

GUARDARE ALTROVE PER COMPRENDERE SÉ STESSI: LA COMPARAZIONE COME LAMPADA MAGICA PER RIPENSARE LA LEGALITÀ PENALE (*)

di Michele Papa

*Il saggio muove dal dibattito sulla trasformazione della legalità penale e propone di ripensare il ruolo della comparazione come strumento di conoscenza del proprio ordinamento. La comparazione non è intesa come semplice ricognizione di soluzioni straniere, ma come metodo capace di rendere visibili, attraverso le differenze, le strutture profonde della normatività penale. L'indagine si sviluppa lungo due direttrici. La prima riguarda i **formanti espressi** e analizza le diverse poetiche legislative attraverso cui gli ordinamenti rappresentano l'illecito, considerando la fattispecie incriminatrice come "forma simbolica" e racconto paradigmatico del fatto vietato. La seconda esplora i **formanti criptici**: procedure, prassi, assetti organizzativi, culture professionali e fattori di "rumore" che incidono concretamente sull'ascrizione della responsabilità. Ne emerge l'esigenza di una nuova poetica legislativa, capace di coniugare comprensibilità, plasticità e funzione garantista senza ignorare le forze, spesso invisibili, che governano il funzionamento reale della giustizia penale.*

SOMMARIO: 1. Trasformazioni del diritto penale e dibattito sulla "nuova legalità". – 2. A different way forward. – 3. "Τὴν ὁθι σαυτὸν": le potenzialità dirompenti della comparazione penalistica. – 4. La comparazione come strumento conoscitivo della normatività: espressa ed occulta. – 5. La comparazione dei formanti espressi. Fattispecie, stili di *rendering* e poetiche legislative. – 5.1. Stili di rendering e poetiche legislative. – 5.2. La fattispecie come "forma simbolica" dell'illecito. – 5.3. La crisi della fattispecie e il rinnovamento degli stili normativi. – 6. La comparazione dei formanti criptici. Strutture, procedure e normatività sommersa. – 6.1. Giustizia e "rumore": l'acufene del penalista. – 7. Quale poetica per il legislatore penale?

(*) Questo scritto segue, a distanza di qualche tempo, la relazione presentata al Convegno biennale dell'Associazione Silvia Sandano, tenutosi a Roma nel giugno 2022, e pubblicata con il titolo *Legislazione penale e metodo comparatistico* nel volume curato da C.E. Paliero, V. Mongillo e R. Bartoli, *La scienza della legislazione penale. Recenti riforme ed istanze di razionalizzazione*, Napoli, 2024, pp. 131-146. L'argomento è qui completamente ripensato e notevolmente sviluppato, anche in vista di un contributo destinato agli *Studi in onore* del professore e magistrato argentino Carlos Mahiques, di prossima pubblicazione.

Raccolgo in queste pagine riflessioni maturate negli ultimi anni, anche in occasione di incontri e conferenze tenuti presso varie Università statunitensi. Di qui la versione in lingua inglese, che si allega. Il saggio, tuttavia, non costituisce soltanto un'occasione per riassumere e sviluppare temi di diritto penale comparato che frequento da anni. Nelle pagine che seguono provo infatti a collegare lo studio della comparazione con il filone di ricerca al quale mi dedico da circa un decennio: quello del "rendering espressivo" e, più in generale, dell'estetica dell'ingiusto penale. Ho avviato questa indagine in M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2° ed., Torino 2019 e l'ho sviluppata in vari saggi, l'ultimo dei quali è M. PAPA, *"A que será que se destina?" "A cosa è destinata?" Prospettive dell'intelligenza artificiale nel diritto penale contemporaneo*, in questa Rivista 11 maggio 2026.

1. Trasformazioni del diritto penale e dibattito sulla “nuova legalità”.

Si parla molto della crisi della legalità in materia penale e dell'esigenza di rinnovare i concetti e le categorie che tradizionalmente la definiscono¹. Si sottolinea come stia mutando drammaticamente il rapporto tra legge positiva e giurisprudenza e si paventa il passaggio dal diritto penale della “fattispecie” al diritto penale del precedente giudiziario e della *case law*. Emerge l'idea di una “nuova legalità”, come campo concettuale e assiologico ove discutere le profonde trasformazioni che sconvolgono il diritto penale contemporaneo. Si propongono diagnosi e terapie².

Della “nuova legalità” sono ormai ben conosciuti sia i contesti pratici sia il quadro teorico. Centrato sul problematico rapporto legge/giudice il dibattito inquadra la legalità penale nel contesto di un mutato assetto costituzionale e internazionale, che si caratterizza per essere “reticolare”. A differenza che in passato, infatti, le fonti sono oggi multilivello, comprendendo, da un lato, a livello super-primario, il diritto dell'Unione europea e quello scaturente dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo; dall'altro, a livello sub-primario, le fonti regolamentari e amministrative che tendono ad infiltrarsi capillarmente all'interno della legislazione ordinaria.

A fronte di tutto ciò, risulta straordinariamente amplificato il ruolo interpretativo di chi, pubblico ministero o giudice (ma perché no, anche avvocato), contribuisce a creare il diritto “vivente”. Detto molto banalmente, ciò che entra in crisi è l'immagine della legge come contenitore già compiuto della norma penale e del giudice come suo esecutore.

¹ La bibliografia sul tema è davvero vasta. Rimando, anche per ulteriori riferimenti, ad alcune recenti monografie che hanno affrontato l'argomento: C. COLUCCI, *Tra ottimizzazione della funzione comando e prospettive di un suo superamento. I nuovi scenari della normatività penale*, Firenze, 2025; S. DE BLASIS, *L'intellegibilità come misura oggettiva di prevedibilità della norma penale*, Napoli, 2023; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019; P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino, 2022; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

² Cfr., tra gli altri: R. ALAGNA, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, pp. 3 ss.; AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?* in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 1406 ss.; R. BARTOLI, [Le garanzie della “nuova legalità”](#), in questa Rivista, 20 marzo 2020; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, pp. 193 ss.; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 4, p. 79 e ss.; F. GIUNTA, *Un diritto penale necessariamente e strettamente giurisprudenziale*, in www.discrimen.it, 18.11.2022; Id., *Ius legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale*, ivi, 12.11.2020, p. 8 s.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in Cass. pen., 2017, pp. 955 ss.; Id., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, pp. 1 ss.; PALAZZO F., *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2020, 1249 ss. PALAZZO F., [La “nuova” legalità e il ruolo della Corte di cassazione](#), in questa Rivista, 5 marzo 2020; C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2017, pp. 1346 ss.

