriminazione, determinata da un'inadeguata "precomprensione" sul piano criminologico da parte del nostro legislatore, potrebbe fortemente limitare la funzionalità della norma sul piano applicativo.

Infine, qualche criticità emerge in merito al sistema delle circostanze aggravanti, che appaiono acriticamente mutuate dal precedente art. 612-bis, senza che siano state valorizzate alcune importanti differenze fenomenologiche che intercorrono tra "Revenge porn" e "Stalking". Ad esempio, il fatto di prevedere un aumento di pena nei casi di una precedente relazione sentimentale con la persona offesa, ovvero nei casi in cui i fatti siano commessi attraverso strumenti informatici o telematici, lascia intuire come il legislatore abbia trascurato di considerare che ciò che nello "Stalking" è eventuale,

⁴² Si veda, in prospettiva critica, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 165. Più in generale, F. Albergiani, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano 1995, 31. Per il dibattito dottrinale sorto in Germania, cfr. C. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1996, 126; Id., *Über die mutmassliche Einwilligung*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlino-New York 1974, 449 ss.; F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis der Verletzten im Strafrecht*, in *GA* 1954, 262 ss.; M. Maiwald, *Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht*, in *Rechtfertigung und Entschuldigung*, a cura di A. Eser – W. Perron, Friburgo 1991, 167 ss.; H.H. Jescheck – T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*⁵, Berlino 1996, 375. Per un quadro di sintesi, G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, 289 ss.

nel "Revenge porn" è la regola. In effetti, in merito alla prima circostanza aggravante, si è già ampiamente detto che se le ipotesi ordinarie di "pornovendetta in senso stretto" riguardano fatti commessi da un ex *partner* (in veste di "primo distributore"), nello "Stalking" la vittima può ben essere anche una persona sconosciuta, che diventa "oggetto di desiderio" di un estraneo⁴³: è in tal modo evidente come solo per quest'ultimo fenomeno abbia senso prevedere l'aggravante della precedente relazione, in quanto è solo in tale contesto criminologico che essa rappresenta un'eventualità (e non un'ipotesi "standard") certamente più preoccupante. In merito alla seconda aggravante, deve rilevarsi che se il compimento degli atti persecutori può certamente prescindere dall'utilizzo di strumenti informatici o telematici, la carica offensiva del "Revenge porn" si fonda in gran parte proprio sull'uso delle tecnologie digitali, che contribuiscono a renderlo estremamente semplice da realizzare ed al contempo devastante nelle conseguenze: così, pur potendosi astrattamente ipotizzare anche casi di divulgazione delle immagini che non passano attraverso i suddetti strumenti, è statisticamente di gran lunga più probabile che nel capo d'imputazione il Pubblico Ministero procederà a contestare una fattispecie aggravata. Così, in un'ipotesi "normale" di "Revenge porn" la pena sarà già in partenza destinata ad essere inasprita da ben due circostanze aggravanti ad effetto comune, e per la semplice presenza di quelli che appaiono più come elementi costitutivi del reato che non autentici *accidentalia delicti*!⁴⁴

Deve anche sinteticamente notarsi che, se l'aggravante ad effetto speciale dell'aver commesso il fatto in danno di una donna in stato di gravidanza risulti certamente poco attinente alla fenomenologia del "Revenge porn", sia invece da apprezzare la maggiore protezione offerta ai soggetti ritenuti più deboli dall'inasprimento di pena previsto per il caso in cui la persona offesa sia in condizioni di inferiorità fisica o psichica, per il quale altrimenti sarebbe scattata l'aggravante ad effetto comune ex art. 61 n. 5 Cp. Al contrario, non prevedendosi un aggravio di pena nel caso in cui ad essere ritratto nelle immagini sia un minore, per questo odioso caso si potrà al più applicare l'aumento fino ad un terzo previsto dalla citata circostanza ad effetto comune della "minorata difesa", certamente sproporzionato per difetto rispetto all'estrema gravità del fatto. È probabile che in relazione ad essa, il legislatore abbia ritenuto sufficiente la tutela apprestata dalla normativa di contrasto alla pedopornografia, anche a mente dell'operatività della clausola di sussidiarietà espressa posta in apertura dell'art. 612-

⁴³ Secondo i paradigmi del "corteggiatore incompetente" o del "cercatore di intimità" elaborati nell'interessante studio di P.E. Mullen – M. Pathé – R. Purcell, *Stalkers and their Victims*², Cambridge 2009, 69 ss., 82 ss., 110 ss. Cfr. anche M.A. Zona – K.K. Sharma – J. Lane, *A Comparative Study of Erotomantic and Obsessional Subjects in a Forensic Sample*, in *J. for. Sci.*, XXXVIII, 894 ss.

⁴⁴ In generale sull'argomento cfr. R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano 1989, *passim*.

ter Cp, sussistendo aree di evidente sovrapposizione tra le condotte in esame e quelle tipizzate all'art. 600-ter, co. 3, Cp.⁴⁵

Ad ogni modo, a nostro parere un'ulteriore, importante, *ratio* potrebbe sorreggere l'introduzione di una norma *ad hoc* per contrastare il "Revenge porn" nel nostro sistema penale: quella di apprestare una più incisiva tutela dei fondamentali beni vita e incolumità fisica tramite l'introduzione di uno specifico «*primum delictum*»⁴⁶ doloso in grado di atteggiarsi, da un punto di vista normativo, a "causa scatenante" dell'evento più drammatico e angoscioso che dalla commissione del nuovo reato possa derivare: il suicidio della vittima. Non a caso, nel nostro Paese la vicenda che ha maggiormente sensibilizzato l'opinione pubblica (e, conseguentemente, il legislatore) è stata proprio quella di Tiziana Cantone, tragicamente conclusasi con l'atto suicidario della giovane donna. La casistica è risultata preoccupante anche nel resto del mondo, e i primi studi specialistici citati rivelano inquietanti dati statistici in merito alla possibilità che dall'abuso subito possano derivare conseguenze psico-fisiche del tutto aberranti, tra cui quella di spingere la vittima a farla finita.

La tematica, che dal punto di vista giuridico-penale è notoriamente foriera di insidiosi problemi ermeneutici, può racchiudersi, in via di prima approssimazione, nel seguente interrogativo: "All'autore del nuovo delitto di *Revenge Porn* può essere *imputato* il suicidio della vittima *che da esso sia derivato*? E a quali condizioni?". L'opportunità di affrontare l'ardua questione ci sembra sorretta da una duplice ragione: da un lato, tentare di fornire utili coordinate esegetiche all'interprete che in futuro possa trovarsi nella (drammatica) eventualità di trattare un simile caso nelle aule di giustizia; dall'altro, sfruttare l'attualissimo spunto problematico come una sorta di "pretesto" per (ri)affrontare alcune antiche, controverse questioni del nostro *iure punitivo*, che sin dagli albori della nostra materia non cessano di "rimanere sul tappeto". Nella speranza di riuscire a contribuire in modo fruttuoso al dibattito, è ora opportuno riprenderne le intricate fila.

Sezione II

1. Al fine di inquadrare la questione, si ponga il seguente (purtroppo non improbabile) caso: Tizio, alla fine della sua relazione sentimentale con Caia, allo scopo di vendicarsi o di infliggere una gratuita sofferenza alla *ex partner*, decide di divulgare il materiale intimo ritraente la donna (comprendente immagini o video girati consen-

⁴⁵ Su tali rilievi si rimanda ancora alle lucide osservazioni di G.M. Caletti, *Prime considerazioni*, cit.

⁴⁶ Secondo un'antica ma efficace espressione adoperata da Egidio Bosso, *Tractatus varii tit. de homic*, n. 74, Venezia 1562.

sualmente dalla coppia in momenti di intimità – ma con l'intenzione che gli stessi dovessero restare privati – o inviati spontaneamente dalla stessa *partner* in corso di relazione). Inizialmente i contenuti circolano fra persone vicine ai protagonisti della vicenda (amici, familiari, datore di lavoro *et similia*), ma in breve, per quel preoccupante effetto domino di cui si è ampiamente detto, gli stessi iniziano a diffondersi a macchia d'olio per opera dei c.d. *secondi distributori*, ossia quei soggetti che, ricevuti o avendo comunque acquisito dei contenuti "hard" ritraenti soggetti terzi, decidano a loro volta di inviarli ad altri, per finalità "scherzose" o di gratuita umiliazione. In poco tempo, l'immagine e la dignità personale della vittima vengono brutalmente ed irrimediabilmente compromesse. Alle più svariate forme di umiliazione pubblica subite dalla donna, con evidenti ripercussioni di natura sociale, lavorativa e psicofisica, si aggiunge l'amara consapevolezza che migliaia di persone sparse in luoghi anche molto lontani dalla sua città abbiano potuto facilmente avere accesso a vari contenuti multimediali nei quali la stessa è ritratta all'atto di compiere atti sessuali o mentre assume pose provocanti che in origine dovevano servire ad eccitare le fantasie erotiche di Tizio, lo stesso soggetto che, tradita subdolamente la "fiducia" che lo legava a Caia, ha poi deciso di umiliarla agli occhi di una vastissima platea di estranei, ed al solo scopo di farle del male. La donna, psichicamente devastata dall'accaduto, inizia a convincersi che l'unica strada percorribile sia darsi la morte, al fine di liberarsi da un peso divenuto ormai insostenibile. Dopo alcuni mesi dall'accaduto, e dopo aver infruttuosamente tentato in ogni modo di ovviare alla situazione (anche ricorrendo alle vie legali) al fine di rifarsi una vita, giunta nel momento di massima prostrazione, la stessa decide di suicidarsi impiccandosi nella sua abitazione.

Dopo la denuncia-querela precedentemente sporta da Caia per il reato previsto dall'art. 612-ter Cp, al termine delle indagini preliminari il Pubblico Ministero, ravvisata la prova della penale responsabilità di Tizio, formulerà il capo d'imputazione e chiederà il rinvio a giudizio dell'uomo. Pacifica la sua responsabilità per il nuovo reato (stanti le attività di indagine compiute dalla polizia postale, tramite le quali non è stato difficile rinvenire le prove della sua colpevolezza per il reato recentemente introdotto) – sarà anche opportuno chiedersi: in quello stesso capo d'imputazione potrà trovare spazio l'ulteriore richiesta di punizione per l'evento suicidario posto in essere da Caia? Com'è evidente, il rappresentante della Pubblica Accusa in prima battuta, e successivamente il giudice, si troveranno evidentemente di fronte ad un enorme "quid iuris".

Orbene, in assenza di una specifica circostanza aggravante legislativamente tipizzata all'interno del nuovo art. 612-ter, in questo complesso caso si dovrà fare applicazione dell'art. 586 Cp, il quale, sul piano dogmatico, configura un'ipotesi atipica di "reato aggravato dall'evento", la cui natura, pur riconducibile all'interno del *genus* della

preterintenzionalità, è resa maggiormente complessa dalle relazioni che la costellazione in esame intrattiene con la figura dell'*aberratio delicti*⁴⁷. Come se non bastasse, l'ipotesi in questione evoca il ben noto problema della c.d. "causalità psichica", il quale contribuisce a rendere ancor più ostici i profili di imputazione oggettiva dell'evento ulteriore non voluto, svolgendosi lo stesso all'interno dell'impenetrabile "scatola nera" costituita dalla sfera psichica della vittima, la cui libertà di autodeterminazione (in questo caso, la "libertà di suicidarsi") si inserisce nelle trame più fitte del decorso eziologico attivato con la commissione del primo delitto, sconvolgendone l'incedere.

Storicamente, è noto come il problema della "divergenza tra il voluto e il realizzato" abbia conosciuto i più disparati tentativi di inquadramento dogmatico: da sempre, la questione maggiormente dibattuta concerne l'individuazione della natura del legame che deve sussistere tra il primo delitto doloso e la conseguenza ulteriore non voluta (neanche a titolo di dolo eventuale).⁴⁸

Al riguardo può senz'altro affermarsi che la *vis creativa* degli interpreti non abbia conosciuto limiti: infatti, dopo aver accantonato l'antica teoria del *dolus indirectus*⁴⁹, il

⁴⁷ Sulla figura del reato aberrante, per tutti, G.A. De Francesco, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza dell'esecuzione del reato*, Torino 1998.

⁴⁸ Si tratta, come si accennava, di un problema che risale alle origini più remote della nostra materia. Al riguardo, basti considerare che la stessa nozione di "preterintenzione" risale al pensiero di S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, Secunda secundae partis, Quaestio LXIV, art. VIII, III, Roma 1894, 480. A livello storico è interessante notare come già i pratici antichi avvertissero il peso del problema, rimandando le varie formule all'epoca utilizzate per definirlo alla situazione in cui l'intenzione, intesa come volontà diretta ad un fine, venga superata dall'evento: «*extra intentionem*» (Orazio Persio, *Consiliorum sive juris reponsorum criminalium*, Cons. XXXVII, n. 9, Napoli 1640, 150); «*ultra intentionem*» (Antonio Gomez, *Commentariorum variarumque resolutionum*, tomi tres T. III de delictis, cap. 3 de homic, n. 33, Francoforte 1584 e Carpzovio, *Practica*, Pars I, qu. I, de poena homic, n. 33, Lipsia 1739, 5); «*praeter opinionem*» (Decio Filippo, *Consilia CCXXXIV*, n. 5 e 9, Venezia 1575); «*praeter voluntatem*» (Tiberio Deciano, *Tractatus criminalis*, cap. 36, n. 5-8, Venezia 1575 e Caballo, *Tractatus de omni genere homicidii*, n. 207, Firenze 1629), «*praeter propositum*» (Alberico da Rosciate, *Super statutis III*, qu. 59, Venezia 1497). Formule più raffinate ricorrono in Farinacio, *Praxis*, qu. CXXVI, n. 66, Norimberga 1676, 362; Jacopo Tomingio, *Decisiones*, qu. 38 n. 25, Lipsia 1596; Angelo Degli Ubaldi, *In codicem commentaria*, L. 6 Cod. ad l. Jul. de vi 9,12 n. 7, Venezia 1579; Ippolito De Marsilii, *Consilia*, Cons. LXVII, n. 4 e 43, Venezia 1573, 517 e 523; Bartolomeo Cipolla, *Consilia Criminalia*, Cons. XXXVI, n.1, Venezia 1555. In tempi più recenti, le formule utilizzate dai nostri criminalisti all'atto di impostare la questione risultano molto vicine a quelle già impiegate dai pratici: ad esempio, L. Zuppetta, *Corso completo di diritto penale comparato*, II, Napoli 1871, 426 parlava di «*reato minore e reato maggiore*», mentre F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, III, opera XXXI, *Sul caso fortuito*, Lucca 1870, 16 ss. si riferiva ad «*anteecedente e susseguente*». E. Florian, *Diritto penale. Parte generale*, I, Milano 1934, 467 ricorreva invece alle espressioni «*evento minore ed evento maggiore*», similmente al V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino 1933, 672 (che discorreva di «*evento meno grave ed evento più grave*») ed al G. Maggiore, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Bologna 1943, 404 (che parlava di «*delitto base e delitto più grave*»). Un'altra efficace espressione era quella impiegata dal F. Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano 1943, 184: «*eccesso nel reato o reato eccessivo*». Per un quadro di insieme degli orientamenti più risalenti, N. Vitale, *La preterintenzione*, Milano 1956, 9 ss.

⁴⁹ Attraverso il cui paradigma si rendeva possibile l'estensione del dolo del reato-base anche a tutte le

pensiero penalistico moderno ha cercato in ogni modo di decifrare il titolo d'imputazione dell'evento non abbracciato dalla volontà. Con il progressivo affermarsi del principio di colpevolezza, la fiamma di tale dibattito – funzionalizzato anche ad ottenere un auspicabile contemperamento tra le istanze dottrinali e le esigenze della pratica – è stata ulteriormente ravvivata dal concomitante propagarsi della "tensione" generale verso l'eliminazione delle ipotesi contaminate dall'iniquo canone "*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*"⁵⁰, di cui l'illecito preterintenzionale e l'*aberratio delicti*, così come per anni interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, rappresentano ingombranti esempi.

In via di prima approssimazione, nella storia dell'esegesi di entrambe le figure si potrebbero schematicamente individuare due imponenti filoni interpretativi: da una parte quello che, esplicitamente o surrettiziamente, finisce per accontentarsi di una responsabilità per il mero *versari* del colpevole; dall'altra quello che, più sensibile alle moderne esigenze garantistiche imposte dalla costituzionalizzazione del principio *nulum crimen sine culpa* avvenuta con le storiche sentenze n. 364/1988 e 1085/1988 della Consulta, individua nella colpa il titolo di responsabilità per l'evento ulteriore non voluto.

In effetti, ed in via generale, affermare placidamente che il colpevole possa rispondere a titolo di mera responsabilità oggettiva risulta oggi certamente "scandaloso" in relazione a tutte quelle ipotesi che, originariamente improntate all'iniqua logica del *versari* e riconducibili alla categoria della "responsabilità oggettiva in senso stretto", necessitano oramai di una congrua rimediazione esegetica finalizzata a fornirne, compatibilmente con la loro specifica struttura, un'interpretazione il più possibile conforme a Costituzione: il pensiero corre ai reati aggravati dall'evento, al delitto preterintenzionale, al reato aberrante, all'art. 586 Cp, all'art. 116 Cp, alle condizioni obiettive di punibilità c.d. "intrinsiche".

Eppure, come accennato, specialmente per i primi quattro istituti citati – centrali ai fini della nostra indagine – per lungo tempo si è ritenuto che la loro riconduzione alla logica del *versari* fosse tutt'altro che "scandalosa". Tanto è avvenuto in materia di illecito preterintenzionale, specialmente con riguardo alla teorica del "*dolo 'misto'* a

sue conseguenze probabili, o quantomeno "prevedibili" o "adeguate". Al riguardo, R. von Hippel, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in *Vergleichende Darstellung*, AT, III, Berlino 1908, 381 ss., e, per una ricostruzione storica, G. Demuro, *Il dolo – I. Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, 112 ss., 118 ss., 134 ss. La teorica, elaborata dai giureconsulti dei secoli XVII-XVIII, ha avuto, in tempi risalenti, un certo seguito anche in Italia: cfr. A. Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano 1884, 157; E. Pessina, *Elementi di diritto penale*³, I, Napoli 1871, 161. La trattazione dell'istituto ricorre anche nelle opere di Cremani, Carrara, Florian e Manzini.

⁵⁰ S. Canestrari, voce *Responsabilità oggettiva*, in *DigDPen*, XII, 1997, 111.

*responsabilità oggettiva*⁵¹, secondo la quale, essendo dolo e colpa due atteggiamenti psichici incompatibili, e sottolineando l'assenza di riferimenti nella definizione di "preterintenzione" ex art. 43, co. 1, 2° alinea alla forma della colpa nei confronti dell'esito letale, il delitto preterintenzionale esigerebbe soltanto *la costanza del nesso eziologico* tra la condotta e l'evento finale, con l'unica variabile di richiedere una causalità "adeguata"⁵² o "umana"⁵³. La teoria ebbe largo seguito soprattutto in passato, ed ancora oggi i suoi assunti fanno capolino in alcuni arresti giurisprudenziali anacronisticamente propensi a barattare il portato del principio di colpevolezza con stringenti istanze di semplificazione probatoria, soddisfatte tramite la drastica amputazione del *thema probandum* consentita dal paradigma della responsabilità oggettiva, il quale consente di giungere più facilmente alla condanna dell'imputato accertando unicamente il mero nesso causale tra il reato base e l'evento ulteriore⁵⁴, senza obbligare il giudice a doversi avventurare sull'impervio terreno della dimensione soggettiva dell'illecito⁵⁵.

Tuttavia, l'indagine storica porta a rilevare come, con l'emergere della teoria causale condizionalistica risalente al VON BURI – la quale, postulando il noto principio *dell'equivalenza delle condizioni*, veniva percepita come del tutto iniqua se applicata ai

⁵¹ R.A. Frosali, *L'errore nel diritto penale*, Roma 1933, 416; G. Zuccalà, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo 1952; A. Pecoraro-Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 440; M. Spasari, *Osservazioni sulla natura giuridica del c.d. delitto preterintenzionale*, in *AP* 1957, 230 ss.; E. Altavilla, voce *Preterintenzionalità*, in *NssDI*, XIII, 1957, 801; L. Pettoello Mantovani, *Il concetto ontologico del reato*, Milano 1954; A.A. Calvi, *Reato aberrante ed omicidio preterintenzionale*, in *RIDPP* 1962, 1137; C.F. Grosso, *Struttura e sistematica dei c.d. «delitti aggravati dall'evento»*, in *RIDPP* 1963, 490; L. Conti, *I reati aggravati dall'evento*, in *RIDP* 1950, 735 ss.; R. Pannain, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Torino 1965, 87; G. Insolera, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *IP* 1981, 754 ss.; F. Tagliarini, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova 1979; G. Marini, voce *Omicidio*, in *DigDPen*, VIII, 1994, 491.

⁵² La teoria, già adombrata da G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Milano 1789, paragr. 593-594, fu ideata dal fisiologo Von Kries e venne trasposta in ambito giuridico dal Von Bar e dal Von Hippel. Essa ebbe un certo seguito presso la dottrina italiana più risalente: cfr. ad es. G. Perroni Ferrante, *Del nesso causale e della sua imputazione*, Palermo 1888; G. Delitala, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, Milano 1927, 70-72; B. Petrocelli, *Principii di diritto penale*, Napoli 1950, 327.

⁵³ Secondo l'elaborazione di F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino 1934, 52 ss., il quale riteneva la teoria in questione idonea a correggere le storture prodotte dalla causalità in senso condizionalistico nelle numerose ipotesi in cui il diritto penale ammette la responsabilità indipendentemente dal concorso del dolo o della colpa.

⁵⁴ H. Vest, *Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts in Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes*, in *ZStW* 1991, Band 103, 584. Sull'interessante tema delle «amputazioni subite dal diritto penale sostanziale in funzione probatoria», cfr. G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, in *RIDPP* 2002, 1040.

⁵⁵ In tal senso, F. Basile, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli 2011, 711.

casi di responsabilità oggettiva⁵⁶ – la dottrina iniziò ad avvedersi che ai fini dell'affermazione della responsabilità penale in questi casi problematici occorre "qualcosa in più". Non a caso, fu proprio il settore dei "delitti qualificati dall'evento" a rendersi terreno fertile per le prime rivalutazioni critiche del dogma della responsabilità oggettiva, e segnatamente per gli effetti aberranti che lo stesso avrebbe contribuito a fomentare se implementato congiuntamente ai postulati della teoria condizionalistica.⁵⁷ Ebbene, se da una parte, al fine di ovviare il problema, si ritenne sufficiente ricorrere ai succitati "correttivi" sul solo versante del nesso causale, dall'altra, ed in una posizione più radicale, si iniziarono a concentrare gli sforzi verso la totale espulsione della responsabilità oggettiva dal sistema, al fine di fare posto ad una responsabilità pienamente colpevole, ricorrendo al limite della colpa per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta.⁵⁸

Su questa strada maestra vanno dunque collocati i primi, incerti, tentativi dottrinali⁵⁹ che, già prima del 1988, provarono a ricondurre le ipotesi in commento allo

⁵⁶ Tanto non era invece avvenuto rispetto alle precedenti teorie della "causalità efficiente", della "condizione pericolosa" (cfr. F. Grispigni, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *RIDP* 1935, 3 ss.), della "condizione più efficace" (cfr. K. Birkmeyer, *Ueber Ursachebegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, 1885, 13), della "causa prossima" (cfr. R. Ortmann, *Holtzendorf's Strafrechtszeitung*, 1873, 65), o "della prevalenza" (cfr. K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, I, Lipsia 1872, 41), le quali, pretendendo una selezione ben più rigorosa degli antecedenti causali rilevanti rispetto alla successiva teoria dell'equivalenza, consentivano di negare il rapporto di causalità in molti casi in cui esso sarebbe senz'altro ammesso in base alla teoria condizionalistica.

