

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Sezione giuridica - Saggi

1

Giovanni Fiandaca

Il saggio, sviluppando percorsi di riflessione di cui vi è traccia in precedenti scritti dell'autore, tenta un bilancio critico delle attuali capacità di prestazione di una categoria, quale quella del bene giuridico, che una opinione diffusa tra gli studiosi considera già da qualche tempo entrata in crisi. Nel ripercorrere le ragioni di questa crisi, e nel tentativo di distinguere tra "vivo" e "morto" della teoria del bene giuridico, l'autore inquadra la questione di fondo della legittimazione sostanziale delle leggi penali in un orizzonte più ampio, che tiene anche conto di alcune complesse interazioni tra il diritto penale, la prospettiva costituzionale, le visioni morali, le concezioni politico-ideologiche e gli orientamenti contingenti del sistema democratico.

GIOVANNI FIANDACA è professore di diritto penale presso l'Università di Palermo. Autore (insieme con E. Musco) di un noto manuale, ha scritto numerosi saggi e commenti giurisprudenziali che toccano svariati ambiti tematici della materia dei delitti e delle pene. È stato componente del Consiglio superiore della magistratura e ha presieduto due Commissioni ministeriali di riforma della legislazione antimafia. È stato Vice-Presidente dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale.

Giovanni Fiandaca SUL BENE GIURIDICO

SUL BENE GIURIDICO

Un consuntivo critico



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
Sezione giuridica - Saggi

Giovanni Fiandaca

SUL BENE GIURIDICO

Un consuntivo critico



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2014 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-4789-3

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale dell'Università di Palermo.

L'inserimento di questo volume tra le pubblicazioni della presente Collana è stato deliberato a seguito di parere favorevole offerto da due revisori anonimi, Professori ordinari del SSD IUS/07, secondo i criteri del peer-review.

Stampa: Officine Grafiche soc. coop. - Palermo

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Premessa

Questo libro tenta di raccogliere i fili sparsi di riflessioni sul tema del bene giuridico, e più in generale sulle questioni di fondo relative alla legittimazione sostanziale del diritto penale, che sono andato svolgendo in più occasioni e nel corso ormai di svariati anni. L'obiettivo principale perseguito è, pertanto, quello di riunificare e sviluppare in un unico testo idee e considerazioni in parte anticipate in lavori e saggi precedenti, alcuni anche di data recente.

Esulando l'intento di procedere a una trattazione completa e sistematica di tutti i profili tematici e problematici inerenti all'argomento oggetto di indagine, si comprenderà perché l'andamento del libro segue una logica dettata da angolazioni prospettiche che affondano prevalentemente le radici in convincimenti e preferenze personali.

La medesima logica presiede – e non avrebbe potuto, del resto, essere altrimenti – alla selezione delle opere e degli autori citati. Sicché, è probabile che le omissioni – anche poco giustificabili – siano molte, e di ciò mi scuso in partenza confidando in una generosa remissione del peccato di mancata citazione.

Sperando in una qualche possibile utilità del lavoro compiuto, dedico questo mio scritto a tutti gli studenti e allievi che – anche fuori dai confini dell'Ateneo palermitano – hanno seguito i miei corsi o hanno avuto modo ad altro titolo di fruire del mio insegnamento.

Considerazioni preliminari a carattere storico-teorico

Si parla ormai da qualche tempo, e con una crescente insistenza, di crisi della giustizia penale. Nel denunciare un simile fenomeno non si fa soltanto riferimento alle difficoltà di funzionamento pratico della macchina giudiziaria, alle lentezze del processo, alla insufficienza di risorse e ad altri fattori che sul piano pragmatico incidono negativamente sull'efficacia e sull'efficienza dell'attività repressiva. In realtà il discorso è più complesso, perché il concetto di crisi viene evocato anche in rapporto al diritto penale sostanziale, e ciò – com'è noto – sotto aspetti diversi, che finiscono con il coinvolgere i fondamenti o le ragioni ultime del punire. In questo senso, già più di un ventennio addietro si è addirittura parlato di "crisi epocale" per alludere a una perdita di legittimazione che investirebbe i fondamenti basilari dell'edificio penalistico, con riguardo tanto al significato dell'illecito penale quanto al significato della pena nel mondo contemporaneo¹.

Ma in un certo senso si potrebbe anche sostenere – per quanto paradossale possa a prima vista apparire – che nell'universo penalistico la condizione di 'crisi', lungi dall'essere eccezionale o contingente, rappresenti piuttosto una sorta di costante che tende in realtà a riproporsi nelle differenti fasi storiche. Cioè intendiamo alludere al fatto che al mutare dei generali contesti politico-culturali di riferimento si accompagna, tendenzialmente, anche un mutamento dei presupposti assiologici della legislazione penale di vol-

¹ Cfr. ad esempio D'AGOSTINO, *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino, 1987.

ta in volta corrispondente. Da questo punto di vista, mentre un preesistente modello di diritto penale a cominciare da un dato momento finisce con lo smarrire le sue basi di legittimazione, un nuovo modello storicamente subentrante andrà alla ricerca di rinnovati fondamenti giustificativi.

L'esperienza storica non manca certo di esempi assai significativi di questo avvicinarsi di fenomeni di crisi di legittimazione e di rinvenimento di nuove ragioni legittimatrici della giustizia punitiva. Com'è noto, anche per il penalista di oggi continua in questo senso a rappresentare un orizzonte di riferimento imprescindibile, in termini di eredità culturale da conservare e non disperdere, l'insieme degli orientamenti di pensiero riconducibili ad una matrice illuminista². Senza entrare in dettagli, l'idea di fondo che ereditiamo dall'Illuminismo è riassumibile nella tesi che la coercizione penale non può che avere alla base una giustificazione di tipo razionale e 'laico', coincidente con la necessità di prevenire e reprimere fatti dannosi per la società. Non a caso, è il concetto di 'dannosità sociale' a giocare – com'è noto – un ruolo centrale nell'ambito delle teorie di legittimazione del diritto penale sorte nell'età dei lumi, inclusa in ambito italiano la ben nota teorizzazione di Cesare Beccaria. Anticipando addirittura nella sostanza istanze e preoccupazioni proprie del costituzionalismo penale, Beccaria non si limitava a giustificare l'intervento penale soltanto in funzione della necessità di prevenire la commissione di fatti socialmente dannosi, ma si spingeva oltre: egli sottolineava infatti altresì l'esigenza di far uso della pena nei limiti della stretta necessità, prospettando così in embrione la concezione del diritto penale quale *extrema ratio* di tutela³.

² Per un grande affresco generale cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; si veda altresì CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966. In termini più generali, TODOROV, *Lo spirito dell'illuminismo*, trad. it., Milano, 2006.

³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. II.

Orbene: alla stregua di una simile prospettiva teorica come concepire il reato? Proprio in ragione della rivendicata caratterizzazione laica del concetto di dannosità sociale, emergeva in primo luogo l'esigenza di mantenere in linea di principio distinti delitto e 'peccato', delitto e mera 'immoralità'. In conformità ai presupposti ideologici dell'Illuminismo, il diritto in generale (e di conseguenza anche il diritto penale) ha infatti come sfera di competenza esclusivamente il foro "esterno"; sicché un determinato comportamento, per poter essere qualificato come illecito nell'ambito dell'ordinamento giuridico, deve presentare una nota di *negatività* che trascende il piano della sua eventuale contrarietà a concezioni etiche o religiose: esso cioè diventa giuridicamente illecito se – a prescindere dalla sua disapprovabilità nel foro interno – viola diritti altrui o, detto in termini sostanzialmente equivalenti, provoca danni a terzi apprezzabili nella sfera esterna dell'interazione sociale.

Una simile concezione dell'illecito penale, che nel suo nucleo essenziale ha visto storicamente convergere autori di diversa provenienza nazionale (francesi, italiani, inglesi, tedeschi)⁴, fungeva da base teorica del progetto illuminista di riforma delle legislazioni penali, invero fino a quel momento storico improntate a visioni teocratiche o moraleggianti, e ciò per una ragione di fondo che va evidenziata: l'idea del reato come violazione di un diritto altrui rappresentava la più coerente specificazione di una 'dannosità sociale' (quale ragione ispiratrice delle scelte politiche di penalizzazione) concepita, a sua volta, in diretta corrispondenza al modello teorico del 'contratto sociale'. Ecco che, da questo punto di vista, concezione del reato e concezione della società finivano col convergere così ampiamente, come mai più accadrà nel successivo sviluppo delle dottrine penali⁵.

⁴ Più in dettaglio TARELLO, *op. cit.*, *passim*.

⁵ Per tutti, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/M, 1972, 16 ss.

Appunto in virtù della connessione stabilita tra l'illecito punibile e il paradigma della violazione del diritto, il programma illuminista di politica criminale riformista perseguiva l'obiettivo di laicizzare o secolarizzare il catalogo dei delitti: in modo da emanciparlo da quelle ipoteche teocratiche od eticheggianti ereditate dalle tradizioni legislative delle epoche precedenti, le quali avevano fino ad allora determinato un ampio straripamento del magistero punitivo in campi di materia di competenza della teologia o della precettistica morale. Così, sotto la scure della critica illuminista non potevano non cadere i settori, in questo senso emblematici, dei delitti offensivi – rispettivamente – della religione e della moralità pubblica (o buon costume): trattandosi di settori connotati, in larga parte, dalla tradizionale presenza di figure criminose insuscettabili di essere ricondotte allo schema della violazione di un diritto soggettivo⁶.

Ecco che questa inconciliabilità indusse buona parte degli esponenti dell'Illuminismo a suggerire, non senza coerenza, l'espunzione delle condotte meramente immorali dall'ambito di competenza della giurisdizione penale e la loro degradazione ad illeciti di polizia⁷. Si trattava, indubbiamente, di una mossa teorica che consentiva agli scrittori illuministi di far salva la purezza della loro teorizzazione; ma, per altro verso, il ripiegamento sul diritto di polizia rischiava di risolversi – di fatto – in una 'truffa delle etichette', se si considera che il potere di polizia dell'epoca si avvaleva di strumenti sanzionatori abbastanza rigorosi e incisivi.

A parte il rischio suddetto, è comunque un dato storico incontrovertibile che la portata emancipatrice in senso liberale dell'approccio illuminista andò incontro a forti limiti di attuabilità prati-

⁶ Con particolare riferimento alla materia dei reati sessuali sia consentito rinviare a FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 903 ss.

⁷ Più in dettaglio e per riferimenti v. FIANDACA, *op. cit.*, 907 s.

ca. A dispetto di ogni idiosincrasia dottrinarla, le legislazioni penali storiche continuarono infatti a ospitare sezioni autonome dedicate ai delitti contro la religione e contro il buon costume. Sicché, la prassi legislativa concreta seguì a mostrarsi disposta a utilizzare la sanzione penale come spada secolare a difesa di valori religiosi e morali ereditati dal passato. Ciò non deve, peraltro, sorprendere. Le codificazioni penali post-illuministe vennero alla luce in contesti storici, in cui l'ideologia dei lumi era in realtà sempre più destinata a scontrarsi con orientamenti politici a carattere compromissorio, ovvero di tipo conservatore se non scopertamente reazionario.

Tale divaricazione tra teoria e prassi legislativa è, d'altra parte, emblematica di una analoga e più generale linea di tendenza registrabile in una prospettiva storica anche di lungo periodo, come possiamo desumere dall'evoluzione storica delle legislazioni successive all'età dei lumi. In realtà, il rapporto di contraddizione, o comunque di forte tensione, tra teorizzazione di matrice filosofica o dottrinale e prassi penali concrete, tra diritto penale teorizzato e diritto penale effettuale, costituisce una sorta di costante fino ai nostri giorni. Comprendere perché si assista a tale divaricazione, cogliere le ragioni che impediscono alle teorizzazioni dottrinali di tradursi in corrispondenti modelli di diritto penale concreto, è un compito che a nostro avviso spetterebbe ad uno studioso del diritto penale che non si appaghi di ideare a tavolino progetti pur ambiziosi di riforma della legislazione destinati però a rimanere chiusi nel cassetto dei sogni.

II

Sulla genesi della teoria del bene giuridico tra innovazione scientifica e ambiguità politica

Non a caso, l'esigenza di rinvenire criteri di legittimazione teorica rispetto al duplice settore dei reati in materia di religione e dei reati contro il buon costume ha storicamente contribuito in modo verosimilmente non secondario a determinare quel cambiamento di paradigma, che si è – com'è noto – realizzato nel passaggio dalla precedente concezione del reato come violazione di un diritto soggettivo alla nuova concezione che lo identifica con la lesione di un bene.

Sotto il profilo della genesi storico-concettuale, si è soliti fare risalire il primo impulso teorico in proposito alla terza decade dell'Ottocento, e precisamente alla pubblicazione nel 1834 di un saggio innovativo del giurista tedesco J. M. F. Birnbaum incentrato – appunto – sul concetto di reato come lesione di un bene¹. Vale la pena richiamare qui i principali lineamenti della concezione prospettata in tale saggio, considerato che essa merita un persistente interesse che va in effetti ben al di là della curiosità storico-giuridica.

In via preliminare e generale, si può osservare che l'approccio di Birnbaum si distingue per un modo di argomentare che si colloca per dir così a metà strada, che tende cioè a combinare elementi desumibili dalla legislazione positiva con ragionamenti che trascendono i diritti penali in vigore e che ambiscono, anzi, a cogliere l'essenza del reato secondo criteri di ragione, la natura delle cose e l'uso linguistico comune. Per un verso, l'attenzione rivolta al

¹ BIRNBAUM, *Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Ruecksicht auf den Begriff der Ehrenerkraenkung*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, Bd. 15 (1834), 149 ss.

diritto scritto consente di evidenziare che le offese ad entità come ad esempio la religione o la moralità sessuale – a dispetto della idiosincrasia teorica degli scrittori illuministi – seguitavano a trovare ospitalità nei codici dell'epoca. Per altro verso, la riflessione sulla (ritenuta) essenza intrinseca del delitto sfocia nella tesi che sia in realtà improprio identificarla – come fino ad allora si pensava – nella violazione di un diritto soggettivo: piuttosto, secondo lo stesso senso comune, la caratteristica specifica della condotta criminosa andrebbe individuata nella sua lesività, vale a dire nella sua attitudine a distruggere o menomare gli oggetti (persone, cose o altro) che il delinquente aggredisce.

Sulla base di queste premesse Birnbaum perviene ad una conclusione destinata, invero, a influenzare il successivo sviluppo delle dottrine penali: non il diritto soggettivo, ma il *bene* è ciò su cui il reato negativamente incide, pregiudicandone l'integrità. In maniera corrispondente, scopo delle leggi penali diventa quello di tutelare 'beni'. Per ripetere le stesse parole del Nostro: "Comunque si possa pensare circa il fondamento giuridico e lo scopo dello Stato, si converrà (...) che appartiene all'essenza dello Stato garantire allo stesso modo a tutti gli uomini che vivono al suo interno il godimento di alcuni beni, che sono dati agli uomini dalla natura o che sono il risultato dell'evoluzione sociale e della società borghese"².

La legge penale, di conseguenza, preserva beni rientranti in due classi, l'una comprendente i beni "naturali", l'altra i beni "sociali"; il che equivale a dire da un lato beni individuali, dall'altro beni collettivi. Ed ecco che, tra questi ultimi, avrebbero titolo a rientrare – diversamente, appunto, da quanto sostenevano gli avversari illuministi – le convinzioni religiose e morali diffuse nel popolo³.

È anche vero, per altro verso, che Birnbaum rimane debitore di una definizione del concetto di bene quale oggetto di protezione.

² BIRNBAUM, *op. cit.*, 177.

³ BIRNBAUM, *op. cit.*, 178.

In alcune parti del suo celebre saggio, l'autore afferma che l'oggetto della lesione punibile consiste in "persone o cose"⁴, mentre in altre fa riferimento al bene come "oggetto del nostro diritto"⁵, ma senza per questo escludere, anzi esplicitando che costituiscono beni comuni sia la religione, sia la morale. Non appare pertanto lontana dal vero l'impressione che, per lo stesso Birnbaum, il riferimento al senso comune bastasse a esentare dalla necessità di più precise definizioni concettuali⁶.

Come valutare nel suo insieme questa originaria impostazione teorica che, pur essendo rimasta per vari decenni senza significativa eco nel mondo dottrinale, gettava alcune premesse per le più tarde e sofisticate elaborazioni della teoria del bene giuridico che – a partire soprattutto da Karl Binding – si sarebbero via via avvicinate nello scenario penalistico? Ci troviamo in presenza di un mero tentativo di revisione tecnicamente migliorativa della teorizzazione precedente di ascendenza illuminista - o ne dobbiamo, piuttosto, constatare il rinnegamento anche sotto l'aspetto politico-ideologico?

In effetti, non manca chi – anche di recente – attribuisce al contributo di Birnbaum il valore di una importante innovazione scientifica, senza tuttavia porne in dubbio una sottostante vocazione liberale in una prospettiva di sostanziale continuità con la precedente concezione illuminista del reato⁷. A nostro parere, la ricostruzione del pensiero del Nostro presenta invece profili di problematicità che impediscono di fornirne letture univoche.

Invero, un approccio critico attento, libero da pregiudizi nell'un senso o nell'altro, non può non riscontrare elementi di ambiguità o ambivalenza, connessi in primo luogo allo *Zeitgeist* del momen-

⁴ BIRNBAUM, *op. cit.*, 150.

⁵ BIRNBAUM, *op. cit.*, 172.

⁶ Cfr. AMELUNG, *op. cit.*, 45.

⁷ Si veda in questo senso GUZMAN DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2/2010, 371 ss.

to storico in questione. La terza decade dell'Ottocento è un'epoca ormai non più impregnata di filosofia liberale-individualista come alcuni decenni prima, bensì intrisa di romanticismo politico conservatore (se non reazionario): si tratta, dunque, di un contesto nel quale il pensiero di orientamento liberale non poteva più pretendere di vantare lo stesso tipo di influenza che ambiva a esercitare nell'epoca immediatamente precedente. Ora, è vero che sarebbe errato supporre l'esistenza di un rigido determinismo tra il contesto socio-politico-culturale esterno e l'attività di elaborazione intellettuale, disconoscendo che il potere creativo o le scoperte scientifiche ben possono invece manifestarsi entro spazi o brecce di pur relativa indeterminazione⁸. Ma, se si passa da un orizzonte di osservazione molto generale al settore più specifico del diritto, non è meno vero che la maggiore e più intensa permeabilità dell'universo giuridico rispetto agli influssi sociali e politici esterni fa sì che la stessa elaborazione concettuale delle categorie giuridiche finisca inevitabilmente col risultarne in qualche misura condizionata, e ciò anche quando si tratta di concetti in apparenza neutrali.

Se così è, i riferimenti pur persistenti di Birnbaum a criteri di ragione o alla natura delle cose non sembrano essere più interpretabili in chiave di piena e ribadita adesione ai principi di diritto naturale o di ragione del XVIII secolo, ma vanno verosimilmente intesi in una accezione filosoficamente meno impegnativa e più vicina al modo di vedere proprio del senso comune. Con ogni probabilità, appare pertanto condivisibile la tesi ricostruttiva di chi tende a rileggere la concezione del reato come lesione di un bene in chiave di emancipazione dalla connessione stretta che in precedenza legava la teoria penale al modello del "contratto sociale" e alla corrispondente concezione della dannosità sociale come violazione di un diritto soggettivo⁹. In questa chiave ricostruttiva, non è più una spe-

⁸ Sul problema in generale dei nessi tra idee e contesti esterni cfr. MORIN, *Le idee: habitat, vita, organizzazione e costumi*, trad. it., Milano, 2008, *passim*.

⁹ AMELUNG, *op. cit.*, 45 ss.

cifica concezione filosofica dello Stato e dei suoi scopi a influenzare gli scopi del diritto penale. Piuttosto, sostenere che, quale che sia il tipo di Stato e quali che ne siano i principi ispiratori, l'essenza intrinseca del delitto consiste in ogni caso nella lesione di un bene, conduce – a ben guardare – a questo risultato: la teoria del reato si spoglia dei precedenti contenuti giusnaturalistico-liberali e, così, si rende pragmaticamente e politicamente disponibile per i fini di tutela più diversi. Non a caso, il concetto di 'bene' è così generico e ampio da poter abbracciare, nel quadro di un diritto penale soggetto ai condizionamenti della politica concreta, tanto esseri umani e buoni costumi, quanto cose materiali e timor di Dio¹⁰.

Sempre per effetto dell'abbandono del modello del contratto sociale si assiste, altresì, a una riconfigurazione del concetto di danno sociale quale fondamento giustificativo della punibilità: il delitto è socialmente dannoso non più come fatto che aggredisce la convivenza umana, concepita – appunto – secondo il modello contrattualistico, bensì semplicemente come fatto che aggredisce beni. Questa differenza di concezione, rispetto alla precedente visione illuminista, sembra poter avere implicazioni politiche rilevanti: lo sganciamento dei concetti sia di danno sociale che di bene protetto da qualsiasi presupposta teoria della società finirebbe, di fatto (cioè anche al di là di quelle che potevano essere le intenzioni soggettive di Birnbaum), con l'affidare la selezione degli oggetti della tutela penale alla mera discrezionalità politica del legislatore¹¹.

È pur vero, però, che una conclusione di questo tipo potrebbe anche apparire forzata. Infatti, facendo leva su alcuni passaggi argomentativi dello stesso Birnbaum, si può essere indotti a ritenere che la concezione del reato come lesione di un bene mantenga comunque una impronta liberale, e non sia quindi una concezione buona per tutti gli usi politici. Ciò almeno sotto due aspetti, che vale la pena esplicitare.

¹⁰ AMELUNG, *op. cit.*, 47.

¹¹ Cfr. ancora AMELUNG, *op. cit.*, 49.

Da un lato, come si è visto, il Nostro pretende di ragionare assumendo in parte a punto di riferimento anche la ragione comune o la natura delle cose: dunque, un presupposto oggettivo che dovrebbe opporre resistenza all'arbitrio, in quanto (in teoria) insuscettibile di facili manipolazioni da parte del potere politico di turno. Dall'altro, sostenere che non c'è reato senza lesione di un bene, significherebbe in ogni caso frapporre un limite all'abuso legislativo: limite consistente, appunto, nel subordinare la legittimità della norma penale alla protezione di un *quid* dotato di valore al punto da poter e dover essere qualificato come "bene".

Tutto ciò rimane vero. Tuttavia, non mancano argomenti per ribadire il carattere politicamente ambiguo della concezione del reato come lesione di un bene; e, comunque, per ribadire che tale concezione ben può legittimare una notevole dilatazione dell'area del punibile rispetto alla più restrittiva teoria illuminista del reato come violazione di un diritto soggettivo. Come già si è visto, infatti, attraverso l'idea della tutela di beni "comuni" lo stesso Birnbaum giustificava quanto agli illuministi risultava impossibile giustificare, vale a dire la presenza nei codici penali dei delitti contro la religione e contro la morale sessuale. Ma, al di là di ciò, rimane un argomento che non sarebbe facile confutare. Cioè, per stabilire se qualcosa sia un "bene" meritevole di essere preservato, è necessario un atto valutativo da parte di un soggetto, nel nostro caso il legislatore; ma questa valutazione può essere effettuata sulla base di criteri talmente obbiettivi, da escludere l'incidenza di mutevoli punti di vista soggettivi? È facile rispondere che la pretesa di una piena oggettivizzazione dei giudizi di valore sarebbe in contrasto con la realtà.

Se le cose stanno così, appare allora più plausibile la conclusione che la teoria del reato come lesione di un bene, quale inaugurata sia pure embrionalmente da Birnbaum, non reca con sé una intrinseca impronta liberale (diversamente da quanto hanno ritenuto non pochi studiosi tedeschi di epoche successive). Piuttosto, questa teoria risulta politicamente 'aperta': nel senso che le sue

possibili valenze o implicazioni politiche non derivano da sue connotazioni intrinseche, ma dipendono dall'uso (politico) che di volta se ne può fare sulla base di premesse politico-ideologiche che stanno a monte.

Com'è peraltro assai noto, nei successivi sviluppi teorici a partire dal secondo Ottocento la concezione del reato come offesa di un bene è andata vieppiù affinandosi sotto il profilo tecnico ed è, al tempo stesso, andata articolandosi secondo più versioni. In questo quadro evolutivo, un passaggio comunque importante è segnato dalla riformulazione del concetto di bene oggetto di tutela in una veste più tecnico-giuridica, e di conseguenza più consona a quel positivismo giuridico che era progressivamente destinato ad assumere un ruolo predominante nello scenario dottrinale degli ultimi scorci dell'Ottocento. Com'è intuibile, si allude in particolare alla concezione del reato delineata da Karl Binding, grande studioso di orientamento giuspositivista al quale si riconosce in generale il merito di aver conferito pieno diritto di cittadinanza, nell'ambito della scienza penalistica, ad una categoria denominata "bene giuridico". Orbene: perché aggiungere al concetto di bene (già utilizzato, come abbiamo visto, da Birnbaum) l'aggettivo specificativo "giuridico"? La risposta va ricercata muovendo dalla premessa che, nell'impostazione giuspositivista di Binding, il reato finisce con l'essere semplicemente definibile come violazione (punibile) di un precetto legislativo. Si tratta di una definizione generale e, ad un tempo, formale. Per integrarla con una dimensione contenutistica, ecco che soccorre la riproposizione dell'idea della tutela dei beni socialmente rilevanti quale scopo della legge penale. Ma con una peculiarità che merita di essere evidenziata: questa volta, si enfatizza cioè la funzione costitutiva dei giudizi di valore del legislatore affinché qualcosa possa, appunto, assumere l'importanza di bene penalmente tutelabile. Insomma, oggetto di protezione non è più il bene in senso generico ma il bene "giuridico"; e ciò perché è la valutazione compiuta dal legislatore, nella specifica ottica del diritto, a conferire a qualsiasi cosa giudicabile di valore il crisma di

un bene giuridicamente rilevante. Riproponendo il concetto con le stesse parole di Binding, bene giuridico "(...) è tutto quello che, agli occhi del legislatore assume valore come condizione di una vita sana della comunità giuridica, alla cui immutata e pacifica conservazione quest'ultima ha interesse secondo la propria visione e che per questo essa mira a proteggere mediante le sue norme da danni o esposizioni a pericolo indesiderate"¹².

Alla stregua delle premesse che precedono, il reato, definibile sotto l'aspetto formale come trasgressione di un comando legislativo, si traduce dunque, da un punto di vista più contenutistico, in un fatto che in tanto risulta punibile in quanto lede un bene giuridicamente rilevante. Ma cosa sia bene giuridico, quali siano le entità meritevoli e bisognose di essere protette con la sanzione penale, è il legislatore (quale rappresentante della comunità giuridica) ad avere il potere di deciderlo discrezionalmente, senza sottostare a criteri o limiti sostanziali prestabiliti.

In forza di questa enfasi posta sulla libertà legislativa di scegliere i beni tutelabili, la categoria del bene giuridico finisce in realtà col presentare una ambiguità o ambivalenza, che non è più soltanto politica, ma anche concettuale. Nel senso che d'allora in avanti, in concomitanza col consolidarsi della mentalità tipica del positivismo giuridico (attenta più al diritto così com'è, che non a come esso dovrebbe essere), il concetto di bene giuridico verrà utilizzato sempre meno in chiave di legittimazione critica delle norme penali: e sempre più, invece, come concetto tecnico interno al diritto positivo, deputato a svolgere funzioni utili sul duplice piano dello studio dogmatico-sistematico dei reati e della interpretazione-applicazione delle leggi penali ai casi concreti. Appunto in questo scenario dottrinale, l'ambiguità concettuale e politica della categoria finirà col farla assomigliare a una sorta di 'Giano bifronte': una categoria ibrida, invero circa a metà strada tra il diritto scritto e la po-

¹² BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Bd. I, 2 Aufl., Leipzig, 1890, 353 s.

litica legislativa; o meglio, una categoria che pone in comunicazione l'uno e l'altra, peraltro sotto angolazioni diverse. Così, dalla prospettiva in particolare della scienza giuridica e della giurisprudenza, il concetto di bene giuridico si è prestato a fungere da punto di connessione o elemento di raccordo tra le leggi scritte e la politica, in quanto investito del compito di informare l'interprete-applicatore delle norme sugli obiettivi di tutela sottostanti alle norme stesse. Che poi questo compito di supporto all'interpretazione teleologica abbia dato e continui a dar luogo a non poche difficoltà nella prassi ermeneutica concreta, non ultimo per la complessità e la polivalenza via via crescenti dei contenuti dei programmi di tutela presi di mira dai legislatori storici in rapporto all'evoluzione dei tempi e delle aspettative sociali di protezione, è altro discorso.

Dalla diversa prospettiva di una politica del diritto *de lege ferenda*, anziché esaurirsi del tutto, sono invece andati riemergendo – com'è noto, e come vedremo, in particolare in decenni più vicini a noi – tentativi teorici volti a recuperare e rivitalizzare un concetto pre-positivo (o meta-positivo) di bene giuridico, come tale trascendente il sistema delle norme scritte e dotato (almeno nelle intenzioni) di un potenziale critico-orientativo in funzione della riforma del diritto penale esistente o della progettazione di un diritto penale nuovo. Ma, ancorché sorretti da buoni propositi, tali tentativi di ripristino di una funzione politico-orientativa della categoria del bene giuridico vanno pur sempre incontro a forti limiti di rendimento e praticabilità. Ciò per un insieme di ragioni, in non piccola parte note, cui si accennerà in seguito.

A chiusura di questo ormai lungo *excursus*, una considerazione ci permettiamo di azzardare, verosimilmente non troppo arrischiata. Ci sembra cioè ipotizzabile che il notevole successo infine conseguito e per così tanto tempo mantenuto dalla teoria del bene giuridico, sino al punto da farlo assurgere (da Binding in poi) a ritenuto pilastro della scienza penalistica, sia dovuto anche a una motivazione di tipo psicologico, connessa al significato politico-giuridico per dir così *rassicurante* che i giuristi – a ragione o a torto –

hanno creduto di poter attribuire alla teoria stessa: alludiamo cioè all'effetto tranquillizzante, sotto il profilo politico ma anche morale, scaturente dall'idea che le leggi penali con la loro durezza, lungi dal nascere dal puro arbitrio del potere politico, servano in ogni caso a preservare qualcosa di utile, di così prezioso per la società da poter essere definito 'bene' meritevole di protezione e conservazione.

Ma, ovviamente, questo supposto effetto psicologicamente rassicurante non potrebbe da solo giustificare una persistente fiducia nella capacità euristica di una categoria concettuale che, come poche altre nel corso degli ultimi anni, è andata incontro a una crescente crisi di legittimazione e a una progressiva perdita di ruolo.

III

La concezione in chiave liberale del bene giuridico come anticipazione del costituzionalismo penale?

Quanti hanno continuato in dottrina a difendere una possibile valenza garantista del bene giuridico, a dispetto della sua più volte denunciata caduta in crisi innanzitutto quale parametro critico, hanno invero seguito ad attribuire al dogma in questione la funzione (almeno potenziale) di lanciare una sorta di monito contro l'arbitrio legislativo: nel senso di contribuire a fugare il rischio che il potere politico asseconi tentazioni autoritarie o capricciose in materia di politica penale, interdicendo appunto ai legislatori di minacciare sanzioni penali per l'osservanza di norme prive di una plausibile ragione di tutela e, quindi, di effettiva utilità sociale. Ciò, beninteso, a condizione di guardarsi dall'adozione di concezioni puramente legalistiche o metodologiche di bene giuridico e cercando, piuttosto, di elaborarne concezioni materiali basate sul riferimento a entità non prive di concretezza e preesistenti in ogni caso alla valutazione legislativa.

Concepito in una accezione trascendente in qualche modo e misura la dimensione strettamente giuspositivistica, il concetto di bene giuridico tenderebbe insomma a svolgere pur sempre una funzione di limite all'onnipotenza politica dei sovrani di turno. Da questo punto di vista, ecco che la teoria del bene giuridico continuerebbe a veicolare la risalente diffidenza della dottrina penalistica nei confronti di una assoluta discrezionalità legislativa in sede di selezione degli oggetti della tutela penale. Un atteggiamento di diffidenza, dunque, sollecitato da prevalenti preoccupazioni liberal-garantiste, essendo in giuoco la salvaguardia delle libertà fondamentali dei cittadini rispetto a eventuali eccessi di potere dello Stato punitore.

1. Emblematica in questo senso ad esempio, nell'ambito delle prese di posizione più autorevoli, l'opinione espressa da Winfried Hassemer. L'autore, nel ribadire l'irrinunciabilità della categoria del bene giuridico quale parametro di una buona politica criminale, sostiene la tesi che la teoria del bene giuridico – considerata nella sua lunga tradizione e nelle sue originarie radici illuministe – ha una valenza sostanzialmente e anticipatamente costituzionale, nella misura in cui è comune alla tradizione garantista della scienza penalistica e al più tardo costituzionalismo penale (maturato nel secondo Novecento) la preoccupazione di salvaguardare i diritti fondamentali dal rischio di un interventismo penale privo di razionali basi giustificative¹.

Senonché, un simile punto di vista sembra indulgere a un eccesso di ottimismo. Quanto al passato, come si è già visto in precedenza, la teoria del bene giuridico è andata progressivamente smarrendo la sua (sia pur potenziale) funzione critico-orientativa, stante il prevalere di orientamenti giuspositivistici politicamente subalterni alle scelte dei decisori politici di turno. Ciò del resto non deve sorprendere. Non va infatti dimenticato che, per il liberalismo ottocentesco a prevalente carattere conservatore e per la corrispondente nozione di Stato di diritto, la vera fonte di legittimazione dell'ordinamento giuridico andava individuata nell'idea di nazione e nella sottostante identità politico-culturale condivisa, fatta di una unica lingua, degli stessi costumi, di una medesima tradizione religiosa ecc.². Ora, che un simile contesto politico-culturale fosse più adatto ad assecondare, piuttosto che a contrastare, un processo di 'positivizzazione' spinto nel modo di concepire il bene giuridico, sino a renderlo ben disponibile a recepire nel suo seno anche enti-

¹ HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtlichen Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in HEFENDEL/von HIRSCH, WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 57 ss.

² Cfr. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, 358 s.

tà immateriali come i valori di fede o le stesse concezioni morali dominanti, sembra fuori discussione. Piuttosto, avrebbe dovuto destar meraviglia il fenomeno che non a caso non si è verificato, cioè quello di una dottrina penalistica che insistesse in un simile clima a propugnare un concetto critico-delimitativo di bene giuridico!