Che tale immagine avesse una componente “fictional” lo si sapeva da tempo, ma la considerazione per il “dover essere” della legalità, per il ruolo che la stessa *era chiamata normativamente a svolgere*, anche per dettato costituzionale, aveva a lungo eclissato la diagnosi circa il suo concreto funzionamento: quasi che ammetterne i limiti operativi volesse dire contestarne il pregio assiologico; quasi che quel dover essere -a furia di essere ribadito- diventasse più facilmente realtà.

Le cose, come sappiamo, sono cambiate non solo con la generale crisi del formalismo giuridico e del normativismo, ma anche per le trasformazioni sociali e politiche che hanno portato la magistratura (sia requirente che giudicante) ad assumere, in Italia ma anche altrove, un ruolo apertamente protagonista.

Questa trasformazione della legalità penale non riguarda ovviamente solo il sistema italiano. Anche un rapido sguardo al dibattito in corso in altri sistemi conferma che il tema non coincide più, almeno non interamente, con le questioni classiche che, nella variegata declinazione dei contesti ordinamentali, davano risposta al fondamentale problema delle fonti del diritto penale³.

Anche in altri contesti culturali si registra un deciso spostamento dell’attenzione dalla formulazione astratta del diritto penale al processo attraverso il quale il precetto viene interpretato, precisato e applicato. Alla determinatezza della disposizione si affianca la prevedibilità della sua concretizzazione; al divieto di retroattività della legge si aggiunge il problema del mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile; alla riserva di legge si affianca la necessità di stabilire quali attori istituzionali e fattuali concorrano alla determinazione effettiva dell’area della punibilità e quali limiti incontrino.

Si tratta di una trasformazione che, a livello comparatistico, assume forme differenti nei diversi sistemi, perché differenti sono i modelli costituzionali, le tradizioni delle fonti e il ruolo riconosciuto alla giurisprudenza. Ricorrono tuttavia alcuni problemi strutturali comuni: chi determina concretamente il significato della norma penale; entro quali confini l’interpretazione può sviluppare il testo; quando un mutamento giurisprudenziale diventa una innovazione normativa; quale tutela debba essere riconosciuta all’affidamento del cittadino; quali meccanismi istituzionali possano garantire la stabilità, la conoscibilità e la controllabilità del diritto vivente⁴.

³ Cfr. anche, per un panorama aggiornato della giurisprudenza della corte EDU, la Guida pubblicata sul sito istituzionale: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_eng.

⁴ Con riferimento a due sistemi a noi molto vicini, quello spagnolo e quello francese, cfr., ad esempio, M. PÉREZ MANZANO, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ (a cura di), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *El principio de legalidad penal: seis retos*, Almacén de Derecho, 5.08.2019, <https://almacendederecho.org/el-principio-de-legalidad-penal-seis-retos>; J. P. MONTIEL, *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012; ID., “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, InDret, 1/2017, https://indret.com/wp-content/themes/indret_2026/pdf/1273.pdf.

Con riferimento al sistema francese: Cfr.: F. HABOUZIT, *La légalité dans l’exécution de la peine privative de liberté. Lumière sur la prévention de l’arbitraire dans le champ pénitentiaire*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2025, pp. 641-654; M. BOUCHET, *L’éclatement des sources face à l’affirmation du principe de légalité : focus sur la source constitutionnelle*, *La lettre juridique*, avril 2024; A. GIUDICELLI, *Le principe de légalité en droit pénal français. Aspects législatifs et jurisprudentiels*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2007; M.

Il dibattito sulle nuove dimensioni del principio di legalità presenta ovunque una forte venatura ideologico-politica. Ad essa non è estraneo, specie in Italia, il coinvolgimento di alcuni autori nelle professioni forensi. In altri emerge invece una particolare vicinanza culturale e politica all'azione della magistratura, di cui si apprezza la trasformazione del ruolo e l'assunzione di compiti da protagonista nell'ascrizione della responsabilità penale. Il discorso assume talora toni decisamente polemici, che finiscono per eclissare un poco le prioritarie finalità cognitive dell'analisi; ed è un vero peccato perché le migliori risorse dovrebbero essere guidate dal motto "*primum intelligere!*", cioè dal desiderio di comprendere cosa sta davvero succedendo -oggi- nel misterioso caleidoscopio delle fonti giuridiche.

2. A different way forward.

Attratti da ciò che ci sfugge, allontaniamoci un poco dalla rotta ove naviga il grosso della flotta e andiamo a cercare il vento in un altro quadrante di mare.

Il vento propizio spira innanzitutto nelle acque della comparazione giuridica. Poiché tuttavia «non esiste vento favorevole per il marinaio che non sa dove andare», occorre capire cosa chiedere alla comparazione nel diritto penale, individuando la meta ove vogliamo che ci porti ⁵. Occorre insomma capire, detto in parole semplici, a cosa può servire la comparazione rispetto alla necessità di comprendere meglio come si atteggia (oggi ma non solo) il sistema delle fonti che determinano l'ascrizione della responsabilità penale e l'infrazione della pena.

Che il vento della comparazione spira a favore del marinaio penalista è ancora in parte da dimostrare. Il rapporto tra comparazione e diritto penale, infatti, è stato a lungo considerato come oppositivo e disfunzionale. Se il principio di legalità postula il primato, anzi il monopolio, della legge scritta nazionale di fonte parlamentare, che senso ha interessarsi a ciò che sta fuori da tale recinto? Anzi: il richiamo a norme o dottrine normative originarie del mondo esterno può essere solo fonte di pericolo e comunque di confusione. Al giudice italiano non deve importare nulla del diritto francese, turco o giapponese; a meno che non abbia intenzione di forzare e violare la legalità, applicando criteri e parametri di giudizio stabiliti da fonti non legittimate a interloquire ⁶.

TOULLIER, *L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, chron. n°08, <https://revuedlf.com/cedh/linterpretation-strict-de-la-loi-penale-et-larticle-7-de-la-cesdh-article/?utm>, nonché, la dottorale di M.L. DRAGO, *Le principe de normativité criminelle. Reconfiguration du principe de légalité criminelle*, thèse, Montpellier 2016, scaricabile in file:///C:/Users/ASUS/Desktop/2016_DRAGO_diffusion.pdf Ricordo che la dottrina francese lavora spesso per *chroniques*, *notes de jurisprudence*, *fiches Dalloz*, *fascicules JurisClasseur*, evitando le grandi monografie sistematiche sia in forma di libro che di articolo. È anche in quella letteratura "minore" che andrebbe ricostruita la dottrina rilevante.

