

UNIVERSITÀ DI FERRARA **LMU MÜNCHEN**
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA **JURISTISCHE FAKULTÄT**

DOTTORATO DI RICERCA IN COTUTELA

“Diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali”

XXIX Ciclo – Coord. Prof. M. Greggi

Tesi di dottorato in diritto penale (IUS/17)

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

Prospettive e limiti come strumento critico delle scelte di criminalizzazione

Relatori

Ch.mo Prof. Alessandro Bernardi

Ch.mo Prof. Helmut Satzger

Dottorando

Nicola Recchia

A.A. 2014-2016

Valutatori esterni

Ch.mo Prof. Stefano Manacorda – Università della Campania – Luigi Vanvitelli

Ch.mo Prof. Francesco Viganò – Università commerciale Luigi Bocconi Milano

Commissione esaminatrice

Ch.mo Prof. Alessandro Bernardi – Università degli Studi di Ferrara

Ch.mo Prof. Matthias Krüger – Ludwig-Maximilians-Universität München

Ch.mo Prof. Vittorio Manes – Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Ch.mo Prof. Helmut Satzger – Ludwig-Maximilians-Universität München

Data della discussione della tesi – 28 marzo 2017

INDICE

ABBREVIAZIONI	pag. VII
---------------	-------------

CAPITOLO INTRODUTTIVO

1. Oggetto dell'indagine e sua rilevanza	1
2. Lo stato dell'arte della riflessione penalistica sui limiti alle scelte di criminalizzazione	4
3. L'armamentario costituzionale	9
3.1. Brevi riflessioni terminologiche	10
3.2. Brevi note sulla dogmatica dei diritti fondamentali	11
3.3. Proporzionalità e bilanciamento	17
4. Panorama dell'indagine	23
5. Delimitazione dell'indagine	26

PARTE I

LA STATICA DEL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

CAPITOLO I

LA MAPPATURA DEI DIRITTI FONDAMENTALI AGGREDITI

1. I diritti fondamentali aggrediti	33
2. Conseguenze teoriche e precisazione metodologica	40
3. La struttura del giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione	45

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ RISPETTO AL DIRITTO FONDAMENTALE SOTTESO ALLA NORMA DI CONDOTTA

SEZIONE I

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DELLA NORMA DI CONDOTTA IN SÉ CONSIDERATA

1.1. L'individuazione di un fine legittimo perseguito dalla norma	55
---	----

1.2. L' idoneità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo	61
1.3. La necessità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo	62
1.3.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulle libertà fondamentali	65
1.4. La proporzionalità in senso stretto della norma di condotta	71
1.4.1. Il divieto di condotte omosessuali	74
1.4.2. Il divieto di fornicazione	80
1.4.3. I divieti in materia di contraccettivi	81
1.4.4. Il divieto di aborto	83
1.4.5. I divieti in materia di fecondazione medicalmente assistita e gestazione per altri	85
1.4.6. I divieti in materia di fine vita	90
1.4.7. L' obbligo di prestazione del servizio militare	91
1.4.8. I divieti in materia di prostituzione	94
1.4.9. I divieti in materia di pornografia e pornografia minorile	101
1.4.10. Il divieto di corruzione privata per l' imprenditore	111
1.4.11. Il divieto di <i>insider trading</i> di se stesso	114
1.4.12. I divieti in materia di diritto d' autore	116
1.4.13. I divieti limitanti la libertà di espressione (cenni)	117
1.4.14. I divieti limitanti la libertà di associazione	122
1.4.15. Altri esempi di un elenco sterminato	124

SEZIONE II

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DEL TIPO DI SANZIONE

2.1. Tipologie sanzionatorie sproporzionate rispetto alla norma di condotta	129
2.1.1. Il divieto di adulterio	132
2.1.2. Il divieto di incesto	135
2.1.3. Il divieto di consumo di sostanze stupefacenti	141
2.2. Un concetto centrale: il <i>chilling effect</i>	146
2.2.1. I divieti in materia lato senso di corruzione	154
2.2.2. Il divieto di riciclaggio nei confronti dell' avvocato difensore	161
2.2.3. Ancora sul divieto di aborto	166
2.2.4. Il divieto di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione	168
2.2.5. Altri divieti in materia di stupefacenti	172

SEZIONE III

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DELLA MISURA DELLA SANZIONE

3.1. Una diversa specie di proporzione sanzionatoria	177
3.2. Il giudizio di proporzionalità in ragione della misura della sanzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE	180
3.3. Il giudizio di proporzionalità in ragione della misura della sanzione nella giurisprudenza della Corte EDU	183
3.3.1. I divieti in materia di riunione/manifestazione	183
3.3.2. Ancora sui divieti limitanti la libertà di espressione	189

CAPITOLO III
IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ RISPETTO AL DIRITTO
FONDAMENTALE ALL'ONORE

1. Il contenuto di questo secondo giudizio	193
2. Il confine quantitativo: le clausole <i>de minimis</i>	195
3. Il confine qualitativo: fattispecie astratte di per sé sproporzionate	197
4. La prospettiva oggettiva politico-criminale	203

CAPITOLO IV
IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ RISPETTO AL DIRITTO
FONDAMENTALE AGGREDITO DALLA PENA (CENNI)

1. Brevi cenni in materia di proporzionalità sanzionatoria	205
--	-----

PARTE II
LA DINAMICA DEL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN
MATERIA PENALE

CAPITOLO I
PROFILI DINAMICI DEL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN
MATERIA PENALE

1. Le modalità di accesso al giudizio di proporzionalità	214
2. Le regole processuali alla base del giudizio di proporzionalità	217
3. Gli strumenti decisori per il giudizio di proporzionalità	220
3.1. Strumenti decisori accentrati	221
3.2. Strumenti decisori delegati	223
3.2.1. Strumenti ermeneutici	223
3.2.2. Applicazione diretta dei diritti fondamentali	229
3.3. Quali strumenti decisori in materia penale?	232
3.4. Per una considerazione unitaria dei limiti alle scelte di criminalizzazione	236

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Il giudizio di proporzionalità come approccio metodologico alternativo	239
2. Un approccio metodologico dal certo ancoraggio costituzionale	241
3. Un approccio metodologico internazionalmente condiviso	242
4. Un approccio metodologico trasversale agli steccati disciplinari	243
5. Un approccio metodologico comune all'intero ordinamento giuridico	245
6. Un approccio metodologico già ampiamente diffuso	246
7. Un approccio metodologico scientificamente più fondato	249

8. Un approccio metodologico ideologicamente neutro	254
9. Un approccio metodologico di provata efficacia	256
10. Un esercizio finale di ottimismo	258
ZUSAMMENFASSUNG	263
BIBLIOGRAFIA	291
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	315

ABBREVIAZIONI

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Arch. pen.	Archivio penale
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Banca borsa	Banca, borsa e titoli di credito
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BioLaw J.	BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass. pen.	Cassazione Penale
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali
CGUE	Corte di giustizia dell’Unione europea
Colum. J. Transnat’l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Corr. giur.	Corriere giuridico (II)
Crim Law and Philos	Criminal Law and Philosophy
Crim.	Criminalia. Annuario di scienze penalistiche
Crim. Just. Ethics	Criminal Justice Ethics
Crit. dir.	Critica del diritto
CtEDU o Corte EDU	Corte Europea dei Diritti dell’Uomo
d.P.R.	Decreto del Presidente della Repubblica
D&Q	Diritto&questioni pubbliche
Dig. pen.	Digesto delle discipline penalistiche
Dir. fam.	Diritto di famiglia e delle persone (II)
Dir. int.	Diritto dell’internet
Dir. pen. cont.	Diritto penale contemporaneo

Dir. pen. e processo	Diritto penale e processo
Dir. pen. XXI sec.	Diritto penale XXI secolo
DSt	Der Staat
Emory L.J.	Emory Law Journal
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
EuCLR	European Criminal Law Review
Fam. dir.	Famiglia e diritto
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Foro it.	Foro italiano (II)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GC	Grande Camera
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 1949
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Const. L.Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Indice pen.	Indice penale (L')
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
Ist. fed.	Istituzioni del federalismo
J. Crim. L.	Journal of Criminal Law (The)
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Le soc.	Società (Le)
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.M. L. Rev.	New Mexico Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
NJECL	New Journal of European Criminal Law (The)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
Nott L J.	Nottingham Law Journal
Nss. D. I.	Novissimo Digesto Italiano

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Ohio St. J. Crim. L.	Ohio State Journal of Criminal Law
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Quad. fior.	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
Quaderni cost.	Quaderni costituzionali
Rag. prat.	Ragion pratica
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenziale
RFICP	Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales
Riv. dir. intern.	Rivista di diritto internazionale
Riv. fil. dir.	Rivista di filosofia del diritto
Riv. it. dir. e proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. it. med. leg.	Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario
Riv. soc.	Rivista delle società
Riv. trim. dir. pen. cont.	Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo
Stan. L. & Pol'y Rev.	Stanford Law & Policy Review
StGB	Strafgesetzbuch (Deutschland)
StV	Strafverteidiger
T.U.F.	Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, D. lgs 24 febbraio 1998, n. 58
T.U.L.P.S.	Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington & Lee Law Review
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Y.B. EUR. L.	Yearbook of European Law
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law & Policy Review
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

CAPITOLO INTRODUTTIVO

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine e sua rilevanza. – 2. Lo stato dell'arte della riflessione penalistica sui limiti alle scelte di criminalizzazione. – 3. L'armamentario costituzionale. – 3.1. Brevi riflessioni terminologiche. – 3.2. Brevi note sulla dogmatica dei diritti fondamentali. – 3.3. Proporzionalità e bilanciamento. – 4. Panorama dell'indagine. – 5. Delimitazione dell'indagine.

1. *Oggetto dell'indagine e sua rilevanza*

L'attuale temperie culturale richiede che si dia conto costantemente della rilevanza della ricerca svolta, così da poterla porre a raffronto alle risorse economiche per essa investite. L'oggetto di questo lavoro, i limiti alle scelte di criminalizzazione legislative, tema fondante della scienza penalistica, ci pone paradossalmente dinanzi alla necessità di un maggior onere di motivazione circa la rilevanza della nostra ricerca; ed infatti è evidente che su un tale tema vi sia una mole ormai sconfinata di contributi, la maggior parte dei quali di acume e profondità tali da non poter essere nemmeno lontanamente eguagliati in questo scritto. Purtroppo è caratteristica essenziale dei temi classici – e quello qui affrontato lo è sommamente – quella di non poter considerare mai chiusa la discussione su di essi, per essere al tempo stesso temi insensibili al divenire del tempo, in una astrazione concettuale universalizzante atta a “relegare l'attualità al rango di rumore di fondo”, e temi sempre ridefiniti e ridiscussi a partire dal mutevole presente, perché di “questo rumore di fondo non può fare a meno”¹.

A noi pare che, a considerare attentamente il dibattito dottrinale recente, emergano con chiarezza queste due linee prospettive nell'analisi di questo tema “classico”. Da un lato prosegue senza soluzione di continuità l'analisi teorica universalizzante del tema, negli ultimi anni soprattutto all'interno del dibattito

¹ Cfr. CALVINO, *Italiani, vi esorto ai classici*, L'Espresso, 28 giugno 1981, p. 58 ss.

dottrinale tedesco², seppur sull'onda contingente di un'importante sentenza del BVerfG³; ma anche nel dibattito italiano questa prospettiva è ancora di assoluta centralità⁴. Rispetto all'analisi teorica del tema è poi di assoluta evidenza ed importanza il confronto sempre più serrato tra i modelli teorici di tradizione di *common law* e quelli di *civil law* e questo, si noti bene, per l'interesse sia degli studiosi continentali⁵ sia, seppur in misura minore, di quelli angloamericani⁶.

² Engländer, nella relazione di apertura dei lavori nel convegno dei professori di diritto penale tedeschi tenutosi nel maggio 2015 ad Augsburg e dedicato, per quanto attiene al diritto penale sostanziale al tema del bene giuridico, conta ben trentasei lavori su questo tema a partire dagli ultimi anni dello scorso secolo, in un elenco oltretutto essenziale e non esaustivo, v. ENGLÄNDER, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, in ZStW, 2015, p. 616 ss., nt. 3.

³ Si tratta della celeberrima Inzest-Entscheidung, BVerfGE 120, 224.

⁴ Si pensi, rispetto al principio di offensività, ai recenti lavori di PULITANÒ, voce *Offensività del reato (Principio di)*, in Enc. dir., Annali VIII, 2015, p. 665 ss.; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 4 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005. Con riferimento precipuo alla teoria del bene giuridico, si veda di recente FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006.

⁵ Si guardi nel nostro paese la recente monografia di FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, ma anche i due lavori collettanei FIANDACA/FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008 e CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law in ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010. Da vero precursore poi DICIOTTI, *Il principio del danno nel diritto penale*, in Dir. pen. e processo, 1997, p. 366 ss. Nella dottrina tedesca si veda AMBOS, *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles. A Second Contribution Towards a Consistent Theory of ICL*, in Crim Law and Philos, 2015, p. 301 ss.; HASSEMER, *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüterschutz): A German Perspective*, in SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford-Portland, 2014, p. 187 ss.; HÖRNLE, *Theories of Criminalization*, in Crim Law and Philos, 2016, p. 301 ss.; ID., *"Rights of Others" in Criminalisation Theory*, in SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 169 ss.; LAUTERWEIN, *The Limits of Criminal Law. A comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Farnham, 2010.

⁶ Si veda DUBBER, *Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht*, in ZStW, 2005, p. 485 ss.; ID., *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, in Am. J. Comp. L., 2005, p. 679 ss.

Dall'altro lato, l'attualità costringe la scienza penalistica a confrontarsi con sempre nuove istanze di criminalizzazione, sfidandola a testare le potenzialità critiche dei limiti, variamente ricavati, alle scelte legislative in campi del tutto nuovi o attraverso prospettive inedite⁷. Senza voler ricostruire compiutamente tutti i dibattiti che abbiamo attraversato, ma affidandosi al ricordo degli ultimi anni, non c'è stato problema sociale vecchio o nuovo rispetto al quale non si sia posta con forza e talvolta con successo la richiesta di criminalizzazione, dall'omofobia al negazionismo, dalla gestazione per altri alla pedopornografia virtuale, dallo spreco alimentare ai maltrattamenti animali; ma l'elenco – si sa – potrebbe continuare ancora a lungo. D'altronde proprio in questi settori periferici sembrano più spesso attecchire nuovi percorsi teorici di limitazione delle scelte di criminalizzazione, anche se essi non sono stati finora in grado di affermarsi come paradigmi generalmente riconosciuti, astraibili dal contesto specifico nel quale si sono originati.

Ci sembra, dunque, che il tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione, lungi dal considerarsi esaurito, si trovi probabilmente ad attraversare una fase cruciale, nella quale, al di sotto di un'apparente imperturbabilità dei confini teorici entro i quali si muove il dibattito scientifico, vanno sviluppandosi potenti movimenti tellurici di profondità, alla lunga capaci di provocare una faglia e una nuova definizione teorica del tema.

⁷ Volendo qui accennare alle prospettive non legate a singole fattispecie incriminatrici o a singoli fenomeni delittuosi, si pensi soltanto alla grande rilevanza rispetto al dibattito sulle scelte di criminalizzazioni, da un lato, all'erompere del fattore culturale nel diritto penale, sul quale cfr. BERNARDI, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; dall'altro, al sempre più evidente affermarsi di una prospettiva precauzionale nelle scelte di criminalizzazione, cfr. in proposito CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, 2013; CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.

2. Lo stato dell'arte della riflessione penalistica sui limiti alle scelte di criminalizzazione

Dovendoci confrontare con un tema nodale della scienza penalistica, il nostro compito di definire lo stato dell'arte della riflessione penalistica risulta al tempo stesso improbo e semplice. Improbo sarebbe, infatti, voler ricostruire analiticamente gli sviluppi ormai risalenti della riflessione attorno ai limiti alle scelte di criminalizzazione, sui quali, come detto, è imperscrutabile la mole di lavori accumulatasi negli anni. Semplice, d'altro canto, perché molto si potrà dare per scontato, rinviando alla letteratura presente, non dovendoci attardare nel ricostruire concetti e posizioni appartenenti al patrimonio conoscitivo comune del penalista.

Il presente lavoro sceglierà – e non potrebbe essere davvero altrimenti – una prospettiva specifica attraverso la quale guardare al tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione; tuttavia, prima di assumere le specifiche lenti della presente ricerca è opportuno tratteggiare seppur con poche linee essenziali il quadro del dibattito attuale, non già per ricostruire la complessità dei singoli concetti e delle singole posizioni, ma piuttosto per restituire uno sguardo d'insieme che faciliti la contestualizzazione della ricerca.

Ebbene, se ci si appropria con molta approssimazione, finanche da profano della scienza penalistica, il quadro che si osserva è di grande complessità. Infinite appaiono le declinazioni del tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione e infatti ci si deve confrontare con un lungo elenco di principi e concetti diversi: dal bene giuridico, nelle sue infinite varianti, al principio di offensività, dalla meritevolezza di pena al bisogno di pena, dalla dannosità sociale alla necessaria lesività, dall'*extrema* o *ultima ratio* al principio di sussidiarietà, dal principio di frammentarietà a quello di laicità, senza voler accennare alla diversa prospettiva, sempre più capace di fascinazione sulla dottrina continentale, legata alla riflessione angloamericana sull'*harm* e sull'*offense principle*.

Complessa e dibattuta risulta anzitutto la stessa definizione di molti dei concetti ora citati, tanto che si potrebbe affermare con un certo sarcasmo che per ogni concetto

è dato riscontrare una definizione per ciascun autore⁸; per sottacere la pratica opposta di non definire tali concetti, ma di descriverli al più induttivamente a partire dalle applicazioni in contesti specifici.

Se di non poco momento sono le questioni irrisolte legate già ai singoli concetti elencati, si comprende come divenga quasi impossibile tracciare con certezza i confini e le relazioni reciproche tra tali concetti⁹: molto alto appare in questo contesto il tasso di ridondanza concettuale, con concetti spesso sovrapponibili o con definizioni degli uni che rimandano agli altri. La sensazione che si ha, è quella di una formazione per accumulazione delle coordinate teoriche del dibattito, nel quale i concetti successivi si sono giustapposti ai concetti precedenti senza soppiantarli e altresì senza inglobarli in una rinnovata e coerente cornice teorica.

Ancora più netta è questa sensazione dinanzi ai mutamenti di contesto giuridico attraversati dal dibattito sui limiti alle scelte di criminalizzazione: occorre infatti porre mente al fatto che la quasi totalità dei concetti e dei principi precedentemente citati risale ad un periodo pre-costituzionale, cosicché la svolta costituzionale, in relazione al nostro tema, piuttosto che dettare un nuovo paradigma teorico nel dibattito, si è andata spesso ad aggiungere ai principi pre-costituzionali¹⁰. Qualcosa di non dissimile si è avuto più di recente rispetto all'erompere dei discorsi basati sui diritti fondamentali, rispetto ai quali ancora una volta si è cercato di ricavare indicazioni e influssi sul diritto

⁸ Prendendo ad esempio il concetto di bene giuridico, ma lo stesso discorso può essere rivolto a ciascuno dei concetti elencati, è noto come già da molto tempo si è osservato che una definizione al tempo stesso in grado di contenere tutti i gli oggetti che dovrebbe definire e di possedere ancora un livello di concretezza idoneo per la sua portata selettiva è semplicemente inesistente, tanto che la definizione di questo concetto è da considerarsi non più opera ancora irrisolta, quanto piuttosto opera irrisolvibile, cfr. STRATENWERTH, *Zum Begriff des 'Rechtsgutes'*, in ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (a cura di), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, p. 377 ss., 388. Arriva a parlare in riferimento alle molteplici definizioni proposte di “vera e propria Babele” e di “impressione complessiva disorientante”, FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 31. Con indulgenza Engländer si limita a riportare solo otto diverse definizioni del concetto di bene giuridico, nonostante, come egli stesso ammette, molte altre potrebbero essere riportate, ENGLÄNDER, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, cit., 620.

⁹ APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 391.

¹⁰ V. GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, in DSt, 2010, p. 331 ss., 332.

penale. Il risultato di questo modo di procedere è stato uno svilupparsi confuso – per accumulazione come si è detto – del tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione¹¹, con risultati pratici – come vedremo – tutt’altro che trascurabili.

Soprattutto, infine, vero *punctum dolens* della riflessione sui limiti alle scelte di criminalizzazione è la quasi totale mancanza di consenso, e talvolta di chiarezza, in dottrina sul valore normativo dei concetti e dei principi elencati¹², spaziandosi dalla qualificazione come canoni politico-criminali a quella di principi argomentativi, da quella di parametri di costituzionalità a quella di caratteri del diritto penale, fino alle più varie forme ibride o intermedie¹³.

¹¹ Per un medesimo giudizio, con riferimento specifico alla dottrina tedesca, v. APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 45.

¹² In questo senso anche APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 49 s., 351; STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in GA, 2011, p. 653 ss., 657.

¹³ Nella dottrina italiana e straniera c’è davvero l’imbarazzo della scelta rispetto alla caratterizzazione di questi principi. Per VASSALLI, *I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1991, p. 699 ss., 735, 739, il principio di offensività sarebbe un “principio ispiratore della legislazione”, un mero “orientamento”, in questo senso anche precedentemente in VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 ss., 662 s. Per PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, in CNPDS (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 73 ss., 74 si tratterebbe di un principio “tendenziale”. Per MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, ivi, p. 91 ss., 100, il principio di offensività segnerebbe “una direttrice fondamentale di politica criminale” e sarebbe “principio regolare, ma non assoluto”; nello stesso senso già precedentemente in MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 445 ss., 451. Per FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice Pen.*, 1994, p. 275 ss., 276 ss. il principio di offensività sarebbe “presupposto ideologico del sistema”, e anche “quanto meno, un canone ermeneutico generalmente riconosciuto”, al contempo riconoscendogli fondamento costituzionale. Per Romano, riprendendo Pedrazzi, si tratterebbe di una mera direttiva di livello costituzionale, cfr. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora sui limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Crim.*, 2011, p. 33 ss., 44; ID., *Zur Legitimation der Strafgesetze. Zu Fähigkeit und Grenzen der Rechtsgutstheorie*, in SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, p. 155 ss., 168; e anche il principio di sussidiarietà o di *extrema ratio* sarebbe meramente “uno dei canoni materiali-cardine della politica criminale degli ordinamenti contemporanei”, v. ROMANO, “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, p. 39 ss., 42. Per DONINI, *Teoria del reato*, cit., 29; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, p. 29 ss., 35; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 69, il principio di offensività avrebbe

D'altronde, non si può sfuggire all'ovvia considerazione che affinché uno qualsiasi di tali principi assuma rango costituzionale – il che equivale a dire divenga parametro di costituzionalità e quindi divenga idoneo ad invalidare le scelte legislative – è necessario dimostrare che tale principio sia riconosciuto, ancorché implicitamente, nel testo costituzionale¹⁴.

È noto che la dottrina penalistica si è da tempo impegnata proprio nell'individuare tale ancoraggio costituzionale dei principi propriamente penalistici di limitazione delle scelte di criminalizzazione.

Una prima strada, battuta perlopiù dalla dottrina penalistica tedesca, è quella di predicare il riconoscimento di tali principi come consuetudini costituzionali implicitamente riconosciute dal testo costituzionale, poiché rinvenienti dallo stesso concetto di stato di diritto¹⁵ e in ultima istanza dal concetto illuministico di contratto sociale¹⁶. Si intuisce quanto labile sia il fondamento costituzionale ricavato per questa

“(attualmente) una dimensione che si colloca a metà fra i principi argomentativi e quelli dimostrativi”, mentre *ivi* p. 85, “la sussidiarietà non è giustiziatile”, cioè “non è un principio dimostrativo utilizzabile dalla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità di una legge che non la rispetti”, e ancora di recente – DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“*offense*” di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, p. 1546 ss., 1557 – “il principio di *extrema ratio* è da tutti ritenuto un principio di natura politico-criminale, argomentativo e non dimostrativo”. Per JAREBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in Ohio St. J. Crim. L., 2005, p. 521 ss., il principio di *ultima ratio* sarebbe non già un principio costituzionale, ma un principio di etica legislativa.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 573 ss., 577; STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre*, cit., 659.