Rispetto agli ultimi decenni, è vero che è tornata in auge la preoccupazione dottrinale di elaborare concezioni 'materiali' del bene giuridico destinate a recuperare una funzione di limite critico-orientativo nei confronti della politica penale legislativa. Ma in proposito si prospettano due grossi problemi. Da un lato, è nota la difficoltà di conferire alla categoria contenuti così determinati, da renderne possibile una chiara funzione selettiva dell'ambito del penalmente rilevante. Dall'altro, sarebbe in ogni caso necessario che la prescelta concezione materiale – comunque determinata – fosse destinata a essere effettivamente recepita nei circuiti politico-istituzionali della produzione normativa. Il che, come l'esperienza anche più recente dimostra, avviene di fatto sempre più raramente per un insieme di ragioni su cui torneremo nel prosieguo di queste pagine.

Ma vi è di più. Rimane cioè da chiedersi se la ricerca di una funzione critico-delimitativa della punibilità possa ragionevolmente continuare a essere affidata ad una teorizzazione a carattere endopenalistico ruotante intorno all'idea di bene giuridico, una categoria pur sempre nata ed elaborata nel contesto dello Stato ottocentesco, anche nel nuovo quadro delle democrazie costituzionali sorte a partire dal secondo Novecento³. Anche su questo interrogativo torneremo a soffermarci in seguito.

2. Prima di passare a occuparci del complesso nodo dei rapporti tra bene giuridico e Costituzione, è opportuno accennare ad una significativa tendenza incline ad un recupero in chiave dichiaratamente liberale della teoria del bene giuridico, la quale ha comin-

³ In proposito si vedano, in particolare, i rilievi di APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 333 ss.

ciato a manifestarsi in dottrina nel periodo a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso. Ciò non a caso. Si tratta infatti di un frangente temporale che inizia a essere culturalmente attraversato da forti ventate di liberalizzazione, secolarizzazione ed emancipazione, non ultimo sul versante della scelta degli stili di comportamento, delle abitudini di vita e dei modelli di condotta sessuale. È in questo clima di entrata in crisi dei tradizionali imperativi religiosi, di crescente pluralismo e di conseguente tendenza ad una emancipazione culturale in senso individualistico che ritorna sul tappeto, anche in termini teorici, il problema non nuovo del rapporto tra legislazione penale e morale positiva, col riproporsi dell'interrogativo se la semplice violazione di regole morali ereditate dalla tradizione possa legittimamente continuare a essere qualificata come illecito penale.

Proprio in questo mutato quadro di riferimento si colloca un'impostazione teorica, in questo senso emblematica, come quella di Herbert Jaeger: il quale tentava appunto di elaborare un concetto meta-positivo e critico di bene giuridico, col precipuo obiettivo di emancipare la legislazione penale allora vigente dalle tradizionali influenze religiose o morali particolarmente visibili nel campo del diritto penale sessuale. Ecco che, in coerenza con un simile obiettivo politico-criminale, veniva prospettata una definizione di bene giuridico funzionale al risultato perseguito: autentici beni giuridici nel senso del diritto penale sarebbero soltanto le entità afferrabili, cioè dotate di un substrato empirico, e perciò suscettibili di lesione in senso materiale (come nei casi esemplificativi paradigmatici della vita, dell'integrità fisica o del patrimonio); mentre i valori ideali o puramente morali, essendo empiricamente inafferrabili e per giunta storicamente mutevoli, difetterebbero di quella base materiale ben definita e concretamente danneggiabile che un bene giuridico penalmente rilevante dovrebbe possedere⁴.

⁴ JAEGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

Un'impostazione come questa di Jaeger, ancorché sorretta dall'obiettivo apprezzabile di modernizzare la disciplina dei reati sessuali, propone un modello concettuale di bene giuridico che si espone all'obiezione di essere troppo scopertamente influenzato dal contingente obiettivo politico-criminale perseguito. Non ci sono, infatti, ragioni concettualmente cogenti che inducono in generale a definire bene giuridico soltanto entità concrete, sufficientemente circoscrivibili ed empiricamente tangibili. Piuttosto, una simile definizione di bene giuridico è costruita *ad hoc*, nel senso che essa rappresenta una mossa concettuale preordinata all'obiettivo politico-ideologico di delegittimare come oggetti di tutela penale le tradizionali concezioni morali o religiose in materia sessuale. Ma, come vedremo in seguito, se tali concezioni non hanno titolo per assurgere a bene giuridico tutelabile, non è tanto o soltanto perché sono entità indeterminate, mutevoli nel tempo e prive di sostrato empirico: bensì per ragioni di principio che hanno a che fare con i principi ispiratori delle democrazie costituzionali contemporanee.

In ogni caso, collocandoci in un orizzonte costituzionale, un approccio politico-criminale ispirato ad un liberalismo marcato non potrebbe, di per sé, vantare titoli di legittimazione superiori rispetto ad orientamenti di segno diverso. Nell'ambito di un medesimo quadro costituzionale, possono ben risultare costituzionalmente legittime scelte di tutela ispirate a visioni politiche anche differenti. Insomma, una cosa è la legittimità costituzionale, altra cosa è la condivisibilità politica (sulla base di preferenze anche personali) di determinate opzioni di tutela rispetto ad altre.

Tutto ciò premesso, è pur vero che la tesi incline ad escludere dall'ambito di comprensione del concetto di bene giuridico le mere concezioni morali rappresenta, ormai, un punto di vista diffuso tra gli autori che continuano a confidare in un impiego critico-delimitativo della categoria in questione. Basti qui il riferimento ad esempio a Claus Roxin, il quale in uno dei suoi scritti più recenti innanzitutto ribadisce che la *ratio* di tutela, l'obiettivo per-

seguito con una determinata fattispecie penale non possono ancora coincidere con il bene oggetto di tutela. La *ratio* legislativa, se è uno strumento di ausilio sul versante dell'interpretazione teleologica, non ha nulla a che fare col concetto di bene giuridico quale strumento critico di politica criminale. Ciò premesso, Roxin afferma esplicitamente che la mera immoralità o riprovevolezza in chiave etico-sociale di un determinato comportamento (ad esempio una rapporto omosessuale tra adulti consenzienti) non possono da sole legittimare un'incriminazione perché, con ciò, non sono ancora compromessi o posti in pericolo i presupposti di una pacifica convivenza. Mentre, sempre secondo Roxin, il compito del diritto penale consiste nell'"assicurare i presupposti di una convivenza pacifica, libera, rispettosa dell'uguaglianza di tutti gli uomini"⁵. Com'è agevole rilevare, nell'impostazione di Roxin, il concetto di bene giuridico non rappresenta un *prius* atto a orientare la valutazione se qualcosa meriti tutela penale; esso rappresenta piuttosto un *posterius*, il risultato cioè di un giudizio effettuabile a partire dai compiti che si intendono – appunto – assegnare al diritto penale nel quadro dell'ordinamento costituzionale. Così stando le cose, se si vuole evitare di incappare in un circolo vizioso, il vero fondamento di legittimazione delle norme penali non può essere ricavato da una qualche dottrina aprioristica del bene giuridico, bensì dai principi di fondo della democrazia costituzionale. Questa è una conclusione che avremo modo di sviluppare nel prosieguo della nostra trattazione.

3. Rimane da accennare che un approccio dichiaratamente *liberal* alla teoria del bene giuridico rivolge un'attenzione critica, oltre che ai rapporti tra diritto penale e morali positive, al modo d'atteggiarsi della relazione gerarchica tra beni individuali e collettivi. Com'è

⁵ ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 715 ss.

intuibile, i penalisti di professione di fede liberale mostrano una netta preferenza per i beni individuali, di tradizionale competenza di un idealizzato diritto penale "classico" (verosimilmente mai esistito come tale nelle concrete legislazioni storiche, ma vagheggiato dai penalisti in questione in una sorta di ipostatizzazione idealtipica): sarebbero questi gli autentici beni giuridici in quanto costituiti da entità concrete, sufficientemente precise, afferrabili ed essenziali per la vita di ogni individuo in carne ed ossa⁶. Non avrebbero invece queste caratteristiche di vicinanza alla realtà i beni superindividuali o collettivi, ospitati in quantità ormai inflazionata nelle legislazioni penali della modernità o postmodernità: i quali, oltre ad essere ad ampio spettro e sfuggenti, avrebbero come punto di riferimento interessi generali e astratti non sempre riferibili a concrete aspettative dei singoli, e risentirebbero di un'ispirazione politica di tipo collettivistico a sfondo illiberale. Da qui una pregiudiziale diffidenza del penalista liberale nei confronti dei beni superindividuali o collettivi, tanto più se collocati in una posizione gerarchica di presunta superiorità nei confronti dei più tradizionali beni individuali. Piuttosto, in una prospettiva di diritto penale liberale apparirebbe tendenzialmente giustificata la protezione penale di quei soli beni collettivi che, per le loro caratteristiche, fossero funzionali a una più efficace tutela degli stessi interessi individuali o fossero suscettibili di creare maggiore spazi di libertà per i singoli individui.

Senonché, è appena il caso di rilevare che le complesse problematiche penalistiche inerenti ai beni superindividuali o collettivi, e alle loro connessioni con i beni individuali, non sono oggi seriamente affrontabili rimanendo sul piano di mere preferenze politico-ideologiche, o ribadendo stancamente la tesi che i veri beni giuridici sono i tradizionali beni a carattere individuale. Si tratta, piuttosto, di passare dalle posizioni puramente ideologiche ad un approccio teorico e dogmatico via via più attento alle caratteristiche

⁶ Per tutti, HASSEMER, *op. cit.*, 64.

strutturali dei beni collettivi e alle corrispondenti esigenze di tutela nella realtà attuale⁷. Anche se sarebbe illusorio, in proposito, confidare in un approccio scientifico interamente depurato da pregiudizi politico-ideologiche.

⁷ In argomento, per tutti, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln - Berlin - Bonn - München, 2002.

IV

Intermezzo: definizioni concettuali e funzioni del bene giuridico nel contesto della dottrina contemporanea

Le considerazioni fin qui svolte contribuiscono a delineare un quadro di premesse di fondo, che funge in qualche modo da introduzione all'analisi dei rapporti tra bene giuridico e Costituzione. Ma, prima di procedere direttamente in tale direzione, appare utile interporre uno spazio dedicato ad alcuni rilievi ulteriori e ad alcune puntualizzazioni relative, precisamente: per un verso, al modo con cui la dottrina contemporanea affronta il problema, notoriamente non poco controverso, della stessa definizione concettuale di bene giuridico; e, per altro verso, all'insieme delle funzioni che la dottrina medesima tende ad assegnare alla categoria.

1. Quanto innanzitutto al problema definitorio, ci troviamo di fronte a un panorama assai variegato. Si sarebbe addirittura tentati di parlare di vera e propria babele; in ogni caso, l'impressione complessiva che si trae è disorientante. E può risultare disarmante imbattersi in quello che è indubbiamente un paradosso: si è in larghissima maggioranza d'accordo nel riconoscere, in linea di principio, al bene giuridico il ruolo di pilastro dell'edificio penalistico; ma, nel medesimo tempo, si diverge non poco al momento di esplicitare che cosa esso sia. Questa confusione delle lingue è aggravata dal fatto che non sempre risulta chiaro se le diverse definizioni proposte facciano riferimento ad un concetto positivistico di bene giuridico desunto dalle norme penali vigenti, o piuttosto ad un concetto critico orientato a un diritto penale idealtipico, ovvero ancora a entrambe le prospettive. D'altra parte, è abbastanza verosimile che la duplice angolazione visuale sia compresente nell'ambito

di quegli approcci definitivi – tendenzialmente predominanti nel contesto dottrinale degli ultimi decenni – che, in qualche modo e misura, risentono della suggestione teorica di elaborare concezioni ‘materiali’ del bene giuridico, e ciò non per pura esercitazione accademica ma con l’obiettivo (o l’illusione) di fornire ai legislatori precetti di buona legislazione penale.

Non essendo questa la sede per una ricostruzione in dettaglio di tutte le definizioni oggi rinvenibili in letteratura, ci limitiamo ad alcune esemplificazioni scelte in funzione della loro emblematicità o sintomaticità rispetto allo sviluppo del percorso argomentativo che intendiamo seguire. Aggiungiamo che la nostra selezione tiene conto della duplice tendenza, riscontrabile in dottrina, a fornire sia definizioni essenziali o scarse, sia definizioni di maggiore complessità.

a) Cominciando da qualche esempio di definizioni del primo tipo, non manca chi anche di recente si limita a definire bene giuridico una “entità percepita come valore” in un determinato contesto socio-culturale. A esplicita giustificazione di tale scelta definitoria, della cui genericità si è peraltro ben consapevoli, si osserva che essa è preferibile rispetto a tentativi di definizione più ambiziosi perché possiederebbe già un grado di determinatezza sufficiente a identificare il nucleo essenziale del principio di offensività¹. Senonché, che la definizione in questione basti addirittura a dare il senso del criterio dell’offensività penalistica è più che legittimo dubitare. Piuttosto, una giustificazione forse più persuasiva della scelta di definire bene giuridico ogni entità dotata di valore potrebbe consistere nell’esigenza di ridurre a un comune denominatore la variegatissima eterogeneità strutturale riscontrabile nei contenuti e nelle forme di manifestazione dei beni giuridici: beni concreti con substrato empirico come la vita o l’integrità fisica; be-

¹ È questo l’orientamento di DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 128.

ni superindividuali o ad ampio spettro come la sicurezza collettiva, l'economia pubblica ecc.; beni istituzionali come il buon funzionamento della pubblica amministrazione o l'ordinato e trasparente funzionamento del mercato finanziario, e così via. Come rinvenire una definizione di sintesi del bene giuridico, se non accontentandosi di mettere in evidenza che le eterogenee entità assumibili a oggetto di tutela condividono un giudizio di valore positivo circa la loro meritevolezza e necessità di protezione e condividono, dunque, l'interesse pubblico a che siano predisposte a loro salvaguardia anche sanzioni punitive?

D'altronde, non è un caso che ancora di recente pure Knut Amelung, uno dei massimi esperti dell'argomento, sottolinei che a comporre l'essenza del bene giuridico concorrono in ogni caso due elementi costitutivi immancabili: da un lato, un *quid* a sua volta – per riproporre una celebre distinzione del filosofo del linguaggio John Searle ripresa dallo stesso Amelung – identificabile in un "fatto brutto" (vale a dire in un dato empirico che prescinde dalle nostre rappresentazioni e dagli accordi normativi) come ad esempio il corpo umano o una cosa materiale o altro oggetto empiricamente tangibile, ovvero in un "fatto istituzionale" (cioè necessitante ai fini della sua esistenza di un atto di creazione da parte delle istituzioni umane) come la proprietà, l'istituzione familiare o l'amministrazione della giustizia ecc.; dall'altro lato, un giudizio di valore relativo alla apprezzabile importanza sociale e dunque alla esigenza di tutela del substrato del bene giuridico². Ma, com'è ovvio, rimarcare il ruolo determinante della dimensione valutativa, lungi dall'equivalere alla soluzione del problema, pone piuttosto la premessa delle vere questioni da affrontare: relative, da un lato, ai criteri da adottare per emettere il giudizio di valore circa la meritevolezza di tu-

² AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz*, in HEFENDEHL/von HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, cit., 155 ss. Per la distinzione filosofica tra "fatti bruti" e "fatti istituzionali" cui si allude nel testo cfr. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Torino, 2006, 63 ss.

tela dell'entità in questione (criteri sostanziali di un qualche tipo, destinati a guidare o vincolare la discrezionalità valutativa?) e, dall'altro, all'istanza o autorità legittimata o competente a emettere il giudizio (il legislatore democratico libero o vincolato dalla Costituzione e/o dai saperi scientifici, i giudici costituzionali come controllori della politica parlamentare dei beni giuridici, ecc.?). Come si vede, tornano a riproporsi le ricorrenti domande di fondo della problematica del bene giuridico in diritto penale.

A questo punto, accenniamo a un'altra definizione in apparenza semplice, ma che a ben vedere nasconde un certo grado di complessità. Si tratta del contributo definitorio, ancorché non più recentissimo, sintetizzato da Hans Welzel in alcune righe assai dense del suo celebre manuale. Il caposcuola del finalismo prende le mosse dall'affermazione seguente: "Bene giuridico è un bene della vita facente capo alla generalità o al singolo, che viene giuridicamente protetto in ragione del suo significato sociale"; concetto subito dopo ribadito in questi termini: "Bene giuridico è dunque ogni stato sociale approvato, che il diritto vuole preservare da lesioni". Ma ecco la parte più interessante: "La somma dei beni giuridici non forma un mucchio atomizzato, ma un ordine sociale, e perciò il significato di un bene giuridico non può essere valutato isolatamente in se stesso, bensì in relazione all'intero ordine sociale". A significativo completamento di queste affermazioni, Welzel si preoccupa di sottolineare la dimensione non già statica, ma dinamica dei beni penalmente rilevanti, nel senso che essi non sono da concepire – per dirla con parole nostre – come oggetti preziosi collocati in un museo, bensì come entità viventi nella realtà sociale e perciò coinvolte in una interazione in movimento per effetto della quale nessun bene giuridico potrebbe pretendere una tutela assoluta, dovendo al contrario ciascun bene subire un certo grado di esposizione a rischio nel continuo bilanciamento con altri beni concorrenti³. Orbene, a parte questa importante evidenziazione

³ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, 4 s.

dell'interazione complessa e dinamica tra i beni, quel che qui preme porre in risalto è un aspetto che, quantomeno su di un piano teorico, assume un rilievo tutt'altro che secondario. Si allude, com'è intuibile, al problema relativo al modo di concepire l'insieme dei beni giuridici suscettibili di essere destinatari di tutela penale: si deve o si può (e fino a che punto) pretendere che questo insieme rispecchi un qualche ordine rigoroso, a sua volta riconducibile a qualcosa di simile a un ordine oggettivo di valori, chiaramente gerarchizzabili già in astratto sulla base di criteri vincolanti od orientativi di tipo contenutistico (di matrice etico-sociale, o giuridico-costituzionale o ancora a carattere sociologico-sistemico ecc.)? Per la verità, Welzel sembra alludere a un ordine obiettivo di valori sociali in qualche modo preesistente o esterno rispetto alla disciplina penale che dovrebbe recepirli, ma il punto non viene esplicitamente sviluppato. È appena il caso di rilevare che la esplicitazione di questo profilo problematico costituisce una sfida per tutte le concezioni del bene giuridico che pretendano di fare riferimento a presupposti di fondo o parametri non desumibili dal diritto penale positivo. Mentre è, nel contempo, fin troppo facile considerare questo tipo di sfida come una ulteriore sollecitazione ad attingere la sponda di un diretto riferimento alla Costituzione e al suo (presunto) ordine di valori sottostante.

b) In effetti, ci avviciniamo progressivamente al compimento di questo passo prendendo in esame altre definizioni del concetto di bene giuridico elaborate sempre nell'ambito della dottrina contemporanea. Assai significative in questo senso, ad esempio, le proposte definitorie di autori come Rudolphi e Roxin. Il primo, nel tornare ad affrontare l'argomento all'inizio di uno dei commentari più noti, definisce in generale i beni giuridici come "unità di funzione dotate di valore": tali perché irrinunciabili per una società e per una libera esistenza dei singoli cittadini conformi a Costituzione. Nel contempo, Rudolphi si preoccupa di esplicitare i seguenti punti. Innanzitutto, gli oggetti suscettibili di tutela penale devono "pree-

sistere” rispetto alla scelta legislativa di assumerli a bene giuridico. In secondo luogo, il loro contenuto materiale deve essere determinato assumendo a punto di riferimento sia i rapporti e le esigenze sociali reali, sia l’insieme dei fattori normativi rilevanti, inclusa l’efficacia conformativa rispetto alla società della Costituzione e più in generale del diritto. A questo scopo, si renderebbero a rigore necessarie sia una precisa diagnosi della società così come di fatto vive e si sviluppa nel quadro costituzionale, sia una approfondita analisi di quelle condizioni e di quei nessi funzionali che fungono da presupposti fondamentali di funzionamento di una società del tipo suddetto, e che dovrebbero pertanto essere tenuti al riparo da turbamenti grazie a presidi anche a carattere penalistico: diagnosi e analisi in teoria da effettuare, a loro volta, col contributo irrinunciabile delle scienze sociali⁴. Orbene, un approccio come questo di Rudolphi – del resto analogo, in buona sostanza, al punto di vista di altri coevi studiosi di lingua tedesca – ha all’apparenza più meriti: oltre al tentativo di mettere la teoria del bene giuridico con i piedi per terra, nella misura in cui si propone un metodo integrato tra prospettiva sociologica e prospettiva normativa, quel che emerge in maniera evidente è l’attribuzione – almeno negli intenti – di un ruolo tutt’altro che secondario al sistema costituzionale quale fonte assiologica da privilegiare ai fini delle scelte di valore sottese alla politica penale. Ma tutto ciò, a ben vedere, rimane a livello di generiche indicazioni di principio. Le questioni vere, e non poco spinose, riemergono al momento sia di studiare più in dettaglio i modi della complessa interazione tra punto di vista empirico-sociale e punto di vista normativo⁵, sia di entrare più addentro al problema dei rapporti tra tutela penale e dimensione co-

⁴ RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, AT, Bd.1, Frankfurt/a. M., 1985, 4 s.

⁵ In proposito, sia consentito rinviare alle diffuse e ancora recenti considerazioni contenute nel mio scritto dal titolo *È plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2010, 198 ss.

stituzionale. Riservandoci di tornare più diffusamente su quest'ultimo problema nel prosieguo di questo lavoro, quanto alla esigenza di una virtuosa integrazione tra diritto penale e scienze sociali ci si limita a rilevare che non è certo casuale che non si sia mai realizzata, fino ad oggi, alcuna forma di sistematica collaborazione professionale stabile e istituzionalizzata, fra penalisti ed esponenti delle scienze sociali, in vista di obiettivi di riforma della legislazione penale ovvero di una seria implementazione del canone della sussidiarietà. È infatti più che verosimile che il tipo di conoscenze empiriche di cui avremmo bisogno come penalisti sia tale da non attirare per varie ragioni l'interesse degli scienziati sociali. Si pensi a un concetto (teoricamente) fondamentale come quello di *dannosità sociale*, che dovrebbe fungere da paradigma di riferimento irrinunciabile per una politica criminale di autentica ispirazione liberaldemocratica: eppure, nei manuali canonici non solo di sociologia ma anche di criminologia troviamo, in proposito, tutt'al più qualche rigo! D'altra parte, che lo scenario possa migliorare in un immediato futuro, è tutt'altro che facile pronosticarlo. Al di là del rischio di una futura persistenza di *trend* politico-criminali di tipo populistico-securitario, che nel tornare a ri-politicizzare la questione criminale in una chiave autoritario-repressiva finiscono anche col rifiutare il ruolo consultivo (tanto più se 'critico') degli esperti, il fatto è che a essere cadute in crisi nel corso degli ultimi tempi sono le stesse scienze sociali e persino la sociologia; non ultimo, a causa delle notevoli diversità di concezioni e di metodi riscontrabili al loro interno⁶. Se le cose stanno così, non sarebbe realistico neppure oggi – a maggior ragione se si tiene conto della crescente complessità delle società in cui viviamo – confidare nella possibilità di basare su fondamenti scientifici finalmente affidabili le valutazioni di dannosità sociale (in teoria) presupposte dalle scelte normative in materia penale.

⁶ Cfr. anche AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts*, cit., 181.

Passando a questo punto a illustrare la presa di posizione di Claus Roxin, in parte anticipata in precedenza, quel che sembra risaltare è la propensione comparativamente maggiore a collocare la problematica del bene giuridico entro un orizzonte costituzionalmente orientato. Ciò emerge con chiarezza in particolare dalla lettura di quella parte del suo bel manuale in cui, in termini espliciti, Roxin afferma che l'approccio più corretto al tema del bene giuridico consiste nel riconoscimento che gli unici limiti precostituiti alla discrezionalità legislativa risiedono nei principi costituzionali. Ne deriverebbe che un concetto di bene giuridico vincolante per la politica criminale potrebbe essere ricavato soltanto dai compiti che la Costituzione assegna ad uno Stato di diritto fondato sulle libertà dei cittadini, dovendo in tali compiti ravvisarsi anche i limiti del potere punitivo statale. Sulla base di queste premesse, ecco che Roxin definisce in generale i beni giuridici "entità o posizioni di scopo, che risultano utili al singolo e al suo libero sviluppo nel quadro di un complessivo sistema sociale basato su tali obiettivi finalistici, ovvero al funzionamento stesso di un tale sistema"⁷. A ben guardare, il riferimento alternativo a "entità" o "posizioni di scopo" serve a esplicitare che il proposto concetto di bene giuridico è tale da ricomprendere sia realtà preesistenti al legislatore penale, sia interessi di creazione legislativa: sicché, una tale nozione di bene giuridico preesiste in definitiva rispetto al solo legislatore ordinario, ma non anche rispetto alla Costituzione⁸. Cosa dire di questa impostazione? A parte quanto si è in precedenza anticipato, rileviamo che essa in linea di principio e nella sostanza si avvicina non poco a quella forma di costituzionalismo penalistico che è stata notoriamente sviluppata, ma con un livello di originalità e approfondimento ben maggiori, in seno alla dottrina italiana soprattutto a partire dalla celebre teo-

⁷ ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd I, Muenchen, 1994, 14.

⁸ ROXIN, *Strafrecht*, cit., 15.

rizzazione di Franco Bricola agli inizi degli anni Settanta del secolo scorso. Piuttosto che attardarsi nell'esame dell'approccio roxiniano, pur sempre generico e approssimativo, sembra pertanto preferibile soffermarsi con ben altra attenzione – cosa che faremo nel prosieguo di questo libro – sulla concezione costituzionalmente orientata del bene giuridico così come concepita e poi sviluppata nel contesto italiano anche successivamente all'originaria teorizzazione bricoliana.

È anche vero d'altra parte che nello stesso universo dottrinale nostrano, nonostante il tendenziale prevalere di un orientamento a carattere costituzionalistico (seppure via via articolatosi nel corso degli anni in più filoni), non sono in realtà mancati fino ad anni relativamente recenti tentativi teorici di recuperare concezioni materiali del bene giuridico ancorabili – al di là dell'orizzonte costituzionale pur sempre tenuto in attenta considerazione – a presupposti di carattere extra- o meta-giuridico. Emblematica in questo senso, ad esempio, una presa di posizione di Francesco Palazzo dei primi anni Novanta, manifestamente influenzata da suggestioni teoriche provenienti da concezioni in chiave personalistica del bene giuridico del tipo di quella elaborata in particolare da Wiefried Hassemer⁹. Pur muovendo dalla presa d'atto di una profonda divaricazione tra le aspettative dottrinali originariamente rivolte al recupero di concezioni critiche del bene giuridico, e l'assente (o comunque assai deludente) capacità orientativa di tali concezioni sul piano della concreta prassi legislativa penale italiana (sempre più ipertrofica e finalizzata alla tutela di oggetti di assai dubbia meritevolezza), Palazzo in realtà non si rassegna a rinunciare al convincimento che un bene giuridico concepito appunto su basi personalistiche possa fungere da ideale criterio-guida per un rinnovamento del sistema penale. In sintesi, il nucleo centrale della tesi abbozzata dall'autore poggia sull'idea seguente: dal momento che nella vicenda sanzio-

⁹ HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, 87 ss.

natoria è chiamata in causa la *persona* del reo, anche il contenuto offensivo del reato dovrebbe essere modellato su una relazione interpersonale di rilevanza sociale, seppure in forma remota o addirittura simbolica¹⁰. Ora, per quanto Palazzo tenti di ricavare da un tale abbozzo concrete indicazioni di politica criminale anche rispetto alla necessità o meritevolezza di protezione penale di quelle tipologie di beni o interessi che parte della dottrina considera carenti di piena o sufficiente legittimazione (beni superindividuali ad amplissimo spettro, beni-funzione, beni strumentali ecc.), non si può non rilevare che sono gli stessi elementi caratterizzanti su cui l'autore pretende di basare il suo concetto personalistico di bene giuridico a risultare in partenza troppo generici e vaghi per poterne desumere linee-guida effettivamente utili per i legislatori.

A questo punto, potremmo procedere lungo la strada di ulteriori esemplificazioni. Ma gli esempi già fatti di definizioni di bene giuridico via via proposte in dottrina dovrebbero essere già sufficienti a confermare quella che può apparire una conclusione eccessivamente pessimistica, ma che in realtà non lo è: nessuna definizione materiale di bene giuridico, neppure la più complessa e sofisticata, può aspirare a selezionare l'ambito del penalmente tutelabile in maniera da ricavarne ricette di pronte uso o linee-guida concretamente orientative per l'attività legislativa. Anche a costo di poter apparire ingenerosi o brutali, bisognerebbe avere il coraggio intellettuale di riconoscere che i tentativi di elaborare concezioni materiali di bene giuridico rischiano di risolversi in una – magari elegante, ma non per questo sensata – esercitazione di retorica accademica.

2. A dispetto della oggettiva e persistente difficoltà di rinvenire una nozione sufficientemente condivisa di bene giuridico, e nonostante siano andate progressivamente incrementandosi le pessimi-

¹⁰ PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss., in particolare 463 ss.

stiche diagnosi circa la sua entrata in crisi e la conseguente perdita di un suo ruolo orientativo, alla categoria in questione la dottrina e la giurisprudenza dominanti continuano – com'è noto – ad assegnare funzioni rilevanti almeno sul versante della ricostruzione, interpretazione e applicazione delle leggi penali positive.

A tutt'oggi nella letteratura manualistica – da quella scientificamente più accreditata ai testi didattici di orientamento pratico – si insegna che il bene giuridico svolge una triplice importante funzione: sistematica, dogmatica e interpretativa. In che cosa consistano tali funzioni è fin troppo noto per doverlo esplicitare in questa sede¹¹. Piuttosto, ci limitiamo a segnalare alcuni punti di criticità, in particolare riguardo al ruolo dogmatico-interpretativo del bene giuridico, che assumono rilievo nella prospettiva di questa indagine.

a) Sotto il profilo innanzitutto dogmatico, è noto come il bene giuridico rappresenti il pilastro che sorregge la concezione del reato come fatto offensivo di un bene o interesse penalmente protetto. Tale concezione – vale la pena rammentare – cominciò ad affermarsi e a prendere piede verso la fine del diciannovesimo secolo, in un'epoca cioè culturalmente dominata dal pensiero naturalistico e dalle concettualizzazioni giuridiche di Jhering e v. Liszt: l'idea del reato come lesione sottintendeva allora, coerentemente, una concezione dell'illecito penale come azione dannosa in senso fisico o materiale, per cui l'offesa al bene giuridico tendeva a coincidere con il danneggiamento della cosa o con la lesione della persona presa di mira dalla condotta criminosa. Vi era, dunque, implicita una visione del bene giuridico come entità incorporata nello stesso oggetto materiale del reato e, perciò, immedesimata in un oggetto tangibile e spazialmente circoscrivibile. Non a caso, questa tendenziale identificazione tra oggetto materiale dell'azione e oggetto della tutela penale è un fenomeno osservabile in realtà nel

¹¹ In proposito, si veda ad esempio la recente ed efficace sintesi di DE VERO, *op. cit.*, 127 ss.

ristretto recinto dei beni concreti o individualizzabili in quanto dotati di un tangibile substrato naturalistico. Ed è proprio con riferimento – per ripetere il concetto prima richiamato di Searle – a questi oggetti “bruti” che si è profilata con chiarezza, verso lo scorcio dell’Ottocento, la distinzione dogmatico-sistematica, da un lato, tra reati di danno e reati di pericolo e, dall’altro, tra consumazione e tentativo: distinzione basata, appunto, sul differente grado d’impatto lesivo del fatto sul bene protetto.

Senonché, la possibilità di operare la distinzione dogmatica tra danno e semplice esposizione a pericolo (ed ancora tra pericolo concreto e pericolo astratto) viene meno o sfuma, e in ogni caso si problematizza alquanto, a misura che il bene giuridico perde in concretezza ed afferrabilità empirica, come notoriamente per lo più avviene nei casi in questo senso emblematici della maggior parte dei beni superindividuali, istituzionali, funzionali e a carattere ideale. Come l’evoluzione della dogmatica dei reati di pericolo ha consentito di evidenziare, sono proprio le caratteristiche strutturali dei beni in questione a rendere pressoché impossibile la prova della concreta incidenza lesiva di ogni singola condotta tipica, sicché tende a predominare il modello dell’illecito di mera condotta tutt’al più a pericolo astratto. In ogni caso, con riferimento almeno ad alcune delle tipologie suddette, l’incidenza lesiva è verificabile non in relazione a condotte singole, bensì al ripetersi seriale di condotte analoghe nel tempo ¹².

Una parte della dottrina invero, allo scopo di rendere più praticabile il principio di offensività nei problematici settori dei beni a carattere meta-individuale, ha suggerito di accertare il danno o il pericolo grazie a un processo di preventiva identificazione di possibili referenti empiricamente circoscrivibili di tali beni, da assumere a loro volta a concreto punto di riferimento dell’idoneità offensiva delle condotte tipiche: così, nel caso di beni istituzionali co-

¹² Cfr., più in dettaglio, FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, 49 ss.

me ad esempio il buon funzionamento della pubblica amministrazione o il regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia, occorrerebbe che l'interprete individui preventivamente gli specifici uffici o gli specifici provvedimenti amministrativi o giudiziari rispetto ai quali la condotta criminosa in questione può sprigionare un impatto lesivo concretizzabile *hic et nunc*¹³. In realtà, si tratta di una proposta di concretizzazione e specificazione dell'offesa che è ben lungi dall'apparire davvero risolutiva, e ciò per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, essa finisce col richiedere all'interprete giudizi di tipo pragmatico basati su buon senso e ragionevolezza piuttosto che su un principio di offensività concepito in senso tecnicamente rigoroso; dall'altro, è dubbio che questo metodo di concretizzazione e specificazione dell'impatto offensivo sia applicabile in relazione a tutte le forme di bene giuridico riconducibili sotto l'ampia etichetta dei beni superindividuali o ad ampio spettro.

Sulla base dell'insieme dei rilievi che precedono, si può dunque pervenire a una conclusione esplicitabile in questo modo: se riferita indistintamente a tutte le eterogenee tipologie di illecito penale presenti nelle legislazioni contemporanee, e altresì se presa alla lettera, la tradizionale concezione del reato come *Rechtsgutsverletzung* finisce in realtà col rivelarsi frutto di una fallacia di generalizzazione. Essendo priva di generale validità scientifica, essa continua tutt'al più a mantenere una valenza ideologica e una qualche funzione rassicuratrice in chiave psicologica.