⁵⁷ È quanto ad esempio rileva E. Dolcini, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *RIDPP* 1979, 780, secondo il quale la c.d. "causalità adeguata" si è in origine prospettata più come correttivo alla teoria condizionalistica nella sfera dei delitti aggravati dall'evento, piuttosto che come teoria della causalità in generale. Sul punto cfr. E. Dreher, *Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz*, in *JZ* 1953, 425.

⁵⁸ Fra i primi, autorevoli, precursori di tale inversione di tendenza, spiccano A. Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Lipsia 1895, 280 ss.; G. Radbruch, *Erfolgshaftung*, in *Vergleichende Darstellung, AT, Band 2*, Berlino 1908, 241 ss.; F. von Liszt, *Zum Vorentwurf eines Reichstrafgesetzbuches*, in *ZStW* 1910, Band 30, 264.

⁵⁹ Alludiamo ad alcune "teorie intermedie", tutte affermatesi prima della svolta radicale di fine anni '80, ma ancor oggi degne di menzione perché in grado di certificare "lo stato dell'arte" di certe correnti dottrinali che, per quanto risalenti nel tempo, ponevano (forse inconsapevolmente) le prime basi per una "proto-assunzione" del principio di colpevolezza nella materia *de qua*. Si pensi alla "teoria della volontà lambente" di A. De Marsico, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli 1937, 179, che in qualche modo si sforzava, per quanto possibile per l'epoca, di rintracciare un *quid* di colpevolezza nel fatto che il soggetto agirebbe volendo solo l'evento meno grave, ma senza che la previsione, almeno lontana, di quello più grave, lo trattenga dall'agire: oggi si direbbe "dolo eventuale"! O ancora la teoria del "filo psichico" propugnata da V. Cavallo, *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, Napoli 1937, 513, secondo la quale nei casi di divergenza tra voluto e realizzato occorre stabilire la possibilità dell'agente di rappresentarsi l'evento ulteriore e di evitarlo.

*Schuldprinzip*⁶⁰: il lungo cammino verso l'agognata meta della responsabilità *almeno per colpa incosciente* era appena cominciato.

Tracciato questo quadro iniziale, è opportuno rimandare al prossimo paragrafo le riflessioni sull'evoluzione del dibattito in merito all'elemento psicologico di queste fattispecie (il vero *punctum dolens* della questione), in quanto, ponendoci nell'ideale prospettiva seguita del giudice in sede di accertamento del fatto, sarà ora necessario soffermarci preliminarmente sui profili di imputazione oggettiva dell'evento aberrante, che, nella nostra ipotesi, assumono sfumature senz'altro peculiari.

Orbene, come si diceva, a trovare applicazione nel caso ipotizzato sarà la disciplina ex art. 586 Cp ("Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto"), secondo la quale, quando da un primo fatto preveduto come delitto doloso (nel nostro caso: il nuovo art. 612-ter, oggetto di volizione da parte dell'agente) deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona (nel nostro caso: il suicidio della vittima), si applicano le disposizioni dell'art. 83 in tema di *aberratio delicti*, ma le pene stabilite dagli articoli 589 per l'omicidio colposo e 590 per le lesioni colpose sono aumentate.

La figura in questione, notoriamente foriera di notevoli tensioni interpretative, presenta una struttura che si potrebbe definire «bicefala»⁶¹, in quanto la stessa, pur disciplinando una tipica ipotesi in cui, per dirla col Carrara, «lo effetto ha superato lo affetto», risulta riconducibile tanto allo schema generale dell'*aberratio delicti* plurile-siva (stante l'esplicito rinvio all'art. 83 Cp), quanto al *genus* della responsabilità preterintenzionale. Al riguardo, la dottrina ha parlato di un autentico «crocevia dogmatico»⁶², nel quale convergono, spesso intrecciandosi, molteplici questioni: distinzione da altri istituti analoghi, esigenze di tutela di beni primari e rapporti con le relative tecniche incriminatrici, principio e limiti della relativa responsabilità. Inoltre, a livello sistematico, è opportuno non sottovalutare l'importante funzione "residuale" che la norma riveste rispetto ai delitti dolosi aggravati da un evento non voluto⁶³.

⁶⁰ Al fine di delimitare la potestà punitiva statale e parallelamente promuovendo un sempre maggiore affinamento dei criteri di imputazione soggettiva, secondo quanto rileva W. Hassemer, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in AP 1982, 42 ss. Cfr. anche S. Canestrari, voce *Responsabilità oggettiva*, cit., 112. Per la manualistica più recente, G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 476 ss.

⁶¹ L. Cornacchia, voce *Reato aberrante*, in DigDPen, IX, 1996, 186.

⁶² V. Militello, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in DigDPen, VIII, 1984, 198 e 203, secondo il quale le sistemazioni dogmatiche proposte per la norma sono state talmente numerose da poterla raffigurare come una sorta di «idra di Lerna dalle molteplici teste». Cfr. S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, 27 ss., in merito al «vorticoso giro di "riconduzioni a categorie"» che da sempre attanaglia l'istituto.

⁶³ Come già a suo tempo rilevato da A.M. Stile, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in ED, XXVII, 1977, 142 ss., secondo il quale, valorizzando le indicazioni contenute nella *Relazione sul*

Al riguardo, ai fini di un corretto inquadramento dell'istituto, si potrebbe formulare il seguente quadro di sintesi, per mettere in luce le relazioni che esso intrattiene:

α) *Con l'omicidio preterintenzionale*. Comune alle due figure è l'ipotesi in cui l'evento non voluto sia la morte della vittima, non invece le lesioni personali. La differenza più importante è invece segnata dalla tipizzazione del *Grunddelikt* (delitto-base), in quanto, se l'omicidio preterintenzionale richiede "atti diretti a commettere il reato di percosse o quello di lesioni (artt. 581 e 582 Cp)", l'art. 586 non specifica espressamente da quale reato debba scaturire l'evento ulteriore. Da ciò discende che, laddove il delitto di base fosse costituito dalle percosse o dalle lesioni, verrà in gioco l'art. 584 Cp, essendo l'art. 586 applicabile solo ai casi in cui la condotta-base si diriga contro un bene giuridico diverso dall'incolumità individuale o dalla vita. L'assenza, all'interno della fattispecie in esame, di qualsiasi selezione legislativa del delitto-base doloso, oltre a porre serie questioni in punto di determinatezza del precetto, ha anche consentito una criticabile operazione di applicazione giurisprudenziale "a tappeto" in relazione a molteplici casi di specie, tra loro assolutamente eterogenei (assumendo di volta in volta come reato-base innumerevoli tipologie di delitti dolosi spesso privi di un'autentica "carica di pericolo" rispetto all'evento ulteriore, ovvero – come si dirà meglio *infra* – privi di un significativo *collegamento di rischio* rispetto all'esito ulteriore non voluto).

β) *Con la categoria dei delitti aggravati dall'evento*⁶⁴. Da un lato, in comune vi è, in un'ampia cerchia di ipotesi, la componente strutturale rappresentata da un fatto-base voluto ed un evento ulteriore di morte o lesioni non voluto, il cui verificarsi comporta un aggravamento di responsabilità. Dall'altro la particolarità dei delitti aggravati dall'evento risiede nell'espressa descrizione dei fatti aggravatori, che oltre a colpire determinati beni giuridici, contengono una "carica di pericolosità tipica" rispetto alle offese ai beni vita e incolumità individuale. Da ciò discende che, per effetto del principio di specialità, l'art. 586 dovrà cedere il passo rispetto alle varie fattispecie aggravate da eventi di morte o lesioni (ad es. artt. 571, 572, 588, 591, 593 Cp, 18 e 19 l. 22.5.1978 n. 194)⁶⁵, come d'altronde sarebbe avvenuto se il legislatore avesse espressamente previsto, all'interno del nuovo art. 612-ter Cp, la circostanza aggravante rappresentata dal suicidio della vittima del reato di "Revenge porn".

progetto definitivo del codice penale, l'art. 586 Cp si attergerebbe a «norma di chiusura e di rafforzamento del sistema di tutela della vita e della incolumità individuale».

⁶⁴ Sull'origine storica di queste fattispecie, al confine tra dolo eventuale e colpa grave, G.A. De Francesco, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *RIDPP* 1993, 1038 ss.

⁶⁵ Cfr. L. Concas, *I delitti qualificati da un'offesa aberrante. Struttura e natura giuridica*, in *SP*, 1965, 389 ss.; D. Cucchiara, *Morte e lesioni personali come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.)*, in *RP* 1962, 42 ss.; F. Basile, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, 49.

γ) Con l'*aberratio delicti plurilesiva ex art. 83, co. 2 Cp.* Gli elementi in comune sono: 1) la presenza di un'attività di base dolosa (oggetto di volizione) e la consequenziale produzione di una seconda, diversa offesa (non voluta); 2) la natura oggettiva della responsabilità per l'evento morte-lesioni. Gli elementi specializzanti sono invece costituiti: 1) dalla natura dell'attività di base dolosa: nell'art. 83, un reato (delitto o contravvenzione); nell'art. 586, un delitto; 2) dalla natura dell'offesa non voluta: nell'art. 83, un qualsiasi fatto di reato (purché previsto dalla legge come delitto colposo); nell'art. 586, la morte o le lesioni. Inoltre, a ben vedere, l'art. 586, a differenza dell'art. 83, co. 2, non subordinerebbe l'affermazione di responsabilità alla presenza di un "errore nell'uso dei mezzi di esecuzione" o "di un'altra causa". Le due figure divergono anche sul piano sanzionatorio, in quanto l'art. 586 prevede un aumento di pena per i reati di omicidio colposo e lesioni colpose, che in base alla disciplina generale dell'art. 83, co. 2 andrebbero invece applicati in semplice concorso formale, senza alcun inasprimento sanzionatorio imposto *ex lege*.

Ad ogni modo, nonostante le molteplici questioni interpretative sollevate dall'istituto (che appare invero come una delle figure di reato più complesse dell'intero codice), uno dei pochi punti fermi della sua interpretazione è che, anche valorizzando il dato meramente testuale ("*conseguenza di altro delitto*" / "*deriva, quale conseguenza non voluta*"), ai fini della configurabilità della dimensione oggettiva di tipicità dell'illecito in esame, occorre che tra la commissione del delitto doloso voluto e l'evento aberrante cagionato sussista il *nesso di causalità*.

2. Tuttavia, nel caso in cui l'evento ulteriore sia rappresentato dal suicidio della vittima, la questione, già su questo primo versante, si tinge di ulteriori profili di complessità, facendo il suo ingresso sulla scena il problematico paradigma della c.d. "*causalità psichica*".

L'espressione, misteriosa e suggestiva nello stesso tempo, ricorre nelle trattazioni della dottrina⁶⁶ e nelle ricostruzioni della giurisprudenza come una sorta di "formula magica" atta ad evocare tutti quei casi in cui un soggetto non agisce direttamente su un oggetto materiale naturalisticamente inteso, bensì influisce indirettamente sull'evento interferendo nell'esercizio della libertà di un'altra persona attraverso un'attività di condizionamento mentale. Come opportunamente notato in letteratura, sul piano fenomenologico il costrutto appare carente dal punto di vista della capacità semantico-descrittiva, proprio perché, le ipotesi cui tale sintagma si riferisce sono quelle

⁶⁶ A far data dalla riflessione di K. Engisch, *Das problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, Bonn 1963, 247 ss. e 266 ss.

in cui un'azione umana esercita un'influenza di carattere psicologico su un altro soggetto: in tale ottica, più che di "causa", si dovrebbe piuttosto parlare di «evento psichico» di una condotta.⁶⁷

Ad ogni modo, la figura in esame - più spesso trattata rispetto alle tematiche del concorso morale e della realizzazione monosoggettiva del fatto di reato⁶⁸ (ad es. rispetto alle fattispecie di truffa, circonvenzione di incapaci, estorsione, violenza privata, concussione: fattispecie "ad evento psichico vincolato", definite, dalla dottrina tedesca, «*Beziehungsdelikte*»⁶⁹) - nel caso del suicidio della vittima di un delitto doloso, può essere piuttosto impiegata per descrivere quello che appare un tipico caso di "decorso causale psichicamente mediato", risiedendo la "causa" del suicidio nel turbamento psicologico provocato dalla commissione del primo reato.

L'ampio dibattito suscitato da questa complessa categoria dogmatica - del quale in questa sede valorizzeremo gli aspetti più utili ai fini della nostra indagine - si è principalmente appuntato sui criteri utilizzabili dall'interprete per fornire una spiegazione "giuridicamente rilevante" del nesso eziologico che si instaura fra l'influsso psichico proveniente dal soggetto "condizionante" ed il comportamento materiale messo in atto dal soggetto "condizionato" a seguito della suggestione subita. Questo perché la causalità psichica appare come una problematica specie di "causalità interna" ontologicamente divergente da quella naturalistica, assurgendo a causalità «*delle relazioni interpersonali*»⁷⁰, le quali - a differenza dei fenomeni della natura, empiricamente osservabili tramite le più affidabili metodologie scientifiche - non presentano sequenze regolari⁷¹.

La questione, che già sul piano della "precomprensione ermeneutica" risulta densa di implicazioni scientifiche, epistemologiche e filosofiche (il pensiero corre al

⁶⁷ In tal senso L. Cornacchia, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari - G. Fornasari, Bologna 2001, 199; G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*², Berlino-New York 1991 (rist. 1993), 7/27, 194.

⁶⁸ *Ex multis*, v. M. Ronco, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *IP* 2004, 815 ss.; L. Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007; D. Castronuovo, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell'interazione psichica*, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G.A. De Francesco - C. Piemontese - E. Venafro, Torino 2010, 185 ss.; G. Messina, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale. Percorsi giurisprudenziali e nuovi orizzonti di confronto tra scienze e diritto*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1111 ss.; F. Cingari, *Causalità psichica e massime di esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *DPP* 2009, 767 ss.

⁶⁹ Ossia: "delitti di relazione", per la necessaria interazione che intercorre con la vittima. Cfr. R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlino 1981, 114 ss.

⁷⁰ H.L.A. Hart - T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford 1985, 51.

⁷¹ Si potrebbe dire: "irripetibilità" e "non predeterminabilità" del decorso causale. Ad esempio, nel nostro caso non sarà possibile stabilire con esattezza "scientifica" quante volte un soggetto che sia vittima di un fatto di "Revenge porn" possa concretamente determinarsi al suicidio, latitando un autentico paradigma nomologico sotto cui sussumere una siffatta eventualità.

noto dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa*, oltre che allo storico dibattito filosofico tra "determinismo" e "intenzionalismo")⁷², ha provocato un'autentica "scissione" fra le posizioni degli interpreti, divisi tra chi, da una parte, pur ammettendo alcune differenze tra eventi fisici e psichici, perviene ad una conclusione riduzionistica (volta a difendere la validità di un solo modulo esplicativo di tipo naturalistico), secondo cui i "motivi" del comportamento umano debbono essere concettualmente qualificati e praticamente trattati come componenti di una catena descrivibile in chiave autenticamente causale⁷³, e chi, sul fronte opposto, proclamando la non sussumibilità della costellazione in esame all'interno del modello nomologico-deduttivo di spiegazione degli eventi naturalistici, propone di accantonare tale modello "standard" per rinvenire, sul piano interpretativo, soluzioni più appaganti⁷⁴.

Orbene, a nostro avviso si peccherebbe di "ingenuo naturalismo" se si volesse seriamente sostenere che anche nei casi di causalità psichica siano rinvenibili autentiche "leggi scientifiche di copertura" entro cui sussumere l'evento lesivo (ridescritto nei suoi soli aspetti ripetibili e rilevanti, così come verificatosi *hic et nunc*). Invero, a quanto consta, non è dato di reperire alcuna autentica legge scientifica, seppur "statistica", in grado di fornire una *spiegazione penalmente rilevante* delle interazioni psichiche, in quanto le stesse, essendo governate dal "principio di indeterminazione" (o "di incertezza") e svolgendosi nel campo della c.d. "microfisica", si sottraggono alla determinazione secondo modelli che rappresentino esattamente la realtà⁷⁵. Più in particolare,

⁷² Una vera e propria "metateorica del diritto penale", i cui interpreti, all'atto di fornire la propria personale soluzione, non possono che risultare condizionati dalle loro rispettive "concezioni cosmologiche". L'estrema varietà delle soluzioni proposte corrisponde in effetti all'estremo relativismo (o meglio, all'estrema incertezza) che contraddistingue ogni disputa sul funzionamento della mente umana, specialmente in ambito giuridico.

⁷³ K. Engisch, *Das problem*, cit.; E. Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Francoforte 1972 183 ss.; F. Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlino 1996, 29 ss.; L. Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB*, Marburgo 1904, 34; A. Hoyer, *Kausalität und/oder Risikoerhöhung*, in *Festschrift für H.J. Rudolphi*, Neuwied 2004, 95.

⁷⁴ H. Otto, *Die objektive Zurechnung eines Erfolgs im Strafrecht*, in *Jura* 1992, 90 ss.; Id., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*⁵, Berlino-New York 1996, 6/37 ss., 61; I. Puppe, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzip*, in *ZStW* 1983, 299; Ead., *Die Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt an Beispielfällen aus der höchststrichterlichen Rechtsprechung*, I. *Die Kausalität*, in *Jura* 1997, 411 ss.; H. Koriath, *Kausalität: Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Gottinga 1988.

⁷⁵ R. Penrose, *The Emperor's New Mind*, Oxford 1989, 416 ss., secondo il quale il "vedere" della mente non sarebbe riconducibile a ricostruzioni riconducibili ad un paradigma "galieliano" di spiegazione matematica, avendo piuttosto le sue radici in una fisica "non algortimica e non deterministica". In particolare, la "fisica cerebrale" risponderebbe a leggi oggi ancora sconosciute, che forse potranno trovare adeguata spiegazione con la teoria fisica unificata e la gravità quantica. Secondo J.R. Searle, *La mente*, Milano 2004, 210 ss.; Id., *Libertà e neurobiologia. Riflessioni su libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Milano 2004, 49, tutti i nostri stati mentali sono causati da processi neurobiologici che si producono all'interno del cervello, riguardo alla spiegazione dei quali è possibile supporre che, allo

similmente a quanto accade quando si tenta di misurare simultaneamente l'impulso e la posizione di un oggetto quantistico (ovvero: non appena si tenta di misurare con precisione la posizione di una particella sub-atomica, la sua funzione d'onda collassa), anche per il pensiero umano la sperimentazione scientifica incontrerebbe difficoltà insormontabili, in quanto, sul piano empirico, nel campo della *microfisica* non è possibile formulare previsioni di verosimiglianza (neppure) statistica. Infatti, come il comportamento delle particelle subatomiche, a cagione della piccolezza della loro massa, è modificato dall'osservazione (di tal che il risultato di tale processo non descrive il comportamento delle particelle in sé, bensì il loro comportamento come modificato dall'osservazione), allo stesso modo la capacità di pensare dell'uomo reagisce in maniera sempre imprevedibile allo stimolo indotto dall'esperimento.⁷⁶

Da ciò discenderà il seguente assunto: se è vero che la salvaguardia della certezza del diritto è garantita solo a patto che le regolarità utilizzate nel giudizio d'imputazione dell'evento siano regolarità stabilite dalla scienza e non dal giudice (che dovrà essere un semplice «consumatore» e giammai un «produttore di leggi causali»)⁷⁷, una volta che si prenda atto che nel campo della causalità psichica siffatte leggi causali non

stato delle attuali acquisizioni della fisica e della neurobiologia, vi sia una "componente quantistica", in quanto tra *macrolivello* e *microlivello* dell'attività cerebrale vi sarebbe una "lacuna" non riconducibile a nulla di materiale. L'esistenza di questo *gap* conduce a ritenere che debba esistere un corrispettivo di tale "lacuna" anche a livello fisiologico.

⁷⁶ La brillante argomentazione "anti-causalista", che applica le ricadute del "principio di indeterminazione" (formulato nel 1927 da Werner Heisenberg) all'interazione tra le condotte umane rilevanti per il diritto penale, è di S. Osnabrügge, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, 159-185. Sul punto cfr. M. Ronco, *Le interazioni psichiche*, cit., 839. Al riguardo, risale già al pensiero filosofico di W. Dilthey, *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie* (1894), in *Gesammelte Schriften*, Stoccarda-Göttinga, XIX, *Grundlegung der Wissenschaften vom Menschen, der Gesellschaft und der Geschichte; Ausarbeitungen und Entwürfe zum zweiten Band der Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1982, 168 ss. la riflessione secondo la quale la vita psichica non sarebbe spiegabile dall'esterno come i fenomeni naturali, ma solamente "compresa dall'interno", delineandosi così due diversi ordini di esperienza, ossia quello della regolarità causale suscettibile di verifica sperimentale (*Erfahrung*) proprio delle scienze naturali, e quella dell'immediato vissuto (*Erlebnis*) propria delle scienze dello spirito: secondo quest'ultimo paradigma, più che muovere da un'ipotesi sotto cui sussumere gli eventi della vita oggetto di spiegazione, bisognerebbe piuttosto analizzare il "contesto strutturale" (*Stukturzusammenhang*) degli accadimenti per coglierne le connessioni di significato. Ai fenomeni della psiche corrisponderebbe dunque una logica di mera "comprensione" (*Verstehen*), mentre ai fenomeni della natura quella della "spiegazione" (*Erklären*), la quale a rigore può riguardare i soli accadimenti fisici, eziologicamente sorretti da vere "cause" e dunque passibili di un autentico accertamento. Cfr. K. Bernsmann, *Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 1982, 552 ss. Più in generale, sulla tesi del "dualismo delle scienze", si rimanda a H. Rickert, *I limiti della fondazione dei concetti scientifici*, 1896-1902, 25 ss. e 212 ss.; M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 1958; R. von Mises, *Manuale di critica scientifica e filosofica*, Milano 1950, 315 ss.; E. Runggaldier, *Was sind Handlungen? Eine philosophische Auseinandersetzung mit dem Naturalismus*, 1996, trad. it. *Cosa sono le azioni? Un confronto filosofico con il naturalismo*, Milano 2000, 199.

⁷⁷ F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 1975 (2° ed. 2000), 102.

esistono⁷⁸, si dovranno necessariamente ricercare delle soluzioni alternative che siano in grado, da un lato, di rispettare i principi costituzionali in tema di *imputatio*, e, dall'altro, di fornire al giudice un congruo apparato esegetico da impiegare per affrontare i casi di interazione psichica penalmente rilevanti che nella prassi gli si presenteranno.

In effetti, occorre evidenziare che, se l'impiego dello strumentario tipico della causalità naturalistica fosse realmente decisivo per l'ascrizione giuridica dell'evento, e si dovesse provare in giudizio che la determinazione "a dare" o "a fare" del soggetto passivo è la *conseguenza necessaria* della condotta antecedente secondo il criterio della condizione conforme a legge, la punizione di un autore per i reati di truffa, estorsione, circonvenzione, violenza privata, concussione sarebbe estremamente problematica⁷⁹: dunque un eterno "*non liquet*", scaturente in esiti processuali sempre assolutori. A stretto rigore, in tali contesti problematici il giudice dovrebbe sempre prosciogliere l'imputato per insussistenza del fatto tipico, in quanto il nesso causale tra condotta ed evento psichico richiesto da quelle fattispecie non sarebbe mai in grado di concretizzarsi, essendo impossibile reperire una congrua copertura nomologica suscettibile di fornire la "rassicurante" prova scientifica della sua esistenza. Ne conseguirebbe che, in ambito monosoggettivo, i delitti citati sarebbero fatalmente condannati a restare "lettera morta" (poiché si resterebbe sempre "*al di qua*" del ragionevole dubbio), e, nell'ambito del concorso morale, non sarebbe mai possibile giungere alla prova della "determinazione" o della "istigazione" esercitata da un individuo verso un altro al fine di fargli compiere il fatto di reato, o di influenzarne indirettamente l'esecuzione.

