

Vittorio Manes

Introduzione ai principi costituzionali in materia penale



Giappichelli

INTRODUZIONE

Questo breve volume – quasi una “dispensa” indirizzata agli studenti del primo insegnamento delle materie penalistiche, il corso di *Istituzioni di diritto penale* – ha una finalità essenzialmente didattica, e riprende in buona parte il corso di lezioni svolte, durante gli anni, presso l’Università di Bologna, arricchite con quel punto di riferimento fondamentale per chi voglia introdursi allo studio dei principi costituzionali in materia penale che è la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Nei diversi ambiti tematici trattati, si è scelto spesso, in effetti, di “fare parlare” direttamente le principali decisioni della Corte, provando a guidarne la lettura e ad agevolarne la comprensione con alcune notazioni ed approfondimenti essenziali, principalmente rivolti a chi, appunto, ha un primo contatto con quel campo di materia complesso, ed al contempo affascinante, che è il diritto penale, approcciato, anzitutto, seguendo la prospettiva che lo visualizza come “diritto costituzionale applicato”.

Ovviamente, è lasciata alla curiosità degli studenti la possibilità di leggere integralmente le pronunce più importanti, e approfondire ancor più i temi e problemi sintetizzati nel testo.

Lo scopo, in ogni caso, è quello di introdurre i “novizi” ai principi ed alle garanzie che presidiano quel formidabile strumento di potere che è lo *ius puniendi*, che sempre pone un problema insuperato di legittimazione, nella incessante ricerca di un vertiginoso equilibrio tra istanze di difesa sociale e garanzie individuali, tra sicurezza e libertà, tra autorità e diritti fondamentali, tra garanzie per gli imputati (e i rei) e tutela delle vittime.

Si ringraziano il professor Francesco Mazzacuva e i dottori Nicola Recchia, Alessandra Santangelo e Mario Arbotti per la preziosa collaborazione.

Bologna, settembre 2023

CAPITOLO I

DIRITTO PENALE E COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. L'illecito penale nel prisma dell'ordinamento giuridico. – 1.1. Illecito penale, illecito civile, illecito amministrativo. – 1.2. La preminente finalità afflittivo-punitiva della sanzione penale. – 2. “Diritto costituzionale applicato”. – 2.1. La pena come “arma a doppio taglio”. – 2.2. Scelte di incriminazione e libertà e diritti fondamentali: il ruolo del principio di proporzionalità. – 3. Il “costituzionalismo penale”: la Costituzione come “*limite*” o come “*fondamento*” del diritto penale. – 3.1. Diritti e libertà costituzionali come “limiti” alle scelte di incriminazione. – 3.2. I valori costituzionali come “fondamento” delle scelte di incriminazione. – 3.3. Obblighi costituzionali di tutela penale? – 4. Una nuova stagione del costituzionalismo penale: il diritto penale nel “dialogo multilivello” tra Carte e Corti. – 4.1. La legalità estesa “oltre le etichette” formali ed estesa anche al diritto giurisprudenziale. – 4.2. Il “risveglio” di altri principi: l'esempio del *ne bis in idem*. – 4.3. Nuovi bilanciamenti per i diritti e le libertà fondamentali: l'esempio del diritto di cronaca giornalistica. – 5. Uno sguardo d'insieme sui principi costituzionali in materia penale.

1. *L'illecito penale nel prisma dell'ordinamento giuridico*

L'illecito penale (o **reato**) e la sanzione che vi si accompagna (**sanzione penale** o **pena**) identificano la risposta più grave e perentoria che per un determinato comportamento antiggiuridico o “deviante” può essere prevista e comminata in un dato ordinamento: l'*ultima ratio* tra tutte le reazioni possibili, suscettibile di attingere ad un livello di gravità tale da poter consistere – come di regola accade – persino nella privazione della libertà personale.

La scelta di sanzionare penalmente una determinata condotta, in altri termini, è l'opzione più severa che il legislatore può adottare tra le varie possibilità a disposizione (sanzione civile, sanzione amministrativa, sanzione disciplinare, etc.): la **pena** è sempre una sanzione estrema, drammatica, tranciante, tipicamente “escludente”, e segnala la reazione di massima disapprovazione, rispetto ad un certo fatto, da parte dell'ordinamento.

Il grado di “**meritevolezza di pena**” delle singole condotte varia ovviamente in ragione della gravità oggettiva e soggettiva delle stesse (sono puniti in modo molto diverso – ad esempio – l'omicidio, l'associazione di tipo ma-

fioso, la corruzione, la violenza sessuale, lo *stalking*, il furto, la diffamazione, etc.) e contempla risposte differenti, di minore o maggiore intensità, di regola parametricate sul diverso **disvalore** oggettivo e soggettivo del “fatto”: la sanzione penale può infatti consistere in una **pena pecuniaria** (multa o ammenda) ovvero in una **pena detentiva** (ergastolo, reclusione o arresto), secondo la classificazione offerta dal codice penale italiano, che distingue appunto – all’interno del *genus* “reato” – le due sottospecie dei **delitti** e delle **contravvenzioni**, in ragione della pena legalmente prevista per un dato comportamento penalmente rilevante (ergastolo, reclusione e multa sono le pene previste per i *delitti*; arresto e ammenda sono le pene previste per le *contravvenzioni*: art. 17 c.p.).

In ogni caso, quale che sia la tipologia di pena prevista, è proprio di ogni illecito e sanzione penale lo **scopo di apprestare (massima) tutela a taluni interessi e valori** a cui si assegna, in un determinato contesto sociale, un particolare significato per la comunità; ed a questa **finalità di prevenzione mediante minaccia di pena** (che rimanda, come si vedrà, alla c.d. funzione di **prevenzione generale** o deterrenza della pena, volta a dissuadere i consociati dal realizzare le condotte vietate: *infra*, cap. V, § 1), si accompagna una componente di **afflizione** e di massima “**censura**” (o “**rimprovero**”), insita nella peculiare sanzione irrogata in capo a chi quei beni compromette, ossia l’**autore del reato** (o “**reo**”).

Ciò, in particolare, distingue il “penale” dagli altri illeciti previsti nell’ordinamento, che del resto hanno funzioni o scopi del tutto distinti; così come distingue la pena dalle ulteriori misure previste nell’ordinamento che pur sono *lato sensu* riconducibili all’ambito “penale”.

1.1. *Illecito penale, illecito civile, illecito amministrativo*

Quanto agli essenziali tratti distintivi tra l’universo dell’illecito penale e quello extrapenale, in via di estrema approssimazione, può dirsi che l’**illecito e la sanzione civile**, in particolare, hanno una **funzione di riparazione** o di ripristino patrimoniale di un equilibrio violato (ad es., per l’inadempimento contrattuale), e/o di “risarcimento del danno” economicamente significativo che un determinato “fatto illecito” ha cagionato (art. 2043 c.c.); mentre l’**illecito e la sanzione amministrativa** hanno una **funzione** essenzialmente **organizzatoria**, cioè tendono ad assicurare il rispetto di una determinata “organizzazione dirigitica statale” che le norme del diritto amministrativo, in linea di principio, delineano (si pensi ai piani regolatori che presidiano l’ordinato sviluppo edilizio sul territorio; al regime di autorizzazione amministrativa che presidia le attività commerciali, di ristorazione, etc.).

Viceversa, **l'illecito e la sanzione penale** – che rappresentano la *extrema ratio*, secondo il **principio di sussidiarietà**, solo quando altre e meno invasive risposte che l'ordinamento contempla non risultino adeguate – hanno la funzione di tutelare in modo particolarmente energico determinati beni/interessi/valori (cc.dd. **beni giuridici**), minacciando *ex ante* chi li aggredisce o li “offende” – violando appunto il precetto penale – di essere sottoposto ad una sanzione particolarmente severa (e persino alla perdita della libertà), e conducendo ad irrogare *ex post*, in caso di violazione, la sanzione minacciata, con la sentenza di condanna: condanna alla quale appartiene appunto una componente “afflittiva” e di “stigma” individuale, quale quella inevitabilmente connessa ad un giudizio di **responsabilità personale e colpevole** per un fatto ritenuto oggettivamente di particolare gravità, e soggettivamente rimproverabile, appunto, al suo autore, anche nella prospettiva della – comprensibile e legittima – “aspettativa di giustizia” della vittima.

Un esempio potrà chiarire le diverse funzioni dei diversi “rami” dell'ordinamento giuridico.

Si ipotizzi che quattro amici, durante una vacanza, vadano al ristorante, e ad uno dei quattro venga servita una pizza con condimenti avariati, che causa una grave intossicazione alimentare.

