

PER UNA RIFONDAZIONE PERSONALISTICA DELLA COLPEVOLEZZA E DELLE SCUSANTI

di Roberto Bartoli

(*Professore ordinario di diritto penale,
Università di Firenze*)

Sommario: 1. Personalismo. – 2. Personalismo e diritto penale – 3. Personalismo e reato. – 4. Personalismo e colpevolezza. – 4.1. La costituzionalizzazione della libertà del volere. – 4.2. La colpevolezza basata sul procedimento motivazionale e la motivabilità mediante norme. – 4.3. La distinzione tra cause di esclusione della colpevolezza e cause scusanti. – 5. Personalismo e scusanti. La rilevanza dei motivi. – 5.1. Modelli di previsione delle scusanti: modello giudiziale *versus* modello legale. – 5.2. Il modello legale e la tensione tra legalità e personalismo. – 5.2.1. Lacune legislative? – 5.2.2. Le tensioni ermeneutiche tra legalità e personalismo. – 6. Una breve conclusione sullo spirito del costituzionalismo.

1. “Persona, colpevolezza, pena” è il titolo di questo Convegno. Se si considera che si vive in un’epoca storica che viene definita di pan-penalismo, di populismo penale, di furore punitivo, di giustizia e gogna mediatica, di passione vendicativa, verrebbe da pensare che sia stato organizzato un Convegno fuori dalla realtà. Chi è in malafede potrebbe dire che si tratta del solito Convegno accademico, dove non si parla di nulla di concreto e quindi ci si parla addosso. Il disincantato ironico, e anche un po’ cinico, potrebbe dire che è uno scherzo o comunque una provocazione. Chi invece è in buona fede potrebbe sostenere che in una fase storica come questa, più che il personalismo, possono i diritti e altri principi, anche perché, se non sono in grado di arginare questa deriva di disumanizzazione del diritto penale i diritti umani e i principi di garanzia come la legalità, l’offensività o la ragionevolezza/proporzione, figuriamoci se può farlo il personalismo.

Tuttavia, a me pare che il ragionamento debba essere radicalmente rovesciato. Proprio in una fase storica come questa, contraddistinta, oltre che dalle strumentalizzazioni della politica alle quali abbiamo fatto cenno, anche da un afflato culturale angusto e asfittico: da un normativismo in ogni settore sempre più concepito

in chiave punitiva esaltante regole e responsabilità per la loro violazione (pubblica amministrazione, scuola, servizi sociali, sanità); da un tecnicismo talmente artificiale da far perdere di vista l'uomo, infrangere le relazioni umane e perdere qualsiasi contatto con i fenomeni empirici e sociali; da un'assolutizzazione dei valori che innesca solo conflittualità delegittimante; da una stigmatizzazione ed etichettamento esasperati e ubiquitari (tornerò su questo punto fondamentale). Ebbene, in una fase storica come questa a me pare che sia soprattutto il personalismo uno strumento fondamentale e imprescindibile, non solo per tutelare, garantire, limitare, disinnescare gli eccessi punitivi, ma anche per promuovere, implementare, costruire nuovi percorsi e nuovi strumenti della penalità. Se diritti e principi costituiscono limiti e barriere al potere, il personalismo sembra avere la capacità di riconfigurare gli stessi strumenti del potere. Se diritti e principi, anche storicamente, sono attratti nell'orbita della statalità per essere manipolati, il personalismo penetra nella statalità per ristrutturarla.

Si pensi alla circostanza che la riforma di sistema più recente e significativa, la riforma Cartabia, pur con tutti i suoi limiti e le sue contraddizioni, proprio perché ispirandosi al più alto personalismo, si è orientata nel senso delle pene sostitutive per ridurre lo spazio della pena carceraria e forgiare pene da eseguire in libertà, ha esteso la querela e la rilevanza delle condotte riparatorie e, direi soprattutto, ha introdotto il sistema della giustizia riparativa, una piccola rivoluzione, che consente di completare la dinamica punitiva interamente nelle mani dello Stato, aprendo uno spazio interrelazionale privo della stessa violenza sanzionatoria, dove i reali protagonisti della vicenda criminosa intraprendono un percorso di confronto e reciproco riconoscimento per chiudere accordi la cui esecuzione è interamente rimessa alla loro spontaneità.

Del resto, a ben vedere, il personalismo si può considerare la più grande novità del nostro costituzionalismo, frutto dell'esperienza devastante delle tragedie del Novecento che ebbero come causa ed effetto proprio il disconoscimento della persona, intesa non solo e non tanto come valore astratto (così concepita la persona resta nella prospettiva dello Stato), ma come essere unico e irripetibile che esprime di per sé valore. E porre al centro della riflessione il personalismo significa porre al centro quella che potremmo definire la corrente garantista più profonda e dirompente, capace di stagliare contro lo Stato, il potere, la politica che detengono la forza e la violenza e quindi un dominio sulla persona che può farsi totale, la persona – per così dire – nella sua nudità, spogliata da qualsiasi sovrastruttura strumentale che ordinamento e società tendono a proiettarci sopra per delegittimarla, e non solo portatrice di libertà

individuali e di diritti universali, ma anche nella sua unicità e irripetibilità.

Ed infatti, personalismo significa che all'individuo conchiuso e isolato della fine del Seicento e all'uomo generale ed astratto, a un'idea, dell'illuminismo e della Rivoluzione francese, si aggiunge la persona in carne ed ossa. E persona in carne ed ossa significa ciascuno con il proprio vissuto e tutto ciò che è nella sua complessità vitale, con il proprio passato, il proprio presente e le proprie aspettative, ciascuno con le proprie relazioni interindividuali, siano esse caratterizzate da reciprocità (a due, affettive e amicali) oppure da collettivismo (familiari e sociali). E per il diritto penale persona significa autore, ma anche vittima sottratta alle spire strumentalizzatrici della politica. E quindi dire persona significa dire qualcosa che va molto più in là della dignità e della vulnerabilità, perché a ben vedere anche questi concetti, fondamentali, tuttavia sono pur sempre concetti che muovono dalla prospettiva altrà rispetto alla persona, dallo Stato, con tutti i rischi di spersonalizzazione che derivano da ogni prospettiva generalizzante: dire persona significa dire persona dalla prospettiva della persona stessa (anche su questo punto avremo modo di tornare).

Ecco che all'immigrato, al criminale, al povero, all'israeliano o al palestinese, all'ebreo o al musulmano, al cristiano o all'islamico, all'occidentale o all'orientale, a tutte le operazioni di etichettamento ovvero di categorizzazione e occultamento della persona rivestita attraverso generalizzazioni spersonalizzanti e delegittimanti, si contrappone la persona in quanto tale, nella sua nuda e intangibile concretezza.

2. Con riferimento al diritto penale il personalismo si traduce primariamente nel principio di personalità della responsabilità penale, capace di penetrare nel reato e di trasfondere in tanti istituti la pesta, l'impronta personalistica. *Suitas*, elemento soggettivo, categoria della colpevolezza con imputabilità, *scientia legis* e scusanti, sono istituti espressione di questo principio. Principio sostanziale e immanente, collocato direttamente nelle mani del giudice e che quindi può essere impiegato direttamente dal giudice, a prescindere dal legislatore, e che, essendo per l'appunto nelle mani del giudice, dà luogo a violazioni gravissime quando sono perpetrate dal giudice stesso nel momento applicativo, soprattutto quando si manca il rigoroso accertamento della causalità (addirittura responsabilità per fatto altrui) o dell'elemento soggettivo (responsabilità oggettiva).