⁷⁸ Anche perché, per conferire ad una serie di informazioni la dignità di autentiche "leggi di scientifiche di copertura" (seppur di tipo statistico), è fondamentale riuscire a stabilire rigorosamente quale sia l'effettivo coefficiente probabilistico (espresso in termini percentualistici) di tali ipotesi scientifiche, ovvero, esemplificando, "quante volte l'evento che si cerca di spiegare è in grado di verificarsi nelle stesse condizioni in cui effettivamente esso si verificò". Come noto, tale indicazione è valorizzata anche da Cass., 13.12.2010 n. 43786, Cozzini, che, nell'accogliere i criteri per valutare la scientificità del metodo con il quale una legge è formulata, cita espressamente la necessità che tale legge sia fornita di un "coefficiente probabilistico" che indichi, in particolar modo, la percentuale di errore accertato o potenziale: questa sarebbe la vera soglia minima di sbarramento tra ciò che aspira ad essere "scientifico" e ciò che non lo è, altrimenti qualunque teoria potrebbe assurgere a "legge scientifica di copertura"! Ebbene, è evidente come nel nostro settore di indagine, come più volte si è detto, non sia possibile rinvenire alcuna copertura nomologica che soddisfi tali stringenti requisiti.

⁷⁹ Secondo la persuasiva argomentazione di H.J. Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non. Formel im Strafrecht*, Amburgo 1968, 23, il quale aggiunge che, se si cancellasse la considerazione giuridica e il profilo concernente la libertà dell'uomo e l'autoresponsabilità per le sue azioni, la sua personalità sarebbe misconosciuta ed egli sarebbe trattato come un mero oggetto sottoposto ineluttabilmente alla cogenza della legge naturalistica. Sarebbe ben strano garantire all'uomo uno spazio intangibile di libertà personale, assicurandogli il libero sviluppo della sua personalità, della sua libertà di opinione, di fede e di coscienza, se poi, egli non potesse fare uso della libertà di decisione, per il fatto che questa sarà già predeterminata in base a situazioni precedentemente fissate attraverso l'influsso dell'ambiente circostante.

Peraltro, da un punto di vista sistematico, l'ordinamento non prescrive certo di utilizzare a tutti i costi il modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale, ma semplicemente di accertare il nesso eziologico: se è vero che l'uso del criterio della sussunzione sotto leggi in fondo costituisce *un semplice mezzo* per stabilire se fra azione ed evento sussista o non sussista il nesso di condizionamento⁸⁰, ciò che realmente conta nella ricostruzione delle dinamiche eziologiche non è (soltanto) l'esistenza di leggi di copertura, ma la "finalità" del concetto di causalità del quale il giurista si occupa⁸¹. Occorre, in altre parole, tenere ben distinto l'oggetto dell'accertamento (ossia, il nesso causale psichico) dai mezzi utilizzati per effettuarlo.

Così, a nostro avviso, si rende necessario individuare un "modello alternativo" di spiegazione causale che possa considerarsi giuridicamente (ed epistemicamente) idoneo a decrittare le molteplici peculiarità strutturali delle interazioni psichiche rilevanti per il diritto penale, al fine di fornire al giudice i congrui strumenti ermeneutici da utilizzare per giungere ad una spiegazione "penalmente rilevante" delle stesse. In particolare, ciò che più a monte si propone è di mettere mano ad un'opportuna *differenziazione dello statuto epistemologico della causalità psichica*⁸²: una soluzione certamente drastica, di rottura, ma in fin dei conti necessitata dalle specificità ontologiche di questo problematico paradigma, che appare come una vera e propria "spaccatura" all'interno del concetto unitario di causalità penale fondato sul modello nomologico-deduttivo di spiegazione, il quale in effetti, rimanendo rigidamente ancorato a posizioni soverchiamente riduzioniste e anacastiche, non appare in grado di filtrare, con i soli strumenti del *positivismo scientifico*, quella trama magmatica e inesauribile di rapporti comunicativi, interazioni emotive, suggestioni reciproche e impulsi passionali che innegabilmente costituisce una parte relevantissima dell'esperienza umana, e che il penalista moderno non può permettersi di disconoscere ricorrendo alla solita *truffa delle*

⁸⁰ Come esplicitamente affermato da F. Stella, *Leggi scientifiche*, cit., 113.

⁸¹ M. Maiwald, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano 1999, 91.

⁸² Cfr. H.L.A. Hart – T. Honoré, *Causation in the law*, cit., che proclamano l'esistenza di «two types of causal connection», una valida per i «physical events» e l'altra per gli «human agents»: la seconda strutturalmente diversa dalla prima poiché «human agents are not billiard balls, but are free and not subject to the necessitation of causal laws». Dunque, secondo l'orientamento del c.d. "empirismo oxoniense" non si deve parlare di «causes» di un'azione umana, ma di «reasons» adeguate per compierla. Al riguardo, cfr. anche G.H. von Wright, *Explanation and Understanding*, Londra 1971, trad. it. *Spiegazione e comprensione*, Bologna 1977. Più di recente N. Muffato, *Materiali per un'analisi dei concetti di rilevanza probatoria e causale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2012, 447 ss., 474, difendendo la tesi di Hart e Honoré, mette in evidenza come la rilevanza causale sia determinata da «regole costitutive implicite che ci indicano che evento conta o deve contare come causa all'interno di un certo ambito esplicativo», di tal che «la scelta di determinati criteri di rilevanza al fine di classificare certe azioni umane e certi eventi come cause non gode di una giustificazione indefettibile: anche per questo motivo nel diritto si danno molti criteri di rilevanza in competizione tra loro».

etichette finalizzata ad eludere il faticoso compito di motivare le affermazioni di responsabilità, tramite argomentazioni non appropriate allo specifico contesto d'indagine e che solo la "forza della tradizione" contribuisce a rendere ancora "culturalmente accettabili" anche contro l'evidenza più schiacciante⁸³.

Orbene, al fine di rintracciare tale "*modello alternativo*", riteniamo di dover scartare la possibilità di aderire ad una ricostruzione basata su una criteriologia meramente prognostica (secondo la quale sarebbe sufficiente l'idoneità della condotta ad influire sulla psiche altrui, di fatto decurtando l'accertamento della sua *tranche* controfattuale e ricadendo in una logica di accertamento *in re ipsa*, ovvero per il solo fatto che si dimostri essersi effettivamente dispiegato un certo influsso psicologico sul complessivo dipanarsi degli accadimenti), in quanto tale soluzione non sarebbe compatibile né col principio di personalità della responsabilità penale (fomentando il rischio di generare forme di responsabilità per fatto altrui), né col principio di legalità (poiché si finirebbe per trasfigurare fattispecie legislativamente concepite come "di danno" in illeciti "di pericolo astratto").

Allo stesso tempo, non possiamo neppure supinamente accontentarci di accertare il legame effettivo tra condotta ed evento psichico basandoci esclusivamente sul "contesto" nel quale si è svolta la singola vicenda, tramite un modello *individualizzante, di spiegazione "mediante fatti"*⁸⁴, il quale rimanderebbe sbrigativamente ad una "*dimensione di psicologia quotidiana*" (l'«*Alltagspsychologie*» spesso invocata dalla dottrina d'Oltralpe), desumendo *de facto* la prova del legame eziologico su basi meramente psicologiche e addirittura estrapolando le informazioni necessarie dal mero svolgimento dei fatti e segnatamente dalla loro successione temporale, incappando ingenuamente nel fuorviante criterio del *post hoc, propter hoc* (c.d. "*fallacia della falsa causa*")⁸⁵.

La proposta è invece quella di costruire un *modello bifasico di accertamento* (sulla falsariga di quello indicato dalla celebre sentenza *Franzese*⁸⁶), che, coerentemente con le caratteristiche strutturali delle interazioni psichiche, conduca al raggiungimento di soluzioni connotate non da una (chimerica) certezza scientifica di tipo nomologico-deduttivo, ma da una certezza *qualitativamente diversa*, di tipo *normo-valutativo*, che

⁸³ Sul problema della tenuta del concetto di "*dogma causale*" rispetto agli sviluppi del moderno diritto penale, si vedano le recenti riflessioni critiche di G.A. De Francesco, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una 'problematica moderna'*, in www.laegislazionepenale.eu, 11.7.2017, 11-13.

⁸⁴ Come avvenuto in Trib. Rovereto 17.1.1969, in *RIDPP* 1971, 1021 ss. (il celebre caso delle c.d. macchie bleu), o, più di recente, in G.u.p. Trib. Savona 22.12.2004, in *DPP* 2005, 1143 ss., con nota di F. Cingari, "*Maghi-guaritori*" e morte del paziente: profili oggettivi e soggettivi di responsabilità penale, in cui ci si basò unicamente sulla semplice "ricostruzione indiziaria del fatto storico", assumendo come parametro fondamentale l'esperienza psichica della vittima, secondo la sua personale versione dei fatti: come si vede, un parametro connotato da ampi margini di aleatorietà.

⁸⁵ I.M. Copi – C. Cohen, *Introduzione alla logica*, Bologna 1994-1999, 191.

⁸⁶ Cass. S.U. 10.7.2002 n. 30328, in *CP* 2002, 1224, 3643 ss.

invero appare l'unica raggiungibile nel settore in questione. L'accertamento si snoderebbe nelle seguenti scansioni:

*) *Fase ex ante*. Nel primo *step* del procedimento occorrerà individuare dei validi criteri idonei a selezionare il novero delle possibili condotte condizionali rilevanti e in grado di ridurre il rischio di indeterminatezza legato alla successiva fase *ex post*. Sancito il divorzio tra scienza e diritto nella materia *de quo*, invece delle leggi scientifiche occorrerà utilizzare delle "massime di comune esperienza" in grado di selezionare il novero delle condotte astrattamente idonee a condurre all'esito lesivo: per stabilire se la decisione di un soggetto possa dirsi *conseguenza* della condotta condizionante di un altro, occorrerà verificare se quest'ultima possa rientrare tra quelle che, "secondo massime di esperienza" e "tenuto conto delle specificità del caso concreto", paiono adeguate ad incidere sulla capacità di autodeterminazione del primo. Sulla natura e sulla spendibilità processuale di queste "massime" torneremo tra un attimo.

*) *Fase ex post*. Come evidenziato dalle Sezioni Unite *Franzese*, anche i coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento (rivelati anche da "generalizzazioni empiriche del senso comune"), pur imponendo verifiche particolarmente rigorose sia in merito alla loro fondatezza che alla specifica applicabilità alla fattispecie concreta, possono essere utilizzati per l'accertamento del nesso di condizionamento, ove corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la "sicura non incidenza, nel caso di specie, di fattori interagenti in via alternativa". Dunque, sul piano della *probabilità logica*, la massima di esperienza (anche di frequenza medio-bassa) può bastare a spiegare che l'evento è l'effetto della condotta, laddove si riesca a stabilire che nel singolo caso le cose (una volta esclusi con *certezza logico-argomentativa* tutti i decorsi causali alternativi ipotetici) non possono *ragionevolmente* che essere andate così. In questa seconda fase dell'accertamento si dovrà quindi impiegare lo strumento del c.d. "procedimento per esclusione", in virtù del quale, restringendo il campo di osservazione e concentrando l'obiettivo sullo specifico episodio per indagarne ogni dettaglio che di fatto possa acquisire un qualche significato nella situazione contingente, saremo in grado di raggiungere la prova che la condotta è stata effettivamente "causa" dell'evento⁸⁷, pervenendo ad un risultato di "pratica certezza" del tutto corrispondente a quello che avremmo potuto ottenere dal riscontro della positiva operatività di una legge causale dal coefficiente prossimo a 100. Tale metodologia, più che ipostatizzare una surrettizia "causalità negativa" ricavata dal nulla, perviene invece a chiarire *per gradi*, partendo da un'ipotesi causale base su cui si concentra il controllo (derivante dalla selezione operata *ex ante* delle condotte condizionanti astrattamente in grado di

⁸⁷ M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli 2007, 904.

condurre all'evento lesivo)⁸⁸, che nel singolo caso non può che avere operato (*e dunque ha operato*) quel determinato fattore. In tal senso, occorrerà conferire il massimo risalto alle rigide esigenze che condizionano la corretta applicazione del procedimento nella prassi, onde evitare che dietro tale criteriologia si possa celare una tendenza ad un'eccessiva *flessibilizzazione della causalità*: proprio per questo occorrerà che le «*diverse alternative siano nel processo rigorosamente vagliate e concretamente escluse. Se infatti ne resta in piedi, non indagata o non smentita, anche una sola con qualche realistico fondamento, la prova del rapporto causale non potrà dirsi raggiunta. Questo pretende il principio in dubio pro reo*». ⁸⁹ Ebbene, sarà proprio riguardo ai casi dominati da generalizzazioni caratterizzate da un *minore coefficiente statistico* (come nel caso delle massime di esperienza), che il c.d. *procedimento per esclusione* troverà il suo naturale territorio di elezione, dovendolo il giudice intendere come «*la più netta antitesi di un comodo, sbrigativo, espediente per sostituire alla prova un suo personale, incontrollabile intuito*». ⁹⁰ A questo fine, il controllo dovrà cadere su ogni alternativa "seria" e "plausibile" la cui verifica abbia un senso per appurare un differente *iter* esplicativo: così, la bassa frequenza della massima utilizzata *ex ante*, combinata con la *sicura esclusione di altri fattori*, sarà in grado di condurre all'affermazione del nesso causale⁹¹.

Problema cruciale sarà evidentemente quello di selezionare *tutti i decorsi causali dotati di una certa consistenza eziologica* (specialmente nel problematico contesto dei «*decorsi causali psichicamente mediati*», connotati da trame oscure e marcatamente *multifattoriali*), riguardo ai quali la valutazione del giudice sarà svolta sulla base dei riscontri empirico-fattuali disponibili nel singolo caso. In particolare, quanto più numerosi e significativi saranno gli elementi probatori ricavati dall'attenta analisi della dinamica dei fatti, tanto più attendibile risulterà l'esclusione di spiegazioni causali alternative a quella inizialmente ricavata dall'impiego della massima. Tramite un uso rigoroso di questo strumento, articolato «*per approssimazioni successive*»⁹², una volta esclusa ogni ragionevole alternativa, sarà possibile «*passare da un mero post hoc ad un processualmente certo propter hoc*», concludendo che vi è un'alta probabilità logica che le cose siano andate realmente così e dunque condannando, oppure, ove resti ancora un ragionevole dubbio, assolvendo.⁹³

⁸⁸ In tal senso, come rileva G. Ubertis, *Profili epistemologici della prova*, in *QuadCSM* 1999, n. 198, 468, l'utilizzo delle massime avrebbe una funzione «topico-euristica», in quanto esse, «consentendo il ricorso ad una pluralità di prospettive ritenute significative per l'indagine, forniscono al giudice una serie di *tópoi* utilizzabili quali premesse per la soluzione dei diversi problemi che si trova a dover affrontare.»

⁸⁹ M. Romano, *Nesso causale*, cit., 905-907.

⁹⁰ M. Romano, *Nesso causale*, cit., 920.

⁹¹ M. Romano, *Nesso causale*, cit., 910.

⁹² G. Messina, *Concorso morale*, cit., 1143.

⁹³ M. Romano, *Nesso causale*, cit., 919-922.

Un siffatto modello ci sembra non solo coerente con le caratteristiche strutturali delle interazioni psichiche, ma soprattutto ci appare quello maggiormente in grado di implementare ed ottimizzare i principi costituzionali di legalità e personalità della responsabilità penale⁹⁴ rispetto alle esigenze della pratica, in un contesto in cui, come si è già detto, ai fini dell'imputazione oggettiva dell'evento non è *ontologicamente* possibile esigere una certezza di natura autenticamente scientifica (nomologico-deduttiva), ma una certezza *qualitativamente differente, di tipo "normo-valutativo"*.

Soprattutto con riguardo al problema dei "*decorsi causali psichicamente mediati*", le massime di esperienza risultano *epistemologicamente coerenti rispetto al contesto dell'indagine*, perché, piuttosto che indicare al giudice le (illusorie) regolarità fenomeniche di un anacastico determinismo cerebrale entro cui sussumere le vicende di condizionamento mentale (secondo un assunto meccanicista che peraltro resta indimostrato sul piano scientifico)⁹⁵, gli consentiranno di effettuare previsioni (concrete) in ordine a ciò che "*normalmente accade*" nelle vicende di condizionamento mentale. Il modello proposto presenta inoltre la duplice particolarità di differenziarsi:

·) *Dal modello "individualizzante"*, in quanto, a differenza di quello, si snoda su due distinte e più rigorose fasi: *ex ante* (della selezione delle condotte rilevanti tramite le massime di esperienza), ed *ex post* (della prova del nesso causale ottenuta mediante il "*procedimento per esclusione*").

·) *Dal modello "nomologico-deduttivo"*, in quanto, pur essendo entrambi *bifasici*, se il decorso della causalità naturalistica ci appare come *reale e ripetibile* e come tale suscettibile di spiegazione scientifica, quello della causalità psichica *pur essendo reale non è ripetibile*, e lo stesso sarà suscettibile di spiegazione solo tramite le generalizzazioni empiriche offerte dalle massime di esperienza. Inoltre, come si diceva, se nella causalità naturalistica saremo in grado di raggiungere una *certezza autenticamente scientifica*, nella causalità psichica si potrà pervenire unicamente a soluzioni *certe da*

⁹⁴ Secondo la celebre lezione di R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*², Francoforte 1994, 75 ss., secondo il quale la realizzazione dei principi mediante le regole avviene secondo una gradazione quantitativa assai varia: ecco perché i principi assurgono a «*Optimierungsgebote*», ossia prescrizioni suscettibili di un indefinito perfezionamento. Sul punto cfr. anche M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 25 ss.

⁹⁵ Cfr. M. Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente: un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Crim* 2008, 322, per cui «nemmeno il fatto di riconoscere che l'uomo è fondamentalmente una creatura computazionale, condizionata cioè dall'attività cerebrale nella elaborazione delle informazioni, autorizzerebbe a concludere che l'uomo sia un automa senza mente; anzi, al contrario, occorrerebbe affermare che comunque l'uomo possiede la facoltà di scegliere». Inoltre, a nostro parere, sposare tali soluzioni riduzioniste al solo fine di riportare la spiegazione degli eventi psichici entro le rigide maglie del modello nomologico-deduttivo potrebbe condurre a conseguenze sistematiche (ad esempio, in tema di colpevolezza e di imputabilità) che non sarebbero affatto da sottovalutare, in quanto, come rileva A. Forza, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *DPP* 2012, 1380 «l'idea che la libertà possa essere soltanto un'illusione potrebbe, in prospettiva, minare pericolosamente le fondamenta dei sistemi penali, essendo a rischio il fondamento stesso della punizione».

un punto di vista normo-valutativo, induttivamente fondate su di un piano logico-argomentativo.⁹⁶

Ma cosa sono esattamente queste "massime di comune esperienza" da utilizzare nella fase *ex ante* dell'accertamento? La categoria ha invero suscitato nel tempo molteplici interrogativi, che, originariamente sviluppatasi in ambito filosofico ed epistemologico, hanno successivamente interessato anche la riflessione dei giuristi, assumendo progressivamente una dirompente forza propulsiva verso un'innovativa ridiscussione di molteplici tematiche di diritto sostanziale e processuale.⁹⁷ Non essendo questa la sede per poter trattare *funditus* una questione dal respiro così ampio, ci limiteremo a chiarire gli aspetti essenziali del problema, specialmente rispetto al nostro specifico tema d'indagine.

⁹⁶ Il modello qui patrocinato riprende il modello di soluzione già proposto da F. Cingari, *Causalità psichica*, cit., 767-774 e M. Ronco, *Le interazioni psichiche*, cit., 842 ss., ma con un maggiore approfondimento verso la fase *ex post* dell'accertamento. Alcune frange della dottrina e della giurisprudenza sembrerebbero già orientate in senso analogo, anche se la tesi appare per ora minoritaria, probabilmente per un diffuso atteggiamento di ossequio nei confronti dei concetti *standard* del diritto penale che è dato riscontrare in ampi settori della scienza giuridica italiana, problematicamente legati (per la "forza della tradizione" di cui si diceva) ad un "concetto unitario" di causalità, destinato a valere e ad essere applicato per ogni tipologia di settore eziologico - a prescindere dalle concrete caratteristiche strutturali dello stesso - ed evidentemente nella presupposizione che tale monistica e granitica costruzione possa risultare la più idonea a contemperare le esigenze della prassi con il rispetto dei principi fondamentali. Ma a nostro avviso, è tutto il contrario: nessuna operazione culturale di "sordo riduzionismo scientifico" può apparire metodologicamente corretta ad implementare correttamente i principi dell'ordinamento, in quanto essa appare già viziata alla radice nel punto in cui, enucleando il proprio orizzonte di precomprensione ermeneutica (allo scopo di fondare filosoficamente le soluzioni normative proposte), la stessa finirebbe, scontrandosi con la dimensione empirica del problema, per testardamente distorcerlo a scopi "politici", al chiaro fine di ottenere risultati più facilmente spendibili sia in sede scientifica che giudiziaria, onde evitare all'interprete la bega di avventurarsi su posizioni ritenute più "scomode" da sostenere, ma che in realtà, accompagnandosi ad un approccio certamente più analitico, si sforzano di non far perdere alla dimensione giuridica il (sempre auspicabile) collegamento con la "realtà delle cose". In tal senso non ci sembra dunque corretto, per salvare un'interpretazione dominante del disposto normativo, adottare vie sghembe. Cfr. ad esempio R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano 2004, 36: «la ricostruzione delle dinamiche psichiche che interessano al diritto penale deve avvenire inevitabilmente alla luce delle generalizzazioni che regolano d'ordinario la vita dell'uomo»; C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano 2012, 224, il quale sottolinea come sia possibile raggiungere l'elevato grado di credibilità razionale necessario per affermare la sussistenza del nesso causale anche attraverso l'ausilio delle «generalizzazioni del senso comune», purché l'accertamento sia condotto criticamente e con «metodo scientifico», onde conferire affidabilità al procedimento.

⁹⁷ In merito si segnala la recente monografia di R. Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, Milano 2017, nella quale l'Autrice traccia, in prospettiva critica, un ampio affresco del dibattito, dando conto delle sue molteplici e sfaccettate ricadute pratiche tramite un densissimo apparato di riferimenti dottrinali anche extra-giuridici. In particolare, per i problemi della causalità psichica e del "requisito della compatibilità con il sapere scientifico", cfr. 175 ss., 180 ss.

Orbene, le "massime di esperienza" costituiscono il «precipitato storico di esperienze consolidate nel tempo»⁹⁸, e si dicono "comuni" perché ad esse partecipa tanto il sapere del giudice quanto quello dei destinatari della sentenza⁹⁹. Inoltre, collocandosi le stesse in "luoghi" non gerarchicamente disposti gli uni rispetto agli altri, nel caso concreto una certa massima potrà essere messa in disparte a beneficio di un'altra, laddove la seconda possa meglio contribuire ad illuminare le specificità del caso particolare.

Le massime dunque, lungi dal potersi qualificare come "leggi scientifiche di seconda categoria", si atteggiavano piuttosto a "generalizzazioni appena abbozzate del senso comune"¹⁰⁰ (secondo una terminologia cara ad HART e HONORÉ), le quali, tro-

⁹⁸ M. Ronco, *Le interazioni psichiche*, cit., 842-843; Id., *Aporie scienliste e certezza logico-razionale: note in tema di nesso causale*, in *DPP* 2007, 247 ss. In giurisprudenza, Cass. S.U. 17.10.2006 n. 10251, Michaeler, in *CP* 2007, 2313, afferma che le massime sono «giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto ma autonomi rispetto ai singoli casi dall'osservazione dei quali sono dedotti». Secondo questo orientamento della Suprema Corte, ove leggi scientifiche universali o statistiche idonee a risolvere il caso sottoposto all'attenzione del giudice non esistano, sarà dunque legittimo ricorrere a «semplici regole di razionalità empirica», purché plausibili, o a «massime di esperienza» (Cass. 28.4.1987, in *GP* 1988, 360; Cass. 10.6.2002, in *RP* 2002, 67). Cfr., per una riflessione generale sul tema, R. Blaiotta, *Giudici galileiani per l'inferenza causale*, in *QuestG* 2013, 50 ss.

