

“SPECIALE”(*)

di Michele Papa

SOMMARIO: 1. Le parole terribili del diritto penale. – 2. La parola prescelta: “speciale”. – 3. Volgersi al corpo delle parole. – 4. Dentro al corpo della parola “speciale”. – 5. La specie come forma esteriore delle cose. – 6. La visione “speciale” come visione iconografica delle cose. – 7. La fattispecie incriminatrice come proiettore di immagini. – 8. La fattispecie incriminatrice come strumento di comprensione gestaltica. – 9. *Malae species* e *species mali*. – 10. La crisi del diritto penale come “mondo speciale”. – 11. Futuribili. – 12. Mondi senza luce. – 13. Il rinnovamento della fattispecie incriminatrice tramite le nuove tecnologie. – 14. La fattispecie incriminatrice come metafora.

1. Le parole terribili del diritto penale.

La parola, lo sappiamo, è il più potente e versatile degli arnesi: sostiene il pensiero; svolge, con incredibile duttilità ed efficacia, strabilianti funzioni cognitive, prescrittive, performative.

Nel diritto penale, le parole sono particolarmente poderose e spesso terribili. Inserite nella lingua del diritto positivo, e specie in quella delle fattispecie incriminatrici, sono le vere e proprie chiavi delle prigioni. Non sono le uniche, come ben sa chi ha una visione realistica delle cose e conosce le mille variabili fattuali che condizionano l'imputazione della responsabilità; ma anche il più scettico degli osservatori farebbe molta fatica a sostenere che i dati linguistici non condizionino fortemente, con la loro portata semantica, l'area della rilevanza penale e l'affollamento delle galere.

Come le paratoie mobili del MOSE di Venezia, le parole del diritto positivo regolano l'afflusso e il deflusso dei casi che entrano nella laguna (qualcuno direbbe: nella palude) della giustizia penale.

Benché nel diritto penale le parole svolgano una essenziale funzione prescrittiva, e dunque operino soprattutto come “chiavi” o “paratoie mobili” rispetto all'accesso nell'area di rilevanza penale, prenderemo qui in considerazione una funzione che più che avere a che fare con il *dover essere*, cioè con la messa a fuoco dei contenuti precettivi delle norme, riguarda piuttosto l'*essere* del diritto penale. Riteniamo, infatti, che analizzando al microscopio la parola “speciale”, esplorando in profondità l'*innerspace* che sta dentro al suo corpo, sia possibile conoscere meglio la natura, la crisi e le prospettive evolutive dell'intero diritto penale.

(*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*. Il vol. III degli Studi è dedicato alle “parole dal lessico di uno studioso”. Di qui la scelta di raccogliere attorno ad una parola, l'aggettivo “speciale”, i temi del presente scritto.

2. La parola prescelta: “speciale”.

“Speciale”: è questa la parola sulla quale vogliamo riflettere. Ancora una volta¹.

“Speciale” è un aggettivo che, assieme alle sue collegate declinazioni grammaticali (specie, specialità), compare in molti luoghi del discorso penalistico. Ricordiamone i principali: la parola

a) caratterizza, innanzitutto, la “parte speciale” del diritto penale, cioè il luogo – contrapposto alla parte generale – dove sono elencati e descritti i singoli reati;

b) appare nella denominazione “legge speciale extra codicem”, con cui ci si riferisce alle fonti legislative produttive, tra l’altro, del fenomeno della decodificazione;

c) esprime il requisito, quello appunto dell’essere “speciale”, necessario perché – nell’ambito del concorso apparente – una norma possa prevalere su altra “generale”. L’aggettivo “speciale” compare espressamente nell’art. 15 c.p. che lo pone come criterio fondamentale per risolvere i casi di convergenza;

d) costituisce, infine, nella forma del sostantivo “specie”, il segmento portante della parola “fatti-specie”; una parola che, corredata dall’aggettivo “incriminatrice”, sta al centro del diritto penale, costituendo il luogo di definizione del fatto tipico e di realizzazione del principio di legalità.

3. Volgersi al corpo delle parole.

Lasciamo per un momento da parte questi usi linguistici diffusi. Essi sono caratterizzati, in fondo, da un uso meramente *denotativo* del termine “speciale”. Uso denotativo in quanto lo stesso si limita a fungere da *medium per indicare un oggetto* (un oggetto, si intende, in senso logico, cioè come qualsivoglia entità fisica o ideale). L’aggettivo “speciale” viene utilizzato come strumento per indicare, a seconda dei casi, la “parte speciale del diritto penale”, la “legge speciale”, la “fatti-specie”, etc. Si tratta di abbinamenti tra parola e oggetto che svolgono una funzione ostensiva, indicando il *referente estensionale* del termine. La funzione ostensiva, indicativa, denotativa, si compie per il solo fatto che chi legge o ascolta la parola è in grado di capire *a quale oggetto* la stessa si riferisca.

Quella dell’uso denotativo è – lo sappiamo bene – una funzione importantissima delle parole. Si tratta tuttavia di un tipo d’uso che sfrutta solo parzialmente la ricchezza comunicativa della lingua. Nelle parole – come ricorderemo subito – c’è molto di più della mera capacità di denotare, di indicare estensionalmente gli oggetti.

