

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2022, p. 5 ss.

'DIRITTI' ANZICHÉ 'BENI GIURIDICI' E 'PRINCIPI' IN DIRITTO PENALE?

A proposito di un saggio di Francesco Viganò

di Antonio Cavaliere

Nel lavoro viene discussa un'autorevole proposta dottrinale di sostituire il riferimento a beni giuridici individuali e a principi del diritto penale con quello ai diritti. Vengono, tra l'altro, discusse le implicazioni problematiche di tale proposta in rapporto alla funzione critica del bene giuridico ed al principio di offensività, agli obblighi costituzionali e convenzionali di tutela penale, ed alla teoria della pena, con particolare riguardo ai rischi legati all'orientamento a finalità soddisfattorie e simboliche.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tutela di beni giuridici e diritti soggettivi: i rischi di una sostituzione parziale. – 3. Una concezione soddisfattoria e, in subordine, simbolica della pena? – 4. Obblighi costituzionali e/o convenzionali di tutela penale? – 5. Cause di giustificazione e diritti soggettivi. – 6. Lesione del “diritto della vittima” e giustizia riparativa. – 7. Legalità, proporzione, colpevolezza: principi o diritti della persona? L'attacco al principio di offensività. – 8. Sguardo d'insieme.

1. Premessa.

Il recente saggio di Francesco Viganò su “Diritto penale e diritti della persona”¹ muove dal dichiarato proposito di restituire la dovuta centralità, nel diritto penale, ai diritti fondamentali della persona o ai diritti umani²; si intende «(ri)accendere una fiammella sulle *persone*, in carne ed ossa, che del reato, del processo e della pena sono le reali protagoniste: la vittima e l'autore»³. In premessa, l'insigne Autore esprime insoddisfazione per il riferimento della tutela penale al bene giuridico, concetto dai “contorni oscuri”, che vorrebbe sostituire – ma soltanto quando si tratta di beni personali – con la tutela penale di diritti, ossia «interessi individuali giuridicamente tutelati»⁴. Un'analogha insoddisfazione egli dichiara in rapporto al riferimento a “principi” del diritto penale (e processuale penale), che vorrebbe sostituire, di nuovo, con il richiamo a

¹ In [questa Rivista](#), 13 marzo 2023.

² Secondo Viganò, a seconda che si privilegia una prospettiva costituzionale o internazionale.

³ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 1.

⁴ Op. cit., 1.

diritti individuali. Il riferimento al bene giuridico sarebbe «coerente con un approccio ideologico che vede coinvolti nel reato — in ogni reato — anzitutto gli interessi della comunità e dello Stato»⁵; e il riferimento a principi, anziché a diritti individuali, metterebbe in secondo piano gli interessi della persona. L'idea lisztiana del diritto penale quale arma a doppio taglio verrebbe così distorta in termini superindividuali, emarginando i diritti di autore e vittima del reato.

L'autorevolezza dello studioso e la ricchezza delle implicazioni della sua proposta — alcune positive, altre a mio parere preoccupanti — mi inducono ad alcune considerazioni, in uno spirito di confronto con l'illustre, caro amico, conosciuto presso l'*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften* di München oltre trent'anni orsono.

2. Tutela di beni giuridici e diritti soggettivi: i rischi di una sostituzione parziale.

Sul piano dell'oggetto della tutela penale, Viganò afferma: «Non ogni reato, ovviamente, lede un diritto soggettivo — certamente ciò non accade rispetto ai reati che offendono interessi collettivi, o che apprestano una tutela anticipata agli stessi diritti individuali»; «ma allorché il reato in concreto offenda un interesse giuridicamente tutelato di una persona specifica, nulla vieta [...] di considerare quel reato come lesione del suo diritto soggettivo. Il concetto di "bene giuridico" potrà, allora, conservarsi come *concetto di genere*, idoneo a ricomprendere tutti i pensabili oggetti di tutela della norma penale; ma il diritto soggettivo della vittima ben potrà costituirne una *species* dotata di caratteristiche autonome, e chiaramente individuabili»⁶.

Del concetto di bene giuridico l'Autore lamenta l'imprecisione; peraltro, egli ricorda che Feuerbach e Carrara, individuando l'oggetto della tutela penale nei "diritti", ne individuavano anche di superindividuali, con il risultato, però, di «rendere artificiosa l'intera concezione, risultando assai arduo individuare un "diritto" statutale o collettivo leso, ad esempio, dai delitti contro la fede pubblica o la religione, distinto dalla mera pretesa all'obbedienza delle stesse leggi penali»⁷.

In chiusura del saggio, l'eminente penalista lamenta che «l'attenzione dello studioso italiano è sempre più attratta dai reati a vittima diffusa, che offendono beni collettivi e che coinvolgono grandi organizzazioni complesse; e finisce così per trascurare la realtà quotidiana della prassi penalistica, che continua a essere popolata di vicende criminose scaturenti da conflitti interpersonali» tra singoli⁸.

Emerge così un'aspirazione di fondo ampiamente condivisibile, se volta a riaffermare la centralità, anche in diritto penale, della tutela di interessi individuali. Peraltro, essa pare ricalcare, nella sostanza, i canoni della concezione personale del bene giuridico⁹, il cui diffuso accoglimento in dottrina rende difficilmente sostenibile la tesi

⁵ Op.cit., 2.

⁶ Op.cit., 5.

⁷ Op.cit., 3.

⁸ Op.cit., 25.

⁹ Cfr. Per tutti W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. PHILIPPS/H. SCHOLLER (hrsg.),

di Viganò secondo cui il riferimento al bene giuridico sarebbe «coerente con un approccio ideologico» che privilegia interessi superindividuali. Quella concezione personale implica, infatti, una critica verso una legislazione ed una dottrina penalistica inclini alla nota “pubblicizzazione artificiale” dei beni giuridici¹⁰, caratteristica del codice Rocco – personalità dello Stato, ordine pubblico, moralità pubblica, integrità e sanità della stirpe... –, ma anche di tanta legislazione complementare repubblicana: si pensi ai tanti “ordini pubblici economici” o “tecnologici”¹¹ – o al “controllo dei flussi migratori” quale preteso bene giuridico¹² –, superfetazioni concettuali che finiscono per avallare l’espansione ipertrofica del diritto penale, sganciata da oggetti di tutela verificabilmente offendibili, individuali o collettivi. Una pubblicizzazione altrettanto artificiale quanto quella lamentata da Viganò in rapporto ai “diritti” superindividuali.

In proposito, è bene ricordare che Hassemer non nega affatto¹³ l’esigenza di tutelare penalmente interessi di più persone, ossia collettivi, o di tutti i consociati, ovvero universali; bensì critica la costruzione di oggetti di tutela sganciati artificiosamente da tale substrato personale¹⁴.

Tuttavia, a ben vedere l’impostazione di Viganò non ricalca affatto la concezione personale di bene giuridico: non tanto perché l’illustre Autore lamenta che essa non faccia il “passo logico successivo” di sostituire il bene giuridico individuale con il diritto soggettivo, quanto perché – diversamente dalla concezione personale e da ampia parte della dottrina del bene giuridico, nella sua lunga storia¹⁵, la cui complessità non andrebbe trascurata – egli non pare avere a cuore la cosiddetta funzione ‘critica’ di quel concetto. Lo dimostra il dato per cui, al di là del settore dei diritti individuali, Viganò non vuol mettere in discussione il riferimento a beni giuridici superindividuali. Ed invece anche chi, molto autorevolmente, ha proposto un “consuntivo critico” della “capacità di prestazione” del concetto di bene giuridico quale limite al potere punitivo¹⁶, ha finito con il riconoscere che, pur tenendo conto di tutti i suoi controversi limiti, non si è ancora reperito un concetto maggiormente idoneo proprio a quella necessaria funzione di critica nei confronti della legislazione¹⁷, ma pure della prassi giudiziale, se si

Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, p.90 ss.

¹⁰ Cfr. T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, p.49 ss.

¹¹ Espressione tratta da F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, p.19 ss.

¹² Difeso, quale oggetto di tutela del reato di immigrazione irregolare, da F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. immigr. e citt.* 3/2010, 16, secondo cui la legittimità dell’«interesse al controllo dei flussi migratori» «può essere difficilmente contestata»; cfr. pure *ivi*, 26, 30.

¹³ Come sostenuto da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3^a ed., Milano 2001, pp.553-554.

¹⁴ W. HASSEMER, *op.cit.*, pp.90-91: «I beni giuridici superindividuali (Universalrechtsgüter) hanno un fondamento solo nella misura in cui si possono dimostrare quali interessi - mediati - dell’individuo», giacché «lo Stato non è fine a se stesso, ma deve soltanto promuovere lo sviluppo e la salvaguardia delle possibilità di vita degli uomini».

¹⁵ Rimane fondamentale in proposito F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, *passim*.

¹⁶ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, p.8 ss.

¹⁷ G. FIANDACA, *op.cit.*, p.151.

tiene adeguatamente conto delle funzioni dommatica ed esegetica del concetto di cui si discute.

Sul piano culturale, va tenuto presente che quello di bene giuridico è un *Grenzbegriff*¹⁸, un concetto limite tra dommatica e politica criminale: sta alla dottrina penalistica costruirlo nel modo più chiaro e preciso possibile e, perciò, dotato di capacità selettiva e critica, anziché dilatarlo fino a renderlo inutilizzabile, avallando così le tendenze espansive di legislazione e prassi. I requisiti della preesistenza del bene giuridico rispetto alla tutela giuridica – ossia, al suo stesso tradursi in un “diritto”! -¹⁹, della necessaria precisione e verificabilità empirica del bene giuridico²⁰ – esigenza riconducibile all’art.25 co.2 Cost. *sub specie* determinatezza/tassatività -, del suo carattere personale, del rango costituzionale dell’oggetto della tutela – e qui è d’obbligo ricordare, nel suo cinquantennale, la magistrale, storica opera di Franco Bricola²¹ -, sono tutti *Bausteine*, pietre angolari della costruzione di un argine concettuale, dommatico e politico-criminale, al potere punitivo statale.

Per altro verso, Viganò non sembra asserire una migliore capacità critica del concetto di diritto soggettivo in rapporto a quello di bene giuridico. In effetti, si può dubitare che tale capacità critica rilevi, nella prospettiva dell’Autore, anche perché egli ne discute a proposito dell’oggetto della tutela e non dei limiti alla tutela penale, su cui si sofferma più avanti, e con toni critici proprio in rapporto al principio di offensività, che alla funzione critica del bene giuridico è strettamente legato. Ma, al di là delle intenzioni dell’Autore, occorre rilevare che il riferimento della tutela penale ai “diritti soggettivi” comporta rischi non lievi di espansione della punibilità²².

Infatti, sotto un primo profilo, quel riferimento si presta notoriamente ad interpretazioni formalistiche. Basti pensare alla concezione giuridica del patrimonio, secondo cui quest’ultimo è, appunto, una somma di “diritti soggettivi” e doveri a contenuto patrimoniale²³: tale concezione comporta che l’offesa si realizzi con la mera

¹⁸ F. VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), r.a. Berlin 1970, I. Bd., p.222.

¹⁹ È uno dei postulati fondamentali della concezione cosiddetta liberale del bene giuridico risalente a F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.-22. Aufl., Berlin – Leipzig 1919, r.a. Goldbach 1997, p.4.

²⁰ Cfr. già H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, p.13, 116.

²¹ *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, Torino 1973, p.15: «Resta da stabilire su quale criterio dovrebbe, ad avviso del costituente, basarsi il legislatore per operare una restrizione degli illeciti penali. Il quesito può risolversi muovendo da un elemento assai decisivo. È indubbio che la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente alla libertà personale: la principale riprova di ciò è costituita dalla collocazione della norma che afferma l’inviolabilità della libertà personale (art.13) in apertura della Parte I della Costituzione... Ne consegue che la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*. Per precisare tale concetto che è di vecchia acquisizione può affermarsi oggi, con una maggiore consapevolezza costituzionale, che la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale».