La vicenda si presta ad essere inquadrata – e a trovare risposta – sotto una triplice prospettiva, che corrisponde ai diversi settori dell'ordinamento giuridico (civile, amministrativo, penale). Nella prospettiva del diritto civile si tratterà di verificare se quella condotta abbia cagionato un danno risarcibile, nei termini dell'art. 2043 c.c. e dell'evoluzione giurisprudenziale sulle diverse voci di danno che possono essere lamentate ed, eventualmente, risarcite (danno materiale e morale; danno biologico; danno “da vacanza rovinata”, etc.). Nella prospettiva del diritto amministrativo si tratterà di verificare se – in ipotesi – il ristoratore/esercente abbia violato le norme preventive di organizzazione sulla igiene alimentare, ossia sulla corretta conservazione degli alimenti utilizzati per la pizza servita al malcapitato avventore, etc., e se vi siano i presupposti per irrogare una sanzione amministrativa, che può consistere in una *sanzione amministrativa pecuniaria* come anche – a seconda della gravità dell'eventuale trasgressione riscontrata – nell'eventuale *sospensione* o *revoca* della licenza di ristorazione. Nella prospettiva del diritto penale, viceversa, si tratterà di verificare se quella condotta abbia raggiunto un ulteriore e peculiare **livello di disvalore**, se abbia cioè leso o messo in pericolo beni particolarmente significativi come quelli “protetti” dal reato di lesioni personali (art. 582 c.p. e ss.), integrando tutti i requisiti costitutivi di questa (o di altra) **fattispecie tipica**, ed in questo caso se sia stata realizzata con dolo o quantomeno con colpa, per accertare – e chiamare a risponderne – il soggetto eventualmente responsabile e “rimproverabile” per l'evento cagionato e/o per il danno dolosamente o colposamente causato alla vittima, ossia il soggetto che verrà assoggettato alla gravosità ed allo stigma della massima sanzione punitiva, appunto la sanzione penale.

L'**illecito penale**, dunque, è un *aliud* rispetto agli altri illeciti, e in buona sostanza un **unicum**: strutturalmente diverso – per natura e scopi – dagli altri “strumenti” previsti nell’ordinamento giuridico, ed in linea di principio utilizzabile dal legislatore solo di fronte alle più gravi “patologie comportamentali” che possano manifestarsi nell’ordinaria convivenza civile.

1.2. *La preminente finalità afflittivo-punitiva della sanzione penale*

La menzionata componente “afflittiva”, di massima “censura” o “biasimo” tipica dell’illecito penale e della pena, non vale solo a distinguere l’illecito penale dagli altri illeciti previsti nell’ordinamento giuridico (illecito civile, illecito amministrativo, etc.), ma, come accennato, vale anche a distinguere la pena da altre misure di “reazione” pur previste nella sistematica dell’ordinamento penale, come le *misure di sicurezza* e le *misure di prevenzione*.

La **pena**, in particolare, è la risposta retrospettiva rispetto ad una **condotta tipica, illecita e soggettivamente “rimproverabile”**, e presuppone dunque un giudizio di **responsabilità** personale e colpevole **per il fatto commesso** in capo all’autore, che per tali ragioni può essere chiamato a risponderne e può venire assoggettato alle conseguenze punitive previste per il reato realizzato. La **misura di sicurezza**, viceversa, ha una essenziale vocazione trattamentale e/o curativa e terapeutica, ed è protesa a neutralizzare – in chiave non retrospettiva ma prospettica, ossia orientata al futuro – una **pericolosità** attuale, anche nei confronti di soggetti che non possano dirsi “rimproverabili” o “responsabili” perché “incapaci di intendere e di volere” – e, dunque, **non “imputabili”**, o solo parzialmente imputabili (ai sensi degli artt. 85 ss. c.p.) – per il fatto commesso (che comunque deve consistere in un reato previsto dall’ordinamento: art. 202 c.p., salve le ipotesi di “quasi reato” che consentono, eccezionalmente, l’applicabilità di una misura di sicurezza: art. 49 c.p.; art. 115 c.p.). Ancora diversa la logica sottesa alle **misure di prevenzione** (disciplinate nel d.lgs. n. 159 del 2011), o misure *ante delictum* o *praeter delictum*, che hanno una spiccata finalità preventiva e prognostica, orientata a sterilizzare una pericolosità solo potenziale, essendo tali misure applicabili ad un soggetto gravato da “sintomi” di pericolosità generica o specifica, che indiziano la possibilità di commissione di reati (e per tali ragioni queste misure – che realizzano una fortissima anticipazione della tutela rispetto a condotte criminose solo potenziali – sono da molte parti considerate altamente problematiche, come si vedrà, specie al cospetto dei principi costituzionali di legalità, materialità ed offensività che declinano un modello tassativo, tipico ed offensivo di incriminazioni, orientato alla netta preferenza per un “diritto penale del fatto”: *infra*, cap. IV, § 1).

Dunque, l’arsenale di misure *lato sensu* “penali” non si limita alle sole pe-

ne (principali e accessorie), retrospettivamente incentrate sulla colpevolezza dell'autore per il fatto commesso, ma contempla anche una serie di ulteriori "misure" orientate – in chiave prospettica e prognostica – a neutralizzare la pericolosità di un determinato soggetto: appunto, le misure di sicurezza e le misure di prevenzione.

Più in particolare, le **misure di sicurezza** (personali, detentive e non: art. 215 c.p.; e patrimoniali: art. 236 c.p.), introdotte dal legislatore del 1930 al fine di riformare il sistema penale in linea con le tendenze politico-criminali del tempo, rappresentano una eredità culturale della c.d. Scuola positiva del diritto penale che – in polemica con la precedente c.d. Scuola classica e con la preferenza da essa accordata ad un diritto penale orientato alla mera repressione del crimine – proponeva di concentrare l'attenzione principalmente sull'autore, sulle cause del crimine e sui possibili rimedi: e ciò appunto attraverso uno strumentario di "misure" volte, essenzialmente, a sterilizzare la pericolosità criminale del singolo soggetto, anche mediante peculiari percorsi "trattamentali", così impedendo o riducendo il rischio di ricaduta nel reato o "recidiva" (v. le diverse misure di sicurezza personali elencate dall'art. 215 c.p.).

Nella disciplina codicistica, l'applicazione delle misure di sicurezza è focalizzata dunque sul presupposto soggettivo della **pericolosità sociale** (da intendersi come probabilità di commissione di nuovi fatti penalmente rilevanti: art. 203 c.p.), ma è pur sempre ancorata anche ad un requisito oggettivo, ossia **l'aver il soggetto "socialmente pericoloso" commesso un fatto previsto dalla legge come reato**, come chiaramente prevede il primo comma dell'art. 202 c.p. [«Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, *che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato*»]; salve appunto le ipotesi eccezionali del "reato impossibile" (art. 49 c.p.) e dell'"accordo o istigazione per commettere il reato" (art. 115 c.p.), ipotesi nelle quali il giudice può applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata: art. 229, n. 2, c.p.].

Come si vedrà, rispetto alle pene – assoggettate *in toto* al principio di legalità e a tutti i suoi corollari (irretroattività, riserva di legge, tassatività/determinatezza, etc.) – le misure di sicurezza presentano un regime assai differente: infatti, nonostante l'esplicita soggezione alla riserva di legge (art. 25, comma 3, Cost. e art. 199 c.p.), l'applicazione di tali misure, a differenza delle pene, non è presidiata dal divieto di applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole, bensì dal diverso ed opposto criterio del c.d. *tempus regit actum*, di talché le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, anche qualora quest'ultima sia più severa rispetto alla disciplina prevista al momento della realizzazione del fatto di reato (art. 200 c.p.): e ciò proprio perché si rende opportuno applicare lo strumento che – proprio al tempo della applicazione – l'ordinamento ritiene più idoneo ed adeguato a sterilizzare la pericolosità del soggetto.

Ancora diverse rispetto alle pene ed alle misure di sicurezza sono, poi, le **misure di prevenzione**, senza dubbio lo strumento più marcatamente votato – come chiarisce la stessa nomenclatura – ad esigenze preventive, che peraltro hanno una storia antica, nel nostro ordinamento, affondando le proprie radici nel contrasto al fenomeno del brigantaggio nella seconda metà del XIX secolo, per poi essere incorporate – durante il fascismo – nel famigerato Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (t.u.l.p.s., r.d. 18 giugno 1931, n. 773), e trovare poi ampia applicazione nel contrasto ai fenomeni della criminalità organizzata (di stampo mafioso) e del terrorismo.

Anche oggi tali misure trovano la propria disciplina sistematica al di fuori del codice penale, nel d.lgs. n. 159 del 2011, il c.d. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*, e si distinguono – a loro volta – in misure di prevenzione personali, applicabili dal questore (come il foglio di via obbligatorio e l'avviso orale: artt. 2 e 3 d.lgs. cit.) o dall'autorità giudiziaria (come la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, il divieto di soggiorno in uno o più comuni o regioni, l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale: art. 6 d.lgs. cit.) e patrimoniali (come il sequestro e la confisca dei patrimoni di presunta derivazione illecita: art. 24 d.lgs. cit.).

Si tratta di misure formalmente *amministrative* – se non di vere e proprie “misure di polizia” – caratterizzate tuttavia da un forte contenuto afflittivo (basti pensare alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, cui di regola si accompagna un regime di rigorose prescrizioni che il “sorvegliato” deve rispettare), nonostante si insista ad escludere – anche nella giurisprudenza delle alte Corti – la loro natura “penale”.