¹ Per una più ampia esplorazione del tema e per più compiute citazioni bibliografiche, M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2019. Le mie riflessioni in argomento sono proseguite grazie alla preparazione delle edizioni francese (*Fantastic Voyage. Un pénaliste au pays du mal*, Paris, 2020), spagnola (*Fantastic Voyage. A través de la especialidad del derecho penal*, Valencia, 2021) e rumena (*Fantastic voyage. In lumea dreptului penal special*, Universul Juridic, Bucharest, 2022), nonché attraverso i saggi, ID., *La fattispecie come sceneggiatura dell’ingiusto. Ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*, in *Criminalia*, 2019, 2020, pp. 181 ss.; ID., *The Offense Definition as a Screenplay of Evil: The Rise and Fall of Visual Criminal Law*, in *Católica Law Review*, 2020, 4, 3, pp. 145 ss.; ID., *Appearance in Criminal Law. Illusion and Reality in the Description of Evil*, in *Aparenta in Drept. In Honorem Flavius Antoniu Baias*, Bucharest, 2021, pp. 682 ss. Da ultimo, ID., *La définition de l’infraction comme “forme symbolique”*, in *L’IRASCible*, n. 9, 2022, pp. 259 ss.

Lasciamo dunque da parte questi usi linguistici denotativi, distogliamo l'attenzione dalla sola funzione indicativa del termine "speciale": concentriamoci, invece, sul "corpo" della parola. Concentriamoci sulla sua *individualità*, sul suo essere diversa da tutti i suoi sinonimi.

Non accade spesso di riflettere sul *corpo* delle parole². Ed è – generalmente parlando – una fortuna, poiché una ossessiva attenzione per le singole componenti del linguaggio porterebbe, nel quotidiano, ad un'*impasse* funzionale, come quella del millepiedi che pensasse al movimento di ciascuna delle sue mille gambe. Una fortuna, dunque; ma anche un limite cognitivo, perché, ignorando il corpo delle parole, ci priviamo delle capacità rivelatrici legate alla individualità, all'unicità semantica, alle radici etimologiche, al suono della singola parola³.

Il *corpo* della singola è invece un autentico strumento di rivelazione: esso consente di cogliere appieno il "senso" del riferimento agli oggetti denotati; esprime la "connotazione", l'"intensione", del significato. Il corpo della singola parola individua le *proprietà* che gli oggetti devono possedere per entrare nel cono di luce del suo significato; esprime ciò che sta a cuore vedere nella finestra che la parola apre sul mondo.

Il *corpo* di ogni parola è costituito dal suo etimo, dalla sua storia, dalla sua capacità espressiva, dal suo suono, e perfino dalla individualità delle sue singole lettere. Questi elementi definiscono quella che potremmo chiamare la "personalità" di ciascuna parola; grazie alla "personalità" delle singole parole, possiamo esprimere, di volta in volta, la nostra "presa di posizione" nei confronti della realtà, il nostro particolare modo di intendere gli oggetti indicati.

4. Dentro il corpo della parola "speciale".

In una logica di indifferenza per il "corpo" della parola, possiamo leggere l'aggettivo "speciale" come parola opaca e senza individualità. Agevolmente sostituibile, a secondo dei contesti, con altri termini o descrizioni. Come sinonimi di "speciale", vengono in mente aggettivi quali: particolare, caratteristico, tipico, singolare, proprio, individuale, privato, personale, esclusivo, peculiare. Altre volte l'aggettivo "speciale" può essere agevolmente sostituito, all'interno di un sintagma, riformulandolo in modo da indicare comunque lo stesso oggetto. Parlando della *parte speciale* del diritto penale possiamo dire: la «parte del diritto penale che contempla i singoli reati»; nel contesto dello studio universitario, possiamo cambiare nome all'esame di "Diritto penale, *parte speciale*" e chiamarlo "Diritto penale II". Sono tutti aggettivi o sintagmi funzionalmente "equivalenti", in quanto capaci di svolgere la stessa funzione indicativa e ostensiva.

Quando usiamo le parole in funzione meramente indicativa, estensionale, denotativa; quando siamo indifferenti al corpo di una parola, riduciamo il linguaggio a

² Abbiamo avviato una simile riflessione proprio in M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 9 ss.

³ Secondo M. NEGRI (*All'origine delle parole*, 4^a ed., Milano, 2011, pp. 7 ss.), col passare dei millenni le parole si sarebbero "allontanate dalla loro sorgente", corrodendosi e banalizzandosi nell'uso continuo. È una posizione molto diversa da quella di chi, invece, studia, affascinato, la "mano invisibile" che guida il misterioso processo evolutivo della lingua, v., ad esempio, R. KELLER, *On Language Change. The Invisible Hand in Language*, London-New York, 1994.

mero strumento meccanico per ostendere le cose. Quando adoperiamo le parole in questo modo è come se di ciascuna aridamente pensassimo: “basta che funzioni!”. Le parole ci servono solo per indicare gli oggetti e se riescono a farlo, l’una vale l’altra. Ma se così è, tanto varrebbe seguire il consiglio sapientemente impartito dai membri dell’Accademia di Lagado, visitata da Gulliver in uno dei suoi celebri viaggi narrati da Johathan Swift. Dicono i dotti dell’illustre consesso: le parole sono solo i nomi delle cose; tanto vale, dunque, risparmiare il fiato e portarsi direttamente con sé tutte le cose di cui vorremmo parlare.