²² Cfr. pure le ulteriori considerazioni critiche di L. GRECO, *Lesione di un diritto anziché lesione di un bene giuridico?*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, p.330 ss., con ampi riferimenti bibliografici sul dibattito nella dottrina tedesca.

²³ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.51 ss.

violazione del “diritto soggettivo”, a prescindere da un reale e concreto danno patrimoniale²⁴. Il furto di un biglietto scaduto o di una melanzana (caso non di scuola²⁵) è violazione del diritto; la mera promessa contrattuale di interessi o vantaggi usurari è già violazione del diritto; e, com’è noto, muovendo da un’accezione giuridica di patrimonio si può sostenere che la truffa si realizzi già con la mera stipula di un contratto. La concezione del patrimonio come oggetto di un “diritto soggettivo” può comportare, in altri termini e tra le altre implicazioni, un’artificiosa anticipazione ed estensione della tutela penale. Il concetto di bene giuridico – in particolare, personale – richiama invece, storicamente, la necessità di un’offesa effettiva ed attuale, empiricamente verificabile, ad un bene della vita che il diritto ‘trova’ e non ‘crea’²⁶, che sia effettivamente meritevole e bisognoso di tutela penale.

Ma vi è una manipolabilità più grave ed agevolmente riscontrabile del concetto di “diritto individuale” quale oggetto della tutela penale: ad esempio, si pensi al “diritto alla sicurezza”²⁷ – un diritto alla “libertà dal crimine” – diffusamente declinato quale

²⁴ L. GRECO, op.cit., p.333, rileva la difficoltà di distinguere lesione e messa in pericolo del “diritto soggettivo”.

²⁵ Cass., Sez.V Pen., 2.11.2017, n.12823, su cui v. G. L. GATTA, [La Cassazione e il furto \(tentato\) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018.

Certamente, si può sostenere che la proprietà di una melanzana sia un diritto fondamentale della vittima. Forse, però, accedere ad un tale punto di vista significherebbe avallare un intervento penale sproporzionato, ai limiti del grottesco e del classista.

²⁶ V. *supra*, nota 19.

²⁷ Significativo il richiamo a tale diritto nel famigerato diritto penale del nemico di G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p.125; l’affermazione, in alcune Carte internazionali, del diritto alla sicurezza costituisce un’espressione onnicomprensiva, conforme alla vocazione di tale concetto indeterminato e perciò del tutto idoneo a costituire un bene giuridico. Sull’onnicomprendività e manipolabilità del concetto di sicurezza in diritto penale, cfr. per tutti K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL – A. VON HIRSCH – W. WOHLERS, Baden-Baden 2003, pp.172-173: «Sicurezza è l’assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia - M. Palma, Milano 2001, 19 ss.; B. HAFFKE, *Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?*, in *Krit. Justiz*, 2005, 17 ss., spec. 20, 32; W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS* 2006, 130 ss., spec. 141 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L’esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell’intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna 2011, pp.55-56; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, p.8 ss.; da ultimo, v. eventualmente A. CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER – E. KEMPF – S. MOCCIA, München 2009, p.111 ss.; ID., *Punire per ottenere*

diritto individuale. Si tratta dello strumento concettuale ideale per legittimare artificiosamente un'incontrollabile espansione della sfera del punibile, sotto la bandiera demagogica dei "pacchetti sicurezza". Anche il diritto "alla tranquillità" o al "decoro urbano" si presta ad analoghe espansioni della punibilità a tutela di quelle "vittime", talora non molto 'tolleranti', che abitano nelle z.t.l. e chiedono misure punitive contro poveri ed emarginati che turbano tranquillità e decoro elemosinando o addirittura dormendo 'impunemente' per strada.

I rischi legati alla valorizzazione della "lotta" per i diritti soggettivi e "contro l'impunità" aumentano, allorché viene prospettato un "diritto della vittima alla punizione dell'autore".

3. Una concezione soddisfattoria e, in subordine, simbolica della pena?

Viganò ritiene che sostituire al riferimento ad un bene giuridico individuale quello al diritto soggettivo serva a porre nel debito rilievo la «ferita nella relazione tra autore e vittima, che reclama di essere ricomposta anzitutto sul piano intersoggettivo»²⁸. «La storia del diritto penale è caratterizzata, in verità, da una progressiva emarginazione della vittima, che da protagonista della reazione punitiva — come avveniva nelle epoche arcaiche — diviene spettatrice». Secondo l'illustre Autore, bisogna rimediare a tale stato di cose; e qui il discorso sull'oggetto della tutela penale si salda ad una tesi relativa alla funzione della pena. «Nei reati a vittima individuale, la giustificazione della pena si fonda a mio avviso essenzialmente sul *danno* che la condotta dell'autore ha cagionato *a quella vittima*. La reazione punitiva [...] è al fondo un tentativo - magari rozzo e idealmente sostituibile con altri più idonei allo scopo, come dirò tra un attimo - per ricomporre quella frattura intersoggettiva, venendo incontro all'istintivo, ma psicologicamente prepotente, bisogno di giustizia della vittima. In questi reati, è anzitutto la vittima che reclama la reazione dell'ordinamento; e una denegata giustizia - l'impunità dell'autore - sarebbe fatalmente destinata a essere da lei percepita come una ingiustizia ulteriore». Ciò non esclude che anche la società avverta un "bisogno di punizione"; e Viganò aderisce²⁹ all'orientamento secondo cui la «pena è, appunto, funzionale a contrastare, mediante la solenne riaffermazione della perdurante effettività della legge violata», una «sensazione collettiva di insicurezza»; ma viene prima «l'interesse primario della vittima a che sia fatta giustizia» nella sua vicenda.

Dunque, secondo l'autorevole studioso, la giustificazione della pena risiederebbe nel soddisfare «l'istintivo, ma psicologicamente prepotente, bisogno di giustizia della vittima», che reclama la "reazione punitiva"; secondariamente, la pena serve a riaffermare simbolicamente la vigenza delle norme. Una funzione primariamente soddisfattoria; secondariamente, di prevenzione generale *sub specie* rassicurazione

'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.4.2021, 1 ss.

²⁸ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 5.

²⁹ *Op.ult.cit.*, 6.

simbolica collettiva, secondo la nota concezione di Jakobs³⁰. Tralasciando l'impressione di una certa disinvoltura nel trattare un tema che occupa una riflessione penalistica plurisecolare, c'è da chiedersi quanto tale orientamento sia conforme all'art.27 co.3 Cost. Per rendersene meglio conto, occorre leggere più avanti, ove Viganò prima afferma che l'autore del reato abbia un diritto fondamentale alla proporzionalità della pena, nel senso di una pena non eccessiva; poi precisa che il legislatore può rimettere al giudice la facoltà di irrogare pene *sproporzionate per difetto* rispetto alla gravità del reato, o addirittura di *rinunciare* alla pena, ma soltanto «al di fuori delle ipotesi in cui un *minimum* di reazione punitiva è richiesta a tutela di un nucleo di diritti fondamentali della vittima del reato, secondo i principi poc'anzi illustrati (*supra*, 2.2.)»³¹. Egli afferma inoltre che la rieducazione "potrebbe" essere riguardata quale oggetto di un diritto fondamentale del condannato; ma fa riferimento, qui, alla sola fase dell'esecuzione della pena.

In sintesi, secondo tale prospettiva, la pena, giustificata come si è visto, dev'essere, nella fase legislativa, proporzionata al reato; il legislatore può rimettere al giudice la facoltà discrezionale di irrogarne una inferiore o rinunciarvi, ma solo "al di fuori delle ipotesi" in cui un minimo di reazione punitiva sia dovuta, a tutela della vittima; in fase esecutiva, viene poi in considerazione la rieducazione.

Ebbene, già solo prendendo in considerazione tale visione della 'dinamica' della pena, non mi sembra che essa sia compatibile con la Costituzione. Secondo la Corte costituzionale, a partire dalla nota sent. n.313/1990, la finalità rieducativa della pena accompagna la stessa fin dalla fase della comminatoria edittale e nella sua intera dinamica. Ciò dovrebbe comportare che già in quella fase la pena prevista possa risultare inferiore a quella proporzionata al reato commesso, se ciò risulta funzionale ad esigenze di rieducazione: basti pensare ad una pena detentiva breve ed alla sua valenza criminogena, tale da imporre al legislatore di prevedere già in astratto ipotesi di sostituzione o sospensione della pena o di rinuncia alla stessa. Inoltre, risulta preoccupante il riferimento, in chiave 'ostativa', ad ipotesi in cui "un *minimum* di reazione punitiva" – quale sia, nessun lo sa - sia richiesto a tutela della vittima, secondo le cadenze emotive e soddisfatorie poc'anzi ricordate. Si potrebbe obiettare che l'eccezione è prevista a tutela di un nucleo di diritti fondamentali della vittima; ma Viganò afferma che quasi tutti i diritti individuali tutelati dalla Costituzione siano da ritenersi fondamentali³², ad esempio anche quelli patrimoniali.

Ma poniamo pure che si tratti di un reato grave: se una persona è stata uccisa, dolosamente o con preterintenzione o con colpa grave... -, qual è la pena proporzionata al reato, giustificata alla stregua delle esigenze istintive di punizione avvertite dai suoi familiari, quali vittime del reato e, perciò, titolari di un diritto fondamentale alla "reazione punitiva"? Qual è quella pena, al di sotto della quale non si può andare neppure per finalità rieducative, non solo in fase di comminatoria edittale, ma neppure in sede di commisurazione giudiziale della pena; e, magari, neppure in fase esecutiva,

³⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin – New York 1993, pp.9-10; ID., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004, pp.29-30.

³¹ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 24.

³² *Ivi*, 7.

perché si potrebbe pur sempre porre in bilanciamento il diritto al reinserimento con quello delle vittime alla “giusta” soddisfazione retributiva? L’ergastolo, magari ostativo, salva la *probatio diabolica* di intervenuta rieducazione?

In generale, desta sconcerto l’idea di una giustificazione della pena quale soddisfazione del bisogno emotivo di giustizia, ovvero di “reazione punitiva”, avvertito dalla vittima. Viganò ricorda che il protagonismo della vittima appartiene ad epoche arcaiche del diritto penale. Ed è proprio così, nella misura in cui, dietro la pretesa «che sia fatta giustizia» con il castigo, si cela la vendicativa legge del taglione – che però potrebbe dar luogo ad esiti addirittura più ‘equilibrati’, come hanno sempre sostenuto i fautori della teoria retributiva, rispetto ad una pena rimessa alla reazione «istintiva, ma prepotente» della vittima -, vista quasi in chiave ‘umanitaria’ come diritto fondamentale della persona offesa. Un conto è assicurare alla vittima il diritto di partecipare nel processo penale, il diritto ad un accertamento statale imparziale dei fatti e di eventuali responsabilità penali e il diritto a ricevere una riparazione per l’offesa accertata; ben altro è pretendere che la vittima abbia diritto all’inflizione statale di un castigo, di un male, ad un altro essere umano. Mi limito, qui, a richiamare, in senso adesivo, la prevalente interpretazione della funzione costituzionale della pena in chiave di integrazione sociale – ossia di prevenzione, speciale e generale, positiva³³ - e ad esprimere il convincimento che il commiato dalla teoria retributiva, tanto più se declinata in chiave di soddisfazione dei bisogni istintivi di punizione avvertiti dalla vittima, sia una conquista culturale, prima che costituzionale, ormai consolidata ed irrinunciabile. Ad ogni modo, come ho accennato, Viganò prospetta uno spazio per alternative “ideali” ispirate all’idea di giustizia riparativa, su cui mi soffermerò più avanti.