¹⁵ Cfr. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriff*, in *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, p. 151 ss., 158 s.; SCHÜNEMANN, *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*, in VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 18 ss., 21, il quale vede nella teoria del bene giuridico “una condizione essenziale prepositiva di qualsiasi potere punitivo legittimo” e “una premessa implicita di qualsiasi Stato di diritto democratico-liberale, senza alcun riguardo al fatto che tale Stato la riconosca o meno esplicitamente nella sua costituzione”.

¹⁶ Cfr. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in HEFENDEHL/VON HIRSCH/ WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 133 ss., 142 ss.; ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., 578.

via¹⁷, che mal riesce a nascondere un fondamento filosofico più che normativo, tra l'altro mai veramente nascosto.

Una seconda strada, magistralmente percorsa dalla dottrina italiana sulla scia della fondamentale opera di Franco Bricola¹⁸, è quella di ricavare il fondamento costituzionale dei principi penalistici di limitazione delle scelte di criminalizzazione da una lettura sistematica delle norme costituzionali, secondo uno schema troppo noto per dover essere qui ripercorso¹⁹. Si avrà modo di tornare più volte nel prosieguo su tale impostazione e sul come essa sia stata superata in conseguenza del superamento a monte, nella dottrina costituzionalistica, della concezione di costituzione e di bilanciamento in essa accolta²⁰.

¹⁷ V. per una critica di questo approccio APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 308 s. Sulla posizione di Schünemann nello specifico cfr. le puntuali critiche di ENGLÄNDER, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, cit., 622 s., 629 ss.

¹⁸ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., Vol. XIV, Torino, 1973, p. 7 ss.; teoria poi ripresa, non senza alcune modifiche, da ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, spec. 163 ss. La posizione di Bricola pare per certi versi simile, seppur molto più approfondita, a quella precedentemente espressa da SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN E AL. (a cura di), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1959, p. 909 ss., 911 ss. e poi con riferimento a questo autore da HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, cit., 26. Nella dottrina successiva, per un fondamento costituzionale forte del principio di offensività, v. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA/INSOLERA, *Costituzione, Diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 133 ss.; ID., *L'offensività nella relazione e nel progetto preliminare della commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in MOCCIA (a cura di), *La riforma continua*, Napoli, 2002, p. 235 ss. Anche sulla base di considerazioni legate alla funzione costituzionale della pena, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 124 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 172 ss. Una teoria ora sempre più ripresa, seppur senza esplicito riferimento all'elaborazione italiana, nella dottrina tedesca, cfr. BOTTKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in HASSEMER E AL. (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, p. 93 ss., 109 s. Per una riproposizione di questa impostazione con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2003, p. 47 ss., 53 ss.

¹⁹ Per una puntuale ricostruzione dell'impianto argomentativo di Bricola cfr., su tutti, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 41 ss.

²⁰ Si veda con specifico riferimento alla costruzione di Bricola FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., 52 ss.; e prima ancora PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985,

Qui preme solo evidenziare un profilo eminentemente metodologico: la direttrice d'indagine seguita dalla dottrina penalistica, in entrambi questi filoni, è stata quella appunto che dal diritto penale, dal suo bagaglio tradizionale, pre-costituzionale di principi e di concetti, risaliva strumentalmente al diritto costituzionale, inteso qui come diritto positivo, come testo costituzionale, per rivendicare forza normativa agli stessi. Il testo costituzionale, opportunamente letto, finiva per restituire magicamente proprio gli stessi principi, immutati, già conosciuti dal diritto penale²¹. Se di indirizzo costituzionale del diritto penale si deve parlare, si deve fare allora riferimento al termine costituzionale come indicativo di costituzione, di testo scritto.

Più raramente, invece, si è con convinzione adottata un'altra, diametralmente opposta, impostazione metodologica: sbarazzarsi, anche solo per un momento, del pesante fardello dei principi penalistici di limitazione delle scelte legislative e guardare al diritto costituzionale con occhi vergini, non penalistici, intendendo qui non il diritto costituzionale come testo normativo scritto, ma come scienza costituzionalistica, come riflessione scientifica sul potere e sui suoi limiti all'interno di uno stato costituzionale. È nostra intenzione dimostrare in questo lavoro che questa prospettiva negletta, solo di recente riabbracciata dalla dottrina penalistica, presenti grandi potenzialità per la riflessione penalistica sui limiti alle scelte legislative di criminalizzazione.

3. *L'armamentario costituzionale*

Di certo questo lavoro non vuole trasformarsi in una disquisizione costituzionalistica sulle categorie e sui concetti che andremo ad adoperare nel nostro intento di far luce sui limiti alle scelte di criminalizzazione legislative, ma è indispensabile offrirne quanto meno un prontuario al lettore perché siano chiare le fondamenta del prosieguo dell'indagine. Proprio per questo non ci appare opportuno

p. 131 ss., 158 ss. Per la critica di simili impostazioni nella dottrina tedesca v. APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 378.

²¹ Così anche per APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 376.

indulgere sulle molte voci critiche²², tutt'altro che prive di interesse e rilievo, rispetto a quello che va definendosi come il paradigma condiviso dall'assoluta maggioranza della dottrina e, prima ancora, della giurisprudenza costituzionale.

3.1. *Brevi riflessioni terminologiche*

L'elemento centrale dell'armamentario costituzionalistico che intendiamo testare nel diritto penale è il giudizio di proporzionalità o di ragionevole bilanciamento degli interessi svolto dalle corti *lato sensu* costituzionali. Anche a questo ambito non è estranea invero una certa ridondanza linguistica nei concetti adoperati: proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento, contemperamento, minimo sacrificio necessario, *Übermaßverbot*, eccesso legislativo²³. La questione nominalistica non ci appassiona, purché ci si intenda sul contenuto e sulle differenze tra tali concetti e soprattutto non si affermino differenze laddove esse sono invero soltanto nominalistiche. Solo per questione di chiarezza allora faremo riferimento nel prosieguo alla sola proporzionalità e al bilanciamento, i cui ambiti concettuali ci paiono in gran parte sovrapponibili, essendo questi concetti quelli di gran lunga prevalenti nell'uso linguistico dottrinale.

Eppure, lo si dica per inciso, entrambi questi termini mal si conciliano con il loro significato e sembrano rimandare contenutisticamente a immagini fuorvianti: sia la proporzionalità che il bilanciamento ci riconsegnano un immaginario prettamente quantitativo, di proporzioni, di pesi e di misure. Invece – lo vedremo – queste tecniche di giudizio richiedono al giudice un apprezzamento tutt'altro che quantitativo, ma fortemente qualitativo²⁴.

²² Per una panoramica delle critiche e dei modelli alternativi cfr. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Rag. prat.*, 2014, p. 541 ss., 546 ss.

²³ Sottolinea l'incertezza terminologica con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Relazione all'incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia*, 2013, in www.cortecostituzionale.it, 2.

²⁴ Sul carattere fuorviante della metafora della bilancia per descrivere il bilanciamento v. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 173.

Quantomeno per la proporzionalità, quindi, è lecito nutrire seri dubbi sulla correttezza della traduzione del termine originale nella lingua tedesca, lingua nella quale tale concetto è nato e si è sviluppato. È caratteristica usuale della lingua tedesca quella di disporre di due parole una di radice latina e l'altra di radice sassone, che pur risultando sostanzialmente sinonimiche rimandano in realtà a diverse sfumature di significato. Anche in questo caso al termine di radice latina *Proportionalität*, si contrappone quello sassone di *Verhältnismäßigkeit*; si sarebbe allora dovuto riflettere maggiormente sull'opportunità di tradurre con il termine di radice latina proporzionalità (o *proportionality*, o *proportionnalité* o *proporcionalidad* o *proporcionalidade*, a seconda della lingua di riferimento) il termine giuridico *Verhältnismäßigkeit* utilizzato nella riflessione giuridica tedesca. Mentre, infatti, il termine *Proportionalität*, al pari dei suoi omologhi citati, è utilizzato in ambito matematico e rimanda all'immaginario quantitativo, il termine *Verhältnismäßigkeit*, non molto usuale al di fuori dell'ambito giuridico, rimanda ad un diverso scenario qualitativo, di saggia capacità di mettere le cose in giusta relazione, derivando proprio dal sostantivo *Verhältnis*, appunto relazione, rapporto, legame. Se dunque nell'uso assolutamente costante del diritto costituzionale italiano il termine ragionevolezza non fosse stato attribuito a un diverso concetto, si potrebbe forse dire che esso esprima in maniera molto più efficace il termine tedesco²⁵. Si scusi questa piccola digressione, certo non tesa a proporre follemente una revisione linguistica di un uso oramai radicato, ma utile forse a sgomberare mentalmente l'immaginario sedimentato in riferimento al termine proporzionalità e a quello contiguo di bilanciamento.

3.2. Brevi note sulla dogmatica dei diritti fondamentali

Un comune errore è quello di analizzare il giudizio di proporzionalità o di ragionevole bilanciamento degli interessi spiegando le fasi, la struttura e le caratteristiche del giudizio svolto dalle corti costituzionali. Questa impostazione si

²⁵ Per una puntuale ricostruzione semantica, a partire da un'indagine etimologica, del termine ragionevolezza, anch'esso di poliedrica valenza v. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 2 ss.

risolve, invero, in una decontestualizzazione di tale giudizio, tale da precluderne la reale comprensione. Occorre, dunque, fare un passo indietro e tracciare in poche linee essenziali – ci perdonino ancora una volta i costituzionalisti – la parte generale dei diritti fondamentali.

Le moderne carte costituzionali riconoscono – come è noto – nella quasi totalità dei casi un elenco più o meno nutrito di diritti fondamentali dell'individuo. Rispetto a questi diritti fondamentali, esplicitamente o implicitamente previsti nel dettato costituzionale, le corti costituzionali sono anzitutto chiamate in un esercizio di interpretazione costituzionale a ricostruire l'ambito di applicazione di ciascun diritto, nel linguaggio tedesco lo *Schutzbereich*²⁶. Tale perimetrazione risulta fondamentale naturalmente per capire se un'azione o un'omissione statale costituisca un'ingerenza nel godimento del diritto medesimo (*Eingriff*). Non ogni ingerenza nell'esercizio di un diritto fondamentale ne costituisce tuttavia al tempo stesso una violazione, poiché la stessa carta costituzionale prevede esplicitamente o implicitamente, in maniera differenziata rispetto a ciascun diritto o in una disposizione generale, dei limiti al godimento dei diritti fondamentali (*Schranke*), dettati anzitutto dall'esigenza di contemperare l'esercizio del diritto fondamentale del singolo con l'esercizio dei diritti fondamentali altrui e, più in generale, con l'interesse o il bene pubblico. La possibilità di porre limiti al godimento dei diritti fondamentali non è però lasciata all'arbitrio del legislatore, bensì è essa stessa sottoposta a limiti formali, si pensi *in primis* alla riserva di legge, procedurali, si pensi qui alla riserva di giurisdizione, ma soprattutto contenutistici, il principio di proporzionalità (*Schranken-Schranken*, cioè limiti dei limiti).

Ci si deve però intendere sul significato di questi limiti (*Schranke*), che vanno letti in termini di norme sulla competenza, come ragioni che consentono al legislatore, nel rispetto dei limiti dei limiti, di regolare e limitare il godimento dei diritti fondamentali²⁷; non si tratta invece di norme contenutistiche in grado di erodere lo

²⁶ Diffusamente sul punto BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, New York, 2012, 45 ss.

²⁷ In questo senso cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, 254 ss.

stesso ambito di applicazione del diritto fondamentale. La distinzione potrà apparire inessenziale, ma proprio su di essa, invece, corre la grande frattura con l'altro paradigma di teoria costituzionale, ancora ben presente soprattutto – ci pare – nella dottrina penalistica. Tale diversa impostazione, infatti, procedendo per generalizzazioni ed astrazioni, tende a ridefinire l'ambito di applicazione del diritto fondamentale considerato sulla base di limiti astratti nel suo godimento²⁸. Mentre il paradigma da noi adottato assume una struttura bifasica, nella quale all'ingerenza nell'ambito di applicazione del diritto fondamentale segue l'indagine circa la sua possibile giustificazione, l'opposta ricostruzione risolve tutto in un primo stadio distinguendo tra ingerenze nell'ambito di applicazione del diritto fondamentale, che allora divengono *ipso facto* violazioni di esso, e interventi statali estranei all'ambito di applicazione del diritto fondamentale²⁹. La differenza ancora una volta è sostanziale. Nell'impostazione più risalente, infatti, l'attività del giudice può continuare ad essere definita in termini rigorosamente interpretativi, poiché tutta la sua attività si svolge sul piano ermeneutico di ricostruzione dell'ambito di applicazione del diritto fondamentale, esaurita la quale il giudice può sillogisticamente decidere sui casi a lui sottoposti. Molto diversa è, invece, la ricostruzione dell'attività del giudice allorché si ammetta la distinzione tra ingerenze e violazioni dei diritti fondamentali dei singoli, poiché in questo caso al giudice è rimessa la complessa valutazione circa la ragionevolezza del bilanciamento raggiunto dal legislatore tra interessi contrapposti; un'attività quindi non più ermeneutica, ma propriamente valutativa³⁰. Avremo modo di approfondire in seguito le tecniche di bilanciamento, ma prima di concentrarci su di esse è necessario soffermarsi,

²⁸ Anche detti limiti naturali dei diritti, cfr., per una ricostruzione critica di questo approccio, BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 57 ss.

²⁹ Sulla centralità di questa distinzione tra schemi bifasici e monofasici nella dogmatica dei diritti fondamentali, anche per il concreto impatto che la scelta tra l'uno e l'altro produce nelle decisioni, cfr. TRIBE/DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, 1991, 106 s.

³⁰ Molto chiaro sul punto ancora BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 60 s.; così anche per GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in CICU E AL. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 208.; SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 310.

seppur brevemente, sui modelli teorici di costituzione dai quali questi due paradigmi ora descritti derivano³¹.

Da un lato si può guardare alla costituzione come un insieme coerente di principi, interessi, valori, nel quale qualsiasi conflitto tra di essi è apparente³², poiché non ancora passato al setaccio delle tecniche interpretative della costituzione, siano esse principi supremi sottostanti all'intero edificio costituzionale, in grado quindi di orientare la decisione sull'apparente conflitto, oppure gerarchie assiologiche implicite tra i principi costituzionali o, infine, come detto, limiti interni a ciascun diritto³³.

Ancora legata a questo modo di vedere la costituzione è la maggior parte della penalistica italiana, che su queste basi ha edificato, da un lato, la costruzione della teoria bricoliana del bene giuridico costituzionale, imperniata sull'idea di una gerarchia assiologica implicita alla costituzione, dall'altro, la dogmatica dei limiti negativi dei diritti costituzionali, criticando di volta in volta la lettura dei limiti costituzionali al godimento dei diritti fondamentali, si pensi soprattutto alla severa critica dei concetti ripostiglio di ordine pubblico, di buon costume, ma senza mai mettere in discussione la correttezza dell'impianto teorico e l'assenza di limiti dei limiti.

Sia chiaro, non si tratta in alcun modo di una constatazione critica nei confronti di una dottrina penalistica che si è servita, nel lodevole compito di individuare dei limiti all'arbitrio legislativo nelle scelte di criminalizzazione, dell'unica impostazione teorica che in quel momento la dottrina costituzionalistica italiana offriva. Ma è giunto oramai il momento, di fronte al consolidarsi del nuovo paradigma nell'ambito della scienza costituzionalistica, di tentare di rifondare su queste nuove basi anche il dibattito penalistico sui limiti alle scelte di criminalizzazione.

Si può guardare, d'altro canto, alla costituzione come un insieme intrinsecamente incoerente di principi, valori, interessi, perché riflesso a monte di una società altrettanto pluralista nei principi, valori e interessi. Una costituzione allora che non nega l'esistenza

³¹ Su questi diversi modelli di costituzione e le loro fondamenta teoriche v. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 131 ss.; PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 143 ss.

³² Per una ricostruzione di questo tipo cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in Riv. fil. dir., 2015, p. 37 ss.

³³ Su tutte queste strategie argomentative cfr. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 146 ss.

di conflitti reali tra principi, valori e interessi contrastanti, la cui risoluzione in un senso o nell'altro è in definitiva il cuore del libero gioco democratico e che mai può derivare da una supposta gerarchia intrinseca nel dettato costituzionale³⁴ o ancora dal fondamento costituzionale o subcostituzionale dei principi o interessi in conflitto³⁵. Di qui l'esigenza di distinguere tra ingerenze e violazioni, tra restrizioni ragionevoli e irragionevoli dei diritti fondamentali, poiché il giudice costituzionale deve presidiare non il diritto fondamentale da qualsiasi ingerenza, ma soltanto da quelle ingiustificate, nelle quali la scelta legislativa ha completamente obliterato le ragioni di un diritto fondamentale.

È il caso, allora, di guardare più da vicino ai diritti fondamentali, perché a cascata anche la loro lettura è influenzata dal tipo di costituzione che si adotta. Proprio rispetto alla natura dei diritti fondamentali ci viene in soccorso la distinzione tra principi e regole, sulla quale oramai sconfinata è la riflessione giusfilosofica e costituzionalistica³⁶. Molte sono le caratteristiche ascritte a questi due tipi di norme e molto si discute finanche sulla differenza qualitativa o meramente quantitativa tra di esse, ma nella nostra specifica prospettiva ci interessa riprendere la distinzione basata sul diverso ragionamento giuridico che esse sottendono³⁷: per le regole il fulcro dell'attività giudiziale è rappresentato dalla sussunzione del caso concreto nella

³⁴ Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 142.

³⁵ Cfr. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in Enc. dir., Vol. XXXV, 1986, p. 494 ss., 511.; BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 93; SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 326. *Contra* MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in Enc. dir., Annali II, Tomo II, 2008, p. 185 ss., 190 s.

³⁶ Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, 22 ss.; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 71 ss.; GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in DICIOTTI/VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 173 ss.; BIN, *Diritti e argomenti*, cit., Milano, 1992, 9 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 147 ss.; ID., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in Quad. fior., 2002, p. 865 ss., 874 ss.; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in CICU E AL. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, 199 ss.; PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 51 ss. Nella dottrina penalistica cfr., su tutti, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 s.

³⁷ Seguendo l'impostazione di GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 178 ss.

fattispecie astratta, cosicché per esse deve parlarsi in termini binari di applicazione/non applicazione; per i principi, invece, non è possibile una loro non applicazione, poiché anche quando la regola emergente nel concorso con altri principi è ad essi ossimorica, la loro applicazione è rappresentata dall'onere argomentativo che essi pongono nel bilanciamento rispetto alla regola prescelta³⁸. È oramai molto nota la descrizione dei principi e dei diritti fondamentali come obblighi di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*), intendendo con questo che essi prescrivono al legislatore di massimizzarne il loro godimento, ma sapendo che tale attività non può che dipendere dalle possibilità normative e fattuali, intendendo con questo la necessità di tenere presente da un lato gli altri diritti fondamentali e dall'altro le condizioni materiali nelle quali il legislatore si trova ad operare³⁹. Il paradigma costituzionale qui seguito tende, quindi, a guardare i diritti fondamentali come principi, come obblighi di ottimizzazione, come oneri argomentativi nell'attività di bilanciamento; è chiaro invece che l'opposto paradigma, nell'individuare limiti generali e astratti, ai diritti fondamentali, nel ridefinirne continuamente già a livello costituzionale l'ambito di applicazione, tende a definire i diritti fondamentali come regole, a farli ruotare attorno a processi interpretativi di sussunzione.

Abbiamo fissato, senza accorgercene, le fondamenta del principio di proporzionalità o del ragionevole bilanciamento. Tale schema di giudizio può essere, infatti, ricavato senza particolari sforzi sia dalla stessa natura pluralistica delle moderne carte dei diritti⁴⁰ sia dalla distinzione teorica tra regole e principi⁴¹. Se queste due distinte ma collegate asserzioni sono fondate, ne consegue logicamente l'ineludibilità

³⁸ V. ancora GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 183 ss.

³⁹ Cfr. ancora ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 75 ss.

⁴⁰ In questo senso ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 172; BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in D&Q, 2002, p. 115 ss., 122 s.

⁴¹ V. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 100 ss; BARAK, *Proportionality*, cit., 234 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 170 s.

per tutti gli attori costituzionali di operare con gli schemi della proporzionalità e del bilanciamento⁴².

3.3. *Proporzionalità e bilanciamento*

Abbiamo brevemente descritto il quadro all'interno del quale si iscrive la tematica della proporzionalità o del bilanciamento e possiamo, dunque, passare ora ad analizzare più da vicino l'oggetto precipuo della nostra indagine. Come si è detto, il legislatore non può giustificare l'interferenza in un diritto fondamentale soltanto in considerazione dell'esigenza di difendere diritti fondamentali altrui o di perseguire l'interesse pubblico, ma deve altresì dimostrare che tale interferenza sia proporzionale ai fini perseguiti, che essa sia frutto di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi o i diritti contrapposti.

La proporzionalità, intesa qui propriamente come principio, si rivolge allora anzitutto al legislatore, il quale è chiamato nella sua attività legislativa a mappare tutti gli interessi in gioco, a vagliare le diverse alternative possibili nel raggiungimento di fini di interessi generale e a scegliere infine quelle che meglio riescano a contemperare gli interessi confliggenti.

Ma è inutile nascondere che la proporzionalità, intesa molto più spesso come metodo di giudizio, è soprattutto la lingua e lo strumento delle corti costituzionali, o *rectius* delle corti dei diritti, dovendosi guardare anche a quelle corti non *stricto sensu* costituzionali, ma che pure presidiano carte di diritti fondamentali – ci soffermeremo in questo lavoro soprattutto sulla Corte EDU e sulla Corte di giustizia UE –. È proprio nel circuito giurisdizionale, infatti, che le denunce di violazione dei diritti fondamentali da parte dei loro titolari prendono corpo ed è in questo circuito che il bilanciamento di interessi tracciato dal legislatore sarà vagliato nella sua ragionevolezza e quindi dichiarato conforme o contrario al dettato costituzionale.

⁴² Occorre osservare per completezza che il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità è stato ricavato da alcune corti anche come corollario del generale principio di democrazia e di tutela dei diritti umani o dello Stato di diritto, cfr. BARAK, *Proportionality*, cit., 214 ss.

Sarebbe qui forse opportuna una precisazione: certamente un procedimento legislativo razionale, partecipato, approfondito condurrà inevitabilmente a bilanciamenti di interessi più ragionevoli e meno indiziabili di incostituzionalità; ma non è questo ciò che predica il principio di proporzionalità. Non si tratta di una procedimentalizzazione in senso amministrativistico del processo legislativo, ma del controllo sostanziale sul prodotto di tale procedimento: pertanto, anche il più approssimativo dei procedimenti legislativi non sarebbe attaccabile nell'ottica del principio di proporzionalità laddove sia comunque approdato nella disposizione emanata ad un bilanciamento ragionevole dei diritti confliggenti.

È d'uopo nei lavori in tema di proporzionalità ricostruire con grande cura i passaggi del test di proporzionalità e, seppur con grande sinteticità, occorre anche qui riprendere tali passaggi, senza omettere di notare, tuttavia, che solo di schema di massima può trattarsi, essendo presenti nella giurisprudenza delle varie corti, schemi parzialmente divergenti rispetto a punti più o meno centrali; ma più della perfezione sistematica ci preme qui spiegare il significato di fondo di tali passaggi.