In ogni caso, esse sono applicate *indipendentemente* dalla commissione di un fatto penalmente riprovato (e proprio per tale ragione esse sono tradizionalmente definite anche misure *ante o praeter delictum*) e sono radicate, oltre che sulla pericolosità soggettiva, su semplici indizi di realizzazione di fatti di reato in capo a determinati soggetti (che sono appunto i “destinatari” delle misure stesse: così, ad esempio, «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» o «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, almeno in parte, con i proventi di attività delittuose», ovvero ancora gli «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.», ossia alle associazioni di stampo mafioso, etc.: cfr. artt. 1 e 4, d.lgs. cit.).

Per tali caratteristiche intrinseche, da sempre tali misure sono state gravate da forti dubbi di legittimità costituzionale che hanno interessato, oltre ai presupposti assai generici sulla cui base sono disposte ed al contenuto dei singoli istituti, la stessa legittimazione di un sistema di prevenzione della pericolosità criminale che intervenga *prima e a prescindere* dalla prova di una condotta penalmente rilevante (tanto che proprio la Corte costituzionale – nella importante

sentenza n. 24 del 2019 – è intervenuta a dichiarare l’illegittimità della disposizione dell’art. 4 d.lgs. cit., nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione si applichino anche a «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», ravvisando la palese indeterminatazza della descrizione legislativa: sul punto, si veda *infra*, cap. II, § 5.3).

2. “*Diritto costituzionale applicato*”

Secondo una fortunata espressione, principi e regole del processo penale non sarebbero altro che “**diritto costituzionale applicato**” (*angewandtes Verfassungsrecht*), e questa definizione ben si attaglia anche al diritto penale sostanziale.

Per questo, del resto, un giurista del calibro di CARL SCHMITT poteva affermare senza indugio: «Io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione»¹.

In effetti, il campo del “diritto penale” – non diversamente dal complesso dei principi, diritti e libertà fondamentali sanciti, con varietà di accenti, nelle diverse carte fondamentali – visualizza anzitutto una trama di limiti imposti all’autorità, ossia vincoli che l’autorità deve sempre rispettare nell’esercizio di una delle prerogative fondamentali della sovranità, appunto il compito di assicurare la “**difesa sociale**” – e/o la tutela dei beni/interessi/valori volta a volta identificati come “beni giuridico-penali” – mediante l’esercizio della **potestà punitiva** (*ius puniendi*).

Questi limiti o vincoli sono – o, almeno, dovrebbero essere – particolarmente rigorosi perché il rapporto tra autorità e libertà, in campo penale, è naturalmente esposto alla sua massima tensione: come si è accennato, in materia penale non entrano infatti in gioco solo misure di riequilibrio economico o sanzioni precipuamente patrimoniali (come nel diritto civile, a fronte di un inadempimento contrattuale o di un illecito aquiliano), né sanzioni essenzialmente volte a ripristinare un determinato ordine organizzativo nella amministrazione della cosa pubblica (come nel diritto amministrativo), perché la **vicenda punitiva** coinvolge e **travolge** una serie di **diritti personalissimi** dell’imputato (l’onore, la reputazione, il lavoro, la famiglia, le relazioni sociali, etc., beni spesso compromessi già dall’apertura di un procedimento penale a carico di un certo soggetto e dall’impatto “reputazionale” che ciò produce); e può arrivare persino, con l’eventuale condanna, a sacrificare quel bene supre-

¹C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it. a cura di G. Agamben, Vicenza, 2005, 167.

mo che è la **libertà personale**, colpita direttamente, in particolare, se all'esito del processo venga irrogata una sanzione detentiva.

2.1. *La pena come “arma a doppio taglio”*

Come si vede, la sanzione penale – la **pena** – è dunque un’**“arma a doppio taglio”**, un *pharmakon*, medicina e veleno, che “cura” ma al contempo “distrugge”: da un lato, essa è **strumento di tutela di beni giuridici** – lo si è accennato – e di protezione degli interessi e valori riconducibili, in linea di principio, alla **persona offesa** dal reato; dall'altro, e parallelamente, essa è **strumento di lesione di beni giuridici** e di diritti personalissimi del **reo**, e dunque **misura di massima ingerenza dello stato nella sfera soggettiva dei consociati**.

Per queste ragioni, il terreno del diritto penale – sostanziale e processuale – rappresenta da sempre un campo di osservazione privilegiato per registrare gli equilibri tra autorità e libertà, e per verificare la tenuta dello “Stato di diritto”, inteso come autolimitazione del potere pubblico rispetto alla sfera dei diritti soggettivi, ossia la “soggezione alla legge” (*rule of law, prééminence du droit*) a cui è vincolato anche, e soprattutto, chi detiene il potere – l'autorità statale – ogni volta che adotta una “misura di ingerenza” nella sfera dei diritti individuali.

Del resto, se lo Stato fosse libero di esercitare *ad libitum* o in modo del tutto arbitrario la propria potestà punitiva – imponendo, ad esempio, punizioni a sorpresa e/o con effetti retroattivi, senza che vi sia una legge chiara che definisca i comportamenti illeciti, condannando soggetti incolpevoli ovvero irrogando pene sproporzionate rispetto al fatto commesso – i cittadini non sarebbero più titolari di diritti e libertà in uno “Stato di diritto”, ma nulla più che “sudditi” di un Leviatano, sottomessi cioè agli arbitri di un tiranno volubile e capriccioso, libero di disporre *ad libitum* dei destini individuali.

Di qui trovano origine le stringenti garanzie che presidiano la potestà punitiva, ossia garanzie molto più rigorose e perentorie di quelle che vigono nel diritto civile o nel diritto amministrativo: **il principio di legalità** (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), con i suoi corollari del **divieto di retroattività della legge penale**, della **riserva (assoluta) di legge**, della **tassatività e determinatezza dell'incriminazione** e del **divieto di analogia** (garanzie, queste ultime, poste a presidio della “tipicità” dell'illecito penale, che si contrappone – emblematicamente – alla “atipicità” dell'illecito aquiliano); **il principio di personalità e di colpevolezza** (*nullum crimen sine culpa*), che non tollera – a differenza di quanto appunto accade nel diritto civile – forme di responsabilità *per fatto altrui* o di responsabilità *oggettiva* (ossia di responsabilità senza dolo e senza colpa); **i principi di materialità** (*nullum crimen sine actione*) e **di offensività** (*nullum crimen sine iniuria*), **il principio rieducativo** e **il principio**

di proporzionalità, come molte altre garanzie riconosciute – come vedremo – nel diritto sostanziale e processuale che sono poste a tutela del cittadino quando subisce la potestà coercitiva e punitiva dello Stato.

Sono, o almeno dovrebbero essere, “**garanzie invalicabili**”, perché non dovrebbe mai essere tollerata una loro attenuazione: proprio perché sono volte a proteggere i consociati nel momento in cui vengono esposti a quel formidabile strumento di potere che è, appunto, la potestà punitiva dello Stato, circostanza in cui coloro che a tale potestà sono assoggettati divengono **massimamente vulnerabili**.

In effetti, se nel momento in cui viene realizzato un reato la parte debole è la **vittima** – o appunto la “**persona offesa**” dal reato, che come tale merita ed esige una risposta di giustizia per il crimine che ha patito –, nel momento in cui si apre un procedimento penale per accertare le responsabilità ed eventualmente condannare il soggetto ritenuto responsabile è quest’ultimo ad occupare una posizione di massima debolezza e vulnerabilità, giacché viene sottoposto al **potere coercitivo** dello Stato – come **indagato** o **imputato** – nella fase processuale, o del **potere punitivo**, nella fase dell’irrogazione e della esecuzione della pena nei confronti del soggetto, appunto, ritenuto autore del reato o “**reo**”.

Il rischio, sempre attuale, non è solo quello dell’**errore giudiziario**, ossia di travolgere un soggetto estraneo ai fatti: un esito esiziale in uno **stato di diritto**, che **non tollera – e non può mai tollerare – la condanna di un innocente**; ed un esito nefasto a cui cercano di prestare appunto rimedio, anzitutto, le garanzie del diritto processuale penale.

Ma il rischio è anche quello di applicare una pena per un comportamento che non era tassativamente previsto come reato, al momento dei fatti, ovvero che il soggetto non ha realizzato in modo effettivamente colpevole o “rimproverabile” (ossia con dolo o quantomeno con colpa), o anche solo di assoggettare il soggetto ad una pena sproporzionata per eccesso rispetto al fatto commesso (o magari una pena “esemplare” che possa “spaventare” la collettività e dissuaderla dal commettere fatti analoghi), e così via.

A tutti questi rischi cerca appunto di porre freno la griglia dei principi e delle garanzie che presidiano il diritto penale sostanziale, e le regole che vi danno attuazione nel codice penale.