⁹⁹ Secondo M. Cossutta, *Note sull'applicazione del principio di non contraddizione nell'ambito dell'esperienza giuridica fra antinomie proprie ed antinomie improprie*, in *La contraddizione che non consente*, a cura di F. Puppo, Milano 2010, 220, «la comunità partecipa al processo di risoluzione giuridica della controversia e si colloca, come protagonista, quale quarta entità, accanto alle parti (...) ed al terzo (il giudice). La comunità partecipa al processo in una duplice veste: da un lato è partecipe in quanto apporta al processo le sue regole, che contengono i luoghi comuni intorno ai quali si dispiega l'argomentare delle parti ed il giudizio del giudice, ma la comunità è anche partecipe del processo e della sua soluzione perché li subisce entrambi». Tuttavia, in merito al "consenso della collettività di riferimento" come requisito di validità delle massime, si vedano i rilievi critici di R. Palavera, *Scienza e senso comune*, cit., 76 ss., secondo la quale l'eccessiva valorizzazione del suddetto fattore potrebbe inopinatamente esplicitare l'effetto negativo di "condizionare" la libera formazione del convincimento del giudice, il quale sarebbe progressivamente indotto a parametrare le sue decisioni sul "sentore sociale" ritenuto dominante in un dato momento storico. Inoltre – riprendendo alcune riflessioni di M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *RTrimDProcCiv* 2001, 665 ss. – l'Autrice evidenzia come, anche alla luce delle moderne tendenze della globalizzazione giuridica e del multiculturalismo, si dovrebbe dubitare che la decisione giudiziaria debba sempre essere "culturalmente localizzata", onde evitare che il rinvio al senso comune possa risolversi in una "fuga dai problemi reali".

¹⁰⁰ Al riguardo si veda anche la definizione fornita da S. Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, Milano 1961, 130: «Si tratta in sostanza di giudizi di fatto (quanto alla loro natura), che però non hanno come oggetto un fatto, bensì una regola risultante per astrazione e generalizzazione dalla ripetuta esperienza in ordine al fatto dato. Il fatto si schematizza nel tipo e la constatazione della regolarità dà luogo alla regola (o massima) la quale rimane, quanto alla genesi, legata all'esperienza, che ne costituisce il fondamento o sostegno e la ragione di validità, mentre, quanto alla funzione, diviene, come ogni regola, guida e criterio valutativo, di fatti o azioni, rispetto al momento formativo di essa, future. Codesti astratti giudizi di fatto, non sono veri e propri giudizi storici o percettivi cioè veri e propri giudizi individuali, bensì dei giudizi a carattere ipotetico». Per ulteriori approfondimenti si rimanda ai lavori di uno dei

vando forma e legittimazione tramite il *contraddittorio tra le parti processuali*, per definizione ammetteranno eccezioni e confutazioni *di tipo dialogico*, per cui saranno applicabili al caso di specie solo nell'ipotesi in cui non vengano adottati dei "*controesempi*" più adeguati a focalizzare le multiformi specificità del caso concreto.

In giurisprudenza si afferma che, svolgendo la funzione di *regulae iuris*, le massime debbono necessariamente preesistere al giudizio, dovendo essere enucleate dall'esperienza già formata e non da quella che il caso *sub iudice* potrebbe suggerire¹⁰¹. In particolare, sarà fondamentale accertare che una generalizzazione che si prospetti come "massima di esperienza" non si risolva in realtà in un mero pregiudizio, o in una mera congettura insuscettibile di verifica empirica, dovendo piuttosto la stessa rivestire una *reale funzione direttiva*, essendo diffusamente e positivamente impiegata nella vita quotidiana¹⁰²: in tal senso, la motivazione della sentenza dovrà fornire una dettagliata spiegazione in merito alla plausibilità e alla logicità delle scelte operate.¹⁰³

più autorevoli studiosi dell'argomento, ovvero M. Taruffo, che sin dai tempi degli *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, ha notevolmente contribuito con vari interventi a definire i termini del complesso dibattito.

¹⁰¹ Cass. 27.5.1993, Rech, in *CP* 1995, 2898.

¹⁰² Cass. 7.3.2003, Abbate, in *CEDCass*, m. 228401.

¹⁰³ Cfr. M. Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, in *RIDPP* 1969, 191. Al riguardo, sul tema della «valorizzazione della motivazione come limite al libero convincimento» del giudice, cfr. A. Bargi, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *Teoria e prassi della prova. Profili processual-filosofici*, a cura di A. Bargi – A. Gaito – S.C. Sagnotti, Milano 2009, 19 ss, 53 ss.; più in generale, in merito all'effettiva spendibilità e utilità in sede processuale delle massime d'esperienza, cfr. G. Ubertis, *Profili epistemologici*, cit., 467: «Si è fondatamente ritenuto (...) che negare l'impiego delle massime d'esperienza significa rendere impossibile al giudice ogni riflessione e scelta, conducendolo all'emissione di una decisione razionalmente ingiustificabile ovvero solipsisticamente intuitiva, se non addirittura alla più completa afasia»; N. Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova 1993, 61, secondo il quale sarebbe «sostanzialmente priva di senso la domanda se sussista un obbligo per il giudice di utilizzare per la sua conoscenza dei fatti le regole d'esperienza. Gli è come chiedersi se l'uomo ha il dovere di respirare. Come questi non può fare a meno di respirare se vuole sopravvivere, così il giudice deve servirsi dell'esperienza e dei giudizi in cui essa si compendia se vuole adempiere il suo ufficio, e così valutare i dati processuali e ragionare per ricostruire i fatti rilevanti». Infine, sulla complessa questione della sindacabilità sul contenuto delle massime di esperienza nel giudizio di cassazione (anche in funzione di valorizzazione della funzione di garanzia svolta dall'obbligo di motivazione), cfr., in prospettiva critica, R. Palavera, *Scienza e senso comune*, cit., 218 ss., dove si dà conto dell'ampio dibattito sorto sul problema. In particolare è interessante notare che - avendo parte della dottrina processualistica constatato che se il giudice di ultima istanza "si intromettesse" nel giudizio di validità delle nozioni di comune esperienza adoperate dal giudice di merito, lo stesso finirebbe per sconfinare nel riesame del merito, operando, di fatto, come un giudice di terzo grado - gli sforzi degli studiosi si siano sempre più indirizzati a dimostrare le ragioni per le quali decisioni di questo tipo rientrino piuttosto nel controllo di legittimità. Così, secondo un orientamento, muovendo dal presupposto che le regole di esperienza hanno contenuto astratto e generale (non riguardando, quindi, il singolo fatto oggetto del processo), le stesse potrebbero essere sempre dedotte quali motivi di ricorso alla Corte di Cassazione, che potrebbe procedere a rilevarne la violazione, senza conoscere del fatto, per il tramite del vizio di motivazione coordinato con il parametro dell'oltre ogni ragionevole dubbio (oppure, secondo altra dottrina, ricomprendendo

Adottare una siffatta criteriologia dunque non significa rimettersi ingenuamente all'arbitrio del giudice, bensì, all'opposto, ricondurre il suo giudizio al *confronto dialogico* tra le varie ipotesi possibili, estrapolate dall'esperienza osservativa dell'agire degli uomini nel continuo fluire delle generazioni lungo il tempo e nello spazio immenso delle innumerevoli relazioni umane¹⁰⁴. Più in particolare, il suo pregio è anzi quello di possedere l'elasticità sufficiente a piegarsi alla proteiforme varietà degli accadimenti concreti, pur dovendo comunque superare la "prova di resistenza" del c.d. *procedimento per esclusione* nella fase *ex post* dell'accertamento. I suoi caratteri di "frammentarietà" e "parzialità" (derivanti da un ontologico "relativismo" parametrato al *sentire sociale* di un dato momento storico), lungi dall'apparire come dei difetti, divengono invece i suoi veri punti di forza.

Tuttavia, una delle principali obiezioni mosse rispetto alla possibilità di impiegare siffatta criteriologia di accertamento deriva proprio dalla considerazione che le massime di esperienza farebbero il loro ingresso nel processo (penetrando, spesso surrettiziamente, fino al cuore pulsante della motivazione del giudice) tramite l'insidioso procedimento logico dell'*abduzione*¹⁰⁵, che sancirebbe il trionfo della figura del "*giudice-detective*"¹⁰⁶, caratterizzato dalla pericolosa tendenza ad avvalorare il piano oc-

il vizio in esame nella falsa applicazione della legge penale, comportando il "malgoverno delle massime di esperienza" un erroneo accertamento del fatto e quindi una sua erronea sussunzione sotto la norma giuridica invocata).

¹⁰⁴ Un interessante parallelismo può stabilirsi con la riflessione tracciata da L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1992, (2° ed. 1993), 118, 126 ss. in merito alla scelta delle massime applicabili per l'accertamento del dolo. L'Autore, prendendo le mosse dagli studi sulla causa delle azioni di D. Davidson, *Essays on Action and Events*, New York 1980, trad. it. *Azioni ed eventi*, Bologna 1992, rinviene nella «eteronomia caratteristica del mentale» la ragione della molteplicità di generalizzazioni sempre applicabili ad un comportamento e individua nel «processo di selezione fra le innumerevoli massime di esperienza che a prima vista si prospettano come significative» il reale «fulcro problematico dell'iter probatorio». Ma in ogni caso l'Autore avverte che, anche a mente degli studi di Davidson, «non potremo mai aspettarci di poter spiegare e prevedere il comportamento umano col genere di precisione che risulta possibile per i fenomeni fisici».

¹⁰⁵ Ovvero, secondo lo schema logico, di matrice aristotelica, che consente di inferire circostanze particolari da una conclusione particolare, prescindendo dalla validità della generalizzazione invocata o formulandone una *ad hoc*, purché questa conduca ad una spiegazione del fatto osservato compatibile con tutti gli elementi informativi raccolti. Dunque, una particolare forma di sillogismo in cui la premessa maggiore è certa, mentre la premessa minore è probabile, per cui anche la conclusione sarà solo probabile. In epoca moderna, il filosofo americano C.S. Peirce, *Collected Papers*, II, Cambridge 1932, trad. it. *Semiotica. I fondamenti della semiotica cognitiva*, Torino 1980, ha poi largamente sviluppato l'argomento, rileggendo l'abduzione come il procedimento consistente nell'avanzare un'ipotesi esplicativa per un certo insieme di fatti osservati. Le riflessioni dell'Autore hanno conosciuto una notevole fortuna anche all'interno dell'epistemologia giudiziaria, suscitando complessi dibattiti tutt'ora aperti. In argomento, *ex multis*, L. Urbani Ulivi, *L'abduzione come momento della scoperta in contesti di realtà*, in *CP* 2016, 2240 ss.

¹⁰⁶ R. Palavera, *Scienza e senso comune*, cit., 61 ss.

culto della mera intuizione a discapito della logica deduttiva, provocando così un notevole effetto di flessibilizzazione degli *standard* di prova che, unitamente all'accantonamento della dimensione generalizzante dell'accertamento, condurrebbe ad un preoccupante sovvertimento dei principi fondamentali, tanto in punto di ricostruzione giudiziale della fattispecie, tanto in punto di valutazione della prova in sede processuale.

Secondo questo orientamento, il senso comune e le massime di esperienza rappresenterebbero degli strumenti euristici ingannevoli, e dunque inidonei ad essere impiegati nel processo penale ai fini dell'accertamento del nesso di causalità. Questo perché il senso comune, difettando – a differenza delle leggi scientifiche di copertura – di un congruo controllo critico condotto tramite adeguati tentativi di falsificazione, rappresenterebbe null'altro che uno strumento concettuale nocivo e suscettibile di essere impiegato dal giudice anche in modo del tutto irrazionale, in quanto quest'ultimo – proprio attraverso il suddetto procedimento di "abduzione creativa" che si accompagnerebbe all'utilizzo delle massime – potrebbe finanche giungere a "costruire" autonomamente (e direttamente in sede di giudizio) le inferenze "più utili" per fornire la spiegazione penalmente rilevante del nesso causale psichico, di fatto utilizzando informazioni che, pur venendo descritte in motivazione come frammenti di un "senso comune" dotato di una certa funzione direttiva permeata dall'*idem sentire* della comunità dei consociati, potrebbero invece ben appartenere alla sua "scienza privata", senza che gli effetti aberranti di questa discutibile operazione concettuale possano trovare alcun rimedio concreto all'interno della complessiva dialettica processuale¹⁰⁷, con conseguente violazione dei più basilari principi di civiltà giuridica dell'ordinamento. Inoltre, secondo l'orientamento in commento, il senso comune, proprio per la sua ontologica impermeabilità al controllo critico, si rivelerebbe in definitiva uno strumento arbitrario, autoreferenziale, ed autoconservativo, mostrando i suoi assunti una tale durevolezza e resistenza da non ammettere confutazioni di alcun tipo¹⁰⁸, in quanto, pur in assenza di generalizzazioni valide, queste potranno sempre essere enucleate *appositamente* per "spiegare" il caso concreto *sub iudice*. Infine le stesse, una volta introdottesi subdolamente nel tessuto connettivo del procedimento penale, pur non escludendo la compresenza di generalizzazioni di segno opposto, risulteranno difficilmente sconfessabili, perché espresse nel linguaggio semplice ma accattivante dell'*uomo della strada*.

Tuttavia, quelle che ad altra dottrina appaiono come le insormontabili carenze di una criteriologia arbitraria ed antiscientifica, a nostro parere rappresentano invece, con riguardo allo specifico contesto conoscitivo delle interazioni psichiche, le vere

¹⁰⁷ Cfr. R. Palavera, *Scienza e senso comune*, cit., 102 ss., 228 ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. Palavera, *Scienza e senso comune*, cit., 193 ss.

qualità di una metodologia di accertamento che, più che apparire come "antiscientifica", si caratterizza piuttosto per essere – sotto il profilo della tipologia di approccio al problema causale – "antidogmatica", in quanto si sforza di prendere sul serio il fondamentale assunto filosofico del *libero arbitrio*, che, come si è detto, verrebbe completamente calpestato se le vicende afferenti al piano più intimo e profondo dell'esistenza venissero riqualficate, sul piano giuridico-penale (e dunque, in uno dei contesti più delicati all'interno dei quali le stesse possano venire in questione), come elementi di una catena descrivibile in termini rigidamente causali e deterministici.

Invero, assimilare concettualmente la spiegazione eziologica di un evento suicidario causalmente ricollegabile al perturbamento emotivo provocato dal condizionamento mentale altrui (evento per il quale, come noto, non si danno "regole" in base alle quali possano ricavarsi "teoremi scientifici" di qualsivoglia natura)¹⁰⁹, a quella che si fornirebbe per fenomeni della natura come un'inondazione o l'insorgere di una patologia tumorale, appare un'operazione intellettuale non seriamente attuabile da nessun individuo ragionevole, a meno che quest'ultimo non si trovi "costretto" a ragionare in tal modo al solo fine di ricondurre a tutti i costi ogni sfera dell'esperienza umana ad un *unico paradigma esplicativo* (come quello nomologico-deduttivo) ritenuto, spesso incondizionatamente, "più affidabile" o "più garantista" di ogni altro modello teorizzabile.

Al riguardo, riteniamo che il modello da noi proposto cesserebbe di essere bollato come "inaffidabile" o "meno garantista", se solo si valorizzassero, con atteggiamento meno scettico, i congrui strumenti "di tutela" apprestati dal nostro ordinamento processuale, che, esplicando la funzione di autentiche "valvole di sicurezza" del sistema, possono fungere da veri e propri *antidoti* alle eventuali aporie che nella prassi si dovessero registrare.

In effetti, per quanto riguarda il problema del ragionamento abduttivo seguito dal giudice nella fase *ex ante* dell'accertamento, non per forza si deve giungere alla conclusione che lo stesso rappresenti un'operazione indefettibilmente dannosa, in quanto, come si diceva, in tale situazione il giudice, pur nell'ipotesi in cui inizialmente

¹⁰⁹ Al riguardo, riteniamo di non concordare con l'autorevole ricostruzione a suo tempo proposta da F. Stella, *Leggi scientifiche*, cit., 144, il quale, nel criticare la differente impostazione di Hart e Honoré, ritenne di affermare che «le generalizzazioni del senso comune possono essere usate solo quando, dietro ad esse, sia possibile scoprire una legge scientifica», in quanto, rispetto al nostro tema di indagine, abbiamo ampiamente chiarito come non sarebbe certamente possibile "scoprire" alcuna legge scientifica "nascosta" dietro le "più accessibili" generalizzazioni del senso comune. Giudicare "secondo massime d'esperienza" è in effetti cosa ben diversa dal giudicare "secondo conformità a legge": in tal senso, sarebbe del tutto incongruo postulare una siffatta relazione di sudditanza da parte del senso comune verso il sapere scientifico, in quanto, nei settori di indagine in cui questo "resta muto", solo le generalizzazioni del senso comune potranno venire in soccorso del giudice che si trovi a decidere, nelle aule di giustizia, sui casi di condizionamento mentale rilevanti per il diritto penale.

decida di seguire le sue "personali" convinzioni (talora presentatesi a lui in modo intuitivo o magari basate su un fattore di natura "affettiva"), all'atto di accingersi a selezionare in prospettiva *ex ante* le condotte di condizionamento ritenute rilevanti dovrà comunque soppesare attentamente quelle convinzioni alla luce di tutti i dati disponibili, rimanendo *dialogicamente* aperto alla messa in discussione delle conclusioni che ha raggiunto.¹¹⁰ Il che ci sembra in ogni caso un'evenienza certamente più auspicabile rispetto alla placida affermazione di un repentino *non liquet*.

Inoltre, non è sempre vero che le massime penetrano all'interno del processo solo attraverso l'intuizione abduttiva del giudice raggiunta nella silenziosa impotenza delle parti processuali. Affermare ciò significherebbe disconoscere del tutto il fondamentale ruolo che il *contraddittorio* riveste all'interno del processo penale, che, come autorevolmente affermato, «non è il luogo ove si vanno elaborando scientificamente le premesse necessarie (le leggi di carattere generale) da cui dedurre conclusioni certe (la susunzione nomologica del caso particolare), bensì il luogo in cui si formano dialogicamente, attraverso il contraddittorio tra le parti, i discorsi possibili volti a stabilire inferenze ragionevoli, non contraddittorie e capaci di superare la confutazione avversaria».¹¹¹ In tal senso, «il confronto dialettico tra opposte ipotesi rappresenterà una garanzia epistemologica ed etica della ricerca della verità» e, proprio con riguardo ai "contesti caldi" come quello in esame, si dovrà intendere il contraddittorio processuale tra le parti come «modello di razionalità i cui punti centrali riguardano la validità degli argomenti prodotti, la loro coerenza, l'esame comparativo della loro attendibilità, la congruenza dell'intero discorso giustificativo, la completezza della giustificazione rispetto alle decisioni».¹¹²

Come è evidente, con riguardo ai casi di condizionalità psichica, tutte le parti processuali saranno chiamate ad uno "sforzo ulteriore" rispetto alla "normale" prassi del procedimento penale, al fine di rendere pienamente giustizia a vicende esistenziali così complesse e delicate, riguardo alle quali i "processi cognitivi" del diritto penale si trovano necessariamente costretti a misurarsi con le ardue questioni riguardanti tanto

¹¹⁰ Cfr. A. Verde, *Come si giustifica chi rende giustizia?*, in *Crim* 2011, 283.

¹¹¹ M. Ronco, *Le interazioni psichiche*, cit., 842.

¹¹² B. Pastore, *Criteri epistemologici e principi costituzionali nel processo penale*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 12-13 novembre 2010*, a cura di D. Negri – M. Pifferi, Milano 2010, 163, 169, 165, 173 secondo il quale il contraddittorio «si lega alla dignità della persona sia come imputato assistito dalle garanzie, sia come soggetto interlocutore nella disputa sulla verità», ed il principio che lo racchiude, «inteso come *modus procedendi* per l'accertamento del vero, esprime, dunque, sia una scelta gnoseologica sia una scelta etico-politica». Lo strumento del contraddittorio, in buona sostanza, «presenta un essenziale valore euristico-epistemologico, in considerazione del metodo dialettico come quello migliore finora escogitato per l'accertamento della verità».

il funzionamento della mente umana, quanto il problematico approccio alla dimensione "emozionale" dell'esperienza giuridica.

Se, dunque, si valorizzasse pienamente la funzione del contraddittorio come metodo di conoscenza, prima ancora che come diritto individuale¹¹³, i dubbi in merito alla concreta metodologia di "reperimento" delle massime all'interno dell'*iter* processuale dovrebbero grandemente ridursi, fino a dissiparsi del tutto. Ma affinché ciò avvenga il contraddittorio non potrà essere inteso solo come un principio processuale, dovendo piuttosto essere considerato come un "metodo" per la ricerca della verità *nel* processo. Esso avrà dunque un fondamentale valore *epistemico ed euristico*, perché la sua funzione sarà quella di *produrre conoscenza*. Al riguardo non deve peraltro sottovalutarsi la «*convenienza epistemologica*» che l'indagato concorra alla prospettazione di ipotesi alternative a quelle formulate dall'accusa. In tal senso, «*è certamente compito dell'accusa configurare ipotesi diverse; ma non di rado l'ipotesi alternativa, se davvero è conforme a realtà, è conosciuta solamente dall'indagato, ed è conforme alla struttura del modello accusatorio il sollecitarlo ad offrirla, sia pure, eventualmente, in termini ora di mera allegazione, ora anche di dimostrazione, quando la ricerca da parte dell'accusa non può essere fruttuosa*».¹¹⁴ In questo modo anche il senso comune potrà essere sottoposto al *controllo critico operato mediante tentativi di falsificazione, e direttamente all'interno del procedimento*, al fine di conferire alle ipotesi di spiegazione sollevate una concreta e affidabile spendibilità processuale ai fini dell'accertamento del nesso di causalità psichica.

Altre analoghe "precauzioni" andranno poi adottate nella fase *ex post* dell'accertamento, in cui, come si diceva, occorrerà stabilire se la ricostruzione operata "*in via congetturale*" nella fase *ex ante* trovi o meno riscontro in tutti i dati probatori raccolti, secondo un ragionamento di tipo marcatamente *induttivo* la cui finalità sarà ridurre ogni margine di incertezza che dovesse residuare dall'analisi condotta nel primo *step* dell'accertamento. È utile ribadire come in tale, decisiva, fase il giudice debba procedere con estremo rigore alla valutazione di tutte le emergenze probatorie rilevanti, al fine di escludere, tramite l'accorto uso del *procedimento per esclusione*, l'incidenza di ogni decorso alternativo ipotetico *ragionevolmente* ipotizzabile, in ossequio al principio *in dubio pro reo*.

Alla luce di queste considerazioni, viene dunque smascherata, in ultima analisi, quella che è l'aporia insuperabile e definitiva del condizionalismo rispetto ai casi di causalità psichica, in quanto, «*mentre tale posizione si presenta, sotto il profilo teorico,*

¹¹³ D. Pulitanò, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *RIDPP*, 2005, 951 ss.

¹¹⁴ Così E. Fassone, *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, in *RIDPP* 1995, 1107 ss. In senso analogo P. Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna 2005, 62, «il contraddittorio, la cui assenza sta proprio nella pratica comunicativa enunciata dalla regola "*audi alteram partem*", è lo specchio dell'identità stessa del processo».

come scientifica, certa, tassativa, siccome rinvierebbe a "leggi di copertura" di carattere scientifico, sul piano pratico essa costituisce, invece, l'alibi per la fuga dall'argomentazione e l'ascrizione dell'evento sulla base di pseudo-evidenze, che non tengono alcun conto della specificità della condotta umana e della complessità e varietà dell'atteggiarsi dell'uomo nel mondo»¹¹⁵.