⁵ *Ignoranti quem portum petat nullus suus ventus est*, Seneca, Lettere a Lucilio, lettera 71, v. nell'edizione tradotta da Giuseppe Scarpato, Paideia, 1975, pp. 458-459.

⁶ Rimandiamo sul punto a: F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3a ed., Torino 2013, p. 2 ss., 14 ss.

Simili affermazioni poggiano su premesse stantie dalle quali ci si è da tempo liberati: la comparazione penalistica ha senso anche in un contesto dominato dalla riserva assoluta di legge, se non altro per proporre linee di riforma o per adeguare il diritto interno alle indicazioni internazionali. E, soprattutto, per fare tutto ciò in modo congruo, evitando semplicistici “copia e incolla” o trapianti di istituti giuridici alieni il cui rigetto è inevitabile. Non solo: il mondo arioso e fecondo dei principi giuridici, anche penalistici, è insuscettibile di contenimento entro le frontiere geografiche. I principi – si pensi al principio di colpevolezza o a quello rieducativo – evolvono e si rigenerano di continuo attraverso la circolazione delle idee e delle esperienze giuridiche, fenomeno ineluttabilmente internazionale, oltre che trasversale all’interno della società⁷.

Vero ciò, pare tuttavia che di comparazione penalistica si parli, negli ultimi tempi, con meno trasporto, con meno entusiasmo. Nonostante siano usciti, anche di recente, ottimi libri dedicati *ex professo* al diritto penale comparato⁸; e benché in quasi ogni monografia siano presenti cospicue sezioni dedicate al diritto straniero⁹, il fascino della comparazione penalistica pare essersi un po' appannato. Dopo la grande fioritura di studi che caratterizzò gli anni Novanta, la comparazione rischia di finire come quegli invitati che, più che essere desiderati, sono, per così dire, conservati nella lista. Presenze abituali, opache e disponibili: ospiti che non suscitano più interesse, ma servono all’economia morale del gruppo e alla scenografia delle serate. Il pensiero corre -per chi trova nel mondo di Marcel Proust molti paradigmi della condizione umana- a certi personaggi del salotto di *Madame Verdurin*¹⁰.

Questo rischio di appannamento non dobbiamo accettarlo: la comparazione, a conoscerla bene, mantiene intatto il suo fascino; offre al giurista autentiche vie d’illuminazione. La condizione è, ovviamente, che si consolidi, anche con riferimento al diritto penale, l’idea di una “nuova comparazione”, che vada oltre le mere ricognizioni del diritto positivo straniero; oltre l’idea del campionario di formule da copiare per fini di riforma; oltre la stessa dimensione geografica, che pure per decenni ne è stata a fondamento. La comparazione possiede enormi risorse euristiche ed è un peccato rinunciare alle stesse per fermarsi al mero riscontro tra questa o quella enunciazione di

⁷ F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 33 ss. v. anche, M. PAPA, *Metodologia e scopi della comparazione in materia penale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi A., Canestrari S., A. Manna, M. Papa, Parte generale, vol. I, UTET, Torino, 2012, pp. 371-396.

⁸ Penso in particolare a: A. MADEO, *Lezioni di diritto penale comparato*, Napoli, 2021; R. Palavera, *Comparazione penale*, Torino, 2023; su di un piano più generale, nella manualistica, v. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2° ed., Torino, 2019.

⁹ Esiste una specifica collana, i *Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo*, edita da Giappichelli e diretta da A. Bernardi, M. Donini, V. Militello, M. Papa e S. Seminara, destinata a valorizzare l’impostazione comparatistica delle monografie di diritto penale.

¹⁰ *Madame Verdurin* è un personaggio della *Ricerca del tempo perduto* di Marcel Proust. È l’animatrice di un salotto borghese, artistico e mondano, frequentato da musicisti, pittori, medici, intellettuali, arrivisti: personaggi più o meno brillanti. Madame Verdurin non è una semplice padrona di casa: è una regista sociale. Nel suo salotto l’invito non è ospitalità neutra, ma atto di classificazione: accoglie, usa, degrada, promuove, espelle: trasforma l’amicizia e la conversazione in una forma di (piccolo) dominio sociale.

diritto positivo. Vedremo come tali risorse possano felicemente combinarsi con l'interesse per la dimensione estetico-stilistica della legislazione penale.

3. “Τνῶθι σαυτόν”: le potenzialità dirompenti della comparazione penalistica.

A quale destinazione felice può portarci dunque il vento della comparazione?

Non avrei dubbi: la terra promessa è quella da cui siamo partiti. L'approdo finale non sta nelle spiagge lontane, ma, come nel ritorno di Ulisse o nel periplo di Magellano, in quelle da cui è iniziato il viaggio. È il luogo a cui torniamo, dopo tanto vagare, profondamente cambiati e dunque, finalmente, consapevoli.

Lo scopo della comparazione è quello di comprendere noi stessi. Dunque, il nostro sistema giuridico visto come struttura ordinante dell'esperienza reale e concreta. E potenzialmente: *ogni sistema giuridico* visto come struttura ordinante dell'esperienza reale e concreta. Intravedendo, in termini più generali e profondi, la conoscenza *del* sistema giuridico visto come struttura ordinante dell'esperienza reale e concreta.

L'analisi comparatistica è parte di una epistemologia dialettica, che conosce e comprende attraverso la misurazione delle differenze¹¹. È un metodo conoscitivo che applichiamo, d'altronde, nella vita di tutti i giorni: comprendiamo cosa sia esattamente il fiume che scorre nella nostra città (sia esso l'Arno o il Tevere) solo quando abbiamo la possibilità di confrontarlo con ciò che ad un tempo gli assomiglia e da esso si differenzia: dal torrente di montagna al Rio delle Amazzoni. Ecco, dunque, che proprio nella misurazione delle differenze emergono le “proprietà” che ci erano sfuggite quando eravamo chiusi nell'orizzonte domestico: nel confronto col torrente di montagna emergono proprietà quali l'irregolarità stagionale del flusso di corrente, la pendenza, l'erosione del letto, il trasporto di detriti a valle, mentre nel confronto con i grandi fiumi del pianeta emergerà la questione della massa idrica costante, dell'origine plurale delle acque (sorgive da falde, pluviali, da affluenti etc.), dell'alveo e della pianura alluvionale, della navigabilità; come pure sarà chiara l'importanza del più articolato “reticolo idrografico” nel quale il fiume si inserisce, come canale principale o secondario. Comprendiamo finalmente cosa sia il nostro fiume, ma comprendiamo anche, in termini più generali e profondi, cosa *il* fiume.