In realtà, le parole possono fare molto di più che limitarsi a indicare le cose. Ce ne rendiamo conto appena il nostro motore espressivo si alza un poco sopra il minimo dei giri. Quando il discorso si fa ricco, ogni parola dispiega la sua propria forza comunicativa; e non esistono veri sinonimi. Come insegnano letteratura e poesia, ogni parola (e ciascuna descrizione della realtà) è a suo modo, in quanto getta una luce particolare sugli oggetti indicati e ne rivela, esalta o nasconde talune caratteristiche. Insomma, prestare attenzione al corpo delle parole cambia completamente il nostro modo di pensare e di vivere.

Avviciniamoci dunque, con l’aiuto di un microscopio, al corpo della parola “speciale” e osserviamo, nella profondità del suo spazio interiore, il codice genetico che la caratterizza: esso è composto dalla radice del verbo latino *speciō/spiciō* (infinito: *specere/spicere*) che vuol dire guardare, guardare (verso un oggetto), osservare, osservare con attenzione⁴. Volendo rimanere fedeli a questo etimo latino, potremmo evocare il termine “spiare”, se non fosse che tale verbo, nell’italiano corrente, è più spesso usato nel significato di “osservare di nascosto” piuttosto che in quello, pur esistente, di “osservare attentamente”. La radice della parola “speciale” è la stessa di *specchio*, *spettacolo*, *speculazione*, *aspetto*, *spettro*, *dispetto*, *ispettore*.

Tutte parole che hanno a che fare col *guardare* e con la *visione*.

A seconda delle varianti, grammaticali e lessicali, del termine speciale (specie, specialità, etc.) muta ovviamente la rilevanza e la modalità del “guardare”, dell’“osservare”. Il significato può oscillare tra un polo attivo e uno passivo, concentrandosi ora sull’atto dell’osservare attentamente, ora sull’oggetto dell’osservazione e sul suo darsi alla visione/conoscenza: se i verbi esprimono, in genere, la prima prospettiva (guardare attentamente, rispecchiare, spiare, speculare, ispezionare), sostantivi e aggettivi, a cominciare proprio dal termine “specie”, hanno per lo più una accezione passiva, facendo riferimento alla forma esteriore dell’osservazione, alla figura, all’apparenza, alla sembianza, all’immagine delle cose che si offrono alla nostra vista.

5. La specie come forma esteriore delle cose.

“Speciale” è dunque, innanzitutto, ciò che ha un aspetto, un’apparenza, una sembianza. Specie è l’immagine delle cose, *la forma esteriore tramite cui esse si presentano*⁵

⁴ F. CALONGHI, *Dizionario Latino-Italiano*, 3^a ed., Torino, 1972, *ad vocem*.

⁵ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 15 ss. Il termine “specie”, e la sua matrice latina *species*, corrispondono semanticamente (non invece etimologicamente) al greco antico εἶδος (*eidos*), che pure vuol dire aspetto, sembianza, forma. Deriva peraltro dalla stessa radice di εἶδος la parola ἰδέϊν cioè “idea”; entrambe si

I verbi latini *spicio/specio* trovano corrispondenza etimologica, nella lingua greca antica, nei verbi *skopeo* e *skeptomai*. Da essi scaturiscono, anche in italiano, parole come: scopo, microscopio, periscopio, scettico, episcopo. L'apparentamento tra le due radici, latina e greca, collegate ai verbi *specio/spicio-skopeo/skeptomai* ed espressive del "guardare attentamente", viene ricondotta ad una comune derivazione sanscrita: "Spaç", che, appunto, vuol dire vedere, guardare⁶.

Nella profondità storica di tale parola c'è il riferimento, comune peraltro ad altre lingue antichissime come l'accadico, alla "vetta" (*skopia* in greco antico), alla cima, all'alto scoglio da cui si guarda, si osserva per fare la guardia, per custodire, per sorvegliare⁷.

6. La visione "speciale" come visione iconografica.

Abbiamo acquisito una consapevolezza: la parola speciale esprime, con la sua più autentica "personalità", un diretto riferimento alla sfera *visuale, immaginativa, pittorica, iconografica, rappresentativa, figurativa della realtà*.

Vediamo adesso se questa consapevolezza ci consente una qualche amplificazione cognitiva. Ci consente, cioè, di capire meglio alcune caratteristiche e alcuni problemi fondamentali del diritto penale.

7. La fattispecie incriminatrice come proiettore di immagini.

Il discorso non può che indirizzarsi subito alla "parte speciale" e più in particolare alla *fattispecie*.