Ma, a ben vedere, il personalismo e la personalità della responsabilità penale vanno oltre tali ambiti tradizionali. C'è una sfida al pensiero che ci attende: rileggere il reato

e la pena, se non addirittura l'intera penalità a partire dal personalismo.

Così, in questa prospettiva, il personalismo può incidere sulle scelte di criminalizzazione, sulle oggettività giuridiche e sull'ermeneutica. Il personalismo determina infatti una concretizzazione degli scopi di tutela che argina quel processo di astrattizzazione e generalizzazione, forse meglio dire di mera idealizzazione, e quindi per l'appunto di spersonalizzazione e manipolazione, che porta a soluzioni che non esito a definire pericolosissime. Tra i moltissimi esempi, si pensi che si è giunti a incriminare la pedopornografia totalmente virtuale, ma del bene consistente nel "delicato e graduale" sviluppo sessuale del minore si è perduta ogni traccia, perché a scomparire è stato proprio il minore in carne ed ossa. E dove si riafferma il personalismo, emerge anche come l'incriminazione idealizzata nasconda l'incriminazione di diritti e libertà occultati dalla prospettiva astratta e attratti nell'orbita statalista.

Inoltre, si pensi alla possibilità di incidere sulla stessa antiggiuridicità, valorizzando l'autodeterminazione: se noi muoviamo dalla persona in carne ed ossa, per quale motivo, nelle decisioni che producono ricadute offensive soltanto sulla stessa persona e fuori da rischi di strumentalizzazione da parte di terzi, si deve disciplinare in modo che siano pur sempre altri a decidere sostituendosi alla persona stessa? Ci sia consentito osservare come nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione non si possa non cogliere una visione della persona che muove sì dalla persona, ma valorizzando dignità e vulnerabilità in termini ideali e astratti, da una persona pur sempre filtrata dalla prospettiva dello Stato più che della persona stessa. Anche perché, una volta posta al centro la persona nella sua piena espressione di sé, risulta difficile poi andare a compiere un sindacato sulle ragioni della scelta di morte destinata a compromettere la vita, dovendosi piuttosto tutelare la persona da possibili strumentalizzazioni da parte di terzi.

Ecco che se si muove da una prospettiva rigorosamente individualistica, l'autodeterminazione non solo non può non prevalere, ma non è nemmeno pensabile porsi il problema se vi siano rischi di abuso da parte di terzi, perché, al netto dell'istigazione e della incapacità del soggetto, ognuno si considera totalmente "sovrano" nelle proprie scelte. Insomma, la prospettiva individualistica finisce per attribuire una prevalenza all'autodeterminazione senza ammettere rischi di strumentalizzazione. La prospettiva personalistica invece muove dall'idea che pur

prevalendo l'autodeterminazione si possono porre rischi di strumentalizzazione. Ma ecco la differenza rispetto al personalismo – per così dire – astratto. Posti questi rischi, l'esito non può essere nel senso di impedire, limitare, individuare ipotesi particolari, come ad esempio la malattia, rispetto alle quali si può aprire a valutazioni di dignità. Scopo dell'ordinamento deve divenire piuttosto quello di costruire procedimenti pubblico-sociali che consentano di verificare l'autenticità dell'autodeterminazione priva di strumentalizzazioni esterne, che possa offrire aiuto sul piano esistenziale, ma che alla fine devono lasciare i soggetti liberi di compiere la propria scelta, nella consapevolezza che solo il soggetto è in grado di vagliare fino in fondo la propria dignità.

Ed ancora, il personalismo incide sulla pena. Da un lato, porta a valorizzare la prevenzione speciale, ma più che in termini valoriali o sociali, nel senso di una responsabilizzazione relazionale dell'autore rispetto all'altro e alla comunità. Inoltre, è proprio il personalismo che consente di arginare i rischi di strumentalizzazione insiti nella stessa rieducazione/risocializzazione, per cui il programma rieducativo può solo tendere agli obiettivi, trovando la persona come limite invalicabile alla logica costrittiva. Dall'altro lato, il personalismo induce a concepire la stessa pena in termini di risocializzazione, con la conseguenza che incide sulla stessa afflittività, non solo bandendo pena di morte e tortura, ma anche l'ergastolo, e riducendo il carcere a *extrema ratio* sostituito da alternative in libertà. Inoltre, come accennato, proprio valorizzando la persona, si giunge addirittura a configurare la giustizia riparativa che pone al centro non solo la persona del reo, ma anche la persona della vittima e la relazione reale che intercorre tra di loro, giungendo addirittura disinnescare ciò che senza dubbio mortifica la persona, vale a dire la violenza in ogni sua forma.

E quanto sarebbe interessante indagare la pericolosità sociale dalla prospettiva del personalismo, anche perché, con ogni probabilità, emergerebbe quanto tale categoria sia poco o punto personalistica e molto statale e dalla parte del potere, e quindi al netto della pericolosità dei non imputabili, incompatibile con il personalismo.

Infine, la cifra ultima del personalismo: l'anti-stigma, l'anti-etichettamento. Se infatti ci lamentiamo dell'odio che sempre più dilaga nella nostra società anche grazie a strumenti (spersonalizzanti) come i social e le nuove tecnologie, ecco che solo attraverso la centralità della persona si può dissolvere l'etichettamento che genera diffidenza, la quale si trasforma in insofferenza e poi in paura, che genera a sua volta risentimento fino all'odio.

Attenzione però: valorizzare la persona, il suo essere, non significa punire per ciò che si è, ma ancora una volta il contrario. Significa punire soltanto e proprio per ciò che si fa, ma nella punizione della persona per ciò che si fa, non si può poi prescindere dalla persona in carne ed ossa, da ciò che essa è. Insomma, come la prevenzione speciale frantuma l'indefettibilità della pena e ancor più a fondo la sua cattività afflittiva, così il personalismo riconduce il reato e la pena, e cioè le istanze di tutela, alla persona in carne ed ossa per contrastare qualsiasi rischio di strumentalizzazione: il personalismo è valorizzazione della persona dalla prospettiva della persona e quindi in una prospettiva di tutela della persona stessa.

3. Tra tutte le categorie, al netto della punibilità, la colpevolezza è quella di più recente elaborazione da parte della scienza giuridica. E se iniziano ormai a definirsi con sufficiente chiarezza concetti come imputabilità e conoscenza/conoscibilità della legge, le scusanti sono invece un territorio ancora oscuro.

Non so se si possa parlare di ritardo, forse sì. A me preme evidenziare come il più lento sviluppo della colpevolezza sia stato causato proprio dall'assenza di una piena affermazione del personalismo, da una visione delle cose sempre ancora concentrata sulle norme in sé, concepite oltretutto dalla parte dello Stato. Con la conseguenza che, per converso, solo muovendo dalla prospettiva del personalismo in termini più di principio che di categoria dogmatica, e quindi più su un piano di costituzionalismo che di teoria del reato, si è in grado di sviluppare e implementare la categoria della colpevolezza e le scusanti in particolare.

Categorie come il fatto tipico, l'antigiuridicità e la punibilità sono categorie in mano al legislatore, allo Stato, al potere e alle ragioni del punire. Sono categorie che si pongono dalla parte della società e delle sue esigenze di tutela e quindi, nella sostanza, sono nelle mani della politica.

L'incriminazione è interamente orientata nel senso della tutela. Certo nel momento della tipizzazione v'è un bilanciamento tra interessi contrapposti, ma nel momento in cui si adotta la prospettiva generalizzante, l'ottica è nel senso dell'astrattizzazione. E se alla fisiologica tendenza ad astrarre si aggiunge la prospettiva politica del perseguimento degli scopi, la spinta nel senso dell'assolutizzazione del valore tende a compromettere il bilanciamento e a sfociare nell'abuso.