Tornando al diritto, la comparazione può essere il fondamentale strumento conoscitivo per comprendere quanto complesso, profondo e “reticolare” sia il mondo della normatività: espressa e “occulta”. Questa comprensione è necessaria per comprendere sia istituti e meccanismi giuridici (le fattispecie incriminatrici, le discipline di parte generale, gli snodi processuali, la discrezionalità nella selezione di ciò che viene perseguito), sia il sistema penale nel suo complesso, cioè il generale processo di ascrizione della responsabilità che porta – eventualmente – all'infliczione di una pena¹².

¹¹ Per tutti, con esaustivi riferimenti bibliografici, R. PALAVERA, *Comparazione penale*, cit., spec. 97 e ss., 163 e ss.

¹² M. PAPA, *Metodologia e scopi della comparazione in materia penale*, cit., pp. 371 e ss.; ID., *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?* in *Criminalia* 2021, p. 299 ss.; ID., in F. Cingari – M. Papa – A. Vallini, *Lezioni*

La comparazione penalistica non è un concorso di bellezza tra soluzioni legislative. È, piuttosto, una tecnica di smontaggio e rimontaggio del diritto: impedisce di cedere all'illusione della formula magica, cioè all'idea che basti importare un modello straniero o sovranazionale per risolvere problemi che hanno radici profonde nella struttura del sistema.

4. La comparazione come strumento conoscitivo della normatività: espressa ed occulta.

La comparazione penalistica consente di esplorare l'universo della normatività lungo due direttrici, tra loro connesse ma concettualmente distinte.

La prima direttrice resta interna al diritto positivo verbalizzato. Essa riguarda i formanti espressi: leggi, sentenze, dottrine, tecniche di formulazione, lessici, sistematiche, stili normativi.

La seconda conduce invece oltre il diritto positivo verbalizzato, verso i formanti criptici, cioè verso quei fattori, spesso non detti e talora neppure percepiti come giuridici, che incidono concretamente sull'ascrizione della responsabilità e sull'inflizione della pena.

5. La comparazione dei formanti espressi.

Conviene muovere dalla prima prospettiva, perché essa appartiene ancora al territorio tradizionale del giurista. Se il diritto penale si presenta, nella sua forma più visibile, come diritto scritto, comparare significa anzitutto *confrontare le forme espresse della normatività*. Come sappiamo, il confronto non deve limitarsi alla superficie lessicale delle disposizioni. Non basta chiedersi come un ordinamento definisca il furto, la violenza sessuale, la corruzione, il concorso di persone o il tentativo. Occorre collegare ciascun istituto agli altri formanti del sistema e alla cultura che caratterizza ciascun contesto: non si può comprendere la disciplina del dolo, senza avere riguardo alle varie categorie di elemento soggettivo previste in un determinato sistema e senza considerazione per l'idea di "responsabilità personale" e di colpevolezza che illumina culturalmente quella disciplina. Non si può comprendere la disciplina del furto senza considerare -semplifico qui al massimo- l'intero assetto della tutela penale del patrimonio, come pure, trattandosi di reato frequentissimo e di frammentaria persecuzione e punizione, la disciplina della obbligatorietà delle indagini e dell'azione penale. Sono cose ormai note: una seria indagine comparatistica consente di chiarire, mediante l'analisi differenziale, quali siano effettivamente i meccanismi che governano il determinarsi della responsabilità e della sua ascrizione effettiva.

5.1. Stili di rendering e poetiche legislative.

Acquisita tale consapevolezza, si può forse muovere qualche passo in avanti. Provare ad esempio ad esplorare e comprendere meglio *come maturino e si concretizzino, nei vari sistemi giuridici, le scelte espressive e stilistiche* del diritto positivo. Quali sono gli strumenti concettuali e stilistici attraverso cui i legislatori elaborano (riuscendo o fallendo) il “rendering” espresso e verbalizzato della normatività? Con quali forme, con quale stile letterario, viene descritto l’ingiusto penale in Francia, Spagna, Giappone o India?

Si tratta di una prospettiva d’indagine nuova e interessante, che combina gli studi comparatistici con l’interesse per il diritto come letteratura¹³.

La prospettiva non riguarda soltanto lo studio delle singole fattispecie incriminatrici, ma investe anche la parte generale, soprattutto con riferimento agli istituti di confine con la parte speciale, istituti nei quali la forma dell’illecito si combina con i criteri di imputazione della responsabilità.

L’esempio del *concorso di persone nel reato* mostra bene la consistenza del problema. Un istituto che, nel linguaggio domestico, appare unitario e compatto, si rivela invece, se osservato comparativamente, come una costellazione di modelli, sottocategorie, fonti e prassi applicative. Il confronto tra modelli unitari e modelli differenziati, tra *civil law*, *common law*, diritto penale internazionale e diritto europeo, non mette soltanto in luce differenze definitorie: *rivela differenti capacità espressive, differenti scelte architettoniche in merito alla struttura della responsabilità, differenti scelte di “resa letteraria”* cui corrispondono differenti distribuzioni del potere tra legislatore, dottrina e giurisprudenza, differenti rapporti tra parte generale e parte speciale.

Nel sistema italiano l’art. 110 c.p. sancisce, con prosa minimalista, l’equivalenza dei contributi e l’unità della responsabilità concorsuale; ma la prassi, la dottrina e la giurisprudenza mostrano una disciplina assai più mobile, diversa a seconda che si tratti di concorso omissivo, concorso morale, reati associativi, organizzazioni complesse, criminalità economica, reati di impresa o reati colposi.¹⁴

L’osservazione comparatistica allarga ulteriormente il quadro. Il *common law* distingue, con molte varianti, tra *principals*, *accessories*, *aiding*, *abetting*, *counselling*, *procuring* e *conspiracy*; i sistemi di *civil law* oscillano tra modelli unitari e modelli differenziati; il diritto penale internazionale lavora attraverso i *modes of liability* e la *joint criminal enterprise*; il diritto europeo invoca spesso la punizione della partecipazione lasciando però agli Stati il compito di riempire la formula. Da tutto ciò si ricava un insegnamento metodologico decisivo: non basta confrontare parole, definizioni o modelli astratti; occorre studiare e comprendere quali strumenti espressivi attraverso

¹³ Rinvio a M. PAPA, *La fattispecie incriminatrice come “forma simbolica”*, in *disCrimen*, 17 aprile 2025 e agli altri miei lavori ivi citati.