La "visualità iconografica", che abbiamo detto essere espressa dal termine "speciale", ci rivela l'essenza più autentica della parte speciale del diritto penale e della sua struttura portante, la *fattispecie*.

La fattispecie incriminatrice, ci dice il suo segmento "specie", non è solo il contenitore di un testo linguistico. La fattispecie narra, con stile iconografico, una piccola storia: ad esempio, quella del furto (art. 624 c.p.), concernente chi "si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene al fine di realizzare un profitto per sé o per altri". Attraverso la sua narrativa, spesso caratterizzata dallo stile retorico della "ipotiposi", la fattispecie è capace di generare l'immagine di un fatto⁸.

collegano ad un verbo fondamentale della semantica visuale: εἶδω (*eido*), verbo irregolare che usa solo alcuni tempi e che, come noto, svolge funzione supplente delle forme mancanti del verbo ὁράω (*orao*), un altro importantissimo verbo del vedere, da cui, ad esempio, viene la parola "panorama". Il termine "idea" si collega, in particolare, al tempo aoristo εἶδον (*eidon*). Il verbo εἶδω (*eido*) condivide la stessa radice del latino "video", una radice diversa da quella di *specio/spicio* che in greco antico corrisponde invece, etimologicamente, a σκοπέω (*skopeo*) e σκέπτομαι (*skeptomai*).

⁶ F. RENDICH, *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee*, 2^a ed., Roma, 2010.

⁷ G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, vol. II, Firenze, 1994, pp. 269 ss.

⁸ L'ipotiposi è una figura retorica consistente nella rappresentazione vivida e immediata di un oggetto o di una situazione, M. PAPA, *The Offense Definition as a Screenplay of Evil: The Rise and Fall of Visual Criminal Law*, cit., pp. 149 ss., nonché M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 35 ss. Sulla visualizzazione mentale prodotta dall'attività linguistica, *ivi*, p. 23 note 4 e 5.

Le fattispecie incriminatrici sono punti d'osservazione, finestre, specchi, quadri prospettici che rappresentano, iconograficamente, le "forme dell'accadere" rilevanti per il diritto penale. La fattispecie incriminatrice produce, mediante l'uso delle parole e il ricorso all'"ipotiposi", una vera e propria visione.

8. La fattispecie incriminatrice come strumento di comprensione gestaltica.

Il fatto la cui visione è schiusa dalla fattispecie, è un *tipo*⁹. È uno schema di condotta, frutto di un processo di tipizzazione. Il tipo è significativo nel suo complesso e non per la somma delle sue parti. È il risultato di una *visione globale*, che non deriva dalla somma aritmetica delle singole parole con cui viene descritto.

La fattispecie è, dunque, grazie alla presenza del tipo, uno strumento di conoscenza che potremmo dire: *gestaltica*¹⁰. Questa conoscenza di un "tutto", diverso dalla somma delle parti, passa attraverso la sua "specialità"; cioè la sua capacità di produrre, attraverso le risorse retoriche dell'"ipotiposi", un'immagine mentale di ciò che è vietato. L'ipotiposi mette sotto gli occhi del lettore ciò di cui racconta.

9. *Malae species* e *species mali*.

L'aver rilevato la natura (o quantomeno la inclinazione) iconografica e visualista della fattispecie incriminatrice (almeno di quella tradizionale) è un utile punto di partenza per sviluppare una serie di riflessioni concernenti, innanzitutto, l'"origine delle specie", la genesi dei tipi criminosi. La natura "speciale" delle fattispecie incriminatrici offre inoltre preziosi strumenti per guidare l'attività dell'interprete nel momento in cui occorre sussumere i fatti storici nei modelli astratti da esse delineati. Ne abbiamo parlato altrove¹¹.

La natura morfologica, iconografica del fatto tipico pone anche il grande problema del rapporto tra le forme tipiche, iconicamente scolpite dalle fattispecie incriminatrici e l'ingiusto ad esse retrostante. Analizzando tale rapporto, abbiamo ipotizzato che i tipi criminosi, i fatti tipici previsti dalle norme incriminatrici, possano atteggiarsi ora come "*malae species*" ora come "*species mali*"¹².

⁹ Per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, pp. 342 ss.; M. RONCO, *Il principio di tipicità del reato nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, pp. 139 ss.; G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, pp. 535 ss. Ovvio ricordare W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, nonché, E. JUNGER, *Tipo, nome, forma* (1963), trad. it., Seregno, 2002. Ottima sintesi ragionata in, R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, 289 ss. Per un uso particolare del concetto di "tipo", collegato alla individuazione degli illeciti bagatellari, C. E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione degli illeciti bagatellari*, Padova, 1983, spec. 693 ss., e da ultimo, con riferimento alla riduzione del diritto penale, A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 164 ss.

¹⁰ La psicologia della *Gestalt* postula, come noto, che sia possibile una conoscenza del "tutto" come entità diversa dalla somma delle sue parti. V., per tutti, D. KATZ, *La psicologia della forma*, trad. it., Torino, 1979, nonché, G. KANIZSA, *Grammatica del vedere. Saggi su percezione e gestalt*, Bologna, 1980.