Ma l'idea del reato come lesione del bene giuridico può apparire, ormai, controvertibile anche sotto angolazioni di fondo che ben trascendono la questione tecnico-giuridica del suo grado di generalizzabilità. Già verso la fine degli Ottanta del Novecento, Wolfgang Naucke ha infatti condivisibilmente avanzato un rilievo radicale, provocatorio soltanto in apparenza: "È discutibile se l'inve-

¹³ Si tratta del rimedio proposto, com'è noto, soprattutto da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 543 ss.

terata inclinazione dei penalisti a intendere i reati come *offese al bene giuridico* sia adeguata al contenuto dei reati stessi. È discutibile se il concetto di lesione o messa in pericolo del bene giuridico riesce a rendere in modo sufficientemente differenziato il significato empirico che un reato ha per il suo autore, per la vittima, per il potenziale autore e per la potenziale vittima. (...) Non sarebbe pertanto sorprendente se nello sviluppo penalistico dei prossimi anni il concetto di bene giuridico retrocedesse in quanto troppo astratto e improduttivo, oppure ricevesse un contenuto diverso”¹⁴.

b) Quanto più in particolare alla funzione interpretativa o ermeneutica, essa com'è noto consiste nell'assumere il bene giuridico protetto a punto di riferimento dell'attività di interpretazione delle leggi penali. Si tratta di un diffusissimo canone ermeneutico rientrante nel più ampio paradigma dell'interpretazione cosiddetta teleologica, orientata cioè secondo gli scopi od obiettivi di tutela perseguiti dalle disposizioni normative: così, in sede di ricognizione degli scopi di tutela presi di mira in particolare dalle leggi penali, si tende ad attribuire un ruolo orientativo centrale allo specifico bene o interesse che queste di volta in volta proteggono. È da aggiungere che, secondo un orientamento ormai da tempo dominante, l'approccio teleologico fa riferimento ad un bene o interesse concepito non già in maniera statica alla stregua della visione soggettiva del legislatore storico: bensì ad un bene concepito dinamicamente, nel senso che si fa rientrare nella competenza dell'interprete (dottrinale e/o giudiziale) la facoltà di sviluppare ed attualizzare gli originari obiettivi di tutela in relazione al mutare dei contesti di riferimento e all'evoluzione delle aspettative sociali di protezione. Il che non può, per altro verso, non porre in tensione un'attività interpretativa così concepita col principio di stretta legalità in materia penale.

¹⁴ NAUKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt a/M, 1987, 192.

Ora, è incontestabile che il metodo teleologico costituisce a tutt'oggi uno strumento irrinunciabile per ricostruire senso, portata e limiti delle fattispecie penali. Quel che appare meno sicuro, e perciò controvertibile, è invece l'effettivo ruolo in atto giuocato dal bene giuridico (strettamente inteso) nel complessivo processo ermeneutico-ricostruttivo. Ciò per un insieme di fattori e ragioni, in non piccola parte noti, che hanno ormai per effetto o di rendere assai problematica la riconoscibilità di specifici e ben profilati oggetti di tutela, ovvero di ridimensionare in ogni caso quella rilevanza decisiva che al bene giuridico dovrebbe in teoria competere nell'economia delle complessive valutazioni di scopo sottostanti alle fattispecie incriminatrici. Ecco che, come conseguenza di questo fenomeno di oscuramento o ridimensionamento del bene giuridico, l'interpretazione teleologica delle norme penali finisce inevitabilmente col (o rischia di) riproporre, di fatto e nella sostanza, quella concezione cosiddetta metodologica del bene giuridico che fu – com'è noto – tendenzialmente dominante nei primi decenni del Novecento: nel senso che l'approccio teleologico, piuttosto che andare alla ricerca – così come pretenderebbero anche le moderne concezioni critico-materiali del bene giuridico – di un bene come entità *preesistente* alla norma incriminatrice, torna a fare oggi quanto faceva in passato, e cioè torna a identificare o confondere bene giuridico e *ratio* di tutela.

Non mancano, in seno alla dottrina italiana, analisi penetranti delle cause socio-strutturali e delle opzioni politico-criminali che hanno condotto all'emarginazione, se non al tramonto, del bene giuridico (beninteso, quale entità afferrabile preesistente alla norma) nell'esperienza legislativa degli ultimi decenni. Ma il fenomeno, com'è noto, ben trascende l'esperienza italiana essendo presente anche fuori dai nostri confini. È un fatto che i legislatori, già da qualche decennio, non solo tendono a munire di tutela penale beni od interessi collettivi ad amplissimo spettro difficilmente circoscrivibili secondo precise coordinate empiriche, nonché funzioni o realtà istituzionali difficilmente riconducibili all'idea tradizionale

di *Rechtsgut*: essi tendono altresì a utilizzare il diritto penale anche quale strumento finalizzato a prevenire e reprimere fenomeni di grande portata, considerati socialmente assai dannosi e, perciò, come emergenze da contrastare a tutto campo (si pensi ad esempio al traffico di droga, alla criminalità organizzata, al riciclaggio, all'inquinamento ambientale, alla corruzione politico-amministrativa *et similia*). Ci troviamo, pertanto, di fronte a strategie di intervento legislativo che sembrano rispondere, piuttosto che all'esigenza di assicurare tutela a specifici e ben circoscrivibili beni giuridici, ad un paradigma ben più complesso: cioè al paradigma di articolati *programmi* di intervento strategico a carattere preventivo-repressivo, al cui interno la tutela penale si aggiunge a strumenti di controllo a carattere extrapenale, aventi nell'insieme come obiettivo (effettivamente conseguibile o meno, è altro discorso) di contrastare, appunto, fenomeni dannosi a livello macrosociale¹⁵. Si pensi, per esemplificare, alla logica sottostante al controllo penale di un fenomeno come il traffico di stupefacenti. Come la stessa Corte costituzionale ha osservato nella in questo senso emblematica sentenza n. 333/1991¹⁶, mentre i beni finali protetti dal divieto penale di accumulo di droga sono beni dalle dimensioni molto ampie come in primo luogo la salute pubblica e secondariamente la sicurezza collettiva (minacciata dalla criminalità indotta dalla tossicodipendenza), rientra in una legittima discrezionalità legislativa conformare fattispecie (incentrate su condotte di per sé non offensive) che tendano allo scopo strumentale e più immediato di combattere il mercato della droga. Sicché, si ritiene che il legislatore sia legittimato a perseguire anche con la tutela penale obiettivi contingenti di politica criminale che vanno al di là della protezione dei beni giuridici. Ne deriva, di conseguenza, il profilarsi di una

¹⁵ Cfr. al riguardo, in particolare, la lucida analisi di DE FRANCESCO G.A., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 53 ss.

¹⁶ Cfr. il relativo commento di FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di costituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2630 ss.

concezione latissima del criterio dell'offensività (almeno sul piano della astratta conformazione legislativa del tipo criminoso), che in sostanza finisce con l'essere riferito, più che alla capacità della singola condotta di minacciare in maniera diretta i beni ultimi assunti a oggetto di protezione, alla disfunzionalità di essa rispetto alla composita *ratio legis*. Né potrebbe in proposito fungere da correttivo credibile, in vista di un auspicabile recupero del principio di offensività, accollare al giudice di merito – come pretende peraltro di fare la stessa Corte – il compito di escludere dall'area della rilevanza penale condotte eventualmente prive di fatto di una sia pur minima idoneità lesiva, dando in tal modo spazio ad un criterio di "offensività in concreto" quale generale canone ermeneutico. A ben guardare, si tratta di una soluzione non solo scopertamente compromissoria, ma anche difficilmente praticabile sul piano interpretativo. Infatti, se il danno o il pericolo per il bene protetto non costituisce un requisito su cui è imperniata la fattispecie legale, pretendere che il giudice vada nondimeno alla ricerca di una qualche forma di lesività in concreto equivale, in realtà, ad autorizzarlo a manipolare la fattispecie incriminatrice sulla base di parametri di giudizio a carattere extratestuale (politico-criminali, sociologici, equitativi ecc.).

Per altro verso, è dubbio che la giurisprudenza sia culturalmente propensa, in termini di generale orientamento di fondo, a far un uso dell'offensività in chiave di canone ermeneutico a vocazione univocamente restrittiva. Com'è noto, sono tutt'altro che pochi i casi (anzi, sono verosimilmente prevalenti) in cui la prassi applicativa tende a privilegiare un'interpretazione teleologica di tipo estensivo-additivo, volta a cavare dalle norme incriminatrici il massimo della punibilità (ciò in omaggio al primato ideologico della salvaguardia a tutto campo dei beni giuridici e in nome della difesa sociale).

Tutto ciò ha come conseguenza, in realtà, di rendere l'interpretazione teleologica poco idonea a conferire alla tipicità il ruolo, che in teoria dovrebbe ad essa spettare, di delimitare con chiarezza i

confini del penalmente rilevante in funzione del riferimento allo specifico interesse protetto; per cui, nel ricercare il discrimine tra le condotte penalmente rilevanti e irrilevanti, l'interprete si trova non di rado nella condizione di ragionare in termini più politico-criminali o sociologici, che non tecnico-dogmatici. Ne consegue, altresì, che l'interpretazione finisce così col risentire in maggior grado del condizionamento di fattori anche a carattere politico-ideologico o etico-sociale, con conseguente ampliamento degli spazi di discrezionalità¹⁷.

Sulla base dei motivi fin qui riassunti, è allora evidente come la crisi del bene giuridico abbia implicazioni di ampia portata anche sul modo di praticare l'interpretazione teleologica in diritto penale, contribuendo per tal via ad attenuare il vincolo di sottoposizione dell'interprete alla legge scritta. Ne conseguono, come effetti inevitabili, una crescita del peso del diritto penale giurisprudenziale e – piaccia o non piaccia – un incremento della creatività giurisprudenziale¹⁸.

¹⁷ Più diffusamente, FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.; ID., *L'offensività è un principio codificabile?*, ivi, 2001, V, 1 ss.

¹⁸ Sia consentito, in proposito, rinviare a FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 239 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008. Sui problemi oggi sollevati dall'interpretazione teologica nel diritto penale risulta assai istruttivo il dibattito a più voci, basato in particolare sull'esperienza tedesca, tra HASSEMER, HIRSCH e RUETHERS: cfr. i testi pubblicati in *Criminalia. Annuario di scienze penali*, 2007, 73 ss.

È venuto il momento di aprire il capitolo della prospettiva costituzionalmente orientata, che nel contesto italiano ha suscitato un'attenzione dottrinale e ha ricevuto un grado di elaborazione comparativamente maggiori che in altri contesti. Trattandosi di una prospettiva peraltro abbastanza nota, si può qui prescindere da una ricostruzione completa e dettagliata dell'insieme degli orientamenti teorici in cui l'approccio costituzionalmente orientato al bene giuridico è andato nel corso degli anni articolandosi in seno non solo alla dottrina ma anche alla giurisprudenza (costituzionale e ordinaria)¹. Piuttosto, è interesse di chi scrive tentare un bilancio critico privilegiando come oggetto di rivisitazione sia aspetti che assumono maggiore rilievo nell'orizzonte teorico della legittimazione della tutela penale, sia profili caratterizzati da un maggior livello di problematicità.

Nel procedere a questa rivisitazione critica, è pressoché scontato richiamare l'originaria impostazione di Franco Bricola, contenuta nella celebre voce enciclopedica "teoria generale del reato" apparsa nel 1973, che sviluppava e sistematizzava in una prospettiva di maggiore respiro approcci dottrinali innovativi circa i rapporti tra diritto penale e Costituzione, invero già affiorati a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento². Seguitan-

¹ Per un buon quadro di sintesi a livello manualistico con particolare riferimento alle differenti posizioni dottrinali v., di recente, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 122 ss.

² BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 14 ss. Per una lettura critica dettagliata dell'impostazione bricoliana, effettuata da chi scrive già alcuni decenni addietro, cfr. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.

do ad adottare un'ottica storico-giuridica, vale la pena porre anche in evidenza come la proposta bricoliana di rifondare alla luce della Costituzione il catalogo degli illeciti penali costituiva una ulteriore manifestazione, sul terreno specifico del diritto penale, di un ben più generale processo etichettabile in termini di "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico. Dovendosi intendere per costituzionalizzazione, quale processo progressivamente dispiegatosi in seguito all'entrata in vigore nel secondo dopoguerra di Costituzioni rigide e della conseguente previsione di forme di controllo giurisdizionale di costituzionalità, un fenomeno di portata generale connotato da tendenze e condizioni così riassumibili: penetrazione e pervasività delle norme e dei principi costituzionali in tutti i settori dell'ordinamento; propensione a considerare la stessa legislazione ordinaria come attuazione o esecuzione di direttive di fonte costituzionale; maturazione e consolidamento di un'ideologia giuridica incline a "sovra-interpretare" il testo costituzionale scritto, ricavandone innumerevoli norme o principi impliciti³. Tutte caratteristiche, queste, indubbiamente ravvisabili nel tipo di approccio adottato da Bricola, che veniva non a caso alla luce in un contesto politico-culturale (i primi anni Settanta del secolo scorso) in cui predominavano ancora preoccupazioni riformistiche ispirate, appunto, all'obiettivo di attuare il più possibile la Costituzione nei diversi settori giuridici. In un simile clima di fondo, infatti, non poteva non apparire suscettibile e bisognosa di un profondo rinnovamento alla luce dei valori e dei principi costituzionali anche la specifica materia dei reati e delle pene.

Ciò a partire, invero, dall'esigenza prioritaria di ripensare e ridefinire gli scopi e i contenuti della tutela penale sulla base di più moderni bilanciamenti tra le istanze repressivo-preventive nella prospettiva della difesa sociale, e la concorrente esigenza di man-

³ Cfr. per tutti GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in *Ragion pratica*, n. 11/1998, 185 ss.

tenere i confini della penalità nei limiti di quella 'stretta necessità' imposta dalla natura di "arma a doppio taglio" (v. Liszt) della coercizione penale: strumento da usare con attenta ponderazione e grande cautela specie in un ordinamento costituzionale del tipo di quello italiano, in cui rivestono per l'appunto un rango primario proprio quei diritti e quelle libertà fondamentali su cui tipicamente incide la sanzione punitiva. L'idea nuova di selezionare gli oggetti della tutela in funzione della loro rilevanza costituzionale trovava giustificazione, così, su di un duplice piano: per un verso, rinnovare il catalogo dei beni giuridici penalmente rilevanti alla luce dei valori costituzionali; per altro verso, evitare che un ricorso ingiustificato alla tutela penale si traducesse in un abuso o eccesso di potere legislativo, con conseguenti forme di compromissione della libertà individuale prive di fondamento, o insufficientemente fondate in termini di razionalità e necessità punitiva.

Ecco che, riguardato in questa cornice complessiva, l'ancoraggio alla Costituzione si prestava a essere concepito come se fosse dotato di una valenza doppia: da un lato, fondamento (positivo) di un nuovo ordinamento penale; dall'altro, limite (negativo) rispetto a una coercizione penale arbitraria, vale a dire ingiustificatamente invasiva di spazi di libertà dei cittadini presidiati dalla protezione costituzionale dei diritti fondamentali. Doppia valenza apparentemente caratterizzata, in linea di principio, da un rapporto di equilibrio: nel senso che la funzione di "fondamento" sembrava destinata a coesistere con quella di "limite", senza che l'una dovesse prevalere in importanza o peso rispetto all'altra. Anche se una possibile e significativa differenza, a ben vedere, era sin dall'inizio questa: mentre riscrivere il catalogo dei reati nel quadro dei valori costituzionali si profilava (in base, evidentemente, al principio di legalità come riserva di legge) soprattutto come compito di un legislatore democratico ben intenzionato, la funzione di limite a una repressione arbitraria opposto dalla necessità di salvaguardare i diritti fondamentali avrebbe potuto essere assol-

ta, in ogni caso e in ultima istanza, ricorrendo alla giurisdizione costituzionale (ma non soltanto).

1. Fatte queste premesse generali, è il caso di chiedersi: nel tentare l'impresa teorica di ripensare il diritto penale su basi costituzionali, un giurista-penalista *à la* Bricola quale immagine possedeva e coltivava della *Costituzione*? E con quale metodo si avvicinava ad essa?

Direi che, alla base del modello bricoliano di diritto penale costituzionalmente orientato, stava una concezione della Costituzione come – questa è almeno la mia lettura – una sorta di ordine obiettivo di valori e principi (di matrice sia liberale, sia solidaristica), gerarchizzabili già in astratto secondo scale o criteri di priorità: in modo tale che il legislatore ordinario e lo stesso giudice (specie costituzionale), nell'effettuare operazioni di bilanciamento, non avrebbero dovuto far altro che prendere atto delle scelte di priorità iscritte nel testo costituzionale in sé considerato.

Se ne riceve una chiara riprova – credo – richiamando proprio la nota definizione costituzionalmente orientata di illecito penale coniata da Bricola (e poi diffusasi nella dottrina successiva): il reato viene cioè definito come un “fatto lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena”⁴. Si tratta di una definizione di grande efficacia anche espressiva, che lascia infatti trasparire l'idea di fondo di un (nuovo) sistema di reati ordinato e gerarchizzato, quanto al rapporto di corrispondenza tra disvalore dell'illecito ed entità della risposta sanzionatoria, secondo scale di gravità che tengono conto del rango del rispettivo bene giuridico offeso nella tavola dei valori costituzionalmente rilevanti: il che non può non presupporre, appunto, il convincimento che il testo costituzionale incorpori una *objective Wertordnung*, e cioè un ordine oggettivo di valori gerarchizzabili per importanza

⁴ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit.

e peso già in linea generale e astratta. È davvero sostenibile una simile concezione della Costituzione (che può vantare, in verità, matrici risalenti a un certo modello teorico di costituzionalismo dominante in passato specie in ambiente tedesco⁵)?

Osserverei che, riconsiderata oggi, una simile immagine della Costituzione appare alquanto irenista, se non proprio ingenua. Vero è che le Costituzioni lunghe emanate a partire dal secondo dopoguerra si caratterizzano – come nel caso emblematico della Costituzione italiana – proprio per il fatto di fare espresso riferimento a valori o principi-valori⁶, quali ad esempio eguaglianza, libertà, dignità dell'uomo, pace ecc. Ma è anche vero che ci si trova di fronte a una ricchezza e complessità assiologica che è ben lungi dal lasciare trasparire priorità chiare e univoche. Ciò per più ragioni sempre meglio poste in evidenza nell'ambito della riflessione giurisfilosofica e costituzionalistica degli ultimi anni, a cominciare dalla causa ben nota costituita dal carattere culturalmente e politicamente compromissorio dei testi costituzionali novecenteschi di tipo weimariano, e dalla conseguente compresenza in essi di valori eterogenei, espressione di diverse visioni del mondo, e pertanto in costante tensione se non proprio contraddizione tra loro. Si pensi ad esempio, per un verso, al classico conflitto tra uguaglianza e libertà; e per altro verso al conflitto, denso di implicazioni penalistiche, tra tutela rispettiva della vita e del diritto all'autodeterminazione individuale, che rende tormentose sia la problematica dell'aborto sia, più di recente, le questioni di fine-vita. Il bilanciamen-

⁵ Di recente, su questa concezione della Costituzione e per la relativa critica cfr. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 148 ss.; in senso critico, nell'ambito della letteratura più specificamente penalistica, vd. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 307 ss.

⁶ Cfr., tra altri, D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3065 ss. Per una rivisitazione concettuale del rapporto tra valori e principi, sfociante nell'assunto che attribuisce ai principi la funzione di *medium* tra valori e regole, vd. ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 85 ss.

to che si rende necessario in questi casi, proprio in una ottica costituzionale di contemperamento tra valori o beni, non è certo risolvibile sulla base di indicazioni costituzionali precise e vincolanti; ma risente, inevitabilmente, di pregiudiziali assiologiche che stanno a monte della Costituzione e che impediscono alla interpretazione costituzionale di emanciparsi del tutto dal condizionamento delle differenti concezioni della vita in conflitto⁷.

Ma vi è di più. Anche se i testi costituzionali lasciassero trasparire più di quanto non fanno ordini di priorità, il rapporto tra principi, diritti o beni giuridici mai potrebbe essere individuato una volta per tutte in maniera generale, astratta e statica. Come emerge da una attenta analisi delle operazioni di ponderazione o bilanciamento compiute dai giudici costituzionali (e un discorso sostanzialmente non dissimile vale per il legislatore democratico, tenuto a bilanciare o contemperare valori ed esigenze configgenti al momento di compiere scelte politiche di criminalizzazione), l'ordine gerarchico risulta quasi sempre relativo e condizionato, nel senso che è contingentemente influenzato dalle specifiche tipologie di conflitto che vengono in rilievo di volta in volta in rapporto alle varie situazioni della vita bisognose di disciplina: da qui, il ruolo decisivo esercitato (anche rispetto ai fenomeni e tipi di fatti di competenza del diritto penale) dalla specificità dei problemi e delle connesse costellazioni di casi da affrontare⁸. Così, ad esempio, non avrebbe molto senso discutere in astratto se pesi di più il bene dell'onore o il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, staticamente considerati in una ipotetica scala ideale di valori costituzionali.

⁷ FLANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383 ss. e bibliografia ivi citata.

⁸ Più diffusamente cfr., sotto un profilo teorico-generale, PINO, *op. cit.*, 182 ss.; con riferimento a temi di rilevanza penalistica, TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 143 ss.; ID., *Corte costituzionale e sorveglianza speciale: una breve analisi filosofico-giuridica tra uguaglianza e ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2010, 5259 ss.

zionali: piuttosto, l'esigenza di un ragionevole bilanciamento di regola emerge nella vita reale in presenza di conflitti concreti provocati da situazioni di fatto peculiari, che possono di volta in volta esigere un modello differenziato di composizione dei beni o valori in conflitto (ad esempio, il bilanciamento tra la tutela della reputazione e la libertà di manifestazione del pensiero può subire ragionevoli differenziazioni a seconda che si tratti di semplice diritto di cronaca, di diritto di critica politica o di satira ecc.).

Se le cose stanno così, la dimensione assiologica della stessa Costituzione è raffigurabile, più che in chiave di rassicurante *objektive Wertordnung*, secondo l'immagine weberiana del politeismo dei valori in concorrenza, e ciò anche quale effetto ineluttabile della varietà delle situazioni della vita che li mettono spesso in contrapposizione. E, per raggiungere quell'obiettivo di composizione di contrasti assiologici che la lettera della Costituzione lascia irrisolti, ma che il suo spirito impone di risolvere in qualche modo e misura, ecco che a seconda dei casi si rende appunto necessaria la mediazione legislativa o la ponderazione ad opera del giudice. Quale sia la strada migliore da seguire, non si può dire neppure questa volta in astratto e in assoluto. Non poco dipende, oltre che da pregiudiziali preferenze di filosofia politica e di politica del diritto, dal tipo di questioni problematiche che vengono in rilievo e dalle contingenti dinamiche del più generale contesto politico-istituzionale di riferimento.

Quanto poi al metodo prescelto per procedere alla costruzione di un diritto penale costituzionalmente orientato, il costituzionalismo penale italiano (dalla primissima fase iniziale al più ampio sviluppo ricevuto nell'impostazione complessiva di cui alla celebre voce bricoliana "teoria generale del reato" del 1973) si è sforzato – almeno nelle intenzioni – di non tradire la fedeltà a uno stile argomentativo a carattere pur sempre positivistico-legalistico: esso si è infatti preoccupato di andare alla ricerca di precisi appigli normativi nel testo della Costituzione, valorizzando sia disposizioni espressamente riferite alla materia penale (come quelle relative ai princi-

pi di riserva di legge, personalità della responsabilità penale e rieducazione), sia norme o principi costituzionali di portata più generale considerati comunque rilevanti nel contribuire a delineare un possibile volto costituzionale dell'illecito penale.

Riconsiderata a circa un quarantennio di distanza, questa preoccupazione di mantenersi fedeli ad un metodo rigorosamente positivistico, pur nel tentare di rifondare il diritto penale anche su basi costituzionali 'inespresse', appare storicamente e culturalmente comprensibile, specie tenendo conto dell'ideologia penalistica predominante a maggior ragione nel contesto degli anni '70 (dello scorso secolo). Ma questa stessa preoccupazione rischia forse, oggi, di apparire eccessiva a fronte della maggiore consapevolezza ormai acquisita, tra gli stessi giuristi positivi, circa l'inevitabile influenza di giudizi di valore di fonte extratestuale nel processo ermeneutico e, soprattutto, in sede di interpretazione delle generiche e vaghe norme costituzionali di principio⁹.

Comunque sia, e come ho avuto più volte occasione di rilevare, la rilettura costituzionalmente orientata del diritto penale – al di là delle stesse intenzioni di un autore di formazione pur sempre positivista come Bricola – appariva sin dall'inizio non già il risultato del mero riferimento testuale a singole disposizioni costituzionali interpretate isolatamente o anche in una ricercata connessione sistematica: bensì appariva, ancor prima, l'esisto di scelte politico-

⁹ Cfr., ad esempio, D'ATENA, *op. cit.*, 3069: "(...) è largamente diffusa la consapevolezza che le disposizioni normative si prestano frequentemente a letture alternative, le quali impongono una scelta, in cui si insinuano inevitabilmente giudizi di valore". In tema di interpretazione costituzionale, difende una posizione equilibrata in termini di metodo giuspositivista "temperato" o critico, che concede spazio a possibilità "creative" dell'interprete mettendo nel contempo in guardia da un eccesso di soggettivismo, PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2001, 35 ss. Propone invece un superamento del metodo positivistico nell'interpretazione delle norme costituzionali, in adesione alla "teoria dei valori", BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4/1991, 639 ss. Da ultimo, sul problema dell'interpretazione nello Stato di diritto costituzionale, cfr. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012.

culturali di fondo che traevano primitiva ispirazione dalla cultura del garantismo penale post-illuminista, e che venivano in un secondo tempo rivestite (anche) di rilevanza costituzionale sulla base di un approccio ricostruttivo effettuato più in termini di consonanza sostanziale con la dimensione valoriale sottostante alla Costituzione, che non di stretta fedeltà testuale a singole disposizioni scritte¹⁰. Emblematico, da questo punto di vista, il complesso percorso ermeneutico (fatto proprio, successivamente, dalla giurisprudenza costituzionale) mediante il quale si è argomentata, in assenza di riferimenti normativi espliciti, la (implicita) costituzionalizzazione non solo del principio di colpevolezza ma, prima ancora, del principio di offensività: principi espressivi, entrambi, di forti istanze individualgarantistiche sui due versanti dell'elemento soggettivo e dell'elemento oggettivo del reato. Come sappiamo, si tratta di principi diffusamente considerati ormai come una sorta di *abc* di un garantismo penale di rilievo costituzionale; i quali però – a dispetto di questa raggiunta elevata dignità di principio – continuano, paradossalmente, ad apparire non poco problematici allorché si tratta di passare dalla (idealistica) affermazione del loro rilievo costituzionale alla (realistica) implementazione dei presupposti empirici e tecnico-giuridici della loro operatività pratica.

Rimane da aggiungere, a questo punto, che l'illusione di potere ricostruire una legalità penale di livello costituzionale avvalendosi pur sempre di un metodo positivistico-legalistico finiva, d'altra parte, con l'aver come effetto una mancata o insufficiente tematizzazione di alcune questioni davvero cruciali: questioni cioè di teoria e prassi della democrazia, relative al complessissimo modo d'atteggiarsi dei rapporti tra deliberazione democratica e vincoli costituzionali, e ciò sul duplice versante del processo legislativo e del controllo di costituzionalità. Questioni, queste, che sono andate emergendo con crescente presa di consapevolezza nel corso de-

¹⁰ FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., 42 ss.

gli ultimi anni, e di cui è opportuno – ritengo – che anche il penalista di mestiere si faccia carico per quanto gli compete¹¹: ancorché si tratti di problemi non specificamente penalistici, ma di portata ben più generale, in quanto relativi ai rapporti tra politica, Costituzione e diritto nelle democrazie contemporanee.

2. Dopo aver sottoposto a vaglio critico il retroterra culturale di sfondo e l'approccio metodologico caratterizzanti in generale la teorizzazione di Bricola, si tratta adesso di riaccostarsi più da vicino al modo con cui lo stesso Bricola ha impostato il risalente problema della selezione dei beni giuridici bisognosi e meritevoli di tutela penale.

Come anticipato, l'idea di rivestire il vecchio dogma del bene giuridico di nuovi panni costituzionali conduce alla ben nota definizione del reato come fatto lesivo di un valore costituzionale. Com'è evidente e com'è risaputo, ciò presuppone la tesi che il legislatore ordinario sia legittimato a munire di tutela penale soltanto beni costituzionalmente rilevanti. In questo quadro concettuale, il

¹¹ Sia consentito rinviare ai seguenti miei scritti: *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36/2007, 1247 ss.; *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 ss.; *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, 2009, 115 ss.; *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Riscato e E. La Rosa, Torino, 2009, 18 ss.; *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227 ss.; *Punire la semplice immoralità? Un interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 207 ss.; *Sui "giudizi di fatto" in materia penale tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 265 ss.; *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, V, 1 ss.; *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.; *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012, 207 ss.

principio di offensività si specifica dunque in funzione del principio della protezione dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti, quale scopo ultimo del diritto penale. In quanto entrambi i principi non sono menzionati espressamente nel testo costituzionale, bensì ricavati per via d'interpretazione, se ne desume che la loro natura è quella di principi costituzionali "impliciti". Quanto agli argomenti interpretativi sviluppati da Bricola assumendo in particolare a punto di riferimento gli artt. 25, comma 2, 27 comma 3 e 13 Cost., si tratta di un percorso ermeneutico-ricostruttivo assai noto per doverlo riprodurre anche in questa sede¹².

Piuttosto, incentrando l'attenzione sui nodi fondamentali di tutta l'impostazione, il primo problema di fondo da affrontare concerne lo stesso concetto di "rilevanza costituzionale". Si tratta, non a caso, di una questione centrale ben nota, non poco dibattuta e di cui si mostra più che consapevole lo stesso Bricola. Il quale, per sottrarre la sua concezione al prevedibile rimprovero che la prospettiva di un *numerus clausus* di entità tutelabili comporterebbe come effetto di ridurre eccessivamente l'ambito del penalmente tutelabile, propone come correttivo il notissimo criterio della rilevanza "implicita". Ciò in un duplice senso: 1) la tutela penale può essere legittimamente estesa dal legislatore a beni che trovino nella Costituzione un riconoscimento soltanto implicito, come ad esempio nel caso emblematico del bene della vita: pur non essendo espressamente menzionato in alcuna disposizione costituzionale, è logico ritenere che la protezione di tale bene costituisca presupposto logico ed empirico della salvaguardia di tutti gli altri beni connessi direttamente o indirettamente alla persona umana; 2) la tutela penale può altresì essere estesa a quei beni che, pur privi di rilevanza costituzionale espressa, si trovino in realtà rispetto a un valore costituzionale (espresso) in un rapporto di "presupposizione necessaria": tale per cui la lesione dei primi risulti idonea a mettere in pericolo il se-

¹² Per una analisi in dettaglio, v. FIANDACA, *Il bene giuridico*, cit.; ID., in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 117 s.

condo (si consideri, ad esempio, il bene della sicurezza del traffico rispetto alla protezione della vita e dell'incolumità delle persone).

Senonché, a maggior ragione riconsiderato oggi, il concetto estensivo della rilevanza implicita – per quanto ragionevole – rivela tutta la sua natura di rimedio al tempo stesso rischioso e illusorio. Aprire le porte a un simile concetto vuol dire, infatti, consentirne di fatto un impiego anche assai lasco, e ciò per una ragione evidente ed intuibile: rilievo “implicito” è parametro troppo duttile, labile e manipolabile per potere assicurare una credibile funzione delimitativa dell'ambito della tutela legittima. In effetti, di fronte a eventuali richieste o aspettative sociali di protezione di un qualche bene avente a prima vista sembianze non banali o banalizzabili, non sarebbe per nulla difficile cercare di argomentarne forme di implicita o indiretta rilevanza costituzionale.

Ma, quale che sia la forza o debolezza del parametro della rilevanza costituzionale, l'uso del concetto si rivela altresì problematico – come si è anticipato – al momento di tentare di istituire rapporti di gerarchia tra beni, e ciò anche nell'ipotesi in cui si tratti di beni o interessi di cui si possa pacificamente asserire un riconoscimento costituzionale espresso. Si può ad esempio stabilire, in via generale e astratta, se nell'orizzonte costituzionale pesino di più i beni a carattere individuale o quelli a carattere superindividuale? In realtà, come è stato ben rilevato, non è possibile “stabilire a priori un'astratta gerarchia di valori costituzionali, né in senso cardinale, cioè determinando il peso o rango specifico con l'assegnazione di un punteggio, né in senso ordinale, cioè fissando relazioni di sovra-sottordinazione oppure di equiordinazione”¹³. Piuttosto, la prevalenza attribuibile all'uno o all'altro tipo di interessi dipenderà dalle opzioni politiche che si compiono a monte del testo costituzionale e che ne condizionano inevitabilmente l'interpretazione. Peraltro, i dubbi ricorrenti relativi al modo di fare interagire la di-

¹³ MENGONI, *Relazione introduttiva*, in *Riv. critica dir. privato*, 1990, 15.

mensione liberale e la dimensione solidaristica (entrambe compresenti nella Costituzione) si ripropongono al momento di stabilire se e in che misura il diritto penale si presti, dal punto di vista della legittimità prima che dell'efficacia, a fungere da strumento che concorre alla realizzazione del modello di società e degli obiettivi di promozione sociale prefigurati nella Carta costituzionale. A nostro avviso, si presta poco; ma è da ritenere, ancora una volta, che le risposte in proposito siano più di natura politica (o politico-criminale) che di stretta interpretazione costituzionale.