¹⁴ Sul concorso di persone come esempio di istituto apparentemente unitario, ma in realtà frammentato, v. M. PAPA, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in *disCrimen*, 1 dicembre 2022, spec. §§ 1-2; nonché ID., *La compartecipazione criminosa*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Tomo I, Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 609 ss.

cui ogni sistema prova a costruire un modello, formulando stringhe di parole capaci di guidare, in modo più o meno effettivo e stringente, l'ascrizione della responsabilità¹⁵.

Il discorso si fa ancora più interessante quando dalla parte generale si passa alla parte speciale. Troviamo qui la miriade di "racconti bonsai" contenuti nelle *fattispecie incriminatrici*: il principale formante espresso tramite cui viene descritto l'illecito penale.

La fattispecie non è soltanto una formula normativa: è il luogo in cui l'ordinamento *rappresenta* il fatto vietato, ne seleziona i tratti salienti, ne organizza la scena, ne costruisce il volto tipico. Comparare le fattispecie significa allora mettere a confronto diversi modi di dare forma all'ingiusto: diverse poetiche legislative, diversi modi di modellare l'azione vietata, diverse tecniche per rendere visibile, o almeno riconoscibile, ciò che merita pena.

La comparazione può così trasformarsi in una sorta di *atlante morfologico* degli *stili penalistici*, in una "storia naturale" che raccolga la catalogazione, osservazione e classificazione delle forme giuridiche viventi: specie, generi, famiglie, variazioni, adattamenti. Attenzione: parliamo di un atlante degli stili, non di un campionario di soluzioni linguistiche. Un atlante che appartiene all'estetica letteraria prima ancora che al diritto.

Più in concreto: attraverso lo studio comparatistico apprendiamo che ci sono ordinamenti e settori normativi che privilegiano la descrizione iconografica e quasi realistica dell'illecito; altri che procedono per definizioni molto concettuali e astratte; altri ancora che affidano larga parte del contenuto normativo a rinvii amministrativi, a clausole generali, a *standards* tecnici, a indicatori casistici.

In ciascuna di queste scelte si manifesta una diversa *poetica* del legislatore penale: una diversa idea di come l'illecito debba essere visto, compreso, comunicato e giudicato. Insomma: c'è chi rappresenta l'ingiusto con il realismo fotografico di Canaletto e chi lo tratteggia con il tratto minimale di Hokusai; chi "rovescia la prospettiva" come farebbero Andrej Rublëv o Teofane il Greco, pittori di icone, e chi, abbandonando la figurazione del mondo sensibile, preferisce una rappresentazione concettuale astratta. Non è raro che qualche legislatore, pressato dalle esigenze della modernità, si avventuri nell'estetica informale di Burri, Fontana o Pollock.

Qualche esempio può chiarire il punto. Il reato di furto, così come descritto dall'art. 624 del codice penale italiano, conserva una forte impronta narrativa e iconografica: la scena è quella dell'impossessamento della cosa mobile altrui mediante sottrazione a chi la detiene, con il fine di profitto. Il reato inglese di *Theft*, invece, pur rivolgendosi allo stesso fenomeno patrimoniale, lo ricostruisce attraverso categorie più elastiche e concettuali — *dishonesty, appropriation, property, belonging to another, intention permanently to deprive* — nelle quali la scena fisica della sottrazione arretra e il baricentro si sposta verso una definizione funzionale dell'aggressione¹⁶.

¹⁵ Per il quadro comparatistico relativo a *common law, civil law*, diritto penale internazionale e diritto europeo, v. M. PAPA, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, cit., § 3. Sul modello comparatistico generale, v. anche M. DUBBER, T. HÖRNLE, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, 2014, pp. 304 ss.

¹⁶ Cfr. art. 624 c.p.; *Theft Act 1968*, s. 1. Sul piano definitorio, la formula inglese incentra il Theft su *dishonesty, appropriation, property belonging to another e intention permanently to deprive*.

Ancora più evidente è il confronto tra il reato italiano di truffa e quello inglese di “*Fraud*”. L’art. 640 c.p. racconta una sequenza drammatica relativamente compatta: artifici o raggiri, induzione in errore, profitto ingiusto e altrui danno. Il Fraud Act 2006, invece, costruisce una figura generale di frode articolata attorno a tre modalità — *false representation, failure to disclose information, abuse of position* — e la collega soprattutto a *dishonesty* e all’intenzione di realizzare un profitto o di causare una perdita. Profitto e danno non sono elementi oggettivi, basta che esistano come scopo della falsa rappresentazione. Anche qui non muta soltanto la formula normativa: muta il modo di vedere l’aggressione patrimoniale, cioè il *rendering* dell’illecito¹⁷.

Il confronto tra furto/*theft* e truffa/*fraud* mostra dunque come la comparazione tra formanti espressi possa diventare analisi delle diverse poetiche legislative attraverso cui gli ordinamenti danno forma ai medesimi fenomeni di aggressione. La parte speciale è il luogo privilegiato di questa indagine, perché è lì che l’illecito riceve il suo volto.

La comparazione dei formanti espressi aiuta dunque a comprendere che la crisi contemporanea della legalità penale non dipende soltanto dall’irruzione del precedente giudiziario o dalla maggiore creatività interpretativa dei giudici. *Essa investe anche la forma stessa del diritto positivo*: il modo in cui il legislatore riesce, o non riesce più, a rappresentare l’illecito mediante formule capaci di orientare insieme cittadini e giudici.

5.2. La fattispecie come “forma simbolica” dell’illecito.

Il primo percorso comparatistico qui considerato, quello che confronta i formanti espressi, conduce a osservare la fattispecie incriminatrice con sguardo diverso. Il confronto tra ordinamenti consente di acquisire più chiara consapevolezza in merito al fatto che la fattispecie costituisce una “forma simbolica” dell’illecito. Benché dall’interno di ciascun ordinamento essa possa sembrare una descrizione oggettiva, fotografica, delle varie forme di ingiusto, essa è “forma simbolica” in quanto veicola una rappresentazione intenzionalmente costruita, elaborata secondo scelte espressive, secondo canoni stilistici molto sofisticati che ciascun legislatore, e ciascuna cultura giuridica, adotta con maggiore o minore consapevolezza estetica¹⁸. La fattispecie incriminatrice veicola una forma visibile dell’illecito penale nella quale si oggettiva un determinato modo culturale di concepire il mondo.