Anzi, alla luce delle suesposte riflessioni, è possibile concludere che l'impiego del classico modello nomologico-deduttivo in contesti eziologici strutturalmente incompatibili diverrebbe un'operazione addirittura *elusiva* della prova dell'esistenza del legame causale effettivo. Questo perché a questioni giuridico-epistemologiche indubbiamente connotate da un più elevato coefficiente di difficoltà rispetto a quelle invece ritenute "ordinarie" (in quanto rientranti nello "standard" della prassi quotidiana del diritto penale) si fornirebbero risposte che solo esteriormente potranno apparire risolutive o "rassicuranti", ma che in realtà non rappresentano altro che il portato di certe insidiose e diffuse forme di "conformismo ermeneutico" che non mancano di concretizzarsi, sul piano processuale, in quelle ben note "clausole di stile" sovente impiegate all'interno delle motivazioni delle sentenze (soprattutto di legittimità), il cui copioso utilizzo appare sorretto e legittimato unicamente dalla finalità di "alleggerire" il più possibile il difficile compito di motivare le affermazioni di responsabilità. Così, le tiranniche necessità della prassi finiscono, specialmente in tali più problematici contesti, per legittimare esiti interpretativi la cui essenza logica e concettuale risulta del tutto scollegata dalla concreta realtà empirica di volta in volta rilevante per il diritto.¹¹⁶

2.1. Orbene, pur implementando il descritto modello, accertare il nesso causale tra la commissione del reato di *Revenge porn* e il suicidio della vittima rimane un'operazione certamente complessa. Tuttavia, al riguardo è possibile valorizzare le importanti indicazioni provenienti da alcune sentenze di legittimità emesse su casi simili, attinenti a contesti criminologici non troppo lontani da quello in esame, in quanto in essi, pur venendo in gioco il compimento di fatti di reato diversi, assistiamo comunque

¹¹⁵ M. Ronco, *Le interazioni psichiche*, cit., 843.

¹¹⁶ Cfr. J. Dupré, *Natura umana. Perché la scienza non basta*, Roma-Bari 2001, *passim*, sulla non riducibilità delle vicende esistenziali dell'essere umano a paradigmi freddamente scientifici. L'esigenza sarebbe al contrario quella di un approccio pluralistico che possa attingere anche dalla "saggezza" e dalla "comprensione" della natura umana, secondo più ampie prospettive derivabili da studi di stampo anche umanistico. Lo scientismo, cioè «una concezione spesso distorta di quello che la scienza è in grado di fare o di spiegarci», finisce per comportare una drastica limitazione delle capacità di comprensione dell'uomo, particolarmente disastrosa quando è applicata ai tentativi della mente umana di rispondere a domande su se stessa e sulla sua libertà. Insomma, come non è possibile appiccicare l'etichetta di "scientifico" ad un sapere che in realtà non lo è, allo stesso tempo non può certamente sostenersi che il libero arbitrio costituisca semplicemente un «fantasma della macchina», come ad es. sostenuto da S. Pinker, *The Blank State*, New York 2003, 177.

alla messa in atto di condotte materiali parimenti dotate di una notevole attitudine a condizionare (e a destabilizzare) la psiche del soggetto passivo.

Si pensi al caso di un uomo che, dopo aver subito numerosi episodi di violenza, minaccia ed estorsione, in preda ad uno stato di profonda disperazione decise di uccidere la moglie e il figlio e infine di togliersi la vita¹¹⁷. La Cassazione ritenne esente da censura la declaratoria di responsabilità dell'usuraio ex art. 586 Cp poiché, secondo i giudici, l'omicidio-suicidio perpetrato dal soggetto vessato era causalmente riconducibile, a titolo di omicidio colposo, alla pervasiva attività intimidatoria ed estorsiva subita dalla parte lesa. In questo caso, la condotta criminale dell'usuraio fu ritenuta determinante nel processo di condizionamento psichico che aveva travolto la vittima, inducendola ad uccidere e ad infliggersi la morte: in merito i giudici rilevarono come i percorsi del peggioramento disagio mentale della parte lesa fossero stati gravemente intaccati dall'intervento scatenante dei fattori eziologici ancorati alle condotte estorsive del responsabile del delitto doloso presupposto. In particolare, è importante notare come il duplice gesto di omicidio-suicidio del soggetto passivo non fu considerato come un fattore eccezionale tale da interrompere il nesso di causalità ex art. 41, co. 2 Cp, bensì come una *diretta conseguenza* del condizionamento psichico lungamente subito.

Nell'occasione, la Cassazione prese anche l'abbrivio per enunciare il principio di diritto secondo il quale in siffatti casi il giudice di merito debba avere cura di accertare rigorosamente, proprio per la forte componente di autonomia e sufficienza causale legata al gesto di colui che si toglie la vita, che i delitti subiti abbiano posto la vittima in quella «*logica anche se drammatica alternativa tra un'esistenza disperata e la morte*», e non rappresentino invece la pura e semplice "occasione" del delitto, qualificandosi in quest'ultimo caso il suicidio come fattore eccezionale, sopravvenuto ed imprevedibile. Pare evidente che - anche al di là di un'esplicita presa di posizione in tal senso nel testo della sentenza in esame - la tipologia delle argomentazioni spese per la risoluzione del caso citato non possa certamente essere ricondotta all'interno del paradigma nomologico-deduttivo di spiegazione causale, potendosi ragionevolmente pervenire alle conclusioni indicate solamente impiegando un modello analogo a quello da noi proposto, basato sulle massime di comune esperienza "corroborate" dal procedimento per esclusione¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass. 19.10.1998, D'agata, cit. in M. Ronco - S. Ardizzone, *Codice penale ipertestuale*, Torino 2003, commento *sub* art. 586, 2037.

¹¹⁸ A ben vedere, nel caso in esame un più corretto utilizzo del modello suggerito avrebbe condotto ad una soluzione più appagante. Applicata nella fase *ex ante* la massima secondo la quale "un soggetto che versi in condizione psichica già alquanto precaria e che venga sottoposto ad una serie di condotte intimidatorie e di aggressioni verbali e fisiche, subisce, per effetto di esse, un crollo psicologico", si potrebbe obiettare che la stessa presenterebbe un basso coefficiente probabilistico, in quanto è parimenti vero che vi sono soggetti che, nelle condizioni descritte, agirebbero in modo diverso nei confronti

Analoghi rilievi valgono per altri complessi casi decisi dalla Suprema Corte qualche anno addietro, in relazione al delitto di maltrattamenti in famiglia seguito dal suicidio della vittima.¹¹⁹ Si trattava di vicende nelle quali le persone offese, per anni maltrattate dai rispettivi mariti tramite sistematiche vessazioni e umiliazioni fisiche e morali, giunte nel momento di massima prostrazione e disperazione, e trovandosi nella «*drammatica alternativa di scelta tra la morte ed un'esistenza disperata*», si determinavano al suicidio. I giudici di merito, motivando la condanna per il delitto ex art. 572, co. 2 Cp, in ordine alla sussistenza del nesso eziologico con l'evento suicidario rilevarono come i maltrattamenti subiti fossero stati talmente gravi da determinare col tempo uno stato psichico tale da portare la vittima al suicidio, da considerarsi dunque come «*effetto diretto*» dei maltrattamenti stessi. In merito al problema delle concause ex art. 41 Cp – anche a mente del filone giurisprudenziale secondo il quale la causa sopravvenuta “da sola sufficiente a determinare l'evento” ex art. 41, co. 2 Cp può configurarsi anche nel caso di decorso eziologico non completamente indipendente dall'antecedente, ma che comunque si collochi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale attribuibile alla condotta del reo, configurandosi come atipico e prospettandosi in un'ottica di assoluta eccezionalità¹²⁰ – la Corte argomentava nel senso che il gesto suicidario, lungi dal configurarsi come conseguenza del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente o comunque verificatosi in esito ad un percorso causale

dell'antagonista, e comunque non arriverebbero mai a suicidarsi e, men che meno, ad uccidere la propria moglie e il proprio figlio. Orbene, come visto, tale margine di indeterminatezza può essere agevolmente annullato tramite un rigoroso utilizzo del *procedimento per esclusione*, al fine di vagliare ed eventualmente scartare l'incidenza di tutti i decorsi alternativi ipotetici rilevanti *nel caso concreto*. Tuttavia, se nella fase *ex ante* la massima sarebbe certamente in grado di “spiegare” l'atto suicidario, le cose starebbero diversamente per quello omicidiario, essendo quest'ultima eventualità non così pacificamente “sussumibile” entro lo spettro della massima generale, apparendo effettivamente come un fatto ulteriore di molto più rara verificaione. Allo stesso tempo, occorre non trascurare che un'adeguata valorizzazione delle emergenze del caso concreto potrebbe contribuire a “rimodellare” in modo elastico l'ipotesi iniziale da sottoporre al controllo successivo, senza tuttavia giungere a “forzarla” in modo eccessivo per trovare a tutti i costi una spiegazione di quanto accaduto: nel caso in cui l'omicidio perpetrato dal soggetto condizionato risultasse un fatto del tutto all'altro rispetto all'ipotesi di spiegazione selezionata, già nell'ottica *ex ante* lo stesso non risulterà ascrivibile al soggetto condizionante, e quindi già sul piano del nesso causale (senza giungere a confondere il piano della tipicità oggettiva con quello della colpevolezza, segnatamente sotto il profilo di una “prevedibilità in concreto” dell'evento ulteriore - da provare nella successiva fase dell'accertamento dell'elemento psicologico).

¹¹⁹ Cass. 19.2.1990, n. 8405, Magurno, in *CP* 1991, 1987 ss., con nota di S. Preziosi, *Maltrattamenti seguiti da suicidio: oggettivo e soggettivo nell'imputazione dell'evento ulteriore, sullo sfondo della colpevolezza d'autore*; Cass. 29.11.2007, Passafiume, in *CEDCass*, m. 239585 con nota di G. Carloni, *La responsabilità dell'autore di maltrattamenti in famiglia nel caso di suicidio della persona offesa*, in *CP* 2008, 4074 ss. e di E. Di Salvo, *Il suicidio della vittima come conseguenza di una condotta di maltrattamenti*, in *CP* 2009, 906 ss.

¹²⁰ Cass. 9.10.1995, La Paglia, in *CP* 1996, 2539; Cass. 25.9.1995, Dal Pont, in *CP* 1997, 67; Cass. 1.6.1993, Vannicelli, in *CP* 1995, 159; Cass. 24.4.1990, Lamanne, in *CP* 1991, 1962; Cass. 16.5.2006, Lorenzoni, in *CEDCass*, m. 234596.

atipico ed eccezionale, si fosse atteggiato invece come causa sopravvenuta che aveva potenziato l'efficienza causale dei maltrattamenti, concorrendo a produrre l'evento (sent. Passafiume).

Dunque, secondo questo orientamento, è possibile affermare la sussistenza della fattispecie ex art. 572, co. 2 Cp quando il suicidio del soggetto passivo, benché non espressamente voluto, sia da mettere in sicuro e diretto collegamento con i ripetuti e gravi episodi di maltrattamenti, per effetto dei quali lo stato di prostrazione indotto nella vittima sia da identificarsi quale vero e proprio *trauma fisico e morale*¹²¹ che la determinarono a darsi la morte (sent. Magurno). Anche in questi casi, risulta immediatamente evidente come non si faccia alcuna questione di leggi scientifiche di copertura, ricavandosi l'inferenza causale da parametri di natura empirica ed esperienziale, più elastici e proprio per questo più idonei a cogliere "la cifra nascosta" di un'eziologia che si tinge di forti tinte emotive, psicologiche ed esistenziali, certamente non indagabili con metodologie di natura matematico-statistica: d'altronde, quale "legge di copertura" potrebbe mai stabilire quando concretamente una persona si possa trovare nella "drammatica alternativa di scelta tra la morte ed un'esistenza disperata"?

2.2. Premesso tutto ciò, giungiamo alla prima conclusione di questo lavoro. Il nesso di causalità richiesto dall'art. 586 Cp tra il nuovo delitto di *Revenge porn* e il suicidio della vittima sarà, a nostro avviso, accertabile nel modo seguente:

1) Nella prima fase occorrerà rinvenire la massima di comune esperienza in grado di "spiegare" ciò che normalmente può derivare dalla condotta dolosa di base che aziona il decorso causale psichicamente mediato, al fine di consentire il trapasso dalla percezione del fatto alla ricomprensione dello stesso sotto la fattispecie giuridica. Si potrebbe ricorrere ad una generalizzazione del senso comune del seguente tenore: "è frequentemente riscontrabile che una persona, laddove la stessa sia vittima di una brutale lesione della sua dignità personale (nel nostro caso derivante dalla diffusione non consensuale di propri video o immagini a contenuto sessuale ad opera di terzi), per di

¹²¹ Cfr. L. Monticelli, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – M. Papa, *I reati contro la famiglia*, Torino 2006, 412-414, nel senso che il suicidio dovrebbe apparire come l'inevitabile e "necessitata" conclusione della vicenda, non più riferibile ad un essere dotato di discernimento e di propria volontà, al fine di far perdere all'iniziativa del suicida il significato di "causa di per sé sola e sufficiente a determinare l'evento". In senso analogo, in merito all'art. 586 c.p., cfr. A.M. Stile, voce *Morte o lesioni*, cit., 149, secondo il quale per riconoscere la responsabilità ai sensi di questa disposizione occorre fare riferimento ai soli fatti che abbiano una capacità potenziale analoga a quella dell'istigazione al suicidio, ma senza che l'evento sia voluto. *Contra*, R. Pannain, *I delitti*, cit., 100; Id., voce *Omicidio*, in *NssDI*, XI, 1965, 873, secondo il quale «il fatto del suicida è un fatto umano, autonomo, che si erge dominatore nella catena causale e trova nell'offensore solo una occasione, non una concausa»; in senso negativo anche F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia 1979, 300 ss.

più messa in atto di fronte ad un'ampia platea di estranei, possa sviluppare un tale senso di vergogna e di disagio esistenziale da potersi determinare al suicidio"¹²². Inoltre, secondo una terminologia cara ai sostenitori della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento¹²³, in questa prima fase *ex ante*, il giudice dovrà formulare un giudizio prognostico fondato su un paradigma stocastico-disposizionale, al fine di valutare se la condotta dell'agente sia *idonea* a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, ovvero ad aumentare un rischio già esistente per il bene stesso. Ci si dovrà dunque porre un altro interrogativo: "la tipologia del materiale inviato, oltre che le modalità e le circostanze concrete della diffusione illecita sono astrattamente in grado di risultare psichicamente destabilizzanti per una persona 'media'"? Tale accertamento si renderà ulteriormente necessario anche a mente delle suesposte considerazioni sull'estrema variabilità fenomenologica del *Revenge porn*, che si traduce in un'estrema variabilità del suo potenziale lesivo, seppur valutato ancora "in astratto".

2) Nella seconda fase - se l'ipotesi di spiegazione enucleata nella prima fase sarà ritenuta adeguata, pur nella sua astratta generalità, ad illuminare il caso di specie - occorrerà utilizzare il *procedimento per esclusione* al fine di comprendere quello che invece è davvero accaduto nel caso *sub iudice* (questione di *probabilità logica*). A ben vedere, l'operazione in questione si renderebbe imprescindibile anche per chi ritenesse di riportare la questione all'interno dei moduli esplicativi della teoria condizionalistica, in quanto può ben accadere che anche una *legge statistica* ad elevata frequenza possa non aver operato nel caso concreto, come si potrebbe dimostrare tramite un'accurata valutazione di tutte le risultanze probatorie disponibili operata *ex post*. Nel nostro caso, al fine di valorizzare le peculiarità rilevanti del caso concreto ed analizzare tutti i decorsi causali alternativi ipotetici, il giudice dovrà porsi i seguenti interrogativi: *la vittima poteva avere altre "buone ragioni" per suicidarsi all'infuori di quella fornita dal compimento del delitto base di Revenge porn? Dalle testimonianze e da tutti gli altri elementi di prova raccolti è possibile stabilire se la vittima soffriva di un preesistente disturbo psichico sul quale il reato doloso di base abbia influito in modo tale da far "esplosione" una tendenza suicida già latente (problema delle c.d. cause preesistenti)? Quanto*

¹²² Cfr., nell'ambito della dottrina psichiatrica, A. Brière de Boismont, *De suicide et de la folie suicide*, Parigi 1856, 107: «Le critiche, le diffamazioni, le calunnie, fanno nascere il pensiero del suicidio. Un uomo è accusato di avere fatto morire sua moglie; i vicini lo evitano; egli non può sopportare questa idea e si asfissa».

¹²³ Per tutti, K. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Lipsia 1927, 60 ss.; R. Honig, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festschrift für Reinhard von Frank*, I, Tubinga 1930, 174 ss.; K. Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tubinga 1931; C. Roxin, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Gottinga 1970, 133; J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlino 1981; W. Frisch, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988.

ha pesato l'ulteriore opera di diffusione messa in atto dai c.d. secondi distributori? In che rapporti si trovavano concretamente il primo autore e la vittima? L'atto suicidario può essere qualificato come "causa da sola sufficiente a determinare l'evento" o è da ritenersi invece eziologicamente collegato alla condotta dolosa di base? Queste ed altre circostanze considerate rilevanti per il caso concreto andranno attentamente vagliate utilizzando scrupolosamente le emergenze probatorie, al fine di giungere a quel risultato di "pratica certezza" di cui si è detto¹²⁴. Solo così l'interprete sarà in grado di affermare o meno se, in linea con la giurisprudenza *supra* richiamata, il suicidio della vittima sia da mettere «*in diretto e sicuro collegamento*» con la condotta illecita di base, in quanto, solo quando il suicidio sia stato posto in essere per sottrarsi alle sofferenze psico-fisiche cagionate dal compimento del primo delitto (dotato di una intrinseca attitudine ad espandere la propria potenzialità lesiva fino a rendere concreta la sua capacità di offendere il bene vita), potrà riconoscersi la sussistenza di un rapporto eziologico diretto tra la condotta di diffusione illecita e il suicidio della persona offesa, a meno che non si verifichi una causa autonoma e successiva, che si inserisca nel processo causale in modo eccezionale, atipico ed imprevedibile. Occorrerà dunque accertare se il rischio creato o aumentato dall'agente con la propria condotta si sia poi realizzato nell'evento, valutando, con un giudizio di tipo diagnostico *ex post*, se l'evento costituisca *concretizzazione proprio di quel rischio*¹²⁵.

3. Ma accertare il nesso causale non basta. Come si accennava, accontentarsi del mero nesso eziologico fra condotta ed evento ulteriore significherebbe riportare l'applicazione dell'art. 586 Cp all'interno dell'anacronistica dimensione della responsabilità oggettiva, obliando così l'attuale stadio di evoluzione dell'ordinamento penale italiano, che nel corso degli ultimi trent'anni ha compiuto degli autentici "passi da gigante" verso la genuina affermazione del principio di colpevolezza rispetto a tutte le residue disposizioni incriminatrici «*intaccate dalla tabe della versari*». ¹²⁶ Le tappe del percorso verso l'affermazione dello *Schuldprinzip* nel nostro ordinamento (raffigurabili come molteplici tasselli di un'ampia "crestomazia" da cui l'interprete deve necessariamente attingere all'atto di impostare la questione sull'elemento soggettivo dell'illecito

¹²⁴ Cfr. C. Conti, *L'incontro tra teoria generale del reato e conoscenza giudiziale: l'accertamento del rapporto di causalità*, in *Il diritto delle prove penali*, a cura di P. Tonini – C. Conti, Milano 2012, 167 ss., 173 ss.: «L'importante è che si riesca a eliminare ogni ragionevole dubbio. Se è possibile tale livello di prova, si può affermare che non esiste più una differenza qualitativa tra leggi scientifiche e massime di esperienza».

¹²⁵ H.J. Rudolphi – E. Horn – E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁵, Band I, AT, Francoforte 1987, Vor § 1/57 ss.; A. Schönke – H. Schröder – T. Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁴, Monaco 1991, Vorbem § 13, Rn. 57; K. Kühl, *Strafrecht, AT*, Monaco 1994, 4/43.

¹²⁶ L. Cornacchia, voce *Reato aberrante*, cit., 173.

penale), sono certamente molto note, ma riteniamo comunque opportuno riassumerle sinteticamente in questa sede al fine di valorizzarne i risvolti più utili ai fini della nostra indagine:

*) *Sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale*, secondo la quale i requisiti subiettivi minimi d'imputazione soggettiva senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena richiedono che il fatto imputato debba necessariamente includere almeno la colpa dell'agente "in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica". Ora, è evidente che fra gli elementi più significativi della fattispecie ex art. 586 Cp vada compreso anche l'evento non voluto, in quanto esso risulta certamente significativo sia rispetto all'offesa, sia rispetto alla pena¹²⁷: così, è in relazione a tale evento che deve essere accertata la colpa dell'agente per il fatto realizzato.

*) *Sentenza n. 1085 del 1988 della Corte Costituzionale*, secondo la quale è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa), ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso rimproverabili. Orbene, in merito alla fattispecie in esame, è pacifico che tra i predetti elementi rientri certamente la "conseguenza ulteriore non voluta". Inoltre, la sentenza riferì il requisito della colpa anche ad attività illecite, come la sottrazione e l'impossessamento di una cosa mobile altrui al fine di farne un uso momentaneo (art. 626, co. 1 n. 1 Cp), stabilendo che la mancata restituzione non sia addebitabile al soggetto agente se non dovuta a colpa¹²⁸.

*) *Riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, co. 2 Cp (introdotta con l'art. 1 l. 7.2.1990 n. 19)*¹²⁹, dalla quale è possibile ricavare due importanti assunti: 1) richiedendo il nuovo testo che le circostanze aggravanti siano «ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa», è chiaro che, trattandosi di una colpa che si innesta su un fatto già di per sé costituente reato, il legislatore abbia così espressamente riconosciuto la possibilità di ambientare il rimprovero per colpa in un ambito di illiceità dolosa¹³⁰; 2) sul piano sistematico, richie-

¹²⁷ Cfr. D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in RIDPP 1988, 703 ss.

¹²⁸ In senso analogo anche le successive sentenze n. 2 del 1991, n. 179 del 1991, n. 61 del 1995.

¹²⁹ In merito, G. Marconi, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano 1993, 215 ss.; G.A. De Francesco, *Opus illicitum*, cit., 994 ss.; Al. Melchionda, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in RIDPP 1990, 1449 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La Fattispecie*, Padova 1993, 380 ss.; D. Brunelli, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova 1995, 363 ss.

¹³⁰ Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che, attesa l'ampia formulazione di tale disposizione, «non sussiste alcuna logica incompatibilità tra l'imputazione a titolo di dolo della fattispecie criminosa

dendo l'ordinamento almeno la colpa per l'imputazione dell'aggravante (che è un elemento accidentale dell'illecito), sarebbe certamente contraddittorio che lo stesso coefficiente psicologico non potesse essere preteso per l'imputazione dell'evento qualificante (che è un elemento essenziale dell'illecito) all'interno degli *echte erfolgsqualifizierte Delikte*. Anzi al riguardo, seguendo l'orientamento preferibile, sarebbe opportuno che i "delitti dolosi qualificati da un evento necessariamente non voluto" (alla cui realtà appartiene anche l'art. 586 Cp) fossero tutti ricondotti all'istituto della preterintenzione (previa un'opera di oculata "rifondazione" di tale paradigma, di cui si dirà a breve), al fine di evitare evidenti aporie interpretative e sistematiche.¹³¹

*) *Sentenza n. 322 del 2007 della Corte Costituzionale*, la quale, dopo aver ribadito il rango fondamentale del principio di colpevolezza, sottolineò come lo stesso miri a garantire ai consociati *libere scelte d'azione*, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. Allo stesso tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, co. 3 Cost.), la quale non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla "rimproverabilità" dell'autore. Così, pur potendo il legislatore, nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza, "graduare" il coefficiente psicologico in rapporto alla

base e quella, a titolo di colpa, di un elemento accidentale come la circostanza in questione» (Cass. 6.12.1994 n. 2164, Imerti; Cass. 27.10.1997, Carelli). Cfr. M. Gallo, *Appunti di diritto penale - vol. III. Le forme di manifestazione del reato*, Torino 2003, 24, secondo il quale il nuovo regime di imputazione delle aggravanti rende possibile la commistione fra dolo e colpa, «il primo proiettato agli elementi costitutivi essenziali del reato; la seconda sulle aggravanti», a tal proposito osservando: «non c'è però da gridare allo scandalo!».