Questo concetto trova la sua migliore espressione nell’idea che usa descrivere il **codice penale** come “**Magna Charta del reo**” (F. VON LISZT), ossia l’insieme dei limiti e delle garanzie invalicabili tanto per il legislatore nella fase della progettazione delle norme penali (i programmi di politica criminale) quanto per il giudice nella fase di applicazione delle stesse, una idea ormai entrata nel bagaglio tralatizio della scienza penalistica moderna.

Più in generale, la storia del diritto e del processo penale riflette – non sen-

za oscillazioni, cadute e riprese – la sedimentazione secolare di queste garanzie, che hanno progressivamente profilato ed affinato i confini imposti al (le diverse articolazioni del) lo Stato nell'esercizio del diritto di punire, portando ad emersione, appunto, una serie di “diritti di protezione” (*Abwehrrechte*) che – a partire dalla secolare garanzia processuale dell'*habeas corpus* – oggi vengono considerati prerogative irrinunciabili in una società democratica.

Da questo punto di vista, dunque, il diritto penale può essere descritto come una “**scienza dei limiti**” (una scienza, cioè, volta a limitare il potere punitivo: *Strafbegrenzungswissenschaft*): **un ambito disciplinare che**, come si è detto, **studia** non già “il diritto di punire”, bensì “**i limiti imposti allo Stato nel diritto di punire**”, ossia gli argini insuperabili che lo Stato deve rispettare nell'esercizio di quello *ius terribile* che è la potestà di introdurre precetti sanzionati penalmente per assicurare la difesa sociale, perseguire chi li infrange con strumenti coercitivi volti ad accertare le responsabilità e condannare i trasgressori, sino ad irrogare le sanzioni più gravose che l'ordinamento contempla (come appunto la pena detentiva, che implica la perdita della libertà personale).

Questa idea-guida evoca dunque limiti *formali e sostanziali* che la potestà punitiva deve sempre assumere a fondamento della propria legittimazione, e che hanno come base edificativa, appunto, il modello di un potere sempre assoggettato a vincoli superiori ed invalicabili, e come punto di fuga l'ideale di “minimo intervento”, di proporzionalità e di *extrema ratio* che sempre contrassegna l'impiego della sanzione penale.

Proprio questa idea-guida appare, nostro malgrado, sempre più recessiva, se non apertamente disattesa, nei tempi recenti, dove è dilagata – anche nell'esperienza italiana – la tendenza verso un utilizzo “inflazionistico” e “consumistico” del diritto penale, se non verso un autentico “**populismo punitivo**”: ove con tale definizione si allude al ricorso sempre più compulsivo, opportunistico e irrazionale – da parte del legislatore – allo strumento penale, evocato – spesso a valle di “campagne mediatiche” che esaltano l’“allarme sociale” indotto da talune vicende, fomentando la richiesta di intervento immediato da parte della maggioranza politica di turno – come strumento decisivo e apparentemente “salvifico”, per dare risposta, più che al singolo episodio, a qualsivoglia problema “sociale”, per soddisfare ogni bisogno – reale o “indotto” – di sicurezza, ovvero per contrastare ogni “fenomeno”, via via sollecitando interventi sempre più “muscolari” da parte dello Stato che vedono declinare i prototipi punitivi su paradigmi che si dimostrano insofferenti, se non apertamente in contrasto, con i tradizionali principi-limite che, come accennato, ne segnano il campo.

Basti pensare – *inter alia* – all'introduzione dell'omicidio stradale, con pene “draconiane” avulse da ogni limite di ragionevolezza (art. 589-*bis* c.p., introdotto con l. n.

41 del 2016); o alla c.d. “legge spazzacorrotti” (l. n. 3 del 2019), con introduzione di sanzioni gravosissime per molti reati contro la pubblica amministrazione, persino di “pene perpetue” (come la pena accessoria dell’interdizione dei pubblici uffici), sino alla estensione – originariamente prevista – del regime dell’ostatività per le più gravi ipotesi di corruzione (e non solo), che si pretendeva, peraltro, immediatamente applicabile, in spregio al principio di irretroattività (ma sul punto è intervenuta la sentenza n. 32 del 2020: sul punto, *infra*, cap. II, § 3.2); o ancora, alle diverse e incalzanti esasperazioni punitive introdotte – per i reati di violenza domestica e di genere – a partire dal c.d. codice rosso (l. n. 69 del 2019).

Sono solo alcuni esempi di recenti esperienze politico-criminali fortemente curvate in chiave populistica, a dimostrazione di un *trend* nell’impiego del diritto penale ormai tanto ricorsivo e crescente, quanto nocivo e miope, specie perché basato su una doppia, ingenua “finzione”: da un lato, la finzione che si realizzino i risultati normativamente attesi dall’introduzione della nuova incriminazione o dall’inasprimento delle pene (“effetti attesi” che restano, nella gran parte dei casi, indimostrabili ed indimostrati); dall’altro, che la finzione, altrettanto fatua, che non si realizzino gli effetti collaterali che l’incriminazione (o la maggior pena) concretamente produce, in particolare sui diritti fondamentali dei consociati e sulle aree di libertà, che viceversa risultano profondamente incisi da episodi di *overdose* punitiva, come subito si vedrà.

2.2. *Scelte di incriminazione e libertà e diritti fondamentali: il ruolo del principio di proporzionalità*

L’immagine che considera il diritto penale “diritto costituzionale applicato” può essere, peraltro, colta anche da diversa prospettiva.

In effetti, il perimetro degli illeciti penali – ossia dei comportamenti che l’ordinamento sanziona più gravemente, sino appunto al sacrificio della libertà personale – descrive in controtuce il perimetro delle libertà dei cittadini: quei diritti e libertà sanciti, appunto, al più alto rango della gerarchia delle fonti, nella Carta costituzionale, che sono i primi “scudi di protezione” dell’individuo.

Per esemplificare: quando un ordinamento punisce la diffamazione (art. 595 c.p.) – sanzionando chi con espressioni ingiuriose lede l’altrui reputazione “comunicando con più persone” – o incrimina chi “propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi” (art. 604-*bis*, comma 1, lett. a), c.p.), stabilisce un limite alla libertà di espressione (art. 21 Cost.), libertà che – pur rappresentando la “pietra angolare del nostro ordinamento democratico” (*cornerstone of democracy*) – non può estendersi, in linea di principio, sino ad offendere l’onore altrui

o a degenerare nel “discorso d’odio” (*hate speech*); quando reprime la associazione per delinquere (art. 416 c.p.) stabilisce un limite al diritto di associarsi, diritto che non viene più riconosciuto agli associati che si uniscono “allo scopo di commettere più delitti” (del resto, lo stesso art. 18 Cost. garantisce tale diritto entro “fini che non siano vietati ai singoli dalla legge penale”); quando sanziona penalmente la corruzione – ossia il comportamento di chi offre denaro o altre utilità ad un pubblico agente per condizionarne l’esercizio della funzione (art. 318 ss. c.p.) – stabilisce limiti precisi anche nella sfera dei rapporti tra imprenditori e pubblica amministrazione, giacché chi esercita l’impresa – ad esempio – non può spingersi a elargire “tangenti” per condizionare a suo favore l’aggiudicazione di una gara d’appalto.

Rispetto a questi casi apparentemente più “facili”, ovviamente si danno casi dove le conclusioni appaiono ben meno scontate, giacché il rapporto con le libertà individuali acquista un maggiore valore problematico: si pensi ai rapporti tra il diritto fondamentale di riunione ed associazione (art. 17 e 18 Cost.), e il reato di “*Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l’ordine pubblico o l’incolumità pubblica o la salute*” (il c.d. reato di “*rave party*”, ora art. 633-*bis* c.p.), o i casi in cui l’enunciato diffamatorio sia pubblicato da un giornalista nell’esercizio del diritto di cronaca o di critica politica (tutti diritti che di fatto sono tradizionalmente ravvisati come limiti alla configurabilità del reato di diffamazione); o si pensi ancora alle ipotesi in cui un “discorso d’odio” sia contenuto in una pubblicazione storiografica, come nel caso delle tesi “negazioniste” sostenute da taluni studiosi, che sono giunte, appunto, a negare la storicità – ossia la stessa esistenza – dell’Olocausto, a minimizzare lo sterminio realizzato nei campi di concentramento, o persino a “giustificarne” la realizzazione (condotte, queste, tutte rientranti nell’ultimo comma del citato art. 604-*bis* c.p.).

Qui appare ben più complesso – come si vede – operare un corretto bilanciamento tra istanze di difesa sociale e protezione delle libertà individuali, e concludere per la legittimità della scelta di incriminazione.

Ma quel che più interessa, nella nostra prospettiva, è che una simile mappatura rende evidente che quanto più si estende il campo del diritto penale, e il magistero punitivo allo scopo di assicurare la “difesa sociale”, tanto più viene condizionata e limitata – corrispondentemente – la sfera di agire dei singoli cittadini, e tanto più compressa la sfera di libertà riconosciute nelle società democratiche.