Snodo fondamentale preliminare rispetto allo stesso test di proporzionalità è l'individuazione della *ratio legis* della disposizione limitatrice del diritto fondamentale, ovvero del fine della stessa⁴³, attraverso una tipica attività di interpretazione della legge⁴⁴. La centralità di tale passaggio è ovviamente data dalla necessità di bilanciare proprio con tale interesse l'ingerenza subita dal soggetto titolare del diritto fondamentale leso. Si tratta qui di individuare con precisione la ragione o le ragioni specifiche di tutela di diritti altrui o di perseguimento dell'interesse pubblico che muovono il legislatore, almeno una delle quali, singolarmente considerata, dovrà essere in grado di superare il giudizio di proporzionalità.

Si passa dunque a verificare – in quello che viene spesso indicato come primo gradino di un test triadico di proporzionalità – se la limitazione del diritto fondamentale è idonea ad avanzare il raggiungimento del legittimo scopo perseguito dal legislatore

⁴³ Per un approfondimento di tutti gli aspetti legati all'individuazione del fine legittimo della norma si veda BARAK, *Proportionality*, cit., 245 ss.

⁴⁴ Sul metodo di tale attività cfr. BARAK, *Proportionality*, cit., 285 ss.

(idoneità, *Geeignetheit* o *suitability*)⁴⁵. In questo momento non vengono in considerazione altri mezzi, anche maggiormente idonei, ma si bada soltanto che il mezzo scelto dal legislatore abbia un'idoneità anche minima rispetto al fine di tutela prefissato⁴⁶.

Si prosegue poi nel verificare che non vi siano soluzioni alternative a disposizione del legislatore egualmente in grado di raggiungere lo scopo prefissato, ma comportando una minore ingerenza nel diritto fondamentale o, addirittura, in grado di escludere del tutto una tale ingerenza (necessità, *Erforderlichkeit* o *necessity*)⁴⁷.

L'ultima fase del test consiste poi nella c.d. proporzionalità in senso stretto, nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti, cioè nella verifica che l'interferenza nel diritto fondamentale non sia comunque sproporzionata rispetto all'importanza del raggiungimento dello scopo perseguito dal legislatore.

Naturalmente la capacità selettiva di ciascuno di tali passaggi può essere aumentata richiedendo, ad esempio, che il fine non sia soltanto legittimo, ma anche rilevante – in questo senso ad esempio la Corte costituzionale canadese⁴⁸ o, *mutatis mutandis*, la struttura dello *strict scrutiny* della Corte suprema degli Stati Uniti; oppure richiedendo non una semplice idoneità, ma una rilevante idoneità del mezzo prescelto che sia in grado di far avanzare in maniera non trascurabile il fine legislativo; oppure rileggendo il requisito della necessità nel senso che esso non richiederebbe che i mezzi alternativi abbiano la medesima efficacia di quelli prescelti dal legislatore, a questo punto tralasciando *tout court* il passaggio della proporzionalità in senso stretto⁴⁹.

Non ci si può soffermare molto sulle peculiarità di ciascuna delle alternative descritte, ma è necessario sottolineare come vada accolta, come sottolineato da attenta

⁴⁵ Diffusamente ancora BARAK, *Proportionality*, cit., 303 ss.

⁴⁶ V. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 225, 273 ss.

⁴⁷ Per approfondire questo passaggio del test di proporzionalità v. ancora BARAK, *Proportionality*, cit., 317 ss.

⁴⁸ Vedi ancora BARAK, *Proportionality*, cit., 279 ss.

⁴⁹ In questo senso ad esempio la Corte suprema degli Stati Uniti nello *strict scrutiny*, cfr. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in Yale L.J., 2015, p. 3094 ss., 3118 s.

dottrina, ai fini di una maggiore trasparenza del test, una visione restrittiva dei primi passaggi, di modo che difficilmente essi saranno selettivi, cioè in grado di fondare una dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione legislativa. A ben vedere, i passaggi dell'individuazione del fine legittimo, dell'idoneità e della necessità, paiono piuttosto atti a consentire al giudice costituzionale una mappatura, da un lato, degli interessi contrapposti e della loro importanza, dall'altro, delle varie soluzioni alternative, della loro praticabilità, dei loro costi e della loro efficacia⁵⁰. Solo al momento del giudizio di proporzionalità in senso stretto potrà poi il giudice costituzionale soppesare tutte queste considerazioni al fine di vagliare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo.

Non vorremmo soffermarci oltre nella descrizione del giudizio di proporzionalità, poiché molto speriamo di far comprendere allorquando alla nuda teoria qui esposta cercheremo di accompagnare l'esemplificazione rispetto al diritto penale, ma non possiamo proseguire prima di aver sgomberato il campo da alcuni ben radicati errori di comprensione della tematica del giudizio di proporzionalità.

Anzitutto, è da respingere l'asserzione che si tratti di un mero giudizio utilitaristico del rapporto mezzi-fini nell'azione statale⁵¹. Se questo era il nucleo del giudizio di proporzionalità ai suoi albori nel *Polizeirecht* tedesco ottocentesco, esso non esprime oramai che uno degli aspetti, e nemmeno il più rilevante, del giudizio di proporzionalità come completamente reinventato nel secondo dopoguerra dalla giurisprudenza del BVerfG in materia di diritti fondamentali. Certo, la decisione del giudice costituzionale sarà di illegittimità della disposizione impugnata laddove si evinca l'inidoneità del mezzo prescelto dal legislatore o la sua non necessità per il raggiungimento del fine prefissato, stante la possibilità di far ricorso a mezzi altrettanto efficaci ma meno lesivi dei diritti fondamentali, ma questi casi rappresentano nella giurisprudenza sui diritti delle corti costituzionali l'eccezione più che la regola. Il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento si muove invece nella maggior parte dei

⁵⁰ V. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, New York, 2004, 163; BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 63, che definisce tale fase preliminare come quella della topografia del conflitto.

⁵¹ Sulla necessità di respingere tale lettura v. anche BARAK, *Proportionality*, cit., 132.

casi in una prospettiva assiologica molto distante dal mero giudizio utilitaristico di proporzione tra mezzi e fini: anche laddove il legislatore dimostra di aver utilizzato mezzi idonei e necessari, l'irragionevolezza della disposizione può essere ricavata dalla minore importanza assiologica del fine perseguito rispetto al diritto fondamentale sacrificato⁵².

Da questo punto di vista è utile osservare che la massima “non sparare agli uccelli con un cannone”, utilizzata per far cogliere icasticamente il significato del giudizio di proporzionalità, può essere fuorviante se appunto letta in termini di mera efficienza tecnica o economica tra mezzi e fini, e non, in senso più profondo, come indicazione che ciascun atto ha una sua misura⁵³, cosicché sarebbe forse più appropriata per descrivere l'essenza del giudizio di proporzionalità la massima oraziana “*est modus in rebus*”.

Veniamo, qui, al punto più problematico del giudizio di proporzionalità e cioè, in definitiva, l'incommensurabilità tra diversi principi, diritti, valori, interessi. Il punto, di grande complessità e sul quale enorme è il dibattito⁵⁴, non può certo essere trascurato, ma è oltremodo necessario che se ne colgano con chiarezza i termini. Errato è porre – come, invece, purtroppo spesso si sente – la questione in termini astratti e generali come preminenza della sicurezza sulla libertà o viceversa. Il bilanciamento operato dal legislatore, sulla cui ragionevolezza è chiamato a pronunciarsi il giudice costituzionale, è sempre e solo tra l'incremento di utilità per il diritto altrui o per l'interesse pubblico apportato dalla scelta legislativa, parametrato rispetto alla probabilità della sua realizzazione, rispetto al decremento di utilità subito dal soggetto titolare del diritto

⁵² Con chiarezza BARAK, *Proportionality*, cit., 344 s.

⁵³ Così HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 121 ss., 121.

⁵⁴ Profondamente critici nei confronti del bilanciamento per l'intrinseca incommensurabilità tra diversi diritti o interessi. Si veda anche la caustica affermazione del Justice Antonin Scalia in *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., Inc.*, 486 U.S. 888, 897 (1988) (Scalia, J., concurring in the judgment), “questo procedimento è solitamente definito «bilanciamento» [...], ma il paragone con la bilancia non è davvero appropriato, poiché gli interessi contrapposti sono incommensurabili. È più simile a giudicare se una data linea è più lunga di quanto una data pietra sia pesante”.

fondamentale leso⁵⁵. Si può forse allora comprendere perché il bilanciamento viva non in astratto, sul piano dell'interpretazione costituzionale, ma in concreto rispetto ai molteplici casi del reale, le cui caratteristiche finiscono per disegnare il perimetro del giudizio costituzionale: parafrasando Alexy, il giudice si limita a dichiarare una prevalenza di un diritto rispetto all'altro condizionata, cioè valida soltanto laddove sussistano le condizioni concrete riscontrate dal giudice medesimo, restando inteso che altre condizioni potranno portare ad un diverso bilanciamento e ad un diverso ordine di prevalenza tra gli stessi diritti⁵⁶. Un giudizio, quindi, nel quale non è mai scindibile la componente assiologica dalla componente fattuale.

Non è forse possibile comprendere appieno l'essenza del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento se non si abbandona quella visione quantitativa di questi termini che inevitabilmente, almeno a livello inconscio ci accompagna⁵⁷. Il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento si muove anzitutto all'interno di una teoria argomentativa del diritto, come schema trasparente di argomentazione rispetto alla correttezza delle scelte legislative⁵⁸. Il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento è in primo luogo uno strumento di ripartizione di oneri argomentativi⁵⁹, un invito a chi esercita il potere legislativo a dar conto e a giustificare le sue scelte, nel momento in cui esse abbiano determinato un'ingerenza nei diritti fondamentali di un individuo, che dinanzi al giudice ne reclama l'ingiustificatezza. In questo senso si osserva correttamente che, ben al di là delle singole applicazioni in sede giudiziale di questo principio, esso finisce con l'informare di sé l'intero ordinamento costituzionale, nel senso di stabilire una cultura della giustificazione del potere pubblico⁶⁰. Il giudizio di bilanciamento diviene la sede nella quale si affrontano e confrontano gli argomenti a

⁵⁵ Una più corretta e chiara descrizione in termini di utilità marginale del bilanciamento, rispetto all'impostazione originaria di Alexy, si deve a BARAK, *Proportionality*, cit., 350 ss.

⁵⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 81.

⁵⁷ Cfr. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., 3157.

⁵⁸ In questo senso JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., 3142 ss. Molto chiara la definizione di BARAK, *Proportionality*, cit., 131 della proporzionalità come "strumento metodologico" e come strumento di discrezionalità strutturata (pag. 460).

⁵⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 152.

⁶⁰ BARAK, *Proportionality*, cit., 458.

sostegno di ciascun interesse o diritto, se ne saggia la razionalità e la loro rispondenza rispetto alle acquisizioni empiriche disponibili.

Proprio la natura in larga parte argomentativa del giudizio di proporzionalità fa sì che esso riesca ad inglobare in sé stesso piuttosto che a trasferire al di fuori il problema della discrezionalità legislativa. Rispetto a ciascuno degli *step* del giudizio di proporzionalità la dottrina e la giurisprudenza costituzionale affrontano il problema della discrezionalità legislativa, alla quale si riconosce un margine più ampio rispetto alle decisioni fondate su dati empirici incerti o dibattuti, soprattutto quindi rispetto ai passaggi dell' idoneità e della necessità, dove in gioco vengono difficili ragionamenti controfattuali circa l'efficacia di strumenti alternativi, e un margine molto più ristretto, ma non nullo, rispetto alle questioni più propriamente normative ed assiologiche, quindi soprattutto rispetto alla fase della proporzionalità in senso stretto o del bilanciamento⁶¹. Il giudizio di bilanciamento non dovrebbe essere allora visto come la ricerca della soluzione ideale, da sostituire alla scelta assunta in sede legislativa, quanto come la verifica che il bilanciamento tracciato dal legislatore non esuli da una sfera di ragionevolezza più o meno estesa di scelte possibili per il legislatore, in quanto perlomeno sufficientemente giustificabili. La sterminata dottrina e giurisprudenza in tema di proporzionalità e bilanciamento offrono una lunga e sedimentata riflessione teorica e applicazione pratica sul problema centrale dei confini tra ruolo delle corti costituzionali e del legislatore, facendo sì che questo perenne conflitto piuttosto che limite esterno al giudizio di costituzionalità, divenga parte vitale degli stessi schemi di giudizio del giudice costituzionale.

4. *Panorama dell'indagine*

Volendo ora definire il panorama di questa indagine, è proprio il principio di proporzionalità a consentirci un' impostazione sicuramente ambiziosa e improponibile in altri contesti.

⁶¹ Diffusamente ancora BARAK, *Proportionality*, cit., 400 ss.

La storia del principio di proporzionalità è la storia, infatti, di un grande successo, forse uno dei più grandi successi nell'esportazione di dogmatica giuridica. Germogliata nella giurisprudenza del BVerfG, si è presto saldamente insediata nella giurisprudenza delle due corti europee, la Corte di giustizia UE⁶² e la Corte EDU⁶³, diventando anche per queste corti lo schema argomentativo centrale. A cascata il principio si è diffuso nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici europei e parallelamente è iniziata la sua conquista degli ordinamenti di *common law*. È possibile affermare senza remore che si tratti ormai di un principio universale, alla base del sempre più forte consolidarsi di un *global constitutionalism*, slegato sempre più negli approcci teorici e nei problemi pratici da confini nazionali⁶⁴.

Paradossalmente proprio il nostro Paese rappresenta un'apparente eccezione in questo contesto, avendo solo di recente e in maniera puntuale, adottato esplicitamente

⁶² Sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., *ex multis*, LENAERTS/VAN NUFFEL/BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005², 109 ss.; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, New York, 2006², 136 ss.; DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its application in EC Law*, in Y.B. EUR. L., 1993, p. 105 ss.; KOCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, 2003; EMMERICH-FRITSCHKE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht*, Berlin, 2000; TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria. Relazione all'incontro delle Corte Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia*, 2013, disponibile sul sito della Corte.

⁶³ Sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU cfr., *ex multis*, BREMS/LAVRYSEN, 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': *Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in HRLR, 2015, p. 139 ss.; MOWBRAY, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in HRLR, 2010, p. 289 ss.; CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009; ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002.

⁶⁴ Non è un caso allora che il tema della proporzionalità sia divenuto uno dei temi, se non il tema più indagati nel diritto costituzionale comparato e che abbondino le ricostruzioni su come questa tipologia di giudizio si sia propagata in pressoché tutto il mondo, cfr., tra i tanti, BARAK, *Proportionality*, cit., 181 ss.; STONE SWEET/MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in Colum. J. Transnat'l L., 2008-09, p. 72 ss.; con riferimento soprattutto al Canada, JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., 3110 ss.

il modello di giudizio fondato sulla proporzionalità⁶⁵; se, tuttavia, come auspicato si mettono da parte differenze terminologiche e si apprezzano le convergenze sostanziali, è giusto affermare che giudizi di bilanciamento sono da tempo presenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sotto le vesti del più generale e onnicomprensivo giudizio di ragionevolezza⁶⁶.

Molto più complessa, invece, e difficilmente esauribile in questa sede, è la questione dell'asserito eccezionalismo rappresentato dagli Stati Uniti e dalla giurisprudenza della relativa Corte suprema⁶⁷, ma anche in questo caso, se nella dottrina ampia è l'apertura per un utilizzo strutturato del test di proporzionalità⁶⁸ e esplicite prese di posizione per un utilizzo costante del giudizio di proporzionalità iniziano a fare capolino nelle stesse sentenze della Corte suprema, seppur al momento sotto forma di opinioni separate⁶⁹, non mancano anche nella giurisprudenza chiari riferimenti ad un giudizio di bilanciamento, seppur diversamente declinato rispetto a diverse categorie di diritti fondamentali⁷⁰.

⁶⁵ Ma più in generale, come si è acutamente osservato, la nostra corte costituzionale pare avere difficoltà nell'elaborare e nel seguire *test* di giudizio adeguatamente strutturati, cfr. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 183.

⁶⁶ In questo senso SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 191; CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 6 s. Cfr. approfonditamente sul giudizio di ragionevolezza e i suoi rapporti con il giudizio di proporzionalità MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

⁶⁷ Ciononostante grande è lo sforzo della dottrina di rinvenire già in epoca molto risalente tracce di un giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte suprema, cfr. MATHEWS/STONE SWEET, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in Emory L.J., 2010-11, p. 797 ss.

⁶⁸ V. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., passim;

⁶⁹ Cfr., da ultimo, la *concurring opinion* di Justice Stephen Breyer, alla quale si è associata Justice Elena Kagan, nel caso *United States v. Alvarez*, 567 U.S. (2012) (Breyer, J., concurring in the judgment), e la *dissenting opinion* ancora di Justice Stephen Breyer nel caso *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (Breyer, J., dissenting). Ma riferimenti al giudizio di proporzionalità sono da tempo presenti nelle opinioni di Justice Breyer.

⁷⁰ Se in un primo tempo la tecnica del bilanciamento si era molto diffusa nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, cfr. con accenti fortemente critici ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in Yale L.J., 1987, p. 943 ss., essa è stata poi lentamente abbandonata dalla Corte suprema, in ossequio alle critiche rivolte al carattere troppo casistico del bilanciamento e sostituita da tecniche decisorie categoriali, impostate su precise

Se allora è corretto affermare il carattere pressoché universale del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento, assistendosi oltretutto ad una convergenza sempre maggiore degli ordinamenti piuttosto che ad un loro allontanamento, è allora parimente corretto osservare che anche una teoria dei limiti alle scelte di criminalizzazione fondata su tale schema di giudizio può porsi come tendenzialmente universale. La pretesa universalizzante è qui fondata, si badi bene, non su strutture metafisiche o logiche, ma dalla stessa constatazione che sono il diritto positivo prima e la teoria del diritto poi che tendono sempre più a universalizzarsi. L'approccio, invero peculiare, di questo lavoro, che spazierà dalla giurisprudenza costituzionale italiana a quella tedesca, da quella statunitense a quella canadese, fino naturalmente alle giurisprudenze europee, non è allora propriamente un approccio comparatistico, poiché unico, seppur variegato, è l'oggetto della sua ricerca. Certo non si mancherà di mettere in luce di volta in volta le differenze anche rilevanti tra i diversi ordinamenti, ma tali differenze non paiono tali da intaccare una considerazione unitaria della nostra indagine.

5. Delimitazione dell'indagine

Il panorama dell'indagine è dunque ampio e proprio per questo è opportuno delimitarne con cura i confini, per chiarire subito cosa essa dovrà tagliare fuori, pur quando sia dato riscontrare una maggiore o minore interrelazione di questi ambiti con il nucleo centrale della nostra ricerca.

Una prima linea di confine dovrebbe essere già chiara: non è nostro interesse indagare la rilevanza di tutti i principi in materia penale contenuti all'interno della nostra o di altre costituzioni⁷¹. A noi interessa soltanto il tema dei limiti sostanziali alle

regole di giudizio, cfr. su questo indirizzo, e sul suo retroterra teorico, SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in U. Chi. L. Rev., 1989, p. 1175 ss.

Eppure anche nell'attuale giurisprudenza della Corte suprema non è difficile riscontrare, pur nella distinzione tra diversi tipi di giudizio (*strict, intermediate e rational basis scrutiny*) – tra l'altro sempre più precaria, registrandosi da tempo un collassare di questa distinzione in un unico giudizio di "proporzionalità", cfr. – elementi o passaggi di queste tipologie di giudizio strettamente imparentati con i passaggi canonici del giudizio di proporzionalità, cfr. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., 3099.

⁷¹ E d'altronde non mancano opere fondamentali di questo tipo rispetto alla costituzione italiana, prima fra tutte ancora una volta, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit. e rispetto a quella

scelte di criminalizzazione, mentre, salvo alcuni riferimenti, non ci occuperemo dei limiti formali, certamente relevantissimi, in materia penale e ruotanti attorno al principio di legalità. Anche rispetto al principio di colpevolezza, questo sì in grado di selezionare dal punto di vista sostanziale le condotte punibili, ci pare che i problemi e le questioni da esso sollevate siano di natura peculiare e, quindi, tali da meritare un'apposita e diversa indagine. In questo senso la presente indagine non vuole rappresentare una compiuta disamina della rilevanza della costituzione italiana o di qualsiasi altro paese in materia penale. La medesima prospettiva vale chiaramente anche rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana o del BVerfG o delle corti europee: è chiaro che le sentenze che affronteremo non rappresentano che un sottoinsieme del più grande insieme rappresentato dalle pronunce in materia penale. Poiché solitamente alcuni schemi di giudizio, si pensi *in primis* al giudizio di ragionevolezza, sono impiegati anche al di là del tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione, è chiaro che la nostra indagine non può e non vuole rappresentare una disamina degli schemi di giudizi delle corti costituzionali in materia penale⁷². In particolare, è bene specificarlo, si è soliti parlare di limitazioni proporzionate o di bilanciamento del principio di irretroattività, di determinatezza o di colpevolezza, poiché lo schema della proporzionalità e del bilanciamento è spesso riproposto anche per le limitazioni o le eccezioni a tali principi. Anche questo aspetto è tuttavia al di fuori degli interessi della presente ricerca, che come detto guarda agli interessi e ai diritti sostanziali posti in bilanciamento nelle scelte di criminalizzazione. Del tutto diversa è invece la questione della possibile bilanciabilità dei principi formali in materia penale, per i quali il termine principio è forse legato all'importanza di tali norme nell'intelaiatura costituzionale delle

tedesca, v. HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Neuwied, 1963; MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt am Main, 1973; TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1990.

⁷² D'altronde vi sono oramai varie opere di riferimento per una considerazione orizzontale degli strumenti di giudizio delle corti costituzionali in materia penale, si veda per l'Italia DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012; per la Germania PAULDURO, *Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, München, 1992, e in chiave comparata tra questi due importanti giudici costituzionali BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

garanzie in materia penale, ma sarebbe più corretta una qualificazione in termini di regole, non bilanciabili quindi ma applicabili o non applicabili secondo lo schema binario regola/eccezione. Per essere più chiari, la gravità anche eccezionale di un fatto è certo elemento fondamentale nel considerare la possibilità di una sua criminalizzazione, ma una volta che tale fatto è previsto come reato ad esso si applicheranno senza alcuna deroga tutte le garanzie penalistiche, senza che rispetto a queste sia possibile in alcun modo predicarne un bilanciamento con la gravità del reato commesso. In breve, quindi, il nostro lavoro tratterà del bilanciamento tra contrapposti interessi sostanziali e non del bilanciamento di principi/regole formali.

Ma oltre questi più ovvi confini dell'indagine, è necessario delimitare l'oggetto dell'indagine anche rispetto ad usi diversi dello stesso termine proporzionalità.

Anzitutto, il principio di proporzionalità, accanto a quello di sussidiarietà, è utilizzato spesso dalle corti costituzionali in stati federali, si pensi al BVerfG e alla Corte Suprema USA, e dalla Corte di giustizia UE⁷³, nell'ambito dei giudizi sul riparto di competenze tra diversi livelli di governo. Se allora il principio di proporzionalità del quale abbiamo sinora discusso guarda ai limiti dell'azione statale nei confronti del soggetto titolare del diritto fondamentale aggredito, quindi se vogliamo opera come limite esterno invalicabile dell'azione pubblica, il principio di proporzionalità applicato in questo diverso contesto è un mero limite interno, nella distribuzione delle competenze; qui il giudice del riparto è chiamato a minimizzare non più la lesione di diritti fondamentali, ma piuttosto l'invasione del livello più alto di governo nelle competenze dei livelli sottoposti. Certo non mancano i punti di contatto tra questi due giudizi, ma si può predicare con chiarezza una distinzione concettuali tra i due piani⁷⁴.

⁷³ V. ancora LENAERTS/VAN NUFFEL/BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, cit., 114 ss.; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 175 ss.; KOCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, cit., 242 ss.; EMMERICH-FRITSCHKE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, cit., 252 ss. E 289 ss.