¹³¹ Cfr. S. Canestrari, *Preterintenzione*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*², a cura di S. Canestrari - L. Cornacchia - G. De Simone, Bologna 2017, 533-534; C.F. Grosso, *Struttura e sistematica*, cit., 482 ss.; F. Tagliarini, *I delitti*, cit., 180. Al riguardo, se è vero che rileggere tale categoria di delitti aggravati dall'evento come ipotesi di delitti circostanziati consentirebbe di "restringere" l'ambito della responsabilità oggettiva (stante il riformato disposto dell'art. 59, co. 2 Cp), il "costo" di tale operazione appare insopportabile in termini di coerenza del sistema: in primo luogo, qualora il delitto qualificato fosse concepito come figura circostanziata, sarebbe possibile (nonché agevole) effettuare un giudizio di bilanciamento tra gli esiti ulteriori morte o disastro con delle circostanze attenuanti del tutto eterogenee (cfr. A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *RIDPP* 1988, 1048 ss.), con gravi contraddizioni in caso di equivalenza o di subvalenza degli stessi. Inoltre, la nuova formulazione dell'art. 59 Cp (che parla di "conoscenza" dell'aggravante) pare difficilmente adattabile alle ipotesi dei delitti (dolosi) aggravati da una conseguenza (necessariamente) non voluta (neppure a titolo di dolo eventuale, in quanto se così fosse si applicherebbe una figura più grave di reato: si pensi alle ipotesi ex art. 571, cpv., Cp; 572, cpv., Cp; 591, co. 3 Cp; artt. 18 e 19 l. 194/78, che si trasformano in omicidi o lesioni personali ove i rispettivi eventi aggravatori siano voluti o lambiti dalla volontà dell'agente in forma di accettazione della loro verifica).

natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati, in nessun caso gli sarà consentito prescindere *in toto* da al predetto coefficiente, che non potrà mai essere "sacrificato" in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. Infine, il principio di colpevolezza, oltre a porsi come vincolo per il legislatore, rappresenta anche un *canone ermeneutico per il giudice*, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti.

*) *La Sentenza n. 22676/2009 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione* («*sentenza Ronci*»)¹³², la quale ha affermato il principio che, nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assunzione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 Cp per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità materiale tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della *colpa in concreto*, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma penale che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di *prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita* del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un *razionale agente modello* che si trovi nella *concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale*.

Preso atto di tale rinnovato quadro d'insieme in merito alla configurazione dell'elemento soggettivo del reato rispetto ai contesti normativi originariamente improntati alla logica del *versari*, sul piano dogmatico occorre notare come tale pur necessaria operazione di "*soggettivizzazione*" dell'illecito - tramite l'inserimento della colpa nella struttura delle varie ipotesi di responsabilità oggettiva - risulti un'opzione certamente innovativa, in grado di condurre ad un radicale ripensamento delle nozioni ricavabili dal sistema vigente e dalle sue caratteristiche, in quanto, se il dato positivo resta immutato - nell'attesa di una sospirata riforma tanto della parte generale che speciale del nostro diritto penale - l'interprete sarà costretto a prodigarsi in autentiche "acrobazie ermeneutiche" al fine di adeguare il vetusto tessuto normativo del codice alle moderne istanze liberalgarantiste derivanti dalla costituzionalizzazione del *nulum crimen sine culpa*.

A ben vedere, il problema della rilettura costituzionalmente orientata dell'illecito preterintenzione non può considerarsi così facilmente risolvibile tramite la semplice imputazione dell'evento ulteriore "per colpa" secondo i parametri indicati nell'art. 43 Cp. Al contrario, occorrerà mettere in luce quelle che sono le ragioni sostanziali della sua *alterità* rispetto alle ipotesi di mera responsabilità oggettiva, tramite un'attenta

¹³² In CP 2009, 4564 ss., con nota di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*.

opera di ricostruzione della tipicità preterintenzionale, al fine di individuarne una "coerenza interna" tale da giustificare sia la creazione di uno schema generale di qualificazione in funzione di disciplina che la dosimetria sanzionatoria più severa: l'obiettivo da perseguire sarà pertanto quello di individuare e descrivere il precipuo "contenuto di illiceità" della responsabilità preterintenzionale *lato sensu* intesa e a ciò si potrà giungere solo tramite un'adeguata opera di *rifondazione della "teoria della preterintenzione"*¹³³.

Invero, tale aspirazione scientifica non sembra pervadere quei settori della dottrina e della giurisprudenza che, per un diffuso atteggiamento di "pigrizia", implementano - pur con diversità di accenti - una visione della preterintenzione anonimamente dispersa nel settore della responsabilità oggettiva. Si pensi alla risalente teorica del "dolo 'misto' a colpa specifica (per inosservanza di leggi penali)"¹³⁴, ormai appartenente alla storia del pensiero penalistico e certamente da accantonare in quanto risolvendosi in un mero travestimento verbale della responsabilità oggettiva¹³⁵.

Ma a risultati parimenti deludenti ha condotto anche la ricostruzione della preterintenzione come ipotesi di "responsabilità da rischio (vietato)", intesa come struttura autonoma di imputazione.¹³⁶ Questa impostazione - che in buona parte utilizza i

¹³³ S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, in *DigDPen*, IX, 1995, 696-700.

¹³⁴ Originariamente elaborata da M. Finzi, *Il «delitto preterintenzionale»*, Torino 1925, e successivamente riproposta e perfezionata da G. Leone, *Il reato aberrante*, Napoli 1940 in merito ai reati aberranti. Cfr., per la dottrina successiva, G. Maggiore, *Principi*, cit., 402 ss.; F. Alimena, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo 1947, 199; O. Vannini, *Quid iuris?*, Vol. 5: *Omicidio preterintenzionale*, par. 5, Milano 1950, 86-87; G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova 1978, 465 ss.; L.J. De Asua, *Il delitto preterintenzionale*, in *RIDPP* 1962, 10 ss.; P. Nuvolone, *Sistema del diritto penale*², Padova 1982, 367; V. Patalano, voce *Preterintenzione*, in *ED*, XXXV, 1986, 354.

¹³⁵ Già risalente e autorevole dottrina (cfr. A. De Marsico, *Colpa per inosservanza di leggi e reato aberrante*, in *AnnDPP*, 1940, 243; F. Antolisei, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *GP* 1948, 8; A. Regina, *Il reato aberrante*, Milano 1970, 129-138) mise in luce come tale elaborazione si risolverebbe in realtà in una mera truffa delle etichette, ricorrendo ad un insidioso concetto di colpa "presunta", in base alla quale l'autore del delitto doloso di base risponderebbe sempre e comunque dell'esito più grave verificatosi, in quanto l'indefettibile violazione della legge penale condurrebbe ad ammettere automaticamente la sussistenza della colpa. Per quanto riguarda il reato aberrante, il richiamo al concetto di colpa specifica finirebbe inoltre per decretare la superfluità dell'art. 83 Cp, riducendo le figure di *aberratio (ictus e delicti)* a mera superfetazione di quanto già previsto dagli artt. 81 e 43 Cp. Nei confronti dell'illecito preterintenzionale poi, non sembra seriamente sostenibile l'attribuzione alla medesima norma incriminatrice di due significati tra loro confliggenti: da una parte il divieto di realizzare il fatto doloso, dall'altra il comando di eseguire tale fatto con le cautele doverose per prevenire ulteriori offese ai beni giuridici, non potendosi certamente rinvenire un'autentica "regola cautelare" all'interno del generico precetto contenuto nella legge incriminatrice del reato base. Nonostante ciò, tale forma di responsabilità oggettiva "mascherata" riaffiora periodicamente nelle decisioni giurisprudenziali, come ad esempio è avvenuto in Cass. 15.11.1989, Paradisi, in *RP* 1990, 744, secondo la quale non potrebbe ravvisarsi nella disposizione ex art. 584 Cp un'ipotesi di responsabilità oggettiva, perché l'elemento soggettivo (colpa) va ricercato nell'aver disatteso il precetto di non porre in essere atti diretti a percuotere o a ledere.

¹³⁶ Per tutti, A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano 1966,

criteri della *prevedibilità* e dell'*evitabilità* in concreto, negando peraltro che in contesto illecito facciano capo all'accertamento di una forma soggettiva definibile "colpa" (ritenuta quest'ultima ammissibile solo nell'ambito di esercizio di attività di base lecite) - pur distinguendosi per l'aver tentato di offrire una soluzione che mediasse tra l'impianto originario del codice e la sua rilettura costituzionalmente orientata, non è riuscita a fornire un corretto inquadramento dogmatico dei fenomeni della responsabilità preterintenzionale ed oggettiva. In effetti questa lettura, pur desumendo dall'art. 27 Cost. la sussistenza dei suddetti requisiti della prevedibilità ed evitabilità dell'esito non voluto (unitamente alla valorizzazione dell'intervento di fattori accidentali e fortuiti nella produzione dell'evento che renderebbero quest'ultimo non più *finalisticamente dominabile* dall'agente), continuerebbe a non dare conto delle ragioni che hanno spinto il legislatore a stabilire una differenza di trattamento sanzionatorio tra gli istituti del delitto aberrante e dell'illecito preterintenzionale, i quali vengono semplicisticamente assimilati dal punto di vista del criterio di imputazione (inteso come un *quid* intermedio tra dolo e colpa all'interno di una terza e particolare forma di responsabilità colpevole ex art. 42, co. 3 Cp), trascurando che nella fisionomia delle fattispecie qualificate la funzione del requisito della *prevedibilità* risulta molto più complessa, in quanto essa opera già *in astratto*, a livello del delitto doloso di base (il quale esprime una situazione di *pericolo* in vista dell'esito ulteriore).

Invero, l'impianto argomentativo della tesi in questione risulta viziato già a monte, e segnatamente per il pregiudizio di voler restare a tutti i costi ancorato ad una *dogmatica postulante una struttura unitaria della colpa*: in tal modo, dal non voler concepire - a livello ontologico - una colpa in attività illecita¹³⁷ non può che derivare l'assunto giuridico che quando l'attività base sia già di per sé illecita, la responsabilità per la conseguenza ulteriore non voluta debba essere una *responsabilità più grave della colpa*, in quanto il rischio affrontato sarebbe, già in radice, un "rischio illecito". In effetti, solo partendo da questo rigido apriorismo è possibile concepire un'autonoma collocazione degli elementi dell'*evitabilità* e della *prevedibilità* nella fase dell'accertamento concreto, impensabile invece rispetto ad un comportamento imprudente in un

149 ss.; Id., *Fatto, condotta illecita e responsabilità oggettiva*, in RIDPP 1985, 645 ss.; Id., *Responsabilità oggettiva*, in Studi Vassalli, I, Milano 1991, 179 ss.; Id., *Principi*, cit., 330; S. Ardizzone, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Milano 1984; V. Militello, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano 1984, 39 ss.; Id., *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 259 ss.; Id., voce *Morte o lesioni*, cit., 207-211.

¹³⁷ Secondo un *topos* argomentativo frequentemente impiegato nella letteratura tedesca. Nel senso dell'insensatezza che la colpa implichi il riferimento a cautele e diligenze nella specifica realizzazione del delitto di base, F.C. Schroeder, *Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung*, in JZ 1989, 778; E. Schmidhäuser, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflicht-verletzung*, in Fest. Schaffstein, Gottinga 1975, 129 ss.; H.H. Jescheck - T. Weigend, *Lehrbuch*, cit., 572; K.D. Bussman, *Zur Dogmatik erfolgsqualifizierter Delikte nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz*, in GA 1999, 21 ss.; G. Küpper, *Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte*, in ZStW 1999, 785 ss.

contesto lecito. Peraltro, atteso l'attuale "stato dell'arte" del sistema dell'imputazione soggettiva del reato, da questo punto di vista tale impostazione appare oggi "storicamente condizionata", in quanto originariamente sorta in un'epoca in cui era ancora scarsa la sensibilità per il principio di colpevolezza: come giustamente è stato notato, essa poteva, in effetti, rendere utili servigi in un momento storico in cui lo sviluppo della coscienza giuridica non consentiva ancora l'espulsione della responsabilità oggettiva dal sistema¹³⁸. Ma, dopo il lungo percorso compiuto a partire dal 1988 fino ad oggi, la prospettiva generale risulta completamente mutata, sicché la dogmatica in commento rischia oggi solo di ritardare, oppure, di offuscare la piena penetrazione del principio di colpevolezza nel nostro ordinamento¹³⁹.

Come evidenziato anche dalle Sezioni Unite nella *sentenza Ronci* (in cui peraltro si è esplicitamente esclusa la possibilità di aderire alla teoria in commento), nella pratica, l'ambito di applicazione di una "*responsabilità da rischio totalmente illecito*" potrà essere notevolmente diverso a seconda del concetto di prevedibilità ed evitabilità dell'evento che poi si adotta, ed in particolare a seconda che si richieda una prevedibilità ed evitabilità da valutarsi in astratto o in concreto, e, in questa seconda ipotesi, da valutarsi *da un punto di vista soggettivo* (cioè del concreto soggetto agente) ovvero *oggettivo* (cioè di un agente ideale, più o meno modellato sulle caratteristiche dell'agente concreto). Così, nella prima ipotesi i risultati pratici saranno simili a quelli della teoria della responsabilità oggettiva, mentre se si giunge ad adottare un criterio di valutazione della prevedibilità ed evitabilità secondo gli stessi parametri che si utilizzano ai fini del giudizio sulla colpa, la "*responsabilità da rischio totalmente illecito*" finisce in realtà per avvicinarsi sempre più a quella per colpa, smarrendo di fatto la sua identità.

Orbene, la ricostruzione a nostro avviso preferibile appare quella che concepisce l'illecito preterintenzionale come *entità autonoma* e non solo come somma additiva

¹³⁸ In tal senso, F. Basile, *L'alternativa*, cit., 719-723. In effetti, la sentenza n. 364 del 1988 ha anche fatto esplicito riferimento alla colpa quale «*violazione di regole preventive collegate al complessivo risultato ultimo vietato*», in tal modo rifiutando la tesi di una colpa contrassegnata solo dalla prevedibilità ed evitabilità e non anche dalla violazione di una regola cautelare.

¹³⁹ Come già notava F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1988, 26, secondo il quale «*posizioni di questo tipo rappresentano un elemento frenante rispetto alle riforme*». La prassi successiva sembra poi aver confermato tale giudizio critico, in quanto la teoria in questione ha spesso offerto un comodo alibi alla giurisprudenza per continuare ad imputare la responsabilità per la conseguenza ulteriore non voluta su base meramente causale. Anzi, proprio l'ostinata negazione della possibilità di concepire una colpa in attività illecita, unitamente all'ambigua e reiterata evocazione terminologica della responsabilità oggettiva (sia pur integrata e corretta) da parte degli epigoni di questa tesi, hanno condotto la giurisprudenza che ad essa ha esplicitamente aderito verso esiti applicativi aberranti: si vedano, sull'art. 586 Cp, Cass. 3.8.1993 (ud. 28.5.1993), Ciman, in *CEDCass*, m. 194773; Cass. 28.3.1997, Sambataro, in *CEDCass*, m. 207274; sull'art. 584 Cp, Cass. 6.4.2002 (ud. 13.2.2002), Izzo, in *CEDCass*, m. 222054, le quali, pur formalmente richiamando gli assunti della "*responsabilità da rischio illecito*", hanno di fatto imputato all'autore del reato-base doloso la conseguenza ulteriore non voluta sulla base del solo nesso causale.

(del resto sconosciuta a livello sanzionatorio) di un delitto doloso base e di un evento qualificante. La tipologia delittuosa in questione sarà dunque caratterizzata dalla particolare natura della condotta intenzionale di base, che deve integrare un *pericolo (almeno) astratto*¹⁴⁰ rispetto al bene giuridico protetto dalla complessiva fattispecie qualificata¹⁴¹, in quanto, la vera caratteristica peculiare degli illeciti preterintenzionali - invero trascurata dalla dottrina italiana - è da rinvenirsi nel fatto che l'evento più grave non si sviluppa in modo casuale dalla condotta intenzionale, ma rappresenta l'*attuazione della messa in pericolo potenziale connaturata tipicamente al delitto doloso di base*¹⁴².

A differenza delle teorie elaborate in alcuni settori della dottrina d'Oltralpe - propensi o ad analizzare il rapporto tra l'elemento del pericolo specifico presente nel delitto doloso di base e la conseguenza aggravante nella prospettiva di ravvisare un valore "addizionale" all'*Unrechtstatbestand* di tale tipologia delittuosa, determinando una sorta di "rincorsa" a rintracciare un *plus di illiceità* valorizzando il requisito del pericolo ora sul versante soggettivo ora su quello oggettivo degli illeciti qualificati¹⁴³; oppure ad elaborare nuovi criteri delimitativi su un terreno oggettivo distinto da quello della colpa, proponendo soluzioni policrome ma sostanzialmente riconducibili all'antica richiesta dell'*adeguatezza dell'illecito di base in vista dell'esito aggravante*, risalente già

¹⁴⁰ Per un'ampia disamina della policroma nozione penalistica di "pericolo", anche da un punto di vista storico e comparatistico, si veda A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili dogmatici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino 2005.

¹⁴¹ Così S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 704 ss.; Id., *L'illecito*, cit., 86 ss., 132 ss., 178 ss.; M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Milano 1992, 390.

¹⁴² Tale ricostruzione, di ascendenza germanica, è riconducibile agli studi di G. Boldt, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht*, in *ZStW* 1936, 44; W. Frisch, *Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat*, in *GA* 1972, 321 ss.; K.H. Gössel, *Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18*, in F. S. Richard Lange, Berlino-New York 1976, 232; H.J. Hirsch, *Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts*, in *GA* 1972, 65 ss.; G. Jakobs, *Das Fahrlässigkeit*, in *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Teheran 1974, 37; Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*², Heidelberg 1976, 243 ss.; V. Krey - T. Schneider, *Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits Kombination nach geltendem und künftigem Recht*, in *NJW* 1970, 461; W. Küper, *Gefährdung als Erfolgsqualifikation?*, in *NJW* 1976, 546; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlino-New York 1976, 180.

¹⁴³ Ad es., nella ricostruzione di W. Schneider, *Par. 56 StGB und die Strafrechtsreform*, in *JR*, 1955, 414 ss. e E. Kohlrausch - R. Lange, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetz*⁴², III, § 56, Berlino, 1959, dove la figura del dolo di pericolo rispecchierebbe la vera essenza dell'illecito (in quanto il reo agirebbe senza alcun riguardo al rischio), di fatto si assimila il dolo di pericolo al dolo eventuale: così opinando, la ricostruzione dogmatica della categoria ne risulterebbe del tutto stravolta. Secondo un altro orientamento (cfr. F.C. Schroeder, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*¹⁰, 21. Lieferung, Berlino-New York, 133-134), la soluzione sarebbe quella di individuare un eventuale grado di colpa più elevato che, benché non legalmente tipizzato, sarebbe identificabile a livello interpretativo in una violazione "straordinariamente intensa" del dovere oggettivo di cautela, che risiederebbe proprio nella commissione del delitto di base, discutendo poi se sia necessario e/o sufficiente verificare l'oggettiva prevedibilità dell'esito non voluto.

ad ENGISCH¹⁴⁴ – in cui è diffusa la tendenza a ridimensionare la fase dell'accertamento della trasgressione della regola precauzionale, se non a totalmente rinunciarvi (al punto che le caratteristiche della colpa in contesto illecito si riducono alla versione "soggettivo-individuale" del parametro della *prevedibilità*¹⁴⁵) - la ricostruzione a cui aderiamo ritiene invece possibile l'edificazione di un precetto comportamentale *in re illicita*, cosicché si renderà necessaria la fase dell'accertamento di una sua violazione, la quale tuttavia presupporrà *una più intensa oggettivazione*.

Al riguardo, uno degli aspetti più complessi dell'intera questione risiede notoriamente nell'"*imbarazzo interpretativo*" che ha sempre suscitato l'operazione di reperimento di un'appropriata figura di *agente-modello* su cui basarsi, tramite un giudizio prognostico, per individuare la concreta *regola cautelare* la cui violazione rappresenta la *condicio sine qua non* della tipicità colposa. Infatti, secondo i sostenitori della *responsabilità da rischio illecito* (indubbiamente influenzati dagli studiosi d'Oltralpe citati), cadrebbe in profonda contraddizione un ordinamento giuridico che imponesse

¹⁴⁴ Ricercando ad esempio una "relazione di immediatezza" tra delitto di base ed elemento qualificante (cfr. G. Geilen, *Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Berlino-New York 1974, 655 ss.), anche nella variante della «*Letalitätslehre*» (cfr. G. Küpper, *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, Berlino 1982, 76 ss.; H.J. Hirsch, *Der "Unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, in *F.S. Dietrich Oehler*, Berlino 1985, 124 ss.), secondo la quale il rischio specifico degli illeciti qualificati deve essere provocato proprio dalla realizzazione dell'evento del delitto di base, cosicché la consumazione di quest'ultimo diventa presupposto necessario della tipicità. Tuttavia, come rileva S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 707, la nozione di *adeguatezza* come requisito della causalità – secondo una concezione che, come si è detto, sorse proprio al fine di edulcorare l'iniqua realtà normativa delle fattispecie aggravate – non raggiunge lo scopo di restringere in maniera convincente la sfera di applicazione di quest'ultime. Neppure tramite una nuova collocazione sistematica di tale elemento (nell'ambito della teoria dell'*Objektive Zurechnung*), svincolata da fondamenti ontologici e da una visione prevalentemente "statistica" del nesso eziologico, essa potrebbe, da sola, offrire una soluzione alla questione del nesso ulteriore: l'*Adäquanzzusammenhang*, come criterio normativo e valutativo che possiede un ruolo "autonomo" sul piano della tipicità – e la cui configurazione è affine a quella del canone della "*prevedibilità oggettiva*" – non appare sufficiente a definire, sul piano della colpevolezza, quel legame stringente ed intenso tra il delitto doloso di base e il risultato non voluto concretamente verificatosi.

¹⁴⁵ Cfr. K.H. Gössel, *Dogmatische*, cit., 214.; J. Baumann, *Strafrecht, AT*, Bielefeld, § 28 II 3b) B, 433, nt. 15. In effetti, come rilevato da M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 356, la "*prevedibilità*" resta un parametro integrativo e ausiliario là dove non esistano o siano insufficienti gli usi sociali o le discipline normative della cautele doverose, e assume un valore di criterio più autonomo nei casi in cui la colpa vada a ricostruirsi, problematicamente, in assenza di usi sociali deontologici, proprio come avviene in contesto illecito. Così, pur adottando la variante della "*prevedibilità oggettiva*" (cfr. H.J. Rudolphi, *Sk*, cit., § 18, n. 3; J. Wolter, *Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte*, in *Jus*, 1981, 171; H.J. Hirsch, *Zur Problematik*, cit., 73, nt. 44), tale criterio finisce per risultare fortemente circoscritto in quanto non finalizzato a verificare un'eventuale violazione di un dovere oggettivo di cautela, identificandosi di fatto con il già criticato requisito dell'*adeguatezza causale*.

delle autentiche "regole di diligenza" a chi agisce in un contesto permeato dalla commissione del reato-base doloso¹⁴⁶. Più a monte, e soprattutto, latiterebbe la possibilità di rintracciare un *agente modello* su cui fondare l'individuazione delle suddette regole, sottolineando dunque la difficoltà in cui verrebbe inevitabilmente a trovarsi il giudice chiamato a ricostruire la *Maßfigur* di "ladro modello", "rapinatore modello", "spacciatore modello", ecc., secondo il consueto parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*: ecco dunque perché secondo questa tesi non si potrebbe parlare di un'autentica responsabilità per colpa, dovendosi dunque ripiegare su altre forme (spurie) di imputazione.