È appena il caso, a questo punto, di esplicitare che la debole attitudine orientativa del parametro della rilevanza costituzionale comporta come conseguenza che tale parametro di fatto poco si presti ad assolvere quella funzione critico-delimitativa dell'area del penalmente rilevante che ha rappresentato, invece, il principale motivo ispiratore di tutti i tentativi teorici di recupero di una concezione materiale del bene giuridico. Piuttosto, può sorprendere soltanto a prima vista il fatto che la concezione costituzionalmente orientata abbia ispirato – come in realtà è avvenuto – anche richieste di nuovo intervento penale o pretese di ri-penalizzazione di settori fatti oggetto di precedenti scelte depenalizzatrici: ciò nel presupposto, alquanto controvertibile invero sotto un profilo teorico, che da una Costituzione come quella italiana siano desumibili veri e propri obblighi di tutela penale in funzione dell'importanza e del rango del bene o interesse in questione all'interno di un supposto ordine gerarchico di valori costituzionali¹⁴. Em-

¹⁴ In senso giustamente critico – almeno con riferimento a un frangente storico-costituzionale precedente quel processo di accentuata europeizzazione del nostro ordinamento, che ha comportato la riscrittura dell'art. 117 Cost. – v. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss. Per una disamina del complesso tema con riferimento agli anni più recenti cfr. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Signorella, Milano, 2012.

blematiche esemplificazioni di questo discutibile orientamento sono rinvenibili – tra l'altro – in alcune eccezioni di costituzionalità *in malam partem* sollevate in passato (ma poi respinte dalla Consulta) per contestare scelte legislative che modificavano in senso restrittivo precedenti assetti di tutela penale di raggio più ampio (ad esempio in materia di aborto o di inquinamento)¹⁵. Orbene, ad una riflessione più attenta, questa tentazione di valorizzare la concezione costituzionalmente orientata del bene giuridico in una chiave (più che restrittiva) espansiva della punibilità non sorprende per una ragione che vale la pena ribadire. In effetti, la Costituzione come testo scritto di per sé consente differenti linee interpretativo-ricostruttive anche con riferimento al modo di concepire il rango di ciascun valore e le relazioni tra i diversi valori costituzionalmente rilevanti: mentre la scelta di una linea ricostruttiva in luogo di altre altrettanto possibili avviene inevitabilmente sulla base di opzioni morali, culturali o politico-ideologiche che si collocano a monte dell'interpretazione testuale. Ciò comporta, per chi privilegi una prospettiva laica che punti a emancipare il più possibile la scelta dei contenuti della tutela penale dal pregiudiziale condizionamento esercitato da qualche concezione etica 'comprensiva', un intuibile rischio da cui guardarsi: il rischio cioè di "ipotizzare una politica criminale condizionata non dal calcolo dei costi della repressione, ma da ideologie sui fini"¹⁶.

Orbene: se la stessa interpretazione dei valori e dei principi costituzionali risente non poco delle diverse ideologie di fondo e della differente sensibilità culturale dei singoli interpreti, ne deriva che dall'ancoraggio al testo costituzionale in quanto tale non si può desumere una concezione univoca della tutela penale sviluppabile anche nei dettagli: piuttosto, possono risultare legittimi, perché

¹⁵ Per riferimenti in proposito si rinvia a PULITANO, *op. cit.*

¹⁶ TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica in Italia. Intervista a Giovanni Tarello*, a cura di M. Bessone, Bologna, 1979, 32.

tutti conformi a Costituzione, più modelli di diritto penale, con rispettivi orizzonti di tutela sia di latitudine più estesa sia di ampiezza più ridotta. Se ciò è vero, non sorprende che in seno alla stessa dottrina italiana la prospettiva costituzionalistica abbia finito, nell'evoluzione successiva alla teorizzazione bricoliana, col ramificarsi in più filoni dottrinali rispettivamente riconducibili a un modello ora più rigido, ora più debole e aperto di ancoraggio alla Costituzione. Con tendenziale prevalenza, peraltro, del modello di approccio meno rigido, a sua volta articolato in versioni non del tutto coincidenti.

In estrema sintesi, le posizioni sono riassumibili nei termini seguenti. Cominciando dal polo del costituzionalismo più rigoroso, v'è chi (spingendosi oltre lo stesso Bricola!) pretende di circoscrivere il legittimo ambito della tutela penale soltanto a quei beni che, oltre ad essere contemplati nella Costituzione, integrino per di più le condizioni fondamentali della convivenza sociale (così argomentando anche sulla base dei presunti riflessi limitativi derivanti dal principio di rieducazione)¹⁷: è fin troppo facile però obiettare che quello di condizioni fondamentali o presupposti minimi della convivenza è concetto troppo generico e vago per poterne desumere indicazioni vincolanti sul piano della politica dei beni giuridici tutelabili. Mentre, passando al polo contrapposto dell'orientamento meno rigido e più aperto, da tempo tendenzialmente maggioritario, le posizioni oscillano nei termini seguenti. Alcuni si accontentano di richiedere che il bene in questione (ad esempio, pietà dei defunti), pur non essendo menzionato nel testo costituzionale, sia comunque inscrivibile nel più ampio quadro dei valori anche a carattere etico-sociale che fa da implicito retroterra assiologico del sistema costituzionale¹⁸. Altri autori richiedono che i beni o interessi candidabili alla tutela penale siano semplicemente compatibili o

¹⁷ Così, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 124 ss.

¹⁸ Questo è l'orientamento ancora espresso da chi scrive, a livello manualistico, in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna, 2010, 14 ss.

non incompatibili con la Costituzione¹⁹. Ma non manca neppure chi, non ritenendo sufficiente la mera compatibilità (o non incompatibilità), tende a estromettere dall'area di una legittima protezione penale beni o interessi "non coerenti con le fondamentali connotazioni di valore del quadro di civile convivenza sotteso alla Carta fondamentale"²⁰. A ben vedere, le posizioni ora riassunte esemplificano in fondo sfumature diverse di un orientamento che nella sostanza risulta largamente omogeneo. E si tratta, indubbiamente, di un orientamento accomunato dalla ferma consapevolezza che sarebbe una suggestione ingenua la pretesa di guardare alla Costituzione come un sistema chiuso e autosufficiente di valori da travasare, in maniera inderogabilmente vincolante, nei contenuti della tutela penale. Oltretutto, se così fosse, si finirebbe – inammissibilmente – col sottrarre le scelte di penalizzazione al metodo della discussione pubblica tipico del regime democratico: mentre è proprio il rispetto di questo metodo a impedire di trasformare la Costituzione in una sorta di fisso e intangibile 'diritto naturale positivizzato'!

Sotto tale profilo, ci sentiamo di condividere l'orientamento di fondo espresso dalla Corte costituzionale tedesca nella ormai nota sentenza del 26 febbraio 2008 in tema di incesto²¹. In sintesi, la Corte ha ragione di rilevare che contrasterebbe in realtà con lo stesso principio democratico (quale principio-cardine, appunto, della stessa democrazia costituzionale) pretendere di imporre al legislatore concezioni pre-costituite del bene giuridico, come tali tendenti a orientare il potere legislativo di decidere in forme rigidamente vincolanti. Come pure è condivisibile l'ulteriore assunto secondo

¹⁹ Ad esempio, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 499; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen., Milano, 2003, 234 ss.

²⁰ Così, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 123.

²¹ Pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss. con nota di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*.

cui la teoria del bene giuridico, comunque concepita in sede accademica, non è in ogni caso legittimata a fornire criteri di tipo contenutistico destinati a essere obbligatoriamente recepiti nella sfera costituzionale.

D'altra parte, e non a caso, l'impossibilità di porre vincoli rigidi alla discrezionalità legislativa è confermata dal consolidato atteggiamento anche della giurisprudenza costituzionale italiana, la quale non ha mancato e non manca di sottolineare – pur escludendo, in linea di astratto principio, che il legislatore sia sostanzialmente arbitro delle scelte di criminalizzazione – che la selezione dei fatti punibili rientra ampiamente nel potere decisionale del sovrano democratico, beninteso salvo i casi di palese contrasto con diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti o di irragionevolezza manifesta. Non sorprende, pertanto, che non siano finora rinvenibili significativi esempi di pronunce di illegittimità costituzionale di singole fattispecie incriminatrici specificamente motivate in base alla ritenuta mancanza di rilevanza costituzionale o, comunque, in base alla ritenuta assenza di un qualche bene giuridico meritevole di protezione²².

È pur vero, per altro verso, che gli spazi entro i quali il potere legislativo è autorizzato a compiere scelte di tutela discrezionali, come tali esenti da vincoli costituzionalmente cogenti, è la stessa giurisprudenza costituzionale a tracciarli; e vengono ancora una volta tracciati "secondo atteggiamenti più o meno attivistici che non dipendono dal diritto costituzionale positivo, ma dalla comprensione di se stessa e del proprio ruolo che, in ogni momento della dinamica delle istituzioni politiche, ha la Corte costituzionale"²³.

²² Per esemplificazioni relative alle isolate ipotesi in cui la Consulta ha in qualche modo e misura affrontato il problema dell'esistenza di un qualche apprezzabile bene giuridico sottostante alla fattispecie incriminatrice sospettabile di incostituzionalità cfr. FIANDACA, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 130 s.

²³ ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 298.

Ancora una volta, dunque, appare determinante il concreto modo d'atteggiarsi delle relazioni tra il diritto costituzionale scritto e le contingenti dinamiche di funzionamento del sistema democratico.

3. Dover necessariamente optare per una concezione il più possibile aperta della teoria costituzionale dei beni giuridici equivale alla fine – fuori da ogni ipocrisia intellettuale – a rassegnarsi a degradare il testo costituzionale a un libro prevalentemente composto di pagine bianche? In ogni caso, è certo che una simile opzione è frutto della presa d'atto della 'complessità' della interazione tra testo costituzionale, universo dei valori etico-sociali, discussione pubblica, politica criminale e politica senza aggettivi. Inserito in questo processo di complessa interazione, quello di bene giuridico diventa un concetto inevitabilmente "a rischio", cioè suscettibile ad un tempo di diventare oggetto di possibili convergenze, tensioni e conflitti in funzione dei differenti punti di vista assiologici di partenza. Esso può certo potenzialmente ambire a esercitare il ruolo di un "topos argomentativo" accreditato da una lunga tradizione culturale (beninteso, non da solo, ma integrato dall'insieme di tutti gli altri criteri politico-criminali pertinenti: sussidiarietà, proporzionalità, conformità allo scopo ecc.)²⁴. Nulla garantisce, però, in anticipo che esso risulti davvero determinante nell'orientare le concrete scelte legislative (sul punto torneremo nell'ambito dei prossimi rilievi).

Ma come va concepita la funzione orientativa di un concetto di bene giuridico ridotto a topos argomentativo all'interno della discussione pubblica e del confronto politico? Secondo chi scrive, la vera sostanza di un approccio costituzionale al bene giuridico può essere riassunta nelle asserzioni seguenti. Prendendo le mosse dalla logica propria del principio di proporzione, quale principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico (e, dunque, dello stesso diritto penale), per cui ciascuna misura sanzionatoria deve risulta-

²⁴ HASSEMER, *Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, 1990, 88.

re proporzionata rispetto all'obiettivo di tutela perseguito, deriva – tra l'altro – come implicazione necessaria che la scelta legislativa del bene da proteggere non sia arbitraria, bensì razionalmente argomentabile. In questo senso, si può dire che dalla Costituzione deriva un implicito appello al legislatore democratico perché esso, prima di deliberare a favore della creazione (o della modifica o abolizione) di qualche figura di reato, ponderi in maniera il più possibile razionale la necessità e meritevolezza di tutela penale del bene o interesse sottostante. È molto o è poco? Guardando le cose in questa prospettiva visuale, il grado di fondatezza della scelta politico-criminale dipenderà in non piccola misura dal livello di approfondimento e di discorsività raggiunto in sede di dibattito democratico. Se così è, al di là della rilevanza costituzionale effettiva o fittizia del *quid* candidabile alla protezione penale, risulterà determinante la qualità e serietà del processo deliberativo; e con ciò, evidentemente, il discorso trascende lo stretto ambito del diritto penale e finisce col toccare il problema, ben più generale, delle modalità (cattive più che buone!) di funzionamento delle democrazie contemporanee.

Volendo tirare in qualche modo le fila di tutte le considerazioni che precedono, rimane a questo punto da chiedersi: un concetto di bene giuridico ridotto a paradigma argomentativo nel senso di cui sopra è ancora riconducibile al novero delle concezioni cosiddette materiali? In effetti, l'enfasi qui posta sulla qualità e serietà del confronto democratico quale garanzia di scelte di penalizzazione razionali o almeno ragionevoli, sembra comportare un mutamento di angolazione prospettica sfociante in definitiva in una sorta di concezione (non già materiale o sostanziale, bensì) *procedurale* dell'area della tutela penale legittima: nel senso che gli oggetti riconosciuti meritevoli di protezione sarebbero tali non già in virtù di loro proprietà intrinseche preesistenti all'opzione legislativa, bensì soltanto all'esito di una valutazione compiuta appunto in base alle regole discorsive della ragione pubblica (in senso rawlsiano) e del dibattito democratico. Orbene, si potrebbe anche parlare di concezione procedurale più che sostanziale del bene giuridico, ma a condizione di

non trascurare un punto essenziale. Nell'impostazione qui abbozzata, si vorrebbe pur sempre evitare di riconoscere come legittimo oggetto di tutela tutto ciò che una semplice maggioranza politica decidesse a suo piacimento, o per puro calcolo elettorale, di dotare di presidio penale; piuttosto, l'accento posto su di un adeguato livello di confronto discorsivo interno al dibattito democratico comporta (quantomeno in teoria) l'esigenza di dare spazio al principio costituzionale del pluralismo politico-ideologico e di tener conto delle posizioni politico-culturali di minoranza. Ecco che, da questo punto di vista, il topos del bene giuridico mantiene una valenza critica almeno potenziale ai fini di una approfondita verifica, se non proprio di una problematizzazione radicale, delle scelte politiche in materia penale. Il grado di effettività di tale valenza critica finisce, beninteso, col dipendere da condizioni esterne di contesto. A cominciare dalla disponibilità degli attori politici di turno a includere parametri concettuali critico-delimitativi della punibilità tra i punti di vista realmente destinati a orientare le decisioni di politica penale. Disponibilità che, a sua volta, potrebbe essere sollecitata o rafforzata dalla capacità della dottrina penalistica di uscire dai recinti accademici per assumere un ruolo di interlocutrice degna di ascolto nei circuiti istituzionali della deliberazione politica. Purtroppo, nel corso degli anni i teorici del diritto penale sono andati sempre più perdendo terreno quanto ad attitudine a interloquire con la politica, e ciò sia per limiti soggettivi sia per cause esterne connesse agli orientamenti contingenti del quadro politico. La situazione si è, peraltro, aggravata negli anni più recenti per effetto della nota emersione di forme di populismo penale tendenti a ri-politicizzare la questione criminale in chiave di tutela repressiva dell'ordine pubblico, con conseguente tendenza a ignorare il contributo critico degli esperti e dei giuristi di formazione liberalgarantista. Si tratta di tendenze ben note, già sottoposte più volte a vaglio critico²⁵.

²⁵ In proposito, più diffusamente, FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, V, 1 ss.

Riguardato in particolare sotto l'angolazione prospettica dei concreti orientamenti politico-partitici, il costituzionalismo penale, piuttosto che progredire, è andato dunque progressivamente regredendo dai primi anni '70 in poi, cioè dall'epoca d'oro in cui era maturata la speranza – o, dovremmo dire, l'illusione – di creare un diritto penale più moderno e al tempo stesso più giusto su basi costituzionali. Ma nel contempo è andata via via perdendo attualità, più in generale, l'idea di concepire ogni settore dell'ordinamento giuridico come attuazione di un preesistente progetto o programma costituzionale. Già da alcuni anni, la parola d'ordine è semmai diventata quella di riformare la stessa Costituzione (per adeguarla a un presunto mutato spirito dei tempi). Se le cose stanno così, potremmo conservare nella sola provincia penalistica uno stile di approccio alla Costituzione che ha finito col perdere *appeal* più in generale?

Ma la medaglia ha un suo rovescio, che contribuisce a controbilanciare diagnosi eccessivamente pessimistiche. Se il costituzionalismo penale è andato regredendo sul versante politico, un fenomeno contrario a carattere espansivo si è invece parallelamente registrato sul versante giurisdizionale. Ciò nel senso che, a livello sia nazionale che sovranazionale, si è anche in campo penale intensificata la sensibilità dei giudici (non soltanto costituzionali) per la garanzia dei diritti fondamentali, concepiti – in primo luogo – come barriere da opporre all'abuso o arbitrio punitivo. Questo rafforzamento del costituzionalismo giurisdizionale nello stesso settore penale rappresenta anch'esso un riflesso, inevitabile, delle più generali trasformazioni indotte prima dall'avvento dello Stato costituzionale e, successivamente, dall'avanzata di un costituzionalismo che trascende i confini nazionali e che beneficia del dialogo tra le diverse Corti (nazionali, sovranazionali e internazionali). Per effetto di questa complessa interazione a più livelli (o costituzionalismo "multilivello"), lo stesso diritto penale finisce col subire una sensibile attenuazione della sua tradizionale caratterizzazione legalistica in senso forte, mentre acquista mag-

giore spazio e legittimità il diritto giurisprudenziale con conseguente rafforzamento del contributo 'creativo' del potere giudiziario ai fini della determinazione della portata e dei limiti dei fatti punibili ²⁶.

²⁶ Si vedano al riguardo gli acuti rilievi di FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012, 191 ss.

VI

Esempi di beni giuridici problematici

Finora il tema del bene giuridico è stato impostato in termini tendenzialmente generali, senza concentrare l'attenzione su specifiche categorie o tipologie di beni. Questa tendenza alla generalizzazione costituisce, ad un tempo, un pregio ed un limite di ogni teoria interessata al problema della legittimazione del diritto penale. A ben vedere, un limite perché solo la considerazione ravvicinata di singoli beni ne può mettere di volta in volta in giusta evidenza le rispettive caratteristiche di problematicità; e ciò sotto le diverse angolazioni sia delle rispettive connotazioni strutturali, sia del tipo di contro-interessi e/o di diritti fondamentali con cui i singoli beni sono destinati ora a interagire ora a confliggere. Da questo punto di vista, ogni singolo bene giuridico di una certa complessità somiglia a una sorta di sottosistema specifico, che presenta profili problematici in parte comuni ed in parte diversi rispetto agli altri oggetti di tutela. E, non di rado, gli aspetti di irriducibile diversità tendono a prevalere rispetto alle analogie. È anche per questa ragione che risulta difficile istituire tra i diversi beni relazioni logiche e assiologiche riconducibili a un sistema rigorosamente unitario e coerente.

È appena il caso altresì di esplicitare che è in rapporto a specifiche figure o fisionomie di beni o interessi che si colgono con maggiore evidenza i pregi e i possibili limiti di un approccio costituzionale valorizzato in funzione interpretativo-ricostruttiva. Com'è noto, questo tipo di approccio è stato più volte utilizzato dagli interpreti dottrinali e giurisprudenziali allo scopo di rileggere alla luce della Costituzione contenuti di tutela penale eredi-

tati dal passato e sospettati, per una qualche ragione, di sopravvenuta illegittimità costituzionale. Ma nulla impedisce di procedere allo stesso modo in presenza di eventuali problemi di compatibilità costituzionale sollevati anche da fattispecie penali di nuovo conio: al di là della facoltà di sollevare una eccezione di illegittimità dinnanzi al giudice delle leggi, può pur sempre essere tentata la strada di realizzare per via interpretativa una riconversione costituzionalmente orientata del bene protetto. Con l'avvertenza, tuttavia, che questi interventi di ortopedia ermeneutica vanno non di rado incontro al rischio di risolversi in operazioni para-legislative più o meno mascherate, come tali interdette (almeno in teoria) agli interpreti/applicatori delle norme positive.

Ma, com'è pure noto, residua una terza possibilità, vale a dire che l'interpretazione costituzionalmente orientata venga impiegata allo scopo di adeguare meglio il senso o la finalità della tutela ai principi e ai valori costituzionali, e ciò anche al di fuori di veri e propri dubbi di costituzionalità.

Qui di seguito, senza alcuna pretesa di completezza e per di più in maniera rapsodica e sintetica, procederemo ad alcune esemplificazioni di beni a vario titolo problematici anche da un punto di vista interpretativo-ricostruttivo, rispettivamente appartenenti alcuni all'area dei beni giuridici individuali e altri a quella dei beni meta-individuali.

1. (*Onore*) Può apparire a prima vista arbitrario prendere le mosse dall'onore, bene giuridico individuale rientrando tra le più classiche e storicamente risalenti oggettività penalistiche. Senonché, nonostante si tratti di un oggetto di tutela così consolidato da risultare pressoché scontato, l'onore ha paradossalmente mantenuto lungo i decenni le sembianze fantasmatiche di un bene sfuggente, assai poco afferrabile: non a caso, si è ancora di recente affermato che l'"onore è il bene giuridico più sottile, più difficile da cogliere con i guanti di legno del diritto penale e perciò quello meno ef-

ficacemente tutelato nel nostro sistema penale”¹. E questa sua congenita indeterminatezza ha finito, inevitabilmente, col condizionare nei diversi periodi storici la soluzione del problema relativo al significato e agli scopi della protezione ad esso riservata dalla legge penale. Così, nel corso del tempo, si sono succedute diverse concezioni dell’onore tutelabile. Una concezione *fattuale*, che lo identifica con uno stato psicologico, a sua volta individuale o psicosociale. Una concezione *normativa*, che prescinde da qualsiasi dimensione empirica e considera l’onore come un bene appartenente a qualsiasi uomo, quale una delle possibili specificazioni della dignità umana (bene quest’ultimo, come vedremo, a sua volta non meno fantasmatico!). E una terza concezione mista o di compromesso, denominata *normativo-fattuale*, che combina insieme l’empiria e il dover essere e che ha finito per tenere il campo per non pochi anni². Com’è intuibile, nessuna di queste tre concezioni si sottrae a possibili obiezioni critiche. Mentre la prima, assumendo a oggetto di tutela il sentimento dell’onore quale fenomeno psichico reale, si espone alla critica di soggettivizzare eccessivamente l’oggetto della tutela e di rendere perciò il soggetto passivo arbitro della punibilità, la concezione normativa va incontro all’obiezione di ridurre l’onore ad un astratto valore morale universale. Quanto invece all’orientamento normativo-fattuale, esso cerca di raggiungere un obiettivo non facile, cioè quello di istituire una interazione equilibrata tra l’onore o reputazione come dato empirico e l’onore come valore intrinseco di ogni uomo.

Ciò che va in particolare evidenziato è però lo sforzo, compiuto da una parte della dottrina più consapevole, di determinare me-

¹ MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht*, B.T., Teilband 1, Heidelberg, 2003, 247.

² Per un lucido quadro ricostruttivo cfr. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005; in precedenza, cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit. Nell’ambito della letteratura più recente, GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell’intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l’onore*, Roma, 2013.

glio il senso del bene in questione collocando l'approccio normativo-fattuale entro un orizzonte costituzionalmente orientato. Sforzo che ha, invero, indotto a prospettare la tesi secondo cui l'onore consisterebbe nel "*rapporto di riconoscimento*" che rende possibili l'autonomia dei singoli e la conseguente prospettiva di uno sviluppo personale all'interno di una comunità di eguali. Ecco che, in questo orizzonte costituzionale, al diritto penale competerebbe di proteggere un tale rapporto di riconoscimento: l'offesa dell'onore comporterebbe, quindi, la "violazione del rapporto di riconoscimento, che ha per contenuto la dignità sociale dell'uomo"³.

Ma, più di recente, non è neppure mancato un tentativo di percorrere una strada diversa dall'ancoraggio costituzionale, optandosi invece per un approccio a carattere sociologico-funzionalistico. Si allude all'ipotesi ricostruttiva sviluppata da Knut Amelung col proposito di porre il bene in parola più con i piedi per terra, e sfociante in sintesi nella tesi secondo cui l'onore (inteso in senso minimale come costruito a carattere generalizzante) costituirebbe un presupposto fondamentale della comunicazione sociale⁴.

Sono, i due da ultimo accennati, modi convincenti di conferire all'onore sembianze meno sfuggenti? Quanto innanzitutto all'approccio in chiave costituzionale, non si può non rilevare che, se l'accento sul concetto di "*rapporto di riconoscimento*" è stato posto al fine di irrobustire la base empirica dell'oggetto di protezione, il mero riferimento ai "*rapporti umani*" rimane elemento troppo generico e vago per consentire una adeguata concretizzazione del suddetto concetto. Per altro verso, a dispetto delle buone intenzioni, altrettanto difficile risulta trarre indicazioni chiaramente delimitative della portata della tutela penale dal non meno ge-

³ MUSCO, *op. cit.*, 147.

⁴ AMELUNG, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrenbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Baden Baden, 2002, 45 ss.

nerico concetto sociologico di onore quale presupposto della comunicazione sociale.

Né la Costituzione come testo scritto o astratta tavola di valori, né la teoria sociologica della comunicazione sembrano dunque in grado di prestare al penalista servigi dotati di efficacia risolutiva. Come riuscire a predefinire una nozione generale di onore idonea a contemperare generalizzazione concettuale e determinazione concreta, tanto più se si considera che nelle attuali società complesse e pluralistiche l'onore non può che articolarsi in una molteplicità di onori specifici in funzione del gruppo sociale, dell'attività professionale o della cultura di appartenenza?

È verosimile che, nella realtà di oggi, sia divenuto impossibile quel che d'altronde non è mai stato facile: predeterminare concettualmente l'onore tutelabile in modo tale che la previa definizione del bene protetto orienti la selezione dei fatti tipici. Piuttosto, da un lato l'accresciuta indeterminatezza e fluidità dell'onore in sé considerato, dall'altro l'esigenza costituzionalmente inderogabile di contemperare la sua tutela penale col rispetto dovuto al fondamentale diritto alla libera manifestazione del pensiero sono fattori che, interagendo fortemente, spingono assai probabilmente verso una conclusione nuova, paradossale o sorprendente soltanto a prima vista. Cioè, a ben vedere, i noti parametri sulla cui base la giurisprudenza suole operare – in particolare nel caso della diffamazione a mezzo stampa – il bilanciamento tra la libera manifestazione del pensiero e l'altrui reputazione (cioè verità o verosimiglianza della notizia, interesse pubblico alla sua diffusione, continenza della forma espressiva), lungi dal fungere da esimenti che eventualmente scriminano dall'esterno fatti lesivi già tipici, finiscono col contribuire essi stessi a fondare il giudizio di tipicità in quanto criteri che concretizzano un bene tutelabile che non preesiste alle operazioni di bilanciamento. Insomma, l'onore tutelabile non esiste come tale, esso viene a esistenza soltanto *ex post* come risultato di complessi bilanciamenti, intrisi anche di forti componenti valutative circa il modo di concepire e dare spazio ai diritti

costituzionalmente rilevanti; per cui sono tali diritti a *co-determinare* il senso e i limiti dell'onore penalmente rilevante⁵.

Certo, una conclusione siffatta può anche suonare alquanto nichilistica. In ogni caso, essa fornisce una significativa riprova del fatto che l'onore sempre meno appartiene al novero di quei beni giuridici, la cui rilevanza penale continua ad apparire esente da riserve o dubbi.

2. (*Dignità umana*) Per certi versi si tratta di un bene giuridico ancora più vago e indefinibile dell'onore, cui è d'altra parte accomunato dall'essere anche la dignità umana un "costrutto storico": il suo significato muta con l'evoluzione delle concezioni morali e dei modelli culturali che influenzano e orientano l'immagine e l'autocoscienza dell'essere umano. Ma vi è di più. Essendo condizionata dalle visioni morali, a maggior ragione in un'epoca di intenso pluralismo come la nostra, l'idea di dignità consente ricostruzioni *pluralistiche*: lungi dall'essere tutti veramente d'accordo al momento di specificare cosa essa sia, il modo d'intenderla varia in funzione – per dirla con John Rawls – delle concezioni morali "comprehensive" cui si aderisce e, persino, della sensibilità personale o reattività emotiva di ciascuno⁶.

Ma il paradosso, almeno apparente, in cui ci imbattiamo è questo: nonostante si tratti (o proprio perché si tratta?) di entità vaga ed essenzialmente controvertibile, la dignità umana è andata sempre più assurgendo nel corso degli ultimi decenni a valore, bene o

⁵ Per questa impostazione v., più diffusamente, TESAURO, *op. cit.*, 25 ss.

⁶ Cfr. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 560; BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà d'espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2013, 829 ss. Per un recente approccio di più ampio respiro, ad un tempo penalistico-costituzionalistico-giusfilosofico, cfr. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013. Quanto al concetto filosofico di concezioni morali "comprehensive", da intendere come concezioni che esprimono visioni particolari del bene e della vita buona, v. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it., Roma, 2008, 12 ss.

diritto fondamentale di rango superiore (le diverse etichettature vengono impiegate in modo equipollente nel lessico giuridico usuale) che maggiormente qualifica l'essere umano e che, pertanto, trova ormai riconoscimento anche espresso in non poche fonti internazionali e Carte costituzionali, attraversando pressoché tutti i settori dell'ordinamento. Ma questo processo di avanzata positivizzazione normativa, per quanto importante e non privo di implicazioni giuridiche, da solo in realtà non basta a porre i giuristi positivi nella condizione di poter finalmente definire con maggiore precisione in che cosa la dignità consista: per stabilirlo continuano, infatti, ad esercitare un peso tutt'altro che secondario 'pre-comprensioni' che affondano le radici in retroterra extranormativi destinati, inevitabilmente, a condizionare le operazioni ermeneutico-ricostruttive.

Come è stato ben rilevato, la dignità "al pari e più degli altri diritti fondamentali, non parla mai da sola, non è un oggetto puro e incontaminato suscettibile di mera certificazione tecnica da parte di legislatori e giudici, ma presuppone sempre un'autorità politica (o giuridica) che ne precisi di volta in volta la specifica fisionomia e ne amministri i contenuti: e ciò sempre e solo in base a ineludibili scelte di carattere etico-politico"⁷.

Se ci chiediamo come mai allora la dignità sia divenuta destinataria di un consenso sempre più diffuso come diritto o bene meritevole di tutela (anche penale), ciò verosimilmente si spiega sulla base di due motivazioni: per un verso, essa indubbiamente si atteggia a entità dotata di una forte carica emozionale, che a sua volta veicola comunque significati positivi meritevoli di generale apprezzamento; per altro verso, il consenso etico-sociale, alimentato dal favorevole alone emotivo, tanto più si allarga e intensifica – sino a mettere pressoché tutti d'accordo – quanto più il contenuto della dignità rimanga generico e vago. Ma la medaglia ha un rove-

⁷ TESAURO, *op. ult. cit.*, 52.

scio. Come si è più diffusamente rilevato in altra sede, sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del topos della dignità umana recano alcuni rischi che vanno segnalati. A cominciare dal pericolo che la dignità umana si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo dei sentimenti di panico morale o delle reazioni emotive sgradite da cui veniamo sopraffatti di fronte a fatti (o eventi) insoliti o nuovi che contraddicono modelli morali consolidati (si pensi ad esempio a nuove forme di condotta sessuale trasgressiva), ovvero esulano da una radicata autocomprensione antropologica dell'identità dell'essere umano (si pensi ai possibili nuovi interventi manipolativi del corpo umano consentiti dall'evoluzione della genetica e delle biotecnologie)⁸. Un ulteriore inconveniente va individuato nella possibilità di invocare il rispetto della dignità umana come uno stragemma per interrompere e bloccare una discussione che potrebbe teoricamente invece continuare, impedendo così un processo di approfondimento argomentativo riferito alle peculiarità delle diverse situazioni della vita che possono venire in gioco: "il principio della dignità umana ha già parlato e sistema tutto. Il risultato è un'argomentazione che nella cosa non fa progressi, perché sostituisce l'attenzione alla cosa con la violenza"⁹. Ma vi è di più. A ben vedere, la vaghezza del concetto fa sì che esso si presti a essere duttilmente riferito a situazioni applicative anche molto differenti e distanti tra loro (ad esempio, dall'accompagnamento di un detenuto in uniforme da carcerato all'udienza pubblica alla clonazione umana, con in mezzo un'infinità di casi intermedi). Da qui la tendenza a una sua utilizzazione inflattiva, che finisce irrimediabilmente con lo svilire a poco a poco l'alto valore che un bene come la dignità dovrebbe mantenere¹⁰. Inflazione e processo di pro-

⁸ FIANDACA, *op. ult. cit.*, 559.

⁹ HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, trad. it., in *Ars interpretandi*, 2005, 133.

¹⁰ HASSEMER, *op. ult. cit.*, 129, 131.

gressivo svilimento favoriti, non ultimo, dalla tentazione degli interpreti di fare ricorso alla dignità umana come un bene *passee partout*, cioè una sorta di *deus ex machina* cui ricorrere per cercare di legittimare ogni incriminazione, rispetto alla quale non sia possibile identificare oggetti di tutela più concreti e specifici.

Com'è noto, tra i settori nel cui ambito il richiamo del bene della dignità umana ha, negli anni più recenti, avuto non poca risonanza si segnala quello della bioetica, e ciò riguardo sia alla fecondazione assistita che alle questioni di fine-vita¹¹. Si tratta però, in entrambi i casi, di questioni così complesse e problematiche che soltanto una fiducia assai ingenua o, viceversa, un uso strumentalmente retorico potrebbero pretendere di utilizzare una generica dignità umana come bene giuridico decisivo (o come matrice di più specifici beni giuridici dirimenti) per segnare lo spartiacque tra condotte vietate e condotte consentite. Rimane insomma confermato, a maggior ragione nell'ambito di materie intrinsecamente controvertibili da un punto di vista morale prima che giuridico, che l'eventuale peso da attribuire alla dignità umana non è predeterminabile in anticipo sulla base di un suo supposto rango di bene o diritto superiore già in linea generale e astratta, bensì può costituire soltanto il risultato di un complesso processo politico-deliberativo (se viene in gioco un legislatore), o di una complessa valutazione giudiziaria (se viene in gioco un giudice): nell'un caso o nell'altro, a co-determinare il contenuto della dignità tutelabile contribuiranno attente e differenziate analisi delle specifiche costellazioni di casi che vengono in rilievo, unitamente a delicate operazioni di bilanciamento con beni o diritti fondamentali concorrenti¹².

Rimane, peraltro, aperta la questione di fondo se per effettuare questi difficili bilanciamenti sia più competente il legislatore demo-

¹¹ Più diffusamente, FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit.; ID., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.