Subordinatamente alla funzione satisfattoria, l’Autore aderisce alla teoria della pena quale rassicurazione collettiva mediante riaffermazione simbolica del precetto violato. Anche tale teoria non mi pare compatibile con i principi costituzionali. Il reo non può essere usato come mezzo allo scopo di rassicurare altri circa la vigenza delle norme: al contrario, la pena, fin dalla fase della comminatoria edittale, deve sempre considerare la persona del reo anche quale fine: artt.2, 27 co.1, 27 co.3 Cost.³⁴. Le pene possono essere impiegate solo se costituiscono uno strumento utile a prevenire offese a beni giuridici e non al mero fine di “rassicurare simbolicamente” i consociati: un uso meramente simbolico – ovvero, demagogico o populistico - del diritto penale comporta l’inflizione ad una persona di una lesione di beni giuridici fondamentali senza che ne risulti un beneficio reale, effettivo per la tutela di beni giuridici altrui. Ad essere violato è lo stesso art.2 Cost., nella misura in cui lo Stato deve effettivamente garantire la tutela dei beni giuridici dei consociati – ma, come vedremo subito, non necessariamente mediante il

³³ Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Art.27 co.3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Artt.27-28*, Bologna-Roma 1991, p.222 ss., 266 ss., 272 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p.96 ss.

³⁴ Sono considerazioni ampiamente diffuse nella nostra dottrina penalistica. Per un confronto con la teoria della pena di G. Jakobs, mi sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p.265 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

diritto penale –; e non ingannare o illudere la collettività “rassicurandola” per stabilizzarne il consenso.

4. Obblighi costituzionali e/o convenzionali di tutela penale?

Secondo Viganò³⁵, «riconoscere nel diritto soggettivo della vittima l’oggetto di tutela» comporta implicazioni in rapporto agli obblighi di tutela penale, che, contro l’avviso della prevalente dottrina penalistica italiana, dovrebbero essere ammessi e sarebbero imposti dal diritto internazionale pattizio e dell’Unione europea, che vincolano l’Italia *ex art.11 e 117 Cost.* La parola d’ordine su cui si fonda il diritto internazionale in materia sarebbe quella della “lotta contro l’impunità”. In particolare, obblighi di tutela penale deriverebbero dalla CEDU e il loro adempimento sarebbe «indispensabile per segnalare la determinazione dell’ordinamento a contrastare efficacemente simili attacchi, e assieme per assicurare le vittime reali dell’aggressione e la generalità dei consociati sull’assenza di qualsiasi connivenza delle autorità statali con gli autori dell’aggressione»: ancora una volta, quindi, in chiave di assicurazione simbolica. «Rispetto almeno ai *più fondamentali* tra i diritti umani – primi fra tutti, la vita, il diritto a non essere sottoposti a torture o alle moderne forme di schiavitù o di tratta, la libertà e integrità sessuale – tali doveri di prevenzione e di reazione non possono che attuarsi mediante l’intervento del diritto penale»³⁶.

Volendo lasciare da parte l’indeterminatezza – pur non lieve – del riferimento a diritti “più fondamentali”, occorre tener conto del dato per cui, nel paragrafo successivo, l’autorevole studioso richiama, in funzione di limiti all’intervento penale, i criteri – individuati da dottrina e giurisprudenza a livello internazionale - della proporzione in senso stretto, ma soprattutto della necessità ed idoneità della tutela penale, quali elementi di un giudizio di proporzionalità in senso ampio di tale intervento³⁷, giudizio presentato come oggetto di un “diritto soggettivo” dell’autore del reato, posto a sua difesa da pene illegittime. Ciò solleva l’interrogativo circa il reale significato della precedente affermazione di obblighi di tutela penale di determinati diritti. Infatti, se l’Autore intende sostenere che gli obblighi di tutela penale dei diritti “più fondamentali” prescindano dai requisiti della necessità/*extrema ratio* e della idoneità dell’intervento penale – ovvero, dall’osservanza del principio di effettività, magistralmente delineato da Carlo Enrico Paliero oltre trent’anni fa³⁸ – tale tesi risulta irricevibile, perché contraria a Costituzione. La pena, infatti, è sempre violazione di beni fondamentali della persona, quali dignità e – direttamente o indirettamente – libertà personale, tutelati dagli artt.2 e

³⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 8.

³⁶ *Ivi*, 9.

³⁷ In argomento, cfr. spec. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, p.122 ss.

³⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 430 ss.

13 Cost.; perché sia legittima, occorre che sia non solo proporzionata, ma anche necessaria ed utile a tutelare beni giuridici di rango costituzionale proporzionato³⁹.

Si pensi a pretesi obblighi di tutela penale riferiti a beni fondamentali quali la vita o la salute. Paliero prospettava, in apertura del proprio lavoro, l'esempio dell'abbandono di siringhe: un fatto astrattamente pericoloso per la salute ed eventualmente la vita altrui. Tenendo conto, però, che si tratta di una condotta diffusa e difficilmente controllabile, un intervento penale in materia sarebbe contrario al principio di effettività, perché darebbe luogo ad un inutile sovraccarico per la giustizia penale, viste le possibilità minime di un accertamento di responsabilità. Nonostante la rilevanza costituzionale dei beni in gioco, il principio di effettività comporta la necessità di rinunciare ad un intervento penale inefficace.

Chi dubitasse della decisività dell'esempio – tenendo conto che, in quel caso, la rinuncia all'intervento penale potrebbe fondarsi anche o piuttosto sull'esigenza di evitare un'eccessiva anticipazione della tutela, ossia in chiave di distanza della condotta dall'offesa - può confrontarsi con i due che seguono.

Il primo concerne gli stupefacenti: ormai non pare possano esservi dubbi circa la conclamata inefficacia dell'intervento penale in materia, orientato in senso marcatamente proibizionistico. Limitiamo il discorso ai derivati della cannabis. Ad oltre trent'anni dalla l. n. 162/1990, essi costituiscono le sostanze illegali di gran lunga più trafficate e consumate, reperibili praticamente ovunque, in un mercato che garantisce ingenti profitti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, com'è stato riconosciuto persino in una relazione del Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo⁴⁰. L'intervento penale in materia è accentuatamente selettivo, cioè colpisce solo una minima parte degli autori di reati, concentrandosi in misura preponderante su condotte di cessione e coltivazione al dettaglio, ovvero su 'pesci piccoli': una manovalanza italiana e straniera che contribuisce in modo rilevante al sovraffollamento delle nostre carceri, rendendole indegne di un Paese civile, in contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost.

Orbene, al di là del fuorviante richiamo ad oggettività giuridiche artificiali ed onnicomprensive quali ordine pubblico, sicurezza e salute pubblica, una condotta di cessione, coltivazione, importazione etc. di stupefacenti può offendere soltanto la salute di una o più persone in carne ed ossa: è questo il bene giuridico – o il diritto fondamentale – realmente in gioco. Ma proprio il proibizionismo, com'è noto, aggrava i pericoli per la tutela della salute degli assuntori, nella misura in cui l'acquisto di hashish o marijuana sul mercato illegale comporta l'impossibilità di controllare che cosa si assuma e mette l'assuntore in contatto con venditori criminali, che, tra l'altro, sullo stesso 'banco' offrono droghe pesanti e, all'occorrenza, armi. L'intervento penale, in altri termini, non è strumento idoneo, ma inefficace e anzi controproducente in rapporto alla

³⁹ V. per tutti F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit. p.7 ss., che, nel delineare brillantemente il volto costituzionale dell'illecito penale, parte proprio da un'argomentazione che dimostra il rango costituzionale del principio di *extrema ratio*.

⁴⁰ DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E ANTITERRORISMO, *Relazione annuale 2016*, reperibile online: <https://www.avvisopubblico.it/home/wp-content/uploads/2017/06/RELAZIONE-DNA-1.7.2015-30.6.2016.pdf>, p.337 ss.

tutela del bene salute, e comporta una serie di effetti collaterali avversi. Si dovrebbe, forse, accettare passivamente ed anzi legittimare un obbligo, di fonte internazionale, di tutela penale del bene fondamentale della salute individuale e/o collettiva, nonostante la sua conclamata ineffettività anche e proprio nella tutela della salute? Ciò sarebbe conforme soltanto ad un uso simbolico e demagogico del diritto penale, quale strumento per rassicurare illusoriamente la collettività, proclamando la “lotta contro l’impunità”: uno *slogan* manifestamente populista, ancor più se usato nell’accezione eticizzante di una “lotta del bene contro il male”. Il diritto penale di un ordinamento laico non può essere impiegato in chiave di “lotta” contro il male in senso etico o contro il ‘nemico’ di turno, ma solo per la tutela di beni giuridici, se è necessario ed utile, e sempre nel rispetto dei principi penalistici di uno stato costituzionale di diritto.

Il secondo esempio riguarda l’aborto, uno dei temi complessi e scottanti in rapporto ai quali sorse la risalente disputa circa gli obblighi costituzionali di tutela penale⁴¹. Viene qui in considerazione il “più fondamentale” dei beni, la vita umana; e una nuova vita inizia – aderisco consapevolmente all’orientamento più estensivo – fin dal concepimento. Ebbene, se in materia di aborto si trattasse semplicemente di bilanciare ‘diritti’ o beni, del feto e della madre, non potrebbero esservi dubbi: prevale la vita del feto, a meno che non sia in pericolo la vita della madre. Nessun altro bene può prevalere sulla vita del concepito.

Tuttavia, sarebbe gravemente fuorviante e persino disumano ridurre la questione della punibilità dell’aborto ad un bilanciamento di beni. Un’interruzione volontaria della gravidanza viene per lo più in considerazione in ipotesi in cui la madre si trova in una situazione esistenziale drammatica – ad esempio, versa in stato di grave difficoltà, materiale e/o psichica, o addirittura di abbandono, oppure ha subito uno stupro da cui è derivata la gravidanza, o ancora ha appreso di gravi malformazioni del feto – e, comunque, di conflitto interiore e quindi di sofferenza psicologica. Certo, può anche accadere che una donna scopra la propria gravidanza e, in assenza di qualunque difficoltà, non voglia procreare.

Ebbene, a mio avviso la disciplina vigente in ordinamenti come il nostro, che considera lecita l’interruzione di gravidanza a determinate condizioni, anche temporali, tiene conto di situazioni di inesigibilità e rinuncia condivisibilmente all’assurda pretesa di costringere una donna alla gravidanza, riconoscendo spazi, pur limitati, al suo diritto di decidere della propria maternità. E ciò non perché l’ordinamento riconosca la prevalenza, in un bilanciamento di beni, della libertà di autodeterminazione o di altri interessi della donna sulla vita del feto, e neppure soltanto per una *ratio* incentrata sulla scusa e fondata sull’inesigibilità di un agire diverso; bensì per una ragione diversa e complessa, seppure connessa al bilanciamento di beni e/o alla scusa. In quelle situazioni, sovente drammatiche, di bilanciamento di beni e di conflitto interiore entrano in considerazione, in maniera decisiva, i principi di *extrema ratio* e di idoneità/effettività

⁴¹ Cfr. per tutti D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, 484 ss.; F. BRICOLA, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997, p.192 ss., nonché, in tempi più recenti, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, *passim*, spec. p.102 ss.

della tutela penale: si tratta, cioè, per un verso, di approntare ogni rimedio extrapenale per prevenire gli aborti, assicurando alla donna condizioni materiali e psichiche tali da poter decidere liberamente della propria maternità; ma anche di comprendere che criminalizzare sempre l'aborto sarebbe controproducente, perché porrebbe la madre, che si trovasse in una delle situazioni conflittuali appena descritte e che intendesse abortire, in una condizione di illegalità tale da abbandonarla alla clandestinità e, quindi, anche al mercato degli aborti illegali, con il risultato di rischiare la morte non solo del feto, ma pure della stessa gestante⁴². A meno che non si tratti di persona abbiente, che possa permettersi di andare ad abortire in un Paese in cui è lecito, magari presso un'efficiente, riservata e costosa struttura privata; il *vulnus* al principio di eguaglianza appare evidente.