Tuttavia, è importante ribadire come la rigidità di tale soluzione – che peraltro si pone in aperto contrasto col più aggiornato quadro giurisprudenziale e normativo sopra richiamato – sconti il prezzo dell'adesione, sul piano dogmatico, ad un *concetto unitario di colpa* esclusivamente parametrato sull'ipotesi "ordinaria" di un soggetto che, operando in un contesto lecito, viola la diligenza, prudenza o perizia che era possibile richiedere ad un agente avveduto e accorto che svolga la stessa attività, professione o ufficio dell'agente concreto in carne ed ossa. Inoltre, a ben vedere, si tratta di un orientamento che, già a livello *normologico*, muove aprioristicamente da un *pregiudizio imperativista*, secondo il quale, contenendo la norma che incrimina la preterintenzione un *divieto* di percuotere o ledere, non si potrebbe mai configurare l'ulteriore *comando* di "farlo con cautela". Tuttavia, tale prospettiva *imperativista* non viene mai esaustivamente argomentata, ma solo postulata¹⁴⁷.

Al contrario, a nostro avviso la categoria della colpa può senz'altro essere impiegata anche con riguardo alle attività illecite¹⁴⁸, in quanto, sul piano sistematico, occorre

¹⁴⁶ Cfr. A. Carmona, *Il versari in re illicita "colposo"*, in *IP* 2001, 22 ss., Id., *La "colpa in concreto"*, cit., 4586 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 131; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 379 ss. In senso critico anche G.A. De Francesco, *Opus illicitum*, cit., 1035 ss.

¹⁴⁷ Per una critica della "concezione imperativistica" della norma penale si rimanda, più in generale, a L. Cornacchia, *Il sistema dell'imputazione di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in G. Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Francoforte 2012, trad.it *Sistema dell'imputazione penale*, Napoli 2017, IX-XLI; Id., *Personalità*, in *Manuale di diritto penale*, cit., 213 ss.

¹⁴⁸ Secondo un assunto già autorevolmente sostenuto da ampi settori della nostra dottrina, sin dai tempi di F. Carrara, *Sul caso fortuito*, cit., 15, il quale affermava la configurabilità della colpa «così a carico di chi versa in cosa illecita, come a carico di chi versa in cosa lecita»; cfr. A. Bondi, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli 1999, 203, secondo cui «il dovere di ocularietà non ha ragione di sentirsi a disagio in un contesto illecito, in quanto il legislatore può ben vietare percosse eppure contemporaneamente ordinare cautela nei confronti di alcune conseguenze ad esse collegate»; cfr. E. Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *RIDPP* 2000, 871, per il quale «sembra incontestabile che la colpa possa configurarsi anche nello svolgimento di attività illecite: e la colpa ricorrerà in ordine a tutti gli elementi del fatto il cui avverarsi o la cui esistenza era riconoscibile da parte di un uomo ragionevole, che usasse della necessaria diligenza»; cfr. anche F. Ramacci, *I delitti di omicidio*, Torino 1997, 83.

preservarne la nozione da tutte quelle "suggerzioni ontologiche" che conducono l'interprete a trascurare il peculiare atteggiarsi dei suoi contrassegni negli eterogenei contesti presi di volta in volta in considerazione: la via da percorrere deve dunque muovere dal riconoscimento di una pluralità di "articolazioni" del concetto di colpa, evitando però di incappare nell'apodittica pretesa di edificare una distinta e ulteriore nozione di colpa (o, ancor peggio, di tipo di responsabilità), la quale finirebbe inevitabilmente per fondare un criterio amputato, apofatico, di attribuzione soggettiva (nel senso che quest'ultima sia esclusa unicamente dall'accertamento di un limite negativo, appunto della imprevedibilità-evitabilità dell'evento, obliando l'essenziale profilo dell'effettiva violazione di regole cautelari).

In verità, non sembra agevole comprendere la posizione di chi manifesta riluttanza ad utilizzare la nozione di colpa in un terreno illecito, e al contempo, non avverte alcuna remora ad invocare l'idea del *fortuito* per circoscrivere l'area della responsabilità (oggettiva e) preterintenzionale. Così, se effettivamente tale operazione di "frantumazione concettuale" della nozione di colpa si rende indispensabile per garantire il doveroso aggancio della preterintenzione *lato sensu* intesa ai principi fondamentali, non si dovrebbe avvertire alcun disagio a rinunciare ad un canone generale di interpretazione (o ad un mero pregiudizio dogmatico) in vista del perseguimento di un obiettivo certamente più stringente: l'implementazione del principio di colpevolezza in un ordinamento che, unico tra i sistemi penali europei più evoluti, mantiene ancora nel proprio tessuto normativo numerose ipotesi di responsabilità oggettiva. Veniamo dunque ad esporre la concezione da ritenersi preferibile.

3.1. Orbene, è noto come tramite il riconoscimento di una doppia misura della colpa¹⁴⁹ sia possibile conferire alle regole oggettive di cautela un'autentica funzione preventiva di fronte ad offese volute particolarmente rischiose (verso esiti più gravi): al livello della tipicità colposa, al fine di non disperdere la funzione generalizzante e regolativa dell'obbligo oggettivo di diligenza, rileva sempre il *dovere di riconoscere la verifica del fatto (Sollen)*, mentre la personale "possibilità di riconoscere", che si accerterà secondo una misura individuale (*Können*), risulta estranea al piano del fatto tipico e costituirà il parametro da utilizzare in sede di giudizio di colpevolezza.

¹⁴⁹ Per tutti, K. Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlino, 1930; M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Vienna 1974, 21 ss., 31-68, 182-200; B. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in JA 1975, 436-442, 512-516, 787-792; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965; N. Mazzacupa, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 241 ss., 280 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 205 ss.

Così, nell'esercizio di un'attività lecita la sfera del "dovere" può essere individuata solo tramite il criterio dell'*homo eiusdem*, che rappresenta una sorta di compromesso tra un punto di vista "oggettivo" e uno "soggettivo" di valutazione, perché comprende un significativo margine di *individualizzazione* già sul piano della ricostruzione della tipicità colposa, tanto che il dovere oggettivo di cautela sarà da considerarsi trasgredito qualora le circostanze di fatto e le conoscenze nomologiche avrebbero consentito di pervenire alla rappresentazione dell'offesa ad un soggetto immaginato come un uomo coscienzioso ed avveduto del circolo di rapporti cui appartiene l'agente.

Diversamente, nel contesto della *culpa dolo determinata*¹⁵⁰, la statuizione di una regola a scopo precauzionale viene colta con il solo requisito della *rappresentabilità oggettiva*, che non assumerà quale punto di riferimento un modello così "soggettivizzato" come l'*homo eiusdem*, ma un *tipo normativo collocato ad un livello di minore concretezza*. Il metro del giudizio sarà dunque costituito dalle *circostanze conoscibili dall'uomo "medio" o "normale" (mediamente avveduto)*¹⁵¹.

Tuttavia, l'adozione di tale più elevato grado di astrattezza non dovrà condurre a richiamare le conoscenze di un ipotetico "esperto universale" (il che si tradurrebbe, com'è evidente, in una raffinata riproposizione della logica del *versari*), dovendosi piuttosto effettuare il giudizio sulla riconoscibilità del pericolo assumendo come base "ontologica" per l'applicazione delle diverse cognizioni nomologiche l'*Anlass*, cioè l'insieme di elementi della situazione concreta conosciuti dal singolo soggetto agente. Così ragionando, gli obblighi precauzionali *de quo* non saranno concepiti per impedire un evento *tout court*, ma solo determinate modalità di produzione dell'evento lesivo: ne discenderà che la conseguenza qualificante non soltanto dovrà porsi in relazione di causalità con la condotta intenzionale, ma dovrà altresì risultare *realizzazione dello specifico rischio che il dovere oggettivo di cautela mirava a contrastare*, accertando la congruenza tra "scopo della norma" (inteso come sfera di protezione della regola oggettiva di precauzione) e modalità del danno (*Schutzzweckzusammenhang*).

Più a monte, è importante sottolineare che l'accoglimento della teoria della *doppia misura dell'imprudenza* consentirà di superare la tradizionale obiezione volta ad affermare l'impossibile coesistenza di due differenti atteggiamenti psichici, quali il dolo e la colpa, in capo al medesimo soggetto agente.

In particolare, l'adozione del parametro dell'uomo "*mediamente*" *avveduto*, integrato dalle superiori conoscenze ontologiche e nomologiche (*Sonderwissen*) proprie dell'agente concreto, non comprometterà la natura oggettiva del parametro di riconoscibilità dell'evento nella fase della genesi della pretesa cautelare in un'area illecita, in

¹⁵⁰ P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen 1826, § 19.

¹⁵¹ S. Canestrari, *L'illecito*, cit., *passim*; Id., *La responsabilità colpevole nell'articolato del Progetto Grosso*, in *RIDPP* 2001, 895 ss.

quanto, a ben vedere, le maggiori cognizioni per avventura possedute dal soggetto concreto non favoriranno certo operazioni di contenimento della responsabilità, bensì orienteranno nel senso di una sua *dilatazione*: ad opinare diversamente si configurerebbero degli inammissibili privilegi – tanto nella colpa, quanto nella preterintenzione – nei confronti di chi possiede un “sapere” ontologico e/o nomologico più elevato.

In tal modo sarà possibile integrare il giudizio di rappresentabilità oggettiva del risultato aggravante con un accertamento *di carattere teleologico*, imputando al reo soltanto quel “tipico” rischio illecito creato dalla particolare condotta storica (la quale allo stesso tempo dovrà integrare gli estremi di un determinato delitto doloso e presentare i contrassegni della “*colpa generica e oggettivizzata*” nei confronti della conseguenza qualificante), dovendosi appurare che nell’evento ulteriore prodottosi si è realizzato lo *specifico rischio* connesso alla effettiva fase esecutiva della condotta dolosa, alla prevenzione del quale era destinata la regola precauzionale violata, ricostruita appunto in base alle circostanze della *concreta situazione*, e non del pericolo astrattamente definito insito nel fatto-base legislativamente tipizzato:¹⁵² mancando tale “*le-game di rischio*”, la cui assenza vanificherà le ragioni dell’applicazione di una sanzione unitaria, l’offesa voluta e quella non voluta daranno vita a due delitti autonomi assoggettati a pene concorrenti.

Infine, se è pur vero che in tale ricostruzione il *profilo soggettivo* della colpa non giocherà alcun ruolo nella composizione strutturale dell’illecito preterintenzionale¹⁵³, nulla impedirà di implementare – soprattutto in prospettiva di riforma – il requisito della *prevedibilità soggettiva* sul piano del successivo giudizio di colpevolezza, in cui andranno prese in considerazione le specifiche caratteristiche del reo tramite il parametro della *rappresentabilità individuale dell’evento qualificante*.

¹⁵² Questa la ricostruzione proposta dal S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 708-712, che pare la più idonea a porre in rilievo le peculiarità di siffatto modello generale e autonomo di illecito penale, conferendogli una precisa identità normativa tramite un solido impianto argomentativo ritagliato sulle più moderne ricostruzioni dogmatiche in materia di colpa. La stessa, se congruamente applicata, si presta inoltre a correggere le evidenti storture rinvenibili in alcuni arresti giurisprudenziali, come ad esempio si è verificato in Cass. 19.3.1993 (ud. 11.12.1992), Bonalda, *CEDCass*, m. 228401, in *CP* 1993, con nota critica di S. Tordini Cagli, *Preterintenzione e principio di colpevolezza*, in *IP* 1994, 532 ss., in cui si ritenne configurato l’omicidio preterintenzionale nell’ipotesi in cui l’aggressione di un gruppo di tifosi di una squadra di calcio a un sostenitore avversario ne determinò la morte per infarto del miocardio. Invero, nel caso di specie, le norme cautelari violate – ossia, non colpire con pugni e calci un individuo a terra – mirano certamente ad evitare un evento mortale, ma non vi è *congruenza tra lo scopo di tali regole “attentive” e la conseguenza letale nella sua conformazione concreta* (il decesso non è stato causato da emorragie interne, ma da un infarto in un soggetto di giovane età).

¹⁵³ Ovvero, all’atto di edificare la sfera del *Können*, non potrà operare il requisito della riconoscibilità “*oggettivo-soggettiva*” impiegato nell’ambito della colpa ordinaria, non essendo rintracciabile un gruppo-tipo di riferimento il cui compito è quello di far corrispondere la sfera del dovere a quella del potere, tramite il riferimento a parametri differenziati di agenti-modello a seconda della classe o specializzazione “interna” rispetto a una medesima categoria sociale o professionale di appartenenza.

Ecco dunque chiarite le ragioni dell'*alterità* che intercorre tra la "colpa ordinaria" e la "colpa in ambito illecito" (intesa come criterio "integrativo" di imputazione all'interno delle fattispecie preterintenzionali in senso ampio). Un'*alterità* che si coglierà – *sul piano strutturale* – con riguardo al livello di astrazione più elevato su cui avverrà la verifica della trasgressione (e la genesi) della regola oggettiva di diligenza¹⁵⁴, e – *sul piano applicativo* – in relazione all'impiego del criterio dell'*evitabilità*, il quale nel settore in commento non potrà che avere margini assai ristretti di applicabilità¹⁵⁵.

Appare dunque evidente come la struttura oggettiva dell'illecito preterintenzionale così inteso si diversificherà da quella dell'illecito colposo in virtù di una *distinta valutazione normativa delle sfere di rischio* che individuano le regole precauzionali: sarà così possibile superare gli antichi pregiudizi in merito alla possibilità di richiedere, a chi intraprende una condotta pericolosa originariamente illecita, l'osservanza di norme comportamentali a scopo preventivo in direzione di conseguenze ulteriori, dovendosi dunque ritenere infondato il timore di convertire, ad esempio, il precetto dell'omicidio preterintenzionale nella formula "uccidere con cautela".

¹⁵⁴ Come ad esempio avviene per la *colpa del fatto del non imputabile*, che, come quella in contesto illecito, si caratterizzerà per la non riconducibilità di tali figure a «particolari tipologie di diligenti homuncoli ex ante in grado di riflettere gruppi professionali e/o ambiti della vita sociale» (S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 716): da ciò discenderà un fenomeno di atrofizzazione del versante oggettivo-soggettivo della colpa ad un dato strettamente obiettivo. In argomento, F. Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano 1961, 199 ss.

¹⁵⁵ Al riguardo, in dottrina (M. Donini, *Illecito e colpevolezza nella struttura del reato*, Milano 1991, 65, 428) ci si è chiesti come sia possibile «fare obbligo di realizzare una condotta alternativa essa stessa vietata», in quanto in queste ipotesi l'unica pretesa configurabile sarebbe quella di omettere il comportamento doloso di base, non certo quella di ledere "con attenzione". Insomma, l'*evitabilità* della condotta dolosa di base, a cui segue un evento non voluto ma prevedibile, non sarebbe mai verificabile sottraendo all'azione storica solo alcune modalità "imprudenti" o "negligenti", in quanto ciò comporterebbe la costruzione di una *condotta alternativa essa stessa illecita* (inerente al reato doloso di base), e quindi comunque inosservante e vietata. L'obiezione, che risente senz'altro del vecchio pregiudizio dogmatico della configurabilità di un unico concetto di colpa, è superabile già osservando come il rispetto delle regole cautelari sia meglio definibile come "onere" (in quanto la loro adozione è obbligatoria solo in funzione della finalità preventiva, nel senso che una particolare regola potrebbe essere sostituita da un altro modulo comportamentale, purché dotato di pari efficacia preventiva, cfr. L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 501 ss.), configurandosi come un "obbligo" solo nelle ipotesi di norme sanzionate. Inoltre, si tratterebbe di un falso problema, in quanto tale supposta criticità si riscontrerebbe anche in quei contesti leciti in cui varie azioni imprudenti o sconsiderate non ammettono – come alternativa consentita – di essere eseguite mediante accorgimenti che le rendano prudenti, dovendo soltanto essere *omesse*, essendo interdette in quanto tali: si pensi ai casi di "colpa per assunzione", alle azioni rischiose in un contesto autorizzato (e/o disciplinato), ai comportamenti *ab origine* penalmente leciti che creano una situazione di pericolo altrimenti inesistente. Sul problema se le regole cautelari, in quanto regole modali, possano consistere anche in un "obbligo di astensione", cfr. F. Giunta, *Illiceità*, cit., 236 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 18 ss.

In tal senso, ciò che non convince all'interno dell'impianto argomentativo della sentenza Ronci è la circostanza che, pur aderendo di fatto all'orientamento qui patrocinato (riprendendone finanche le cadenze terminologiche), all'interno della stessa si continui a parlare di una responsabilità fondata sull'*ordinario parametro della colpa*, quando al contrario, come visto, il parametro della "prevedibilità in concreto" non può certamente collocarsi, in modo armonico e coerente, all'interno della colpa intesa nella sua tradizionale, completa tipicità.

Nonostante la sentenza si segnali per l'encomiabile sforzo di risolvere una volta per tutte la *vexata quaestio* della colpa in contesto illecito tramite la riaffermazione vigorosa dei principi fondamentali rispetto alla problematica fattispecie ex art. 586 Cp (tentando peraltro di riavvicinare le istanze provenienti da "due diritti diversi": il «*diritto penale dei professori*» e il «*diritto penale dei giudici*»¹⁵⁶), sembra che verso la fine della sua dotta motivazione alla stessa sia mancata un'ultima dose di "coraggio" che le consentisse di *chiamare le cose col loro nome*, in quanto, pur avvalendosi pacificamente dell'apparato concettuale tipico della "*colpa generica oggettivizzata*", in essa esplicitamente si afferma: «*se si ritiene che la colpa (in contesto illecito) possa avere una fisionomia ed un contenuto particolari, si corre il rischio che si possa poi giungere di fatto ad un impoverimento e ad uno svuotamento del contenuto della colpa, con risultati pratici sostanzialmente identici a quelli della responsabilità oggettiva.*»

Ebbene, a nostro parere, la preoccupazione - certamente fondata rispetto alle evidenziate criticità delle altre teorie analizzate - non avrebbe più ragione di essere sollevata se soltanto si seguissero fino in fondo le istanze scientifiche provenienti dall'orientamento qui sostenuto: affermare che «*non sembrano sussistere valide e decisive ragioni per le quali, allorché si manifesti nell'ambito di una diversa condotta illecita, la colpa debba subire delle modificazioni nella sua struttura o nel suo contenuto*», per poi affrettarsi a precisare che «*per agente modello non si deve intendere uno "spacciatore modello", ma una persona ragionevole, fornita, al pari dell'agente reale, di esperienza nel campo della cessione ed assunzione di sostanze stupefacenti e consapevole della natura e dei normali effetti della sostanza che cede*», appare invero una contraddizione in termini. Oppure, *melius re perpensa*, in tale *dictum* può forse celarsi una sorta di "ultimo tributo" pagato alla dogmatica della concezione unitaria della colpa, che tuttavia a settori sempre più ampi della dottrina appare ormai del tutto incapace di cogliere la no-

¹⁵⁶ G. Fiandaca, *Il sistema penale fra utopia e disincanto*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. Canestrari, Torino 1998, 51 ss.; G. Flora, *Valori costituzionali, "diritto penale dei professori" e "diritto penale dei giudici"*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 326.

tevole varietà di forme e tipologie assunta dal fenomeno colposo all'interno del moderno ordinamento penale. Si tratta dunque di una costruzione teorica giunta alla sua fase crepuscolare e inesorabilmente condannata al declino¹⁵⁷.

Ad ogni modo, un ulteriore pregio della tesi qui sostenuta risiede nel fatto che essa non si sforza di "inventare" arzigogolate spiegazioni atte a giustificare il livello sanzionatorio particolarmente elevato delle varie figure aggravate "a struttura pre-rintenzionale" (il quale è, anche nel massimo, assai più rigoroso di quello configurabile in caso di concorso formale o materiale tra reato doloso di base e reato colposo per l'evento aggravante non voluto)¹⁵⁸. In effetti, nessuno contesta il fondamentale assunto di civiltà giuridica secondo il quale il principio di colpevolezza, oltre ad investire l'*an*, debba anche sorreggere e plasmare il *quantum* (astratto e concreto) della pena¹⁵⁹, ma allo stesso tempo occorre non trascurare a quali criticità possano condurre le teorie che – come quella della "responsabilità da rischio illecito" – cedendo alle lusinghe di un artificioso accomodamento con il principio di colpevolezza, e nell'affannarsi verso la ricerca di un fumoso *plus* di illiceità che giustifichi il *quantum* della pena, finiscono per stravolgere l'altrettanto essenziale piano dell'*imputazione* dell'evento aggravante, fondandone il criterio su una specie "mutilata" di colpa, in chiaro contrasto con la giurisprudenza costituzionale.

Al contrario, la ricostruzione da noi seguita si segnala positivamente per il fatto di affrontare con onestà "politica" e "intellettuale" il complesso tema in oggetto, in quanto la stessa muove dalla realistica presa d'atto che l'operazione di estirpare in modo definitivo la logica del *versari* dalle fattispecie in commento si tradurrebbe inevitabilmente nella scelta di riportare il loro regime sanzionatorio a quello del concorso

¹⁵⁷ Inoltre è opportuno ricordare come, soprattutto per quanto riguarda i settori della dottrina maggiormente influenzati dalla teorica dell'*imputazione oggettiva dell'evento*, appaia sempre più netta la presa di distanza dalle antiche "concezioni psicologiche" della colpa, la quale - più che essere intesa come errore vincibile, come difetto di attenzione, di memoria, di intelletto, o come volontà del mezzo e non del fine, o ancora come finalità potenziale, inerzia psichica o difetto della volontà in generale (secondo i canoni della dottrina tradizionale, che si poneva alla ricerca costante di un positivo o attuale contenuto unitario di tipo psicologico in ogni fatto colposo) - viene ormai concepita come un'entità tutta normativa, alla quale è ormai estranea quella "colpevolezza del volere", che, come noto, rappresentava l'aspirazione di fondo delle più risalenti concezioni teoriche in materia di illecito colposo. Sull'evoluzione e la crisi delle "concezioni psicologiche" già nella cultura penalistica zanardelliana, G.A. De Francesco, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova 1993, 412 ss., 420 ss. e, rispetto al problema del "caso fortuito" nei delitti qualificati dall'evento, 507 ss.

¹⁵⁸ Come rileva S. Corbetta, *La cornice edittale della pena*, in *RIDPP* 1997, 169, «anche a voler modellare queste ipotesi come fattispecie di dolo e colpa, il dosaggio delle sanzioni non risulta affatto coerente con i relativi connotati della colpevolezza».

¹⁵⁹ Dunque, "nessuna pena senza colpevolezza", ma anche "nessuna pena oltre la misura della colpevolezza" (cfr. H. Zipf, *Kriminalpolitik - ein Lehrbuch*², Heidelberg 1980, 65; D. Lang-Hinrichsen, *Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung*, in *GoldtArchiv* 1957, 7; M. Romano, *Commentario*, cit., pre art. 39, n. 69, 326).

tra i reati che le costituiscono: il che significherebbe cancellarne, *de facto*, la tipologia delittuosa.

Invero, *de iure condito*, emerge in tutta la sua criticità il vero peccato d'origine di queste fattispecie: ovvero quello di «*esser nate come norme rivolte a punire fatti originariamente concepiti come reati dolosi (a dolus indirectus), ed esser poi state tenute a lungo a balia dal versari in re illicita. Il loro rigoroso trattamento sanzionatorio, quindi, è solo un'ingombrante eredità di epoche passate*»¹⁶⁰, da cui il nostro diritto penale potrà emanciparsi del tutto solo tramite un'oculata riforma di ampio respiro sistematico. Ma prima che ciò avvenga, compito dell'interprete dev'essere quello di rendere il più possibile intellegibile la fisionomia di un istituto espressamente previsto dal codice, offrendone una definizione in grado di illustrarne razionalmente l'autonoma collocazione sistematica¹⁶¹.

Per quanto riguarda più da vicino l'art. 586 Cp - specialmente quando l'evento morte derivi dall'atto suicidario posto in essere dalla vittima di un reato doloso come il *Revenge porn* - si è già dato conto della necessità di ricondurre tale fattispecie nell'ambito della categoria dei delitti preterintenzionali.