⁷⁴ V., in prospettiva specificamente penale, sulla distinzione tra sussidiarietà comunitaria e sussidiarietà penale, DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, p. 141 ss.; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza. Verso un codice modello per l'Europa*, Padova, 2002, p. 109 ss., 118. Cfr. inoltre HERLIN-KARNELL, *The constitutional Dimension of European Criminal Law*, Oxford, 2012, 110 ss.; HUOMO-KETTUNEN, *EU Criminal Policy at Crossroads*

Ancora più importante nel nostro contesto, quello di un'indagine penalistica, è fare riferimento ad un altro utilizzo del termine proporzionalità come principio fondamentale in materia di dosimetria sanzionatoria. Ebbene, di questo concetto di proporzionalità, forse il più immediato per il penalista, poco si tratterà in questo lavoro. Anche in questo caso il tema della giusta dosimetria sanzionatoria a livello astratto e a livello concreto pone tanti e tali problemi peculiari e ha prodotto una tale mole di contributi dottrinali, che nulla di significativo si potrebbe dire nell'ambito della nostra indagine. Ci basterà allora evidenziare al momento opportuno nel prosieguo dell'indagine la differenza tra questo principio di proporzionalità e quello da noi indagato. Certo anche qui non sarebbe forse nociva una differenziazione anche linguistica tra i due principi, riferendosi ad esempio al principio in materia sanzionatoria come principio di proporzione, ma anche qui l'uso del termine proporzionalità è invalso nella dottrina e nella giurisprudenza.

Distinguere con attenzione tra giudizio di proporzionalità rispetto a qualsiasi limitazione dei diritti fondamentali, e dunque anche quelle prodotte dall'intervento penale, e principio di proporzione sanzionatoria – questa ci sembra una dizione in grado di eliminare ogni equivoco –, è inoltre indispensabile per comprendere come solo di quest'ultimo, e non del primo, si sia correttamente individuata l'impossibilità ontologica di giocare un qualsivoglia ruolo di limite rispetto alle scelte di criminalizzazione legislative⁷⁵.

Per chiarire meglio i limiti fissati è di grande aiuto l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, poiché esso contiene una puntuale base normativa per tutti i tre diversi utilizzi del termine proporzionalità descritti. Anzitutto, l'articolo 52, 1° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consacra il principio di proporzionalità nella tutela dei diritti fondamentali, già enucleato dalla Corte di giustizia, laddove prescrive che “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono

between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law, in NJECL, 2014, p. 301 ss., 312 ss.; MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in EuCLR, 2013, p. 45 ss., 53 ss.

⁷⁵ Cfr., con grande chiarezza, DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 12, 19; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 51 ss., 71.

essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Al principio di proporzionalità nell'ambito del riparto di competenze è rivolto anzitutto l'articolo 5 comma 1° e 4° del TUE ed è poi interamente dedicato il secondo protocollo al trattato di Lisbona. Il principio di proporzione sanzionatoria è, infine, enunciato dal terzo comma dell'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù del quale "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato". L'ordinamento dell'Unione europea rende quindi con plastica evidenza la profonda differenza che sussiste tra questi principi, pur accomunati dal medesimo termine.

PARTE I
LA STATICA DEL GIUDIZIO DI
PROPORZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

CAPITOLO I

LA MAPPATURA DEI DIRITTI FONDAMENTALI AGGREDITI

SOMMARIO: 1. I diritti fondamentali aggrediti. – 2. Conseguenze teoriche e precisazione metodologica. – 3. La struttura del giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione.

1. *I diritti fondamentali aggrediti*

Abbiamo cercato sinora di tratteggiare le linee essenziali del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento come sviluppatosi nella riflessione dottrinale e nella prassi giurisprudenziale di numerosi giudici costituzionali.

Ripercorrendo allora quanto già descritto, la prima questione che è necessario porsi è quella attinente ai diversi diritti fondamentali aggrediti dal diritto penale: è infatti di tale aggressione o interferenza da parte del potere pubblico che il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento dovrà appurare la legittimità.

Già questa prima fase del nostro giudizio ci mostra come le intuizioni attorno al tema del bilanciamento in materia penale pecchino di analiticità e ben potrebbero giovare del maggiore rigore metodologico proprio della più recente prospettiva costituzionalistica. È usuale, infatti, che tale bilanciamento sia descritto con esclusivo riferimento alla libertà personale limitata dalla pena detentiva, volendo guadagnare con questo riferimento un diritto fondamentale di sicura importanza e di lignaggio costituzionale, idoneo ad operare in senso restrittivo dell'area del penalmente rilevante, stante il suo grande peso nel bilanciamento. È solo di fronte alla progressiva perdita di centralità dell'*argumentum libertatis* con il prorompere di pene di natura non detentiva, che l'attenzione della dottrina si è sempre più rivolta agli effetti comunque stigmatizzanti della pena, ma sempre con la sensazione che si tratti di mero argomento

ad adiuvandum, comunque all'interno di una visione monolitica del bilanciamento in materia penale, che è e rimane nell'immaginario penalistico quello tra bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice e bene aggredito dalla pena.

Non è certamente strano che il penalista sia portato a porre la pena al centro del giudizio di bilanciamento, ma riteniamo che molto venga oscurato in questa mancanza di analiticità nella mappatura dei diritti fondamentali aggrediti dal diritto penale. Nella nostra impostazione diverso è l'ordine dei diritti fondamentali aggrediti dal diritto penale.

Primo diritto fondamentale nei cui confronti strutturare il giudizio di bilanciamento è anzitutto il diritto il cui godimento è oggetto di criminalizzazione¹. Ciascuna fattispecie incriminatrice consiste, infatti, in primo luogo nella previsione di un divieto o di un obbligo la cui trasgressione è penalmente sanzionata. Rientra nella fisiologia del diritto penale che un gruppo più o meno consistente di cittadini si atterri alla norma di divieto o di obbligo posta dal legislatore e, quindi, non sarà mai aggredita nella sua libertà personale e nel suo onore in conseguenza dell'irrogazione di una pena. Di fronte a tale soggetto, quindi, una visione schiacciata sulla dimensione sanzionatoria del diritto penale, sarebbe portata a disconoscergli qualsiasi legittimazione nel richiedere al legislatore di giustificare la ragionevolezza dei suoi bilanciamenti. Non si può non convenire, dunque, sul fatto che bisogna comprendere in primo luogo il diritto fondamentale il cui godimento è limitato dal divieto o dall'obbligo legislativo.

Proprio la centralità di questa prima indagine è stata per molto tempo trascurata dalla scienza penalistica, in ossequio, come detto, ad una visione oramai superata del diritto costituzionale. Il tema del bilanciamento in concreto tra finalità di tutela di beni giuridici del legislatore e ingerenze nei diritti fondamentali dei cittadini è stato obliterato e affrontato in astratto, in maniera fortemente riduttiva, bonificando le scelte di criminalizzazione soltanto dai casi di palese contraddizione tra fattispecie

¹ V. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, 85 ss.; APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 490 s.

incriminatrice e diritto fondamentale, sotto le insegne teoriche dei cosiddetti limiti costituzionali negativi².

Non abbiamo, però, ancora affrontato nello specifico il novero dei diritti fondamentali aggrediti dalle scelte di criminalizzazione: è chiaro che qui i diritti considerati possono essere i più diversi, dalla libertà di espressione a quella di religione, dal diritto al rispetto della vita privata alle libertà economiche, dal diritto di difesa alla libertà di riunione e manifestazione. Non è qui necessario mapparli tutti, poiché avremo modo di trattarne con cura allorché si tratterà di strutturare tale parte del giudizio di bilanciamento.

La questione più complessa attiene, invece, alla possibilità di vagliare la giustificazione del legislatore per la scelta di criminalizzazione anche quando questa venga a riguardare divieti od obblighi non riconducibili ad un particolare diritto fondamentale. Per chiarezza espositiva si faccia riferimento a due distinti comportamenti: da un lato la consumazione di cibi gravemente pericolosi per la salute in termini nutrizionali e dall'altro la sottrazione e l'impossessamento volontario di beni altrui. Ci si deve chiedere se dinanzi alla criminalizzazione di questi comportamenti, per tutelare da un lato la salute pubblica e le relative spese da parte del sistema sanitario nazionale e dall'altro il patrimonio, sia possibile comunque strutturare un bilanciamento rispetto alla condotta vietata o non si debba passare, in maniera residuale, a considerare solo il bilanciamento rispetto alla sanzione, con la differenza non di poco momento che in questo caso non si potrebbe comunque ritenere illegittima in alcun caso per questi comportamenti una sanzione amministrativa poco afflittiva.

Partiamo dalla prima condotta. Servirebbe una buona dose di immaginazione giuridica per sostenere che sia riscontrabile nel nostro come in altri ordinamenti giuridici un preciso diritto fondamentale a mangiare dolci o altri cibi non salutari. Non resta dunque che ritenere che questo divieto, se non penalmente sanzionato, non possa in alcun modo essere vagliato nella sua ragionevolezza oppure al contrario

² Per ripercorrere questa impostazione, cfr. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1253 ss., 1264 ss.; ID., *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p. 487 ss., 490 s.; DOLCINI/MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 333 ss., 338 ss.

ricondere questa condotta ad un più generale diritto, che possa svolgere da diritto residuale rispetto a tutte le condotte non specificamente tutelate da un particolare diritto fondamentale. Non mancano nei diversi ordinamenti, infatti, norme idonee a fornire un fondamento normativo ad un generale diritto all'autodeterminazione personale e al libero sviluppo della propria personalità³. Una lettura non inutilmente restrittiva di queste norme costituzionali potrebbe rappresentare idoneo punto di riferimento per vagliare in questi casi il giudizio di bilanciamento del legislatore. Sia detto per chiarezza, in questi casi il diritto fondamentale non si presenta come pretesa, ma come libertà negativa, come mera immunità *prima facie* rispetto al potere pubblico.

Se in generale ci pare imprescindibile avere a disposizione nell'ordinamento un diritto residuale al libero sviluppo della propria personalità, capace di tutelare condotte quali quella appena descritta, è chiaro che il discorso si fa più intricato quando la condotta il cui divieto si pretende di giustificare è palesemente criminosa, si pensi al nostro secondo esempio del furto o volendo all'omicidio o a qualsiasi altra simile ipotesi. Ebbene nulla vieta in teoria che anche in questo caso si possa ritenere sussistente un generale diritto di libertà, operante solo in chiave negativa rispetto alle ingerenze del potere pubblico. Anche rispetto a queste condotte palesemente criminose opererebbe uno schema bifasico, nel quale il potere pubblico è chiamato a giustificare l'ingerenza nel generale diritto di libertà⁴. Né si può dubitare che questo schema teorico, collapserebbe nella prassi in un veloce apprezzamento unitario, stante il carattere evidente della ragionevolezza del bilanciamento che conduce il legislatore a vietare

³ In questo senso è oramai pacificamente interpretato, anche dal BVerfG, l'articolo 2 della Costituzione tedesca, mentre molto più dibattuta è stata in Italia la portata dello stesso articolo della nostra Costituzione, cfr., su tutti, BARBERA, Art. 2, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 50 ss., ma non è comunque mancato chi ha letto in esso, sul modello tedesco, un generale diritto al libero sviluppo della propria personalità, v. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 5 ss. Nella CEDU, invece, una disposizione capace di chiusura di cogliere qualsiasi caso non specificamente riconducibile ad altri diritti convenzionali pare essere nella giurisprudenza della Corte EDU il diritto al rispetto della vita privata previsto dall'art. 8.

⁴ In questo senso ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, 302; BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, New York, 2012, 42 s.; APPEL, *Verfassung und Strafrecht*, cit., 318 ss.; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin, 1998, 105 s.

l'omicidio o il furto, e che quindi la nostra disquisizione teorica non avrebbe alfine nessuna portata pratica.

Eppure si comprendono le riserve più simboliche che pratiche rispetto a questo schema, che eleva a diritto o interesse, seppur *prima facie*, ciò che invece è una chiara condotta criminosa. Non è, dunque, errato considerare inesistente un più generale diritto di libertà e lasciare al soggetto che si duole dell'aggressione subita dal pubblico potere l'onere anzitutto di dimostrare che la sua condotta può rientrare nell'ambito di applicazione del diritto all'autodeterminazione personale e al libero sviluppo della propria personalità⁵. Si potrà allora considerare che condotte di omicidio, di lesione personale o di estorsione, solo menzionando qualche esempio tra i molteplici possibili, non possono in alcun modo rientrare nell'ambito di applicazione di questo diritto e che il loro divieto non necessiti di alcuna giustificazione da parte del potere pubblico.

È però fondamentale che non si cada nell'errore opposto di considerare le condotte sanzionate dal diritto penale *ipso facto* come condotte in sé non ascrivibili a nessun diritto fondamentale, poiché altrimenti il grado di tutela dei diritti fondamentali dipenderebbe senza scampo dalla mutevole volontà del legislatore⁶. È cioè fondamentale riconoscere che anche condotte dannose, come nel nostro precedente esempio del consumo di cibi non salutari, ben possono rientrare in una sfera di libertà dell'individuo, in un diritto all'autodeterminazione personale.

Solo in un secondo momento si può passare a considerare un altro diritto fondamentale aggredito dal diritto penale e cioè il diritto al rispetto dell'onore e della reputazione personale⁷. È un'acquisizione pacifica, infatti, che caratteristica precipua

⁵ In questo senso KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 356, 360 ss. che invita comunque a dare un'interpretazione il più possibile estensiva di tali libertà e di escludere soltanto i casi che esulano in maniera eclatante dal loro possibile ambito di tutela.

⁶ In questo senso LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 92 s., dopo un'approfondita discussione del dibattito sul tema della dottrina costituzionalistica tedesca. V. anche KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 360; HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, 2005, 46 s.

⁷ Approfonditamente ancora LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 96 ss.; APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 474 s.

della sanzione penale è quella di portare con sé uno stigma qualitativamente diverso rispetto alle altre tipologie di sanzioni presenti all'interno dell'ordinamento. Il processo e poi l'irrogazione della sanzione penale agiscono prima ancora che sui diritti direttamente lesi dalla sanzione sull'onore del reo, sulla sua considerazione sociale⁸. L'aggressione di questo diritto fondamentale, così caratteristico del diritto penale, non può quindi essere in alcun modo considerata come mero elemento accidentale del bilanciamento riguardante la sanzione.

È importante notare, peraltro, che mentre il primo giudizio di bilanciamento, quello con il diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta, potrebbe essere semplicemente obliterato laddove si ritenesse che l'azione manifestamente criminosa non rientri in nessun diritto fondamentale, questo secondo giudizio rispetto all'onore del condannato è ineludibile rispetto a qualsiasi fattispecie incriminatrice, cosicché nessuna scelta di criminalizzazione può sfuggire ad un giudizio nell'*an* e non nel mero *quantum* della stessa.

Infine, chiaramente, si potrà fare riferimento ai diversi diritti fondamentali aggrediti dalla sanzione penale⁹: dalla vita, per la purtroppo ancora diffusa pena capitale, alla libertà personale, per le sanzioni detentive, fino al patrimonio, rispetto alle pene pecuniarie.

Ciascuna scelta di criminalizzazione porta allora con sé l'interferenza da parte del potere pubblico con un vasto novero di diritti fondamentali dell'individuo, ciascuno dei quali merita un'autonoma considerazione ai fini del giudizio di bilanciamento della scelta legislativa.

Prima di procedere oltre, occorre soffermarsi su una singolare ed interessante posizione emersa nella dottrina recente, quella di ritenere operante a livello costituzionale un generale diritto a non essere puniti¹⁰. Tale diritto, nelle intenzioni di

⁸ Cfr., *amplius*, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005, 140 ss.

⁹ V. ancora LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 129 ss.

¹⁰ V. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 95 ss. Riprende *in toto* l'idea di Husak di un diritto a non essere puniti, pur cercandone un fondamento nel diritto internazionale dei diritti umani, SHEPHERD, *A Human Right not to be Punished? Punishment as Derogation of Rights*, in *Crim Law and Philos*, 2012, p. 31 ss. In termini di mero

chi lo propugna, sarebbe funzionale ad assicurare che tutte le scelte di criminalizzazione siano sottoposte ad un giudizio in ordine alla loro ragionevolezza. Certamente molto interessante e non molto lontana dalla prospettiva qui assunta è l'idea di cercare di strutturare limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione, secondo una ricostruzione che molto rassomiglia ad un classico giudizio di proporzionalità o di bilanciamento¹¹; ciò che però non ci convince è l'utilità di enucleare un diritto a non essere puniti, forse dovuta alla mancata considerazione dell'onore personale del condannato come diritto fondamentale da bilanciare rispetto a qualsiasi fattispecie incriminatrice. Abbiamo infatti visto che, come riconosce tra l'altro lo stesso autore, è possibile individuare molti diversi diritti fondamentali lesi dal diritto penale, per cui questo unitario diritto a non essere punito è, da un lato, inutile, potendosi impostare il giudizio di bilanciamento con i singoli diritti fondamentali aggrediti e, dall'altro, addirittura fuorviante, se costringe, come proprio l'autore che lo propugna, a strutturare un bilanciamento unico della fattispecie incriminatrice, senza invece distinguere un

auspicio di una sua introduzione, invece, pur con una sovrapposizione di esso con l'*harm principle*, v. BAKER, *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Crim. Just. Ethics*, 2008, p. 3 ss., 12.

L'idea di Husak di un diritto a non essere puniti è stata di recente ripresa, pur con qualche distinzione, da JAHN/BRODOWSKI, *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, in *JZ*, 2016, p. 969 ss., 975 s.

¹¹ Il giudizio è descritto adoperando lo strumentario costituzionale statunitense, più familiare all'autore, come *intermediate scrutiny*, v. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, cit., 127, anche se successivamente c'è stata un'apertura, quantomeno per i reati puniti con pena detentiva, ad utilizzare il più stringente *strict scrutiny*, v. HUSAK, *Reservations about Overcriminalization*, in *New Crim. L. Rev.*, 2011, p. 97 ss., 106 s. Tali tipologie di giudizio ricordano per molti aspetti il giudizio di proporzionalità. A risultare strano è tuttavia che tali strumenti concettuali ricalcati sul giudizio delle corti costituzionali siano ritenuti non giustiziabili in un giudizio di costituzionalità e meramente rivolti al legislatore e idonei ad offrire uno strumento di critica alla dottrina ed all'opinione pubblica, cfr. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, cit., 130 ss.; una posizione, invero, non lontana, ad esempio, dall'impostazione di Roxin, v. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in F. HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 573 ss., 584 ss., o dall'impostazione di Bricola, indirizzata preminentemente al legislatore e non al giudice costituzionale, v. INSOLERA, *Il volto costituzionale dell'illecito penale: tra responsabilità legislativa e decisioni della Corte Costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1996, p. 51 ss., 58; ID., *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note in margine alla sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, ivi, 1999, p. 16 ss., 23 s.

giudizio per ogni diritto fondamentale aggredito, come ci pare preferibile e come sarà mostrato nel prosieguo.

Anche le voci critiche che si sono levate rispetto all'esistenza di un generale diritto costituzionale a non essere puniti¹², soprattutto per l'onere di giustificazione che imporrebbe al legislatore rispetto ad azioni manifestamente criminose, e che hanno cercato criteri alternativi per stabilire i casi nei quali l'onore incomberebbe invece sul reo, presentano di riflesso le medesime criticità. Infatti, prima ancora del carattere tutt'altro che definito dei criteri proposti, tali approcci disconoscono i diversi piani, corrispondenti ai diversi diritti fondamentali aggrediti, sui quali si snoda il giudizio di bilanciamento e il carattere ineludibile del bilanciamento rispetto all'onore del reo per qualsiasi fattispecie incriminatrice.

2. Conseguenze teoriche e precisazione metodologica

Siamo giunti ad affermare che ciascuna scelta legislativa di criminalizzazione rappresenta un'ingerenza in una nutrita schiera di diritti fondamentali dell'individuo. L'affermazione non è sicuramente nuova quantomeno con riferimento ai diritti fondamentali intaccati dalla pena, ma ci pare che di questa pur ovvia affermazione non si sia colto fino in fondo il portato teorico.

Affermare che il diritto penale, con le sue fattispecie incriminatrici, nessuna esclusa, rappresenta un'ingerenza nel godimento dei diritti fondamentali dell'individuo significa dire, infatti, che nessuna fattispecie incriminatrice può sottrarsi ad un giudizio costituzionale sulla sua legittimazione¹³. Detto in altri termini, il problema della legittimazione del diritto penale in uno stato costituzionale, che tuteli i diritti

¹² Cfr. GUR-ARYE/WEIGEND, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German and Israeli Perspectives*, in *Isr. L. Rev.*, 2011, p. 63 ss., 78 ss.; BENDOR/DANCIG-ROSENBERG, *Unconstitutional Criminalization*, in *New Crim. L. Rev.*, 2016, p. 171 ss., 191 s.

¹³ In questo senso BARAK, *The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law*, in *Isr. L. Rev.*, 1997, p. 3 ss., 9.; GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, in *DSt*, 2010, p. 331 ss., 331.

fondamentali, non è più, o quantomeno non soltanto, un problema di filosofia politica e giuridica, ma è ontologicamente un problema di natura giuridica, costituzionale¹⁴. Se la riflessione filosofica può lasciare aperto o insoluto questo tema, ciò è semplicemente precluso al diritto costituzionale. Ma ancora più importante è osservare lo straordinario mutamento di prospettiva della medesima questione della legittimazione del diritto penale all'interno dello Stato costituzionale: non è più solo sufficiente una prospettiva oggettiva della legittimazione delle scelte di criminalizzazione, una prospettiva di razionalità del sistema; la questione della legittimazione viene a coniugarsi in chiave soggettiva, come pretesa di giustificazione che ogni individuo può anche giuridicamente azionare dinanzi al giudice costituzionale, con un meccanismo più chiaramente percepibile negli ordinamenti caratterizzati da un ricorso diretto di costituzionalità, nei quali non a caso è più presente alla riflessione teorica questa diversa prospettiva soggettiva.

Ci preme, tuttavia, osservare che questo passaggio dalla prospettiva extra-giuridica a quella propriamente giuridica non è un comodo espediente – come forse lo è stato in passato – per respingere qualsiasi discorso in chiave critica della legittimazione delle scelte di criminalizzazione; il passaggio fondamentale allo Stato costituzionale, con le sue costituzioni lunghe e l'obiettivo fondamentale di proteggere una nutrita schiera di diritti fondamentali, segna anche la possibilità di coniugare finalmente anche la prospettiva critica secondo schemi non più trascendenti e meta-giuridici, ma interni allo stesso ordinamento giuridico¹⁵. Detto altrimenti, la prospettiva costituzionale fa sì che la discussione sulla giustizia e sul rispetto dei diritti fondamentali diventi interna e non più esterna al diritto, poiché appunto il giudizio di costituzionalità si incarica costantemente di ridurre lo scarto tra diritto e giustizia, tra

¹⁴ Il concetto è espresso, seppur in termini più generali rispetto ai diritti fondamentali nel loro complesso, con esemplare chiarezza da ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 15.

¹⁵ Si noti in questo senso la scelta terminologica di ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., 573, nt. 6, di parlare di “gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff” e non, secondo l'impostazione di Hassemer, già in *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, 19, di “systemtranszendenter Rechtsgutsbegriff”, dovendo ritenere il concetto critico di bene giuridico in realtà non trasendente rispetto alla Costituzione.

legge e diritti. Se, quindi, il discorso sulla giustizia e sul rispetto dei diritti fondamentali si fa giuridico, deve essere chiaro che in uno Stato costituzionale limitazioni ulteriori e non giuridiche, ricavate su un piano di mera politica-criminale, esuleranno inevitabilmente da un discorso sulla legittimità delle scelte legislative per trasformarsi in un discorso sull'opportunità politica.