¹¹ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 123 ss.

¹² M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 90 ss. Ovviamente, ma approfondire questo punto ci porterebbe ora fuori strada, anche le fattispecie che descrivono le "*malae species*" devono assoggettarsi al successivo giudizio

Quando le fattispecie incriminatrici individuano i fatti significativi attraverso una tecnica descrittiva di stampo narrativo, realistico, denotativo, esse raffigurano direttamente le “*malae species*”, le “cattive apparenze” cui si può ragionevolmente e conclusivamente associare una qualifica di illiceità. Pensiamo allo stupro violento, e alla natura – appunto – di “*mala species*” della descrizione iconica che lo rappresenta, ad esempio quella dell’abrogato art. 519 c.p. Quella forma di fatto (congiunzione carnale con violenza e minaccia) esprime in modo eclatante e diretto la sua illiceità. Essa parla da sé: come fosse un geroglifico. Analogo discorso può valere per altri reati antichi come il furto, il danneggiamento o le percosse (sempre considerando, tuttavia, quanto abbiamo segnalato nella nota 12).

Quando invece, per motivi legati alla complessità delle situazioni, ovvero alla presenza di vari beni meritevoli di tutela e potenzialmente in conflitto, ovvero ancora alla natura immateriale dell’aggressione, la forma tipica è meno iconica, meno realistica, meno descrittiva, allora la fattispecie raffigurerà, essenzialmente, solo una “*species mali*”. In questi casi, la forma del fatto, tratteggiata spesso con tecnica narrativa simbolica, connotativa, concettuale – altrove abbiamo detto: fortemente “*fictional*”¹³ – offre innanzitutto elementi indiziati, sintomatici dell’ingiusto. Il giudizio d’illecito è assai più lungo, complesso e difficile: occorre infatti verificare se e in che misura la “*species*” si colleghi effettivamente, nel caso concreto, alla realizzazione dell’ingiusto. Già i reati fraudolenti, a cominciare dalla truffa, sono espressione di questo secondo modello d’illecito. E così gran parte dei reati concepiti e descritti nella modernità.

10. La crisi del diritto penale come “mondo speciale”.

La natura “speciale” della fattispecie incriminatrice, la sua capacità di evocare immagini mentali d’ingiusto, svolge varie e preziose funzioni. La iconograficità del precetto penale svolge da secoli il compito di comunicare, da un lato, con i cittadini, ai quali illustra in modo figurato il contenuto del divieto; dall’altro, con i giudici, ai quali indica, con altrettanta efficacia, i limiti del potere di punire.

La specialità rappresenta dunque un valore, anzi: è parte del patrimonio culturale più prezioso del diritto penale. Il mondo delle fattispecie incriminatrici, il mondo dei *tipi crimosi*, è un *unicum* nell’ordinamento giuridico e rappresenta, proprio per la sua assoluta peculiarità, una sorta di “Venezia del diritto”.

Questo mondo “speciale” è però da tempo in crisi. Il *rendering* visuale, iconografico, dell’ingiusto è divenuto, infatti, per il legislatore, molto complicato. Anche la fattispecie incriminatrice “sceneggiata”, romanzata – e non solo dunque la *mala species* documentaristica, fondata sulla mimesi dell’accadere ricorrente – è in crisi profonda.

Il legislatore non è più in grado di formulare previsioni efficaci sulla fenomenologia dell’ingiusto che accadrà. Non ha più sapienza creativa, sensibilità

di anti-giuridicità (esistono ragioni per cui il fatto storico, pur corrispondente ad una *mala species*, non è tuttavia ingiusto?). È rarissimo, insomma, che ogni problema di ingiusto possa essere risolto a livello di tipicità.

¹³ Sulla scrittura della fattispecie come *rendering*, anche creativo, romanzato, artistico del fatto significativo, M. PAPA, *La fattispecie come sceneggiatura dell’ingiusto*, cit., pp. 184 ss.

visionaria, risorse espressive di tipo figurativo. Il legislatore non ha più una “poetica”, alla cui stregua elaborare l’iconografia dell’illecito.

Le ragioni della crisi della fattispecie sono molteplici¹⁴.

In estrema sintesi, possiamo affermare che la fattispecie incriminatrice è in crisi perché è in crisi la possibilità di *ordinare il mondo in base all’aspetto delle cose*. È sempre più difficile, descrivere (e dunque “profetizzare”) l’illecito, individuando le modalità paradigmatiche della sua realizzazione. Modalità dotate di forma costante alla cui stregua coniare l’icona del fatto tipico. Il contesto semiotico in cui si muove il legislatore contemporaneo è molto diverso dal passato.

Quando si tratta di concepire e descrivere la condotta tipica, quando si deve definire il fatto tipico penalmente rilevante, ci si trova di fronte ad una base naturalistica di partenza le cui forme sono ambigue, polisemiche, sfuggenti. Pensiamo alla definizione del fatto tipico concernente “nuovi reati” quali la frode fiscale, l’*insider trading*, l’autoriciclaggio, lo *stalking*; o ai tanti illeciti previsti dalle leggi speciali del diritto dell’economia. Quale è il loro volto visibile, qual è la forma morfologicamente significativa di questi reati?