In altri termini, ogni scelta di incriminazione rappresenta, di per sé, una forma di straordinaria e penetrante ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali, limitandone il possibile godimento: o perché ne comprime direttamente lo spazio di gioco, o perché – incriminando condotte che lambiscono i confini di quei diritti e libertà, indirettamente provoca un “**effetto di congelamento**” (*chilling effect*) sul loro possibile, libero godimento, specie quando la fattispecie penale è descritta – o interpretata – in modo tale da lasciar residuare significativi margini di ambiguità e corrispondenti incertezze applicative.

Per comprendere quanto significativo possa essere il possibile “effetto di congelamento” generato da norme penali “di incerta applicazione” sui comportamenti dei consociati (e sulle rispettive “aree di libertà”), può menzionarsi l’esempio della fattispecie di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.), reato volto appunto a sanzionare gli abusi nell’esercizio delle funzioni pubbliche da parte dei pubblici agenti che – nonostante i reiterati interventi di riforma (nel 1990, nel 1997, nel 2020) – per le perduranti ambiguità ed eccedenze interpretative è da quasi trent’anni al centro di vibranti critiche, e di polemiche tuttora molto accese, essendo ormai ritenuto una autentica “spada di Damocle” sospesa sul capo dei funzionari pubblici ed in specie dei pubblici amministratori locali (tanto da sollecitare, in seno all’Associazione nazionale dei comuni italiani, una decisa presa di posizione di moltissimi sindaci volta a domandarne la definitiva abrogazione legislativa, opzione tuttora oggetto di discussione in sede parlamentare).

Un tale, pernicioso “*chilling effect*” prodotto da questa sorta di “mina vagante” punitiva, è stato espressamente evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 8 del 2022, quando ha identificato nell’abuso d’ufficio «una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come burocrazia difensiva», nella quale «i pubblici funzionari si astengono dall’assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell’interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”）」; dove la Corte ha rimarcato appunto che «il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un “effetto di raffreddamento”, che induce il funzionario a imboccare la via per sé più rassicurante», con inevitabili «effetti negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell’azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati».

Proprio la ricerca di un corretto equilibrio tra le opzioni punitive e il doveroso rispetto dei diritti e libertà fondamentali è un compito di cui si è fatto carico, nella giurisprudenza più recente, **il generale principio di proporzionalità**, che ormai si affianca ad altri principi nel vaglio di legittimità delle scelte di politica-criminale e nel relativo sindacato rimesso alla Corte costituzionale (*infra*, cap. IV; ma anche cap. V, § 2.4).

Ovviamente, questi equilibri non sono affatto agevoli da rintracciare, e coinvolgono una valutazione molto delicata e articolata che – all’interno del c.d. test di proporzionalità – è condotta analizzando l’**idoneità** della scelta punitiva (ovvero la sua *rational connection* rispetto al raggiungimento degli scopi che il legislatore si prefigge), la sua **necessità** (o *necessity*, messa a confronto con misure meno invasive), e la **proporzionalità in senso stretto** (*proportionality stricto sensu* o *balancing*) della previsione statale restrittiva misurata, appunto, in ragione dell’incidenza sul singolo diritto o libertà fondamentale volta a volta “incisi” dalla stessa.

Ma è chiaro, da questo punto di vista, che si tratta di un equilibrio nevralgico in un ordinamento che voglia garantire effettivamente i diritti e le libertà che, sulla carta, si affermano e “proclamano”.

Ed è altrettanto chiaro che una sovraestensione del diritto penale (c.d. **ipertrofia del diritto penale** o *overcriminalization*) rischia di trasformare uno “Stato democratico di diritto” in una “democrazia illiberale”, se non – visto il corredo di misure intrusive e coercitive che contrassegnano il procedimento penale – in un autentico “Stato di polizia”: limitandoci qui solo ad evidenziare che tale espansione ipertrofica è ormai così accentuata, nei tempi recenti, che osservando il sistema attuale del diritto penale si è evidenziato il dilagare di un “diritto penale massimo” (N. MAZZACUVA), e si è persino paventata – con accenti fortemente critici – l’epifania di un “diritto penale totale” (F. SGUBBI).

In ogni caso, come si vede, gli interessi, i diritti e i valori in gioco in materia penale sono dunque strutturalmente costituzionali, e implicano sempre bilanciamenti vertiginosi, nella perenne ricerca di un equilibrio tra autorità e diritti fondamentali; tra istanze di difesa sociale e garanzie individuali; tra sicurezza e libertà; tra tutela delle vittime e garanzie per gli imputati.

3. *Il “costituzionalismo penale”: la Costituzione come “limite” o come “fondamento” del diritto penale*

Come si è visto, dunque, il diritto penale ha un rapporto di “corrispondenza biunivoca” con la Costituzione: diritti, libertà e garanzie costituzionali sono il telaio su cui è costruito il sistema punitivo, cosicché lo “stato di salute” della Costituzione – e il livello di “**civiltà del diritto**” – possono misurarsi anzitutto scandagliando le regole del diritto e del processo penale, così come le regole che presidiano l’esecuzione della pena. Proprio per questo, del resto, lo statista inglese WINSTON CHURCHILL poteva dire che «[i] metodi penali sono l’indice e la misura della civiltà di una nazione», e per le stesse ragioni il grande scrittore russo DOSTOEVSKIJ – guardando al problema del carcere – aveva rimarcato che «[i] livelli di civiltà di una nazione si possono giudicare aprendo le porte delle sue prigioni» (F. Dostoevskij, *Memorie di una casa di morti*).

I rapporti tra diritto penale e Costituzione possono peraltro svilupparsi ed articolarsi in diverse direzioni di senso, sulle quali è ora opportuno soffermarsi.

3.1. *Diritti e libertà costituzionali come “limiti” alle scelte di incriminazione*

Anzitutto, come si è accennato, nella costante ricerca di un bilanciamento “sostenibile” tra difesa sociale e libertà individuali in una società democratica, il diritto penale assume dunque come primo e fondamentale “orizzonte di limite” la Costituzione, e segnatamente come **limiti** invalicabili per ogni opzione incriminatrice i **diritti** e le **libertà fondamentali** ivi riconosciute: pur con gli inevitabili bilanciamenti di cui si dirà, un divieto penale, nel sanzionare una certa condotta, non può spingersi sino a sacrificare un diritto o una libertà sanciti a livello costituzionale, a pena di incorrere in una declaratoria di illegittimità da parte dell’organo deputato a garantire il rispetto della Carta fondamentale, ossia la Corte costituzionale.

In questa prospettiva, il perimetro dei diritti e delle libertà costituzionali, dunque, può essere visto come “spazio interdetto” al diritto penale, e la Costituzione nel suo insieme appare – in controluce – come “mappa dei confini” che il diritto penale deve rispettare: la più alta e rigorosa “Magna Charta” del reo, nell’immagine lisztiana già evocata.

È bene sottolineare che questo primo “metodo di approccio” del costituzionalismo penale si è dimostrato particolarmente proficuo nel contesto italiano, perché ha consentito la “coabitazione” tra un codice penale approvato in epoca fascista ed ampiamente attraversato da venature ideologiche generate da quel *milieu* culturale (il c.d. **codice Rocco**, del 1930, ancora vigente, nonostante le molte riforme “settoriali” che lo hanno attraversato) e la Costituzione democratica entrata in vigore – al vertice della “piramide delle fonti” – nel 1948: esso ha infatti consentito di “bonificare” le incrostazioni più autoritarie e di correggere o eliminare le norme più marcatamente “liberticide” per rendere possibile l’effettivo godimento dei diritti e libertà (di manifestazione del pensiero, di riunione o associazione, di sciopero, etc.) costituzionalmente garantiti.

Un osservatorio privilegiato di questi interventi è offerto, *inter alia*, proprio dai “**reati di opinione**” – strutturalmente in tensione con la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) – e dai **reati in materia di sciopero e serrata**, spesso risultati in un insanabile conflitto con il diritto di sciopero riconosciuto all’art. 40 Cost., e con il principio della libertà sindacale sancito all’art. 39 Cost.

In questi ambiti, la Corte costituzionale, come accennato, è intervenuta a più riprese, e con diverse tecniche decisorie, per cercare un equilibrio sostenibile tra la singola fattispecie incriminatrice e la sottostante libertà costituzionale che con la stessa entrava in tensione.

Questo equilibrio è stato talvolta raggiunto mediante una sentenza interpretativa di rigetto, ossia con una decisione che indicava una interpretazione restrittiva del divieto

penale per renderla compatibile con la Costituzione (introducendo, in particolare, un requisito “offensivizzante”): emblematica la sentenza n. 65 del 1970, concernente il delitto di apologia di reato, ove per assicurare tutela al diritto di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) si è affermato che «l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ult. comma, c.p., non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti».