Se quanto detto corrisponde a verità, non possono che trarsi le dovute conseguenze anche sul piano metodologico. Il dibattito sulla legittimazione del diritto penale è certamente stato trainato e continua ad essere arricchito in maniera encomiabile dalla riflessione filosofica e politico-criminale, ma questa riflessione di per sé sola non potrà mai risolvere il problema giuridico, costituzionale della legittimazione per ogni individuo dell'ingerenza nel godimento dei suoi diritti fondamentali¹⁶. Si tratta di due percorsi che possono certamente fecondarsi a vicenda, ma che non devono smarrire la loro diversità metodologica e funzionale. Ci si dovrebbe, quindi, astenere nelle varie riflessioni dottrinali dal costruire un *continuum* finanche linguistico tra queste due diverse prospettive, dall'utilizzare cioè medesimi concetti per definire strumenti rilevanti al tempo stesso sia in prospettiva costituzionale sia in prospettiva politico-criminale. Netta dovrebbe sempre essere la differenza tra scelte legislative incostituzionali e scelte criticabili sul piano politico-criminale, tra irragionevolezza e inopportunità dei bilanciamenti legislativi¹⁷; altrimenti si finisce facilmente con l'alimentare il dubbio che si vogliano mascherare sotto le spoglie del diritto costituzionale mere preferenze di politica-criminale.

Non vogliamo in alcun modo minimizzare l'importanza della riflessione filosofica e politico-criminale sulla legittimazione del diritto penale, ma ci pare che paradossalmente proprio la prospettiva costituzionale, giuridica sia stata sinora quella meno approfondita ed è chiaro, da quanto già detto, che questo lavoro si limiterà a discorrere della legittimazione delle scelte di criminalizzazione in una prospettiva squisitamente costituzionale e giuridica.

¹⁶ Con grande chiarezza GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, cit., 346 s.

¹⁷ Sulla necessità di una netta distinzione di questi piani v. anche APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 309 s.

Da questo punto di vista, non ci interessa neppure approfondire la fondatezza della critica mossa all'approccio costituzionale al tema in oggetto, che inevitabilmente riuscirebbe a tradurre solo in parte i principi elaborati dalla penalistica e ne intaccherebbe la portata, per la diversità di prospettive tra diritto costituzionale, alla ricerca dei limiti in negativo rispetto alla discrezionalità del legislatore, e diritto penale, animato invece dalla volontà di ricercare in positivo le migliori scelte di criminalizzazione possibile¹⁸. Pur ammettendo che l'approccio costituzionale arrivi a risultati di selezione delle scelte di criminalizzazione inferiori rispetto all'approccio penalistico, non può obliterarsi che solo i primi però hanno carattere giuridico, mentre questi ultimi soltanto politico-criminale¹⁹.

Se dunque si vuole davvero difendere solo il significato politico-criminale – ma il punto non è affatto chiaro²⁰ – e non quello giuridico dei principi penalistici, possiamo dire allora che in nessun senso è intaccata la bontà della tesi qui propugnata che il

¹⁸ Cfr. in questo senso HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., 34 ss.; GRECO, *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in BRUNHÖBER E AL. (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013, p. 13 ss., 24 s. Similmente DU BOIS-PEDAIN, *The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State*, in SIMESTER E AL. (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, 2014, p. 305 ss., 319 s.; SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in ZStW, 2010, p. 24 ss., 49.

¹⁹ In questo senso si veda ROXIN, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in HEFENDEHL (a cura di), *Empirische und dogmatische Fundamente, krimilapolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, 2005, p. 135 ss., 144 s.; ID., *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., 586, che riconosce come l'assoluta inesistenza di un bene giuridico in tanto è giustiziabile, in quanto trova un ancoraggio costituzionale nel principio di proporzionalità, dovendosi riconoscere alla teoria del bene giuridico al di fuori di questi casi mero valore di direttiva politico-criminale. Ancora più chiaro di recente in ROXIN, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in GA, 2013, p. 433 ss., 450, ove si osserva che “La dottrina del bene giuridico può sì sviluppare i suoi concetti politico-criminali indipendentemente dalla Costituzione e offrirli al legislatore. Ma chiaramente l'illegittimità di una disposizione può essere ricavata soltanto da un contrasto con la Costituzione” e ancora, p. 451, “non è possibile affermare che ogni punizione di un comportamento che non offenda un bene giuridico violi il principio di proporzionalità e sia per questo incostituzionale”.

²⁰ Cfr., ad esempio, HEINRICH, *Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Asulaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas*, in SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, p. 131 ss., 146 s.

giudizio di proporzionalità costituisca l'unico limite giuridico alle scelte legislative di criminalizzazione.

È necessaria un'ultima considerazione rispetto al dibattito attuale in materia di limiti alle scelte di criminalizzazione sulla base del necessario carattere giuridico degli stessi. Di fronte alle fondate critiche mosse all'impostazione del discorso sui limiti del diritto penale in termini di teoria del bene giuridico, via via più condivise nel nostro dibattito dottrinale, sempre maggiore è l'interesse e sempre più numerose sono le adesioni al paradigma teorico di matrice anglo-americana ruotante attorno all'*harm* e all'*offence principle*. A parte ogni rilievo di natura contenutistica, che rimandiamo al prosieguo del lavoro, non può non osservarsi dalla prospettiva metodologica assunta, che tale paradigma rappresenterebbe un sicuro arretramento nel dibattito sulle scelte di criminalizzazione. Con tutti i limiti della teoria del bene giuridico, essa ha rappresentato, soprattutto in Italia, un'impresa collettiva genuinamente giuridica di discussione e di confronto sul tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione, giungendo pur nell'ambito di una superata teoria costituzionale, addirittura ad andare vicina, più di qualsiasi altra teoria, ad individuare un fondamento costituzionale. La teoria del bene giuridico, il principio di offensività, l'*ultima ratio* sono nel nostro dibattito continentale comunque parte del patrimonio conoscitivo essenziale del giurista e soprattutto, chiaramente, del penalista. L'elaborazione concettuale anglo-americana sin da subito, invece, nasce e si consolida sul piano della riflessione filosofica e solo di rado e con scarsa presa riesce a sfondare quella cerchia per diventare strumentario essenziale del giurista²¹. Oltretutto i penalisti in questo contesto sono meri destinatari passivi e mai artefici attivi del dibattito. Qualsiasi "importazione" del paradigma anglo-americano, sicuramente di grande interesse e grande stimolo culturale, non potrà che rilevarsi allora faccenda tutta interna alla riflessione accademica e, soprattutto, potrà fare avanzare la discussione filosofica sui limiti della criminalizzazione, ma non farà avanzare in alcun

²¹ Si veda sul punto con grande chiarezza DUBBER, *Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht*, in ZStW, 2005, p. 485 ss., 500; ID., *Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest*, in U. Toronto L.J., 2011, p. 737 ss., 748.

modo il dibattito, a nostro sommo avviso centrale, sui limiti interni, giuridici, alle scelte di criminalizzazione legislative²².

3. *La struttura del giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione*

Possiamo finalmente affrontare il punto nevralgico del lavoro. Abbiamo anzitutto introdotto, seppur brevemente, la struttura del giudizio di proporzionalità e abbiamo in seguito individuato i diritti fondamentali nel cui godimento ciascuna scelta di criminalizzazione interferisce. Non ci rimane, quindi, che strutturare il giudizio di proporzionalità rispetto alle scelte di criminalizzazione, adattandolo alle particolarità proprie della materia penale. Nel fare ciò siamo sicuramente agevolati dalle impostazioni che sono state seguite in proposito dalla dottrina che già si è confrontata con il tema della proporzionalità.

Un primo approccio da considerare è quello di strutturare un giudizio unico e complessivo rispetto alla fattispecie incriminatrice, traducendolo poi nei concetti già noti alla riflessione penalistica²³. Così l'individuazione del fine legittimo non sarebbe

²² Questo punto, d'altronde, è riconosciuto pacificamente anche da coloro che più di tutti hanno guardato a tale diverso paradigma di discussione: si veda FRACOLINI, *Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, 139 s., che vede nella mancanza di cogenza giuridica, e nel carattere meramente morale dell'*harm principle* la sua "prima e più evidente pecca".

²³ Per alcuni esempi di un tale approccio si veda HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in Hefendehl/Von Hirsch/ Wohlers (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 57 ss., 60 s.; ID., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 121 ss., 121 ss., il quale osserva come il principio di proporzionalità funzioni davvero bene, "allorché lo si traduca e lo si trasli nei concetti penalistici fondamentali", p. 124.; in senso analogo NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, ivi, p. 128 ss.; BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 96 ss., 114. Approccio quasi certamente maggioritario nella dottrina penalistica non tedesca, cfr., in Italia, MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in *Dir. pen. cont.*, 2016,

altro che il riscontro dell'esistenza di un valido bene giuridico, il giudizio di idoneità rappresenterebbe un corrispettivo del principio di effettività, quello di necessità nient'altro che la trasposizione del principio di *ultima ratio*, mentre il giudizio di proporzionalità in senso stretto sarebbe traducibile come il normale giudizio penalistico sulla proporzione sanzionatoria tra fattispecie incriminatrice e pena prevista.

Cercheremo nel prosieguo di dimostrare la fallacia di ciascuna di queste equazioni e più in generale l'errore metodologico alla base del tentativo di riversare *sic et simpliciter* nelle categorie costituzionalistiche i principi penalistici.

Alla base del secondo approccio vi è la distinzione, oramai comunemente accettata, tra norma di condotta e norma sanzionatoria, o tra precetto e sanzione, che dir si voglia²⁴. Ciascuna fattispecie incriminatrice sarebbe infatti distinguibile in due componenti: da un lato, la norma sostanziale che descrive il divieto o l'obbligo cui ciascun individuo deve attenersi; dall'altro, la norma formale autorizzatoria che consente al giudice di riconnettere una sanzione alla trasgressione del divieto o dell'obbligo da parte di un individuo.

p. 1 ss., 12 s.; nella dottrina ispanofona, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, 151 ss.; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor, 2011, 374 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*, in ADPCP, 2007, p. 165 ss., spec. 180 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Constitución y sanción penal*, in RFICP, 2013, p. 57 ss., 79 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, in GARCÍA VALDÉS E AL. (a cura di), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, p. 221 ss., 241 ss.; MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*, in CARBONELL MATEU E AL. (a cura di), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, 2009, p. 1357 ss.; ID., *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 521 ss.; FERNÁNDEZ CRUZ, *El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*, in RDUCN, 2010, p. 51 ss., spec. 73 ss.

²⁴ Su tale distinzione cfr. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 6 s., 55 s.; APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 65, 79, 432 ss.; GÄRDITZ, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, in JZ, 2016, p. 641 ss., 642; Già prima sulla base della giurisprudenza del BVerfG VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in StV, 1996, p. 110 ss., 113.

Del tutto conseguente, è allora considerare che la norma di condotta sarà da valutare rispetto all'ingerenza nei diritti fondamentali sottesi alla condotta in oggetto, mentre la norma sanzionatoria sarà da valutare rispetto all'ingerenza nel diritto all'onore e nel diritto specificamente colpito dalla sanzione penale²⁵. Il giudizio di proporzionalità in materia penale sarebbe quindi da distinguere in realtà in tre diversi giudizi: il primo con referente la norma di condotta e gli altri due con referente la norma sanzionatoria²⁶. Secondo tale dottrina, inoltre, il primo giudizio sulla norma di condotta prescinderebbe *tout court* dal carattere penale della norma, poiché la proporzionalità del divieto o dell'obbligo non sarebbe in alcun modo dipendente dalla sanzione penale ricollegata alla loro violazione²⁷.

Anche la dottrina che si oppone a considerare irrilevante il carattere penale del divieto o dell'obbligo²⁸, finisce comunque spesso per impostare il giudizio di proporzionalità in materia penale sulla base della distinzione tra norma di condotta e norma sanzionatoria²⁹.

²⁵ V. ancora LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 8 s.; VOGEL, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 113.

²⁶ V. ancora LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 8; APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 559.

²⁷ In questo senso si muove il BverfG, cfr. APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 80, 173, e su questo modello si snoda anche la struttura del giudizio di proporzionalità proposta da LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., spec. 137, e da APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 438, 473 s., 491, 559, 569, 572; GÄRDITZ, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, cit., 642.

²⁸ V. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit., 50, 164; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 224 s., 364 ss.; BÖSE, *Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht"*, in HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, p. 89 ss., 91; BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, cit., 110; JAHN/BRODOWSKI, *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, cit., 973; KUDLICH, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, in ZStW, 2015, p. 635 ss., 648 s.

²⁹ V. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit., 111 ss. V. anche KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., che però rispetto alla norma di condotta parla di norma di condotta penalmente sanzionata. In questo senso anche HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, 2002, 90 s.

In questo lavoro si intende seguire una diversa struttura del giudizio di proporzionalità, che ci pare supportata sia su base teorica sia dalla prassi giurisprudenziale che andremo a considerare. A nostro sommo avviso, direttrici di senso nell'impostazione della struttura del giudizio di proporzionalità non possono essere le diverse componenti della fattispecie incriminatrice, quanto i diritti fondamentali aggrediti dalla scelta di criminalizzazione. In altri termini si deve procedere a verificare la proporzionalità di ogni fattispecie incriminatrice nella sua interezza, quindi sia norma di condotta sia norma sanzionatoria, dapprima rispetto al diritto fondamentale sottostante alla condotta vietata, poi rispetto al diritto all'onore e alla reputazione, e, infine, rispetto al diritto specificamente aggredito dalla pena.

In quest'ottica, come vedremo, perdono di rilevanza quelle critiche mosse al giudizio di bilanciamento rispetto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta in ordine alla sua inidoneità a fungere da saldo argine rispetto alle scelte di criminalizzazione, visto che tale giudizio non terrebbe in alcun conto il carattere penale della sanzione³⁰. Tale carattere della sanzione, infatti, diviene elemento essenziale nel giudizio di bilanciamento e può dunque portare ad esiti diversi laddove si tratti di sanzione penale piuttosto che di sanzione extra-penale. Detto altrimenti, in nessun passaggio del giudizio di bilanciamento si perde la considerazione della specificità rappresentata dall'intervento penale, per diluirla *tout court* in un qualsiasi intervento limitativo dei diritti fondamentali.

Il quadro che emergerà del giudizio di proporzionalità – lo si dice sin d'ora e non lo si intende negare – è un quadro di grande complessità, di molteplici momenti successivi di verifica della legittimità costituzionale della scelta di criminalizzazione. Ma occorre anche distinguere la complessità sul piano teorico dello schema proposto, posta la necessità di un quadro analitico complessivo del tema, dalla più semplice applicazione nella prassi, dove naturalmente il punto del contendere è spesso soltanto

³⁰ Cfr., ad esempio, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in GIOSTRA/INSOLERA, *Costituzione, Diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, p. 133 ss., 146 s.; con riferimento alla giurisprudenza in questo senso del BVerfG, SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, cit., 48.

uno tra i molteplici profili in teoria sottoponibili a scrutinio, cosicché naturalmente il giudice potrà tralasciare del tutto, nel suo percorso motivazionale, uno o più passaggi del generale giudizio di proporzionalità in materia penale come da noi descritto. Cercheremo nel prosieguo di mostrare che questa complessità analitica offre tuttavia una guida più sicura nel giudizio di proporzionalità in materia penale di quanto possa offrire un indistinto e unico giudizio di proporzionalità della norma

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ RISPETTO AL DIRITTO FONDAMENTALE SOTTESO ALLA NORMA DI CONDOTTA

SOMMARIO: Sez. I Il giudizio di proporzionalità della norma di condotta in sé considerata. 1.1. L'individuazione di un fine legittimo perseguito dalla norma. – 1.2. L'idoneità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo. – 1.3. La necessità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo. – 1.3.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulle libertà fondamentali. – 1.4. La proporzionalità in senso stretto della norma di condotta. – 1.4.1. Il divieto di condotte omosessuali. – 1.4.2. Il divieto di fornicazione. – 1.4.3. I divieti in materia di contraccettivi. – 1.4.4. Il divieto di aborto. – 1.4.5. I divieti in materia di fecondazione medicalmente assistita. – 1.4.6. I divieti in materia di fine vita. – 1.4.7. L'obbligo di prestazione del servizio militare. – 1.4.8. I divieti in materia di prostituzione. – 1.4.9. I divieti in materia di pornografia e pornografia minorile. – 1.4.10. Il divieto di corruzione privata per l'imprenditore. – 1.4.11. Il divieto di *insider trading* di sé stesso. – 1.4.12. I divieti in materia di diritto d'autore. – 1.4.13. I divieti limitanti la libertà di espressione (cenni). – 1.4.14. I divieti limitanti la libertà di associazione. – 1.4.15. Altri esempi di un elenco sterminato. – Sez. II Il giudizio di proporzionalità della norma di condotta in ragione del tipo di sanzione. 2.1. Tipologie sanzionatorie sproporzionate rispetto alla norma di condotta. 2.1.1. Il divieto di adulterio. – 2.1.2. Il divieto di incesto. – 2.1.3. Il divieto di consumo di sostanze stupefacenti. – 2.2. Un concetto centrale: il *chilling effect*. – 2.2.1. I divieti in materia lato senso di corruzione. – 2.2.2. Il divieto di riciclaggio nei confronti dell'avvocato difensore. – 2.2.3. Ancora sul divieto di aborto. – 2.2.4. Il divieto di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione. – 2.2.5. Altri divieti in materia di stupefacenti. – Sez. III Il giudizio di proporzionalità in ragione della misura della sanzione. – 3.1. Una diversa specie di proporzione sanzionatoria. – 3.2. Esempi di questo giudizio nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE. – 3.3. Esempi di questo giudizio nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3.3.1. I divieti in materia di riunione/manifestazione. – 3.3.2. Ancora sui divieti limitanti la libertà di espressione.

Il giudizio di proporzionalità di qualsiasi fattispecie incriminatrice inizia dunque, quantomeno dal punto di vista teorico, dal saggiare la ragionevolezza del bilanciamento raggiunto dal legislatore tra gli interessi che motivano la criminalizzazione di una condotta e il diritto fondamentale il cui godimento si realizza nell'esercizio della medesima condotta. Si pensi, al solo fine di dare qualche banale esempio, all'interesse pubblico a garantire la difesa dello Stato attraverso un obbligo penalmente sanzionato

di prestare servizio militare per l'esercito e al corrispondente diritto all'autodeterminazione personale e al rispetto dei propri convincimenti più profondi da parte di chi avversa qualsiasi pratica violenta; o all'interesse a salvaguardare la sicurezza dello Stato attraverso il divieto di pubblicazione di determinati atti e alla corrispondente libertà di parola o, più spesso, libertà di informazione rivendicata dal singolo. Abbiamo tutti in mente questo basilare bilanciamento sotteso a ciascuna norma penale, eppure si è sempre sottovalutata la portata pratica di un limite alle scelte di criminalizzazione che si basasse su tali bilanciamenti, poiché tali bilanciamenti sono stati frettolosamente rilegati a ben distinti ambiti di materia, *in primis* come è noto proprio la libertà di espressione, senza coglierne invece la natura quasi ubiquitaria in ciascuna scelta di criminalizzazione.

Prima di iniziare ad osservare da vicino i casi nei quali questi bilanciamenti hanno interessato la dottrina e la giurisprudenza penale e costituzionale è tuttavia opportuno distinguere ulteriormente diversi livelli di questo giudizio di proporzionalità o di bilanciamento.

Anzitutto, come si vedrà, in moltissimi casi è il divieto o l'obbligo legislativamente previsto di per sé solo a non soddisfare il giudizio di bilanciamento: in altri termini il fatto che alla trasgressione del divieto o dell'obbligo consegua una pena è del tutto irrilevante nell'economia del giudizio di proporzionalità. Proprio questo prescindere in qualche modo dalla componente penalistica in questi bilanciamenti ha fatto sì che la dottrina penalistica riponesse scarsa attenzione sulla portata teorica e pratica di questa categoria di bilanciamenti, nonostante proprio questa categoria finisca sorprendentemente con il porre limiti alle scelte di criminalizzazione nei contesti da sempre più discussi nel dibattito penalistico relativo al bene giuridico o all'*harm principle*.

Eppure – come vedremo – questi casi rappresentano solo una parte del giudizio di bilanciamento rispetto ai diritti fondamentali sottesi alla norma di condotta. Molto spesso invero non è il divieto o l'obbligo legislativo di per sé a non superare un vaglio di proporzionalità, ma è il carattere della sanzione per la sua capacità dissuasiva a rendere il bilanciamento del legislatore irragionevole. Non si mette cioè in dubbio che il divieto o l'obbligo esprimano un bilanciamento ragionevole se corredati da alcune

tipologie di risposta da parte dell'ordinamento, ma tali norme di condotta diventano illegittime qualora vengano invece corredate da altre tipologie sanzionatorie.

Infine è possibile che la norma di comportamento e la tipologia di sanzione scelta dal legislatore traccino un bilanciamento ragionevole rispetto all'interesse sotteso alla norma di comportamento, ma che sproporzionato divenga rispetto ad esso soltanto il *quantum* della sanzione previsto dal legislatore.

Di fatto, dunque, è opportuno distinguere la trattazione del giudizio di proporzionalità rispetto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta in tre distinte sezioni.

SEZIONE I

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DELLA NORMA DI CONDOTTA IN SÉ CONSIDERATA

Il giudizio di proporzionalità rispetto a qualsiasi scelta di criminalizzazione dovrebbe iniziare dal chiedersi se la norma di condotta di per se stessa sia espressione di un irragionevole bilanciamento legislativo.

Preliminare a tale giudizio è chiaramente l'individuazione di un diritto fondamentale leso dalla norma di condotta dettata dal legislatore. A seconda dell'impostazione che si ritiene preferibile tra quelle precedentemente descritte, è possibile che non superino questo stadio preliminare le più consuete fattispecie incriminatrici presenti nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, dall'omicidio alle lesioni, dal furto all'estorsione e così seguitando.

Rispetto a tante altre fattispecie, invece, è facile accorgersi che esse limitano importanti diritti fondamentali dell'individuo, dalla libertà d'espressione alla libertà religiosa, dalle libertà economiche al diritto di difesa, dall'autodeterminazione sessuale alla libertà di associazione. In questi casi sarà dunque necessario procedere al giudizio di proporzionalità per comprendere se la limitazione al diritto fondamentale patita dall'individuo debba ritenersi o meno giustificata.

1.1. L'individuazione di un fine legittimo perseguito dalla norma

Primo essenziale passaggio per il giudice costituzionale è quello di ricostruire il fine della norma di condotta dettata dal legislatore. Tale fine potrà consistere, secondo quella che è l'unanime opinione della dottrina costituzionalistica rispetto alle limitazioni dei diritti fondamentali, sia nella necessità di tutela di un diritto altrui,

rispetto al titolare del diritto limitato, sia nel perseguimento di un interesse pubblico¹. Sia detto, *en passant*, quindi, non potendo e non volendo soffermarsi su una peculiare posizione assolutamente minoritaria, ma quanto mai discussa dalla dottrina, che nessuna cittadinanza può avere, dal punto di vista della dogmatica dei diritti fondamentali, una ricostruzione del fine del diritto penale come di tutela delle norme per riaffermarne la validità rispetto all'avvenuta trasgressione².

L'operazione di individuazione del fine legislativo non è altro che una normale attività di interpretazione della legge. È, inoltre, certamente possibile che il legislatore prenda di mira con una medesima norma di condotta il perseguimento di più di un fine, ma in questo caso si dovrà procedere a tanti distinti giudizi di proporzionalità quanti sono i fini individuati.

Per esemplificare sarà facile individuare il fine della norma di condotta che vieta di uccidere nella tutela della vita, quello del divieto di parcheggiare nella corsia d'emergenza nell'interesse pubblico alla sicurezza del traffico automobilistico e quello del divieto di tradire il proprio coniuge nella tutela della famiglia istituita dal vincolo matrimoniale.