Al mutare proteiforme e polisemico dell’aspetto delle cose si aggiunge, anche questo lo constatiamo continuamente, il processo di *progressiva smaterializzazione e decontestualizzazione della realtà* con cui quotidianamente interagiamo. E tutto ciò, lo sappiamo benissimo, ha un enorme impatto sul contesto sociale, economico, giuridico in cui viviamo. La globalizzazione planetaria, lo sviluppo della tecnologia informatica e dei mondi virtuali, la migrazione, ormai permanente, delle nostre menti nella rete: tutto si muove verso il superamento della materialità. Se un tempo le aggressioni patrimoniali dovevano compiersi necessariamente attraverso condotte intrusive nella sfera di dominio fisico altrui, oggi, come si dice spesso: “basta un *click*” sulla tastiera di un *computer* o di uno *smartphone*. Basta un *click* per spostare illecitamente milioni di euro o di dollari.

Alle difficoltà di dar forma ad un mondo sempre più smaterializzato, si aggiungono quelle dovute al *moltiplicarsi degli interessi meritevoli di tutela e tra loro in conflitto*; interessi che occorre dunque bilanciare in concreto. La crescente proliferazione degli interessi meritevoli e conflittuali comporta la impossibilità di operare il loro equo bilanciamento “una volta per tutte”. Con riferimento all’ambiente, ad esempio, come temperare, in modo iconico e definitivo, le ragioni del diritto d’impresa, del diritto al lavoro, della tutela della salute, della tutela del paesaggio, di quella dell’ecosistema, etc.?

¹⁴ Nella letteratura che, sul piano della teoria generale, affronta la “crisi della fattispecie” (senza tuttavia occuparsi, specificamente, della “fattispecie incriminatrice”), ricordo gli illuminanti scritti di N. Irti [per tutti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014, pp. 36 ss.; ma anche: ID., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020; ID., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)* in *Ars Interpretandi*, VIII/2019 n. 1, pp. 147 ss.]. Peraltro, il numero della rivista appena citato è tutto dedicato alla “crisi della fattispecie” e include gli interessanti contributi (questi sì talora dedicati alla fattispecie incriminatrice) di G. Zaccaria, F. Belvisi, T. Gazzolo, G. D’Amico, G. Corso, D. Castronuovo, P. Gaeta, L. Rovelli, N. Irti, D. Valitutti, S. Crispino, S. Pietropaoli. Nella dottrina penalistica, per tutti, M. Donini, *Fattispecie o case law? La ‘prevedibilità del diritto’ e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 79 ss.; V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di deontologia ermeneutica*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 2222 ss.

Spesso l'unico modo per trovare un assetto accettabile per questo bilanciamento è quello di fare riferimento ad una regolazione disciplinare, ad una procedimentalizzazione delle questioni, operata soprattutto mediante la normativa extra-penale che tali interessi individua, pesa, modula, ordina in un certo rapporto. L'unica via per comporre un conflitto altrimenti ingestibile è spesso quella di prevedere una disciplina amministrativa che contemperi i vari interessi in gioco, trovando, proprio attraverso un procedimento, il difficile punto di equilibrio tra i beni in conflitto.

11. Futuribili.

C'è un futuro per il diritto penale come mondo "speciale"? Riusciranno ancora le fattispecie incriminatrici a descrivere il precetto penale raffigurando il volto, il tratto visibile e iconico del fatto vietato?

Le possibili risposte e le previsioni formulabili sono molteplici¹⁵.

12. Mondi senza luce.

Indubbiamente una parte del diritto penale, quella di natura più tecnica ove sono ormai imprescindibili i legami con la regolazione extra-penale della materia, pare destinata a prescindere sempre di più dalla luminosa specialità della fattispecie iconografica.

L'accentuarsi delle componenti tecniche, professionali, settoriali, spinge verso la valorizzazione del linguaggio criptico, formalizzato, settoriale, esoterico. Un linguaggio ove il significato delle parole viene decifrato grazie alla conoscenza di chiavi interpretative che non contengono il riferimento a dati della realtà sensibile, ma piuttosto rimandano ad altre norme che definiscono concetti e nozioni. Pensiamo al diritto penale tributario o dell'economia. Per questa parte del diritto penale, la prospettiva più verosimile – e non lo rileviamo certo con piacere – pare essere "la fine della fattispecie". Almeno di quella tradizionale centrata sul fatto tipico: ad essa potrà sostituirsi una norma contenente la mera *indicazione dei presupposti* della responsabilità.

L'elenco di tali presupposti vedrà, probabilmente, accentuarsi la componente definitoria e financo la precisione del precetto: prevedibile l'adozione di linguaggi sempre più sofisticati, formalizzati, tecnici; linguaggi di tipo anche digitale, che saranno caratterizzati da un così alto tasso di "informatizzazione" (c.d. *code law*) da poter essere espressi tramite crittogrammi (ad es. *QR codes*) che saranno immediatamente compresi anche dai sistemi di intelligenza artificiale.