Per le ragioni appena esposte, in molti ordinamenti costituzionali si rende lecito, nei primi mesi di gravidanza e/o in presenza di determinate indicazioni e condizioni, un fatto pur offensivo del diritto "più fondamentale", rinunciando alla "lotta contro l'impunità" o contro il male in senso etico mediante il diritto penale; e, in una prospettiva da stato sociale di diritto, al tempo stesso liberale e di solidarietà umana, si predispongono - e vanno resi il più possibile effettivi - strumenti extrapenali per tutelare sia l'interesse alla procreazione responsabile, sia la vita umana.

A questo punto, preferirei intendere la tesi di Francesco Viganò nel senso che obblighi di tutela penale – persino in rapporto al bene 'più fondamentale' di tutti, la vita – possano ravvisarsi soltanto qualora l'intervento penale sia non solo proporzionato, ma anche necessario e idoneo, ossia efficace, alla stregua di una valutazione di impatto complessivo dell'intervento penale. Tale interpretazione valorizza il richiamo, operato dall'Autore più avanti, ai principi di necessità e idoneità; egli, cioè, correggerebbe successivamente la precedente affermazione perentoria ed incondizionata. Ma, se è così, non comprendo dove sia il contrasto che egli ravvisa tra la sua tesi e la posizione della prevalente dottrina penalistica italiana: perché quest'ultima ha da tempo affermato l'inammissibilità di obblighi costituzionali di tutela penale, proprio sostenendo che il legislatore conservi uno spazio di discrezionalità legato a valutazioni non solo in chiave di bilanciamento di beni, ma anche di sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale. Secondo la nota formulazione di Hassemer, il bene giuridico – ma lo stesso dovrebbe valere per il 'diritto individuale della vittima' – ha solo una «funzione negativa di legittimazione»: ravvisare l'offesa ad un bene giuridico non comporta di per sé un obbligo di tutela penale⁴³.

Sotto altro profilo, la prospettazione di obblighi internazionali di tutela penale si pone in contrasto – se non nella forma, sicuramente nella sostanza – con il principio di riserva di legge di cui all'art. 25 co. 2 Cost., principio fondamentale ed in quanto tale 'controlimite' insuperabile persino dai trattati internazionali. Nessuna autorità

⁴² Cfr. in tal senso, nella manualistica, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 12^a ed., Milano 2023, pp. 13-14.

⁴³ W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M. 1973, p. 115; nello stesso ordine di idee, cfr. F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 192 ss.

sovrana nazionale può legittimamente arrogarsi – e che ciò avvenga diffusamente nella prassi non significa che sia legittimo, secondo la nota legge di Hume – il potere di dettare al legislatore norme incriminatrici, ossia fattispecie di reato e sanzioni penali che egli sarebbe obbligato ad introdurre; soltanto il legislatore può decidere se e quali norme penali prevedere, conformemente alla *ratio* democratica e, insieme, di garanzia del principio di legalità. Ed un tale monopolio del legislatore interno risulta funzionale anche sul piano della proporzione, necessità e idoneità allo scopo della pena, perché l'imposizione di una disciplina penale rigidamente uniforme ignorerebbe la struttura e la funzione degli ordinamenti e dei sistemi penali nazionali. Ad esempio, è evidente che un obbligo internazionale o sovranazionale di prevedere una pena massima di almeno dieci anni di reclusione per un determinato reato comporta il rischio di gravi disarmonie all'interno dei singoli sistemi delle comminatorie edittali⁴⁴.

D'altro canto, costituisce un fraintendimento del significato dell'adempimento degli obblighi internazionali di tutela penale, nonché un ostacolo alla stessa efficacia della tutela penale, l'idea secondo cui gli Stati dovrebbero tradurre pedissequamente il dettato delle convenzioni internazionali in norme incriminatrici. Un fraintendimento, perché l'adempimento di obblighi internazionali deve comunque tener conto dei principi costituzionali: ad esempio, norme formulate in termini gravemente carenti sul piano della determinatezza-tassatività, o che rendano punibili remoti atti preparatori – sul punto tornerò più avanti – non possono essere trasposte nel nostro sistema penale. Ma un fraintendimento anche perché gli obblighi internazionali non devono essere necessariamente adempiuti introducendo una norma di taglio casistico *ad hoc*: occorre invece che la normativa interna garantisca una tutela, eventualmente penale, efficace⁴⁵. L'idea di una pedissequa trasposizione, inoltre, può rappresentare un ostacolo all'efficacia stessa della tutela penale: ad esempio, richiedere la difficile prova di una intenzionalità o di un determinato dolo specifico può vanificare, nei fatti, la previsione di una norma incriminatrice.

A sostegno degli obblighi di tutela penale, Viganò adduce due argomenti che non mi paiono convincenti. In primo luogo, la previsione di un fatto quale illecito penale comporta la possibilità di indagini penali e dunque una tutela efficace; l'Autore fa l'esempio della tortura. La resistibilità dell'argomento, a mio parere, dipende dalla strutturale selettività dell'intervento penale – e quindi delle stesse indagini –, ben nota

⁴⁴ Sul tema, in riferimento al c.d. *Corpus Juris 2000*, cfr. le magistrali considerazioni di T. PADOVANI, *Le sanzioni nel Corpus iuris 2000*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli 2004, p.67 ss

⁴⁵ La stessa sent. Corte EDU, Cestaro c. Italie, cit., n.239 ss., spec.245 – qualunque cosa si pensi intorno alla necessità di un'apposita incriminazione al riguardo - non richiede affatto l'introduzione di una figura di reato *ad hoc*, ma afferma l'inadeguatezza della legislazione in materia e la necessità di una riforma strutturale, precisando che spetta al singolo Stato «la scelta dei mezzi adeguati per adempiere al proprio obbligo» di tutela da torture ed altri maltrattamenti mediante misure generali, imposto dal combinato disposto degli artt. 3 e 46 CEDU.

alla criminologia, specie critica⁴⁶, ma pure alla più attenta dottrina penalistica⁴⁷. È altrettanto risaputo, inoltre, che la stessa tutela penale, anche laddove è necessaria e può essere efficace, richiede comunque, proprio per risultare efficace e non meramente simbolica, l'attivazione previa e/o contestuale di misure extrapenali. Molti fatti di tortura – quelli scoperti sono, come temiamo in molti, solo la punta dell'*iceberg* – si verificano perché mancano una selezione psico-attitudinale e una formazione culturale adeguata delle forze dell'ordine; perché mancano rimedi di prevenzione situazionale – ad esempio, numeri identificativi degli agenti e telecamere – atti ad identificare gli appartenenti alle forze dell'ordine che si rendano autori di torture ed aggressioni violente di persone inermi, anche all'interno delle carceri italiane; perché non funzionano adeguatamente le sanzioni disciplinari, anzi, talora si è assistito a promozioni, nonché addirittura a condotte di mancata collaborazione delle autorità di polizia alle indagini penali volte all'identificazione degli agenti autori delle violenze⁴⁸. Insomma, affidarsi al solo diritto penale per contrastare fatti di tortura e/o aggressioni commessi da appartenenti alle forze dell'ordine rischia di risultare una mera illusione repressiva.

Ad ogni modo, l'obbligo di tutela penale non può fondarsi sulla necessità di disporre di più incisivi poteri di indagine, anche perché ciò costituirebbe un'inversione dei rapporti tra diritto e procedimento penale: se un fatto non necessita dell'intervento penale alla stregua di criteri di offensività, proporzione, utilità e necessità, non si può renderlo punibile al solo scopo di attivare i poteri di indagine di pubblico ministero e polizia giudiziaria. Al contrario, poiché a quei poteri corrispondono interventi particolarmente incisivi sulle libertà della persona indagata, essi sono attivabili solo in rapporto a notizie "di reati", cioè di fatti in sé meritevoli e bisognosi di pena. L'obbligo di tutela penale non può farsi scaturire dall'utilità di 'chiamare la polizia', ma, al contrario, un procedimento penale può attivarsi solo a partire dalla notizia di un fatto che necessita di una pena.

Anche il secondo argomento addotto da Viganò in favore di obblighi di tutela penale mi pare piuttosto debole: è il richiamo alla tradizione, e per giunta ad una tradizione soddisfacente e simbolica. «La risposta pubblica assicurata dal processo, e dalla solenne affermazione di responsabilità che consegue a una sentenza di condanna, è da sempre considerata dalla società come lo strumento principe per ricomporre il *vulnus*

⁴⁶ Resta di grande attualità la lezione di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p.99 ss., 159 ss.; cfr. pure M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, pp.12-124.

⁴⁷ Cfr. C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova 1985, p. 231 ss.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p.7 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli, 1994, p.32 ss., 145 ss.

⁴⁸ Si legga in proposito la nota sent. della Corte EDU, V. Section, *Affaire Cestaro c. Italie*, 7 aprile 2015, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>, p.38, n.216: «La Corte deplora che la polizia italiana abbia potuto rifiutare impunemente di fornire alle autorità competenti la cooperazione necessaria all'identificazione degli agenti che potevano essere implicati negli atti di tortura» (trad. dello scrivente). V. pure i nn. 217-218 in rapporto ai dubbi della Corte EDU circa l'effettiva adozione di sanzioni disciplinari.

provocato dal reato alla vittima, e assieme a rassicurare la collettività»⁴⁹. Oltre alle considerazioni critiche già svolte in rapporto alle finalità soddisfattorie e di rassicurazione, va aggiunto che tale argomentazione trascura il dato per cui sostenere obblighi di tutela penale significa molto di più che affermare la necessità di un'affermazione di responsabilità: significa sostenere la necessità dell'inflizione di una pena, che non può essere legittimata alla stregua delle finalità 'tradizionali' prospettate dall'Autore. Ad ogni modo, anche la solenne affermazione di responsabilità insita nella condanna, in un diritto penale della tutela di beni giuridici, deve servire alla loro reale protezione e non a mere finalità simboliche di autorappresentazione, soddisfazione emotiva di bisogni di punizione o rassicurazione collettiva.

5. Cause di giustificazione e diritti soggettivi.

Francesco Viganò ritiene che la sostituzione del concetto di bene giuridico individuale con quello di diritto soggettivo abbia implicazioni significative in materia di scriminanti. In primo luogo, sostiene che ne derivi l'inquadramento del consenso dell'avente diritto quale causa di esclusione della tipicità; tuttavia, egli riconosce che Roxin sia pervenuto alla stessa conclusione – che condivido - a partire dall'idea di tutela di beni giuridici⁵⁰; ragion per cui non si comprende quale sia l'utilità della predetta sostituzione.

In rapporto agli artt. 52 e 53 c.p., l'illustre Autore afferma che il riferimento ai diritti umani consenta, richiamando in particolare la CEDU, di esigere per tali scriminanti una base legale e il requisito della proporzione, nonché di pervenire ad un'interpretazione restrittiva di entrambe. Anche un tale obiettivo appare, in via di principio, condivisibile. Dubito, però, che il riferimento ai diritti umani o fondamentali abbia effettivamente tale valenza di garanzia: innanzitutto a causa della già ricordata manipolabilità del riferimento a diritti fondamentali. Ad esempio, se si riconoscesse un diritto individuale fondamentale alla 'sicurezza', l'"intrusione violenta" in un luogo di domicilio di cui all'art.52 co.4 c.p., anche solo con violenza sulle cose, giustificerebbe, in termini di proporzione, l'uccisione dell'intruso? Ai sensi dell'art. 2 CEDU, non si tratta forse di "garantire la difesa" da una "violenza illegale"? La risposta dipende da come la Corte EDU interpreti l'art. 2; ed è noto che, in generale, la giurisprudenza di tale Corte sia piuttosto ondivaga, ossia non sufficientemente prevedibile. Su quest'intima contraddizione della 'legalità convenzionale' tornerò fra breve.