Altre volte la Corte ha utilizzato la decisione di accoglimento parziale di tipo “manipolativo”: così nella decisione n. 108 del 1974, con la quale – sempre al fine di garantire il rispetto del diritto previsto all’art. 21 Cost. – ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell’art. 415 c.p., riguardante l’istigazione all’odio tra le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»; ma così pure molte decisioni intervenute nel settore dei “Delitti contro l’economia pubblica”, capo I del titolo VIII del libro II del codice penale, concernenti in particolare i delitti in materia di sciopero e serrata – prima presidio fondamentale dell’economia corporativa, poi divenuti insopportabili limitazioni rispetto al diritto riconosciuto all’art. 40 Cost. – come ad esempio le decisioni n. 290 del 1974 e n. 165 del 1983, rispettivamente concernenti le fattispecie di “Serrata e sciopero per fini non contrattuali”, art. 503 c.p., e di “Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero”, art. 504 c.p., dichiarate illegittime nella parte in cui puniscono anche lo sciopero politico o a fine di coazione dell’Autorità «non diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare»; analogamente, la sentenza n. 222 del 1975; inoltre, la sentenza n. 84 del 1969, in relazione al reato di “Boicottaggio”, art. 507 c.p., dichiarato illegittimo – per contrasto con l’art. 21 Cost., quale “pietra angolare dell’ordine democratico” – nella parte in cui ricomprendeva nella sfera criminosa anche la «propaganda di puro pensiero e di pure opinioni».

Altre volte ancora, infine, la Corte è intervenuta dichiarando l’illegittimità *tout court* della fattispecie, ravvisando una incompatibilità frontale e non altrimenti risolvibile con diritti costituzionalmente riconosciuti: così, in effetti, sin dalla prima, “storica” decisione, la n. 1 del 1956, con la quale fu dichiarata l’incostituzionalità – per contrasto con l’art. 21 Cost. – dell’art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 che richiedeva un’autorizzazione di polizia per distribuire volantini o affiggere manifesti, sanzionando penalmente la distribuzione o affissione non autorizzate; ma così pure, ancora nel settore dei delitti in materia di sciopero, la sentenza n. 29 del 1960, nella quale la Corte, dichiarando l’illegittimità dell’art. 502 c.p. che puniva “Serrata e sciopero per fini contrattuali”, ha statuito che «(...) anche a voler considerare la norma impugnata come isolata dal sistema dal quale e per il quale era sorta, è evidente il positivo contrasto che risulta dal suo raffronto col sistema nuovo; contrasto che deriva non già da un generico difetto di armonica correlazione, quale frequentemente si manifesta fra ogni ordinamento nuovo, rapidamente sopravvenuto, e quelle norme dell’antico di cui pur necessita la sopravvivenza; bensì da una incompatibilità specifica, che tocca una correlazione essenziale. Da un lato si ha l’art. 39 Cost., il quale esprimendo un indirizzo nettamente democratico, dichiara il principio della libertà sindacale; dall’altro l’art. 502 c.p., cioè una norma che negava quella libertà».

Come si vede già dalla diversità e complessità delle tecniche decisorie utilizzate dalla Consulta nell'individuare e risolvere i termini del contrasto tra diritto penale e Costituzione, rintracciare un equilibrio tra una determinata operazione punitiva e i diritti/libertà fondamentali non è operazione semplice, anche perché una tale operazione concettuale deve spesso passare attraverso delicati **bilanciamenti**.

In questa prospettiva, tra le più complesse e delicate questioni recentemente affrontate dalla Corte vi è senz'altro la problematica del c.d. **fine vita**, ed in particolare la questione che ha avuto ad oggetto la legittimità della fattispecie penale volta a punire la istigazione e (anche la mera) agevolazione al suicidio (art. 580 c.p.), divieto che implicava anche – appunto – il rilievo penale del c.d. **suicidio assistito**.

Il caso “paradigmatico” che ha offerto occasione alla Corte costituzionale di intervenire era relativo alla condotta di assistenza al suicidio realizzata – mediante accompagnamento in una clinica svizzera dove la scelta suicidiaria si sarebbe poi compiuta – da parte di un attivista radicale, Marco Cappato, in favore di Fabiano Antoniani. Questi, a seguito di incidente stradale, era rimasto privo della vista e tetraplegico, non più autonomo nella respirazione (necessitando dell'ausilio, pur periodico, di un respiratore inserito in un foro della trachea), nell'alimentazione (essendo nutrito in via parietale) e nell'evacuazione, conservando, però, intatte le capacità intellettive e la sensibilità al dolore. Alle sofferenze psicologiche indotte dalla drammatica condizione di cecità e di totale immobilità si accompagnavano così quelle fisiche, particolarmente acute, prodotte dagli spasmi e dalle contrazioni da cui il soggetto era quotidianamente percorso. Condizione, questa, risultata refrattaria a ogni tentativo di cura, anche sperimentale ed effettuata persino fuori dai confini nazionali.

Importante precisare che Fabiano Antoniani aveva chiesto l'assistenza al suicidio scartando la soluzione – pur riconosciuta come legittimamente percorribile dalla l. n. 219 del 2017 – dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pur gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo.

Anche in questo drammatico caso, si trattava dunque di verificare se la citata fattispecie penale, ossia l'art. 580 c.p. – estesa a punire non solo le condotte di *istigazione* e *determinazione* dell'altrui suicidio ma anche le condotte di mera *agevolazione* o assistenza all'altrui scelta suicidiaria – finisse col conflaggere con precipui diritti e principi discendenti dalla Costituzione – e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – e rilevanti nella peculiare situazione concreta, e dunque se quella incriminazione avesse superato i li-

miti costituzionalmente imposti, e se pertanto dovesse ritenersi – almeno parzialmente – illegittima.

La risposta affermativa è stata data dalla Corte in due storiche decisioni, l'ordinanza n. 207 del 2018, a cui ha fatto seguito la sentenza n. 242 del 2019.

Nella prima, per quanto qui maggiormente interessa, la Corte ha affermato che «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo delle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli un'unica modalità di congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost. [...])» (ordinanza n. 207 del 2018, § 9): così ravvisando, dunque, un aperto contrasto con la libertà di autodeterminazione del malato e con lo stesso principio della dignità umana, valori tutti di caratura costituzionale (art. 2, 3, e 32, comma 2, Cost.) e convenzionale (art. 8 CEDU) che, come tali, precludono la possibilità di intervenire con una scelta punitiva che finirebbe per inibirne il godimento.

«[...] Se infatti – ha puntualizzato la Corte – il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» (ordinanza n. 207 del 2018, § 9).

Pur avendo, dunque, ravvisato un chiaro *vulnus* di costituzionalità alla luce dei diritti fondamentali menzionati, la Corte – facendo per la prima volta leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale – ha nondimeno ritenuto di rinviare la trattazione della questione, e di fissare un termine, di quasi un anno (dal 24 ottobre 2018 al 24 settembre 2019), per consentire al legislatore di intervenire con una precipua disciplina legale, atteso che la problematica ricade «in un ambito ad altissima sensibilità etico sociale», ed implica «delicati bilanciamenti» che «restano affidati, in linea di principio, al Parlamento».

Trascorso inutilmente tale termine, e di fronte all'inerzia del Parlamento, la Corte ha dunque dato coerentemente seguito a quanto anticipato nella sua precedente ordinanza di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” (appun-

to, la ord. n. 207 del 2018, cit.), giungendo ad affermare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi «[...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze psichiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (sentenza n. 242 del 2019).

Come si vede, questa duplice, importante decisione ha dunque tratto, dalla Costituzione, ulteriori limiti, che hanno condotto la Corte a circoscrivere il perimetro delle possibili scelte del legislatore penale, non già affermando l'illegittimità *tout court* della scelta punitiva operata nella fattispecie dell'art. 580 c.p., riaffermata anzi, in linea di principio, in tutta la sua "meritevolezza", quale fattispecie «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento», e segnatamente «alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»; bensì ritagliando un particolare ambito di liceità per le condotte di mera assistenza alla altrui scelta di porre fine alla propria vita, nel caso specifico di un malato che versi in condizioni del tutto peculiari – come appunto era, per Fabiano Antoniani, nel caso di specie – ossia di una persona, secondo la "tetralogia" precisata dalla Corte, che sia (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

A conferma che la decisione si è basata su un delicato bilanciamento, si può segnalare che, con la successiva sentenza n. 50 del 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto ad intervenire sull'art. 579 c.p. in guisa da abrogare l'omicidio del consenziente, salve le ipotesi di vizi del consenso di cui al comma 3, in quanto la disposizione è stata ritenuta concernente una norma "costituzionalmente necessaria" poiché posta a tutela di «un valore che si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona», essendo il diritto alla vita «da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono (...) all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» e «concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». Pertanto, prosegue la Consulta, «vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse, l'incriminazione dell'omicidio del consenziente assolve, in effetti, come quella dell'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del

2018), allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma occorre aggiungere: non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate» concludendo che «discipline come quella dell’art. 579 c.p., poste a tutela della vita, non possono, pertanto, essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest’ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale».

3.2. *I valori costituzionali come “fondamento” delle scelte di incriminazione*

L’“approccio costituzionale”, dunque, ha messo progressivamente in evidenza una serie di vincoli negativi per il legislatore penale, stabilendo equilibri e confini che il legislatore, nelle proprie scelte di politica criminale, deve rispettare, rintracciandoli anzitutto nei diritti e libertà sanciti nella Carta fondamentale.