La definizione del reato, espressa dalla fattispecie, è *forma simbolica* perché dice più di quanto letteralmente descriva. Questo “di più” si deve al fatto la struttura di rappresentazione esprime, traduce, in forme sensibili e con particolari forme stilistiche una determinata concezione della realtà. La formula del furto non si limita a menzionare l’impossessamento della cosa mobile altrui; essa evoca una scena, un rapporto di

¹⁷Cfr. art. 640 c.p.; Fraud Act 2006, ss. 1-4, ove il reato è costruito come *general offence* articolato nelle tre modalità della *false representation*, del *failure to disclose information* e dell’*abuse of position*.

¹⁸M. PAPA, *La fattispecie incriminatrice come “forma simbolica”*, cit.; ID., *La définition de l’infraction comme “forme symbolique”*, in *L’Inscible*, 2022, p. 259 ss. L’espressione “forma simbolica” richiama, come è noto, E. PANOFKY, *La prospettiva come “forma simbolica”*, trad. it., Milano, 1961.

dominio violato, una frattura nell'ordine delle appartenenze. Allo stesso modo, la violazione di domicilio non descrive soltanto un movimento corporeo nello spazio, ma costruisce l'immagine di un'intromissione nella sfera protetta della privata dimora.

La fattispecie incriminatrice è innanzitutto un testo letterario, un testo letterario assai particolare. Essa non comanda, di regola, in forma imperativa: non dice "non rubare", "non uccidere", "non violare il domicilio altrui". Piuttosto racconta. Narra una microstoria, un racconto *bonsai*, capace di far emergere nella mente del lettore l'immagine del fatto vietato. La sua forza comunicativa dipende dalla trama complessiva, non dalla somma isolata delle parole che la compongono.

Questa dimensione narrativa è spesso sorretta da una tecnica retorica antica: l'"ipotesi", cioè la capacità del discorso di *mettere le cose sotto gli occhi*. La fattispecie tradizionale, specie quella dei reati più antichi e consolidati, produce un pensiero immaginante: rende visibile il ladro, il rapinatore, il violentatore, colui che si introduce in casa altrui. Non a caso la parte speciale del diritto penale è "speciale" anche nel senso etimologico che rinvia al vedere, allo *specio/spicio*, alla *species*, all'immagine.

Il racconto della fattispecie ha inoltre una natura profetica. Non narra un fatto già accaduto, ma annuncia ciò che accadrà se quella scena dovesse realizzarsi nella vita: il protagonista della microstoria sarà sottoposto a giudizio e, ricorrendone le condizioni, punito. Per questo la dimensione letteraria della fattispecie non deve mai essere scambiata per estetismo. Il racconto penale è un racconto che finisce male, e finisce male nel mondo reale non in quello *fictional*: specie quanto taluno viene condannato e rinchiuso a scontare una pena.

5.3. La crisi della fattispecie e il rinnovamento degli stili normativi.

L'analisi comparatistica ci conferma, con il suo assortito campionario stilistico, che la fattispecie incriminatrice è il fondamentale formante espressivo dell'ingiusto penale. Un formante che tuttavia è oggi profondamente in crisi. Di fronte alla complessità del mondo contemporaneo, la fattispecie è spesso incapace di rappresentare efficacemente, attraverso parole, immagini e strutture simboliche adeguate, le forme paradigmatiche dell'illecito¹⁹. Incapace di informare adeguatamente i cittadini e di vincolare effettivamente il potere di punire del giudice.

¹⁹ Sui temi qui trattati rimando a M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit. Nonché a ID., *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto. Ascesi e crisi del diritto penale cinematografico*, in *Criminalia*, 2019, 2020, p. 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, p. 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, p. 682 ss.; ID., *La créativité imaginante du droit pénal*, in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty. Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*, Le Kremlin-Bicêtre, 2022, p. 83 ss.; ID., *"Speciale"*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. M. Scoletta, F. Consulich, vol. III, Milano, 2022, p. 1885 ss.; ID., *La définition de l'infraction comme "forme symbolique"*, cit., p. 259 ss.; ID., [La forza immaginante del diritto penale](#), in *questa Rivista*, 14 febbraio 2025; ID., *La fattispecie come forma simbolica*, cit.

Le ragioni della crisi sono note, ma conviene ricordarle nella presente prospettiva. La prima ragione di crisi è *la crescente difficoltà di ordinare il mondo in base all'aspetto delle cose*. Le società contemporanee presentano oggetti, condotte e relazioni la cui forma visibile non comunica più, con sufficiente immediatezza, il suo significato. La spada, la lancia, la sottrazione fisica di un bene, l'aggressione corporea, erano forme relativamente eloquenti. Le frodi informatiche, l'*insider trading*, l'autoriciclaggio, molte aggressioni ambientali o finanziarie non possiedono più un volto stabile e immediatamente riconoscibile.

La seconda ragione di crisi è dovuta alla smaterializzazione della realtà socialmente significativa. Globalizzazione, reti digitali, flussi finanziari, ambienti virtuali e interazioni a distanza rendono sempre meno agevole costruire fattispecie fondate su una scenografia fisica dell'aggressione. In molti settori non c'è più un luogo, una cosa, un gesto, una sequenza corporea capace di condensare il disvalore.

La terza ragione di crisi si deve alla proliferazione di interessi giuridici conflittuali. Ambiente, salute, lavoro, mercato, paesaggio, innovazione tecnologica, libertà d'impresa e sicurezza collettiva si intrecciano in modo tale da rendere spesso impossibile scolpire una volta per tutte la forma della condotta vietata. Il diritto penale finisce così per appoggiarsi a procedure amministrative, autorizzazioni, standards tecnici, bilanciamenti variabili, con la conseguente perdita di centralità della fattispecie come immagine autonoma dell'illecito.

La comparazione può offrire molto proprio qui. Essa consente di osservare come ordinamenti diversi reagiscano alla crisi dei formanti espressi: alcuni insistendo sulla tradizione iconografica della fattispecie; altri accentuando la tecnica definitoria astratta; altri ancora moltiplicando rinvii, clausole elastiche, discipline speciali o modelli casistici. Comparare diventa così confrontare stili di *rendering* dell'ingiusto e non soltanto soluzioni normative.