L'antigiuridicità esprime contro-interessi al bene giuridico tutelato, ma si tratta sempre e comunque prevalentemente di interessi generali ed astratti, ordinamentali.

Tant'è vero che si è iniziato a comprendere qualcosa di più delle scriminanti, nel momento in cui ci si è accorti che vi sono sì scriminanti riconducibili alla persona (si pensi all'autodeterminazione), ma che la maggioranza di esse sta dalla parte dell'ordinamento e anche una scriminante sociale come il diritto di cronaca che in un certo senso si contrappone al potere, vive però di una straordinaria tensione e contraddizione interna potendosi collocare più dalla parte della società che a tutela del singolo, divenendo non a caso la verità della notizia il pilastro del diritto di cronaca. Ecco che vi sono scriminanti riconducibili alla situazione di necessità e che quindi riguardano la singola persona nella situazione di necessità (si noti come ad ogni giustificante da necessità corrispondano scusanti da necessità), ma le grandi problematiche si spostano su quelle pubbliche riconducibili direttamente allo Stato (adempimento del dovere, uso legittimo delle armi, attività sotto copertura), mentre l'autodeterminazione che esprimerebbe autenticamente la persona, viene spesso negata o comunque fortemente contenuta e delimitata: più che l'autodeterminazione il nostro ordinamento disciplina i suoi limiti in un'ottica di interesse generale.

Ed ancora, si pensi alla punibilità o, meglio, al suo rovescio della non punibilità. Realtà complessa e composita. Ebbene, posto che spazi relativi alla non punibilità si giocano soprattutto nelle dinamiche della pena (e oggi soprattutto nella fase del processo), nell'ambito del reato (della non punibilità in senso stretto), a parte rare eccezioni, di recente, a seguito soprattutto dell'emergenza terroristica e poi mafiosa, si è assistito alla valorizzazione di condotte di collaborazione processuale aventi come beneficiario lo Stato, in un'ottica oltretutto di "normalizzazione" delle emergenze (si pensi alla collaborazione per i reati contro la pubblica amministrazione).

E la colpevolezza? Non voglio dire che la colpevolezza sia esente da bilanciamenti e priva di valutazioni: torneremo anche su questo delicatissimo punto, per evidenziare come siano previsti bilanciamenti anche nella colpevolezza e soprattutto proprio nelle scusanti. Voglio piuttosto dire che nella colpevolezza, in virtù della centralità della persona, il bilanciamento assume caratteristiche particolari, perché la colpevolezza, stando dalla parte della persona, si contrappone alle ragioni del punire, consente che all'interno del reato basato sulle ragioni del punire penetri la persona contrapposta al punire.

4. Pensare la colpevolezza dalla prospettiva del personalismo e del costituzionalismo, questa è la sfida. E tre divengono le questioni principali che si

devono affrontare: il problema della libertà del volere ovvero del libero arbitrio; il modo di concepire la stessa categoria della colpevolezza; la distinzione tra cause di esclusione della colpevolezza e scusanti.

4.1. Circa la prima questione del libero arbitrio, onestamente non ho gli strumenti filosofici e/o scientifici per affrontare questo complesso tema tutt'ora robustamente dibattuto. Però posso provare a dare un contributo dal punto di vista giuridico costituzionalmente orientato.

Ebbene, posto che si deve distinguere tra libertà della condotta e libertà del volere ovvero di decisione e che quindi la libertà del volere non significa libertà di tenere una determinata condotta, ma libertà di decidere di volere una determinata condotta, la tensione, se non lo scontro tra determinismo e indeterminismo, con tutte le varianti dell'una e dell'altra prospettiva, alla fin fine, potremmo dire, finisce in parità: se, da un lato, non si è in grado di dimostrare la libertà del volere, dall'altro lato, non si è nemmeno in grado di dimostrare la mancanza della libertà del volere.

Insomma, nulla di nuovo sotto il sole, visto che ciò significa quanto da sempre sappiamo, e cioè che il procedimento motivazionale è ignoto, imponderabile, inconoscibile e non provabile: il procedimento motivazionale non sarebbe mai riproducibile per esperimento, non solo perché ogni uomo sul piano bio-chimico presenta diversità (da qui l'interesse per la genetica), ma anche, e soprattutto, perché ogni uomo sul piano personalistico è diverso dall'altro. E meno male, aggiungo io, perché là dove un giorno si giungesse a conoscere il procedimento motivazionale, vale a dire l'interiorità dell'uomo, sarebbe una catastrofe, visto che, ed ecco il punto delicatissimo, trascurato da scienziati e filosofi, ma ben presente ai giuristi soprattutto se costituzionalmente orientati, se un giorno si dominasse il procedimento motivazionale, nel rapporto con il potere pubblico l'uomo sarebbe finito.

A dimostrarlo stanno due circostanze. Con riferimento agli enti collettivi, proprio perché si è in grado di conoscere la personalità di un ente, vale a dire la sua struttura organizzativa, il sistema 231 e quello preventivo non esitano a ingerirsi e a condizionare lo stesso assetto dell'ente, con tutti i rischi di pesante strumentalizzazione che ne derivano. Inoltre, a me pare che lo stesso concetto di pericolosità sociale alla base della misure di sicurezza per l'imputabile e delle misure di prevenzione, altro non sia che una sorta di risposta normativa all'imponderabilità dell'animo umano, e quindi un vero e proprio surrogato della responsabilità mancante, a dimostrazione di come

l'ordinamento tenda a collocarsi dalla parte delle ragioni del punire, gettandosi così una vera e propria ombra sulla legittimità di queste misure.

In realtà, il procedimento motivazionale, e ce lo dicono le scienze, non è propriamente mono-causale, con la conseguenza che non si assiste a uno sviluppo di decorsi causali alternativi, essendo piuttosto frutto di una pluralità di motivi, oltretutto in tensione tra di loro, che contestualmente influiscono sulla persona. Insomma, in termini più o meno immediati e consapevoli, al momento della decisione l'uomo si trova davanti a una scelta tra due o più motivi. Si tratta quindi di una dinamica che non è propriamente quella causalistica delle scienze naturali. Da qui un normativismo che contraddistingue fisiologicamente la stessa scienza psicologica, e da qui anche la necessità, troppo spesso negletta, di individuare con maggiore precisione il momento in cui si realizza la decisione per un motivo, visto che spesso siffatta decisione si colloca non proprio al momento della realizzazione del fatto.

Tutto ciò precisato, sul piano giuridico, si deve osservare come il nostro costituzionalismo abbia compiuto una scelta nel senso della libertà di autodeterminazione, potendosi giungere ad affermare che nel momento in cui si è sancito attraverso l'art. 27 co. 1 Cost. che la responsabilità penale è personale, contestualmente si è sancito anche che l'uomo è libero: insomma, la libertà del volere è stata nella sostanza costituzionalizzata.

Potrebbe apparire uno scandalo che una questione naturalistica sia stata risolta d'imperio in una prospettiva normativa. Tuttavia, a chi obietta che è stato costituzionalizzato un qualcosa che è indimostrato, un qualcosa che quindi ha un fondamento soltanto normo-valutativo, si può ribattere osservando che anche le ragioni che stanno alla base del punire hanno un fondamento altrettanto meramente normativo.