Qualora l'esempio appena addotto non convinca, se ne può prospettare un altro piuttosto inquietante: secondo l'art. 2, co.2, lett. b prima parte CEDU, è legittimo uccidere «per eseguire un arresto regolare». Al di là di acrobazie ermeneutiche certamente possibili e ispirate a lodevoli motivazioni, è difficile comprendere quale senso legittimo possa avere, in uno stato di diritto orientato al primato della persona e della vita,

⁴⁹ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 10.

⁵⁰ *Op.ult.cit.*, 11.

uccidere per arrestare! Questa ipotesi, che rischia di fornire una copertura a pene di morte illegali eseguite dalle forze dell'ordine - di problematica riconduzione agli artt. 51, 52 e 53 c.p. - andrebbe semplicemente eliminata da una Convenzione «per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»⁵¹. E lo stesso vale per altre previsioni della CEDU: penso in particolare all'art. 5, che consente di privare della libertà personale, mediante arresto e/o detenzione, “un alienato”, “un alcolizzato”, “un tossicomane” o “un vagabondo” in quanto tale.

Ma ammettiamo pure che si possa richiamare la giurisprudenza della Corte EDU per rendere punibili condotte che, secondo la legge penale italiana, ovvero in base agli artt.52-53 c.p., non lo siano: tale cosiddetta ‘riduzione teleologica’ ridondante *in malam partem* quanto è compatibile con la *ratio* di garanzia del principio di legalità? Parlo del principio costituzionale, non di quello convenzionale, che è un mero principio di ‘giuridicità’, giacché, com'è noto, ammette quale fonte di diritto penale pure una circolare amministrativa o una sentenza. A mio avviso, una soluzione adeguata in rapporto ai gravi rischi di offesa di beni giuridici personali quali vita, integrità fisica e libertà, che derivano dalla vigente disciplina di cui agli artt. 52-53 c.p., passa necessariamente per una riforma legislativa.

In rapporto allo stato di necessità, l'eminente penalista ritiene che soltanto il riferimento a diritti soggettivi possa rimediare ad un orientamento che guarda «ai beni come altrettanti oggetti dell'interesse collettivo, trascurando completamente la loro possibile dimensione di “diritti” individuali”; perché tali diritti sono comprimibili solo alle condizioni stabilite dalla Costituzione e dalle Carte internazionali»⁵². «Pensiamo alle situazioni nelle quali, nel nostro Paese, è stata più discussa negli scorsi decenni la possibile applicazione dello stato di necessità: l'alimentazione coattiva di detenuti in sciopero della fame, l'emotrasfusione coatta a pazienti che si oppongono a tale intervento per ragioni religiose, l'impedimento fisico a lasciare una comunità di recupero per tossicodipendenti nel corso del trattamento di disintossicazione, l'uso di violenza fisica contro persone arrestate per ottenere informazioni rilevanti nel contrasto ad organizzazioni terroristiche».

Dico subito che, in riferimento a tutti e quattro i casi, condivido pienamente il rifiuto di una giustificazione fondata sullo stato di necessità, sostenuto da Francesco Viganò. Ma motivo tale rifiuto a partire dall'idea di tutela di beni giuridici della persona, quali la libertà di autodeterminazione di una persona ‘capace d'intendere e volere’ in ordine alla propria alimentazione e idratazione, così come alle cure, anche da dipendenze; nonché la libertà morale e l'integrità fisica, compromesse dall'uso di violenza fisica per ottenere informazioni. Non condivido la tesi secondo cui il concetto di bene giuridico debba essere necessariamente ridotto ad “oggetto di interesse collettivo”, per la semplice ragione, già ricordata, che esiste e va accolta una concezione personale di bene giuridico.

⁵¹ In argomento, mi sia consentito rinviare a *L'art.53 c.p. e la vita del ragazzo che fugge*, in *Crit. dir.* 1/2021, 32 ss.

⁵² F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 13, anche per la citazione seguente.

Inoltre, il riferimento a diritti umani risulta tutt'altro che risolutivo e rassicurante, dal momento che, almeno in alcune delle ipotesi richiamate da Viganò, potrebbe venire in considerazione una limitazione di "diritti umani" come quelle previste nei capoversi degli artt.8 ss. CEDU, che costituiscono una pesante ipoteca, incentrata su concetti gravemente indeterminati, onnicomprensivi e manipolabili quali la sicurezza, l'ordine, la protezione della "morale" – sic! – e della salute; laddove quest'ultima viene intesa evidentemente come limite oggettivo, legato ad un "interesse collettivo", che osterebbe al libero esercizio dell'autodeterminazione individuale. Mi riferisco, più in particolare, al dato per cui l'art.8, in tema di rispetto della vita privata, al co.2 ammette l'ingerenza di autorità pubbliche sull'esercizio di tali diritti, purché "sia prevista dalla legge" – ma, si ricordi, la legge intesa nel senso della CEDU! – «e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». A sua volta, l'art.9, in materia di libertà di pensiero, coscienza e religione, sempre al co.2 consente restrizioni con base legale – sempre nel senso della CEDU - «che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

Si potrebbe replicare che rilievi simili restano fermi al solo tenore della CEDU, ma che la Corte EDU, il 'buon giudice' europeo, ha già rimediato e rimedierà ancora, 'tassativizzando' e restringendo per via ermeneutica quelle vaghe clausole. Ma una tale replica potrebbe soddisfare solo chi non tenga nella debita considerazione la legalità presa sul serio, cioè quella costituzionale, comprensiva, in materia penale, della riserva di legge e della determinatezza/tassatività; e solo chi non voglia vedere ciò che vedono molti studiosi della giurisprudenza della Corte EDU in materia penale, ossia il suo carattere ondivago, incompatibile con esigenze fondamentali di certezza del diritto⁵³.

Concludendo sul tema, l'illustre Autore afferma: «Le ordinarie cause di giustificazione previste dal codice penale non possono essere invocate per rendere lecite condotte lesive di diritti fondamentali della persona, al di là dei limiti» costituzionali e convenzionali. Ma ciò senza pregiudizio di uno stato di necessità scusante «in conformità a una *ratio* di indulgenza per l'eccezionale situazione psicologica in cui versi l'autore, legata all'anormalità delle circostanze concomitanti alla sua condotta, che resta però antiggiuridica»⁵⁴. Si può condividere o meno tale definizione della *ratio* dello stato di necessità scusante. Ma mi auguro – anzi, ne sono convinto - che l'osservazione citata

⁵³ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, p. 340, secondo cui la Corte EDU si è dimostrata «di volta in volta poco incisiva, vaga, frammentaria, inafferrabile, troppo fortemente legata al caso concreto e quindi insuscettibile di significativa generalizzazione, incapace di fornire chiare linee guida, politicamente influenzabile (e influenzata), cauta fino all'estremo...»; v. pure V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano 2011, p.23 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, *ivi*, p.93 ss.

⁵⁴ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 14.

non abbia nulla a che vedere con la casistica prospettata da Viganò: cioè, che egli non intenda affatto aprire al riconoscimento di una scusante per il rappresentante della pubblica autorità che costringa un detenuto ad alimentarsi, per il sanitario che costringa il testimone di Geova a subire la trasfusione, per l'operatore di una comunità di recupero che rinchioda con la forza un tossicodipendente che decida di uscirne, o per il poliziotto che usi violenza fisica contro persone arrestate per estorcerne dichiarazioni.

6. Lesione del “diritto della vittima” e giustizia riparativa

Secondo Viganò, lo spostamento d'accento dalla lesione del bene giuridico a quella del diritto della vittima inciderebbe sulla misura della pena, in quanto servirebbe «a meglio focalizzare l'incidenza delle condotte dell'autore successive al reato sullo stesso giudizio di proporzionalità della pena, nonché sulla possibilità di modificare la risposta sanzionatoria — o addirittura di rinunziarvi *in toto* — in conseguenza di sue condotte riparatorie»⁵⁵. Anche a tal proposito, va però osservato che l'incidenza sulla misura della pena — fino ad escludere l'applicazione di una pena detentiva — di una condotta riparativa ha, già da lunga data, formato oggetto di autorevoli proposte dottrinali, progetti di riforma e novelle legislative muovendo dall'idea della tutela di beni giuridici⁵⁶; pure sotto tale profilo, la sostituzione di tale concetto con quello di diritto individuale non risulta realmente innovativa.

Ad ogni modo, l'autorevole studioso afferma che, al di là delle previsioni vigenti che valorizzano la riparazione del danno, la misura della pena debba tener conto non solo delle condotte riparative, «ma anche d[e]ll'eventuale volontà della vittima di riconoscere l'almeno parziale ristoro all'ingiustizia subito realizzato dalla condotta “virtuosa” del reo successiva al reato». Si tratta di «ricercare risposte al trauma subito dalla vittima in conseguenza del reato più soddisfattive per la vittima stessa, dal punto di vista materiale e — più ancora — psicologico, di quanto non sia possibile ottenere mediante l'esecuzione della pena»⁵⁷. Il percorso della risocializzazione e quello della riparazione dovrebbero intersecarsi, potendo dar luogo, in sede di esecuzione, all'attenuazione della pena o alla rinuncia alla stessa, in considerazione dell'evoluzione

⁵⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 15.

⁵⁶ Cfr. solo C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1987, 3 ss., spec.15 ss.; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Berlin 1992; § 46a StGB, che si riporta per comodità del lettore: «Composizione tra autore e vittima, riparazione del danno.

Quando l'autore

1. nello sforzo di raggiungere una composizione (composizione tra autore e vittima), ha riparato il fatto commesso interamente o in misura preponderante o ha perseguito seriamente la riparazione, oppure
2. in un caso in cui la riparazione del danno ha richiesto per lui prestazioni personali significative o rinunce personali, ha risarcito la vittima interamente o in misura preponderante,

il Tribunale può diminuire la pena secondo il § 49 co. 1 o, se non viene inflitta una pena detentiva superiore ad un anno o una pena pecuniaria superiore a 360 tassi giornalieri, astenersi dal punire» (trad. dello scrivente).

⁵⁷ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 15-16.

e dell'esito di entrambi i percorsi. Ma «senza dimenticare con ciò gli interessi collettivi all'esecuzione della pena - e in particolare la necessità di tutelare la società contro l'eventuale residua pericolosità del condannato»⁵⁸. Più avanti, l'Autore, nel considerare la proporzionalità della pena quale diritto fondamentale del reo, precisa che l'ordinamento può ben «ridurre la pena o addirittura *escluderla* in cambio, ad esempio, della sua collaborazione processuale o di altre condotte successive al reato, ovvero della scelta di un rito semplificato rispetto al dibattimento»⁵⁹.

Non è possibile, in questa sede, affrontare il complesso tema della giustizia riparativa. In particolare, lascio qui da parte la questione dell'ardua conciliabilità di una mediazione in corso di procedimento penale – quale strumento riparativo – con la presunzione di non colpevolezza, art.27 co.2 Cost., alla cui stregua già discutere di “autore” e della “sua” vittima prima che il giudice accerti fatti e responsabilità penali appare costituzionalmente problematico, per usare un eufemismo. Mi limito piuttosto a ribadire – in riferimento anche ad una riparazione in fase esecutiva – che nel nostro ordinamento la pena deve tendere alla rieducazione, art.27 co.3 Cost., intesa laicamente nel senso della risocializzazione; in tale prospettiva, condotte riparatorie volontarie – al di là della *Gesinnung*, ovvero dell'atteggiamento interiore che le sorregga, il cui accertamento è semplicemente impossibile – possono svolgere un ruolo positivo nel superare il conflitto intersoggettivo tra autore e vittima e nel reinserimento sociale del reo⁶⁰. Ciò, tuttavia, non comporta che la “volontà della vittima” di riconoscere il ristoro possa avere rilevanza sulla misura della pena: perché in tal modo si farebbe dipendere la misura della pena da tale volontà della vittima, assegnando alla pena stessa un'inaccettabile funzione satisfattoria. Il rifiuto di una condotta riparativa da parte della vittima non può comportare una conseguenza punitiva per l'autore. Per altro verso, qualora un percorso di risocializzazione abbia avuto esito positivo, un esito negativo sul piano della giustizia riparativa – ad esempio, per l'impossibilità materiale di risarcire il danno e l'indisponibilità ad una soluzione simbolica, si tratti persino del rifiuto non da parte della vittima, ma dello stesso autore, che pur in presenza di una 'revisione critica' del fatto commesso non voglia incontrare la vittima – non può risultare preclusivo di benefici relativi all'esecuzione della pena, perché le pene devono tendere alla rieducazione e non a finalità satisfattorie oppure eticizzanti.