La scelta di fare riferimento anche a ipotesi di norma di condotta non attualmente sanzionate penalmente non è casuale, ma sta a ricordare, da un lato, che il giudizio di proporzionalità è metodo decisorio non confinato alla materia penale, ma generale rispetto a tutto l'ordinamento giuridico, e, dall'altro, che nella prima fase del giudizio di proporzionalità, che investe la norma di condotta di per sé considerata, nessun rilievo

¹ LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, 138 ss.

² In questo senso la rinomata tesi di Jakobs, ripresa da ultimo, in *Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem*, in BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (a cura di), *Gurndlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 37 ss. e in *Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*, in FREUND E AL. (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, p. 81 ss.

è attribuito al tipo di sanzione riconnesso dal legislatore alla violazione della norma di condotta³.

Eppure, molto spesso la dottrina penalistica ha visto nel fine legittimo nient'altro che un sinonimo costituzionalistico per la predicata necessità che ciascuna fattispecie penale tuteli un determinato bene giuridico⁴. A tale conclusione è facile arrivare se, non spogliandosi delle lenti penalistiche, si cerca di riversare nelle categorie costituzionalistiche senza alcun adattamento quanto già elaborato all'interno della discussione penalistica. Ma il termine fine legittimo, primo *step* del giudizio di proporzionalità, non rappresenta purtroppo una mera dizione linguistica vuota da riempire di qualsivoglia contenuto, ma è un concetto che ha un preciso significato all'interno del contesto costituzionalistico dove è utilizzato. Ebbene, la dottrina penalistica del bene giuridico di fondo non fa che definire variamente un sottoinsieme dei beni giuridici che posseda determinate caratteristiche, distinguendo di fatto tra l'insieme indistinto di tutti i beni giuridici ipotizzabili, attraverso una ricostruzione meramente metodologica del concetto, i soli beni giuridici che meritano di essere tutelati con il diritto penale⁵. Le caratteristiche sono, come è noto, variamente individuate: dall'importanza normativa del bene in una supposta gerarchia costituzionale al riconoscimento sociale nella comunità di riferimento, dalla

³ Sul carattere non specificamente penale di questo primo *step* di giudizio v. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 131 ss., spec. 164.

⁴ V. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin, 1998, 123, che però rinvia al bene giuridico anche rispetto al test della proporzionalità in senso stretto, 163. Nel senso di ritenere il bene giuridico come elemento fondamentale del successivo giudizio di proporzionalità, cfr. NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, in VON HIRSCH E AL., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, p. 128 ss., 134 s.; ROXIN, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in GA, 2013, p. 433 ss., 450. In relazione al diritto penale europeo, pur senza un riferimento esplicito alla teoria del bene giuridico, ad esso pare farsi riferimento nel ECPI, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in ZIS, 2009, p. 737 ss., 737, allorché si osserva che “solo se serve alla tutela di un simile interesse, di particolare importanza, può un precetto penale perseguire un obiettivo legittimo ed essere quindi proporzionato”.

⁵ In questo senso anche STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in GA, 2011, p. 653 ss., 657.

preesistenza rispetto alla scelta legislativa alla sua afferrabilità⁶. Il bene giuridico nasce, quindi, nella sua versione critica unanimemente accettata, come una selezione valida ai soli fini penali tra un più ampio novero di fini legittimi di tutela.

La prospettiva del fine legittimo, allora, non può che essere diametralmente opposta. In questo momento del giudizio di proporzionalità non è assolutamente in questione il carattere penale della sanzione⁷, cosicché il fine legittimo, essendo rivolto all'intero ordinamento, non può che selezionare molto meno rispetto alla dottrina penalistica del bene giuridico⁸, escludendo soltanto i fini incompatibili con il dettato costituzionale⁹. Se proprio vogliamo tentare sempre azzardati paragoni con la dottrina penalistica, sarebbe forse possibile affermare una identità tra fine legittimo e concezione metodologica del bene giuridico¹⁰. Ma il riferimento nel contesto costituzionale a termini e concetti ad esso estranei, quale appunto il concetto di bene giuridico, porta comunque con sé il rischio di equivoci ed incomprensioni, essendo portati a trasferire

⁶ Su tali caratteristiche del bene giuridico nella concezione critica cfr., *amplius*, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005, 19 ss.

⁷ V. WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in WEIGEND/KÜPPER (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Berlin, 1999, p. 917 ss., 932, che osserva chiaramente come in questo stadio si tratti di un "problema costituzionale e non genuinamente penale".

⁸ Cfr. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 146 s. Con precipuo riferimento al diritto penale europeo, vedi le critiche di BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in EuCLR, 2011, p. 35 ss., 37 s., al citato Manifesto sulla politica criminale europea, proprio per la selezione già a livello di fine legittimo rispetto ad argomenti normalmente appartenenti ai passaggi successivi del giudizio di proporzionalità.

⁹ V. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin, 1998, 66; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 212, 383 s.; STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre*, cit., 656; ENGLÄNDER, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, in ZStW, 2015, p. 616 ss., 627; BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in TIEDEMANN E AL. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, p. 27 ss., 43.

¹⁰ Sulla concezione metodologica del bene giuridico cfr., *ex multis*, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 20 ss.; MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 25 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 28 ss.

assieme a quel termine tutto il pesante fardello che su quel concetto si è sviluppato nell'ambito di provenienza. Non si comprende allora davvero perché il diritto penale debba rinunciare a chiamare questa attività ermeneutica con lo stesso nome per essa utilizzato in tutti gli altri settori dell'ordinamento, e cioè appunto fine della norma o *ratio legis*¹¹.

Si comprende bene allora il potenziale selettivo assolutamente limitato di questa fase di giudizio. Solo in rari e patologici casi, infatti, al giudice costituzionale sarà dato di accertare l'incostituzionalità di una norma di condotta per l'assenza di un fine legittimo.

Da un lato, ciò è possibile laddove qualsiasi attività ermeneutica espletata dall'interprete, a causa di una grave carenza di tecnica legislativa, non riesca comunque a restituire un fine perseguito dal legislatore. In questo caso chiaramente nessuna limitazione, per quanto lievissima, di un diritto fondamentale di un individuo potrebbe dirsi giustificata, nell'assenza di un qualsiasi contro-interesse da parte del legislatore.

Dall'altro lato, ciò è possibile nei rari casi nei quali il legislatore si prefigga un fine palesemente illegittimo in ogni possibile situazione applicativa della norma. In questo caso ci troviamo di fronte ad un conflitto bilaterale totale tra una norma legislativa ed una norma costituzionale, cioè la norma legislativa rappresenta una negazione totale dell'intero ambito di applicazione della norma costituzionale. Si tratta di conflitti potremmo dire patologici, che possono darsi più facilmente in casi di legislazione espressione di un ordine costituzionale precedente, come ad esempio nel nostro Paese rispetto alla legislazione pre-costituzionale di impronta fascista nel tempo dichiarata illegittima dalla nostra Corte costituzionale¹². L'esempio a tutti noto è quello

¹¹ In questo senso già ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 ss., 120 s.

¹² Si veda in proposito già la prima sentenza della Corte costituzionale 1/1956, di dichiarazione di illegittimità costituzionale del combinato disposto tra art. 113 T.U.L.P.S. e l'art. 663 c.p.; la sentenza 45/1957 di parziale incostituzionalità dell'art. 25 T.U.L.P.S. limitatamente alle funzioni religiose in luogo aperto non pubblico; la sentenza 27/1958, di parziale incostituzionalità dell'art. 18 T.U.L.P.S. limitatamente alle riunioni in luogo aperto al pubblico; la sentenza 87/1966 di incostituzionalità della fattispecie di propaganda antinazionale di cui all'art. 272 comma secondo c.p.; la sentenza 142/67 di parziale incostituzionalità dell'art. 68 T.U.L.P.S. limitatamente alle feste da ballo in luogo esposto al pubblico; la sentenza 120/1968 di parziale incostituzionalità dell'art. 114 comma secondo T.U.L.P.S. limitatamente al divieto

della criminalizzazione *tout court* dello sciopero, che finisce con il contraddire logicamente la previsione costituzionale del diritto di sciopero. Si badi bene che, laddove invece la criminalizzazione riguarda alcuni aspetti del diritto, realizzando quindi un conflitto parziale, si potrà solo in uno stadio successivo giudicare la bontà della scelta legislativa, poiché in questo caso tali limitazioni potrebbero comunque essere suffragate da altre ragioni giustificative concorrenti rispetto al diritto di sciopero¹³.

di inserzione nella stampa di corrispondenze o di avvisi amorosi non contrari al buon costume; la sentenza 56/1970 di parziale incostituzionalità degli artt. 68 T.U.L.P.S. e 668 c.p. limitatamente alle attività in luogo aperto al pubblico non indette dal titolare dell'esercizio imprenditoriale; la sentenza 269/1986 di dichiarazione di illegittimità costituzionale del reato di eccitamento all'emigrazione di cui all'art. 5 comma primo della legge 24 luglio 1930 n. 1278; la sentenza 189/1987 di incostituzionalità del divieto d'esposizione in pubblico, senza autorizzazione delle autorità politiche locali, di bandiere estere di cui agli artt. 1 e 3 della l. 24 giugno 1929, n. 1085; la sentenza 243/2001 di incostituzionalità della fattispecie di associazione antinazionale di cui all'art. 271 c.p.

¹³ È possibile dunque esaminare già in questo stadio la disciplina penale italiana in materia di sciopero perché essa piuttosto che regolamentare tale diritto al fine di contemperare il suo esercizio con rilevanti interessi concorrenti, quali quelli legati alla prestazione di servizi essenziali e comunque rispetto agli interessi di soggetti diversi dalla controparte contrattuale, vieta *tout court* lo sciopero, sulla base di una scelta politico-ideologica di negazione di tale diritto. Come è noto tale disciplina è stata del tutto ridimensionata dalla Corte costituzionale attraverso numerose pronunce di accoglimento totale – v. sent. 29/1960 di incostituzionalità delle fattispecie criminose di serrata e di sciopero per fini contrattuali di cui all'art. 502 c.p. – o parziale – v. sentt. 290/1974 e 165/1983 di incostituzionalità parziale rispettivamente dello sciopero politico di cui all'art. 503 c.p. e dello sciopero a fini di coazione della pubblica autorità di cui all'art. 504 c.p., e la sent. 222/1975 riguardo all'art. 506 c.p. nella parte in cui include le serrate degli esercizi produttivi o commerciali senza dipendenti – ed altre più caute e criticabili pronunce interpretative, soprattutto in riferimento al pubblico impiego – v. sentt. 46/1958, 123/1962, 31/1969 – rispetto al quale non a caso è intervenuto da ultimo il legislatore con la legge 146/1990. Per una disamina critica di questa giurisprudenza v., da ultimo, PADOVANI, *I delitti di sciopero e di serrata nella giurisprudenza della Corte costituzionale (art. 40 Cost.)*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 255 ss.; RUGA RIVA, voce *Sciopero (profili penalistici dello)*, in Dig. pen., Agg., 2000, p. 738 ss. e in precedenza, *ex multis*, PULITANÒ, voce *Sciopero (dir. pen.)*, in Enc. dir., Vol. XLI, 1989, p. 728 ss.; GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981, 103 ss.; PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1963, p. 1064 ss.

Grandi similitudini è dato riscontrare, rispetto alla vicenda italiana, nello sciame di condanne per violazione dell'art. 11 della CEDU subite dalla Turchia rispetto al totale divieto di sciopero nel settore pubblico vigente in quel Paese. Oltretutto la giurisprudenza della Corte EDU mostra, meglio di quanto non faccia quella italiana, come un divieto assoluto di sciopero rappresenti in sé una scelta illegittima da parte del legislatore nazionale, a prescindere dal fatto che si cerchi di garantire l'efficacia del divieto con sanzioni penali, v. Saime Özcan c. Turchia (2009) e Urcan

1.2. *L'idoneità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo*

L'individuazione del fine perseguito dal legislatore è funzionale anzitutto alla verifica che la limitazione del diritto fondamentale dell'individuo sia idonea, anche in misura lieve, a favorire il raggiungimento del fine prefissato. Infatti, nel caso in cui tale limitazione dovesse risultare assolutamente inidonea a raggiungere il fine pur legittimo del legislatore, essa sarebbe palesemente ingiustificata e quindi costituzionalmente illegittima¹⁴. In questa fase, dunque, non entrano ancora in considerazione ulteriori mezzi maggiormente idonei a raggiungere il fine legislativo, ma il test è soddisfatto se il mezzo scelto dal legislatore è idoneo al raggiungimento di tale fine.

Anche per il test di idoneità è facile preconizzare una scarsa capacità selettiva delle norme di condotta, poiché è sufficiente un'idoneità anche scarsamente significativa per soddisfare questo passaggio del giudizio di proporzionalità; ciò non toglie che considerazioni legate alla scarsa idoneità del mezzo prescelto dal legislatore potranno avere un peso decisivo nel giudizio di bilanciamento proprio dell'ultima fase del giudizio di proporzionalità, laddove il piccolo avanzamento nel raggiungimento del fine legislativo sarà soppesato rispetto alla portata della limitazione sofferta dall'individuo nel godimento del suo diritto fondamentale.

Soprattutto il giudizio di idoneità involge esclusivamente considerazioni empiriche e fattuali, sulle quali il giudice costituzionale, in omaggio alla separazione dei poteri e alla maggiore capacità da parte del legislatore di indagare sulle basi empiriche delle sue scelte, dovrà riconoscere un maggiore spazio di discrezionalità al legislatore¹⁵.

e al. c. Turchia (2008), disciplinari, v. Kaya e Seyhan c. Turchia (2009) e Karaçay c. Turchia (2007), o civili, v. Dilek e al. c. Turchia (2007).

¹⁴ Cfr. approfonditamente LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 164 ss.; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 398 ss.

¹⁵ Sul punto ancora LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 173 ss.

Pochi sono dunque gli esempi che possono riportarsi di norme già illegittime a questo stadio del giudizio di proporzionalità; si tratta di casi nei quali il legislatore mostra un'assoluta incapacità nella redazione della norma¹⁶ o sposa una lettura assolutamente implausibile dei dati empirici disponibili sul rapporto eziologico tra il mezzo prescelto e il fine perseguito.

1.3. La necessità della norma di condotta nel perseguimento del fine legittimo

Nel passaggio successivo del giudizio di proporzionalità bisogna altresì verificare che il mezzo prescelto dal legislatore, pur idoneo, non sia però inutilmente più lesivo per i diritti fondamentali di altro mezzo altrettanto efficace nel perseguimento del fine legislativo¹⁷.

Anche in questo caso il pensiero del penalista corre veloce al principio di *ultima ratio*, a detta del quale non è legittimo fare ricorso alla sanzione penale se non allorquando non vi siano altre possibilità per il legislatore di tutelare adeguatamente determinati beni giuridici¹⁸. Ma anche in questo caso, il collegamento, pur prontamente

¹⁶ Si veda, ad esempio, la sentenza 121/1963 della Corte costituzionale di dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 128, commi da uno a quattro, T.U.L.P.S. riguardo alle operazioni su oggetti preziosi nuovi. Rispetto al fine di pubblica sicurezza e di prevenzione dei reati perseguito dal legislatore era certamente idoneo un regime di controlli ed annotazioni sui preziosi non nuovi, ma tale idoneità era totalmente assente rispetto a preziosi nuovi. Si veda altresì la sentenza della Corte costituzionale 126/1985 di incostituzionalità della fattispecie di reclamo collettivo di cui all'art. 180, comma primo, c.p.m.p., sulla base della considerazione che tale divieto risulta non solo inidoneo ma addirittura controproducente rispetto alle finalità legislative di tutela della disciplina e della gerarchia militare. Sempre nella giurisprudenza della Corte costituzionale la sentenza 519/1995 di dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie di mendacità non invasiva di cui all'art. 670 primo comma c.p., nella quale si nega qualsiasi idoneità del divieto legislativo rispetto alla finalità di tutela della tranquillità o dell'ordine pubblico, rispetto a condotte appunto non invasive, dopo una prima non convincente sentenza di rigetto della medesima Corte, sent. 51/1959.

¹⁷ Sul punto approfonditamente LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 179 ss.; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 414 ss.

¹⁸ Cfr., *ex multis*, GRECO, *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in BRUNHÖBER E AL. (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013, p. 13 ss., 23.

stabilito, non resiste al vaglio di un più approfondito scrutinio. Il giudizio di necessità è applicabile anzitutto all'intero ordinamento al di là della natura penale della disposizione. In questa prima fase del nostro giudizio di proporzionalità non è ancora in gioco, come abbiamo già osservato, la natura della sanzione; in questo contesto, dunque, per mezzo meno lesivo dei diritti fondamentali deve intendersi una riduzione dell'area del divieto o dell'obbligo o, in alternativa, il raggiungimento per altra via del fine legislativo, rinunciando *in toto* alla norma di condotta. Si pensi, quanto alla prima alternativa, alla possibilità di limitare il divieto generale di fumo al divieto di fumare solo in presenza di altri, laddove il fine considerato sia quello della tutela della salute altrui; per un esempio del secondo tipo, si pensi alla possibilità di rinunciare ad un obbligo legislativo di indossare il casco in favore di efficaci campagne di sensibilizzazione all'uso dello stesso.

Punto decisivo del giudizio di necessità è che il mezzo alternativo abbia però la medesima efficacia nel raggiungimento del fine legislativo rispetto ai mezzi scelti dal legislatore; laddove invece l'efficacia non sia la medesima non può che sconfinarsi nel giudizio di bilanciamento, perché aumentano le variabili da considerare, non più soltanto il grado di lesività degli interessi fondamentali, ma anche il grado di efficacia di ciascuna scelta alternativa. Si comprende allora come in questa prospettiva, stante la difficoltà di dimostrare che il mezzo alternativo possieda la medesima efficacia di quello scelto dal legislatore, su base d'altro canto esclusivamente ipotetica, ben poca capacità selettiva rimane al giudizio di necessità, a tutto vantaggio dell'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità in senso stretto.

A complicare ulteriormente il quadro è la considerazione che il giudizio di necessità può essere impostato invero secondo due direttrici profondamente distinte. Si può infatti considerare il mezzo alternativo come meno lesivo sulla base di una valutazione limitata ad uno specifico individuo, oppure valutare la minore lesività rispetto alla collettività nel suo complesso¹⁹. Esemplicando, rispetto al soggetto obbligato ad indossare il casco, potrà sembrare meno lesiva della sua libertà personale

¹⁹ Cfr., sul punto, approfonditamente LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 345 ss.

L'imposizione meccanica di un limite molto basso di velocità per determinate categorie di motociclette, laddove tale limitazione della velocità si dimostrasse altrettanto idonea a tutelare la salute collettiva e individuale; ma ad una diversa conclusione si potrebbe arrivare considerando la stessa situazione in termini di costi e di preferenze collettive. Se, come appare obbligato, si propende per una considerazione globale e collettiva della necessità di determinate norme di condotta, ci si accorge bene presto che quasi tutte le situazioni ipotizzabili involgono un giudizio quantomeno triadico di interessi e diritti confliggenti, cosicché ancora una volta il giudizio di necessità si ritrova svuotato a tutto vantaggio dell'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità in senso stretto o di bilanciamento.

Ebbene, mentre per il giudizio di necessità fiorisce una discussione dottrinale volta ad indagare i numerosi e problematici aspetti ad esso legati, scindendo con chiarezza le diverse impostazioni, non altrettanta chiarezza è dato scorgere rispetto al dibattito penalistico sul principio di *ultima ratio*, che nel suo non distinguere, innanzitutto, tra mezzi alternativi egualmente o non egualmente efficaci nel raggiungimento del fine legislativo, finisce inevitabilmente per appiattirsi su una prospettiva tutta assiologica e non prescrittiva nei confronti del legislatore. Il principio di *ultima ratio* finisce, quindi, contrariamente a quanto potrebbe apparire di primo acchito, per inglobare elementi sia del giudizio di necessità sia del giudizio di proporzionalità in senso stretto²⁰, a riprova ancora una volta di quanto sia errato voler riportare le categorie penalistiche *sic et simpliciter* all'interno di quelle costituzionali²¹.

Per ciò che si è detto, dunque, non è semplice ritrovare casi nei quali il giudizio di proporzionalità venga risolto sulla base del mero giudizio di necessità, ma un'importante eccezione è data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libertà fondamentali, che merita qui di essere approfondita.

²⁰ Cfr. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 245.

²¹ Per una netta distinzione tra tali prospettive, con precipuo riferimento al principio di *ultima ratio*, v. anche BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, cit., 44 s.

1.3.1. *La giurisprudenza della Corte di giustizia UE sulle libertà fondamentali*

Già in apertura di questo lavoro abbiamo avuto modo di constatare la centralità del giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e di mettere in guardia rispetto ai significati anche molto diversi che il principio di proporzionalità assume nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea. In questo paragrafo ci si soffermerà soltanto sulla giurisprudenza in materia di limiti nazionali alle libertà fondamentali previste dai trattati, poiché è in essa come vedremo che si rintracciano esempi paradigmatici di giudizio di proporzionalità sulle norme di condotta in sé considerate. Indubbiamente tra i casi decisi dalla Corte di giustizia rientrano anche percorsi argomentativi invero incentrati sul giudizio di idoneità o più spesso di proporzionalità in senso stretto, stante la non eguale efficacia delle alternative individuate, ma è pur vero che l'argomentazione di questa Corte ruota nella quasi totalità dei casi su argomentazioni in punto di necessità, così che ci pare opportuno, per chiarezza espositiva, trattare di questa giurisprudenza in un unico contesto.

Occorre sottolineare che il giudizio di necessità delle limitazioni statali, improntato esclusivamente su dati empirici e fattuali di efficacia dei mezzi alternativi e quindi spesso sottratto al controllo del giudice costituzionale, in omaggio ad un'esigenza di discrezionalità del legislatore nel reperimento e nella valutazione di tali dati, è stato più ampiamente utilizzabile dalla Corte di giustizia UE per la possibilità per quest'ultima di fare riferimento, attraverso confronti comparati con altri Stati membri, all'efficacia di altri strumenti di tutela. Da questo punto di vista, questa giurisprudenza mostra l'importanza che il dato comparatistico può avere nell'altrimenti ipotetico giudizio sull'efficacia di mezzi alternativi di tutela²².

La costruzione europea si è fondata per molto tempo e continua a fondarsi, in parte, sulle quattro libertà fondamentali di circolazione di merci, persone, servizi e capitali previste dai trattati e proprio rispetto alla garanzia di queste libertà da parte degli Stati membri si è giocato gran parte del ruolo della Corte di giustizia. Se ci si accosta ad analizzare queste libertà dalla prospettiva soggettiva e le si qualifica quindi come

²² Sottolinea l'importanza di uno studio comparatistico ai fini del test di necessità anche APPEL, *Verfassung und Strafe*, cit., 583.

diritti fondamentali del cittadino europeo, ci si accorge facilmente di come sia riproponibile anche rispetto ad esse lo schema di giudizio già spiegato nelle pagine introduttive di questo lavoro. La libertà di circolazione prevista dal trattato non è altro che un fascio di diritti esercitabile dal singolo, lo Stato membro può interferire nel godimento di questi diritti appellandosi a dei limiti previsti dallo stesso trattato, e sostanzialmente generalizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a qualsiasi contro-interesse²³, ma nel fare ciò lo Stato membro deve rispettare il principio di proporzionalità, ancora una volta inteso come *Schranken-Schranken*²⁴.

Lo schema adottato dalle decisioni della Corte di giustizia è dunque costante: da un lato un singolo lamenta la lesione della libertà di circolazione da parte di uno Stato membro; lo Stato membro giustifica tale lesione sulla base dell'esigenza di tutelare un contro-interesse rilevante, quale la salute pubblica o l'ordine pubblico; la Corte di giustizia verifica che la restrizione adottata dallo Stato membro rispetti il principio di proporzionalità, e cioè sia idonea e necessaria per il perseguimento del contro-interesse indicato dallo Stato membro.