Di più: se non si andasse a compiere tale scelta, le conseguenze sarebbero, non soltanto, ancora una volta, altrettanto normative, visto che anche l'assenza di libertà del volere non risulta dimostrata, ma addirittura terribilmente devastanti. Ed infatti, le conseguenze andrebbero nel senso noto che in assenza di libertà del volere non si dovrebbe punire, ma curare o neutralizzare (se non addirittura eliminare), laddove si ravvisi una totale inefficacia del trattamento.

Ma eccoci al cuore della questione. Non è che ci si limiti ad affermare che occorre curare, nel senso che si ritiene opportuno curare, ma piuttosto si giunge ad affermare che si deve curare, ovvero che, se il soggetto non accetta e si sottopone alle cure, *deve*

essere curato: la cura che si prospetta non solo non è spontanea, ma nemmeno volontaria, basata sulla consensuale auto-sottoposizione, ma implica a sua volta l'impiego di forza e di violenza là dove la persona (peraltro considerata non libera di decidere ...) si rifiuta di sottostare al trattamento. Insomma, il sistema basato sulla cura, si chiude mediante coercizione ovvero mediante l'impiego della violenza. Con la conseguenza finale che la violenza in mano allo Stato finisce per tornare potenzialmente illimitata, non potendosi stavolta più contrapporre allo Stato la persona, perché concepita priva di libertà del volere.

Insomma, bene dibattere sulla libertà del volere in termini assoluti scientifici e filosofici, ma quando all'interno di questo dibattito si inserisce la dinamica del potere, la speculazione deve farsi accortissima e prudentissima, perché in gioco vi sono interessi che se disattesi danno luogo a immani disastri. Nel rapporto tra persona e potere, tra persona e Stato, tra persona e coercizione il discorso si fa quindi giuridico e il contributo che possono dare i giuristi è esattamente quello che hanno dato i nostri Padri costituenti: costituzionalizzare la libertà del volere.

4.2. Circa il secondo tema del modo di concepire la colpevolezza, si deve osservare come proprio grazie al personalismo si sia posto al centro il procedimento motivazionale, passando così dalla rimproverabilità alla motivabilità, dal normativismo a un empirismo personalistico.

La colpevolezza come rimproverabilità è una colpevolezza concepita dalla parte dell'ordinamento, che va dall'ordinamento alla persona e che estende sulla persona non solo una valutazione per l'appunto di rimprovero, ma soprattutto una sorta di pretesa comportamentale a carattere deontico che tende a farsi assoluta. Si potrebbe dire che il tutto muove da presupposto fondante, secondo cui l'uomo deve rispettare la legge, nel senso che non può non rispettare la legge, mentre vi sono situazioni, nella sostanza eccezionali, in presenza delle quali la violazione della legge non gli può essere rimproverata.

Rimproverabilità significa inoltre un consistente normativismo, tale per cui si può giungere addirittura a valutazioni del tutto artificiali avulse dalla realtà: una sorta di fallacia normativa, per cui dalle valutazioni si vorrebbero ricavare fatti.

Infine, e questo è l'aspetto più significativo, se ci si muove nella prospettiva della rimproverabilità, si è sempre in grado di individuare un comportamento esigibile sul quale radicare il rimprovero, scaricando la responsabilità sul soggetto e restringendo i

marginari di irresponsabilità, in quanto, se, da un lato, si individua la rimproverabilità come presupposto del punire, dall'altro lato, in presenza di fattori che possono eliminare la rimproverabilità, è sempre possibile individuare comportamenti ulteriori, che avrebbero evitato il fattore di non rimproverabilità, la cui violazione merita rimprovero. Compiendosi così una sorta di sovversione dei principi, quella sovversione che i nostri Padri costituenti avevano conosciuto con gli autoritarismi e i totalitarismi del fascismo e del nazismo.

La colpevolezza che pone al centro il procedimento motivazionale parte dalla persona, da come essa è e cerca di individuare le componenti del procedimento motivazionale reale che sono fondamentali per realizzare un collegamento tra l'autore e il fatto e nel caso della categoria della colpevolezza tra l'autore e le pretese dell'ordinamento.

Certo, la motivabilità ha una struttura ipotetica non solo perché il procedimento motivazionale è imponderabile, ma anche perché non v'è interesse a ricostruire l'intero procedimento motivazionale che si è concretizzato. Ciò che interessa è la circostanza che il soggetto si potesse motivare secondo le norme: è questo il contatto personalistico tra persona e ordinamento. Da qui, la valutatività che contraddistingue anche la motivabilità, ma, come accennato e come vedremo, una valutatività diversa da quella che caratterizza il fatto tipico o l'antigiuridicità o la punibilità o la rimproverabilità.

Mi sia concessa una considerazione ulteriore sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione. Da sempre si parla di un rapporto disfunzionale e da sempre si parla della necessità di un bilanciamento. Qualcuno, proprio in virtù di questo rapporto distonico, ha addirittura tentato di ricostruire la stessa categoria della colpevolezza strutturandola sulla base delle esigenze preventive: il funzionalismo tedesco à la Jakobs altro non è che la ricostruzione strutturale della colpevolezza in un'ottica spersonalizzata, muovendo dalla totale prospettiva dello Stato e delle ragioni del punire e dell'affliggere.

Ecco che anche qui occorre iniziare a pensare muovendo dal costituzionalismo e dal personalismo. Ebbene, se si muove dalla prevenzione generale, è del tutto evidente che la colpevolezza si ponga in rapporto distonico: ma siamo proprio sicuri che nel concepire la penalità si debba muovere proprio dalla prevenzione generale negativa? Perché non ribaltare il ragionamento e partire dalla persona, dal vero e autentico destinatario del diritto penale?

Nella prospettiva che muove dalla persona, è la prevenzione generale negativa che è disfunzionale alla persona. La prevenzione generale negativa, infatti, di per sé si colloca in contrasto con i principi di garanzia e la persona, perché è strutturalmente orientata alla strumentalizzazione se non addirittura al capro-espiatorio. Ma ha senso muovere da questa prospettiva in un contesto personalista? Attenzione, non si vuol dire che l'incriminazione non debba muovere da considerazioni di prevenzione generale: il legislatore, legittimamente, muove e muoverà sempre da tali valutazioni. Si vuole soltanto dire che i giuristi e la scienza giuridica non possono che muovere dalla prospettiva personalistica.

Ecco che se si pensa in termini personalistici, le funzioni della pena che vengono in gioco sono la retribuzione e soprattutto la prevenzione speciale nelle varie forme della rieducazione, della risocializzazione e della responsabilizzazione. Ma se sono queste le funzioni della pena che vengono in gioco, la colpevolezza risulta perfettamente funzionale a tali scopi, ne diviene un presupposto imprescindibile, per cui si è in grado di retribuire e rieducare soltanto se il soggetto è stato consapevole di disconoscere i valori dell'ordinamento. Qui sì che la colpevolezza è funzionale alle esigenze preventive, nel senso che le esigenze preventive possono esplicare la loro funzione soltanto se v'è colpevolezza e motivabilità.

Non solo, ma nel momento in cui si valorizza la persona, anche la prevenzione generale diviene sintonica alla colpevolezza, ma non nella sua versione negativa, piuttosto in quella positiva, di per sé maggiormente dialogica e tendente a costruire un contatto per l'appunto personalistico con i destinatari.

In realtà, ancora una volta, non s'inventa nulla di nuovo: quanto sto dicendo, infatti, è già stato affermato in altre parole e molto meglio di me nella sentenza n. 365/1988 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della inescusabilità assoluta dell'*ignorantia legis poenalis*. Una sentenza intrisa di personalismo, frutto del personalismo. Non a caso l'estensore Renato Dell'Andro era allievo di Aldo Moro.