In effetti, i sostenitori di una valorizzazione della giustizia riparativa pongono in evidenza la sua connotazione di processo psicologico individuale e sociale di riconciliazione, favorito da prestazioni materiali o anche solo simboliche⁶¹; ma una tale riconciliazione, nella sua componente di atteggiamento interiore, fatta di “ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia”⁶², rimane imperscrutabile quanto

⁵⁸ *Op.ult.cit.*, 16.

⁵⁹ *Op.ult.cit.*, 24.

⁶⁰ Cfr. ancora magistralmente C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 15 ss.

⁶¹ Cfr. per tutti G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, p.47 ss.

⁶² Le «cinque parole per comprendere la giustizia riparativa», v. G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *op.cit.*, p.109 ss.

l'intima spontaneità della prestazione del reo, e la sua valorizzazione in chiave di misura della pena rischia di comportare una impropria, oltre che poco praticabile, eticizzazione della giustizia penale⁶³.

Al di là di tali considerazioni di fondo, che andrebbero sicuramente approfondite, l'orientamento espresso dal nostro Autore presenta tratti di ambiguità, nella parte in cui condiziona, in misura indefinita, l'incidenza della riparazione sulla pena – non alla risocializzazione, bensì – agli interessi collettivi all'esecuzione della pena stessa e all'esigenza di tutelare la società dalla 'pericolosità del reo'.

Qui riaffiora la questione essenziale se la pena debba servire a soddisfare la vittima o a tutelare beni giuridici. La dominante legittimazione della pena in relazione a finalità di prevenzione generale e speciale non guarda al passato, ma al futuro, in termini di reinserimento sociale del reo e di tutela da ulteriori offese a beni giuridici di uno o più consociati. Una condotta volontaria – nel mero senso di non imposta, ma neppure supportata da un indimostrabile ravvedimento interiore – che sia realmente e non solo simbolicamente riparatoria può certamente, come abbiamo visto, risultare utile nella prospettiva della risocializzazione e della prevenzione generale positiva, in quanto rientri in un percorso di esecuzione della pena volontariamente 'agita' e non subita dal condannato. Resta il dato per cui può esservi risocializzazione senza riparazione e riparazione senza risocializzazione, e lo scopo precipuo della pena secondo la Costituzione è la risocializzazione; d'altro canto, se vi è recupero sociale del reo, l'"interesse collettivo all'esecuzione della pena" o la prevenzione della "pericolosità" soggettiva – concetto, peraltro, notoriamente di problematica verificabilità empirica – non possono da soli legittimare la pena, se non in termini soddisfattori o di prevenzione speciale negativa, ossia di neutralizzazione, incompatibile con l'art. 27 co. 3 Cost.

Ad ogni modo, dall'angolo visuale di una critica, sia interna che esterna, dell'orientamento dell'illustre Autore, non risulta condivisibile la disinvoltura con cui egli legittima una diminuzione o una totale rinuncia alla pena quale corrispettivo della mera collaborazione processuale o della scelta di un rito "semplificato". Invero, sia dal punto di vista della vittima, sia, come è stato diffusamente rilevato, sul piano della tutela di beni giuridici e della funzione costituzionale della pena – tralasciando ulteriori profili – si tratta di affermazioni alquanto problematiche⁶⁴.

⁶³ F. PALAZZO, nella sua *Prefazione* a G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, op.cit., p.XIV, parla di un messaggio «eticamente connotato» che «vibra in tutto il libro».

⁶⁴ Sulla controversa legittimità di premi per la collaborazione processuale, cfr. tra gli altri spec., in senso favorevole, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano 2002, p.382 ss., 418-419, 442 ss., 517 ss. e *passim*, e in precedenza, cautamente D. PULITANÒ, *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano 1998, pp.149-150; ID., *Tecniche premiali tra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano 1987, pp.84, 93 ss.; in senso critico, F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale* (1983), ora in *Scritti di diritto penale*, I, Tomo II, Milano 1997, p.1421; L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.* 1982, 209 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli 1997, p.186 ss.; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale*, cit., p.122 ss.; T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 529 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1986, 417 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, 664 ss.

Non si vede, ad esempio, come il premio per la mera scelta del rito abbreviato, che comporti in caso di condanna la riduzione della pena di un terzo, poniamo da trent'anni a vent'anni, possa risultare compatibile con le esigenze "satisfattorie" di diritti fondamentali della vittima rivendicate da Viganò: mi pare evidente che simili diminuzioni di pena frustrino tali esigenze, sia individuali che avvertite dalla collettività. In ogni caso, la valorizzazione di esigenze satisfattorie della vittima dovrebbe comportare che quest'ultima potesse interloquire su tali forti diminuzioni di pena; il che, d'altronde, conferma l'inaccettabilità di tale valorizzazione, perché non si può far dipendere l'inflizione di dieci anni di pena detentiva in più dalla volontà della vittima! Piuttosto – da un punto di vista di critica esterna alla prospettiva indicata dall'Autore – la diminuzione di pena legata alla mera scelta di un rito alternativo semplificato risulta in contrasto con legittime finalità di prevenzione generale e speciale, nonché con l'esigenza di un pieno accertamento di fatti e responsabilità, nell'interesse non solo dell'autore e della collettività, ma della stessa vittima. La posizione espressa dall'autorevole studioso al riguardo mi pare rappresentare, perciò, una contraddittoria legittimazione dell'esistente.

E ciò vale anche per il complesso e controverso tema, che non è possibile discutere in questa sede, della collaborazione processuale: la questione resta quella dell'impossibilità di prospettare un nesso inscindibile tra collaborazione e rieducazione - com'è ben noto, anche alla luce della recente controversia intorno all'ergastolo ostativo -, ma anche tra collaborazione processuale, tutela dei diritti della vittima e giustizia riparativa, perché è ben possibile che via sia l'una senza l'altra. Piuttosto, la valorizzazione della collaborazione processuale continua notoriamente a porsi in conflitto sia con le funzioni legittime della pena – ivi compresa la tutela di beni giuridici –, sia con i principi costituzionali del giusto processo.

7. Legalità, proporzione, colpevolezza: principi o diritti della persona? L'attacco al principio di offensività.

Dopo aver riconosciuto l'apporto garantistico proveniente dall'orientamento costituzionalistico del diritto penale, Viganò osserva: «Forse, però, è mancata sinora una riflessione approfondita sulla natura e, direi, sulla *teleologia* di questi limiti. La penalistica italiana, dagli anni Settanta in poi, ha dedotto dalla Costituzione soprattutto "principi"» vincolanti per legislazione, giurisprudenza ed esecutivo, ma «la tendenza è stata quella di considerare questi limiti come altrettanti canoni la cui *ratio* è stata per lo più ancorata a interessi super-individuali, a cominciare dalla loro funzionalità agli scopi general- e specialpreventivi della pena. La "scoperta" della Convenzione europea ha posto, però,

In relazione ai riti premiali, la condivisibile opposizione della dottrina penalistica è alquanto diffusa, cfr. per tutti F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.* 1989, 330 ss.; P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino 1992, p.20 ss.; G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.* 1990, I, c.2387 ss.

la dottrina italiana di fronte a una prospettiva nuova: e precisamente alla possibilità di rileggere questi principi come altrettanti “diritti umani”⁶⁵.

A me pare, invece, che la dottrina penalistica italiana abbia approfondito, specie negli anni Settanta, la *ratio* e le implicazioni dei principi, segnatamente di quelli cui fa riferimento l’illustre Autore, ovvero legalità, offensività, colpevolezza – *rectius* personalità della responsabilità penale – e proporzionalità; e che ne abbia sempre, condivisibilmente, valorizzato proprio l’aspetto di garanzie individuali, di tutela della persona nei confronti del potere punitivo statale. Basti pensare all’affermazione della *ratio* prioritariamente di garanzia individuale - piuttosto che di certezza (del ‘comando’) – del principio di legalità⁶⁶ o all’arcinota elaborazione, prima in dottrina⁶⁷ e poi nella storica sentenza della Corte cost. n.364/1988, del “principio di colpevolezza”⁶⁸ quale garanzia individuale prevalente su esigenze di prevenzione generale, sia in rapporto al problema della responsabilità oggettiva che alla disciplina dell’*ignorantia legis*.

L’orientamento costituzionalistico della dottrina italiana ha dunque da tempo ‘letto’ i principi quali garanzie individuali. Del resto, la “scoperta” della CEDU, sotto tale punto di vista, non poteva fornire alcun contributo ad intendere la riserva assoluta di legge o la determinatezza/tassatività della legge penale quali garanzie individuali dal potere punitivo statale, per la semplice ragione che tali principi o ‘diritti umani’ non sono contemplati dalla CEDU. E lo stesso si dica per il principio di offensività e per quello di personalità della responsabilità penale.

Con ciò non intendo certo negare che l’evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU abbia apportato contributi preziosi, anzi fondamentali all’affermazione di alcuni principi o diritti individuali; ciò è avvenuto in particolare valorizzando principi o corollari degli stessi che la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione italiana non avevano adeguatamente valorizzato, a causa di una pluralità di limiti, di carattere politico-criminale, dommatico e strutturale.

Sul piano politico-criminale, mi riferisco, ad esempio, a quelle tendenze conservatrici che hanno fatto sì che, per un verso, le declaratorie di illegittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza siano pochissime – pure in

⁶⁵ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 17.

⁶⁶ Magistralmente, per tutti, F. BRICOLA, *Art.25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, p.231 ss., spec.234: «I tre profili dell’articolo in esame 2° comma, pur sorretti da esigenze specifiche, appaiono, dunque, tutti coordinati verso l’unica finalità di garanzia della libertà personale». Nella manualistica, v. fra gli altri G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 51, secondo cui attribuire al Parlamento «il monopolio della produzione delle norme penali significa assicurare – a garanzia della libertà dei cittadini – una più forte legittimazione alle scelte punitive dello Stato, e una ancor più accentuata preclusione agli interventi del potere esecutivo e del potere giudiziario».

⁶⁷ V. spec. D. PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, *passim*.

⁶⁸ Ma sarebbe meglio parlare di principio della “responsabilità penale personale”, come fa la Costituzione: sia perché comprende pure l’esigenza che il fatto non sia altrui e che possa imputarsi all’autore quale opera propria sul piano causale, che con la colpevolezza non ha nulla a che vedere; sia perché il divieto di una responsabilità oggettiva e quello di applicare una sanzione penale in presenza di un errore inevitabile sulla legge penale devono valere ugualmente sia per gli imputabili che per i non imputabili, incapaci di ‘colpevolezza’. Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.88 ss.

rapporto alle misure di prevenzione, laddove solo dopo la nota sent. Corte EDU, De Tommaso c. Italia, del 23 febbraio 2017 la nostra Corte cost. si è decisa, e solo parzialmente⁶⁹, a riconoscere le gravi indeterminatezze legislative che caratterizzano la relativa disciplina –; e che, sotto altro profilo, l'inevitabilità dell'*ignorantia legis* dovuta a disorientamenti e *révirements* giurisprudenziali sfavorevoli venga troppo raramente riconosciuta nella nostra prassi giudiziaria⁷⁰: a fronte di ciò, la valorizzazione, ad opera della Corte EDU, della prevedibilità quale profilo essenziale della 'legalità convenzionale' risulta innovativa in rapporto alla prassi italiana. Ma sul punto tornerò più avanti.