Nell'enucleazione di questo schema di giudizio, è stata di primaria importanza in ordine cronologico e quantitativo la libertà di circolazione delle merci e nello specifico la ricchissima giurisprudenza in tema di restrizioni ad effetto equivalente alle importazioni. Infatti, la Corte di giustizia ha presto letto le regole di produzione e i requisiti di commercializzazione delle merci come chiare modalità attraverso le quali gli Stati membri potevano indirettamente perseguire finalità di limitazione quantitativa delle importazioni. Rispetto a tali misure di effetto equivalente il trattato riconosceva e riconosce che esse possano essere giustificate sulla base di "motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone

²³ KOCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlin, 2003, 416.

²⁴ V. EMMERICH-FRITSCHKE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht*, Berlin, 2000, 337 ss., 410 ss. Critico KOCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, cit., 501. In prospettiva penalistica v. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 267 ss.

e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale” (art. 36 TFUE). Ma, ancora una volta, non è sufficiente per lo Stato membro allegare la presenza di uno dei motivi sopraelencati come ragioni giustificative della misura restrittiva, ma incombe su di esso, secondo l’inequivoca giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵, l’onere di provare che la restrizione sia idonea e necessaria per il raggiungimento del fine statale.

Ne è emersa allora una vastissima casistica, soprattutto in materia agroalimentare, volta a verificare in concreto rispetto a ciascuna delle lamentate restrizioni, la proporzionalità dell’intervento statale²⁶: proporzionalità spesso non riconosciuta proprio sulla base dell’individuazione di mezzi alternativi di raggiungimento dello scopo statale meno invasivi della libertà di circolazione garantita dal trattato ai cittadini europei. Anzitutto rispetto alle manifestate esigenze da parte degli Stati membri di tutelare i consumatori abituati ad associare ad un determinato nome o confezione una corrispondente composizione del prodotto, la Corte di giustizia ha ripetutamente fatto riferimento alla possibilità di garantire i consumatori attraverso una efficace e trasparente regolamentazione dell’etichettatura dei prodotti²⁷. Riguardo all’esigenza di tutelare la salute dei consumatori attraverso il generale divieto di utilizzare determinati componenti nella produzione delle merci, la Corte di giustizia ha indicato agli Stati membri la possibilità di istituire un procedimento autorizzatorio volto a verificare in

²⁵ Cfr. CGUE, C-174/82, Sandoz (1983), poi ripresa in tutta la giurisprudenza successiva.

²⁶ Si tratta della giurisprudenza che trae le mosse dalla sentenza CGUE, C-8/74, Dassonville (1974) e soprattutto dalla successiva CGUE, C-120/78, Rewe (1979), c.d. Cassis de Dijon. Per una approfondita discussione dalla prospettiva penalistica cfr. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in Cass. pen., 1996, p. 995 ss., 1004 ss. In prospettiva di diritto europeo TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, New York, 2006², 209 ss.

²⁷ In questo senso CGUE, C-788/79, Gilli e Andres (1980) e CGUE, C-193/80, Commissione c. Italia (1981), riguardo al divieto di denominare aceto i prodotti non derivanti dal vino; CGUE, C-261/81, Rau (1982), rispetto al divieto belga di vendere margarina in involucri di forma non cubica; CGUE, C-178/84, Commissione c. Germania (1987), c.d. birra tedesca, sul divieto di commercializzare come birra le bevande aventi ingredienti diversi dai quattro disciplinati dalla legge tedesca; CGUE, C-407/85, Drei Glocken e al. (1988) e CGUE, C-90/86, Zoni (1988), riguardo al divieto di denominare pasta quella prodotta in tutto o in parte con grano tenero.

concreto e di volta in volta un reale pericolo per la salute²⁸ o, in presenza di più affidabili dati sulla pericolosità di determinate sostanze, ha escluso che il più alto livello di tutela nazionale fosse davvero necessario alla tutela della salute²⁹.

Tale casistica, molto spesso originata da procedimenti penali rispetto a fattispecie variamente declinate a tutela della produzione agroalimentare, da specifiche contravvenzioni a reati di frode commerciale, da reati di falso a reati contro la pubblica incolumità, ha comportato in via immediata una riduzione dell'area del penalmente rilevante, elidendo l'applicabilità di dette fattispecie rispetto al soggetto importatore attenutosi alle regole di produzione del Paese d'origine. A cascata, si è evidenziato soprattutto l'effetto di discriminazione alla rovescia sul produttore nazionale rispetto al quale tali restrizioni continuavano ad applicarsi in difetto di un intervento legislativo di equiparazione, così che la strada spesso imboccata nel nostro ordinamento è stata quella della costruzione di una questione di legittimità avente a parametro l'art. 3 della Costituzione³⁰.

A ben vedere questa giurisprudenza avrebbe dovuto suggerire la possibilità di reinterpretare in chiave interna, rispetto al diritto di iniziativa privata, quello stesso bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia rispetto al solo soggetto importatore, in quanto unico soggetto titolare della libertà di circolazione presidiata da questo giudice. Se, infatti, la norma di condotta non è giustificabile come limitazione alla libertà di circolazione delle merci, perché sproporzionata rispetto a fini di tutela dei consumatori o della salute pubblica, non si comprende come quella stessa norma di condotta possa essere giustificabile rispetto alla libertà di iniziativa economica garantita a livello nazionale.

²⁸ CGUE, C-174/82, Sandoz (1983) e CGUE, C-227/82, Van Bennekom (1983), sull'aggiunta di vitamine nei prodotti alimentari; CGUE, C-257/84, Motte (1985), riguardo all'uso di certi coloranti nei prodotti alimentari; CGUE, C-304/84, Muller (1986) riguardo all'utilizzo di certi emulsionanti, stabilizzanti, addensanti e gelificanti nei prodotti alimentari; CGUE, C-42/90, Bellon (1990), riguardo all'utilizzo di un determinato conservante in prodotti alimentari.

²⁹ CGUE, C-13/91 e C-113/91, Debus (1992), sul limite massimo di anidride solforosa nella birra autorizzata in Italia; CGUE, C-17/93, van der Veldt (1994), sul limite massimo di sale nel pane autorizzato in Belgio.

³⁰ In questo senso v. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, cit., 1005 ss.

È forse opportuno un esempio che renda con maggiore chiarezza questo punto³¹: il nostro Stato vietava la messa in commercio con la denominazione di aceto di prodotti che non fossero ottenuti a partire dal vino; ciò rappresentava chiaramente una misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni, perché rendeva di fatto inappetibile il mercato italiano per i produttori stranieri di aceto non di vino, chiaramente emarginati per il sol fatto di non poter utilizzare la denominazione aceto. Tale misura era giustificabile a detta dello Stato italiano con l'esigenza di proteggere il consumatore italiano, aduso ad associare immediatamente al termine aceto la caratteristica che questo fosse di vino. Al fine di raggiungere tale pur legittimo fine, il generale divieto di utilizzare la denominazione aceto risultava non necessario e quindi sproporzionato, poiché lo Stato italiano avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato con un obbligo di trasparente etichettatura dei prodotti. Chiaramente la decisione della Corte di giustizia è limitata ai soggetti che importano tali prodotti da altro Stato membro, basandosi sulla libertà di circolazione delle merci, mentre il divieto continua ad operare rispetto al produttore italiano. Chiaramente in questo caso è percorribile la via della discriminazione alla rovescia nei confronti del produttore italiano, ma a noi pare che la norma di condotta dettata dal legislatore non è giustificabile nemmeno rispetto al diritto alla libertà di iniziativa privata, poiché si è dimostrato che lo Stato interferisce in maniera sproporzionata nell'esercizio di questo diritto avendo scelto mezzi non necessari per il raggiungimento del suo legittimo fine. Si comprende allora che mentre la strada dell'art. 3 Cost. – per restare al nostro ordinamento – è dipendente dalla pronuncia della Corte di giustizia, la strada dell'art. 41 cost. può ben essere indipendente dalla decisione della Corte di giustizia. Nulla avrebbe ostato, a nostro sommo avviso, a che la Corte costituzionale, con argomentazione identica a quella utilizzata dalla Corte di giustizia, avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di condotta – il divieto di commerciare aceto non di vino con la denominazione aceto –, comportando questa una sproporzionata ingerenza nella libertà di iniziativa privata.

³¹ Il riferimento è a CGUE, C-788/79, Gilli e Andres (1980) e CGUE, C-193/80, Commissione c. Italia (1981), citate.

Ci pare, dunque, che si siano sottolineati con grande precisione gli effetti riduttivi dell'area penalmente rilevante rispetto a questi contrasti tra regole nazionali e libertà fondamentali dell'Unione europea, ma che si sia obliterato il più profondo significato metodologico di questa giurisprudenza. Essa può essere sì letta riduttivamente come una protezione delle libertà di circolazione, ma può altresì rappresentare un'immensa dimostrazione di come lo strumentario della proporzionalità possa rappresentare uno straordinario argine alle scelte di criminalizzazione nell'ambito del diritto penale economico³².

³² La nostra Corte costituzionale ha mostrato invece in più occasioni di non voler utilizzare con rigore il giudizio di proporzionalità in materia di libertà di iniziativa economica privata, contentandosi della mera rilevabilità di un fine legittimo di tutela nella norma di condotta legislativa e di una "generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo", obliterando dunque qualsiasi considerazione di concreta idoneità e soprattutto di necessità e proporzionalità dei mezzi scelti rispetto ai fini. Si vedano sul punto le sentenze di rigetto 137/1971 e 20/1980 proprio sul tema, risolto in maniera diametralmente opposta dalla CGUE, del divieto di produzione di pasta che non sia di grano duro.

Più in generale la nostra Corte costituzionale ha mostrato nella sua giurisprudenza, certo in linea con la temperie culturale italiana del tempo, un grande ossequio per qualsiasi scelta limitativa del legislatore in materia economica, rigettando praticamente nella quasi totalità dei casi, e non di rado in maniera piuttosto *tranchant* senza prospettare nemmeno la necessità di un bilanciamento, ordinanze volte a far dichiarare l'incostituzionalità di tali scelte: sia rispetto al parametro dell'art. 21 cost., cfr. la sentenza 73/1983 in materia di aggio bancario; sia rispetto al parametro dell'art. 4 cost., cfr. la sentenza 30/1958 in materia di obblighi di assunzione per il tramite di uffici di collocamento; la sentenza 7/1966 in materia di esercizio non autorizzato della professione di portiere o custode; la sentenza 102/1968 in materia di esercizio non autorizzato della professione di consulente del lavoro; sia soprattutto rispetto al parametro dell'art. 41 cost., cfr. la sentenza 29/1957 in materia di controllo dei prezzi farmaceutici; la sentenza 50/1957 in materia di divieti alle importazioni ed esportazioni; la sentenza 32/1959 in materia di commercio ambulante; la sentenza 11/1960 in materia di produzione e commercio del latte; la sentenza 24/1965 in materia di scuole di guida; la sentenza 24/1967 in materia di vivai; la sentenza 133/1968 in materia di orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali; la sentenza 97/1969 in materia di licenze commerciali. Per una sentenza di accoglimento rispetto al parametro dell'art. 41 cost., si veda la sentenza 125/1963 di dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli ultimi tre commi dell'art. 110 del T.U.L.P.S. nella parte in cui fanno divieto di concedere licenze per l'uso, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, di apparecchi o di congegni automatici di puro trattenimento, senza cioè alcuna possibilità di dar luogo a giuoco o a scommesse.

1.4. *La proporzionalità in senso stretto della norma di condotta*

È evidente, per ciò che si è sin qui detto, che proprio l'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità, quello della c.d. proporzionalità in senso stretto, sia quello più importante di tutto il giudizio e potenzialmente più selettivo rispetto alle scelte legislative. Infatti, si è visto come molto spesso nessun appunto possa farsi al legislatore né rispetto alla legittimità del fine perseguito né tantomeno sull'idoneità e necessità dei mezzi prescelti; ciò non toglie, tuttavia, che il costo in termini di lesione di diritti fondamentali associato alla scelta legislativa possa superare anche significativamente l'avanzamento dei diritti fondamentali o dell'interesse pubblico perseguito dal legislatore. Se nelle prime fasi di giudizio, più intrinsecamente legate a valutazioni empiriche, il giudice costituzionale è pronto a lasciare un più ampio margine alle valutazioni del legislatore, affermando anche retoricamente la bontà dei suoi fini, nell'ultima fase di giudizio la valutazione del legislatore è sottoposta ad un più stringente vaglio di ragionevolezza.

Anche per il giudizio di proporzionalità in senso stretto o di bilanciamento non è mancato chi vi ha visto un mero corrispondente costituzionalistico della teoria penalistica del bene giuridico³³, sostenendo in definitiva la possibilità di fondere le due prospettive. Ma anche in questo caso le facili equivalenze tra approccio costituzionalistico e approccio penalistico risultano presto smentite.

Anzitutto la teoria del bene giuridico guarda soltanto al rilievo degli interessi in gioco, cerca di "pesare" l'importanza del bene che la fattispecie incriminatrice intende tutelare rispetto ai beni che essa inevitabilmente lede. Ma, come si è già visto, questo aspetto non rappresenta che uno dei molti fattori da tenere in conto nel giudizio di bilanciamento, dovendo contemporaneamente giudicare l'entità della limitazione o dell'avanzamento di tali beni, la probabilità di realizzazione di tale limitazione o avanzamento, l'efficacia e i costi di mezzi alternativi. In altri termini, ragionando per

³³ In questo senso v. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, cit., 163; KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 222, anche se lo stesso autore riconosce poi, pag. 242 s., che "in prospettiva costituzionalistica si potrebbe rinunciare del tutto al concetto di bene giuridico".

un attimo impropriamente con i termini penalistici, il giudizio di bilanciamento richiede una considerazione olistica del bene giuridico, delle tecniche di tutela adoperate, della sussidiarietà e dell'effettività dell'intervento, degli effetti collaterali e dei costi dell'intervento³⁴. Non si tratta, tuttavia, nemmeno di una semplice sommatoria dei principi penalistici di offensività, effettività, sussidiarietà, poiché nessuno di essi è valutato singolarmente come decisivo rispetto alla legittimità della scelta legislativa, ma tutti sono valutati all'interno di un giudizio unitario.

Si comprende, allora, la differenza più marcata tra teoria del bene giuridico, soprattutto costituzionale, e giudizio di bilanciamento. Mentre la prima tende a fissare una gerarchia astratta tra i beni, posizionandone alcuni al di sopra e altri al di sotto dei beni lesi dal diritto penale³⁵, il giudizio di bilanciamento mira a risolvere in concreto, sulla base di tutti gli elementi anzidetti, una relazione di preminenza tra interessi confliggenti, che potrà essere sempre modificata allorché intervengano nuovi dati di fatto³⁶.

Se, dunque, si evita di riprendere i tradizionali principi penalistici nella costruzione del giudizio di proporzionalità in materia penale, non è per una volontà di nascondere dietro novità nominalistiche i medesimi concetti di fondo, ma al contrario per esaltare differenze sostanziali tra questi due approcci e per evitare che i principi penalistici, con il loro enorme bagaglio di discussione ed elaborazione dottrinale, possano falsare e sminuire la portata innovativa dell'approccio costituzionale.

Speriamo, quindi, che l'analisi della casistica possa servire a chiarire e a far cogliere con più efficacia questa diversità di approcci.

Se quest'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità è il più selettivo rispetto alle scelte di criminalizzazione legislative, ne consegue logicamente che proprio

³⁴ Tale complessità di fattori è d'altronde riconosciuta dallo stesso KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 431 ss.

³⁵ Esemplarmente BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in Nss. D. I., Vol. XIV, Torino, 1973, p. 7 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, spec. 163 ss.

³⁶ Su tale differenza di approcci, molto approfonditamente, TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 143 ss., spec. 169 s.

rispetto ad esso dovremo e potremo considerare una più ampia casistica rispetto ai passaggi precedenti. Naturalmente si tratta di una casistica sconfinata, che avremo cura di restringere ai soli casi tradizionalmente al centro del dibattito penalistico. Infatti, lo si ricorda ancora una volta, questo giudizio sulla proporzionalità intrinseca della norma di condotta che andiamo descrivendo, è giudizio comune all'intero ordinamento giuridico, seppure, come vedremo, molto spesso è proprio la sanzione penale a presidiare le norme di condotta intrinsecamente sproporzionate.

Un'ultima avvertenza è necessaria, prima di incamminarci in questa carrellata di casi. Inevitabilmente, diremmo, andremo ad affrontare in maggioranza casi nei quali il giudizio di proporzionalità ha avuto come esito la dichiarazione di illegittimità della norma di condotta in esame. Ma anche i casi nei quali la decisione del giudice costituzionale sia stata nel senso della proporzionalità della norma di condotta non sono affatto meno interessanti allorquando riescano comunque a mettere in luce con particolare chiarezza la struttura argomentativa propria del giudizio di proporzionalità. Ci pare, e il medesimo discorso vale per qualsiasi teoria sui limiti alla criminalizzazione, che molto spesso ci sia assestati ad un giudizio sul piano empirico delle fattispecie effettivamente dichiarate incostituzionali o abrogate dal legislatore; certo il fatto che una teoria porti a tali risultati concreti è sintomo evidente che essa sia ben accolta dalla prassi e sia funzionale agli obiettivi teorici perseguiti, ma non è sempre vero il contrario. Qualsiasi teoria, anche la più perfetta, potrebbe non tradursi nella prassi per la presenza incontestabile di altri rilevanti fattori da prendere in considerazione, politici ed elettorali, rispetto al legislatore, e istituzionali e di legittimazione, rispetto ai giudici costituzionali. La valutazione circa la bontà di ogni teoria non potrà allora che farsi sul piano appunto teorico, riconoscendo o meno ad essa la capacità di rendere in maniera chiara e strutturata le ragioni a sostegno o contrarie a determinate scelte di criminalizzazione, che dovranno poi essere evidentemente accolte sul piano legislativo e giudiziario, e prima ancora nel dibattito pubblico. Da questo punto di vista non è in alcun modo dirimente che la decisione sia stata di costituzionalità o di incostituzionalità della norma di condotta, poiché molto più importante è osservare la struttura di giudizio del giudice costituzionale e la sua capacità di restituire con chiarezza le argomentazioni adottate.

Ci pare superfluo osservare che rimarrà deluso chi si attenda dalle considerazioni che seguono su complessi e vasti casi problematici affrontati dai giudici costituzionali di diversi Stati una trattazione completa e sostanziale degli stessi. Il nostro interesse non è quello di proporre una soluzione in un senso o nell'altro delle singole questioni; se si è colto ciò che si è avuto modo di dire sin qui, si comprenderà che per ciascuna delle questioni che affronteremo sarebbe necessario uno studio approfondito non solo normativo, ma dei sottostanti saperi extra-normativi. Tutte le considerazioni che seguono devono essere lette al contrario come considerazioni metodologiche, volte ad individuare le differenti strutture argomentative rispetto alla medesima questione e, quindi, anche lo scarso apparato bibliografico è funzionale ad una mera ricostruzione dei termini di fondo della questione, senza quella pretesa di completezza che sarebbe da richiedere a chi volesse affrontare i temi che tratteremo in senso sostanziale.

1.4.1. *Il divieto di condotte omosessuali*

La scelta di iniziare dalla criminalizzazione dell'omosessualità questa carrellata di casi relativi al giudizio di proporzionalità in senso stretto della norma di condotta non è casuale. Proprio attorno a questa scelta di criminalizzazione si è da sempre agitato, infatti, il generale dibattito sui limiti alle scelte di criminalizzazione legislative. Il versante anglo-americano imperniato sull'*harm principle* deve la riscoperta di Mill e del suo trattato *On liberty* nel secondo dopoguerra a H.L.A. Hart e alle sue tre conferenze all'università di Stanford, poi raccolte nel volume dal titolo *Law, Liberty and Morality*; ebbene, come è a tutti noto, tali conferenze erano state sollecitate dalla pubblicazione nel 1959 del c.d. Wolfenden Report, cioè il documento finale presentato dal Committee on Homosexual Offences and Prostitution, appunto istituito allo scopo di fornire proposte per la disciplina legislativa dei fenomeni dell'omosessualità e della prostituzione. Con perfetto parallelismo, anche nell'allora Germania dell'Ovest il dibattito sulla legittimità delle scelte legislative di criminalizzazione, che sarebbe stato da allora dominato dall'idea di bene giuridico, si incentrò anzitutto su talune fattispecie

incriminatrici giustificate perlopiù sulla base della loro contrarietà alla morale dominante, e prima fra tutte proprio la criminalizzazione delle condotte omosessuali³⁷.

Ci sia qui consentita una breve digressione per osservare che questa centralità della distinzione tra morale e diritto nel dibattito tedesco e anglo-americano sui limiti alle scelte di criminalizzazione ha finito per plasmare il dibattito teorico generale, ben al di là delle singole fattispecie incriminatrici, portando spesso quasi a sovrapporre i due piani. Se, al contrario, si guarda all'esperienza italiana l'assenza di criminalizzazione nel nostro ordinamento di molte delle fattispecie invece presenti negli ordinamenti appena considerati, ha fatto sì che il dibattito italiano si rivolgesse prioritariamente ad altri aspetti del generale tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione, quelli più legati all'anticipazione della tutela e, in definitiva, ad una considerazione più attenta del fenomeno dell'espansione del diritto penale e della perdita di sussidiarietà nei confronti degli altri plessi dell'ordinamento. Così, la nostra dottrina ha nel tempo mostrato minore attenzione per casi di grande rilievo sul versante diritto/morale, invece molto discussi nella dottrina straniera, mentre con grave ritardo tale dottrina si è avvicinata ai temi sopraelencati da tempo al centro della discussione italiana.

Il tema della criminalizzazione dell'omosessualità è dunque un *topos* classico di ogni studio sui limiti alla criminalizzazione ed offre anche nella nostra prospettiva costituzionalistica un osservatorio privilegiato di quanto sin qui abbiamo detto. Infatti, se è vero che in moltissimi ordinamenti la decriminalizzazione dell'omosessualità è avvenuta attraverso un mutamento legislativo, non sono pochi i casi nei quali ciò è avvenuto sulla base di una dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa e, in altri casi ancora, vi sono decisioni dei giudici costituzionali che confermano la costituzionalità di tali disposizioni.

³⁷ Si veda su tutti JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957. Sottolinea la centralità dei reati sessuali nella discussione teorica tedesca anche FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, p. 42 ss., 42 s.

Ebbene, di fronte al tema archetipico del dibattito sull'*harm principle* e sul bene giuridico, saremmo portati a pensare che le decisioni giudiziali in materia ancorino largamente le loro argomentazioni a questi due opposti e dominanti approcci teorici al tema dei limiti alla criminalizzazione; invece, analizzando la giurisprudenza su questo tema si è colpiti dalla quasi totale assenza di riferimenti a questi due approcci³⁸. A reggere l'impianto argomentativo delle pronunce dei diversi giudici costituzionali si comprende con chiarezza che il giudizio segue inevitabilmente i canonici schemi argomentativi propri del singolo giudice costituzionale, primo fra tutti il giudizio di bilanciamento o di proporzionalità³⁹. Ma, ciò che ci pare rilevante, è che non si tratta di mera differenza lessicale o formale; lo schema di giudizio della proporzionalità finisce con l'orientare in termini più corretti la risoluzione della questione, di quanto non facciano i corrispettivi penalistici.

Anzitutto, a dimostrazione di quanto detto sinora, diversi giudici costituzionali hanno pacificamente riconosciuto, anche ai fini non secondari della legittimazione processuale, che l'esistenza della norma di comportamento in sé, a prescindere dal fatto che manchino per essa da molto tempo incriminazioni da parte della pubblica accusa, e che nel caso di specie l'indagato non sia stato punito o processato o addirittura indagato, rappresenta già una lesione dei diritti fondamentali di ciascun individuo che spetta allo Stato giustificare⁴⁰. Infatti, o la norma di condotta non esiste oppure la sua violazione

³⁸ Per un isolato riferimento a Mill e all'*harm principle* si veda la decisione della Supreme Court of Pennsylvania nel caso *Commonwealth v. Bonadio*, 490 Pa. 91 (Pa. 1980).