4.3. Ultimo profilo, la distinzione tra cause di esclusione della colpevolezza e cause scusanti. Questa distinzione non è opportuna, ma indispensabile. Anzitutto, perché in realtà cause di esclusione e scusanti esprimono valutazioni diverse.

In particolare, le cause di esclusione altro non sono che il rovescio delle cause fondanti la colpevolezza per cui, se, da un lato, imputabilità e *scientia legis* fondano la

colpevolezza, dall'altro lato, vi sono i loro rovesci negativi, vale a dire i fattori che escludono l'imputabilità e l'ignoranza o l'errore sul precetto, vale a dire le cause di esclusione della colpevolezza. Ebbene, imputabilità e conoscenza/conoscibilità sono i "pilastri" della colpevolezza in quanto sono i pilastri della motivabilità, ovvero di un procedimento motivazionale che si poteva orientare nel senso del rispetto della legge. Non so se sia necessario che a dircelo sia la scienza, fatto sta che nessuno si può motivare se non è capace di intendere e di volere e se non conosce o poteva conoscere il precetto. Le cause di esclusione della colpevolezza sono quindi fattori che nel neutralizzare le cause fondanti eliminano la motivabilità. Le scusanti, invece, fanno riferimento a situazioni che non eliminano la motivabilità, ma la alterano, squassando un procedimento motivazionale basato sui pilastri dell'imputabilità e della *scientia legis*, con la conseguenza che non solo si accertano dopo, solo se sussistono le cause fondanti ovvero non sussistono le cause di esclusione della colpevolezza, ma anche che, in realtà, esprimono qualcosa di diverso, vale a dire contesti che determinano un'alterazione motivazionale.

Andando ancora più a fondo, se le cause fondanti edificano la motivabilità, i loro rovesci esprimono un personalismo che potremmo definire negativo, di limite invalicabile da parte del punitivo, determinando altrimenti un'inevitabile strumentalizzazione che può farsi addirittura autoritaria. Le scusanti, invece, si possono considerare il frutto della massima valorizzazione del personalismo, e non tanto del personalismo "in negativo", come limite agli eccessi autoritari del potere, ma di un personalismo "in positivo", proattivo, propulsivo, come attribuzione di una piena rilevanza alla persona nella sua manifestazione reale. Ecco che le scusanti non devono essere lette tanto in termini di cogenza, irresistibilità, incontrollabilità, inesigibilità, una lettura che si confà al concetto di colpevolezza come rimproverabilità e quindi ancora dalla prospettiva della pretesa da parte dello Stato e che forse è più opportuno riferire ad alcune manifestazioni della condotta. Piuttosto, le scusanti devono essere lette in termini di rilevanza attribuita all'alterazione motivazionale in virtù dell'esistenza di particolari situazioni, in presenza delle quali l'autore si trova necessariamente in difficoltà nella decisione e nella scelta. Si potrebbe dire che, proprio perché la decisione valoriale è nella sostanza remota, essa è rimessa in discussione alla luce della particolare situazione contingente, ragion per cui, se il soggetto si era già deciso per la "fedeltà" a certi valori, la situazione contingente può aver rimesso in discussione tale decisione precedente; così come se il soggetto si era

già deciso per la contrarietà a certi valori, la situazione contingente non ci consente di stabilirlo.

Ebbene, perché valorizzazione del personalismo? Perché è l'unico momento in cui si prende in considerazione la persona nella sua maggiore concretezza possibile all'interno della dinamica del reato, tenendo di conto della situazione di difficoltà in cui l'autore agisce, giungendo così l'ordinamento ad attribuire rilevanza all'autore in carne ed ossa. Ecco l'estrema personalizzazione: si assiste a una sorta di condivisione da parte dell'ordinamento della prospettiva altamente personale nel vivere la vicenda, arrivando a condividere la difficoltà, la tragicità della scelta, se non addirittura la sua fragilità e il suo dolore. Potremmo dire una prospettiva contraddistinta addirittura da compassione nel senso etimologico del termine, da *cum patire*, patire con, vale a dire patire/sopportare assieme.

E da questo diverso fondamento deriva un'ulteriore differenza tra cause di esclusione e cause scusanti, differenza che attiene al diverso tasso di valutatività e al diverso tipo di bilanciamento. Le cause di esclusione implicano senz'altro una valutatività, ma si tratta di un valutatività molto attenuata e sfumata rispetto al bilanciamento classico tra esigenze di tutela ed esigenze di garanzia, sempre necessario e imprescindibile, relativo a tutti gli altri istituti. Ed infatti, rispetto alle cause di esclusione il bilanciamento conosce un inevitabile spostamento di peso (una sorta di sbilanciamento strutturale) nel senso della valorizzazione delle istanze di garanzia, e ciò perché le cause di esclusione della colpevolezza, al pari di quelle fondanti, si basano sulla persona e sulla centralità del procedimento motivazionale empiricamente fondato: insomma come le cause fondanti hanno un base empirica, alla stessa stregua anche le cause di esclusione della colpevolezza presentano la stessa base, con la conseguenza che il bilanciamento non può disattendere tale base.

Da ciò deriva, ad es., che, circa l'imputabilità, nell'individuazione dei fattori escludenti la capacità d'intendere e di volere non possa non avere un ruolo significativo la scienza psicologica e psichiatrica. E questo ci è stato detto con forza propria dalla giurisprudenza attraverso la sentenza delle Sezioni Unite Raso n. 9163/2005. Inoltre, diviene sempre di più un'urgenza risolvere il problema della pre-colpevolezza, rispetto alla quale la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/1970, ha invece calato una pietra tombale, continuando a permettere che la nostra disciplina si basi su una vera e propria finzione, collocando la responsabilità nella condotta che determina l'ubriachezza o la stupefazione senza alcun collegamento con il reato che sarà poi

commesso in assenza di capacità di intendere e di volere. Tuttavia, anche se si fa risalire la responsabilità dell'agente in un momento antecedente alla realizzazione del reato, in quel momento non può non sussistere un legame psichico con il reato che successivamente si andrà a compiere.

Con riferimento all'*ignoranza legis*, a ben vedere, la teoria della colpevolezza non è propriamente una via di mezzo tra la teoria del dolo e la totale irrilevanza dell'ignoranza di matrice autoritaria. Essa è piuttosto il frutto del modo di funzionare del procedimento motivazionale della persona che, risultando restio ai limiti, tende alla disconoscenza della legge, divenendo fondamentale imporre un dovere di conoscenza e di informazione. L'enorme problema è che spesso i giudici non prendono sul serio questo dovere di informazione e tendono a porsi dalla parte dello Stato senza svolgere la loro funzione di garanzia, con la conseguenza che, da un lato, si ritiene che il dovere di conoscere scatti non solo in presenza di un dubbio effettivo, ma anche in presenza della mera "dubitabilità", concepita però non come potere (ci si interroga dalla prospettiva della persona se il soggetto poteva dubitare), ma come dovere (si afferma dalla prospettiva dell'ordinamento che il soggetto doveva dubitare), con la conseguenza che al dovere di informarsi nascente dal dubbio si aggiunge il dovere di dubitare nascente dalla mancanza di un dubbio, prospettiva che porta sempre a concludere nel senso della sussistenza della conoscibilità. Dall'altro lato, la circostanza della conoscibilità non viene mai presa in considerazione in termini di attenuazione all'interno della commisurazione della pena.