Senonché, la scienza penalistica ha compiuto anche un ulteriore percorso nel tematizzare i rapporti tra diritto penale e Costituzione, esplorando la possibilità di assumere la Carta non già solo come **limite**, ma anche come **fondamento** stesso dello *ius puniendi*.

Questo esito è maturato a margine della ricerca intorno alla cruciale domanda in ordine ai contenuti “legittimi” del diritto penale, ed al **concetto sostanziale di reato** (*materieller Verbrechenbegriff*), ricerca volta a stabilire se il legislatore abbia appunto dei vincoli di contenuto nelle scelte di incriminazione, ovvero nel selezionare quali valori o interessi possano essere legittimamente assunti ad oggetto di protezione mediante il diritto penale.

Tradizionalmente si distingue tra **concetto formale di reato** e **concetto sostanziale di reato**.

Il primo concetto risponde alla domanda: cosa identifica un reato per un determinato ordinamento? Ovvero, quali sono i comportamenti che la legge considera penalmente rilevanti *de iure condito*?

A questa domanda il codice penale italiano – che accoglie appunto una nozione formale del reato e dell’antigiuridicità penale – risponde espressamente, da un lato affermando, all’art. 39 c.p., che «[i] reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice», dall’altro elencando, nel già citato art. 17 c.p., le pene tipiche per i *delitti* (ergastolo, reclusione e multa) e per le *contravvenzioni* (arresto e ammenda).

Dunque, il criterio distintivo – e l’autentico *principium individuationis* – per “riconoscere” un illecito penale, e distinguerlo dagli altri illeciti (segnatamente, dall’illecito amministrativo), è un **criterio** eminentemente **formale**, che guarda alla **pena** le-

galmente stabilita: se un determinato precetto normativo prevede come sanzione una delle pene tipiche elencate dall'art. 17 c.p. si è al cospetto di un **illecito penale**, e si applica la conseguente disciplina, codicistica e costituzionale.

E tale criterio formale vale a distinguere – ad esempio – una *pena pecuniaria* da una *sanzione amministrativa pecuniaria*, che pur avendo un contenuto comune – il pagamento di una somma di denaro allo Stato – hanno un regime del tutto diverso in caso di inadempimento: posto che solo la **pena pecuniaria** non pagata può trasformarsi in una misura limitativa della libertà personale (ossia la semilibertà sostitutiva, in caso di inadempimento *tout court*, o il lavoro di pubblica utilità sostitutivo, in caso di insolvibilità, o ancora, qualora manchi il consenso del reo a tale ultima sanzione, la detenzione domiciliare sostitutiva); mentre la **sanzione amministrativa pecuniaria** inevasa potrà al più condurre ad una esecuzione forzata sui beni eventualmente in proprietà del soggetto sanzionato.

A differenza del concetto formale di reato, il **concetto sostanziale di reato** risponde ad una domanda diversa, e indubbiamente più complessa: non cosa è, ma cosa può essere reato per un determinato ordinamento giuridico? Da questo punto di vista, può dirsi che il concetto sostanziale di reato identifica – come è stato detto – la “coscienza dell’ordinamento giuridico positivo” (H. ZIPF), ed apre problemi di notevole spessore – come pure si dirà – in ordine a quali possano essere i beni/interessi/valori suscettibili di essere protetti mediante il diritto penale, ed a quali possano essere le forme e le “tecniche” ammissibili per realizzare tale tutela.

Nel tentare di rispondere alla istanza di legittimazione aperta dalla domanda in ordine a quali possano essere i contenuti possibili del diritto penale, e nella strenua ricerca di un concetto sostanziale di reato che possa fungere da guida “critica” per il legislatore, la scienza penalistica contemporanea ha tradizionalmente offerto una risposta che può dirsi ormai unanimemente accettata: si ritiene che “**reato**” – come si vedrà – possa essere solo un comportamento che consista in una “**offesa ad un bene giuridico**” (*Rechtsgutsverletzung*).

Questa formula ha avuto un indubbio successo, ma non è priva di criticità: il successo della formula, ma anche la sua ambiguità, si devono in particolare, alla capacità solo parzialmente informativa e prescrittiva del concetto di “bene giuridico” (*Rechtsgutsbegriff*), concetto che nel corso della storia è stato utilizzato, del resto, per ospitare tutti i più diversi interessi o scopi che il legislatore di turno intendesse perseguire mediante una determinata scelta di incriminazione.

È evidentemente diverso considerare “bene giuridico” suscettibile di tutela penale un bene/valore/interesse “tangibile” e “afferrabile” come la vita, l’incolumità individuale, la proprietà, o, viceversa, un valore immateriale, astratto e “spiritualizzato” come l’“ordine pubblico” o la “pace pubblica”; ed è ancora diverso considerare un “bene” giuridico più artificiale come la funzione di controllo della pubblica amministrazione su determinati settori (si pensi alle fattispecie penali che puniscono attività realizzate senza la doverosa autoriz-

zazione amministrativa), o persino assumere ad “oggetto di tutela” interessi via via più formalistici e “autoreferenziali” come lo stesso obbligo di rispettare la legge, o la semplice “pretesa di osservanza” della norma: “valori”, questi ultimi, che come si intuisce legittimerebbero qualsiasi opzione che il legislatore intenda adottare, finendo per sanzionare penalmente la “mera disobbedienza” alla legge, senza porre alcun filtro selettivo alla scelta sui comportamenti punibili e sugli “oggetti” da tutelare penalmente.

In effetti, se da un lato la declinazione del reato come “offesa ad un bene giuridico”, come vedremo, ha alcune indubbie virtù e indiscutibili capacità prescrittive – tagliando fuori dall’ambito di rilievo penale condotte immateriali, atteggiamenti interiori, volontà riprovevoli, intenzioni peccaminose o progetti delittuosi che non si estrinsecano, appunto, in alcuna condotta “materiale ed offensiva per un bene giuridico” (*infra*, cap. IV) – l’interrogativo mai davvero risolto si è spostato, focalizzandosi su cosa debba intendersi davvero per “bene giuridico penalmente significativo”, ovvero sul se possa essere identificata una costellazione di beni/valori/interessi capaci di assurgere – quelli e solo quelli – a “beni giuridici” meritevoli di protezione penale.

Ebbene, in questa ricerca, una delle risposte più originali e “forti” è stata offerta proprio in seno alla scienza penalistica italiana, da sempre molto impegnata nell’analisi “costituzionalmente orientata” del reato.

In particolare, si deve a FRANCO BRICOLA, nella sua *Teoria generale del reato* (1973), l’idea che nella Carta costituzionale debba necessariamente rinvenirsi un ancoraggio di legittimazione per ogni scelta punitiva, e che questa debba essere posta sempre a presidio di un valore/bene/interesse di rango costituzionale, visto che il bene sacrificato dalla sanzione penale – la libertà personale – è un bene di pari lignaggio («La libertà personale è inviolabile»: art. 13, comma 1, Cost.): dovendosi ritenere, in altri termini, che “beni giuridici” penalmente meritevoli di protezione penale possano essere solo **beni di rango costituzionale**, ossia beni/interessi/valori riconosciuti – nella gerarchia delle fonti – del medesimo rango che si riconosce appunto alla libertà personale, così fortemente “incisa” dalla pena.

Chiaro il rigoroso sillogismo seguito in questa acuta impostazione teorica: la premessa maggiore è che la sanzione penale sacrifica la libertà personale; la premessa minore è che la libertà personale è un “bene” di rango costituzionale; la chiusura del sillogismo è che la sanzione penale può essere utilizzata dal legislatore solo per tutelare un bene/interesse/valore di pari rango del “bene” che la stessa compromette, ossia un bene di rilievo costituzionale.

Su questa premessa, peraltro, il Maestro bolognese giunse anche ad affermare un ulteriore vincolo contenutistico che il legislatore penale dovrebbe sempre rispettare, precisando come solo le condotte **concretamente offensive** di un bene giuridico di livello costituzionale possano essere legittimamente

assoggettate a pena, prospettando dunque il rango costituzionale del c.d. **principio di offensività o di necessaria lesività del reato**, con una posizione spinta sino a reclamare l'illegittimità costituzionale dei **reati di pericolo presunto e astratto** (ossia reati nei quali la condotta punita è solo astrattamente o presuntivamente pericolosa per il bene giuridico, e come tali ritenuti appunto incapaci di esprimere un coefficiente di offensività compatibile con il principio affermato: sul punto, ampiamente, *infra*, cap. IV, in ptc. § 2.3).

Evidente, in ogni caso, la vocazione di questa originale teorica: limitando i beni/valori/interessi suscettibili di tutela penale ai soli beni previsti (anche solo implicitamente) nella Costituzione, ovvero ai beni/valori/interessi che di questi possano dirsi “presupposto necessario”, e vincolando ulteriormente la legittimità della scelta di incriminazione al rispetto del canone di offensività, si intendeva limitare *quam maxime* il legislatore nel ricorso alla sanzione penale, in un'ottica volta ad assicurare i canoni di **extrema ratio** e di **sussidiarietà**, che come accennato assumono appunto la scelta punitiva come estremo presidio e l'illecito penale necessariamente postergato rispetto ad altri illeciti che possano offrire una tutela adeguata senza i “costi” che la sanzione penale implica per i diritti fondamentali.