¹² Cfr. anche TESAURO, *op. ult. cit.*, 52.

cratico o il giudice. In realtà la risposta dipende, non ultimo, da preferenze politico-ideologiche relative al modo di concepire la dialettica tra legislatore e giudice nelle democrazie costituzionali. Ma, al di là delle preferenze sul piano di una astratta modellistica costituzionale, non mancano certo ragioni concrete per ritenere opportuno un intervento legislativo. Ad esempio, riguardo alle questioni di fine-vita, il mero riconoscimento giurisprudenziale di una facoltà di lasciarsi morire appare insufficiente ad assicurare una soddisfacente soluzione di tutte le esigenze che possono emergere nelle diverse situazioni concrete; mentre sarebbe il legislatore democratico più legittimato e, al tempo stesso, più competente a definire una cornice generale di disciplina destinata non solo a determinare presupposti e limiti dell'esercizio della libertà di morire, ma anche a fissare le regole di bilanciamento con diritti o esigenze concorrenti (si pensi, tra l'altro, all'esigenza di fornire un più sicuro orientamento ai medici circa l'ambito dei loro doveri di ottemperanza al rifiuto di cure e circa la loro facoltà di far valere forme di obiezione di coscienza).

In ogni caso, però, una cosa propendiamo a considerare certa: né il legislatore né il giudice, nel prendere posizione su questioni di vita o di morte, possono illudersi di deliberare o giudicare del tutto a prescindere da una qualche (sia pure implicita) filosofia, concezione morale o ideologia di sfondo¹³.

Tenuto conto dell'insieme dei rilievi che precedono, non sorprenderà che nel contesto tedesco ad esempio un autore come Claus Roxin sia giunto a contestare espressamente che il mero riferimento a una generica dignità umana – a dispetto della sua nobile matrice kantiana – sia sufficiente per legittimare una incriminazione: invocare la dignità umana avrebbe oggi un significato analogo a quello che nel passato aveva il richiamo di valori altrettanto indeterminati come la pubblica moralità e simili. Piuttosto, ai fini della legittimazione della tutela penale, è necessario secondo Roxin proce-

¹³ Per più articolate considerazioni in proposito, FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit.

dere a un tentativo di concretizzazione volto a tradurre la dignità umana in beni o interessi più tangibili¹⁴. Un assunto, questo, che sembra sotto altra angolazione fornire significative riprove della elevata problematicità della dignità umana quale bene o diritto fondamentale suscettibile di rilievo penale.

3. (*Sentimenti*) Sentimenti e stati emotivi non sono certo realtà sconosciute al diritto penale. Anche a limitare lo sguardo al solo ordinamento italiano, ci si accorge che la dimensione *lato sensu* affettiva o emotiva è normativamente presa in considerazione sotto un triplice angolo visuale: essa assume rilevanza come elemento che è destinato a incidere sulla valutazione di gravità del reato, o ai fini del giudizio di colpevolezza; ovvero, rileva come fattore che integra o contribuisce a integrare persino l'oggetto di tutela¹⁵.

Essendo qui l'attenzione in particolare rivolta ai problemi di legittimazione della coercizione penale, la domanda da porre è la seguente: fino a che punto il 'sentimento' si presta – al di là delle contingenti scelte di tutela compiute dai legislatori storici – ad assumere ruolo e dignità di bene giuridico penalmente rilevante? In effetti, tra le non poche obiezioni teoriche opponibili all'assunzione dei sentimenti a *legittimi* beni giuridici nel senso del diritto penale, ve n'è una diffusa e dotata di un peso non trascurabile: com'è noto, si obietta che i sentimenti (anche quelli a carattere morale) sono pur sempre entità fluttuanti e perciò poco afferrabili, la cui esistenza è

¹⁴ ROXIN, *Was darf der Staat*, cit., 722 ss.

¹⁵ Per un quadro aggiornato dell'intera tematica, e per la distinzione scientifica o filosofica – spesso trascurata nel lessico comune – tra "sentimenti" ed "emozioni" cfr. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroscienze*, a cura di O. Di Giovine, Padova, 2013, 215 ss.; BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, 2010, 1165 ss. Si veda, altresì, il saggio di DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 41 ss.

difficile verificare anche in capo a individui singoli, per cui rimarrebbe insoddisfatta quell'esigenza di tassatività propria di un diritto penale sufficientemente rispettoso dei principi di garanzia ¹⁶.

a) In effetti, un problema di compatibilità tra la tutela penale e il carattere instabile e fluttuante degli stati emotivi si è in qualche modo e misura riproposto, in anni recenti, in occasione dell'introduzione nel nostro ordinamento della nuova fattispecie di *stalking*, normativamente intitolata "atti persecutori" (art. 612 *bis* c.p.) ¹⁷. Ora, senza potere entrare nel merito dei non pochi problemi interpretativi e di accertamento processuale sollevati da questa incriminazione – per dir così – alla moda (peraltro sospettata, dalla parte più critica della dottrina, di soddisfare soprattutto esigenze comunicativo-simboliche cui non corrisponderebbe una effettiva necessità politico-criminale), ci limitiamo – appunto – a porre l'interrogativo, se essa davvero miri a proteggere qualcosa di assimilabile a un sentimento (o stato psicologico), e quale tipo di sentimento (o stato psicologico). La questione, in effetti, è controvertibile. Nell'ambito delle prese di posizione dottrinali emerse in proposito, tende forse a prevalere quella di quanti sembrano individuare l'oggetto di tutela, più che in una condizione psicologica in sé considerata, nella libertà morale o nel diritto all'autodeterminazione della persona minacciata. Non manca chi, invece, sostiene la tesi che si tratti di reato plurioffensivo, che come tale lederebbe la libertà morale e nel contempo la tranquillità personale o salute mentale della persona perseguitata. In realtà, considerato nelle sue caratteristiche criminologiche, il fenomeno dello *stalking* si connota specificamente per la sua attitudine, più che a limitare genericamente la libertà di autodeterminazione, a provocare ansia e turbamento psichico in chi ne è vittima. Da questo punto di vista, sarebbe difficile negare che gli

¹⁶ Ribadisce ad esempio questo tipo di obiezione DONINI, *op. cit.*

¹⁷ Per una disamina a livello monografico cfr. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010.

atti persecutori incidono sull'integrità psichica e sull'equilibrio mentale del soggetto perseguitato: se così è, il bene protetto finisce col consistere, se non in una vera e propria serenità psicologica, quantomeno in una sorta di pace interiore consentita dall'assenza di ansie o timori eccessivi (in questo quadro, peraltro, non è esclusa la possibilità di includere tra gli obiettivi della norma incriminatrice anche una tutela *anticipata* degli stessi beni della vita e dell'integrità fisica, con riferimento ai casi in cui gli atti persecutori preludano a successive condotte aggressive di maggiore gravità).

Specificato così l'oggetto della tutela, torniamo alla domanda iniziale: si tratta inequivocabilmente della tutela di uno stato psichico reale? In effetti, non è facile provare processualmente la pace interiore o una condizione di turbamento come fenomeni psicologici reali (le stesse vittime potrebbero artatamente dolersi di molestie o turbamenti che in realtà non provano!). Ma, a prescindere da ciò, a decidere della tutela penale finirebbe con l'essere spesso il diverso livello di reattività emotiva e di impressionabilità dei singoli soggetti passivi. Ci può essere, allora, una via di uscita dalle sabbie mobili di una psicologizzazione estrema del bene protetto, affinché si eviti che lo Stato punitore prenda le improprie vesti di una specie di paternalistico tutore psicologico posto a presidio delle differenti e mutevoli sensibilità degli stessi cittadini adulti? Verosimilmente il rimedio esiste, e consiste nel riconvertire l'oggetto della tutela in un *quid* più normativo che psicologico: nel senso di elevare a bene giuridico un diritto individuale a vivere liberi da ansie o da turbamenti, rapportato a condotte la cui valenza persecutoria o molesta andrebbe però valutata secondo *standard* tendenzialmente obiettivi, orientati cioè secondo criteri di ragionevolezza che prescindono dalle opposte sensibilità delle persone particolarmente timorose o particolarmente coriacee. Un simile diritto alla libertà da ansie o paure potrebbe, del resto, essere considerato come una delle possibili forme di manifestazione di quel generale diritto all'integrità psichica (oltre che fisica) espressamente previsto dall'art. 3, 1 della Carta europea dei diritti (c.d. Carta di Nizza).

Anche se sull'effettivo contenuto di un tale diritto e sui suoi limiti di estensione è, oggi, più che legittimo dibattere¹⁸.

b) Passiamo adesso a rivisitare il significato in atto attribuibile a quegli oggetti di tutela che l'ordinamento penale italiano notoriamente qualifica, in maniera espressa, come 'sentimenti': si allude, com'è intuibile, al sentimento del pudore e al sentimento religioso. Orbene: cosa intende il legislatore per sentimento oggetto di tutela penale? Verosimilmente, è da ritenere che la legge penale faccia riferimento a uno stato affettivo più consistente e persistente rispetto ad una semplice emozione. Ma non si tratta soltanto di differenze psicologiche affioranti sotto il duplice profilo della consistenza e della durata. A ben vedere, nell'apprestare tutela a determinati sentimenti il codice non tende a proteggere stati affettivi duraturi in quanto tali: si tratta, piuttosto, di sentimenti – individuali e/o collettivi – concepiti come atteggiamenti intrisi di valore in una accezione culturale e normativa. Sicché, da questo punto di vista, si può dire che la legge penale mira a proteggere, più che sentimenti in sé, sentimenti-valori, se non valori *tout court*.

L'esplicitazione di questo intreccio tra dimensione affettiva e dimensione assiologica, per un verso, consente di individuare l'oggetto della tutela penale in un *quid* che trascende un fenomeno psicologico inteso in senso naturalistico; ma, per altro verso, può non risultare pienamente appagante nella misura in cui non riesce a soddisfare l'insieme degli oneri di giustificazione che derivano da una teoria di legittimazione delle norme penali non solo moderna, ma altresì orientata in senso costituzionale. Nella prospettiva di una teoria siffatta, non poche sono infatti le obiezioni opponibili all'assunzione di un sentimento come tale a *legittimo* bene giuridico tutelabile. A parte la ricorrente (e sopra ricordata) obiezione incentrata sul carattere sfuggente e poco afferrabile degli stati psico-

¹⁸ In argomento, v. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012.

logici, vi sono invero ulteriori ragioni di fondo connesse ad alcuni principi fondamentali della democrazia costituzionale (e trascendenti, pertanto, il piano della tassatività penalistica) che sconsigliano di elevare a reato certe condotte in considerazione della loro attitudine a offendere sentimenti o a suscitare reazioni di tipo negativo. Bastino, in proposito, alcuni sintetici rilievi relativi appunto ai due settori codicistici prima menzionati.

Così, con riferimento ai reati offensivi del sentimento religioso, la tutela penale continua a tutt'oggi a essere ancorata a forme tradizionali di religiosità, mentre ne rimangono fuori tutte le manifestazioni di religiosità cosiddetta negativa, con conseguente violazione dei principi di uguaglianza e del pluralismo assiologico. Per porvi rimedio, la soluzione in linea di principio preferibile in un ordinamento laico non sarebbe peraltro quella di estendere la tutela penale a ogni forma di spiritualità e sensibilità religiosa, bensì quella di estromettere dal codice il settore specifico dei reati contro il sentimento religioso, facendo confluire la tutela della libertà di religione nella protezione del più generale diritto alla libertà morale dell'individuo¹⁹.

Quanto poi al settore dei reati offensivi del pudore, è questo un campo di materia in cui – com'è noto – hanno fino ad un recente passato predominato tendenze repressive alimentate da uno stretto intreccio tra, da un lato, reazioni emotive in termini di vergogna e disgusto e, dall'altro, preoccupazioni moraleggianti legate a concezioni rigide dell'etica sessuale; senza contare la oggettiva difficoltà di determinare portata e limiti del concetto di oscenità, accresciutasi in realtà parallelamente al progredire del processo di secolarizzazione e del conseguente pluralismo etico anche nel campo della sessualità. Ora, proprio prendendo atto del progressivo venir meno di un'etica sessuale ampiamente condivisa e del rilievo vieppiù assunto dai principi costituzionali di laicità e pluralismo, chi scrive già a metà anni Ottanta (del Novecento) ha proceduto a

¹⁹ Cfr. più diffusamente, nell'ambito della letteratura recente, BACCO, *Sentimenti e diritto penale*, cit., 1171 ss.

una rivisitazione teorica della materia volta a recidere i nessi tra la nozione di pudore tutelabile e la tradizionale concezione della moralità pubblica ereditata dal passato: in questa diversa ottica, destinata a essere recepita anche dalla giurisprudenza prevalente, il bene giuridico oggetto di protezione finisce con l'essere identificabile non più nel comune sentimento del pudore (ricostruibile, a sua volta, sulla base di un criterio storico-relativistico ovvero di un criterio deontologico), bensì nel diritto del singolo a non subire contro la propria volontà l'impatto con atti, immagini o rappresentazioni aventi contenuto sessuale²⁰.

Una simile riconversione del bene protetto – pur nel dubbio che essa, trascendendo i limiti di un'attività interpretativa strettamente intesa, possa nella sostanza equivalere ad un intervento ricostruttivo di valenza para-legislativa²¹ – offre, peraltro, un vantaggio supplementare. Nel senso, precisamente, che permette di prescindere dal richiamo di quelle possibili ragioni giustificative della punibilità delle condotte oscene che – com'è noto – fanno solitamente riferimento, specie sul versante conservatore del moralismo giuridico, alla presunta esigenza di proteggere i cittadini da reazioni emotive sgradevoli come la vergogna o il disgusto. A ben vedere, far leva sulla necessità di prevenire emozioni come queste, allo scopo di legittimare l'incriminazione dell'osceno o della pornografia, corrisponde a una strategia di giustificazione suscettibile di porsi in contrasto (o comunque in tensione) con principi tipici della democrazia liberale. Come ha messo in evidenza in particolare Marta Nussbaum, vergogna e disgusto sono infatti congeniali a un moralismo conservatore antitetico rispetto alla libertà individuale, dal momento che incoraggiano la stigmatizzazione morale e la discriminazione degli stessi in-

²⁰ Cfr. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984. Nell'ambito della giurisprudenza, v. ad esempio Trib. Treviso 28 settembre 2010, in *Riv. pen.*, 2011, 1193 ss.

²¹ In quest'ultimo senso v., di recente, VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, 197 ss.

dividui autori dei comportamenti percepiti come disgustosi: in altri termini, la disapprovazione del comportamento tende pressoché inevitabilmente a proiettarsi anche sulla persona di chi lo realizza, la quale finisce così col ricevere uno stigma moralmente e socialmente negativo, in contrasto con quel diritto all'eguale rispetto che in una democrazia liberale dovrebbe essere assicurato a ciascun individuo²².

Se si condivide questa preoccupazione di garantire il diritto fondamentale all'eguale rispetto, possiamo allora concludere l'iter argomentativo fin qui seguito col seguente rilievo di sintesi: i fattori emozionali sono elementi che certamente incidono sulla genesi delle leggi penali e sui loro contenuti, anche con riferimento agli oggetti di tutela; ma vi sono tipi di emozioni o di sentimenti che, in ragione della loro maggiore consonanza con un moralismo giuridico dai tratti illiberali, dovrebbero essere in linea teorica o di principio mantenuti fuori dai confini di un diritto penale di ispirazione liberaldemocratica. Che ciò avvenga o meno anche di fatto, dipende in realtà non dalla bontà della teorizzazione in sé considerata, ma dal livello di adesione e consenso che il pensiero penale di orientamento liberale riesce di volta in volta a conseguire nella concreta realtà sociale e politica di riferimento. Ma, come sappiamo, l'attuale *Zeitgeist* penalistico è alimentato da correnti contraddittorie, entro un quadro confuso in cui non mancano (o addirittura riprendono vigore) orientamenti più autoritari che liberali.

4. (*Salute*) Tra i beni giuridici che nel corso degli anni sono andati caratterizzandosi per un grado di complessità crescente, rientra senz'altro il bene-salute. Ciò emerge con particolare risalto se ci si pone sotto l'angolazione visuale della problematica relativa al consenso informato, la quale consente di lumeggiare il complesso intreccio che oggi lega la tutela della salute al diritto all'autodeterminazione individuale.

²² NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, 2005, 99 ss.

Sul rilievo primario del bene in questione non può esservi dubbio, anche perché la stessa Costituzione – com'è noto – all'art. 32 definisce esplicitamente la salute come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". Un bene certo fondamentale, ma ambivalente in quanto al tempo stesso individuale e collettivo; anche se il prioritario accento posto dalla medesima Carta sulla qualifica in chiave di diritto individuale può giustificare la tendenza ricostruttiva, via via più diffusa, a porre in primo piano appunto la dimensione della salute come diritto della persona. Orbene, come determinare oggi portata e limiti della salute quale bene penalmente tutelabile?

Questo problema si è posto e continua a porsi nella concreta prassi applicativa, non a caso, al momento di determinare ad esempio la possibile rilevanza penale del cosiddetto trattamento medico-chirurgico arbitrario, realizzato cioè in assenza o fuori dai limiti di un consenso informato del paziente. Si tratta di una questione notoriamente assai controversa, stante la persistente mancanza di una fattispecie incriminatrice apposita e considerata la problematica riconducibilità delle condotte di trattamento medico abusivo a fattispecie preesistenti di portata più generale (come omicidio preterintenzionale, lesioni personali, violenza privata ecc.). Senza potere ricostruire in dettaglio uno scenario dottrinale e giurisprudenziale abbastanza tormentato e incerto, qui ci si limita a prendere spunto dal tipo di approccio realizzato nell'importante sentenza della Cassazione riunita del dicembre 2008: la quale ha in particolare escluso la possibilità di configurare sia una lesione personale, sia una violenza privata nel caso in cui dall'intervento medico pur arbitrario derivi, comunque, un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del paziente²³. Invero il punto determinante, com'è intuibile, è questo: come si può ve-

²³ Cass. sez. un. 18 dicembre 2008, Giulini, in *Foro it.*, 2009, II, 306 ss. con nota di FIANDACA, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*.

rificare se la salute, come bene protetto, migliori o peggiori per effetto di un determinato trattamento? Evidentemente, la risposta a questo interrogativo non può non essere influenzata dal previo modo di concepire lo stesso bene-salute.

Prima di entrare nel merito della questione, è però opportuno premettere che nella stessa giurisprudenza ordinaria trova accoglimento la tesi secondo cui il consenso informato del paziente rinviene il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., e realizza – per ripetere le stesse parole della Corte costituzionale (sent. n. 438/2008) – la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: “quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, 2 comma, Cost.”.

Posto dunque che la libertà di scelta individuale costituisce un principio fondamentale da salvaguardare anche in relazione alla tutela della salute, v’è altresì da chiedersi: tale principio finisce con l’influenzare in qualche modo la stessa maniera di intendere la salute come bene oggetto di protezione penale? In effetti, come emerge da un insieme di considerazioni sollecitate anche da una attenta lettura della sentenza a sezioni unite prima richiamata, il problema ha ragione di porsi. Invero, come mette in evidenza la Corte, la salute come bene giuridico da preservare non sarebbe più oggi da intendere come mera assenza di malattia, bensì come benessere psicofisico complessivo. In questa estensiva visuale teleologica, per stabilire se il bene in questione riceva un beneficio, o viceversa patisca un pregiudizio, occorre appunto una corrispondente valutazione complessiva o “a saldo”: nel senso di dover verificare, sulla base di un bilanciamento costi/benefici rapportato al

complessivo benessere psicofisico del paziente, se prevalgano gli effetti positivi o gli effetti negativi di un determinato atto medico. Ciò posto, il problema conseguente concerne la scelta dei criteri sulla cui base distinguere, rispettivamente, tra beneficio o danno quale effetto prevalente rispetto a una salute intesa come complessivo benessere della persona. E si tratta di un problema decisivo perché è in gioco proprio il modo di concepire il bene tutelato, precisamente nell'alternativa se la salute vada intesa in termini tendenzialmente oggettivi ovvero in una chiave che includa il punto di vista soggettivo dell'interessato. Insomma, nel procedere alla valutazione penalistica dei "costi" prodotti da un intervento medico, quale spazio va riservato al "vissuto" personale dello stesso paziente? In effetti, non manca nella dottrina più recente qualche voce decisamente propensa a non trascurare "la considerazione della percezione del paziente stesso sul proprio benessere psicofisico"²⁴. A ben guardare, si tratta di un indirizzo ricostruttivo che ha il merito di prospettare una concezione modernamente "antipater-nalistica" del bene protetto: nel senso che la salute viene appunto a coincidere con un benessere determinabile, più che in base a criteri obiettivi di pura scienza medica, grazie alla considerazione della sensibilità personale circa il proprio stato di benessere. E, d'altra parte, ciò non sfugge alle stesse sezioni unite, le quali anzi richiamano esplicitamente l'esigenza di una valutazione personalizzata. Ma è altrettanto vero che l'approccio della Corte risulta in proposito sbrigativo, limitandosi essa a rilevare che il giudizio circa il miglioramento apprezzabile della salute deve essere emesso non soltanto sulla base delle regole proprie della scienza medica, ma anche delle preferenze soggettive espresse dall'interessato. Così, i giudici di legittimità prendono il comodo partito di non esplicitare se vada accordata prevalenza a parametri di valutazione di tipo obiettivo o a parametri di tipo soggettivo. Come sciogliere questo

²⁴ VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 178.

nodo per nulla secondario, e per di più determinante rispetto al modo di concepire oggi il bene-salute?

In realtà, un approccio marcatamente antipaternalistico (come tale incline a privilegiare i vissuti soggettivi di benessere) può recare l'inconveniente di una personalizzazione eccessiva dell'interesse protetto, con la conseguenza ancora una volta di far infine dipendere la tutela penale dalla mutevole sensibilità personale dei singoli individui. Mentre è verosimile che, anche a voler concepire la tutela della salute in modo non paternalistico, siano esigenze di complessiva razionalità penalistica a imporre di ricorrere a criteri di valutazione dell'offesa che, pur concedendo spazio alla percezione soggettiva, non perdano comunque di vista l'esigenza di adottare anche in questo caso un qualche *standard* obiettivo di giudizio: quale, ad esempio, un parametro valutativo basato sulla ragionevolezza o meno della reazione soggettiva negativa (in termini di sofferenza o disagio) avvertita da chi nel caso singolo si percepisca come leso nella salute. Solo che, com'è intuibile, si ripropone pur sempre il problema di come concretizzare nei diversi casi il giudizio di ragionevolezza, senza sfociare ancora una volta in forme di paternalismo più o meno occulto²⁵.

5. (*Sicurezza*) Com'è noto, nel corso degli ultimi anni la parola "sicurezza" è ricorsa sempre più frequentemente, nel lessico politico-partitico prima ancora che nel linguaggio tecnico-giuridico, per esprimere l'esigenza di valorizzare il più possibile il diritto penale non solo come strumento pragmatico di prevenzione dei reati, ma anche come risorsa utilizzabile in chiave di rassicurazione simbolica: ciò per reagire al crescente diffondersi di sentimenti di forte allarme e al dilagare di paure collettive, senso di incertezza e perdita di fiducia. Fenomeno, questo, peraltro presente in pressoché tutte le società evolute contemporanee, accomunate dalla per-

²⁵ Problema, questo, che notoriamente si pone in termini ben più generali: cfr. ad esempio NUSSBAUM, *op. cit.*

cezione diffusa (a torto o a ragione) di grandi rischi connessi a disastri ambientali, terrorismo, crimine organizzato, globalizzazione, declassamento sociale e povertà ecc.²⁶.

Se questo clima complessivo si traduce in una crescente richiesta sociale di produrre maggiore sicurezza anche mediante il diritto penale, non per questo quest'ultima assume contorni maggiormente definiti come bene tutelabile; anzi, la sua semantica rischia di diventare ancora più vaga che in passato. Sicché, nel porsi e riproporsi del problema se si abbia davvero a che fare con un bene giuridico specifico, ben distinguibile dagli altri²⁷, la domanda preliminare non può non essere questa: cosa propriamente vuol dire 'sicurezza'? Per cercare risposte, una prima via potrebbe essere quella di attingere dai dizionari. Ma, compulsandoli, ci si imbatte in tautologie alquanto sconcertanti. Si legge infatti che sicurezza è la condizione di chi o di ciò che è sicuro; e, quanto ai sinonimi, in luogo di sicurezza si può anche dire mancanza di pericolo, garanzia, fiducia, serenità o tranquillità. Lo stesso uso della lingua, dunque, ci informa che sicurezza può indicare tanto uno stato oggettivo (come effettiva mancanza di pericolo), quanto una condizione psicologica, un sentimento (serenità, tranquillità); e ciò conferma, appunto, che ben possono verificarsi coincidenza ovvero divaricazione tra realtà e sentimento.

Sulla base dei pur approssimativi rilievi che precedono, non sorprende dunque che taluno tenda a ricondurre la sicurezza nel novero dei beni giuridici apparenti. Per citare anche in proposito Knut Amelung, certamente uno dei massimi esperti della problematica

²⁶ Nell'ambito di una letteratura sociologica ormai molto ampia, ci si limita a citare CASTEL, *L'insicurezza sociale*, trad. it., Torino, 2003; BAUMAN, *Fiducia e paura nella città*, trad. it., Milano, 2005; SIMON, *Il governo della paura*, trad. it., Milano, 2008; CERETTI-CORNELLI, *Oltre la paura*, Milano, 2013.

²⁷ In argomento, HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, trad. it., in *Critica del dir.*, 2008, 15 ss.; DONINI, "Danno" e "offesa", cit.; PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547 ss. Si veda pure DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, 2010.

del bene giuridico: "Sicurezza è l'assenza di pericolo o 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. Rispetto alla sicurezza in senso oggettivo non è necessario aggiungere alcunché. Quanto alla sicurezza in senso soggettivo, al 'sentimento di sicurezza', è da fare riferimento a quanto già detto a proposito di 'sentimento' e di 'fiducia'. Certo, si può pronunciare una frase del tipo 'Io mi sento sicuro', e desumerne che un sentimento di sicurezza può esistere realmente. Ma un tale sentimento di sicurezza non è condizione necessaria perché un reato possa produrre insicurezza, altrettanto poco come una consapevole fiducia costituisce presupposto per l'emergere di una successiva sfiducia"²⁸. Non a caso, in maniera sostanzialmente analoga Roxin dal canto suo osserva che entità come la sicurezza o la pace pubblica sono troppo generiche, vaghe ed oscure per poter assurgere a veri e propri beni giuridici nel senso del diritto penale: piuttosto, anche classiche norme penali quali quelle che incriminano ad esempio le lesioni o il furto contribuiscono ad assicurare la pace pubblica, non già però come bene autonomo bensì in forma indiretta quale riflesso della tutela di beni ben più concreti²⁹. Si considerino, *mutatis mutandis*, le analoghe e ben note difficoltà di concretizzazione tradizionalmente incontrate, nel contesto dottrinale italiano, per conferire una qualche identità al bene non meno fantasmatico dell'ordine pubblico, concepito ora in senso materiale ora in senso normativo, ma senza riuscire comunque a fugare un persistente senso di disagio teorico³⁰.

²⁸ AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts*, cit., 172 s.

²⁹ ROXIN, *Was darf der Staat*, cit., 731 s.

³⁰ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte spec., I, Bologna, 2007, 461 ss.

Notazioni critiche siffatte appaiono senz'altro condivisibili e coerenti rimanendo, beninteso, nel solco di un paradigma di diritto penale liberale: nel senso, appunto, che la sicurezza finisce col coincidere con una (per quanto possibile effettiva) protezione o messa in sicurezza dell'insieme degli specifici beni giuridici meritevoli e bisognosi di tutela penale³¹. Ancorché ormai da non pochi anni, ai fini di questa stessa protezione, vengono normativamente adottate, e per di più costituzionalmente tollerate, forme di anticipazione della tutela (in chiave di pericolo astratto e simili) che risultano – a rigore – poco compatibili con le tecniche di protezione che dovrebbero essere proprie di un idealtipico buon diritto penale liberale.

Senonché, la più recente ventata securitaria, intrisa per vero di venature populistiche, spinge verso direzioni che non solo dilatano il concetto di sicurezza tutelabile ma sfociano in modi nuovi di concepire la stessa sicurezza, e ciò sulla base di paradigmi o categorie sconosciuti alla tradizione giuridica precedente.

In questo orizzonte, appare caratterizzata da non poca problematicità e – comunque – da un'intrinseca ambiguità l'idea, prospettata peraltro nell'ambito di contesti ordinamentali diversi, di configurare un diritto alla sicurezza come ulteriore diritto fondamentale, come tale destinato a essere esplicitamente inserito in Costituzione³². Orbene: come concepire questo nuovo diritto fondamentale? Se esso fosse concepito come un diritto ad aver garantita dall'ordinamento giuridico una protezione il più possibile efficace degli specifici beni o diritti fondamentali di cui ciascun individuo è

³¹ Cfr. anche HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, cit. 39 s.; PULITANO, *op. ult. cit.*, 548 s.

³² In questo senso, ad esempio, una proposta di revisione costituzionale elaborata in Belgio nel 2003, sulla quale si pronuncia criticamente CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, nel volume collettivo *La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme*, sous la direction de H. Dumont, F. Ost e S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles, 2005, 435 s.; nel contesto tedesco si veda, da un versante soprattutto dottrinale, la elaborazione ben precedente di ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

titolare, allora si tratterebbe di una angolazione di tutela che tutto sommato non fuoriesce dalla prospettiva di una sicurezza intesa in senso liberale³³. Diverso sarebbe, invece, il discorso se l'escogitazione di un diritto fondamentale alla sicurezza fosse da considerare come la proiezione giuridico-costituzionale di ansie securitarie e, perciò, come una pretesa giuridicamente riconosciuta di vincolare i legislatori ad un continuo e obbligatorio ampliamento delle aree dello stesso intervento penale per arginare le paure e i sentimenti collettivi di insicurezza: un simile diritto fondamentale alla sicurezza, elevato a fonte di obblighi legislativi di penalizzazione in funzione ansiolitica, non avrebbe certo le carte in regola per essere preso molto sul serio (almeno a livello teorico!)³⁴.

Com'è noto, preoccupazioni securitarie interagenti con tendenze populistiche hanno ispirato, nel contesto italiano, provvedimenti normativi (i cosiddetti pacchetti-sicurezza del 2008 e 2009) volti a inasprire la legislazione penale proprio allo scopo dichiarato di rafforzare una sicurezza collettiva vissuta (e politicamente strumentalizzata, per conseguire maggiore consenso sociale, dalle forze di centrodestra allora al governo) come un bene sempre più onnivoro e pervasivo. Si tratta di innovazioni normative note, ma delle quali vale la pena qui richiamare il retroterra politico-ideologico quale fattore contingentemente condizionante il peculiare modo di percepire e concepire il bene-sicurezza. In poche parole, si è trattato di una sicurezza declinata in base ad una "ideologia del guscio"³⁵, sintomatica di un modello di democrazia orientata in senso maggioritario-comunitarista-identitario, che, come tale, tende a chiudersi in se stessa, pretende di opporre barricate contro ogni reale o presunta minaccia (a cominciare dai supposti pericoli derivanti dall'immigrazione clandestina) e crea per l'immaginario collettivo nuovi 'ne-

³³ Cfr. anche PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 550 s.

³⁴ Cfr. anche CARTUYVELS, *op. cit.*, 435 s.

³⁵ Per questa efficace espressione cfr. SCHIAVONE, *Così la destra crea l'ideologia del guscio*, in *la Repubblica* del 9 maggio 2008.

mici' della società, da identificare in particolare nei delinquenti da strada e negli stranieri extracomunitari³⁶. Orbene, questa stagione politico-criminale fornisce una ulteriore riprova del fatto che, tra i fattori che influiscono sull'articolazione della tutela penale e sulla conformazione degli stessi beni giuridici, ha un ruolo decisivo il modo di concepire e vivere in concreto la stessa democrazia.

Ciò implica che la dottrina penalistica debba, dal canto suo, rassegnarsi ad assecondare acriticamente gli orientamenti politici e il senso comune di volta in volta dominanti? Un sociologo come David Garland, ormai abbastanza celebre anche da noi, sostiene che "le nuove politiche penali, le nuove forme di prevenzione, la nuova cultura del controllo, non sono il semplice prodotto delle forze politiche o dei politici conservatori. Esse sono radicate in una nuova esperienza collettiva del crimine e nelle *routine* quotidiane, nelle sensibilità culturali che questo complesso della criminalità ha prodotto"³⁷. È verosimile che le cose, almeno in parte, stiano così anche in Italia. Rimane allora da chiedersi, in presenza di uno scenario di esperienze e sensibilità collettive che presenta alcuni caratteri inediti rispetto al passato, quale debba appunto essere la scelta di una scienza penalistica posta di fronte a un'alternativa all'incirca di questo tipo: limitarsi ad una critica aspra dell'attuale *trend* securitario, in nome di un intransigente quanto nostalgico rispetto dei vecchi principi? O, invece, contribuire alla edificazione di un nuovo diritto penale della sicurezza, che però tenti nel contempo di temperare il più possibile le due prospettive della sicurezza in senso liberale e della sicurezza in senso securitario? In effetti una opzione in quest'ultimo senso, oltre ad apparire meno rinunciataria³⁸, sarebbe la più coerente con una concezione alta del-

³⁶ Più diffusamente, FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, cit.

³⁷ GARLAND, *Pena, controllo sociale e modernità*, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005, 30.

³⁸ Cfr. HASSEMER, *op. ult. cit.*, 35.

la scienza penalistica quale disciplina destinata a fornire risposte ai mutevoli problemi di controllo penale emergenti nelle diverse epoche storiche³⁹. Ma residua, comunque, una grossa e intuibile difficoltà: ammesso cioè che la scienza penalistica contemporanea sia in grado di modellare un più avanzato diritto penale della sicurezza, senza per questo tradire la sostanza del garantismo, non è poi detto che essa riesca a interloquire con la politica e ad orientarne effettivamente le scelte.

6. (*Beni giuridici e diritto penale dell'economia*) Quello del diritto penale dell'economia è, com'è noto, un settore emblematicamente sintomatico – e tale divenuto sempre più a partire dagli anni Settanta del secolo scorso – della scarsa presa del concetto di bene giuridico, sul duplice piano di una sua funzione critico-delimitativa in senso politico-criminale e di un suo ruolo orientativo in prospettiva ermeneutico-ricostruttiva. Ciò non a caso. Nell'ambito delle attività economiche tendono, infatti, a prevalere beni superindividuali a carattere istituzionale, dal volto e dai contorni sfuggenti: si pensi a entità evanescenti quali ordine economico, integrità e regolare funzionamento del mercato, trasparenza dei circuiti finanziari, fiducia negli scambi, risparmio *et similia*. Come è stato puntualmente osservato, la crescita di siffatti beni istituzionali, lungi dal riflettere ragioni di origine prettamente penalistica, va piuttosto spiegata in base ad esigenze di controllo dell'attività economica affidate alla competenza di autorità indipendenti (prima fra tutte la Consob) create via via e sviluppatesi in modo addirittura scomposto⁴⁰.