Un limite di carattere dommatico – cui è, come sempre, connessa una funzione politico-criminale – risiede, ad esempio, nella mancata estensione alle norme processuali penali del principio di irretroattività, anche *sub specie* retroattività favorevole: la nota sent. Corte EDU, Scoppola c. Italia ha superato tale barriera 'dommatica' e politico-criminale tra norme sostanziali e processuali in rapporto alla portata del principio di irretroattività, riconoscendone la rilevanza relativamente alla diminuzione di pena prevista in caso di condanna a seguito di rito abbreviato.

Quanto ai limiti strutturali, mi riferisco al dato secondo cui, com'è noto, almeno in via di schematizzazione idealtipica la Corte EDU è giudice del singolo caso concreto – ma da tale schema si discostano le c.d. sentenze pilota –, che guarda all'effettività dei diritti, mentre la Corte cost. è giudice delle leggi – anche se i 'giudizi di fatto' possono avere conseguenze sulla legittimità di una legge –; ad esempio, il divieto di pene contrarie al senso di umanità è contemplato dall'art. 27 co.3 Cost., e certamente viola tale disposizione ammassare persone in una cella in cui ciascuno dispone di meno di 3 mq, ma la Corte cost. non può intervenire su disposizioni amministrative come regolamenti e circolari, né sulle relative prassi applicative. Qui l'effettività dei principi costituzionali andrebbe garantita mediante il controllo giudiziale su norme sublegislative e prassi della p.a.

Ad ogni modo, tutto ciò non ha a vedere alcunché con la contrapposizione tra principi penalistici «ancorati a interessi super-individuali» e diritti umani.

⁶⁹ Corte cost., sentenze 24 gennaio 2019, nn.24 e 25.

⁷⁰ D'altronde, disorientamenti analoghi, con effetti negativi circa la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, si verificano nell'esperienza di *common law*, laddove la giurisprudenza ricorre al c.d. *distinguishing* o opera *overrulings* rispetto ai precedenti 'vincolanti': in argomento, v. per tutti A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999, p.182 ss., spec.191, il quale riconosce che nell'esperienza nordamericana ed inglese «non di rado le Corti riescono a sfuggire» alle "maglie" del precedente vincolante attraverso un uso «ipocritamente strumentale» di diversi tipi di *distinguishing* e *overruling*, talora sfruttati «con disinvoltura» o con il «superamento strisciante e per così dire "occulto" di tanti precedenti ignorati o dimenticati». Il precedente non riesce quindi a «bloccare lo sviluppo del diritto» e ad «annichilire le più evidenti esigenze di giustizia e di progresso giuridico e giudiziario». Nel nostro ordinamento, il rimedio rappresentato dal riconoscimento dell'inevitabilità dell'errore sulla legge penale, scaturente dall'imprevedibilità, nel caso di specie, dell'interpretazione giurisprudenziale, è l'unico conforme al principio di stretta legalità di cui all'art.25 co.2 Cost.; infatti, la giurisprudenza non è fonte del diritto penale, ma solo interprete – 'umanamente' fallibile, incerta e mutevole - dell'unica fonte costituzionalmente legittima, costituita dalla legge.

D'altronde, parlare di legalità, proporzione, offensività, personalità della responsabilità come diritti individuali o umani anziché principi mi sembra, almeno in parte, fuorviante, al di là di aspetti meramente nominalistici e delle intenzioni certamente condivisibili dell'Autore, in quanto volte alla valorizzazione della persona.

Naturalmente il tema richiederebbe ben altro approfondimento. In questa sede mi limito a qualche rilievo.

In primo luogo, forse il riferimento a principi dà meglio conto della loro ampiezza di contenuti e corollari e della loro 'eccedenza teleologica', del loro spingere oltre le implicazioni già giuridicamente consolidate, in termini di diritti individuali come pure di interessi collettivi e di doveri⁷¹.

Ma le ragioni principali per ritenere fuorviante il riferimento a diritti anche quando si tratta di principi che implicano soprattutto garanzie individuali mi paiono altre due. Per un verso, il riferimento a principi tiene conto, insieme ai diritti individuali e non in sostituzione di questi ultimi, anche degli interessi collettivi e della generalità dei consociati: ad esempio, il principio di determinatezza legale comporta la necessaria precisione di un precetto penale quale interesse dell'intera collettività; e altrettanto vale per alcuni principi del giusto processo, quali ad esempio la sua ragionevole durata, che certamente è una garanzia individuale, ma anche interesse generale⁷². Viganò, mentre intende sostituire, quali oggetti di tutela, solo i beni giuridici individuali con i diritti, sostiene – se non erro – che tutti i principi vadano intesi quali diritti individuali: ma in tal modo sacrifica quelle implicazioni dei principi che sono funzionali pure alla tutela di interessi collettivi e generali.

Al riguardo, non mi pare condivisibile il rilievo dell'illustre Autore secondo cui la dottrina penalistica avrebbe inteso il principio di legalità in chiave "oggettiva", ovvero superindividuale, anziché di diritto della persona, allorché lo ha fondato – anche, direi – sul principio di separazione dei poteri⁷³. Infatti, la stessa separazione dei poteri nasce per finalità di garanzia individuale: perché ovviamente un potere diviso è meno pericoloso per l'individuo. Se, ad esempio, un giudice può creare una norma o, il che è lo stesso, decidere di applicare una norma a casi non previsti dalla legge – come avviene talora nel diritto 'vivente', tanto esaltato da alcuni - e contestualmente applicarla infliggendo una pena, una siffatta unificazione nella stessa autorità del potere di porre e, contestualmente, di applicare la legge penale lede la libertà individuale e, in prospettiva, mette in pericolo quella di tutti i consociati. Viganò lamenta l'accento 'oggettivo' sulla separazione dei poteri: a me sembra invece che il dato per cui le leggi penali debbano essere poste dai rappresentanti democraticamente eletti e non dalla stessa autorità che deve applicarle sia interesse fondamentale dell'individuo e della collettività, come lo è la soggezione del giudice alle leggi, di cui all'art. 101 co. 2 Cost.

⁷¹ Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p.69, un sistema penale compiutamente conforme a principi normativi di garanzia costituisce un modello prescrittivo «limite, solo tendenzialmente e mai perfettamente soddisfacibile».

⁷² F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, cit., 24, ritiene, invece, che anche i principi processuali vadano intesi piuttosto come diritti.

⁷³ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 18.

In rapporto al principio di legalità, risulta dunque riduttivo e fuorviante trascurare il nesso con il principio democratico, la separazione dei poteri e la soggezione del giudice alle leggi, visti anche e proprio nella loro funzione di garanzia delle libertà individuali⁷⁴. Ciò avviene allorché, valorizzando l'art. 7 CEDU, si riduce la legalità a prevedibilità ed accessibilità del diritto, anche di fonte subordinata alla legge, compresa quella giurisprudenziale; una sorta di legalità senza riserva di legge, né determinatezza legale. Risulta emblematica, in proposito, la vicenda relativa al caso Contrada: la Corte EDU ha condannato l'Italia ritenendo che, essendo la punibilità del concorso c.d. esterno una creazione giurisprudenziale, essa sia convenzionalmente illegittima fino al 1994, ossia prima della sent. Demitry, perché una condanna sarebbe stata imprevedibile a causa dell'incertezza giurisprudenziale fino ad allora⁷⁵. Ebbene, prima di plaudire a tale decisione della Corte EDU, ci si dovrebbe chiedere se davvero dopo il 1994 la punibilità a titolo di concorso c.d. esterno sia divenuta "prevedibile", visti i persistenti contrasti giurisprudenziali sui presupposti di tale punibilità, tali da determinare, com'è noto, più volte l'intervento delle Sezioni unite, oltretutto con risultati non incontrovertiti né tuttora davvero 'consolidati' nella prassi giurisprudenziale; ma, soprattutto, ci si dovrebbe opporre con decisione all'idea di ammettere che la legalità sia salvaguardata allorché la punibilità si fonda su un diritto giurisprudenziale "prevedibile", anziché su una legge, e su una legge conforme al principio di determinatezza/tassatività⁷⁶.

Tornando alla questione relativa alla proposta di intendere i principi penalistici costituzionali quali diritti individuali, un'ulteriore ragione, forse la più significativa, per preferire il riferimento a 'principi' è la seguente: la consacrazione di legalità, offensività, colpevolezza, quali vincoli costituzionali del potere punitivo statale costituisce l'esito di un bilanciamento tra interessi o beni (o, se si vuole, 'diritti') individuali e superindividuali. Il principio di legalità comporta che un fatto pur offensivo di beni altrui non possa dar luogo ad una pena, ossia ad una lesione di beni fondamentali dell'autore del fatto, se non è previsto dalla legge quale reato: non si tratta di un diritto individuale, ma di un principio relativo al bilanciamento tra gli interessi coinvolti in un conflitto interpersonale. Così è pure per l'offensività – un fatto non può comportare una sanzione penale a carico di una persona se non ha offeso beni di una o più persone – e per la personalità della responsabilità penale: un fatto, per quanto lesivo di beni altrui, non può comportare una sanzione a carico di colui alla cui personale responsabilità non è ascrivibile.

Perché mi pare così importante riconoscere che non si tratta di diritti individuali, ma di principi costituzionali del bilanciamento tra interessi individuali e sociali? Perché se si tratta di diritti individuali, essi sono bilanciabili: legalità, offensività, 'colpevolezza'

⁷⁴ In proposito, e sulla 'legalità' convenzionale - a mio avviso solo impropriamente definibile tale, visto che si tratta di un principio di mera 'giuridicità', anche non legale - sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. Pen.* 3/2017, 653 ss.

⁷⁵ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, pubblicata in italiano in *Dir. pen. proc.* 2015, 1012 ss.

⁷⁶ Cfr., in proposito, in particolare i puntuali rilievi di G. FORNASARI, *Un altro passo nella "riscrittura" della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *AA.VV., Politica criminale e cultura giuspenalistica*, cit., pp.453 ss., 458 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

potrebbero cedere, ad esempio, rispetto ad un 'diritto fondamentale alla sicurezza'. Non è un ragionamento meramente ipotetico: autorevole dottrina ritiene, com'è noto, che l'offensività sia principio derogabile, ossia che debba cedere in rapporto alla «prevenzione delle lesioni a beni primari», a tutela dei «diritti della paura» dei consociati⁷⁷. E, come vedremo, l'orientamento di Viganò non è molto lontano da tale posizione. Se, invece, i principi menzionati sono principi del bilanciamento tra interessi, ciò comporta che essi non siano a loro volta bilanciabili. Per usare le parole della Corte costituzionale: «Il principio di colpevolezza non può essere “sacrificato” dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si connotano come tali, in quanto “resistono” ad ogni sollecitazione di segno inverso»⁷⁸.

Tale argomentazione vale allo stesso modo per il principio di legalità: si potrebbe affermare, ad esempio, che per tutelare i diritti fondamentali delle potenziali vittime si debba ridimensionare il diritto individuale ad essere puniti sono in presenza di una legge parlamentare, previa, precisa e non estensibile analogicamente. Oppure che, sempre per tutelare i diritti delle potenziali vittime, si debba ridimensionare l'interesse individuale a non essere puniti per fatti inoffensivi, consentendo di punire qualunque manifestazione di pericolosità soggettiva o volontà malvagia che riguardi quei diritti. Al contrario, la non bilanciabilità dei principi comporta che neppure per tutelare diritti fondamentali si possa punire *sine lege praevia et stricta*; e che nessuno possa essere punito per la mera *cogitatio* (principio di materialità) o per una manifestazione, pur percepibile dall'esterno, di mera pericolosità soggettiva o di volontà malvagia, sia pure rivolta contro beni fondamentali: *nullum crimen, nulla poena sine iniuria*.

Dunque, dietro l'apparente valorizzazione in chiave personalistica dei principi penalistici quali diritti individuali fondamentali si cela il rischio di un loro possibile affievolimento a tutela di altri diritti fondamentali.