¹⁵ Rimandiamo ancora, per le questioni di fondo, ai lavori citati *retro* nella nota 1.

13. Il rinnovamento della fattispecie incriminatrice tramite le nuove tecnologie.

Volendo, invece, scommettere ancora sulla componente “speciale”, iconografica, della fattispecie incriminatrice, e cioè, in definitiva, sul “fatto tipico”, resta aperta, in prospettiva futuribile, la possibilità di avvalersi delle nuove tecnologie informatiche e della intelligenza artificiale.

L’insufficienza ed ambiguità semiotica che caratterizza, nel mondo contemporaneo, le forme della realtà sensibile potrebbe essere meglio esplorata e quindi integrata o addirittura “arricchita”. E ciò, in primo luogo, attraverso uno scrutinio più penetrante e “strutturale” di quelle forme (si pensi alla possibilità, già messa in pratica nei sistemi di sicurezza di aeroporti, stazioni, ma anche luoghi pubblici o supermercati, che *softwares* esperti *riconoscano* particolari comportamenti, nella specie quelli potenzialmente criminali)¹⁶.

In secondo luogo, potrebbero essere sviluppati collegamenti semiotici più integrati e direi “sinestetici” tra le “forme del mondo sensibile” e una serie di altre informazioni non immediatamente visibili o non incluse nella morfologia dei quadri di vita considerati. Pensiamo alle immagini multimediali di c.d. “realtà aumentata”, nelle quali, come insegna anche l’esperienza quotidiana dei nostri *smartphones*, mappe o visioni possono essere arricchite con un numero straordinario di ulteriori contenuti, espressi da voci, testi, se non, addirittura, da percezioni tattili.

Si tratta comunque di prospettive non prive di incertezze, ambiguità e pericoli. Basti pensare come, proprio a partire da tali apparati di monitoraggio e “riconoscimento di comportamenti”, si siano sviluppati in alcuni paesi (ad esempio, in Cina) i sistemi di controllo sociale mediante c.d. *social credits*¹⁷. Un capillare sistema di riconoscimento e di *qualificazione deontica* dei comportamenti quotidiani che – come il controllo morale nelle società premoderne – provoca il crescere o il diminuire del “credito sociale” attribuito dallo Stato, incidendo conseguentemente sullo *status* della persona: al diminuire del credito, si accompagna la progressiva esclusione dalla possibilità di accedere a varie opportunità della vita sociale ed economica come il viaggiare in aereo o su treni veloci, il fruire di servizi bancari, di pagamento elettronico, di istruzione, sanità etc.

Al di là di questi inquietanti scenari, il contributo delle nuove tecnologie al rinnovamento della fattispecie pare scontare una serie di altri limiti. Il tema è molto complesso; ci limiteremo qui a sottolineare come la fattispecie incriminatrice costituisca uno strumento altamente raffinato e ben collaudato, che – lo sappiamo – consente di realizzare con efficacia tante funzioni, a cominciare dal comunicare ai consociati *regole di condotta*. Una tradizione secolare dimostra che anche il comune cittadino è capace di convertire la narrativa iconografica delle fattispecie incriminatrici in una serie di regole di condotta. Sappiamo bene, ad esempio, che la narrativa dell’art. 624 c.p. consente agevolmente di ricavare il contenuto imperativo del “non rubare”.

Non è detto che la stessa agevole conversione, e dunque la stessa agevole individuazione della norma comando, possa aver luogo nel caso in cui la formulazione del precetto penale venga affidata ad una immagine multimediale, sia pure “arricchita”.

¹⁶ V. ad esempio, A. BEN MABROUK-E. ZAGROUBA, *Abnormal behavior recognition for intelligent video surveillance systems: A review*, in, *Expert Systems with Applications*, 91, 2018, pp. 480 ss.

¹⁷ Per un’utile sintesi, K. WERBACH, *Panopticon Reborn: Social Credit as Regulation for the Algorithmic Age* (February 1, 2021), in *University of Illinois Law Review*, 2022.

Nell'immagine multimediale la funzione "diagnostica", cioè la rilevazione di ciò che di significativo accade, risulta infatti prevalente rispetto alla funzione deontica, normativa, cioè alla indicazione di regole di condotta.

Vi sono poi altri dubbi. Essi riguardano la possibilità che la realtà aumentata e l'intelligenza artificiale siano in grado di fornire soddisfacenti soluzioni per il rinnovamento della fattispecie. Per quanto evoluta, l'intelligenza artificiale non è infatti in grado di "comprendere il mondo" nel suo divenire storico, di vivere la fattualità come esperienza unica e irripetibile. L'intelligenza artificiale codifica e gestisce la sua interazione con il mondo secondo algoritmi. Quando è posta di fronte all'accadere storico, essa rileva e misura la salienza di un fatto solo nei termini indicati da un modello quantitativo, da un algoritmo. Il riconoscimento del fatto rilevante avviene secondo indici formalizzati, che sono sempre stabiliti in precedenza.