Se le suddette esigenze di controllo fanno comprendere la diffusa presenza di mega-beni istituzionali o di beni-funzione, bisogna per altro verso "essere consapevoli dei rischi di una scelta di questo tipo (...). Spesso, infatti, è assai difficile individuare, in concre-

³⁹ Per tutti, JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Navarra, 2008.

⁴⁰ Per tutti, ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 266 ss.

to, un bene giuridico, un qualche valore che sia stato posto al centro di una fattispecie penalistica in materia economica: i beni istituzionali si prestano a una legislazione declamatoria e demagogica. In non pochi casi la conclusione è quella che il diritto penale viene piegato a sanzionare condotte semplicemente non conformi alle regole attribuite al funzionamento di un particolare settore economico”⁴¹.

Una conclusione generale così disincantata, proveniente da un esperto di diritto penale dell’economia del livello di Alberto Alessandri, riceve in realtà conferma da puntuali e approfondite analisi dedicate a singoli beni di rilevanza economica, come ad esempio quella ancora recente incentrata sul risparmio come possibile bene giuridico⁴².

Se così è, può dirsi allora che tutta la moderna evoluzione della disciplina penale dell’economia è andata dispiegandosi all’ombra di beni giuridici indeterminati e vaghi, assunti più a pretesto (anche simbolico) che non a criterio realmente orientativo della tipizzazione legale dei fatti punibili.

7. (*Beni giuridici e attività amministrativa*) Qual è il ruolo effettivamente rivestito dal bene giuridico nell’ambito dei reati contro la pubblica amministrazione? Verosimilmente, si tratta di un ruolo non così determinante come si tenderebbe invece a ritenere specie, com’è noto, da quando ha preso piede la propensione a rileggere lo statuto penale della pubblica amministrazione alla luce della Costituzione: individuando, precisamente, come nuovi beni giuridici di riferimento il buon andamento e l’imparzialità dell’attività amministrativa così come esplicitamente menzionati nell’art. 97 Cost.

Certo, si è comunque trattato di una svolta politico-ideologica, di un mutamento della filosofia di fondo sottostante al controllo

⁴¹ ALESSANDRI, *op. cit.*, 268.

⁴² Cfr. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 73 ss.

penale inaugurati, in particolare, da un saggio di Franco Bricola apparso nell'ormai lontano 1968⁴³: rimpiazzare vecchi beni giuridici di impronta autoritaria del tipo prestigio della pubblica amministrazione e fedeltà dei pubblici agenti con beni moderni e di esplicita rilevanza costituzionale quali buon andamento e imparzialità, segnava infatti in ogni caso un progresso come mutamento di orizzonte assiologico. Ciò non toglie, tuttavia, che buon andamento e imparzialità fossero allora e rimangano a tutt'oggi, sotto il profilo strutturale, beni istituzionali non riducibili ad entità concrete. Da qui la oggettiva difficoltà tecnica di articolare la tutela penale della pubblica amministrazione in singole fattispecie connotate da una stretta compenetrazione tra condotte tipiche e corrispondenti offese ai mega-beni in questione.

Una tale difficoltà, oltre a indebolire la funzione interpretativa del bene giuridico in questo settore, contribuisce a spiegare come mai il riferimento ai valori del buon andamento e dell'imparzialità sia soltanto in piccolissima misura riuscito a fungere da reale criterio-guida delle varie riforme che si sono succedute in materia dal 1990 ad oggi⁴⁴. Così, per esemplificare, la seconda riforma del reato di abuso di ufficio intervenuta nel 1997, ben lungi dal riflettere l'esigenza di modificare la tecnica di tipizzazione in vista di una maggiore compenetrazione tra fatto e bene protetto, ha risentito della prevalente preoccupazione politico-criminale di porre argini ai possibili sconfinamenti del controllo penale sull'attività amministrativa e, soprattutto, di rendere più tassativi i presupposti dell'abuso punibile in omaggio ad esigenze individualgarantistiche⁴⁵.

Analogamente, tra le motivazioni di fondo che hanno ispirato la più recente riforma del 2012 (c.d. legge Severino), certo non vi è

⁴³ BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 563 ss.

⁴⁴ Cfr. anche PICOTTI, *Beni giuridici e tecniche di tutela penale della pubblica amministrazione*, in *Regione del Veneto. Il diritto della regione*, n. 6/2007, 95 ss.

⁴⁵ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 246 s.

stato l'obiettivo di costruire fattispecie più direttamente e univocamente incentrate sulla lesione dei due beni menzionati nell'art. 97 della Costituzione. Piuttosto, sia ad esempio la riscrittura della fattispecie di concussione, sia l'assunzione ad autonomo reato dell'induzione indebita e la innovativa (e discutibile) previsione della punibilità del privato indotto a dare o promettere denaro o altra utilità, rispecchiano un insieme di esigenze politico-criminali – non importa qui quanto empiricamente fondate – accomunate dal prevalente obiettivo di una più efficace lotta ai fenomeni *lato sensu* corruttori⁴⁶.

Statuto penale della pubblica amministrazione (sia originario che come più volte riformato) e bene giuridico sono dunque corsi, e continuano a correre su binari che si incrociano soltanto a tratti e in misura alquanto contenuta.

⁴⁶ Più diffusamente, FIANDACA-MUSCO, *La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, 2013, 3 ss., *Addenda a Diritto penale*, parte spec., I, cit.

VII

Dalla tutela dei beni giuridici alla tutela dei diritti?

Non sembri singolare – a questo punto – modificare l'angolazione prospettica dell'indagine, tematizzando un possibile passaggio dal paradigma del bene giuridico a quello dei diritti: com'è intuibile, diritti concepiti tendenzialmente nel senso di diritti fondamentali o – secondo un'altra locuzione assai diffusa, ancorché di contenuto forse ancora più indeterminato – di diritti umani¹. A sollecitare una tematizzazione siffatta concorrono infatti più ragioni, alcune delle quali già implicite in quanto si è in precedenza rilevato a proposito della nuova orientazione che la tutela penale finisce per ricevere, sulla base di approcci costituzionalmente orientati, in alcuni campi di materia in questo senso emblematici (come si ricorderà, si fa riferimento a materie come i reati offensivi del pudore, il reato di *stalking* o i fatti lesivi della salute ecc.).

Ma non basta. Ulteriori motivazioni per tematizzare il rapporto tra i diritti fondamentali e il diritto penale scaturiscono dall'opportunità di prendere in seria considerazione o di rivisitare qualche tentativo teorico – di cui v'è, invero, testimonianza anche in un passato recente – di ri-legittimare la tutela penale proprio alla luce del paradigma dei diritti umani, e ciò in una prospettiva sia nazionale che meta-nazionale. L'orientazione finalistica alla protezione dei diritti umani è in grado di conferire alla tutela penale una giustificazione solida e incontrovertibile anche a livello transculturale?

¹ In termini molto generali, anche sotto il profilo definitorio, cfr. CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005; FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

Al di là dei persistenti problemi che il diritto penale pone sul piano della sua legittimazione teorica, certo aggravati dalla scarsa capacità di prestazione della categoria del bene giuridico, la scelta dell'angolazione visuale dei diritti fondamentali (o umani che dir si voglia) è, altresì, fortemente giustificata dal ruolo crescente che le Corti sono andate assumendo nel contribuire a conformare la stessa materia dei delitti e delle pene ai vari livelli ordinamentali compresenti nella realtà contemporanea: dalla Corte penale internazionale, alle Corti europee e alle Corti costituzionali nazionali. Tanto più che nell'ambito di queste concorrenti giurisprudenze i diritti si prestano a svolgere, rispetto alla coercizione penale, un ruolo duplice: oltre a fungere cioè – nel solco di una classica visione liberal-garantista – da barriere invalicabili opposte all'intervento punitivo, essi possono a loro volta assurgere ad oggetto della stessa tutela penale. E, com'è noto e come si vedrà, il contributo che la tutela dei diritti già da qualche tempo reca all'espansione dell'intervento penale è un fenomeno che tende ad assumere un rilievo crescente.

Ma a rivolgere l'attenzione ai rapporti che i diritti fondamentali intrattengono col diritto penale spinge, non certo ultima, una complessiva motivazione di fondo che ha in verità a che fare con lo spirito del nostro tempo, quale si rispecchia in un insieme di tendenze culturali, morali, politico-istituzionali e giuridiche ancora tipiche – almeno fino a prova contraria – dell'epoca in cui viviamo. Ora, mentre per sintetizzare tali tendenze avremmo senz'altro parecchie remore a sostenere che esse continuano a connotare l'era dei beni giuridici di matrice ottocentesca, lo stesso non accadrebbe se – riproponendo la fortunata locuzione coniata da Norberto Bobbio ormai più di vent'anni fa – seguitassimo, invece, a parlare di "età dei diritti"². Ma, a prescindere dalle preferenze di gusto in termini di etichettatura simbolica, l'aspetto sostanziale della questione concernerebbe l'interrogativo circa la persistente attualità, nella anco-

² BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

ra più complessa e contraddittoria realtà attuale, del concetto bob-
biano di età dei diritti. Si tratta – com'è agevole rendersi conto – di
una questione assai impegnativa, che chiama in causa più compe-
tenze disciplinari e che qui può essere a mala pena sfiorata. Una co-
sa però non può, comunque, essere sottaciuta o rimossa. Cioè, per
quanto sorprendente o addirittura paradossale possa a prima vista
apparire, è un fatto che dai versanti della filosofia e della teoria ge-
nerale del diritto già si cominci a prospettare – sia pure in forma
problematica – una possibile entrata in crisi dell'età dei diritti o una
crisi dei diritti, o addirittura una fine dell'età dei diritti³. Crisi (pos-
sibile), questa, dovuta non ultimo a una spiccata inclinazione dei
diritti a mostrarsi "insaziabili", cioè a crescere smisuratamente e di-
sordinatamente, mentre ai diritti sempre nuovi che fanno ingresso
nello scenario politico-giuridico sempre meno oggi corrispondono
risorse adeguate a soddisfarli effettivamente, sicché aumentano le
aspettative individuali e sociali destinate a rimanere deluse⁴.

Riguardata nell'ottica specifica della giustizia penale, una tale
tendenza all'insaziabilità presenta rischi intuibili. In via prelimina-
re, va rilevato che il fatto stesso di motivare eventuali richieste so-
ciali di tutela penale avvalendosi del potente richiamo emotivo di
un qualche diritto fondamentale, o di un qualche diritto umano, si
traduce in una suggestiva arma retorica che può in ogni caso faci-
litare l'accoglimento delle aspettative di penalizzazione⁵. Se ciò è
vero come dato di partenza, è non meno evidente che la tendenza
crescente alla proliferazione dei diritti può comportare, come con-
seguenza pressoché automatica, un corrisponde aumento delle
aspettative di protezione penale, e ciò addirittura in termini di so-

³ Si vedano i rispettivi saggi di BELVISI, FERRARO, LUZZATI, PINO, SCHIAVELLO e
TEGA pubblicati in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 10 ss.

⁴ Cfr., per tutti, PINTORE, *Diritti insaziabili*, in ID., *Democrazia e diritti. Sette stu-
di analitici*, Pisa, 2010, 83 ss.

⁵ Cfr., in una prospettiva non specificamente penalistica ma più generale, POG-
GI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, n. 31/2008, 365 ss.

stanziale obbligo di penalizzazione: infatti, proprio per l'importanza di rango che la stessa etichettatura di diritto fondamentale vale a conferire, al momento di scegliere come tutelare ogni nuovo diritto che si candida alla protezione nessun altro strumento di tutela apparirà davvero adeguato all'infuori della sanzione penale. Sicché, il fenomeno della proliferazione dei diritti rischia a sua volta, alla fine, di contribuire in misura rilevante alla più volte denunciata inflazione del diritto penale⁶.

A ben vedere, ci imbattiamo così in un altro possibile paradosso, specie agli occhi di un penalista teoricamente attratto dal paradigma dei diritti fondamentali per procedere in una direzione contraria: per tentare cioè di far uscire dal cassetto il sogno (l'illusione?) di rinverdire la visione illuminista di un diritto penale più ristretto che espanso, e tale appunto perché circoscritto alla tutela di ben definiti diritti delle persone. Un sogno, insomma, di ritorno a qualcosa di simile a quella restrittiva concezione del reato come violazione di un diritto soggettivo, che – come abbiamo ricordato nella parte iniziale di questa indagine – ha storicamente preceduto la nascita dell'ambigua categoria del bene giuridico, rivelatasi sin da subito invece duttile e servizievole ai fini di un contrario processo di dilatazione dell'area del penalmente rilevante.

Ora, per verificare se ci troviamo di fronte a un paradosso senza vie di uscita, è opportuno prendere le mosse da quegli approcci teorici che hanno tentato di valorizzare il paradigma dei diritti fondamentali allo scopo precipuo di giustificare una delimitazione in chiave deflattiva dell'area della punibilità. Prima di rivisitare tali approcci, è tuttavia opportuno manifestare consapevolezza del fatto che il processo di progressiva positivizzazione dei diritti umani nelle Dichiarazioni, nei Trattati e nelle Convenzioni internazionali, come pure dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali, non ha per nulla tolto ragion d'essere al problema della lo-

⁶ Questo rischio è ben evidenziato da DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1474 ss.

ro giustificazione e dei loro fondamenti⁷. E la ragione è agevolmente comprensibile. I diritti fondamentali, prima ancora di atteggiarsi a situazioni giuridiche soggettive, sono aspettative incentrate su valori e principi: e il discorso sui valori e sui principi affonda, inevitabilmente, le radici in terreni che ben trascendono la sfera giuridica, per cui si ripropongono problematiche di fondo attinenti ai complessi rapporti tra diritto, società, morale, politica e cultura. D'altra parte, il carattere generico e vago di non poche enunciazioni normative relative ai diritti fa sì che, proprio per ricostruirne portata e limiti, l'interprete sia costretto a risalire ai fondamenti filosofici e/o alle matrici politico-culturali ad essi sottostanti; senza contare che il modo d'interpretare i diritti è, altresì, non poco influenzato dalle preferenze ideologiche e dalle diverse sensibilità personali degli interpreti di turno⁸.

Di questa complessa interazione tra sfere differenti del pensare e dell'agire umano non può non risentire, ovviamente, anche il capitolo dei rapporti tra i diritti fondamentali e il diritto penale.

1. Nel novero dei tentativi teorici – invero isolati – inclini a prospettare in forma esplicita rinnovati criteri di legittimazione della tutela penale all'insegna del paradigma dei diritti umani, si segnala in primo luogo la proposta di *“diritto penale minimo”* elaborata da Alessandro Baratta circa un trentennio addietro⁹.

⁷ Per un efficace quadro sintetico delle principali teorie giustificative dei diritti fondamentali rinvenibili nell'ambito del dibattito filosofico contemporaneo cfr. DI GIOVINE, *op. cit.*, 1486 ss.

⁸ Cfr., per tutti, CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in ID., *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 86 ss.

⁹ BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, contributo contenuto nel fascicolo intitolato *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, della rivista *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, 443 ss.; cfr. altresì in una prospettiva di fondo sostanzialmente analoga, ma con cadenze argomentative più peculiarmente legate ad un modello teorico di garantismo penale di dichiarata matrice illuminista, FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss.

In sintesi, il contributo di Baratta mirava all'obiettivo di articolare "una risposta alla questione circa i requisiti minimi del rispetto dei diritti umani nella legge penale"; diritti umani, a loro volta, assunti nella doppia funzione, da un lato, di limite negativo all'intervento punitivo e, dall'altro, di "oggetto, possibile ma non necessario, della tutela per mezzo del diritto penale". In questo quadro programmatico, i diritti umani sono intesi alla stregua di un corrispondente concetto "storico-sociale", che fa cioè leva sulla evoluzione storica dei bisogni individuali e collettivi (d'altra parte, non ci si sarebbe certo potuti attendere da uno studioso come Baratta, seguace di una criminologia critica di orientamento materialista, una propensione per forme di giustificazione dei diritti umani in chiave filosofico-metafisica!) ¹⁰.

È da aggiungere che, secondo il programma teorico barattiano, l'ancoraggio ai diritti umani come nuova stella polare della tutela penale (non solo per ridefinirne i contenuti, ma soprattutto per delimitarli in maniera ben più restrittiva rispetto ai livelli di espansione inflazionistica raggiunti nella maggior parte dei diritti penali positivi) avrebbe dovuto essere ulteriormente suffragato dalle risultanze conoscitive sia di indagini empiriche, sia di analisi criminologiche di orientamento critico sul concreto funzionamento delle istituzioni penali: risultanze spesso attestanti, anche a giudizio di Baratta, il carattere violento e selettivo-discriminatorio della pena, la frequente incapacità della giustizia penale di incidere positivamente sui conflitti che dovrebbe contribuire a risolvere, gli effetti socialmente e politicamente controproducenti della trasformazione di alcune questioni sociali in questioni penali, ecc.

Si tratta, a questo punto, di specificare le possibili indicazioni derivanti dalle premesse di fondo suddette in vista di una più concreta articolazione dei contenuti di una tutela penale dalle proporzioni sufficientemente contenute. In termini più espliciti: un ap-

¹⁰ BARATTA, *op. cit.*, 443 ss.

proccio teorico à la Baratta quali diritti o valori consente di assumere a *legittimi* oggetti di protezione di un diritto penale rispettoso dei diritti umani?

Invero, Baratta aveva cura di precisare che l'adottato concetto storico-sociale di diritti umani avrebbe permesso "di ricomprendere, come oggetti di tutela penale, oltre ad interessi individuali, anche interessi collettivi come la salute pubblica, l'ecologia, le condizioni lavorative", oppure il buon funzionamento delle istituzioni. In questa prospettiva di concretizzazione, quel che in effetti emerge è tutt'altro che una pregiudiziale avversione nei confronti dei beni collettivi o a carattere istituzionale: piuttosto, risalta la preoccupazione di puntualizzare che la protezione degli interessi meta-individuali non andrebbe considerata un fine in sé, bensì soltanto come un riflesso "di bisogni reali degli uomini"¹¹. La diffidenza teorica, semmai, prendeva di mira soltanto quei beni collettivi che risultano tradizionalmente connotati da eccessiva indeterminatezza, quali ad esempio ordine pubblico o economia nazionale *et similia*, che si prestano a essere concepiti e tutelati in forma tecnocratica o, comunque, in forme divergenti da quella prospettiva umanistica di avvicinamento della tutela penale alla concretezza dei bisogni umani implicita nella suggestione teorica di rifondare il diritto penale all'insegna dei diritti umani¹².

Ora, se questa fin qui riassunta era la complessiva concezione di Baratta, non può allora non apparire pregiudizialmente distorsiva a fini polemici, e alquanto ingenerosa, la critica da taluno lanciata di rischio di regressione a un vecchio modello di diritto penale ottocentesco, duro con i 'pesci piccoli' autori di classici reati lesivi di beni individuali e, invece, troppo comprensivo con i 'colletti bianchi' ancorché autori di delitti produttivi di danni sociali rilevanti per l'intera collettività¹³. Piuttosto, il pensiero altrui andrebbe in-

¹¹ BARATTA, *op. cit.*, p. 443.

¹² BARATTA, *ibidem*.

¹³ Per questo tipo di critica cfr., ad esempio, MARINUCCI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 809 ss.

terpretato in base al 'principio di carità', cioè non già forzandolo ed estremizzandolo artatamente, bensì cercando di fornirne l'interpretazione migliore e più ragionevole. Ebbene, fuori da ricostruzioni deformanti, il significato autentico dell'impostazione barattiana a nostro avviso consiste nell'esprimere istanze di politica criminale sostanzialmente analoghe, quantomeno in parte, a quelle tipiche delle teorie del bene giuridico declinate in chiave personalistica, come tali propense – come si è visto in altra parte di questo lavoro – a privilegiare come oggetti di protezione quei beni o interessi la cui lesione provoca danni alle persone in carne ed ossa. Rispetto ai sostenitori di siffatte teorie, peraltro, Baratta mostrava già in linea di principio un favore maggiore a estendere la tutela penale a interessi di carattere collettivo, a condizione beninteso che si trattasse – appunto – di interessi pur sempre riconducibili a concrete esigenze umane, di rilevanza individuale o meta-individuale, e con la sola tendenziale esclusione di conseguenza degli interessi astratti apprezzabili in una logica prettamente tecnocratica.

Fatte queste puntualizzazioni, rimane da chiedersi se un simile programma di tutela ancorato all'idea dei diritti umani continui ad esprimere potenzialità critico-orientative anche rispetto alla situazione penalistica attuale. In effetti, sia consentito essere abbastanza scettici in proposito. È vero che il paradigma dei diritti umani, in sé considerato, sottintenderebbe concezioni più individualistiche che sociali di ciò che merita di essere tutelato; e ciò a differenza del paradigma del bene giuridico, che, nella sua astrattezza concettuale (per dir così) spersonalizzata, si presta meglio a evocare interessi oggettivi che trascendono le posizioni o le aspettative soggettive delle persone singole. Ma ciò non toglie che, quando è in discussione il problema dei contenuti di un diritto penale adeguato ai tempi in cui viviamo, la riflessione teorica ancora da sviluppare in non piccola parte concernerebbe le implicazioni discendenti da un concetto pur storico-sociale di diritti umani sul versante dei bisogni di tutela a carattere collettivo. Ma avrebbe davvero senso, oggi, proporsi il compito di elaborare una teorizzazione esau-

stiva e coerente dei contenuti necessari (o ragionevoli) di una tutela penale ispirata al paradigma dei diritti umani?

A ben vedere, specie se si privilegia una concezione storico-sociale ad orientamento pragmatico, è giocoforza prendere atto del dato reale che il catalogo dei diritti umani è inevitabilmente "contingente" e "incoerente", per cui sarebbe una pretesa illusoria cercare di definirli e sistematizzarli in maniera rigorosa¹⁴; e questa consapevolezza dovrebbe anche fungere da remora rispetto ad un'eventuale illusione di poter sostituire la vecchia teoria del bene giuridico, in quanto ormai poco redditizia ed obsoleta, con una nuova teoria accreditata di maggiore valenza euristica sol perché *expressis verbis* orientata alla tutela dei diritti umani.

Come è stato ancora ben osservato in termini generali, proprio in ragione della contingenza e incoerenza che caratterizza i diritti umani, "è inane disquisire su quali siano i 'veri' diritti, e se tra i veri diritti rientrano anche i diritti sociali. Altrettanto vano è cercare di distinguere tra diritti umani 'fondamentali' e non (...). Piuttosto, sono 'veri' diritti umani quelle pretese (...) che vengono rivendicate con successo e, perciò, riescono ad affermarsi storicamente (...)"¹⁵. Insomma, per dirla con Bobbio, "i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono e possono nascere"¹⁶.

Ma non è stato quasi sempre così anche per le altrettanto disordinate vicende genetiche dei 'beni giuridici' cari al tradizionale linguaggio penalistico?

2. Invero, la prospettiva della tutela dei diritti umani ha anche aperto spazi di riflessione per tentativi di (ri-)legittimazione teorica del diritto penale in una chiave più strettamente filosofica, più precisamente di filosofia morale prima che giuridica; ma, nel con-

¹⁴ Cfr. BELVISI, *Domande intorno alla crisi dell'età dei diritti: un po' di realismo sui diritti umani*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 20.

¹⁵ BELVISI, *ibidem*.

¹⁶ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., XV.

tempo, avendo come orizzonte di riferimento un ambito meta-nazionale e un universo interculturale.

Si allude, in particolare, all'approccio teorico del filosofo di matrice kantiana Otfried Hoeffe, il quale sviluppa un iter argomentativo volto a verificare la possibilità di costruire un diritto penale universale: cioè valido "per neri e per bianchi, per ebrei, cristiani, musulmani e buddisti, per agenti di borsa e coltivatori di riso, per militari serbi e per mujaheddin afgani". A tal fine prospettando, appunto, la tesi che la coercizione penale possa essere idonea a fungere da strumento di importanza primaria in una società vincolata all'ideale dei diritti umani¹⁷.

La risposta positiva all'interrogativo di fondo – posto in termini che, beninteso, trascendono gli orientamenti concreti dei vari diritti positivi –, se sia giusto che un dato ordinamento estenda il suo potere punitivo anche agli stranieri provenienti da altre culture viene, in realtà, argomentata sulla base di considerazioni che vale qui la pena riassumere.

Secondo il filosofo tedesco, tra il diritto penale come istituzione transculturale, e i diritti umani considerati a loro volta come istituzione a vocazione potenzialmente universale, esiste un rapporto di strettissima connessione e implicazione. Ciò, innanzitutto, sul piano storico. Sin dai tempi arcaici, il diritto penale esiste nelle più diverse culture giuridiche come strumento ordinamentale finalizzato a reagire contro le offese a quei beni essenziali per la vita di ciascun individuo, che corrispondono oggi in effetti al nucleo duro dei diritti umani: diritto alla vita e all'integrità personale, diritto di proprietà, diritto all'onore ecc.¹⁸. Proprio questa costante storica fornirebbe una importante riprova del fatto che, da un lato, esiste pressoché da sempre qualcosa di corrispondente al cuore degli odierni diritti fondamentali e che, dall'altro, la matrice culturale di tali diritti non è specificamente europeo-occidentale.

¹⁷ HOFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, trad. it., Torino, 2001, 3 ss.

¹⁸ HOFFE, *op. cit.*, 12, 57, 70 ss.

Ecco che da tali premesse deriverebbe la plausibilità teorica di una fondazione "logico-trascendentale" di diritti essenziali come quelli alla vita e all'integrità fisica, che costituiscono non a caso presupposti irrinunciabili, vere e proprie "condizioni *a priori*" della capacità di agire dell'essere umano, caratterizzate da un sistema di "necessaria reciprocità" che prescinderebbe dalle contingenze e differenze culturali (nel senso che il diritto di ciascuno alla tutela della vita e dell'integrità fisica presuppone, come condizione necessaria, la rinuncia alla violenza da parte degli altri e, in caso contrario, che la tutela del predetto diritto sia assicurata mediante il ricorso a forme di coercizione esterna)¹⁹.

Sottoposta a una valutazione d'insieme, si tratta di un'impostazione suggestiva e stimolante. Anche a voler prescindere dallo specifico tipo d'approccio filosofico sottostante, quel che merita attenta considerazione, leggendo con lenti penalistiche, è la tesi secondo cui proprio la storicamente assai risalente, e trasversalmente non meno diffusa, protezione penale di beni essenziali all'esistenza degli uomini come vita, integrità, patrimonio ecc. potrebbe, addirittura, essere assunta a conferma del fatto che almeno il nucleo centrale di quelle entità che definiamo diritti umani sia tutt'altro che una novità storica. Esprimeremmo, tuttavia, decisamente il nostro dissenso se questa sorta di antico legame intimo tra diritto penale e diritti umani basilari dovesse, eventualmente, da taluno essere utilizzato per sostenere qualche cosa di più e di diverso: cioè che la tutela di tali diritti a mezzo della pena rappresenti una sorta di necessità irrinunciabile, un vero e proprio dovere morale e giuridico inderogabile; escludendosi così, già in linea di principio, che una possibile (e auspicabile) evoluzione di civiltà, proiettata in un futuro anche non prossimo, possa portare alla scoperta di strumenti di tutela meno invasivi e più efficaci rispetto al (pur sempre arcaico, a dispetto della sua persistente vigenza nel mondo contemporaneo) diritto punitivo!

¹⁹ HOFFE, *op. cit.*, 63 ss.

Ciò detto, una proposta teorica come questa di Hoeffe esibisce per altro verso, sempre agli occhi di un penalista, punti deboli sostanzialmente analoghi a quelli precedentemente posti in evidenza con riferimento all'approccio barattiano. Com'è infatti intuibile, se si dovesse passare dal piano alto ma astratto della teorizzazione filosofica a progetti di normazione concreta, le non poche questioni che anche nel caso di Hoeffe rimarrebbero aperte si riferiscono pur sempre al problema di una adeguata (e non lacunosa) selezione politico-criminale dell'insieme dei possibili oggetti di tutela corrispondenti ad una concezione dei diritti umani all'altezza del nostro tempo.

Se così è, come del resto riconosce lo stesso Hoeffe²⁰, da una tesi filosofica – anche la più originale ed acuta – possiamo, tutt'al più, desumere una idea-guida, uno schema concettuale e assiologico di riferimento; ma per specificare, e per tradurre in atto un articolato programma di tutela destinato a inverarsi nella realtà, ci vogliono evidentemente un insieme eterogeneo di condizioni aggiuntive che la mera riflessione filosofica non potrebbe da sola mai predisporre.

3. Passando dal piano della speculazione teorica a quello del diritto in azione, è noto come l'istituzione giudiziaria – per dir così – vocata naturalmente, anche da un punto di vista simbolico, a sanzionare le più gravi violazioni dei diritti umani sia oggi la Corte penale internazionale. Da questo punto di vista, il nesso tra coercizione penale e diritti umani è assai stretto, di reciproca connessione e implicazione. È infatti incontestabile che le figure di reato tipicamente rientranti nella competenza statutaria di questa Corte (crimini di guerra, crimini contro la pace, crimini contro l'umanità) ledono gravemente quell'insieme di diritti fondamentali, che rappresentano il nucleo centrale di quei diritti che la comunità internazionale è tenuta a salvaguardare: è evidente il riferimento a diritti basilari quali il diritto alla vita, all'integrità psico-fisica, alla dignità umana, alla libertà personale ecc.

²⁰ HOFFE, *op. cit.*, 41.

In effetti, l'incentrarsi della tutela su diritti così essenziali, e oggetto di amplissimo consenso, può fare apparire una questione di mera preferenza retorica definire tali diritti anche 'beni giuridici' secondo la tradizione lessicale dei diritti penali nazionali. Anzi, parlare direttamente ed esclusivamente di tutela di importanti diritti umani, rinunciando al lessico comparativamente più asettico del bene giuridico, può porre meglio in risalto – anche in termini simbolico-comunicativi – che la giurisdizione penale internazionale ha come missione precipua la repressione di fatti che provocano mali assai gravi e sofferenze atroci a vittime in carne ed ossa.

È pur vero che ci si può, altresì, chiedere se nel novero degli scopi perseguibili dalla Corte rientrano (almeno potenzialmente) obiettivi ancora più ambiziosi, come ad esempio la salvaguardia o la promozione – per tornare al consueto linguaggio penalistico – di beni o interessi ad amplissimo spettro, quali pace, riconciliazione, sicurezza o benessere a livello mondiale²¹. Al di là della dimensione speculativa, non priva di qualche suggestione, sarebbe però ragionevole, per senso di realismo, guardarsi dal prospettare un sovraccarico di obiettivi, e di conseguenza dal nutrire un eccesso di aspettative rispetto a un'istituzione di giustizia che si avvale, pur sempre, di uno strumento dalle potenzialità limitate come il processo penale. Senza contare che si tratterebbe di obiettivi, oltre che difficilmente raggiungibili per via giudiziaria, a carattere così eterogeneo da spingere in direzioni diverse e da generare tensioni, per cui persisterebbero "ambiguità imbarazzanti" in mancanza di un chiaro quadro di priorità, peraltro verosimilmente impossibile da definire²².

Per altro verso, è fuori discussione che si pone un'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali sull'opposto versante delle garanzie

²¹ Cfr. in questo senso, ad esempio, PICOTTI, *Criminally protected legal interests at the International level after the Rome-Statute*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, M. POLITI, G. NESI (eds.), Singapore-Sidney, 2001, 264.

²² DAMASKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 12 ss., 19.

da assicurare agli stessi imputati dei crimini di competenza della giurisdizione penale internazionale. In realtà, assicurare adeguati *standard* di garanzia può risultare tutt'altro che scontato, non ultimo perché la particolare gravità dei crimini che vengono in questione alimenta forti istanze retributive orientate secondo un predominante paradigma vittimario: paradigma che tenderebbe di per sé ad imporre, quale obiettivo prioritario da perseguire ad ogni costo, la funzionalizzazione del processo e della punizione alla soddisfazione morale delle vittime. A ben vedere, una tale accentuazione di istanze repressivo-riparatorie, intrise di componenti eticizzanti e di preoccupazioni pedagogiche, reca un intuibile rischio: cioè quello di assecondare uno scivolamento della giurisdizione penale internazionale verso un modello di *diritto penale del nemico*²³.

Proprio per ridurre un simile rischio, occorre contenere la tentazione di utilizzare il paradigma punitivo come uno strumento per distinguere, anche simbolicamente, tra "amici" e "nemici" del genere umano; e, a tal fine, uno scrupoloso rispetto dei diritti e di tutte le garanzie tipici di un 'giusto' processo rappresenta indubbiamente un antidoto di rilievo non secondario.

4. Com'è risaputo, il tema dei delitti fondamentali assume un ruolo sempre più protagonista nello scenario europeo, e ciò sotto diverse angolazioni prospettiche che qui non possono peraltro essere prese in considerazione in maniera esaustiva²⁴.

²³ Più diffusamente, in proposito, FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, 191 ss.; ID., *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in AA.VV., *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze, 2011, 108 ss.

²⁴ Per un aggiornato ed agile quadro d'insieme cfr., ad esempio, ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6/2012, 764 ss.; e, per un approccio più sofisticato, ci si limita a segnalare MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 839 ss.; DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, cit.

Al di là degli aspetti più strettamente normativi, e privilegiando il piano delle considerazioni di fondo, quel che in generale emerge sempre più come dato saliente è una "spinta poderosa (...) nel senso di una sempre maggiore osmosi fra giurisprudenze nazionali (anche costituzionali) e giurisprudenze sopranazionali nel campo dei diritti fondamentali, e il significato culturale che essa assume. Da un lato gli standard elaborati a livello europeo vincolano di fatto e di diritto le giurisprudenze nazionali, dall'altro queste ultime concorrono continuamente alla definizione di quegli stessi standard, in un processo di tipo circolare"²⁵.

Se quanto precede vale in linea molto generale, l'influsso che i diritti fondamentali possono più specificamente esercitare in uno spazio penalistico europeo si manifesta – ancora una volta – in una duplice direzione: ora riduttiva, ora espansiva dell'area del penalmente rilevante. Nel primo senso, i diritti continuano ad assolvere alla tradizionale funzione di *limiti*, il cui rispetto condiziona la legittimità dell'attività repressiva; nel secondo senso, i diritti tendono ad assurgere – essi stessi – ad oggetto di protezione.