Come si vedrà, questa suggestiva impostazione teorica, nota come **teoria costituzionalmente orientata del reato** e del bene giuridico, ha avuto però alterne fortune, sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale: se può dirsi condivisa, in modo pressoché unanime, l'idea che il reato debba informarsi al principio di offensività, indubbiamente più tiepido è stato il recepimento della tesi dei beni di rilievo costituzionale come presupposto di legittimazione dell'opzione punitiva, nonostante in più occasioni la Corte costituzionale abbia fatto richiamo all'esigenza che la selezione dei valori oggetto di tutela penale debba trovare aggancio al più alto rango della gerarchia delle fonti.

In effetti, la Corte, in diverse occasioni, ha sottolineato, da un lato, come l'impiego della sanzione penale sia giustificato solo al cospetto dell'esigenza di fronteggiare “**una reale dannosità sociale**” o – in chiave più stringente – dalla **necessità di tutelare valori “di rilievo costituzionale”**, in una logica di “intervento minimo” rispettosa delle istanze di sussidiarietà e di *extrema ratio*: così, nella celebre sentenza n. 364 del 1988 sull'art. 5 c.p. (*infra*, cap. III, § 2 ss.), si è affermato che «il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73 co. 3 e 25 co. 2 Cost., rinvia (...) alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da essere percepite anche in funzione di norme “extra-penali” di civiltà (...)»; analogamente, nella sentenza n. 409 del 1989, si è affermato che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma

deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante».

Al di là di queste importanti indicazioni di principio, la stessa Corte ha peraltro chiarito che la discrezionalità nel fissare contenuto e struttura delle singole opzioni incriminatrici debba essere pur sempre valutata – oltre che nel prisma del più generale principio di ragionevolezza – nei margini imposti dal rispetto dei principi di materialità e di offensività: principi in grado di garantire comunque al giudice costituzionale significativi spazi di sindacato contenutistico sulla “meritevolezza” della singola opzione incriminatrice, e che anche di recente hanno consentito di fissare taluni confini invalicabili alla libertà del legislatore nelle scelte di **politica criminale** (ossia nelle scelte “politiche” in campo punitivo: v. ancora *infra*, cap. IV, § 2 ss.).

Dunque e più in generale, su tutti questi problemi – come si vedrà – la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi, riconoscendo da un lato al legislatore un ampio spazio di discrezionalità nella selezione dei comportamenti punibili, nella scelta dei beni/interessi/valori da tutelare e delle tecniche di tutela utilizzabili, pur nei limiti della manifesta irragionevolezza, ed arrivando solo in rari casi a decretare l'incostituzionalità di una norma penale per la riconosciuta assenza di un bene giuridico ritenuto meritevole di tutela penale (ne è forse un esempio, come si vedrà, la sentenza n. 189 del 1987, sul reato di esposizione non autorizzata di bandiera estera); e dall'altro manifestando – nondimeno – una convinta e crescente adesione al principio di offensività, riconosciuto, in talune pronunce, anche con un vigore che ha condotto a (pur sporadiche, ma) significative pronunce di illegittimità.

3.3. *Obblighi costituzionali di tutela penale?*

Se dalla Costituzione possono trarsi dunque – per opinione ormai condivisa – precisi limiti che il diritto penale deve rispettare, e se da essa possano trarsi – anche per chi non voglia condividere il rigore della teoria dei beni di rilievo costituzionale – importanti indicazioni in ordine ai contenuti legittimi che possano essere dedotti come oggetto di tutela penale, è opportuno evidenziare – da angolatura ancora diversa – come, quanto meno nel contesto italiano, non abbia mai trovato spazi significativi la tesi che – partendo dal rango costituzionale che possa vantare un determinato bene/interesse/valore – vorrebbe ricavare dalla Carta fondamentale autentici “**obblighi costituzionali di tutela penale**”, ossia un vincolo di tutela che imponga al legislatore di tutelare per il tramite necessario della sanzione penale quel determinato valore di riconosciuto lignaggio costituzionale.

Più in particolare, per opinione diffusa si ritiene che **nella Costituzione italiana non emergano** simili **vincoli di penalizzazione**, se si eccettua la disposizione di cui all'art. 13, comma 4, Cost., che sembra imporre un preciso vincolo di previsione penale ove si stabilisce che «[è] punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

E, del resto, la stessa Corte costituzionale ha sempre mantenuto una posizione rigorosamente restrittiva di fronte alle varie questioni nel corso degli anni proposte, volta a volta tese a rivendicare la sussistenza di un precipuo obbligo costituzionale di tutela penale e a censurare, conseguentemente, una scelta legislativa di depenalizzazione, ovvero di modifica limitativa di una determinata fattispecie o di mitigazione di una determinata sanzione.

Solo a titolo di esempio, di fronte ad una ordinanza di rimessione che – *inter alia* – lamentava l'illegittimità di una scelta di depenalizzazione di talune infrazioni in materia ambientale, adducendo la lesione dei principi costituzionali in tema di tutela dell'ambiente e della salute (art. 9 e 32 Cost.), i giudici hanno dichiarato la questione manifestamente infondata, «non potendosi invocare la protezione costituzionale di determinati interessi, in assenza di obblighi di penalizzazione ricavabili dalla Costituzione, come fondamento per la tutela penale a condotte che il legislatore, unico abilitato a individuare i reati e le pene, non abbia ritenuto di sottoporre a tale sanzione» (nella ordinanza n. 267 del 1999).

In buona parte analoga la risposta che la Corte costituzionale – in due diverse occasioni – ha dato a margine di una questione che lamentava l'illegittimità costituzionale delle riforme di segno restrittivo che hanno nel tempo interessato il reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), illegittimità derivante – secondo il giudice rimettente – da un preteso “difetto di tutela adeguata” al cospetto della ritenuta, doverosa protezione penale dei valori costituzionali del “buon andamento” e dell’“imparzialità” della pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost.: questioni, in entrambi i casi, rigettate dalla Corte, evidenziando appunto che eventuali esigenze costituzionali di tutela possono essere soddisfatte mediante diverse forme di tutela, e non certo con la sola sanzione *penale*, che del resto rappresenta sempre l'*ultima ratio* cui il legislatore può ricorrere «nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (sentenze n. 447 del 1998 e n. 8 del 2022).

Le decisioni appena richiamate della Corte costituzionale – nel chiudere spazi a pretesi “obblighi di tutela penale” – confermano, in controluce, che le scelte legislative in termini di **sussidiarietà** – ossia le scelte sulla adeguatezza di un determinato strumento di intervento (civile, amministrativo, penale) ai fini della tutela che a un determinato bene/interesse/valore il legislatore voglia apprestare – non possono essere sindacate, neppure quando si traducano nella preferenza di uno strumento di tutela diverso dalla sanzione penale (e, quindi, non in un *eccesso*, bensì in un presunto *difetto* di tutela): infatti, «l'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate

condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge», posto che «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni [...]; ché anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela»².

È peraltro opportuno evidenziare, al riguardo, che la tesi degli **obblighi di tutela penale** – fortemente criticata in dottrina – è riaffiorata ed ha trovato riconoscimento, con intensità crescente, nella giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo**, la quale in molti casi ha ritenuto di affermare che da determinati diritti riconosciuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare, ma non solo, dagli artt. 2 e 3 CEDU, concernenti, rispettivamente, il diritto alla vita e il divieto di tortura e di pene inumane o degradanti) discendano in capo ai singoli Stati vere e proprie *positive obligations*, ossia peculiari “obblighi di protezione” spesso estesi sino ad abbracciare un vero e proprio vincolo di tutela mediante il diritto penale.

Su questa traccia, del resto, in molti casi concreti la Corte EDU è giunta a condannare i singoli Stati per un ritenuto difetto di tutela, censurando la mancanza di un effettivo o adeguato presidio punitivo rispetto a gravi aggressioni di uno dei *fundamental rights* sanciti nella trama della Convenzione.

4. *Una nuova stagione del costituzionalismo penale: il diritto penale nel “dialogo multilivello” tra Carte e Corti*

Proprio in quest'ultima prospettiva, e prima di analizzare i principi costituzionali maggiormente rilevanti in materia penale, va ancora evidenziato che il “costituzionalismo penale” ha tratto ulteriore linfa dall'arricchimento garantistico via via offerto da diverse fonti sovranazionali (prime fra tutte, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o CEDU, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o CDFUE), e dalla giurisprudenza delle Corti europee, ormai costantemente richiamate nelle decisioni della Corte costituzionale (a partire dalla “svolta” operata con le celebri “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007, con le quali è stato riconosciuto il rango di “parametro in-

² Così Corte cost., sentenza n. 447 del 1998, e, analogamente, la sentenza n. 8 del 2022.