Una delle tesi a mio parere più allarmanti espresse dal nostro autorevole studioso concerne il 'ridimensionamento' del principio di offensività. «Tale principio, che di per sé sconta le difficoltà connesse alla congenita imprecisione del concetto stesso di bene giuridico, fatica tuttavia a trovare una base normativa nel testo della Costituzione, e ha mostrato a conti fatti una capacità di rendimento assai limitata»; nella stessa giurisprudenza costituzionale esso viene, sì, impiegato, «in chiave però meramente corroborativa di altri principi — in particolare, i principi di eguaglianza e di proporzionalità della pena — sui quali si fondano in effetti quelle decisioni». Secondo l'Autore, il principio di offensività andrebbe «declinato non già secondo la logica “binaria” dell'aut-aut (nessun reato senza offesa al bene giuridico: una formula con assai scarsa capacità di rendimento, posto che qualsiasi norma penale è emanata in vista di qualche finalità, e pressoché ogni finalità legittima è suscettibile di essere considerata, più o meno generosamente, come un bene giuridico), ma secondo la logica

⁷⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 11^a ed., Milano 2020, p. 228 ss., spec. 240 e 242.

⁷⁸ Corte cost., sent. 1° agosto 2007, n. 322, *Considerato in diritto*, 2.3.

“quantitativa” del più e del meno, che impone una ragionevole correlazione tra gravità della lesione che l’incriminazione mira ad evitare (anche in termini di distanza tra la condotta e l’effettiva lesione) ed entità del pregiudizio ai diritti fondamentali dell’autore, determinato dall’applicazione delle sanzioni penali minacciate dal legislatore»⁷⁹.

Il ‘ridimensionamento’ del principio di offensività comincia dall’asserita difficoltà di reperire una base normativa in Costituzione: tesi che contrasta con l’orientamento, ormai consolidato da decenni, della Corte costituzionale, che si basa soprattutto sull’art. 25 co. 2 Cost. Ma, al di là di ciò, non mi pare che l’argomentazione elaborata da Bricola cinquant’anni orsono⁸⁰ sia mai stata confutata: essa fa leva, com’è noto, anzitutto sul dato per cui, dal momento che la sanzione penale offende sempre la dignità della persona, artt. 2-3 Cost., e – direttamente o indirettamente – la libertà personale, inviolabile secondo l’art. 13 Cost., essa può giustificarsi, in termini di proporzione, solo a fronte dell’offesa ad un bene giuridico di rango comparabile. Infliggere una pena per un fatto inoffensivo contrasta inoltre con gli artt. 27 co.1 e 3 Cost.: perché chi viene punito per un fatto in sé innocuo viene strumentalizzato per finalità di prevenzione generale e non potrebbe ragionevolmente accettare come legittimo un tale intervento statale, venendo così meno la necessaria premessa per un intervento statale in chiave di rieducazione.

A me non pare affatto che il principio di offensività abbia mostrato una capacità di rendimento limitata: basti pensare all’illegittimità, totale o parziale, dei reati di mendicizia (Corte cost., sent. n. 519/1995), ubriachezza (sent. n. 354/2002), esposizione di bandiere estere (sent. n. 189/1997), nonché dell’aggravante dell’irregolarità (sent. n. 249/2010) ed alle numerose pronunce in cui la Corte costituzionale ha imposto al giudice di applicare il principio di offensività quale principio ermeneutico, escludendo la punibilità in assenza di una concreta lesività ad es. in materia di stupefacenti (a partire dalla nota sent. n. 133/1991) o di esplosivi. Anche laddove la Corte si è mostrata conservatrice, ad esempio salvando a più riprese, molto discutibilmente, la legittimità dell’art. 707 c.p., in tema di possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli, la riconosciuta vigenza del principio di offensività l’ha costretta a confrontarsi con esso. Per non parlare, poi, delle innumerevoli sentenze – davvero una miriade – in cui la giurisprudenza di merito e di legittimità italiana ha applicato il principio di offensività quale canone ermeneutico ritenuto di rango costituzionale, per lo più applicando l’art. 49 co. 2 c.p. a reati consumati, in ossequio – detto incidentalmente – alla c.d. concezione realistica del reato⁸¹.

⁷⁹ F. VIGANÒ, *op.ult.cit.*, 18, 22.

⁸⁰ *Teoria generale del reato*, cit., pp.15 ss., 82-83.

⁸¹ Su cui v., per tutti, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Milano 2020, p.322 ss.; quella parte della dottrina – v. ad es. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8^a ed., Bologna 2019, p.505 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p.280 ss., 568-569 – secondo cui l’art.49 co.2 c.p. è applicabile al solo tentativo, e non è invece espressione di un principio generale di offensività, applicabile quindi anche a reati consumati, rimane, da un lato, priva di un aggancio nella legge ordinaria allorché afferma la punibilità di fatti in concreto inoffensivi; dall’altro, per escludere la tipicità, non può che far leva direttamente proprio sul principio costituzionale di offensività per giungere alle conclusioni cui correttamente e costantemente perviene la giurisprudenza. Ciò conferma la portata tutt’altro che scarsa del principio di offensività.

In effetti, bisogna fare seriamente i conti con tale principio, che rappresenta una garanzia fondamentale a tutela della persona dagli eccessi del potere punitivo statale: ed è compito di quella parte della dottrina che difende un diritto penale del fatto e non dell'autore, un diritto penale dell'offesa e non della volontà o della pericolosità soggettiva, continuare ad impegnarsi per l'attuazione legislativa ed applicativa del principio di offensività, difendendone ed affinandone gli strumenti concettuali, come il concetto di bene giuridico e i limiti dell'anticipazione della tutela penale in materia, ad es., di atti preparatori, mero accordo, reati di mera disobbedienza.

Non a caso, il ridimensionamento dell'offensività ad opera di Viganò passa per una sorprendente identificazione del bene giuridico, testualmente, con "qualche" "finalità legittima", ossia per la confusione tra oggetto della tutela e scopo, caratteristica della concezione metodologica di bene giuridico: e qui ha ragione l'illustre Autore allorché afferma che pressoché per ogni norma è possibile rinvenire una finalità. Il reato di mendicizia aveva per scopo impedire di mendicare: ma chi venga offeso dal fatto che taluno mendichi non si sa. Il reato di immigrazione irregolare ha per scopo la regolarità dei flussi migratori: ma chi venga offeso dal fatto che taluno arrivi o soggiorni *sans papiers* nel nostro Paese non si sa. Certo, si può artificialmente creare un bene giuridico del "controllo dei flussi", che in realtà è la *ratio* o la finalità dell'intera disciplina dell'immigrazione e non un bene giuridico: ma proprio contro siffatte mistificazioni, che comportano la punibilità di condotte in realtà inoffensive, dovrebbe levarsi, e talora si leva, la voce della dottrina del bene giuridico e dell'offensività⁸².

Per ridimensionare il principio di offensività, Viganò sostiene che, in realtà, anche laddove è stato riconosciuto ed applicato, tale principio si limita a corroborarne altri ed in particolare il principio di proporzione/ragionevolezza⁸³. Ma a mio parere il principio di offensività non è riducibile al principio di proporzione o al vago concetto di ragionevolezza: il riferimento a bene giuridico ed offesa è infatti indispensabile per identificare il *quid* cui l'intervento penale deve risultare proporzionato⁸⁴. In assenza del

⁸² Così, in rapporto al reato di cui all'art.10-bis t.u. immigrazione, spec. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 121 ss.; A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia* 2009, 395; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.* 2011, 454-455; recentemente, F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, 1ª ed., Torino 2020, pp.132-133.

⁸³ Per la tesi secondo cui il principio di offensività sarebbe corroborato da quello di ragionevolezza, cfr. spec. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 1995, p.279 ss. e *passim*.

⁸⁴ Si tratta di un'argomentazione tutt'altro che nuova: già ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, ed. Milano 2000, V, nn.3, 1131a, 10 ss.; *Politica*, ed. Roma-Bari 1993, III, nn.9, 12, che dei vari concetti di eguaglianza e proporzione se ne intendeva, si poneva il problema di identificare i criteri di riferimento di tali giudizi. In relazione alla sistematica teleologica penalistica, già L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen 1930, p. 1 ss. delineò con profonda consapevolezza - al di là degli esiti - la costruzione di sistemi diversi a partire, ad esempio, proprio dalla scelta tra un diritto penale del fatto e dell'autore - cfr. *ivi*, p.5 e *passim* -; e, dunque, anche tra il rapportare la 'proporzionalità' della pena al fatto oppure alla pericolosità/volontà soggettiva.

riferimento all'offesa al bene giuridico, si potrebbe ritenere che la pena debba essere proporzionata alla pericolosità soggettiva, oppure alla volontà malvagia, all'immoralità, alla disobbedienza all'Autorità... Solo l'ancoraggio all'offesa al bene giuridico consente di legittimare su basi oggettivistiche l'intervento penale.

La finalità cui il ragionamento dell'illustre Autore tende viene chiaramente esplicitata, nel senso che non si debba più ragionare in termini di "logica binaria": nessun reato senza offesa al bene giuridico. Dunque, si potranno punire condotte inoffensive, se ciò serve alla tutela di diritti fondamentali altrui: ma ad una tutela esasperatamente anticipata, visto che si tratta, in premessa, di condotte inoffensive. La posizione di Viganò mira a legittimare la punibilità di meri accordi, remoti atti preparatori, mere disobbedienze, etc., quando, sullo sfondo, vi siano diritti fondamentali delle oltremodo potenziali vittime. Ma, in tal modo, in realtà la proporzionalità tra l'applicazione della sanzione penale ed il fatto commesso salta completamente.

Certamente, il principio di offensività non esclude, anzi implica graduazioni in proporzione alla maggiore o minore rilevanza del bene tutelato, alla lesione o messa in pericolo, etc.: in tal senso, rivendicarlo non significa muoversi in una logica 'binaria'. Ma quel principio non può essere 'affievolito' o, come ritengono altri, assoggettato a deroghe⁸⁵, legittimando la punizione di fatti inoffensivi. Così come non sono ammesse deroghe ai principi di legalità, personalità della responsabilità penale, umanità della pena e finalismo rieducativo.

8. Sguardo d'insieme.

Concordo pienamente con il richiamo fatto da Francesco Viganò alla centralità dei diritti umani o fondamentali. Il problema è intendersi sulle implicazioni in materia penale, che a mio parere non possono consistere nel diritto della vittima ad una punizione soddisfattoria, o della collettività ad una rassicurazione simbolica mediante l'inflizione statale di un male; e neppure nell'obbligo, di fonte costituzionale o internazionale, di punire, se l'intervento penale non è non solo proporzionato, ma anche necessario ed utile; e nemmeno nell'abbandono del concetto di bene giuridico nella sua funzione critica, nella rinuncia al principio di offensività e in esasperate anticipazioni della soglia di intervento penale.

Non si può certo condividere la tesi secondo cui «all novelty is but oblivion»⁸⁶; tuttavia, talvolta, l'aspirazione all'innovatività rischia di comportare – curiosamente, pure dietro il richiamo ai diritti dell'uomo – oblii e, quindi, regressi in rapporto a faticose conquiste di civiltà, da difendere ed anzi ancora da realizzare compiutamente, quali sono i principi costituzionali che interessano la materia penale. Per altro verso, nella misura in cui l'innovazione proposta da Francesco Viganò mira ad una più incisiva tutela dei diritti attraverso il sistema penale, essa pare riproporre una risalente illusione

⁸⁵ Cfr. ad es. F. MANTOVANI, *op.loc.cit.*

⁸⁶ F. BACON, *Essays* LVIII, citato in esergo da J.L. BORGES, *El Aleph* (1949), ed. Buenos Aires 2011.

repressiva, dimenticando che l'intervento penale è soltanto uno tra gli strumenti di tutela dei beni giuridici; il più invasivo, ma certamente non il più efficace. E perciò dovrebbe essere *l'extrema ratio*, secondo l'insuperato insegnamento di Cesare Beccaria.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**