È certo che, con riferimento tanto al quadro normativo-istituzionale del Consiglio d'Europa quanto a quello dell'Unione europea, il ruolo più noto dei diritti fondamentali consiste nel contribuire ad una riduzione dell'area del penalmente rilevante. Ma nel corso degli anni, e per effetto sia di innovazioni giurisprudenziali che di mutamenti degli assetti normativi sovranazionali, è andato crescendo il fenomeno contrario di una proliferazione (anche potenziale) di effetti espansivi della punibilità nell'ambito dei diritti penali interni²⁶. Non si tratta soltanto della controvertibile – e già accennata – emer-

²⁵ ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, ne *il Mulino*, n. 3/2006, 414.

²⁶ Per una ottima panoramica di sintesi, nella duplice prospettiva degli effetti riduttivi ed espansivi dell'area del penalmente rilevante, cfr. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 4 ss.; ID., *Il diritto penale sostanziale*, ivi, 22 ss.

sione normativa o giurisprudenziale di veri e propri obblighi di tutela penale, ma anche di uno stile di interpretazione giudiziale conforme alle norme sovranazionali avente come discutibile effetto di estendere la portata incriminatrice di fattispecie penali nazionali²⁷.

Non è questo il luogo per addentrarsi nell'analisi dettagliata di problematiche specifiche esemplificative di possibili re-interpretazioni espansive inclini a dilatare l'ambito del penalmente rilevante all'insegna dei diritti umani. Rimanendo su di un piano di considerazioni di fondo, tra gli interrogativi che anche in proposito si ripropongono non è certo secondario quello – cui si è accennato anche in altre parti di questo lavoro – relativo all'individuazione dell'autorità più idonea, in una cornice di democrazia costituzionale, a determinare contenuto, portata e limiti dei diritti fondamentali: legislatore (anche sovranazionale) o giudici ai vari livelli?

Anche perché la ricostruzione espansiva dei diritti per via giurisprudenziale, oltre a rischiare di provocare fenomeni di eccessiva proliferazione di aspettative di tutela, produce l'ulteriore rischio di dar luogo a conflitti e collisioni tra diritti diversi difficilmente risolvibili²⁸. Da questo punto di vista, non è affatto scontato che dalla complessa interazione tra giudici sovranazionali, giudici costituzionali e giudici nazionali ordinari derivino effetti sempre virtuosi. Piuttosto, incombe tutt'altro che astratto il rischio di "creare anche un cortocircuito di tutele che necessitano di essere ordinate se non gerarchicamente, almeno per competenza, evitando una Babele di tribunali e di pseudo-diritti"²⁹.

²⁷ In senso favorevole, cfr. ancora VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Pisani*, II, a cura di P. Corso e E. Zanetti, 2010, 617 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, 2645 ss. Per un approccio tendenzialmente critico v., invece, MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 29 ss.

²⁸ Cfr., tra altri, DI GIOVINE, *op. cit.*, 1506 ss.

²⁹ TEGA, *Il diritto costituzionale e i diritti in crisi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 171.

5. Dopo aver ora accennato ad alcuni risvolti penalistici della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in ambito europeo, rimane da dire qualcosa sugli orientamenti di politica penale emergenti dagli organi politico-istituzionali dell'Unione europea in vista di un sempre maggiore avvicinamento (secondo il modello dell'armonizzazione), se non di una vera e propria unificazione in futuro delle legislazioni nazionali³⁰.

Si tratta – e l'interrogativo può suonare retorico – di una politica penale tutta declinata all'insegna del primato dei diritti umani? In effetti, le cose non stanno proprio così.

Ad esempio, se assumiamo a punto di riferimento la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 sull'approccio dell'Unione alla specifica materia penalistica, risalta in primo luogo la presa d'atto che nel diritto penale – pur nel rispetto della normativa internazionale sui diritti umani – si riverberano le peculiari caratteristiche culturali e valoriali di ciascun ordinamento nazionale, per cui i settori criminosi emblematici di tali peculiarità dovrebbero rimanere di competenza degli Stati membri. Ciò è in larga parte condivisibile, per ragioni anche intuibili³¹. In secondo luogo, la predetta Risoluzione parlamentare aggiunge che "l'affermazione del diritto penale dell'Unione europea deve contribuire a creare una cultura giuridica comune dell'U.E. in materia di lotta contro la criminalità che affianchi, ma non sostituisca, tradizioni giuridiche nazionali e influisca positivamente sulla fiducia reciproca fra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri".

Ma quali sono, più in particolare, i settori privilegiati dell'impegno politico-criminale europeo nell'attività di contrasto della criminalità? In effetti, facendo riferimento al quadro riassuntivo contenuto nella Comunicazione della Commissione al Parlamento eu-

³⁰ In argomento, per rilievi di fondo che considero ancora attuali v., più diffusamente, FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, cit., 143 ss.

³¹ Per un'esplicitazione di tali ragioni, si fa rinvio a FIANDACA, *op. ult. cit.*, 161 ss.

ropeo in data 20 settembre 2011, e intitolata "Verso una politica penale dell'Unione europea", i settori presi in considerazione sono i seguenti: criminalità organizzata; settori finanziari; lotta alla frode; tutela dell'euro contro la contraffazione; normativa doganale; politica del mercato interno, *et similia*. È appena il caso di rilevare che si tratta in larga parte di settori (incentrati sulla tutela più di funzioni che di beni giuridici in senso classico), i quali presentano pressoché tutte le caratteristiche tecniche di quella che, in un'ottica nazionale, suole definirsi legislazione penale complementare: una legislazione cioè finalizzata alla protezione di interessi politico-amministrativi o economici contingenti, burocratizzata (l'illecito tende ad assumere i tratti più di un incolore illecito amministrativo che di un delitto in senso assiologicamente pregnante), di conformazione tecnica per lo più approssimativa e dunque di problematica compatibilità con i più importanti principi garantistici del diritto penale. Volendo adottare una comoda etichettatura di sintesi, già prospettata in altra sede, potrebbe parlarsi di un *diritto penale di lotta alla criminalità organizzata e di governo di funzioni economico-amministrative*³². Un modello di diritto penale, dunque, non poco lontano da un diritto penale idealtipicamente orientato alla tutela dei diritti umani.

6. A questo punto, si avvicina il momento di tirare le fila dall'insieme delle considerazioni che precedono. Prima di farlo, ci concediamo però una parentesi per accennare esplicitamente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel 2000 e dotata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del medesimo valore dei trattati. Specie in origine, tale Carta intendeva indubbiamente consacrare un ampio catalogo di diritti espressivi di un quadro di valori comuni, a loro volta emblematici di una sorta di identità assiologica europea. Patrimonio di valori così sin-

³² FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in corso di pubblicazione.

tetizzabile: dignità umana, vita, integrità della persona, libertà nelle varie forme di manifestazione, *privacy*, uguaglianza, proprietà privata, sicurezza, solidarietà, stato di diritto e democrazia. Com'è agevole rilevare, si tratta di un catalogo di diritti e valori di prevalente ispirazione personalistica, corrispondente – non a caso – alla migliore tradizione del costituzionalismo moderno.

Ciò premesso, è allora giocoforza – specie nel contesto di quest'indagine – chiedersi: la Carta europea dei diritti fondamentali è in grado di esprimere forti valenze orientative ai fini della elaborazione di modelli, anche teorici, di legislazione penale sovranazionale? Nell'affrontare questo stesso interrogativo, taluno invero non solo ha ritenuto di dovere rispondere in senso affermativo, ma ha anche enfatizzato il ruolo potenziale della Carta, e ciò in più direzioni: sostenendo, precisamente, che essa “quale documento sovranazionale non solo può armonizzare la tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'Unione europea, ma in ipotesi può legittimare o persino imporre il ricorso allo strumento più incisivo, quello appunto penale, per contrastare le rispettive offese”³³. E, di fronte alla prevedibile obiezione che l'eventuale pretesa di desumere dalla Carta vincoli positivi di tutela ripropone la controvertibile questione degli obblighi di penalizzazione, si è tentato di replicare in una maniera che vale la pena esplicitare: sarebbe frutto di una generalizzazione indebita proiettare su di una scala meta-nazionale le riserve teoriche nei confronti degli obblighi di tutela penale, dal momento che si renderebbe necessario nello spazio europeo contrapporre “una sintesi nuova alla tradizionale contrapposizione fra fondamento e limite della responsabilità penale”³⁴. Si tratta di un punto di vista abbastanza sorprendente, anche perché l'esigenza dell'auspicata nuova sintesi viene affermata in modo alquanto perentorio, senza esplicitazione di motivazioni adeguate. In ogni

³³ MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, 55.

³⁴ MILITELLO, *op. cit.*, 63.

caso, ci troviamo di fronte ad una presa di posizione ideologicamente sintomatica, oltre che di un sopravvenuto distacco (se non fastidio) nei confronti del costituzionalismo penale di matrice liberalgarantista, della tendenza a ravvisare nei diritti fondamentali una fonte pressoché obbligata di doveri di protezione penale: insomma, si dà per dimostrato quel che invece si avrebbe l'onere di dimostrare!

Comunque sia, a non volere immotivatamente abbandonare sul terreno sovranazionale quella concezione liberaldemocratica del diritto penale cara ancora a non pochi studiosi³⁵, alla cui stregua i diritti fondamentali non fondano automaticamente la necessità di una loro tutela penalistica, l'assunto da ribadire – almeno sul piano della riflessione teorica – non può che essere questo: vale anche per la Carta di Nizza che i diritti e i valori in essa menzionati – non diversamente da quanto vale per i documenti costituzionali interni – assumono, rispetto alla selezione dei contenuti della tutela penale, una valenza potenzialmente orientativa. Non solo non impongono obblighi di penalizzazione, ma neppure sono in grado di delineare un catalogo esauriente ed autosufficiente di oggetti di tutela, da additare al legislatore sovranazionale come una piattaforma politico-criminale pronta per essere tradotta in legislazione concreta. Se così è, anche rispetto agli orientamenti assiologici desumibili dalla Carta europea non sarebbe legittimo pretendere di sottrarsi a un processo dialettico di specificazione e concretizzazione delle opzioni di tutela, rispettoso a sua volta dei principi di fondo e delle regole che dovrebbero presiedere ad un dibattito democratico degno di questo nome.

7. Tirando dunque davvero le fila, è il caso di esplicitare l'interrogativo implicito in gran parte delle considerazioni fin qui svolte: fino a che punto sarebbe davvero promettente la proposta teo-

³⁵ Per tutti, anche con riferimento alla situazione penalistica attuale, si veda PULITANO, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1613 ss.

rica di sostituire al vecchio paradigma del bene giuridico, quale criterio giustificativo del penalmente tutelabile, il più recente paradigma dei diritti fondamentali (o diritti umani)?

Una risposta in proposito, se si intende rimanere coerenti con il senso complessivo di quanto fin qui rilevato, non può essere univoca e radicale in un senso o nell'altro, specie se si pretendesse di fornirla in termini globali o totalizzanti. Ma, anche potendosi distinguere per ambiti di materia o sottosistemi penali differenziabili, si può senz'altro conclusivamente anticipare che porre come oggetto di tutela al posto del bene giuridico il diritto fondamentale non sarebbe in ogni caso un passo avanti né risolutivo, né decisamente migliorativo.

È vero che ci sono campi di materia interni allo stesso diritto positivo nazionale, in cui – come si è precedentemente visto – il riferimento a un qualche diritto fondamentale, o a qualche sua forma di specificazione, rispecchia più direttamente e adeguatamente il contenuto e il senso della tutela; e lo stesso *mutatis mutandis* vale, verosimilmente, se – come pure abbiamo visto – identifichiamo nei diritti umani il cuore della protezione assicurata dal sottosistema della giustizia penale internazionale.

Ma non mancano, come abbiamo in non piccola parte anticipato, ragioni forti quantomeno per dubitare che il tentare una rifondazione dell'intero universo penalistico all'insegna dei diritti fondamentali sarebbe una impresa concettualmente realizzabile e, al tempo stesso, veramente proficua quanto alla possibilità di dare risposte più convincenti e aggiornate al ricorrente problema teorico della legittimazione delle norme penali. Ragioni, invero, riassumibili nel modo seguente.

La stessa nozione di diritti fondamentali (o di diritti umani) è controvertibile, e non può non esserlo, "perché ha, e non può non avere, un'intrinseca connotazione assiologica"³⁶. Pertanto, la cor-

³⁶ MAZZARESE T., *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione 'politicamente scorretta'*, in *Ragion pratica*, 2010, 528.

rispondente tutela presuppone – non diversamente da quanto da sempre accade rispetto al concetto di bene giuridico – la soluzione di complesse questioni sostanziali, da affrontare alla stregua di punti di vista etico-politici, di considerazioni politico-criminali e sulla base di criteri valutativi a vari livelli.

Inoltre, stante la matrice individualistica dei diritti fondamentali, ne deriva che risulta non agevole, e quindi non poco controvertibile, dedurne implicazioni realmente orientative, ai fini della selezione del penalmente tutelabile, rispetto al versante dei bisogni collettivi di protezione.

Ancora, l'alone di pregiudiziale favore e la forte carica emotiva connaturati all'idea dei diritti fondamentali (e, ancor più, dei diritti umani), politicamente strumentalizzabili con facile retorica in combinazione con un sempre più diffuso paradigma vittimario, provocano il costante rischio che l'appello a tali diritti si traduca in un fattore, piuttosto che di riduzione, di crescente e ingiustificata dilatazione della sfera del punibile³⁷. Dilatazione ingiustificata perché la retorica politica potrebbe, appunto, anche elevare alla dignità di diritto fondamentale penalmente tutelabile qualcosa che non ne avrebbe la sostanza, o che non meriterebbe in effetti tale forma di tutela³⁸.

³⁷ Cfr. anche CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation*, cit., 426 ss.

³⁸ Cfr. anche PULITANÒ, *op. ult. cit.*

VIII

La prospettiva di legittimazione anglo-americana

La categoria del bene giuridico è di matrice e di persistente impiego europeo-continentale, mentre essa è tendenzialmente sconosciuta nell'area penalistica anglo-americana. Com'è noto, in quest'area il problema della legittimazione sostanziale delle fattispecie penali suole essere affrontato sulla base di altre strategie argomentative, tradizionalmente riconducibili al cosiddetto principio del danno (*Harm Principle*), o principio del danno ad altri (*Harm to Others Principle*). Tale principio, invero, si fa risalire al filosofo John Stuart Mill, il quale nella sua opera più conosciuta, il *Saggio sulla libertà* del 1859, ebbe a scrivere: "Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società e individuo, sia che li si eserciti tramite la forza fisica, sotto forma di pene legali, sia mediante la coazione morale dell'opinione pubblica. Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto (...) ¹.

¹ MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano, 1981, 12 s.

Il celebre passo ora riportato esprime, in forma per di più assai efficace, il nucleo essenziale di una concezione liberale-utilitarista del diritto penale: diversamente dai sostenitori di una prospettiva di moralismo giuridico, come ad esempio James Fitzjames Stephen², per i quali il diritto penale avrebbe il compito di combattere il vizio e supportare i valori morali dominanti, il liberale Mill attribuisce infatti alla coercizione pubblica la sola missione di prevenire e reprimere i fatti socialmente dannosi in quanto provocano danni a terzi; mentre esulerebbe dai legittimi scopi di essa perseguire il bene (fisico o morale) del singolo individuo.

Come è stato ben osservato, il principio del danno "ha avuto e conserva una grande attrattiva per la teoria liberale, perché nella sua semplicità sembra garantire una ferma delimitazione dell'ambito in cui sono legittime le interferenze del potere statale nella vita degli individui. Inoltre, l'idea che lo Stato sia legittimato a cercare di impedire, rendendoli punibili, solo i comportamenti dannosi verso terzi sembra accordarsi con la tesi, sostenuta da buona parte degli autori liberali, della neutralità dello Stato rispetto alle concezioni del bene condivise dai membri di una comunità"³. Mentre, se la legge penale si prefiggesse di perseguire i comportamenti semplicemente immorali, dal momento che nelle società moderne esiste una pluralità – per dirla con Rawls – di concezioni etiche comprensive, ecco che essa finirebbe col porre la sua spada al servizio di una tra le concezioni morali concorrenti, in particolare di quella presumibilmente maggioritaria, che verrebbe così imposta ai gruppi di minoranza: ne conseguirebbe, appunto, una grave mortificazione di quel pluralismo assiologico che uno Stato liberaldemocratico dovrebbe in teoria salvaguardare o addirittura promuovere.

² STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, opera originaria del 1873, ripubblicata nel 1991 a Chicago.

³ DICIOTTI, *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3/1997, 367.

Ma fino a che punto si può davvero sostenere che il principio del danno sia ideologicamente e moralmente neutrale? Su questo interrogativo, tutt'altro che secondario, torneremo a soffermare l'attenzione in seguito.

1. Il liberalismo penale risalente alla filosofia di John Stuart Mill ha, invero, ricevuto in anni molto più vicini a noi un poderoso sviluppo nei quattro volumi sui "limiti del diritto penale" – editi dal 1984 al 1988 – del giusfilosofo statunitense Joel Feinberg: l'importanza di questa grande opera è confermata dal fatto che essa è diventata un punto di riferimento fondamentale nel dibattito teorico che si svolge a livello internazionale sui persistenti problemi di legittimazione del diritto penale⁴.

Non è questa la sede per una compiuta esposizione del pensiero di Feinberg in tutte le sue articolazioni contenutistiche⁵. Piuttosto, interessa il suo complessivo modello concettuale considerato nelle direttrici principali soprattutto per la parte in cui ne possiamo ricavare indicazioni generali di principio sul modo di affrontare la problematica del danno criminale in una prospettiva liberal-democratica.

Orbene: come definisce Feinberg il danno penalmente rilevante? Egli tende a definirlo – in termini generalissimi – come arretra-

⁴ A riprova dell'interesse riscosso dal pensiero di Feinberg a livello europeo cfr. ad esempio, nella letteratura di lingua tedesca, SEHER, *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Berlin, 2000; von HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, Berlin, 2005, in particolare 69 ss.; HOERNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., 78 ss.; ROXIN, *Was darf der Staat*, cit., 719 ss. Nella letteratura italiana più recente si vedano i saggi contenuti in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008; FRANCOLINI, *L'Harm Principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 276 ss.; e gli scritti di CADOPPI, CANESTRARI, ROMANO M. e FIANDACA raccolti in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010.

⁵ Per una ottima sintesi ricostruttiva non priva di importanti dettagli cfr. FRANCOLINI, *L'Harm Principle nel diritto angloamericano*, cit., *passim*.

mento (o peggioramento) di un interesse cagionato da una condotta umana, che a sua volta violi un diritto della persona offesa (*wrong*)⁶. Ma cosa vuol dire "interesse" – o, meglio, quali sono gli interessi la cui lesione può essere legittimamente elevata a reato? In linea di principio o tendenziale, secondo Feinberg deve trattarsi di interessi connessi al benessere delle persone: vale a dire di interessi rilevanti, dotati di seria consistenza e durata; tali da rispecchiare presupposti essenziali di vita o benessere *standard* per ciascun essere umano, e sulla cui necessità e meritevolezza di tutela anche a mezzo del diritto penale sia pertanto ragionevole ipotizzare un consenso sociale (un consenso "per intersezione" per dirla in termini rawlsiani) assai diffuso, pressoché generalizzato. Per intendersi, si fa esemplificativamente riferimento a quel novero di interessi fondamentali a carattere individuale ma non soltanto (come vita, integrità, patrimonio oppure pace e sicurezza pubblica, regolare funzionamento delle istituzioni o del sistema economico ecc.), che rappresentano il nucleo solido della tutela penale in tutte le legislazioni evolute⁷.

D'altra parte, che lo stesso Feinberg faccia esemplificazioni richiamando gli importanti interessi da tempo protetti nei diritti penali storici, non deve sorprendere troppo. Ciò è verosimilmente spiegabile anche in base alla considerazione che la materia penale non è concepibile come pura astrazione teorica, rimanendo pur sempre uno strumento pratico forgiato dall'esperienza storica e comunque vincolato alla realtà: il che fa sì – appunto – che una riflessione teorica sul danno penalmente rilevante, anche se ambisce a risultare in qualche modo innovativa, non possa in ogni caso prescindere dalle più tipiche e ricorrenti forme di manifestazione di quest'ultimo sotto il duplice profilo effettuale e normativo.

⁶ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984, 31 ss.; in proposito, FRANCOLINI, *L'Harm Principle*, cit., 282 ss.

⁷ FEINBERG, *op. cit.*, 11 ss., 221 ss.

Se quanto precede è vero, non si può tuttavia trascurare per altro verso il fatto che anche rispetto al principio del danno – analogamente a quanto si è precedentemente rilevato con riferimento al paradigma dei diritti fondamentali – può risultare incerta la selezione dell'insieme degli interessi collettivi legittimamente tutelabili. Come abbiamo già più volte rilevato, non tutti gli interessi collettivi sono direttamente funzionali alla protezione di interessi individuali, mentre il principio in parola, considerato nella sua matrice liberale-individualistica, postulerebbe un riferimento privilegiato alle posizioni di interesse dei singoli individui in carne ed ossa. Da questo punto di vista, la ritenuta esigenza di proteggere penalmente un esteso numero di interessi meta-individuali potrebbe comportare interpretazioni del principio del danno così estensive da indebolirne la portata delimitativa della punibilità.

Resta, a questo punto, da chiarire il requisito ulteriore del concetto di danno consistente, come anticipato, nella violazione di un diritto della persona che patisce il pregiudizio. In altri termini, per il giusfilosofo statunitense non ogni arretramento di interesse, per quanto consistente e duraturo, basta di per sé a legittimare l'intervento penale: è, altresì, necessario che tale arretramento sia cagionato in violazione di una giustificata pretesa del titolare dell'interesse in questione ad averne garantita l'integrità. Ma quando si può dire che ciò avviene? Profilandosi al riguardo in astratto più soluzioni alternative, la prima cui verrebbe subito da pensare è di chiamare in causa l'ordinamento positivo e di identificare, pertanto, il *wrong* con la violazione di un diritto legalmente riconosciuto: ma se il diritto positivo dovesse costituire l'unico parametro, una indagine come questa di Feinberg si precluderebbe la possibilità di delimitare i confini del diritto penale sulla base di criteri di moralità critica, in quanto tali meta-positivi⁸. Un'alternativa consisterebbe, all'opposto, nel valutare l'ingiustificatezza del danno provocato sul-

⁸ Cfr. anche FRANCOLINI, *op. ult. cit.*, 291.

la base di criteri puramente morali di matrice sostanzialmente giuridico-naturalistica: ma, da liberale, Feinberg comprensibilmente si guarda bene dal far propri criteri valutativi desumibili da concezioni morali 'comprehensive' ⁹. Ecco che quella infine prescelta è una terza via, in realtà di compromesso: nel senso che per Feinberg il danno è provocato in maniera ingiustificata tutte le volte in cui si possa sostenere che il danneggiato avesse una pretesa a non subirlo supportata da ragioni decisive (non soltanto pertinenti o convincenti!) ¹⁰. Insomma, da questo punto di vista la meritevolezza di tutela penale finirebbe col derivare dalla impossibilità di giustificare in termini di forte razionalità o ragionevolezza, sulla base di criteri anche di senso comune, la condotta produttiva delle conseguenze dannose. Fino a che punto questa terza via risulta appagante? Ancorché non priva di coerenza rispetto all'impostazione complessiva dell'autore, essa presenta i ben noti punti deboli (non ultimo in termini di genericità o indeterminatezza) riscontrabili in ogni approccio che presuma di far leva su criteri di razionalità o ragionevolezza ¹¹.

2. A questo punto, diventa interessante chiedersi: dall'impostazione teorica del giurista filosofo americano quali indicazioni di politica penale sono desumibili rispetto a settori in cui è controvertibile la presenza di seri interessi tutelabili nell'accezione poc'anzi illustrata? Si allude a forme di condotta che, seppure inidonee a ledere consistenti interessi connessi al benessere personale o collettivo, sono tuttavia tali da creare turbamento, disagio o disturbo ad altre persone, come ad esempio avviene nel caso degli atti osceni in luogo pubblico: ammesso che si tratti di condotte meritevoli anch'esse di essere punite, come giustificarle sul piano teorico la rilevanza penale?

La risposta a un simile interrogativo in effetti non è agevole, e ciò specie per un pensatore di orientamento liberale che non può

⁹ FEINBERG, *op. cit.*, 110 s.

¹⁰ FEINBERG, *op. cit.*, 111 s.

¹¹ Per ulteriori rilievi cfr. FRANCOLINI, *op. ult. cit.*, 290 ss.

ritenere in proposito davvero decisive ragioni del punire del tipo di quelle avanzate, tradizionalmente, dai due versanti conservatori del moralismo giuridico e del paternalismo¹². Ma, posto di fronte a questa difficoltà, Feinberg non se la sente neppure di sposare un liberalismo penale così radicale da sbarrare la porta ad ogni possibilità di ricercare un qualche fondamento teorico, diverso dal principio del danno ma a questo per dir così ideologicamente affine, atto a legittimare l'incriminazione di condotte capaci soltanto di suscitare reazioni spiacevoli nei terzi. Da qui, l'emergere anche questa volta di una soluzione in certo senso di compromesso, sintomatica in realtà del carattere non dogmatico, ma – come vedremo anche in seguito – tutto sommato prudente, cauto del liberalismo dell'autore: soluzione che, cioè, consiste nella elaborazione di un apposito *principio di molestia* (nel linguaggio feinberghiano "*offense to others principle*", che in tedesco può a sua volta essere tradotto "*Belaestigungsprinzip*"), quale autonomo criterio limitativo della libertà, complementare rispetto al principio del danno¹³.

Cosa precisamente intendere per "*offense*"? Questo termine nel lessico anglo-americano (e dello stesso Feinberg) allude invero a sensazioni mentali sgradite, a reazioni psicologiche negative come irritazione, disagio, imbarazzo, turbamento o persino disgusto, insomma a quel genere di emozioni che può patire chi ad esempio si imbatta casualmente in atti osceni o esibizioni pornografiche, op-

¹² Sul paternalismo v. in generale, di recente, MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012. Nella dottrina penalistica si vedano CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 83 ss.; CANESTRARI-FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 167 ss.; ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, ivi, 143 ss.; PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 489 ss.

¹³ FEINBERG, *Offense to Others*, New York-Oxford, 1985. Per una rielaborazione di tale principio cfr. von HIRSCH, *Belaestigendes Verhalten: gibt es ein strafrechtlichen Belaestigungsprinzip?*, in ID., *Fairness, Verbrechen und Strafe*, cit., 109 ss.; ID. *I concetti di "danno" e "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angloamericana*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 29 ss.

pure in comportamenti offensivi che oltraggiano una fede religiosa e simili: un insieme dunque di reazioni o sensazioni emotive fastidiose, ancorché passeggiere, che – pur nella eterogeneità delle possibili cause scatenanti – sembrano accomunate da una gravità comunque insufficiente ad attingere la soglia del pregiudizio a un interesse consistente e duraturo, quale componente essenziale del benessere personale *standard* (altrimenti appunto interverrebbe, come criterio di criminalizzazione, il principio del danno ad altri) ¹⁴.

Ma, trattandosi di un'esigenza di protezione da stati psichici sgraditi che come tali provocano disagi o turbamenti di regola soltanto passeggeri, una decisione legislativa eventualmente favorevole alla penalizzazione dovrebbe, piuttosto, esser fatta dipendere dalla presenza di requisiti ulteriori, da accertare con l'ausilio di autonomi criteri politico-criminali (aggiuntivi rispetto al principio di molestia o, nei congrui casi, rispetto allo stesso principio del danno): i quali, nel linguaggio di Feinberg, prendono il nome di "*massime di mediazione*" ¹⁵; e in larga parte corrispondono nella sostanza a quei criteri di criminalizzazione, integrativi rispetto al bene giuridico, che hanno costituito oggetto di elaborazione da parte delle dottrine europeo-continentali e, altresì, di applicazione pratica da parte delle corrispondenti giurisprudenze costituzionali. Ed infatti, com'è a questo punto intuibile, la decisione ultima se criminalizzare o no finirebbe anche secondo Feinberg col dipendere dal grado di intensità e profondità delle conseguenze moleste, dal valore o dall'utilità sociale eventualmente connessi alla stessa condotta offensiva, oppure ancora dal fatto che quest'ultima venga realizzata in uno spazio pubblico (la pubblicità della condotta rende infatti più vulnerabile lo spettatore casuale, che viene involontariamente investito dalla visione di atti sgraditi cui è difficile sottrarsi) ¹⁶.

¹⁴ FEINBERG, *op. ult. cit.*, *passim*.

¹⁵ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 25 ss.

¹⁶ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 25 ss.

Questa complessiva strategia di legittimazione della punibilità, in quanto ispirata a principi di liberalismo penale (seppur non radicale, ma prudente), è destinata secondo Feinberg – questo è un punto che va ribadito – a giustificare la repressione di *tutte* le condotte produttive di sensazioni sgradevoli, a prescindere dalle cause che le provocano e a prescindere dal giudizio sulla maggiore o minore ragionevolezza dell'irritazione conseguente al disagio o turbamento patito: se ne ricava dunque che dovrebbe essere sempre uno stesso principio – quello, appunto, di molestia – a spiegare l'incriminabilità di comportamenti che vanno dall'osceno all'offesa del sentimento religioso. Ciò è davvero plausibile?

A ben vedere, la plausibilità di un principio di molestia concepito nella maniera fin qui sintetizzata, quale principio che integra il principio del danno, è tutt'altro che scontata. E ciò per più ragioni. Salvo quanto si dirà appresso, ci si limita per il momento a richiamare considerazioni già svolte nel corso di questa indagine, quando si rilevava che l'assumibilità di stati emotivi (quali entità psicologiche reali) a oggetto di tutela costituisce – si può dire da sempre – un punto assai problematico di ogni teoria della criminalizzazione. Innanzitutto, perché i sentimenti o le emozioni come tali variano da individuo a individuo, e non sono quindi facilmente standardizzabili secondo metri normativi. Inoltre, proprio guardando all'universo delle emozioni da una prospettiva assiologico-normativa ad esempio di tipo liberal-progressista (cui è sensibile anche chi scrive), si può invero contestare che tutte le reazioni emotive meritino indistintamente la medesima considerazione dinanzi all'ordinamento giuridico. Ribadiamo qui, sempre nel solco di Marta Nussbaum, quanto si osservava in precedenza a proposito – tra l'altro – del pudore come bene giuridico, e cioè che in particolare emozioni come la vergogna o il disgusto (quali possibili ragioni giustificative della punibilità ad esempio delle condotte oscene che le provocano) sono in realtà maggiormente congeniali a un moralismo conservatore, dal momento che incoraggiano la stigmatizzazione e la discriminazione non solo dei comportamenti offen-

sivi, ma degli stessi individui che ne sono autori (i quali finiscono così con il ricevere uno stigma negativo).

Riguardo poi agli oltraggi al sentimento religioso o al sentimento di identità culturale dei vari gruppi sociali, soprattutto tenendo conto del sopravvenuto clima conflittuale che nell'attuale scenario multiculturale contrappone fedi e culture diverse, è più che verosimile che la questione della legittimità di una tutela penale di sentimenti siffatti debba oggi essere affrontata entro un orizzonte più ampio e complesso rispetto a quello che faceva da sfondo al modello feinberghiano di protezione dalle molestie¹⁷.

3. È interessante ripercorrere la vasta elaborazione teorica di Feinberg pure con riferimento a quei settori ancora più problematici, sempre nella prospettiva della legittimazione di un eventuale intervento penale, in cui a fare difetto è anche la dimensione (oltre che del danno in senso stretto) della mera molestia. Si tratta di quegli ambiti, presi in considerazione nel quarto volume della grande opera sui limiti morali del diritto penale, in cui campeggiano quelli che l'autore suggestivamente definisce "mali liberamente fluttuanti": sarebbero tali perché non riferibili a soggetti passivi determinati in grado di farne oggetto di concreta e specifica doglianza appunto in termini di danno o molestia (potremmo, dunque, parlare anche di illeciti senza vittima). Per esemplificare, si pensi a violazioni di tabù, a relazioni omosessuali, a rapporti extramatrimoniali, corruzione morale di persone adulte *et similia*¹⁸.

Nell'ambito di questo esteso campionario assortito di condotte considerate tradizionalmente contrarie alla morale dominante (o al cosiddetto buon costume), e già per questo secondo i seguaci del

¹⁷ In proposito si rinvia alle lucide considerazioni di VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 179 ss.

¹⁸ FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1990, 17 ss. In proposito – volendo – si veda FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 207 ss.

moralismo giuridico meritevoli di punizione, appare ad esempio emblematico – per la sua persistente problematicità d’illecito di confine tra morale e diritto – l’incesto: figura criminosa non solo a tutt’oggi stimolante in una prospettiva di aggiornata rivisitazione teorica dei fondamenti di legittimazione del diritto penale, ma ritornata anche di attualità in quanto fatta oggetto di due sentenze costituzionali (una della Corte costituzionale italiana, precisamente la sent. n. 518/2000; e un’altra molto più recente – precedentemente accennata – della Corte costituzionale tedesca, in data 26 febbraio 2008). Vale in effetti la pena soffermare qui l’attenzione sul tema dell’incesto, perché ciò consente – sia in relazione al pensiero di Feinberg, sia in termini più generali – di porre in risalto il ruolo, ma nel contempo la problematicità dello stesso concetto di ‘dannosità sociale’ quale criterio (laico) di legittimazione della tutela penale.

Com’è noto, il carattere alquanto problematico della fattispecie incriminatrice in questione deriva anche dal fatto che il suo significato e i suoi limiti variano da cultura a cultura e da codice a codice¹⁹. Ciò contribuisce, in effetti, a rendere più complessa l’individuazione delle ragioni di fondo che stanno alla base della proibizione. Detto in altri termini: le condotte incestuose offendono beni giuridici chiaramente individuabili, la cui lesione è tale a sua volta da implicare effetti socialmente dannosi o pericolosi univocamente verificabili? A ben vedere, il requisito di una effettiva dannosità sociale difetterebbe se si dovesse in proposito concludere che l’incesto contrasta in definitiva con rappresentazioni morali ancora profondamente radicate. Come abbiamo più diffusamente rilevato in altra sede, i comportamenti offensivi di valori morali, o dello stesso buon costume (pur espressamente menzionato nella Carta costituzionale italiana), di per sé non attingono ancora quella dannosità sociale sufficiente a legittimare divieti penali in un or-

¹⁹ Cfr. MERZAGORA, voce *Incesto*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 326 ss.

dinamento rispettoso dei principi della democrazia costituzionale. Ecco che, in tal modo, è lo stesso concetto di dannosità sociale suscettibile non solo di apparire mediatamente costituzionalizzato per implicazione logico-assiologica, ma altresì di assurgere ad autonomo parametro in grado di contribuire a selezionare i beni giuridici *legittimamente* assumibili a oggetto di tutela penale²⁰. Tutto ciò, almeno, in linea puramente teorica: rimane il grosso problema, come si è anche rilevato in precedenza, di trovare sufficiente consenso sul modo di concretizzare la stessa idea di dannosità sociale nei casi problematici.