La decisione che applica il diritto attraverso una *attività umana* non è invece – almeno è questo che crediamo – una tautologia. L'applicazione umana del diritto è il frutto di un amplesso ermeneutico, dunque creativo. Diverso è il modo di procedere dell'intelligenza artificiale: la "fattispecie" algoritmica, cioè il paradigma di fatto formalizzato dal *software* intelligente, non viene gestita da un soggetto consapevole di cosa sia l'"esserci" in un tempo presente; mancherà sempre la capacità di collegare il fatto storico al paradigma astratto attraverso una interazione autenticamente ermeneutica, che abbia alla sua base l'esperienza del vissuto e la umana consapevolezza circa l'unicità e irripetibilità di ogni esperienza concreta.

14. La fattispecie incriminatrice come metafora.

Come abbiamo visto, le nuove tecnologie non sono probabilmente in grado – almeno per ora – di fornire risposte decisive al problema della crisi della fattispecie.

Esiste forse un terzo ordine di possibilità. In un quadro di grande incertezza circa gli scenari futuri, il rinnovamento della fattispecie dovrebbe forse partire da una più matura consapevolezza circa il rapporto sostanzialmente *metaforico* che sussiste tra il fatto tipico, così come raffigurato nella descrizione normativa, e l'ingiusto ad esso retrostante. La ideazione e la costruzione del tipo è un'opera di carattere creativo e in qualche misura "artistico" che altrove abbiamo assimilato alla "sceneggiatura"¹⁸. Vero ciò, dovremo forse riflettere meglio sulla necessità di sviluppare una *poetica* capace di guidare la costruzione del tipo.

Il rapporto tra fattispecie e l'ingiusto, cioè tra istanze specifiche (i singoli fatti da vietare) e l'ingiusto retrostante (che di tali *species* è il *genus*) può essere concepito e descritto, abbiamo detto, come un rapporto metaforico. Metaforico perché la *specie*, in qualche modo, è capace di *rendere figurabile*, e dunque di evocare, attraverso la visualizzazione dei suoi possibili modi di manifestarsi, il *genere*, cioè l'ingiusto.

La specie, la fattispecie, fa da ponte cognitivo verso il *genere*, cioè verso l'ingiusto. Lo rende visibile, lo "mette sotto gli occhi" dei cittadini e dei giudici¹⁹.

¹⁸ M. PAPA, *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto*, cit., pp. 181 ss.

¹⁹ Il collegamento metaforico, l'implicazione che sussiste tra specie e genere, è nota sin dalla filosofia antica. Aristotele ne parla diffusamente, richiamando l'esempio delle "diecimila imprese di Odisseo", ove

Ma come individuare, nel diritto penale, la *species* (cioè il fatto tipico) capace di *rendere* efficacemente, di esprimere morfologicamente, proprio attraverso una figurazione metaforica, l'essenza del *genus* retrostante, cioè dell'ingiusto? Come concepire e descrivere fattispecie incriminatrici capaci di rappresentare in forma metaforica, allegorica, ma visibile, empiricamente riscontrabile, l'ingiusto?

Crediamo che una parte fondamentale della riflessione futura dovrà riguardare proprio questo rapporto metaforico tra specie e genere e lo sviluppo di una "poetica" dello scrivere legislativo che potremmo dire metaforica, allegorica. Dovremo capire meglio in che cosa consista la relazione tra la fattispecie tipica e l'ingiusto. Comprendere come possa svilupparsi questo rapporto "evocativo", metaforico, tra realtà "visibile" (il fatto tipico) e "invisibile" (appunto, l'illecito, l'ingiusto).

La natura *speciale* del *mondo* del diritto penale potrà essere salvata solo se riusciremo a forgiare creativamente delle buone metafore, delle figurazioni d'illecito capaci di "mettere sotto gli occhi" di cittadini e giudici le immagini visibili dell'ingiusto²⁰.

"diecimila" (la specie) sta per un generico "molte" (appunto: il genere). "Diecimila" mette sotto gli occhi del lettore ciò che il termine "molte", con la sua vaghezza, non sa esprimere. Riferimenti, in M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., pp. 260 ss.

²⁰ Nella traduzione rumena (v. *retro*, nota 1), la seconda parte del titolo di *Fantastic Voyage* è "*în lumea dreptului penal special*": "nel mondo del diritto penale speciale". La parola "*lumea*" (mondo) è un'autentica fonte di rivelazione. Ferma nelle sue radici latine (*lumen*), "*lumea*" valorizza l'oggetto della illuminazione: il mondo. Essa esprime così, attraverso il riferimento a tutto ciò che appare come realtà, il nucleo semantico più autentico e direi verbale della *visualità*: "*lumea*" è l'epilogo dell'"azione visiva", che parte dall'accendersi della luce e si proietta sull'intero universo. In questa sua capacità rivelatrice, che collega la luce alla *visione* del mondo, la parola rumena si fa custode ed erede di una antica radice latina altrove perduta: quella che usa la radice "*lumen*" per denominare gli stessi organi della vista e cioè gli occhi (*lumina*).