Le nuove tecnologie aggiungono un ulteriore livello alla questione. Il passaggio da un diritto *text-driven* a un diritto *code-driven*, cioè da norme pensate per l'interpretazione umana a regole formalizzate e *machine-consumable*, modifica il codice simbolico stesso della normatività. In tale scenario, la legge potrebbe essere scritta non solo per esseri umani, ma anche per macchine, algoritmi e sistemi di intelligenza artificiale²⁰.

Il problema, per il diritto penale, è evidente. Le fattispecie incriminatrici tradizionali vivono di linguaggio naturale, riferimenti all'esperienza, giudizi valutativi, immagini mentali, contesti. La loro traduzione in codice computazionale rischia di perdere proprio ciò che ne fonda la funzione garantista e comunicativa. Occorre dunque pensare, almeno per il futuro prossimo, a un difficile bilinguismo: norme comprensibili dagli umani e, dove davvero necessario, rappresentazioni computabili per le macchine.

Questa prima direttrice della comparazione resta dunque interna al mondo dei formanti espressi. Essa non cerca ancora ciò che opera dietro la legge positiva, ma studia

20 M. PAPA, "A que será que se destina?" "A cosa è destinata?" Prospettive dell'intelligenza artificiale nel diritto penale contemporaneo, cit., spec. § 5, sul passaggio dalla *text-driven law* alla *code-driven law* e sul tema delle *Rules as Code*.

la legge stessa come forma: come testo, immagine, simbolo, architettura comunicativa, poetica dell'ingiusto. Abbiamo sviluppato altrove l'esplorazione di questo campo tematico. Possiamo ribadire qui che la migliore sapienza stilistica sta proprio nel saper cogliere e rendere "il tipo". E ciò vale, in fondo, sia per il diritto penale che per l'arte: per cogliere il volto e descrivere un tipo criminoso — sia esso il furto, la violenza sessuale, l'autoriciclaggio o lo stalking — ci vogliono intuizione, creatività e sapienza narrativa: le stesse doti che servono per tratteggiare, con nitida chiarezza, l'universalità tipica di personaggi quali Don Abbondio o Mattia Pascal. La varietà degli stili letterari e delle forme espressive di cui l'arte è stata capace nei secoli e nei diversi contesti geografici consente di cogliere molto bene il valore e l'efficacia delle scelte estetiche.

6. La comparazione dei formanti criptici. Strutture, procedure e normatività sommersa.

La seconda direttrice d'indagine verso cui può accompagnarci la comparazione è molto diversa. Qui l'analisi non si limita più a confrontare testi, stili, formule o poetiche legislative. Essa esce dal diritto positivo verbalizzato e cerca di comprendere ciò che conta davvero perché qualcuno sia indagato, imputato, assolto, condannato o effettivamente sottoposto a pena.

Entriamo così nel mondo dei formanti criptici: fattori che non sono immediatamente visibili nei testi normativi e che tuttavia plasmano in modo stabile il funzionamento del sistema penale. Alcuni sono ancora giuridici, benché non riconducibili alla singola fattispecie: regole processuali, criteri di priorità, prassi investigative, meccanismi di selezione dell'azione penale, discipline della prova, riti alternativi. Altri si collocano ai confini del giuridico: organizzazione degli uffici, risorse disponibili, cultura professionale, mentalità degli operatori, rapporti tra polizia, pubblico ministero e giudice, qualità della difesa, tempi del processo. Altri ancora si collocano oltre il giuridico, riguardando dati e correlazioni puramente fattuali e talora privi di senso, almeno per la mente umana²¹.

È qui che la comparazione mostra la sua potenza più dirompente. Essa consente di verificare che due ordinamenti dotati di norme giuridiche simili possono produrre esiti applicativi molto diversi, e che ordinamenti con formule legislative eterogenee possono invece funzionare in modo sorprendentemente analogo. La ragione sta nel fatto che il diritto penale vivente non è prodotto soltanto dai formanti espressi, ma anche da strutture, procedure, abitudini, vincoli materiali, culture istituzionali.

A questo livello, la comparazione non cerca più la sola formula linguistica. Cerca piuttosto di ricostruire le catene reali di produzione della responsabilità penale. Non

²¹ Sulla nozione di formante nella comparazione giuridica, v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1989; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 ss. Per l'impiego penalistico della categoria, v. M. PAPA, *Metodologia e scopi della comparazione in materia penale*, cit., nonché R. PALAVERA, *Comparazione penale*, cit., pp. 177 e ss.

domanda soltanto “che cosa dice la legge?”, ma “quali fattori, dentro e fuori la legge, fanno sì che un certo fatto venga qualificato, perseguito, provato, giudicato e punito?”.

Questa seconda direttrice consente anche di comprendere meglio la crescente divaricazione tra fatto tipico e concreta risposta punitiva. La fattispecie dice che chi commette un certo fatto sarà punito con una certa pena. Ma tra quella profezia normativa e la pena effettivamente inflitta si interpone una trama sempre più fitta di istituti sostanziali, processuali e organizzativi: antigiuridicità, colpevolezza, punibilità, procedibilità, riti alternativi, cause estintive, particolare tenuità, giustizia riparativa, sanzioni sostitutive, esecuzione penale. Il destino concreto del caso dipende dalla combinazione di tutti questi fattori.

È molto interessante notare come *anche la sistematica interna del codice operi, in questa prospettiva, come formante*. La collocazione di una disciplina nella parte generale o nella parte speciale non è un dato neutro. La parte generale, la parte speciale, il codice, la legislazione *extra codicem* sono strutture, artefatti, forme di *legal design*. Prima ancora di dire qualcosa attraverso le singole parole, orientano il modo in cui il giurista pensa, cerca, collega, interpreta. La comparazione tra ordinamenti mostra che *la topografia del diritto è già normatività*.

Il concorso di persone offre, ancora una volta, un esempio illuminante. La sua disciplina non dipende soltanto dalle formule legislative che definiscono autore, partecipe, complice, istigatore o concorrente. Dipende anche dalla posizione dell’istituto nella parte generale o nella parte speciale, dal ruolo attribuito alla giurisprudenza, dalle forme di criminalità prevalenti, dalle regole probatorie, dalla discrezionalità dell’azione penale, dalla presenza di reati associativi, dalle strategie dell’accusa e dalle culture professionali. Un confronto puramente testuale sarebbe dunque ingannevole.