Ma vi è di più. Come sappiamo, secondo la dottrina europeo-continentale in atto dominante, è contestabile già in partenza la stessa legittima riconducibilità delle concezioni morali al novero dei beni giuridici compatibili con un diritto penale liberaldemocratico. È stato ben ribadito da Wohlers: "Le concezioni morali e le rappresentazioni di valore sono indubbiamente un legittimo bene da proteggere, se si vive in uno Stato che è legato ad una visione del mondo – o in quanto Stato religioso, o in quanto Stato autoritario con una determinata visione del mondo. Entrambe le strade di accesso sono però precluse ad uno Stato secolare pluralistico di modello europeo: che determinati atteggiamenti, convinzioni e rappresentazioni di valore meritino tutela penale non si può far discendere né da una rivelazione divina riconosciuta vincolante né da una visione del mondo imposta in modo autoritario"²¹.

Ora, nell'operare il salvataggio della fattispecie di incesto, entrambe le Corti costituzionali italiana e tedesca hanno cercato di dimostrare che il divieto di relazioni incestuose tende pur sempre a proteggere, oltre alla morale dominante, qualche bene giuridico a carattere più specifico (dall'ordine matrimoniale e familiare alla

²⁰ FLANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., 99 ss.

²¹ WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in AA.VV., *Sulla legittimazione*, cit., 138.

salute e alla stessa autodeterminazione sessuale individuale)²². Se-
nonché Winfried Hassemer, nel motivare quale componente della
Corte di Karlsruhe la sua opinione dissenziente, riesce a porre se-
riamente in dubbio l'effettiva incidenza offensiva dell'incesto su
beni giuridici specifici²³. E ciò che qui preme, in particolare, evi-
denziare è che la linea argomentativa seguita da Hassemer coinci-
de nella sostanza, e in larga misura, con quella che sviluppa lo stes-
so Feinberg al medesimo fine di porre in dubbio la persistente pun-
nibilità delle condotte incestuose. Se infatti l'autorevole penalista
tedesco contesta che tutti i fatti capaci di integrare la fattispecie ti-
pica risultino sempre dannosi o anche semplicemente pericolosi ri-
spetto a beni come l'ordine familiare o la salute, per cui una gene-
rica e indiscriminata incriminazione delle relazioni incestuose po-
trebbe apparire giustificata soltanto in un orizzonte di moralismo
giuridico²⁴, il giusfilosofo statunitense dal canto suo rileva: "(...) le
regole contrarie all'incesto non funzionano soltanto per impedi-
re danni o svantaggi. Esse hanno una forte presa su di noi anche
quando queste ragioni non vengono in rilievo. Dopotutto i contrac-
cettivi e la sterilizzazione possono impedire i disastri genetici; i rap-
porti in privato possono impedire la molestia agli altri e l'esempio
contagioso; e le relazioni incestuose tra adulti consenzienti posso-
no andare esenti dall'obiezione basata sull'abuso dei minori. Con
le parole di Graham Hughes, è difficile vedere quale ragione vi sia
per dichiarare un crimine odioso che vadano a letto insieme un uo-
mo di trentacinque anni e la sorella di trenta"²⁵. In un'altra parte
sempre del quarto volume della sua grande opera, Feinberg ag-
giunge che un consenso pienamente valido dovrebbe, da un pun-

²² Cfr. più in dettaglio, FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, cit., 214 ss.

²³ Per un'esposizione dei termini della critica di Hassemer v. ancora FIANDACA, *op. ult. cit.*, 217 ss.

²⁴ Per un'esposizione più in dettaglio dei rilievi critici di Hassemer cfr. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 217 ss.

²⁵ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 21 ss.

to di vista teorico, scriminare in ogni caso fatti come la sodomia o anche l'incesto tra adulti, tanto più che non ci sono ragioni – come, appunto, ad esempio nel caso di un fratello e una sorella adulti – per temere il verificarsi di serie conseguenze dannose²⁶.

A questo punto, non dovrebbe sorprendere troppo il fatto che sia Hassemer che Feinberg, pur prendendo rispettivamente le mosse da presupposti teorici differenti (l'uno da una teoria critica del bene giuridico, l'altro da una teoria liberale dei limiti morali alla coercizione penale), utilizzino pressoché i medesimi argomenti per delegittimare la persistente vigenza di divieti penali di incesto, specie se concepiti in termini indiscriminatamente comprensivi. Infatti, anche se Hassemer mostra formalmente di argomentare sulla base di un concetto di bene giuridico che pretenderebbe di poggiare su contenuti materiali, la sostanza del suo ragionare si incentra pur sempre sull'esigenza di verificare se a tutte le possibili forme di manifestazione dell'incesto facciano sempre seguito apprezzabili conseguenze dannose o pericolose per gli stessi soggetti coinvolti o nei confronti di terze persone: un modo di ragionare, dunque, in fondo abbastanza affine allo stile argomentativo di matrice anglosassone, che fa sin da subito più direttamente leva sul principio del danno (o su altri criteri simili).

4. Rimane da accennare agli orientamenti che Feinberg esprime nel terzo volume della sua poderosa opera teorica, cioè quello dedicato ad un confronto critico con il paternalismo legale²⁷.

In sintesi, è da premettere che Feinberg sottolinea con forza il concetto di autonomia personale, concepita come una sorta di "sovranità assoluta": se ne fa derivare che il principio del danno non potrà mai trovare applicazione, anche in presenza di un arretramento di interessi pur rilevanti, allorché la condotta dannosa sia fatta og-

²⁶ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 166.

²⁷ FEINBERG, *Harm to Self*, New York-Oxford, 1986.

getto di un autentico consenso da parte della stessa persona che subisce il pregiudizio²⁸. Da questo punto di vista, l'autore si atteggia indubbiamente – nella scia di Stuart Mill – a seguace di un liberalismo antipaternalista: ne costituisce riprova – tra l'altro – il riconoscimento di un diritto a lasciarsi morire, quale riflesso del diritto all'autodeterminazione connesso alla sovranità personale²⁹.

Un'altra indicazione di massima scaturente da un antipaternalismo *à la* Feinberg consiste nel disconoscimento al diritto penale della competenza a svolgere una funzione promozionale o propulsiva di interessi o valori non ancora avvertiti dai singoli; o, comunque, una funzione di supporto alla realizzazione di ideali perfezionistici in chiave di pieno sviluppo e miglioramento della persona umana: una prospettiva di tutela promozionale, questa, che ad esempio una parte della dottrina italiana propenderebbe invece, ancora di recente, a riconnettere all'art. 3, comma 2, Cost. e alla sua sottesa ispirazione solidaristica³⁰. Senonché, chi scrive ritiene che sia più condivisibile in proposito la posizione critica del giusfilosofo statunitense. Voler fare riferimento anche a una norma costituzionale espressa, quale l'art. 3, comma 2, di un testo costituzionale come quello italiano per dare una forte copertura legittimatrice a eventuali opzioni di tutela penale finalizzate a promuovere l'autonomia personale e persino il benessere "critico" (non puramente "volizionale") di individui singoli o di gruppi³¹, non è di per

²⁸ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 52 ss.

²⁹ FEINBERG, *op. ult. cit.*, 344 ss.

³⁰ Per una presa di posizione in questo senso emblematica cfr. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 332 ss.

³¹ Per la distinzione tra interesse "volizionale" (riferibile ai reali desideri delle persone concrete) e interesse "critico" (riferibile invece alle preferenze e alle aspettative che una persona dovrebbe avere sulla base di criteri di ragionevolezza media, o di un qualche criterio morale ispirato alla prospettiva del perfezionamento personale) cfr. DWORKIN, *Virtù sovrana*, trad. it., Milano, 2002, 264 ss.

sé né giustificazione sufficiente, né obiettivo rassicurante: infatti, sappiamo bene che i documenti costituzionali novecenteschi non sono suscettibili in astratto di letture sicure e univoche circa il modo di concepire la natura e la gerarchia degli interessi tutelabili e, di conseguenza, circa il modo di fare interagire e bilanciare le rispettive dimensioni del benessere volizionale e di quello critico. Sicché, è verosimile che l'interprete soggiaccia alla tentazione di utilizzare la Costituzione a copertura postuma di ideali perfezionistici della persona umana pregiudizialmente prescelti sulla base di opzioni etiche e/o politiche. Ma, come altrettanto bene sappiamo, la tendenza a 'sovra-interpretare' la Costituzione ha una portata ben più generale, che trascende il problema della ammissibilità di una tutela penale promozionale nel peculiare senso in cui ne stiamo qui discutendo.

Certo, resta per altro verso da chiedersi quanto una concezione forte della sovranità personale (nella accezione di Feinberg) possa risultare in effettiva sintonia con il modello antropologico di individuo predominante, oggi, tra gli esseri umani in carne ed ossa che abitano le attuali società occidentali. Uno sguardo lucido al mondo contemporaneo può, invero, metterci di fronte ad uno scenario in questo senso poco confortante: in luogo di una realtà "solida" di uomini maturi e auto-responsabili, capaci di essere i migliori giudici del loro bene, ad esempio Zygmunt Bauman diagnostica una realtà "liquida" abitata da uno sciame inquieto di consumatori solitari, in preda ad incessanti desideri effimeri, e da masse crescenti di soggetti emarginati ed esclusi³². Anche se una diagnosi così pessimistica rispecchiasse fedelmente la condizione delle società in cui viviamo, non sarebbe però grazie a un diritto penale orientato in senso paternalistico che potremmo riuscire nell'impresa di restaurare modelli meno deboli di persona umana. L'impiego di risorse punitive non avrebbe, certo, da solo la forza di pro-

³² BAUMAN, *Homo consumens*, trad. it., Trento, 2007.

muovere addirittura generali inversioni di tendenza sul piano antropologico.

5. È venuto il momento di effettuare una valutazione di sintesi della complessiva teorizzazione sviluppata da Joel Feinberg, che abbiamo fin qui riassunto nelle direttrici principali.

È già stato giustamente rilevato che il retroterra ideologico e culturale del giusfilosofo statunitense è costituito da un liberalismo un poco ambiguo, cioè per certi versi oscillante tra il tradizionale liberalismo etico o teleologico (tale perché intende se stesso come corretta e razionale concezione del bene) di John Stuart Mill, e il più recente liberalismo politico o deontologico (tale perché privilegia la tutela dei diritti fondamentali, mentre è aperto a più concezioni concorrenti del bene) di John Rawls³³. Ma, a prescindere da questo complesso problema di inquadramento filosofico-politico, merita in ogni caso di essere posto in risalto che il liberalismo di Feinberg non è rigidamente chiuso e dogmatico, bensì aperto e cauto: nel senso che egli, nel vagliare i diversi possibili fondamenti giustificativi della tutela penale, non rifiuta aprioristicamente di prendere in considerazione – guardandosi bene dal bollarle già in partenza di infondatezza – le ragioni legittimatrici tradizionalmente avanzate dal paternalismo legale o dal conservatorismo giuridico; pur non trascurandole, egli riserva però loro un significato e un rango secondari³⁴.

D'altra parte, si deve in fondo a questa forma di liberalismo tutt'altro che dogmatico la stessa propensione teorica ad affiancare – come abbiamo visto – al principio del danno (in sé più restrittivo) il principio di molestia, quale autonomo criterio destinato a legittimare la repressione di condotte a giudizio dello stesso Feinberg meritevoli di punizione, ancorché – a rigore – incapaci di provocare effetti dannosi strettamente concepiti. Ma è davvero convincente una tale

³³ Cfr. SEHER, *Liberalismus und Strafe*, cit., 163 ss.

³⁴ Cfr. anche CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 93 ss.

duplicazione di principi di criminalizzazione? Senza nulla togliere al robusto talento sistematico del giusfilosofo americano, in effetti le ragioni che stanno alla base della distinzione tra "danno" e "molestia" possono essere contestate³⁵. Com'è agevole rilevare, l'esigenza di concepire come distinti i due principi in questione deriva dalla pregiudiziale opzione di Feinberg di definire il concetto di danno in maniera così restrittiva, da escludere dal suo ambito di comprensione tipi di condotte trasgressive (come ad esempio gli atti osceni o le esibizioni pornografiche) che invece continuano a tutt'oggi, nella stragrande maggioranza delle legislazioni, a costituire oggetto di divieti penalmente sanzionati. Sicché, una volta respinta per (eccessiva?) prudenza politico-criminale la soluzione radicale di estromettere comunque condotte siffatte dall'area della punibilità, ragioni di coerenza concettuale hanno imposto la ricerca di un diverso principio di criminalizzazione. Ma, a parte la criticabilità del principio di molestia in sé considerato, e ciò per le motivazioni sopra accennate, in realtà nulla impedirebbe di definire il concetto di danno in maniera più estensiva, così da poter fare a meno di un autonomo principio di molestia. Peraltro, anche in questo caso, il problema non è quello di fare la mossa definitiva più azzeccata su di un piano puramente concettuale. La questione è di sostanza: per cui si tratta di comprendere se sussistano regioni sostanziali convincenti perché certe tipologie di condotta, non importa se definite "dannose" o "moleste", debbano continuare come in passato a rientrare nell'area del punibile.

Se così è, dobbiamo allora interrogarci sulle motivazioni di fondo per cui lo stesso danno può essere definito secondo accezioni diverse, ora più restrittive ora più estensive: sono infatti queste motivazioni, più che il danno come mero concetto, a spiegare come mai dello stesso principio del danno sia possibile fornire interpretazioni differenti in funzione delle diverse premesse di partenza e/o dei contesti di riferimento.

³⁵ Cfr., tra altri, HOERNLE, *op. cit.*; DONINI, "Danno" e "offesa", *cit.*

Emblematica in questo senso l'emersione, a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo (e, dunque, a pochi anni di distanza dalla teorizzazione feinberghiana!), di alcune tendenze teoriche inclini a reinterpretare il principio del danno proprio per conferire maggiore legittimazione alla repressione di fenomeni, come ad esempio la pornografia o la prostituzione, per i quali tradizionalmente il richiamo di un tale principio si riteneva invece precluso³⁶. E l'aspetto degno di rilievo è che siffatte tendenze, lungi dall'avere una matrice politica soltanto conservatrice (risalente al paternalismo o al moralismo giuridico), germinano anche sul versante progressista e sono altresì teorizzate da una corrente interna al pensiero femminista. Così, con specifico riferimento alla pornografia, la giurista americana di orientamento femminista Catharine MacKinnon denuncia sia i danni che il fenomeno provoca in termini di degradazione e reificazione delle donne "usate" per realizzare le immagini erotiche da commercializzare, sia il contributo che la diffusione di tali immagini reca al prodursi di un clima di discriminazione e disprezzo verso le donne medesime, che a sua volta alimenterebbe la commissione di delitti sessuali³⁷. Orbene, quanto è persuasivo questo nuovo approccio che sostanzialmente ripropone, sotto un riveduto principio del danno, critiche tradizionalmente tipiche di un moralismo conservatore? Intanto, che sussista un rapporto causale empiricamente verificabile fra consumo di pornografia e atti di violenza contro le donne, è una tesi che in sede scientifica continua in realtà a risultare alquanto controversa³⁸. In secondo luogo, concepire il danno da pornografia in chiave di of-

³⁶ In argomento cfr. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, 109 ss.; 139 ss.; FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 21 ss. e letteratura ivi citata.

³⁷ MACKINNON, *Soltanto parole*, trad. it., Milano 1999. Per una critica in termini sostanzialmente analoghi alla pornografia cfr. MARZANO, *La fine del desiderio. Riflessioni sulla pornografia*, trad. it., Milano, 2012.

³⁸ Cfr. OGIEN, *Pensare la pornografia*, trad. it., Milano, 2005, 81 ss.

fesa alla dignità, di degradazione o reificazione delle donne è questione di punti di vista morali, come tali condizionati non poco dalla peculiare prospettiva prescelta da chi di volta in volta giudica (non è un caso che all'interno dello stesso movimento femminista vi siano anche voci tolleranti o persino favorevoli alla pornografia, e ciò in base al convincimento che essa possa assolvere una funzione emancipatrice per le stesse donne)³⁹. Ma vi è di più. Lo stesso concetto di 'oggettivazione' o 'reificazione' del corpo può essere concepito secondo accezioni differenti, che rispettivamente ne estendono o restringono il significato e la portata⁴⁰.

Ritornando a questo punto ad un discorso più generale, quel che il dibattito sulla pornografia inconfutabilmente comprova è, in ogni caso, il carattere tutt'altro che certo e univoco del principio del danno. Prendendone definitivamente atto, siamo così in grado di rispondere con piena consapevolezza all'interrogativo che si era affacciato nelle parti iniziali di questo capitolo circa il vero o presunto carattere 'neutrale' del concetto di danno: in effetti, la sua neutralità è una pretesa illusoria. Come è stato emblematicamente osservato: "Ciò che il liberalismo presenta come l'esigenza neutra di prevenire il danno arrecato agli altri sarà percepito da coloro che hanno una concezione diversa di ciò che è dannoso come l'imposizione di una morale non condivisa. Il liberalismo in sé incarna ideali e precetti morali sostanziali e la sua concezione di ciò che è dannoso evidentemente non ha maggiore diritto di rivendicare il primato rispetto ad altre posizioni morali"⁴¹. Se il concetto di danno è dunque diversamente ricostruibile in funzione delle differenti premesse di partenza, la sua non neutralità è proprio un riflesso del fatto che l'identificazione di ciò che è dan-

³⁹ Si vedano in proposito i rilievi problematizzanti di COETZEE, *Pornografia e censura*, trad. it., Roma, 1996, 38 ss.

⁴⁰ Cfr. OGIEN, *op. cit.*, 117 ss. e letteratura ivi citata.

⁴¹ HORTON, *Tolerance, morality and harm*, nel volume collettivo *Aspects of tolerance*, a cura di J. Horton e S. Mendus, London, 1985, 132.

noso può – almeno in parte – mutare in rapporto alla concezione politica o morale di volta in volta prescelta⁴².

Ma, a questo punto, è il caso di riconoscere allo stesso Feinberg il merito di avere avuto una lucida consapevolezza del carattere – per dirla con Gabrio Forti – “polimorfo” del principio del danno, come tale insuscettibile di ricostruzioni certe e univoche una volta per tutte⁴³. Che questioni problematiche decisive non potessero essere risolte né con una semplice mossa concettuale a livello di definizione astratta, né sulla base di mere verifiche empiriche, Feinberg mostrava infatti di saperlo bene nel prendere egli stesso atto – per citare sue parole – che quello di danno “è un concetto molto complesso con dimensioni normative nascoste”⁴⁴. Ed è proprio in ragione dell’ineliminabile e determinante componente normativo-valutativa del danno che giocano un ruolo decisivo, ai fini della deliberazione politico-legislativa se elevare o no a reato determinati comportamenti, criteri ulteriori (rispetto al danno) che nel linguaggio di Feinberg – come già detto – vengono definiti “massime di mediazione”. Solo che queste massime hanno, a loro volta, un carattere politico-valutativo, non ultimo perché tendono a realizzare un bilanciamento tra esigenze e valori contrastanti, rispettivamente pro e contro l’incriminabilità. E, in ogni caso, l’applicazione di massime siffatte da parte di un legislatore concreto non potrà quasi mai avvenire in modo meccanico, automatico, obiettivamente neutrale; ancora una volta, sarà determinante il contingente modo d’atteggiarsi, nell’ambito del dibattito pubblico, della interazione tra punti di vista valutativi concorrenti.

⁴² Cfr. anche DICIOTTI, *op. cit.*, 370.

⁴³ FORTI, *Per una discussione*, cit., 315.

⁴⁴ FEINBERG, *Harm to Others*, cit., 214.

*Il bene giuridico è una categoria anacronistica
da accontonare?*

È venuto il momento di tentare di trarre le fila da tutta l'analisi fin qui svolta. Ciò in vista di quella che, secondo uno schema d'indagine consueto, dovrebbe o potrebbe essere una sorta di conclusione. Ma stilare conclusioni certe e univoche, specie quando sono in discussione – come in questo caso – temi molto impegnativi di ampia portata e inevitabilmente controvertibili, è cosa tutt'altro che facile.

Insomma, senza girarci molto attorno e per dire le cose come stanno, incomberebbe a questo punto l'esigenza di rispondere a un interrogativo di questo tenore: la più volte diagnosticata crisi del concetto di bene giuridico (per nulla smentita, del resto, dai rilievi effettuati nelle parti precedenti di questo lavoro) e il crescente disincanto o scetticismo, che è andato a più voci e in più occasioni emergendo a proposito delle sue reali capacità di prestazione (beninteso, sul duplice piano politico-criminale e dogmatico-interpretativo), consigliano ormai un suo abbandono o accantonamento?

In effetti, una risposta in senso affermativo potrebbe apparire giustificata di fronte alla presa d'atto (ampiamente confermata da questo scritto) che i tentativi dottrinali finora esperiti per costruire un concetto di bene giuridico dotato di una credibile funzione selettivo-delimitativa dell'ambito del penalmente rilevante sono, in realtà, tutti per un verso o per l'altro sostanzialmente falliti.

Si aggiunga che, come è stato ben rilevato, "alla fin fine si può sempre trovare un bene giuridico – incontestabilmente legitti-

mo – se si è disposti a riconoscere come sufficiente un collegamento tra il comportamento in questione e il bene preso in considerazione, anche quando si tratta di un collegamento relativamente debole”¹.

Certo, l’accreciuto disincanto potrebbe a maggior ragione giustificare un abbandono del bene giuridico qualora si fosse già in condizione di disporre di più nuove categorie di riferimento, ovvero ci si convincesse della superiorità di concezioni generali del diritto penale alternative a quella tradizionale che fa leva – appunto – sull’idea della protezione dei beni giuridici.

1. Com’è noto, concezioni alternative nel senso suddetto ne sono anche comparse nello scenario dottrinale degli ultimi decenni. Si pensi, per limitarsi a un’esemplificazione emblematica, all’approccio funzionalistico-sistemico di un Guenther Jakobs, sfociato nel tentativo di rinnovare in profondità linguaggio e concetti penalistici grazie a una maggiore integrazione tra dogmatica e sociologia: guardando in particolare alla teoria sistemica di Niklas Luhmann, nell’ambito della quale il diritto (in generale) è concepito come un dispositivo mirante a stabilizzare il sistema sociale e a istituzionalizzare le aspettative.

In sintesi, secondo Jakobs l’ancoraggio alla sociologia luhmanniana consentirebbe di attribuire al diritto penale non più il compito di tutelare beni giuridici: bensì quello di contribuire al mantenimento delle norme e alla conferma della loro vigenza, così consolidando l’identità stessa di una società². Senonché, a questa idea jakobsiana di elevare a *Strafrechtsgut*, in luogo del bene giuridico nella sua accezione tradizionale, la stessa vigenza delle norme penali³ si può agevolmente obiettare che così opinando il diritto pe-

¹ WOHLERS, *op. cit.*, 133.

² JAKOBS, *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, in *Festschrift fuer Seiji Saito*, 2003, 762 ss.

³ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin-New York, 1983, 27 ss.

nale finisce col ridursi ad un dispositivo normativo che autoreferenzialmente tutela se stesso ⁴!

Ma tutt'altro che scontata è l'ulteriore tesi, secondo cui il diritto penale contribuisce a preservare il profilo identitario di una determinata società e ad assicurarne la sopravvivenza. A ben vedere, è più che dubbio che un concetto dai contorni così incerti e sfuggenti come quello di identità sociale possa utilmente fungere da criterio per spiegare le funzioni che le norme penali sono in grado di svolgere nella realtà contemporanea. Si aggiunga, come ulteriore dato rilevante anche sotto un profilo costituzionalistico, che il pluralismo ideologico e culturale tipico delle attuali società occidentali comporta il venir meno di una ben definita e unitaria identità collettiva e, di conseguenza, l'affiorare di identità diverse in rapporto ai differenti gruppi sociali di riferimento. Mentre il fatto che l'orizzonte pluralistico sembri alquanto trascurato nel sistema concettuale jakobsiano potrebbe, in realtà, confermarne una implicita ispirazione tecnocratico-autoritaria, inadatta comunque – a nostro parere – a fornire indicazioni persuasive circa l'attuale missione del diritto penale.

2. Escluso per ragioni già evidenziate in precedenza che possa risultare davvero utile ridefinire la funzione odierna del diritto penale in termini di passaggio da una prospettiva di tutela di beni giuridici a una prospettiva di tutela di diritti fondamentali (o di diritti umani), una possibilità che resta da considerare e che giustifica a questo punto la spendita di qualche parola è quella di eventualmente rimpiazzare la teoria del bene giuridico con le teorie di legittimazione di matrice anglosassone. Beninteso, non è interesse di chi scrive impegnarsi in una disputa o gara accademica – che rischierebbe, oltretutto, di caricarsi di un discutibile campanilismo

⁴ Per rilievi critici più dettagliati sia consentito rinviare a FIANDACA, *Intorno a "scopi" e "funzioni" nel diritto penale*, in corso di pubblicazione in un volume di scritti in onore di Alfonso Stile.

scientifico – circa la superiorità meramente concettuale od estetica, rispettivamente, di un approccio teorico europeo-continentale o di un approccio teorico di origine inglese. Il confronto, ammesso che sia opportuno farlo, deve piuttosto tenere conto degli aspetti sostanziali in gioco, che ben trascendono l'orticello delle tradizioni e delle predilezioni accademiche.

Orbene, proprio guardando alla sostanza dei problemi, chi scrive ha l'impressione che l'approccio di tipo anglo-americano riesca a far meglio risaltare, rispetto alla dottrina del bene giuridico, le complesse opzioni politico-valutative e le differenti visioni morali che stanno alla base di non poche deliberazioni legislative in materia penale. Mentre la categoria del bene giuridico, nella sua (maggiore) artificiosità concettuale e nella sua presunta (maggiore) neutralità tecnica, si presta a rispecchiare una certa ipocrisia tradizionalmente tipica in particolare dello studioso accademico tedesco, il quale pretenderebbe sempre di ammantare di asettica scientificità anche categorie che sono invece intrinsecamente pregne di valore.

In ogni caso, cercare di giustificare la necessità e la meritevolezza di tutela penale prendendo le mosse – ovviamente, a condizione di privilegiare una prospettiva più liberale che conservatrice – da un principio come quello del danno è, a nostro parere, una strategia argomentativa più realisticamente orientata a cogliere le ragioni della negatività sociale dei fatti criminosi e, perciò, anche più vicina al senso comune: verosimilmente, se ci si rivolge a un pubblico più ampio della cerchia ristretta dei giuristi accademici, è più comprensibile sostenere che è giusto punire i reati perché provocano danni individuali o sociali, che non perché offendono beni giuridici. Il secondo tipo di giustificazione suona inevitabilmente più astratto ed esoterico!

Se ciò è vero, non è per altro verso meno vero che l'eventuale preferenza accordata al linguaggio del danno rispetto a quello del bene giuridico non implica affatto di avere finalmente a disposizione uno strumento concettuale e valutativo capace di delimita-

re l'ambito della penalizzazione 'legittima' in maniera, comunque, più certa e appagante. Come il concetto critico di bene giuridico, anche quello di danno è non solo generico, ma anche suscettibile – come abbiamo visto – di ricostruzioni diverse in funzione delle differenti opzioni politiche o morali di partenza. Ma, anche se si dovesse tentare in futuro l'ardua impresa di costruire una teoria del danno più potente e appagante di quella di Feinberg sopra richiamata, e perciò potenzialmente destinataria di un ampio consenso da parte della comunità degli studiosi, non per questo sarebbe in realtà legittimo pretendere che una teorizzazione siffatta si traducesse automaticamente in legislazione penale concreta. E ciò varrebbe anche – *mutatis mutandis* – se taluno riuscisse in avvenire a edificare una nuova e mirabile teoria del bene giuridico. Come abbiamo infatti rilevato in parti precedenti di questo lavoro, nelle attuali democrazie costituzionali le teorie elaborate dagli studiosi (anche le migliori concepibili!) non possono di per sé pretendere di vincolare le scelte legislative. E non possono, a maggior ragione, pretenderlo le teorizzazioni *fortemente strutturate*, vale a dire sistematizzate in modo rigido sulla base di principi-cardine prefissati una volta per tutte. Teorizzazioni così rigide e chiuse, oltre a provocare realisticamente nei legislatori una probabilissima reazione di rigetto, finirebbero – paradossalmente – esse stesse col porsi in contrasto con la Costituzione proprio a causa della pretesa di riempire gli spazi della discrezionalità politico-democratica con una precostituita grammatica penale imposta dall'alto di una presunta verità scientifica o filosofica. Piuttosto, nelle democrazie costituzionali di orientamento laico e pluralistico le stesse teorie di matrice professorale possono offrire al dibattito politico argomenti razionali, spunti culturali e valutazioni assiologiche utili per orientare la discussione pubblica e arricchire le basi del processo deliberativo. Ma, proprio allo scopo di agevolare la deliberazione democratica su questioni oggetto di (legittime) prese di posizione pluralistiche, la prospettiva più praticabile sembra essere quella dell'abbandono delle teorie generali in senso forte per ripiegare,

più modestamente, su quel diverso tipo di intese definibili – per dirla con Cass R. Sunstein – “accordi parzialmente o incompletamente teorizzati”⁵.

Ora, di fronte al dubbio politico-criminale se un certo tipo di condotta necessiti o meno di repressione penale, si potrà anche cercare di scioglierlo argomentando rispettivamente nel senso che manca o è presente un qualche bene giuridico meritevole di tutela, ovvero nel senso che mancano o sono presenti conseguenze dannose apprezzabili. Ma, al di là dello stile retorico prescelto, dovrebbe essere chiaro che in ogni caso si tratta di stabilire se un dato comportamento risulti socialmente dannoso a tal punto da giustificare norme penali finalizzate a reprimerlo e prevenirlo. E, per verificare l'assenza o la presenza di dannosità sociale, ciò che conta davvero in democrazia non è ragionare deduttivamente a partire da teorie fortemente sistematizzate: interessa la prospettiva dialogica dello scambio (ragionato) di ragioni argomentative, e soprattutto di ragioni connesse alla specificità delle questioni di volta in volta oggetto di deliberazione.

Se tutto ciò è vero, se ne ricava allora una conferma del fatto che non sono né la teoria del bene giuridico (in sé considerata), né la teoria del danno (in sé considerata) a poter decidere da sole della legittimità degli oggetti della tutela penale. A decidere dei presupposti della criminalizzazione sono, piuttosto, argomentazioni e scelte assiologiche che hanno a che fare col modo di concepire la democrazia costituzionale e, soprattutto, con le sue modalità di funzionamento concreto. È ovvio che, collocandoci in una prospettiva liberaldemocratica non soltanto esteriore o di facciata, l'essenziale ai fini di una criminalizzazione legittima è che il sistema democratico funzioni in modo tale da evitare che lo scambio di ragioni argomentative venga rimpiazzato – come purtroppo non di rado è accaduto ed accade – da strategie di manipolazione politico-

⁵ SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, trad. it., Bologna, 2009, 71 s., 73.

mediatica e da una negoziazione imposta a basso costo in base a calcoli elettorali o di puro potere.

3. Fin qui si è fatto riferimento ad una possibilità di accantonamento del bene giuridico considerato soprattutto come concetto critico di potenziale valenza politico-criminale.

Rimane, però, ancora da spendere qualche parola rispetto al bene giuridico come criterio dogmatico-interpretativo *de lege lata*. Possiamo rinunciarvi o dobbiamo conservarlo, non avendo a disposizione validi strumenti concettuali con cui eventualmente sostituirlo?

In effetti, una ragione per tenerlo ancora in vita sul piano dogmatico consiste nell'attitudine del concetto di *Rechtsgut* a fungere da punto di riferimento per la concezione del reato come fatto aggressivo di una entità reale sottostante al divieto penale, aggressione che può a sua volta essere distinta in lesione effettiva o semplice messa in pericolo, con la conseguente distinzione degli illeciti penali in reati di danno e reati di pericolo. Ma, come è noto e si è ribadito in precedenza, la possibilità di continuare a concettualizzare il reato come fatto lesivo e di distinguere tra lesione ed esposizione a pericolo tende a sfumare, sino a venir meno del tutto, nei casi sempre più numerosi in cui il bene giuridico è privo di referenti materiali tangibili o assume dimensioni super-individuali ad ampio spettro.

Considerazioni almeno in parte analoghe valgono rispetto alla funzione interpretativa del bene giuridico. Certo, continuare a fare del bene giuridico il punto di riferimento centrale dell'interpretazione teleologica in materia penale sembra soluzione più che ragionevole. Ma che cosa effettivamente si nasconde dietro l'ufficiale riferimento ermeneutico al bene oggetto di protezione, soltanto un approfondito e vasto monitoraggio della prassi giudiziale potrebbe contribuire a svelarlo. Ma soltanto fino a un certo punto. E ciò perché è verosimile che l'argomentare sulla base del riferimento al bene giuridico o alla *ratio* di tutela talvolta celi, più di quanto

non riveli, le reali ragioni giustificative di un certo esito interpretativo piuttosto che di un altro.

Dovremmo, dunque, conservare la funzione interpretativa del bene giuridico soltanto perché non abbiamo finora trovato nulla di meglio? Anche se così fosse, la cosa non dovrebbe sorprendere troppo. Non sono molte le cose di cui non abbiamo il coraggio di disfarcì, pur nel dubbio relativo alla loro persistente utilità, sol perché non sappiamo come rimpiazzarle?

Indice

<i>Premessa</i>	5
I. Considerazioni preliminari a carattere storico-teorico	7
II. Sulla genesi della teoria del bene giuridico tra innovazione scientifica e ambiguità politica	13
III. La concezione in chiave liberale del bene giuridico come anticipazione del costituzionalismo penale?	23
IV. Intermezzo: definizioni concettuali e funzioni del bene giuridico nel contesto della dottrina contemporanea	31
V. Bene giuridico e Costituzione	49
VI. Esempi di beni giuridici problematici	71
VII. Dalla tutela dei beni giuridici alla tutela dei diritti?	101
VIII. La prospettiva di legittimazione anglo-americana	123
IX. Il bene giuridico è una categoria anacronistica da accantonare?	123

Finito di stampare nel mese di marzo 2014
dalla Officine Grafiche soc. coop. - Palermo