Orbene, così opinando, per ritenere integrato l'art. 586 Cp bisognerà preliminarmente assumere come *Grunddelikt* un delitto doloso che possieda un *contenuto di pericolo astratto* verso i beni della vita e dell'incolumità individuale. Tramite il raccordo dell'art. 586 Cp al fenomeno della preterintenzione "rifondata" sarà possibile garantire l'operatività dei suesposti criteri obiettivi di imputazione, attraverso i quali filtrerà la stringente esigenza di tassatività dell'istituto. In quest'ottica, la ricostruzione proposta appare l'unica in grado di offrire una maggiore determinatezza a tutti i "delitti qualificati", e il discorso vale ancor più per la disposizione *de qua*, che altrimenti risulterebbe connotata da margini di vaghezza intollerabili, finendo per disciplinare un'ipotesi di *responsabilità oggettiva sui generis*¹⁶², in quanto, a fronte di un trattamento sanzionatorio comunque superiore a quello previsto per il concorso di reati, l'unico accertamento richiesto sarebbe quello sul nesso di causalità, in modo peraltro divergente sia rispetto alla stessa figura dell'*aberratio delicti* plurilesiva (che quantomeno individua il suo tipico ambito di rischio all'interno della "erronea attività esecutiva dell'agente"), sia rispetto alle fattispecie ad evento qualificante in cui il primo reato risulti già tipizzato dal legislatore (nelle quali dunque la sfera di rischio viene individuata *ex lege*

¹⁶⁰ Così F. Basile, *L'alternativa*, cit., 758.

¹⁶¹ Tuttavia, a nostro avviso, si potrebbe agevolmente giungere a fornire una congrua giustificazione del più elevato trattamento sanzionatorio di queste figure di reato se solo si valorizzasse pienamente, tramite un oculato impiego della teoria della *colpa generica oggettivata*, la necessaria "connessione di rischio" che caratterizza la fattispecie preterintenzionale, che in effetti vale a rendere quest'ultima qualcosa di molto diverso dal mero concorso tra un reato doloso e uno colposo.

¹⁶² S. Canestrari, voce *Preterintenzione*, cit., 721.

valorizzando i precipui connotati criminologici dei contesti di volta in volta ritenuti meritevoli di "maggior protezione" penalistica: abuso dello *ius corrigendi*, maltrattamenti in famiglia, rissa, abbandono di minori o incapaci, omissione di soccorso, ecc.).¹⁶³

Ebbene, nel nostro caso, appare indubbio che un reato come quello di *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* possa ben tipicizzare una situazione di rischio in cui la conseguenza più grave sia in astratto prevedibile, in quanto la nuova fattispecie (peraltro significativamente collocata all'interno del novero dei "*Delitti contro la libertà morale*") appare certamente connotata da una significativa "*carica di pericolo*" nei confronti del (drammatico) esito ulteriore: a nostro avviso, appare quanto meno verosimile che sottoporre una persona ad una simile, brutale, umiliazione possa infliggerle un tale tormento psicologico da poterla finanche spingere al suicidio. Decisivo sarà però valutare il *Sonderwissen* dell'agente concreto, le cui "conoscenze superiori" dovranno integrare il parametro astratto dell'*uomo mediamente avveduto*.

Più in particolare, anche a mente degli insegnamenti giurisprudenziali sul tema, occorrerà valutare, tramite un *giudizio di prognosi postuma*, e sulla base del comportamento che sarebbe stato tenuto dalla differenziata figura dell'*uomo mediamente avveduto* (tenendo conto di tutte le circostanze della concreta e reale situazione di fatto), se il suicidio della vittima risultasse *prevedibile* dall'autore del fatto base. È chiaro che, derivando l'evento morte da un comportamento della stessa vittima (di cui si dovrà riuscire a dimostrare una significativa, se non totale, riduzione della capacità di autodeterminazione¹⁶⁴, al fine di eliminare gli altrimenti insormontabili "margini di insondabilità" del gesto suicidario¹⁶⁵), occorrerà valutare con maggiore attenzione l'elemento dell'*Anlass*, prendendo in considerazione tutti i sintomi concreti (*conosciuti dal soggetto agente*) che avrebbero potuto far prevedere l'azione suicida della persona offesa: ad esempio, il tipo di diffusione concretamente messa in atto, colto in relazione alle circostanze di ambiente e di tempo in cui la stessa venne compiuta, la natura e l'intensità del rapporto esistente tra autore e vittima, i dati personologici, fisici, psichici e morali della stessa: età, sesso, stato di salute fisica e mentale, sensibilità più o meno esasperata, convinzioni religiose, precedenti manifestazioni di propositi suicidi, ecc.¹⁶⁶

¹⁶³ Peraltro, l'aspetto più paradossale dell'attuale interpretazione giurisprudenziale dell'art. 586 Cp "*post-sentenza Ronci*" è che l'ipotesi meno grave – appunto l'art. 586 Cp – è stata corretta nel senso del "*dolo misto a colpa*", mentre l'ipotesi più grave – l'art. 584 Cp – rimane pacificamente in giurisprudenza una figura di "*dolo misto a responsabilità oggettiva*"!

¹⁶⁴ Sul tema, H. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tubinga 1986; S. Walther, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Friburgo 1991; R. Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlino 1992.

¹⁶⁵ Che, come si diceva, dovrà risultare un'azione "necessitata", *id est* compiuta dalla vittima proprio al fine di sottrarsi alle sofferenze morali causate dal compimento del primo delitto.

¹⁶⁶ Al riguardo, cfr. già A.M. Stile, voce *Morte o lesioni*, cit., 148, secondo il quale «un effettivo disvalore

Così, impiegando tale criterio della *prevedibilità in concreto*, è agevole comprendere come il suicidio della persona offesa potrebbe ragionevolmente essere ascritto solo a colui che per primo abbia diffuso il materiale, e a patto che lo stesso fosse a conoscenza della situazione esistenziale della persona ritratta (si pensi al più frequente caso dell'*ex partner* della vittima), in quanto egli solo potrebbe possedere le "conoscenze superiori" in concreto rilevanti ai fini dell'imputazione ex art. 586 Cp reinterpretato in modo conforme a Costituzione.

Conseguentemente, sarà molto difficile ascrivere l'evento suicidario anche ai c.d. "*secondi distributori*", che - essendo nella maggior parte dei casi soggetti del tutto estranei al contesto esistenziale della vicenda, ed essendo dunque verosimilmente sprovvisti di qualunque conoscenza ontologica e/o nomologica in concreto - saranno chiamati a rispondere solo del delitto base, ma non della conseguenza ulteriore. Invero, solo impiegando il criticabile criterio della *prevedibilità in astratto* si potrebbe giungere all'aberrante soluzione di imputare il suicidio della vittima a tutti i moltissimi utenti del *web* che avessero, per avventura, messo in atto anche una sola, successiva, diffusione verso terzi, in quanto si avrebbe certamente buon gioco ad affermare che quasi tutto, *ex ante*, è "astrattamente prevedibile" (semplicemente tenendo in qualche conto ciò che poi è davvero accaduto), ricadendo di fatto nell'iniquo canone del *versari*.

L'accorto impiego del più analitico criterio della *prevedibilità in concreto* (come delineato dalla giurisprudenza nella sentenza *Ronci*, e già prima nelle succitate sentenze *D'agata* e *Passafiume*) dovrebbe dunque fungere da resistente "anticorpo" in grado di scongiurare che nella prassi si giunga ad esiti applicativi non in linea con i principi fondamentali, sia rispetto all'imputazione soggettiva dell'evento aberrante al primo autore, sia (e soprattutto) rispetto all'ipotesi dei c.d. *secondi distributori*¹⁶⁷.

d'azione sussiste specificamente nella realizzazione del delitto doloso non appena ci sia la possibilità di rendersi conto della incidenza potenziale del proprio fatto volontario (e privo di valore positivo) sulla vita o l'incolumità altrui».

¹⁶⁷ La cui opera di successiva diffusione - che, sul versante della causalità, contribuirà a rendere "virale" il materiale *hard* e dunque ad accrescere le potenzialità lesive della prima condotta - si atteggerà a causa sì sopravvenuta, ma certamente "*non sufficiente a determinare l'evento*" ex art. 41, co. 2 Cp, in quanto nulla sarebbe accaduto se il primo autore non avesse coscientemente attivato il decorso causale iniziale, il quale, "psichicamente mediato" dall'evento intermedio del crollo psicologico della vittima (verificatosi *in interiore homine*), condurrà materialmente alla morte della stessa. Anzi, a ben vedere, l'autore della prima condotta, che tramite la prima, fatale, diffusione del materiale abbia attivato il "rischio illecito" poi realizzatosi nell'evento, rimane senz'altro "competente" rispetto alla lesione del bene giuridico tutelato, in quanto i successivi contributi causali dei "*secondi distributori*", apparentemente idonei ad attrarre su di sé l'imputazione del nesso eziologico (da un punto di vista meramente "naturalistico"), non saranno idonei a configurare, sul piano normativo, un rischio eccentrico rispetto a quello inizialmente attivato, bensì - anche a mente delle peculiarità criminologiche del nuovo fenomeno - del tutto tipico! Così, in quello che appare come un classico caso di "*causalità cumulativa o da interazione necessaria*", più che come "*causa ad excludendum*" (cfr. L. Cornacchia, *Causalità*, in *Manuale di diritto penale*, cit., 372-373, che utilizza tale espressione per indicare la situazione in cui l'imputazione del fatto in capo ad un soggetto è radicalmente esclusa, perché egli non è "competente",

Dopodiché, occorrerà accertare la *relazione di rischio* tra la violazione della norma precauzionale generatasi nell'esecuzione del *primum delictum* e l'avvenuto suicidio con l'ausilio dei criteri oggettivi di imputazione del versante obiettivo della colpa. Andranno dunque valutate le concrete modalità di realizzazione del delitto base: a tal fine le "precauzioni" che una *persona ragionevole* dovrebbe adottare "al fine di non conferire alla sua condotta dolosa un potenziale di lesività tale da poter infliggere alla vittima un vero e proprio tormento psicologico" appaiono molteplici. E, ancora una volta, a nulla varrà ricorrere alla banale obiezione che "l'unica regola cautelare da adottare sarebbe astenersi *tout court* dal compimento del reato base", in quanto, ragionando liberi da siffatti condizionamenti dogmatici, un conto sarà inviare il materiale *hard* a poche persone appartenenti ad una ristretta cerchia più o meno "vicina" ai protagonisti della vicenda (come amici, parenti, datore di lavoro, nuovo *partner* della persona offesa), e un conto sarà caricare le immagini o i video sugli ampi portali della pornografia *online*, facilmente accessibili da parte di milioni di persone sparse in tutto il mondo. E ancora, un conto sarà diffondere i contenuti nelle *chat* di messaggistica istantanea al fine di provocarne la condivisione da parte di altri utenti, un conto sarà mettere in atto la stessa condotta allegando, ai *file* inviati, informazioni personali sul conto della persona offesa (come le sue generalità, il luogo di residenza o di lavoro, contatti telefonici, *link* ai profili sui *social media* o su altre piattaforme: fenomeno del "*doxing*") al fine di consentire che la stessa possa essere agevolmente identificata e diventare vittima di altri, ulteriori, "*hate crimes*" (atti persecutori, violenza sessuale, molestie di vario genere, violazioni della *privacy*), in grado di infliggere il "colpo di grazia" al suo già compromesso stato psicofisico (come d'altronde è avvenuto nel "caso Cantone"). Tenendo in debito conto consimili circostanze, sarà dunque possibile accertare la congruenza tra lo scopo della norma violata e la concreta modalità del danno (*Risikorealisierung*).

A nostro avviso, l'adozione di tale complessiva criteriologia di accertamento (tanto in punto di nesso causale quanto in punto di imputazione soggettiva dell'illecito), non sarà in grado soltanto di risolvere la specifica questione che ha ispirato questo lavoro, ma potrà essere fruttuosamente impiegata anche per risolvere tutti gli analoghi casi (appartenenti alla costellazione della "*divergenza tra il voluto e il realizzato rispetto ai decorsi causali psichicamente mediati*") che nella prassi concretamente si

oppure perché un fattore ulteriore - naturale o umano, della vittima o di terzi - soppianta i rischi per cui il soggetto era "competente") il comportamento dei "*secondi distributori*" si atteggerà piuttosto come "*causa ad augendum*" rispetto all'imputazione della conseguenza ulteriore al primo autore. Ma, come appena sottolineato, la loro responsabilità penale per l'avvenuto suicidio troverà, nella maggiore percentuale di casi, un autentico sbarramento sul versante dell'elemento soggettivo dell'illecito, in quanto sarà molto difficile accertare che gli stessi siano "*almeno in colpa*" (secondo la ricostruzione proposta) rispetto all'esito ulteriore non voluto.

presentino. Chiaramente occorrerà tenere in debita considerazione le caratteristiche dello specifico contesto criminologico di volta in volta evocato dalla commissione del reato doloso di base, ma nel complesso tale opzione interpretativa si rende particolarmente utile a fronteggiare le molteplici ambiguità che da sempre affliggono l'art. 586 Cp, essendo perfettamente in grado, da un lato, di sopperire alle evidenti lacune in punto di determinatezza che la norma presenta (la quale altrimenti si collocherebbe alle soglie della declaratoria di illegittimità per violazione dell'art. 25, co. 2 Cost.), e dall'altro, di offrire una ricostruzione costituzionalmente orientata dell'intero e problematico settore normativo degli "illeciti qualificati".

4. Nel tirare le somme del lavoro, proponiamo, in ordine sparso, i seguenti spunti di riflessione.

Il *Revenge porn* appare, con la sua peculiare e insidiosa fisionomia, un fenomeno tipico della c.d. "società del rischio"¹⁶⁸. Il suo significativo collegamento alle (ormai note e stringenti) problematiche derivanti dalla presenza sempre più invadente della tecnologia all'interno della nostra vita di relazione lo inserisce a pieno titolo nel novero dei così detti "problemi della modernità".¹⁶⁹ E il diritto penale contemporaneo, che con tali problemi deve pur confrontarsi, ne risulta ormai irrimediabilmente "contagiato", tanto nel senso di una sua sempre più larga *espansione* (degli orizzonti culturali, degli scopi di tutela, delle funzioni politiche), quanto in quello della sua continua *deviazione* verso itinerari dogmatici sempre nuovi e dalle imprevedibili prospettive di sviluppo. Non a caso il tema del "diritto penale del rischio" risulta fra i più discussi all'interno della riflessione dottrinale più o meno recente¹⁷⁰, all'interno della quale si discorre sempre più spesso di "punitivismo", "diritto penale simbolico", "diritto penale del nemico". Il diffuso impiego di tali paradigmi descrittivi, così fortemente connotati già sul piano terminologico, se da un lato è da mettere in correlazione con il diffuso disagio

¹⁶⁸ Per l'affermazione dell'idea di rischio nell'intera società si rimanda alla celebre riflessione di N. Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Berlino-New York 1991.

¹⁶⁹ Scontato il riferimento alle "profezie", purtroppo in gran parte avveratesi, contenute nell'importante contributo di F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2001, *passim*.

¹⁷⁰ *Ex multis*, cfr. F. Herzog, *Gesellschaftliche unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1991, 50 ss.; C. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krisis von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Francoforte 1993, 253 ss.; M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989.

provato dagli studiosi innanzi ad alcune recenti, aberranti derive della nostra materia¹⁷¹, dall'altro contribuisce a definire e denunciare il recente atteggiarsi dell'attuale politica criminale nei confronti dei fenomeni della modernità.

Il *Risikostrafrecht* appare dunque come il vero *enfant terrible* della recente storia del diritto penale, che, nella salvaguardia del futuro della nostra società, portata sull'orlo dell'autodistruzione dal progresso tecnologico, è chiamato a svolgere un ruolo decisivo, dovendo essere ripensato e riformato a questo scopo.¹⁷²

In effetti, proprio rispetto ad un fenomeno sociale come quello in esame, occorrerà porsi il tipico interrogativo che da sempre giganteggia sullo sfondo politico-criminale del "diritto penale del rischio": tali comportamenti vengono criminalizzati *perché* ritenuti socialmente inadeguati, o piuttosto *affinché* vengano considerati tali? Ad essere onesti, la verità sta nel mezzo.

Invero, pur dovendosi prendere atto della necessità tecnico-giuridica di colmare quello che appariva come un vero e proprio *vuoto di tutela* all'interno del nostro ordinamento, è innegabile che l'incriminazione di un siffatto fenomeno giochi un rilevante ruolo anche *sul piano simbolico* della comunicazione sociale. Tuttavia, come noto, il pericolo che può derivare dal pieno conferimento di tale ulteriore funzione alle iniziative di riforma in ambito criminale è quello che determinati protagonisti della scena politica finiscano per perseguire unicamente l'obiettivo di fornire l'«*impressione tranquillizzante di un legislatore attento e risoluto*»¹⁷³. In altre parole, è facile che in tali contesti le "funzioni latenti" possano ben predominare su quelle "manifeste": si assisterà dunque ad una pericolosa discrasia tra gli obiettivi invocati dal legislatore e l'"agenda reale" che si cela dietro quelle dichiarazioni espresse.¹⁷⁴

D'altro canto, e al netto di queste considerazioni generali, occorre notare come la specifica prospettiva d'indagine seguita in questo lavoro ci abbia consentito anche di

¹⁷¹ Tra le quali certamente spicca il progressivo allontanamento dai canoni fondamentali della tradizione liberale, come ad esempio testimonia l'avvenuto congedo, da parte dell'odierno «*diritto penale nolimits*», dall'istanza già belinghiana del fatto tipico come barriera precostituita dal legislatore alla discrezionalità giudiziale. In effetti il concetto di "tipicità legale", pur avendo rappresentato uno snodo fondamentale del passaggio alla modernità del diritto penale (come ampiamente documentato nel noto studio di A. Gargani, *Dal «corpus iuris» al «Tatbestand»*. *Le origini della tipicità penale*, Milano 1997, 2 ss., 491 ss.), è oggi ampiamente messo in crisi – fra l'altro – dal prepotente irrompere sulla scena di una proteiforme "legalità giurisprudenziale", che, valorizzando eccentricamente il momento interpretativo a scapito della legge, contribuisce sempre più a far vacillare le fondamenta del *Tatbestand* (inteso come schema logico-concettuale chiuso in grado di rappresentare un limite invalicabile dell'infrazione di pena), indebolendone la fondamentale funzione selettiva e garantistica. Su tali questioni, si rimanda al recente contributo di V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *QuestG* 2019, 86 ss.

¹⁷² Cfr. C. Prittwitz, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini – M. Papa, Milano 2007, 148.

¹⁷³ J.M. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, 305.

¹⁷⁴ Cfr. M. Cancio Meliá, *Feind "strafrecht"?*, in *ZStW* 2005, Bd. 117, 267 ss.

ritornare su alcuni "grandi temi" della nostra materia – come la causalità psichica, la preterintenzione, la colpa in contesto illecito, ecc. – la cui perdurante attualità è stata presa in considerazione rispetto ad un argomento tanto nuovo, quanto suscettibile di mettere in crisi alcune (apparentemente) consolidate certezze del penalista moderno.

Ebbene, alla luce della complessiva analisi tracciata, riteniamo utile ritornare brevemente su quelle che appaiono le criticità esegetiche più rilevanti del nuovo art. 612-ter Cp, le quali, se sul piano normativo rappresentano indubbiamente il portato tangibile delle "suggerzioni simboliste" tipiche della recente stagione politica, sul piano applicativo potrebbero far sorgere dei seri problemi interpretativi, che potrebbero provocare un cospicuo indebolimento dell'efficacia complessiva della disposizione sul piano pratico. In effetti, come si accennava, a tali non trascurabili difficoltà ermeneutiche si sarebbe certamente potuto ovviare se solo il legislatore avesse proceduto nel senso di una più oculata precomprensione criminologica del nuovo fenomeno, al fine di non trascurarne le numerose e complesse sfaccettature fenomenologiche (come in effetti risulta evidente alla luce dei rilievi esposti in merito al regime delle circostanze previsto dai commi 3 e 4 della nuova disposizione).

Inoltre, non possono non ribadirsi i forti dubbi suscitati dalla disciplina del secondo comma (invero il punto più critico della disposizione), che, pensata per l'ipotesi dei "secondi distributori", potrebbe provocare delle evidenti storture interpretative se (per il fatto di non specificare il *mittente* dell'invio) finisse per trovare applicazione anche ai casi in cui il reato è compiuto impiegando il materiale inviato dalla stessa vittima al futuro autore del reato (che peraltro risulta essere l'ipotesi più frequente: fenomeno del "Sexting"). Invero, anche a mente del caso più grave registrato in Italia (quello di Tiziana Cantone) e degli studi specialistici condotti, le finalità degli autori delle condotte possono nella realtà essere molto diverse da quella strettamente "vendicativa", di tal che il ricorso al dolo specifico (il «fine di recare nocumento») all'interno del secondo comma, potrebbe rappresentare un problematico fattore frenante dell'efficacia della nuova disposizione.

Per quanto infine riguarda l'ipotesi in cui dal compimento del nuovo reato derivi il suicidio della vittima, valorizzando la preferibile ricostruzione dell'art. 586 Cp (che, come visto, richiede di assumere come delitto base un reato doloso dotato di un'adeguata "carica di pericolo" verso i beni vita e incolumità individuale), l'inserimento di una norma *ad hoc* risulta l'opzione certamente più idonea ad enucleare un substrato empiricamente verificabile di pericolosità nei confronti dell'esito ulteriore non voluto, condensando un'autentica *fenomenologia di rischio* per i beni complessivamente tutelati dalla fattispecie¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Anche perché, come più volte si è rilevato, la nuova fattispecie si segnala per l'assenza di un'apposita circostanza aggravante rappresentata dal suicidio della persona offesa (sulla falsariga del modello ex [La legislazione penale](#)
ISSN: 2421-552X

A ben vedere, solo muovendo da alquanto forzate operazioni di interpretazione estensiva si potrebbe giungere al medesimo risultato impiegando le già esistenti disposizioni in materia di diffamazione, trattamento illecito dei dati personali, *stalking*, violenza privata, diffusione di riprese e registrazioni fraudolente, interferenze illecite nella vita privata (che pure parrebbero astrattamente in grado di essere applicate alle condotte di *Revenge porn*), in quanto, come già visto, le stesse non sarebbero in grado di concludere lo specifico disvalore penale delle condotte materiali di *Diffusione illecita*.

Ne discenderà che le rispettive figure delittuose non sarebbero certamente idonee ad essere assunte come *Grunddelikt* in grado di tipizzare un'area illecita di rischio in cui sia oggettivamente prevedibile la conseguenza più grave. Diversamente, anche verificandosi l'esito più infausto della vicenda, le vittime rimarrebbero così, fatalmente, sprovviste di tutela; esattamente come accadrebbe se - per le evidenziate criticità che affliggono il secondo comma della disposizione - l'art. 586 Cp non potesse trovare applicazione per la mancata configurazione dell'elemento soggettivo del delitto di base: in questa eventualità, del suicidio della vittima (certamente avvenuto "*a causa*" dello stato di disperazione indotto dall'esecuzione materiale del *Grunddelikt*), non risponderebbe nessuno, poiché l'autore materiale della condotta - che per avventura avesse commesso il nuovo reato proprio impiegando il materiale inviatogli dalla stessa vittima -, non avendo messo in atto le condotte incriminate allo specifico "*fine di recare nocumeto*" (ma solo per goliardia, profitto, o altre motivazioni meno "connotanti" dal punto di vista psicologico), non risulterà in dolo per il delitto base, e sarà dunque mandato assolto tanto per l'art. 612-ter Cp, quanto, *a fortiori*, dall'accusa di omicidio colposo ex artt. 586, 83 e 589 Cp: oltre al danno, la beffa.

art. 572 cpv. Cp). Come già esposto *supra*, se così non fosse stato, l'art. 586 avrebbe ceduto indubbiamente il passo rispetto alla nuova fattispecie di "*Diffusione illecita*" aggravata dall'evento morte della vittima, in ossequio al principio di specialità..