6.1. Giustizia e “rumore”: l’acufene del penalista.

Il mondo delle variabili giuridiche, organizzative e fattuali che presiedono all’imputazione della responsabilità penale e all’inflizione della pena è, come si diceva, una terra in gran parte sconosciuta. È fatto di nessi causali occulti, di apparenti coincidenze, di correlazioni spurie e di quello che Daniel Kahneman ha chiamato “rumore” (*noise*)²².

Il “rumore” è un difetto del giudicare diverso dal pregiudizio. Il pregiudizio, o bias, opera tendenzialmente sempre nella stessa direzione: contro una certa categoria di persone, a favore di un certo tipo di imputato, secondo una certa inclinazione ideologica o culturale. Il rumore, invece, produce oscillazioni imprevedibili. È la bilancia che, pesando lo stesso oggetto, indica ogni volta un peso diverso. È la decisione che muta senza apparente ragione a parità di condizioni rilevanti.

Per il penalista, il rumore è una sorta di acufene: un disturbo continuo, difficile da localizzare, che altera la percezione del sistema. Ci accorgiamo che casi simili

²² D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it., Torino, 2021.

vengono trattati diversamente; intuiamo che alcuni fattori ricorrenti incidono sugli esiti; talora rileviamo correlazioni tra decisioni ed elementi apparentemente irrilevanti. Ma trasformare tali correlazioni in spiegazioni causali è compito difficilissimo.

È qui che l'intelligenza artificiale entra in scena in modo ambiguo. Da un lato, essa può contribuire a individuare regolarità invisibili alla mente umana, elaborando quantità enormi di dati e facendo emergere pattern ricorrenti. Dall'altro lato, proprio questa capacità può spingerci verso forme inquietanti di governo statistico della giustizia, nelle quali il senso umano del caso concreto viene sostituito da correlazioni opache.

La comparazione, accanto alla sociologia, alla statistica, all'economia comportamentale e all'esperienza forense, diventa allora indispensabile per capire se e come siano realmente in pericolo le garanzie individuali. Non basta difendere la legalità nei testi. Occorre verificare se la legalità sopravvive anche nel funzionamento effettivo delle istituzioni.

7. Quale poetica per il legislatore penale?

La distinzione tra le due direttrici consente ora di tornare con maggiore chiarezza alla domanda finale. Se la comparazione dei formanti espressi mostra la crisi della fattispecie e la varietà degli stili normativi, e se la comparazione dei formanti criptici rivela la complessità delle forze che decidono concretamente il destino dei casi, quale poetica dovrebbe guidare oggi il legislatore penale?

La risposta non può consistere nel semplice ritorno nostalgico alla fattispecie ottocentesca. La società contemporanea rende spesso impossibile una descrizione puramente naturalistica e iconografica dell'illecito. Ma non può neppure consistere nell'abbandono della forma, nella rinuncia a rappresentare il fatto vietato, nella consegna del diritto penale a formule tecniche, criptiche o integralmente computazionali.

Il legislatore dovrebbe piuttosto sviluppare una vera teoria estetica della parte speciale: una poetica capace di scegliere, caso per caso, lo stile più adeguato. Talora servirà il realismo iconografico; talora una costruzione più concettuale; talora una disciplina procedurale; talora forme narrative più articolate, forse persino sceneggiature (*script*) o rappresentazioni multimediali. Ma in ogni caso il diritto penale dovrà conservare un tratto plastico continuo e comprensibile, capace di orientare i cittadini e di vincolare i giudici.

In questa prospettiva, torna utilissimo l'insegnamento di chi, già alla fine degli anni Settanta, avvertiva che il *proprium* della legalità-determinatezza non sta nella mera descrittività naturalistica del precetto, ma nella capacità di mettere a fuoco il "tipo criminoso", cioè una forma di condotta dotata di disvalore omogeneo. La

determinatezza non coincide dunque con la fotografia del reale, ma con la costruzione di un paradigma d'ingiusto omogeneo, riconoscibile e controllabile²³.

La distinzione evidenziata non chiude ma apre un cammino di ricerca. Serve però anche a chiarire subito un equivoco metodologico. La migliore fattispecie possibile resta pur sempre una modalità espressiva dell'ingiusto: un prodotto umano, simbolico, linguistico, letterario, destinato a rendere visibile e comunicabile ciò che una comunità ritiene penalmente intollerabile. Essa può essere più o meno riuscita, più o meno iconografica, più o meno capace di orientare cittadini e giudici. Occorre tuttavia avere ben presente una duplice verità: *da un lato che la fattispecie non costituisce essa stessa l'ingiusto, ma si limita a rappresentarlo; dall'altro lato, che la fattispecie non rispecchia mai, attraverso la sua rappresentazione, tutto ciò che fattualmente conta perché venga imputata la responsabilità penale.*

Anche quando avessimo trovato la poetica legislativa più adeguata, *rimarrebbe da capire che cosa esiste prima, dopo e intorno alla fattispecie*: che cosa esattamente essa cerca di rappresentare? Di quale mondo invisibile essa prova ad offrire un *rendering* conoscibile?

E, d'altro canto, che cosa sta, per così dire, a valle della fattispecie? Quali prassi, quali procedure, quali assetti organizzativi, quali mentalità, quali risorse materiali e quali forme di "rumore" determinano, in concreto, l'ascrizione della responsabilità penale? È precisamente qui che la comparazione compie il secondo passo: oltre il confronto tra testi e stili, tra forme espressive dell'ingiusto, essa diventa ricerca di realtà, strumento per scoprire, al di là della formulazione linguistica dell'ingiusto, come le cose stanno davvero²⁴.

La comparazione accompagna questo lavoro in entrambe le sue direzioni. Sul piano dei formanti espressi, mostra come gli ordinamenti abbiano dato volto all'illecito attraverso diverse poetiche legislative. Sul piano dei formanti criptici, ricorda che nessuna poetica testuale basta da sola, se il funzionamento reale della giustizia è governato da strutture, procedure, prassi e "rumori" che condizionano, e talora contraddicono, il messaggio espresso dalla legge.

²³ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 356 ss.; v. anche ID., *Corso di diritto penale*, Torino, ult. ed., sul rapporto tra parte generale e "stampo" del reato.

²⁴ In questa direzione, con riferimento al rischio che il diritto penale si trasformi in narrazione simbolico-mediatica o in "favola" sganciata dal funzionamento concreto della giustizia penale, v. M. PAPA, [Com'è che il diritto penale è diventato una favola?](#) in questa Rivista, 26 maggio 2025.