Di tutt'altro tenore la valutazione e il bilanciamento relativi alle scusanti. Nelle scusanti, infatti, il bilanciamento è consustanziale alla loro struttura, nel senso che hanno una struttura frutto di un bilanciamento. E non è un caso che si ponga la necessità di distinguerle dalle scriminanti e dalle cause di non punibilità, anch'esse basate su bilanciamenti. Potremmo dire di più: le scusanti più significative addirittura gemmano dalle situazioni scriminanti e di non punibilità in considerazione della tipizzazione del particolare contesto in cui si agisce, e più precisamente in virtù della rilevanza attribuita a contesti del tutto peculiari che determinano un'alterazione del procedimento motivazionale, una "difficoltà" di decisione.

5. Eccoci giunti al grande tema. Come attribuire rilevanza alle scusanti? Non è possibile esaminare dettagliatamente questioni che attengono alle singole scusanti, né sarei in grado di compiere una sorta di teoria generale delle scusanti. Mi vorrei limitare

qui soltanto al tentativo di definire alcuni punti fermi, pur sempre aperti, in termini di opzioni di fondo.

Primo punto fermo. A me non pare possibile attribuire rilevanza al motivo in sé e per sé considerato, magari basandosi sulla distinzione tra stenico e astenico, non solo perché la prassi ci dimostra come questa distinzione poi sia destinata a saltare a seconda dei contesti in cui si agisce, ma per la semplice ragione che il motivo in sé e per sé nulla dice, finendo piuttosto per essere oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento, senza alcuna considerazione del suo ruolo all'interno della dinamica decisionale testabile solo in presenza di un contesto.

Ecco che, a mio avviso, l'art. 90 Cp, nel suo porre un limite alla rilevanza degli stati emotivi e passionali, mantiene ancora la sua ragion d'essere, soprattutto a seguito dei correttivi adottati dalla giurisprudenza che, nell'aprire il concetto di infermità e vizio di mente ai disturbi della personalità, ha permesso di attribuire rilevanza agli stati emotivi e passionali che risultano essere effetti di fattori che escludono o scemano l'imputabilità.

Dopo di che il motivo in sé e per sé considerato non può che assumere rilevanza per l'appunto in sede di commisurazione, come del resto avviene all'interno del nostro codice.

Mentre, là dove al motivo si dà rilevanza in termini – per così dire – autonomi e avulsi dal contesto, tale rilevanza è frutto di mere valutazioni politico-valoriali che nel nostro ordinamento sono frutto della visione fascista. Ciò emerge, non solo e non tanto con riferimento al delitto d'onore, visto che anche nel codice Zanardelli, epoca liberale, v'era una norma analoga, oltretutto assai più discriminatoria di quella fascista; ma soprattutto con riferimento alla stragrande maggioranza dei motivi, considerato che si attribuisce loro rilevanza accompagnandoli con una valutazione negativa che determina un aggravamento di pena. Giungendosi invece ad attribuire rilevanza attenuante, se non a volte addirittura scusante, all'ira, con tutto il problema che si pone in ordine al rapporto tra provocazione e reazione violenta. Mentre si capisce molto bene perché, subito dopo la caduta del fascismo, si sia reintrodotta la reazione legittima agli atti arbitrari in chiave fortemente oggettivistica, al fine di consentire un ambito applicativo molto più esteso per contrastare gli abusi del pubblico potere.

Ecco che il punto meritevole di attenzione è per l'appunto il motivo in sé e per sé assume rilevanza in termini meramente valutativi. Oltre alla problematica della valutazione dell'ira a cui abbiamo fatto cenno, si pensi con maggiore evidenza alla

parabola che ha compiuto la gelosia. Nel 1930, irrilevante in termini generali ai sensi dell'art. 90 Cp, tuttavia assumeva rilevanza attenuante quando connessa all'omicidio d'onore, secondo quello schema classico di simulazione e doppiezza che contraddistingue il codice Rocco per cui si enuncia il principio liberale in generale per poi derogarlo in senso illiberale nel peculiare. Dopo di che, venuto meno l'omicidio d'onore, verso la fine del secolo scorso, a volte alla gelosia si attribuiva rilevanza ricomprendendola tra le attenuanti generiche, mentre oggi, scoppiato il fenomeno della violenza di genere, risulta monolitica la sua qualificazione come motivo abietto e futile con effetto aggravante. Insomma, lo stato emotivo e passionale della gelosia è trasmigrato da una valutazione all'altra e quindi da un effetto all'altro addirittura opposti.

Infine, non si può non accennare alla recente vicenda relativa all'attenuante della provocazione. Sancito il divieto di prevalenza rispetto alle aggravanti di cui all'art. 577 co. 1 nn. 1 e 2 Cp, e ciò al fine di impedire che sia applicata nei c.d. femminicidi "costringendo" ad attribuire rilevanza ad eventuali comportamenti della vittima, con sentenza n. 197/2023 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale blindatura nel momento in cui comportava l'impossibilità di applicarla alle donne che, vittime di maltrattamento, cagionano la morte di partners nello stato d'ira prodotto dal fatto ingiusto. A dimostrazione di come, col mutare dei tempi, mutino le valutazioni dei motivi con il rischio di arrivare a discipline addirittura irragionevoli.

Ecco che il movente, in sé e per sé considerato, finisce per trasmigrare tra diverse qualificazioni a seconda del risultato che raggiunge di attenuazione o aggravamento, sulla base di una valutazione che alla fin fine attiene al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice a sua volta letto secondo chiavi valoriali diversificate.

5.1. Vero che il motivo di per sé non può rilevare in termini scusanti, è piuttosto la situazione, il contesto che sono in grado di scusare. Ma come operare la tipizzazione, come prevedere le scusanti? Ebbene, a me pare che si possano distinguere due diversi modelli di previsione, oltretutto, a dire il vero, non incompatibili tra di loro: un modello che potremmo definire giudiziale e un modello che potremmo definire legale.

Il modello giudiziale si trova ad esempio all'interno del sistema penale tedesco e più precisamente nei §§ 20 e 21 *StGB*. Se la formulazione legislativa fa riferimento al profondo disturbo della coscienza, dal punto di vista del diritto vivente si attribuisce rilevanza a particolari situazioni selezionate dallo stesso giudice con il supporto della

scienza psicologica e psichiatrica. Detto diversamente, ancorché con l'effetto diverso della esclusione della responsabilità, il modo di operare di queste norme è simile al modo di operare delle nostre attenuanti generiche, per cui è il giudice, con il supporto del perito, che individua il contesto peculiare che determina un'alterazione motivazionale.

Quello legale è invece il modello – per così dire – classico per cui è il legislatore che descrive, tipizza il contesto che altera il procedimento motivazionale. Si pensi al recente art. 55 co. 2 Cp, allo stato di necessità scusante, all'art. 384 Cp.

Ebbene, il modello giudiziale apre senza dubbio alla discrezionalità, ma, a ben vedere, a una discrezionalità assai meno libera di quanto si pensi, perché c'è un vincolo proveniente non tanto dal legislatore che per l'appunto impiega formule aperte, ma, potremmo dire, dalla realtà ovvero dalla scienza. Altra caratteristica di siffatto modello è che consente di fare emergere situazioni che sussistono nella realtà attraverso una sorta di procedimento induttivo che muove dalla concretezza delle vicende: grazie alla clausola aperta, il giudice diviene il ponte tra la realtà e l'ordinamento con l'ausilio della scienza psicologica/psichiatrica. Ancor più a fondo, potremmo dire che le scusanti sono in qualche modo riassorbite nella non imputabilità ovvero accanto alla non imputabilità meramente psichico-psichiatrica si aggiunge la non imputabilità – per così dire – scusante da contesto.

Il modello legale, invece, restringe la discrezionalità in termini – per così dire – ermeneutici. Il cuore della scusante è costituito infatti dalla tipizzazione, frutto di un inevitabile bilanciamento tra interessi contrapposti. In particolare, il bilanciamento può riguardare non soltanto il contesto – per così dire – fattuale in cui si agisce, ma anche direttamente quello valoriale, per cui si possono individuare specifici reati ai quali la norma è applicabile oppure selezionare gli interessi perseguiti sia dalla prospettiva dell'autore sia da quelli della persona offesa. Inoltre, il modello legale impedisce che la realtà possa emergere in tutta la sua complessità e varietà, essendo filtrata dal legislatore, non potendosi dimenticare non solo che i contesti in cui si agisce possono essere i più disparati, ma anche che lo stesso personalismo può indurre ad attribuire rilevanza ad aspetti della persona che emergono solo in determinati contesti. Insomma, con le scusanti legalmente previste, il rapporto è quello classico tra legislatore e giudice, tagliando fuori la scienza psicologico/psichiatrica che muove dal contesto e dalla persona concreti.

5.2. Ecco che siamo arrivati al cuore problematico delle scusanti basate sul modello legale: l'inevitabile tensione che si può creare tra legalità e personalismo. A dimostrarlo v'è una serie di recenti vicende che possono essere raccolte in due gruppi, a seconda che rivelino – per così dire – una vera e propria lacuna legislativa difficilmente superabile in via interpretativa oppure una “mera” tensione ermeneutica.

5.2.1. Sotto il primo profilo, si pensi al complessissimo tema della violenza domestica, la quale, aspetto fondamentale, ma quasi sempre trascurato, si realizza all'interno di relazioni affettivo-emoive delicatissime e complesse proprio sul piano psicologico.

La premessa è che, se, da un lato, per decenni, la società e l'ordinamento hanno completamente trascurato il fenomeno, dall'altro lato, oggi, questo tema non può restare nelle mani esclusive del legislatore e della giustizia mediatica, come anche di una giurisprudenza che tende ormai ad assecondare acriticamente le spinte di tutela che, per i meccanismi della penalità, tendono a farsi fisiologicamente eccessivi: quante volte oggi nelle sentenze in tema di maltrattamenti e di atti persecutori, anche per il timore di possibili *escalation*, si tende a punire la mera litigiosità o la fastidiosa petulanza invece che fatti che esprimono il grave disvalore dei maltrattamenti e degli atti persecutori, complici anche condotte tipiche che ricomprendono al proprio interno atti di per sé leciti e privi di violenza, nonché una svalutazione degli eventi tipizzati dall'art. 612-bis Cp. Senza considerare i rischi di strumentalizzazione della giustizia penale nei momenti difficili delle separazioni, come anche, per converso, il problema dell'ingresso/ingerenza dello Stato nelle relazioni affettive allorquando non si attribuisce alcuna rilevanza alla remissione di querela anche quando è il frutto di una scelta libera e consapevole.

Occorre ancora una volta equilibrio, e soltanto la scienza giuridica, con il supporto di esperti, può ritornare a problematizzare il tema, anche perché il dato finale è che l'enorme apparato normativo costruito a tutela delle vittime, senz'altro indispensabile, è tuttavia incapace di risolvere il problema, come dimostrano i dati statistici. Con la conseguenza che si pone sempre di più la necessità di pensare a nuovi strumenti che muovano, oltre che dai singoli episodi, dal contesto relazionale.

Prospettive che oggi non si possono nemmeno nominare, ma che si deve avere il coraggio di mettere sul piatto della discussione. Insomma, sono molte le questioni da ripensare, dalla tipizzazione delle fattispecie, alla mancanza di strumenti preventivi

non coercitivi, ma mediativi-relazionali, al ruolo di acuzione della conflittualità che possono giocare gli stessi strumenti preventivi a carattere coercitivo, alla circostanza che là dove non vi sono fatti particolarmente significativi si potrebbero aprire spazi alla remissione della querela condizionandola a percorsi mediativi. E solo dalla prospettiva di un autentico personalismo orientato a porre limiti alle strumentalizzazioni politico-mediatiche si possono iniziare a battere tali strade.

Ciò premesso, sul fronte delle scusanti, emerge evidente come nelle vicende di violenza domestica il particolare contesto relazionale possa dar luogo a significative alterazioni motivazionali, sia nelle vittime di violenza, come anche negli autori.

Da un lato, si pone il problema della legittima difesa c.d. anticipata da parte della vittima di violenza domestica, vale a dire il caso della donna che, dopo anni di maltrattamenti, decide di aggredire il partner che sta ad es. dormendo ubriaco, nella consapevolezza che, come già accaduto molte altre volte, quando si sveglierà la aggredirà per l'ennesima volta. Se, come accennato, la Corte costituzionale ha di recente ricondotto la situazione all'attenuante della provocazione, tuttavia resta da chiedersi se non si sia in grado di tipizzare una situazione che consenta di scusare tali fatti, valorizzando non soltanto l'intensità dell'emozione soggettivamente vissuta dall'autore e la ragione obiettiva, vale a dire la "causa psicologica" di tale emozione, ma, sul piano oggettivo, anche la pregressa reiterazione di condotte violente ovvero nella sostanza la circostanza che l'autore fosse vittima di maltrattamenti connotati da una certa gravità. Dall'altro lato, circa l'autore della violenza relazionale, si pone il problema della necessità di scandagliare la situazione concreta, sia sul fronte oggettivo che soggettivo, emergendo tutta la difficoltà a tipizzare il contesto. Così, ad es., la fine di una relazione che magari si unisce a precedenti fallimenti relazionali, ai quali si aggiungono fragilità e insicurezze personali, se non addirittura diagnosi, che pur escludendo patologie psichiatriche e disturbi della personalità, accertano comunque gravi disturbi psichici e quindi concrete vulnerabilità, possono determinare significative alterazioni motivazionali. E non è un caso che tutte queste realtà siano prese in considerazione in Germania proprio attraverso i §§ 20 e 21 *StGB*.

5.2.2. Alcune vicende segnalano l'esistenza di una vera e propria tensione ermeneutica che si crea tra legalità e personalismo. Così, ad es., si pensi a quanto avvenuto con riferimento all'art. 384 Cp dove si è posto il problema se tale disposizione si possa applicare, oltre che ai congiunti, come espressamente previsto dal rinvio

all'art. 307 co. 4 Cp, anche ai conviventi.

Ebbene, questa problematica ermeneutica è stata affrontata dalla Sezioni Unite con la sentenza Fiavola n. 10381/2021 proprio valorizzando il personalismo: «l'art. 384 c.p. [...] tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta "alterato"»; «in presenza di una scusante [...] che si trovi dinanzi all'alternativa – che può risultare drammatica – tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti, risulta del tutto "incoerente" negare che non ricorra la medesima condizione soggettiva, sia che si tratti di persone coniugate, sia che si tratti di persone conviventi. In entrambi i casi il conflitto interiore è identico». Con la conseguenza che «l'art. 384, primo comma, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore».

Insomma, assunto come criterio per la comparazione tra la situazione dei congiunti e quella dei conviventi il procedimento motivazionale e la sua alterazione, questi ultimi risultano nella sostanza analoghi quale che sia l'involucro formale che li definisce. Con la conseguenza che, visto il tutto da altra prospettiva, l'interpretazione estensiva, oltre ad essere ragionevole sul piano della parità di trattamento tra coppie legate dal vincolo del matrimonio e coppie di fatto, altro non è che un'interpretazione conforme al principio di personalità di responsabilità.

Ed ancora, si prenda in considerazione la nuova scusante di cui all'art. 55 co. 2 Cp nell'ambito della legittima difesa. Non solo il paletto del contesto domiciliare potrebbe essere messo in discussione facendo leva sulla predominanza dell'aggressione e dell'alterazione, quale che sia il luogo in cui si svolge la vicenda, ma soprattutto c'è da chiedersi se non si possa attribuire rilevanza, oltre all'eccesso in esecuzione per paura rispetto ad un pericolo esistente, anche all'eccesso putativo rispetto a un pericolo che sempre per paura si ritiene esistente. Certo, stando a una prospettiva meramente oggettiva, che il pericolo di aggressione esista o meno determina una notevole differenza, ma là dove si valorizza la persona, la paura può determinare un'alterazione che incide sulla stessa percezione del pericolo. A dimostrazione che il personalismo è – per così dire – neutro o comunque *bipartisan*, rispetto alle prospettive valoriali.

A metà strada tra situazione emergente e tensione ermeneutica, si colloca la questione di chi commette un reato quando è vittima di tratta. Da un lato, costituisce

senz'altro una situazione nuova, derivante oltretutto dall'incriminazione piuttosto recente del delitto di tratta, caratterizzato da una tipicità complessa il cui disvalore si incentra sul c.d. assoggettamento. Dall'altro lato, vi sono fonti europee che vincolano gli Stati a non punire chi commette reati a causa dell'essere vittima di tratta, e v'è un appiglio normativo dal quale far passare la rilevanza della particolare situazione soggettiva di chi risulta vittima di tratta, vale a dire l'art. 54 co. 3 Cp.

Anche qui si pongono problemi di legalità e la questione è stata di recente affrontata dalla sentenza n. 2319/2024 della Corte di cassazione, valorizzando la condizione di vulnerabilità soggettiva, per cui, una volta accertata la posizione di vittima di tratta, occorre verificare se ricorrono i presupposti dell'art. 54 e «la verifica di tali presupposti allorché riguardino il comportamento complessivamente posto in essere da una vittima di tratta che abbia commesso un reato collegato alla propria situazione, deve necessariamente avvenire alla luce della sua posizione di “vulnerabilità” ». In buona sostanza, ancora una volta, sul piano ermeneutico si finisce per attribuire rilevanza a una particolare condizione personale dell'autore da accertare in concreto, per cui la vittima di tratta, se da un lato non subisce quella cogenza “classica” che proviene dalla minaccia puntuale e specifica (“se non vieni con me a fare il furto, ti uccido”), tuttavia dall'altro lato può subire un'indubbia coazione derivante dallo stato di soggezione in cui si trova in quanto vittima, visto che tale stato viene realizzato e mantenuto mediante violenza e minaccia. Insomma, una volta che si è vittime di tratta, la stessa minaccia deve essere riconfigurata alla luce della particolare situazione di vulnerabilità da accertare in concreto, che ha riflessi motivazionali sulla vittima.

Vero tutto questo, è anche vero che l'attività ermeneutica non può non incontrare limiti. Ecco che si entra nelle dinamiche del bilanciamento, ma, ancora una volta, non si può fare a meno di osservare come si tratti di un bilanciamento del tutto peculiare, perché, a ben vedere, questi limiti non sono propriamente quelli posti dal legislatore, ma piuttosto, ancora una volta, tali limiti discendono da contro-interessi aventi – per così dire – natura personale.

Ecco che, per quanto riguarda ad es. la scusante del multiculturalismo, riconducibile nel nostro ordinamento all'*ignorantia legis*, non si possono non contrapporre, non solo e non tanto i diritti umani in una prospettiva universalistica, quanto piuttosto la persona in carne ed ossa davanti a qualsiasi violenza, ragion per cui, al netto delle scusanti “relazionali”, non è possibile scusare condotte violente per ignoranza, mentre vi sono tutti i margini per scusare fatti riconducibili alla legislazione “artificiale”.

Con riferimento al soccorso di necessità difensivo, allorché i beni dei pericolanti sono identici (ad es. la vita), non si può prescindere dalla rilevanza del particolare rapporto personalistico che intercorre tra l'autore del soccorso e colui che viene salvato, poiché, diversamente, si ergerebbe il soccorritore a soggetto che può decidere della vita o della morte di un terzo innocente, e ciò anche nell'ipotesi in cui il soccombente abbia minori *chance* di salvezza del salvato.

In ordine alla scusante nella legittima difesa emerge tutto il paradosso della riforma che l'ha introdotta, perché se, da un lato, l'art. 55 co. 2 Cp potrebbe essere esteso nei termini che abbiamo detto poc'anzi, fino a dare rilevanza alla stessa necessità putativa derivante da paura, dall'altro lato, però, è proprio la necessità in quanto tale che tuttavia si sarebbe voluto dissolvere attraverso l'altro pezzo della riforma che al quarto comma dell'art. 52 Cp ha previsto una presunzione di necessità e quindi di aggressione senz'altro costituzionalmente illegittima.

Nel riflettere sui rapporti tra legislazione e costituzionalismo, a volte si ha la sensazione che ci dobbiamo ancora liberare da una visione che risente del pre-costituzionalismo moderno, per cui quell'asservimento del diritto al potere politico, quel modo di concepire il diritto dalla parte dello Stato, continua sottotraccia a permanere. Con ogni probabilità, il primo costituzionalismo penale à la Bricola aveva il giusto spirito, orientandosi nel senso di porre maggiori vincoli al legislatore. Tuttavia, non aveva ancora gli strumenti – per così dire – tecnici derivanti dalla prospettiva del nuovo costituzionalismo e le riserve espresse verso determinate soluzioni senz'altro discutibili (si pensi alla teoria dei beni costituzionalmente rilevanti) hanno finito per travolgere anche il nuovo spirito che le ispirava. Successivamente, nuovi strumenti frutto del nuovo costituzionalismo sono stati sapientemente elaborati (si pensi alla ragionevolezza), ma a volte sembra che si sia smarrito lo spirito teso a subordinare la politica al diritto, per cui tali strumenti che avrebbero tutte le potenzialità per limitare gli eccessi del legislatore, in parte sono stati riattratti nella logica dello Stato, creandosi così pericolosi piani inclinati che non soltanto preservano nella legislazione sacche di incostituzionalità (si pensi alle misure di sicurezza per gli imputabili e alle misure di prevenzione), ma soprattutto non fanno penetrare nella società il principio fondante del costituzionalismo moderno, vale a dire il porre limiti alla politica.

Certo, qui si apre il solito dilemma tra prospettive maggiormente radicali, che

potrebbero portare poi a tensioni tra la Corte costituzionale e il potere politico, e prospettive maggiormente dialogiche, che, nel preservare la Corte da attacchi da parte della politica, stemperano e attenuano la sua forza di custode della Costituzione.

Una cosa però è altrettanto certa. La prospettiva del personalismo non consente molti alibi, perché, ponendo al centro la persona in quanto tale, spogliata da sovrastrutture valoriali di qualsiasi colore politico, costringe a recuperare lo spirito del costituzionalismo e a costruire strumenti capaci di contrastare qualsiasi strumentalizzazione della persona da parte della politica e dello Stato: prima la persona in carne ed ossa e poi lo Stato, prima la concretezza personalistica di ogni essere vivente e poi le astrazioni e generalizzazioni statalistiche. E forse è proprio da qui che dobbiamo ripartire per dare nuova linfa vitale a un costituzionalismo che sembra ormai trovarsi a un bivio tra il recuperare il suo spirito in termini di limiti alla politica oppure smarrirlo a favore di una politica che tende fisiologicamente a farsi illimitata.