³⁹ Questo tipo di giudizio è stato esplicitamente impiegato dalla Corte EDU nelle sue pronunce nei casi [GC], *Dudgeon c. Regno Unito* (1981), [GC], *Norris c. Irlanda* (1988), *Modinos c. Cipro* (1993) e *A.D.T. c. Regno Unito* (2000), quest'ultimo caso relativo alla criminalizzazione di atti omosessuali compiuti in gruppo; dalla Corte costituzionale del Sudafrica nel caso CCT 11/98; dal Comitato ONU per i diritti dell'uomo nel parere reso nel caso *Toonen c. Australia* (1994). Molto si è discusso sul tipo di giudizio al quale sarebbe riconducibile la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), stranamente vaga sul tipo di scrutinio da adoperare, che ad ogni modo rimanda alle tipiche considerazioni del giudizio di bilanciamento, sul punto diffusamente COLES, *Lawrence v. Texas & The Refinement of Substantive Due Process*, in *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 2005, p. 23 ss.; TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, p. 1983 ss., 1916 ss.

⁴⁰ V. Corte EDU, [GC], *Dudgeon c. Regno Unito* (1981), § 41, con argomentazione poi pedissequamente ripresa nei successivi casi.

sarà pur sempre considerabile come una trasgressione della legge, così da dissuadere determinati individui dal tenere quella data condotta. Ma soprattutto non si può trascurare l'effetto simbolico di una norma di condotta, anche non soggetta ad una reale applicazione da parte del sistema giudiziario, nel favorire una discriminazione nei confronti di chi a tale norma di condotta non si adegua⁴¹. Mentre l'*harm principle* o il bene giuridico traggono legittimazione teorica dalla peculiarità della sottoposizione a una pena, l'approccio costituzionalistico riesce con maggiore chiarezza ad evidenziare tutti gli effetti sfavorevoli di una norma di condotta, anche qualora non corredata in astratto o in concreto da una sanzione penale. Ma la differenza è ancora più sostanziale: il vaglio di legittimità della norma di condotta in sé, fa sì che l'esito negativo di questo vaglio assuma immediatamente un valore generale per tutto l'ordinamento, cosicché sarebbe automaticamente preclusa non solo una risposta sanzionatoria penale, ma anche ad esempio una risposta sanzionatoria amministrativa o civilistica. Lo strumentario penalistico riesce al contrario soltanto ad escludere la legittimità dell'intervento penale in quel determinato contesto, lasciando aperta la discussione o talvolta addirittura riconoscendo la possibilità di una sanzione di altro tipo nei confronti della condotta in oggetto.

La stessa questione in esame viene definita in termini diversi seguendo lo strumentario costituzionalistico o quello penalistico. Quello penalistico, infatti, è portato ad assumere come termine di paragone immediato la stessa condotta legislativamente definita; si sarà portati a chiedersi, proprio come implicitamente fatto finora, se è legittimo punire condotte omosessuali o se non vi sia un diritto ad esercitare tali condotte. In altri termini, il penalista è per conformazione abituato a ritagliare ad un livello basso di astrattezza il diritto in gioco. È facile in questa prospettiva osservare che nessun ancoraggio costituzionale vi è per un tale diritto⁴². Ma la prospettiva, anche

⁴¹ Con chiarezza su questo punto la Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 575. Sottolinea questo aspetto fondamentale con il consueto acume TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, cit., 1896.

⁴² Per questo sentiero si era invece incamminata precedentemente la Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), giungendo – si potrebbe dire quasi logicamente – a negare l'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice in esame. Non è un caso che tale decisione è stata accolta da più parti come una messa in discussione in radice della stessa costruzione teorica del *substantive due process*, in questo senso MEYERS,

solo in chiave simbolica, cambia se ci si attesta su un altro e più alto livello di astrattezza, al quale invece sono per conformazione abituati i costituzionalisti⁴³. Ebbene, in questa prospettiva è facile osservare che si tratta solo indirettamente di stabilire se le condotte omosessuali possano o meno essere oggetto di criminalizzazione, ma piuttosto e anzitutto di stabilire sulla base di quali motivi e con quali limiti il potere pubblico può interferire nel godimento del diritto alla privacy e nelle più intime scelte legate alla propria autodeterminazione sessuale e relazionale⁴⁴. Solo in quest'ottica, quello che prima appariva un mero dato di fatto, la differenza tra condotte eterosessuali ed omosessuali, con la torsione prospettica di portarci ad interrogare solo sulla giustificazione di una di queste due condotte, diviene ora invece proprio ciò che il legislatore deve dimostrare.

Su queste basi, si dipartono le argomentazioni in ottica penalistica e in ottica costituzionalistica su questo tema.

The End of Substantive Due Process?, in Wash. & Lee L. Rev., 1988, p. 558 ss.; CONCKLE, *The Second Death of Substantive Due Process*, in Ind. L.J., 1986-1987, p. 215 ss. D'altronde la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti ha avuto poco seguito anche presso le Corti supreme statali che ripetutamente hanno affermato l'incostituzionalità di fattispecie di sodomia rispetto alle costituzioni nazionali, cfr. *Jegley v. Picado*, 349 Ark. 600, 80 S. W. 3d 332 (2002); *Powell v. State*, 270 Ga. 327, 510 S. E. 2d 18, 24 (1998); *Gryczan v. State*, 283 Mont. 433, 942 P. 2d 112 (1997); *Campbell v. Sundquist*, 926 S. W. 2d 250 (Tenn. App. 1996); *Commonwealth v. Wasson*, 842 S. W. 2d 487 (Ky. 1992)

⁴³ Sulla centralità di questo tema nei giudizi in materia di diritti fondamentali si veda TRIBE/DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, 1991, 73 ss.

⁴⁴ Esemplare nella ricostruzione ancora la Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 562, 578 e ancora TRIBE, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, cit., 1904 ss.

Si noti che spesso nelle pronunce statunitensi il riferimento è al diritto alla privacy dell'individuo, ma tale termine è utilizzato non nel senso originario della giurisprudenza della Corte suprema e ancora dominante nel nostro ordinamento, di riservatezza rispetto al controllo pubblico, ma nel senso molto più pregnante di diritto all'autodeterminazione e al rispetto delle proprie scelte, anche quelle pubbliche, non riservate, e per questo non rientranti nel concetto originario di privacy. Sul punto, con grande chiarezza, SANDEL, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, in Cal. L. Rev., 1989, p. 521 ss., 524 ss.

Per un approccio analogo nella dottrina tedesca, volto a mettere in risalto, prima ancora dell'assenza di un bene giuridico, anzitutto il necessario rispetto dell'autonomia individuale, al di fuori tuttavia di un giudizio di bilanciamento, GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in ZIS, 2008, p. 234 ss., 237 s.; ID., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, 348 ss.

Adoperando l'*harm principle* o il bene giuridico, si tende a sostenere in definitiva che non vi è nessun fine legittimo che giustifica la scelta di criminalizzazione legislativa, poiché essa si base esclusivamente su ragioni morali, non accettabili come giustificazione giuridica⁴⁵. Non vogliamo nemmeno accennare al dibattito sterminato su questa separazione e sulla sua reale sostenibilità, anche alla luce spesso di chiari riferimenti a giudizi morali contenuti nei testi costituzionali⁴⁶, ma ci basti osservare a monte che questa strategia argomentativa può essere facilmente contrastata attraverso la “fabbricazione” di un qualsiasi fine legislativo verosimile per la norma di condotta in termini di *harm principle* o di bene giuridico⁴⁷. Proprio rispetto alla criminalizzazione dell'omosessualità comodo è il riferimento alla volontà di tutelare la salute pubblica stante l'incidenza maggiore per queste condotte del rischio di contrarre l'HIV⁴⁸.

È chiaro, allora, che correttamente la giurisprudenza costituzionale ha voluto costruire la propria argomentazione non attorno all'individuazione o meno di un fine legittimo per la norma, avallando anche talvolta un mero riferimento ad esigenze di protezione della morale pubblica⁴⁹, ma sul profilo, molto più saldo, dell'irragionevolezza del bilanciamento tra questo fine e la grave limitazione dei diritti

⁴⁵ Soprattutto le decisioni statunitensi si esprimono nel testo in termini di mancanza di un fine legittimo da parte del legislatore nella criminalizzazione della sodomia, ma la grande attenzione dedicata all'interesse confliggente dimostra una implicita impostazione nel senso di un bilanciamento, dove il fine che manca è uno proporzionato alla gravità della lesione del diritto confliggente attestata.

⁴⁶ In questo senso buon gioco aveva avuto il BVerfG di fronte ad una precisa indicazione in Costituzione della morale come limite del diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, art. 2 comma 1 GG, a dichiarare conforme a costituzione la fattispecie di sodomia allora prevista nell'ordinamento tedesco all'articolo 175 StGB, v. BVerfGE 6, 389 (1957).

⁴⁷ Già JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, cit., 68 ss., pur respingendo qualsiasi possibilità di individuare un bene giuridico protetto dalla fattispecie di sodomia, era costretto a passare in rassegna più di un possibile bene giuridico individuato in dottrina a sostegno di questa incriminazione.

⁴⁸ Questo è ad esempio l'argomento portato avanti dal governo nel caso Toonen c. Australia (1994) citato. In termini più generali, anche con specifico riferimento all'omosessualità, alla possibilità di reimpostare il discorso in termini rispettosi dell'*harm principle*, v. il fondamentale lavoro di HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1999-2000, p. 109 ss., spec. 161 ss.

⁴⁹ In questo senso, affermando la rilevanza delle argomentazioni offerte dallo Stato, la Corte EDU nel caso [GC], Dudgeon c. Regno Unito (1981), § 61.

fondamentali dell'individuo⁵⁰. In considerazione delle gravi conseguenze di ordine personale, psicologico e sociale derivanti dalla criminalizzazione di determinate condotte sessuali, si comprende bene che anche a voler prendere per buono il fine che muove il legislatore, esso non sarebbe comunque in grado di bilanciarle. Se il giudizio morale negativo su una determinata condotta è così diffuso e maggioritario nella società, è chiaro che la scelta di criminalizzazione potrà avanzare di poco la preservazione di tale giudizio già largamente condiviso. Il vantaggio per il fine prefigurato dal legislatore sarebbe in ogni caso trascurabile rispetto alle gravi conseguenze derivanti per i pochi sostenitori di un'altra morale dall'esistenza di una esplicita norma di condotta che proibisca il comportamento giudicato dalla maggioranza moralmente riprovevole.

1.4.2. *Il divieto di fornicazione*

Avendo appena trattato del divieto di condotte omosessuali e avendo richiamato altresì la giurisprudenza statunitense, è facile passare ad analizzare un'altra norma di condotta, il divieto di fornicazione e cioè di rapporti sessuali al di fuori di un vincolo matrimoniale, ancora di recente al centro del dibattito soprattutto statunitense. Di certo si tratta di fattispecie dallo scarso valore pratico, dal valore più che altro storico per gli ordinamenti dei Paesi occidentali⁵¹, ma essa presenta in maniera ancor più chiara da un punto di vista teorico le differenze di approccio tra lo strumentario penalistico tradizionale e quello costituzionalistico.

Nel caso della fornicazione, infatti, molteplici sono i fini legittimi individuabili per la scelta legislativa: *in primis* la tutela della salute pubblica, rispetto all'esponentiale crescita di incidenza di malattie sessualmente trasmissibili in presenza di rapporti non

⁵⁰ Chiarissima in proposito la Corte EDU nel caso [GC], *Dudgeon c. Regno Unito* (1981), § 60 s. e poi in tutti i successivi casi.

⁵¹ Si noti tuttavia come la non punizione di fatti di fornicazione sia spesso dipesa più che dalla ritenuta legittimità di tali condotte, dalla considerazione politico-criminale che la migliore e più efficace sanzione fosse il silenzio dell'ordinamento giuridico, cfr. l'ampia ricostruzione storica della decriminalizzazione dello stupro semplice nel XIX secolo soprattutto in Italia e in Francia fornita da CAZZETTA, "*Colpevole col consentire*". *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, p. 424 ss., spec. 452 ss.

monogamici, ma anche la tutela dell'istituzione del matrimonio o della famiglia, favorita dall'assenza di modelli concorrenti di relazioni interpersonali di natura sessuale, e la tutela della prole, rispetto alla possibilità di nascere all'interno di uno stabile nucleo familiare⁵². Per inconsistenti che possano apparire, si tratta senza dubbio di fini legittimamente perseguibili dal legislatore. Il punto decisivo, allora, non è accertare o meno l'esistenza di un fine legittimo – o, nella terminologia penalistica, di un bene giuridico o di un *harm* –, quanto constatare che anche fini perfettamente legittimi non possono essere raggiunti dal legislatore se i mezzi da adoperare incidono così gravemente sul godimento di diritti fondamentali degli individui⁵³. Ancora una volta dunque ritorna nella giurisprudenza statunitense, con grande assonanza di accenti rispetto al divieto di condotte omosessuali, la considerazione del fondamentale diritto di ciascuno ad autodeterminarsi liberamente rispetto a decisioni inerenti alla sfera intima e personale della sessualità. Anche in questo caso il più conciliante linguaggio del bilanciamento dà alle corti costituzionali la possibilità di dichiarare l'illegittimità della scelta legislativa rispetto al bilanciamento raggiunto tra gli opposti interessi, ma al contempo apprezzandone i fini che la muovono⁵⁴.

1.4.3. *I divieti in materia di contraccettivi*

Abbiamo detto di come la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti e di altre Corti supreme statunitensi abbia fondato le decisioni in materia di sodomia e di fornicazione sul diritto alla privacy, intesa come autodeterminazione personale. Pare, dunque, necessario osservare come l'enucleazione di un tale diritto sia avvenuta al cospetto di divieti penalmente sanzionati in materia di contraccettivi.

⁵² Per una vigorosa difesa delle finalità legislative e della legittimità della norma si v. SCHALLBETTER STRATTON, *No More Messing Around: Substantive Due Process Challenges to State Laws Prohibiting Fornication*, in Wash. L. Rev., 1998, p. 767 ss., 788 s.

⁵³ In questo modo è stata impostata l'argomentazione dai diversi giudici costituzionali statunitensi che hanno dichiarato l'illegittimità del divieto di fornicazione, cfr. Corte suprema del New Jersey nel caso *State v. Saunders*, 75 N.J. 200 (1977); Corte suprema della Virginia nel caso *Martin v. Zihler*, 607 S.E.2d 367 (Va. 2005).

⁵⁴ Grande attenzione per i fini legislativi e per la loro legittimità è espressa soprattutto dalla Corte suprema del New Jersey nel caso *State v. Saunders*, citato.

Nel caso *Griswold v. Connecticut* del 1965 la Corte suprema dichiarava incostituzionale il delitto previsto in quello Stato per qualsiasi uso di mezzi contraccettivi⁵⁵. L'opinione di maggioranza della Corte, affidata al Justice Douglas, riprendeva le sue stesse considerazioni nell'opinione dissenziente nell'identico caso precedente *Poe v. Ullman* del 1961⁵⁶, fondandosi sostanzialmente su un utilizzo del diritto alla privacy nel senso tradizionale di riservatezza rispetto all'ingerenza del potere pubblico, inevitabilmente messo a repentaglio dal potere di indagine funzionale all'accertamento di una tale fattispecie incriminatrice.

È solo con il successivo caso *Eisenstadt v. Baird* del 1972, questa volta riguardante un reato avente ad oggetto la sola vendita di mezzi contraccettivi a coppie non sposate, che la Corte suprema utilizza il concetto di privacy per indicare qualcosa di qualitativamente diverso⁵⁷. Infatti, il carattere pubblico della vendita rende inoperabile il contro-interesse alla riservatezza, cosicché la considerazione della Corte si sposta su quella idea di privacy come possibilità di autodeterminarsi rispetto alle scelte fondamentali della propria vita, tra le quali senza dubbio rientrano quelle procreative⁵⁸. Da questo punto di vista, dunque, nessuna differenza può darsi tra persone sposate o non sposate, poiché tale diritto fondamentale è attribuito del singolo individuo⁵⁹.

Ancora una volta, dunque, rispetto a diverse norme di condotta in materia di contraccettivi la Corte suprema si incarica solo marginalmente di negare i pur poco persuasivi fini asseritamente perseguiti dal legislatore, quanto di mostrare la gravità della violazione patita dai ricorrenti, in alcun modo bilanciabile con tali deboli fini legislativi.

⁵⁵ Corte suprema degli Stati Uniti, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁵⁶ Corte suprema degli Stati Uniti, *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

⁵⁷ Corte suprema degli Stati Uniti, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁵⁸ Su questo mutamento di significato del termine privacy v. ancora SANDEL, *Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality*, cit., 524 ss.

⁵⁹ Nella sentenza nel caso *Carey v. Population Svcs. Int'l*, 431 U.S. 678 (1977), la Corte suprema degli Stati Uniti ha infine dichiarato l'illegittimità costituzionale anche del divieto di vendita di contraccettivi ai minori di anni 16 e il divieto di vendita al di fuori delle farmacie autorizzate.

Diventa a questo punto utile un confronto con la pur diversa fattispecie di propaganda di mezzi contraccettivi un tempo presente nel nostro ordinamento (art. 553 c.p.) e inizialmente salvata dalla Corte costituzionale⁶⁰. È interessante notare come la nostra Corte si sia accontentata di individuare un'idoneità della norma in esame per la tutela del buon costume, quindi abbia esaurito il suo giudizio al mero piano dell'esistenza di un fine legittimo, riconducibile ad un possibile limite ai diritti fondamentali, senza in alcun modo verificare se questo limite potesse però ritenersi proporzionato – se cioè fosse giustificabile sulla base dei c.d. *Schranke-Schranke* – rispetto alla gravità della lesione del conto-interesse rappresentato dal diritto fondamentale alla libertà di espressione. Anche la successiva sentenza con la quale la nostra Corte costituzionale ha poi dichiarato l'illegittimità della norma in esame⁶¹, lungi dal rinnegare la struttura argomentativa della precedente decisione, si è imperniata, comodamente, sulla mera mutata considerazione di quei fatti come offensivi del buon costume.

1.4.4. *Il divieto di aborto*

Il passaggio al divieto di aborto non potrebbe essere più immediato dopo aver esaminato i divieti in materia di contraccettivi, poiché anche rispetto all'aborto, come per le condotte omosessuali, la traccia decisiva dell'argomentazione della Corte suprema statunitense è da rinvenire nel concetto di *privacy*, di diritto all'autodeterminazione personale in alcune scelte fondamentali quale appunto e sommamente la decisione di proseguire o interrompere una gravidanza, il contro-interesse fondamentale da bilanciare con il diritto alla vita del concepito⁶².

La regolamentazione dell'interruzione di gravidanza implica dunque un complesso bilanciamento tra interessi della madre – ricostruiti in termini di autodeterminazione, come nella giurisprudenza statunitense, o in termini di diritto alla

⁶⁰ Corte cost., sent. 9/1965.

⁶¹ Corte cost., sent. 49/1971.

⁶² Il riferimento è chiaramente alla celeberrima sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), poi confermata nella sostanza seppur con notevoli apporti modificativi in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

salute, come nella giurisprudenza europea⁶³ – e interessi del feto, che è stato variamente affrontato dai diversi legislatori e ancor più dai diversi giudici; nella nostra prospettiva chiaramente non ci interessa in alcun modo approfondire la solidità argomentativa di questo o quel bilanciamento operato dalle Corti costituzionali. Ci interessa, invece, osservare ancora una volta che dinanzi ad uno dei più dibattuti confini di legittimità dell'intervento statale, in generale, e della tutela penale, in particolare, di nessun aiuto risultano i consolidati strumenti teorici penalistici del bene giuridico o dell'*harm principle*. Rispetto all'interruzione di gravidanza, in maniera molto più evidente che nei casi precedentemente discussi, è indubitabile la presenza di due solidi interessi in conflitto, così che diviene impossibile risolvere la questione asserendo l'inconsistenza del fine legislativo o l'assenza di un qualsivoglia *harm* o bene giuridico. Qualsiasi decisione giudiziale – e non potrebbe davvero essere altrimenti – si muove, pur nell'estrema diversità dei risultati, nella dimensione del giudizio di bilanciamento⁶⁴. Perciò è lecito meravigliarsi della tutto sommato scarsa attenzione che proprio questo caso ha avuto sull'elaborazione teorica in materia di limiti alle scelte di criminalizzazione⁶⁵; ancor più in considerazione della grande risonanza e del grande seguito nel dibattito penalistico avuta dall'opposto piano degli obblighi di

⁶³ In questo senso, ad esempio, la Corte costituzionale italiana, sent. 27/1975, con scelta poi riconfermata dal legislatore con la legge 194 del 1978. Rispetto alla sentenza della Corte costituzionale non può che sorprendere la laconicità della motivazione, a tratti assertiva, se la si paragona con le ben più dotte e approfondite decisioni statunitensi, che ben si presta, a prescindere dal risultato, a giustificate critiche in punto di metodo decisionario, si veda, tra i tanti, CRESPI, *L'aborto vivo e vitale negli auspici della Corte costituzionale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1975, p. 566 ss.; BOScarelli, *Corte costituzionale e liberalizzazione dell'aborto*, ivi, p. 569 ss.

⁶⁴ Si noti oltretutto come proprio nelle più recenti sentenze di giudici costituzionali in questo ambito il giudizio di proporzionalità sia emerso con massima chiarezza non solo da un punto di vista sostanziale, ma sinanche dal punto di vista formale, con una puntuale strutturazione dell'argomentazione secondo i passaggi canonici di questo giudizio, cfr. il Supremo Tribunale Federale del Brasile, Sez. I, nella sentenza del 29 novembre 2016, ricorso 124.306.

⁶⁵ Sottolinea questo aspetto rispetto al dibattito statunitense sulla citata sentenza nel caso *Roe v. Wade*, DUBBER, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, in Hastings L.J., 2003-2004, p. 509 ss., 536 ss.

criminalizzazione a protezione della vita del concepito, valorizzato dal BVerfG in due oramai celebri sentenze⁶⁶.

1.4.5. *I divieti in materia di fecondazione medicalmente assistita e gestazione per altri*

Il giudizio di proporzionalità o di bilanciamento è stato di recente centrale nel dibattito dottrinale italiano riguardo alle norme di condotta poste in materia di fecondazione medicalmente assistita dalla legge 40/2004, che da subito si è attirata severe critiche della dottrina, volte a far emergere chiari profili di illegittimità costituzionale della disciplina⁶⁷.

Come è noto, quasi l'intera struttura di quella legge è venuta giù sotto i ripetuti colpi della giurisprudenza interna, sia per l'attivismo dei giudici di merito sia per alcune importanti decisioni della Corte costituzionale, e della giurisprudenza sovranazionale.

Anzitutto, la Corte costituzionale italiana ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto previsto dall'art. 14 comma 2° di quella legge di produzione di embrioni in numero superiore a tre e del correlativo obbligo di un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti⁶⁸. Come sempre, nella nostra prospettiva, ci interessa sottolineare come la decisione del nostro giudice costituzionale faccia espresso riferimento al fatto che "la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione"; la decisione poggia dunque sulla considerazione che il pur legittimo fine legislativo di tutela dell'embrione, tutelato rispetto all'ipotesi di una sovrapproduzione che possa privarlo di una possibilità di impianto, è da ritenersi

⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (1975); BVerfGE 88, 203 (1993).

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Il commento*, in *Dir. pen. e processo*, 2004, p. 416 ss.; CANESTRARI/FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Crim.*, 2008, p. 73 ss., 88 ss.; DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 440 ss.; RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 674 ss.

⁶⁸ V. Corte cost., sent. 151/2009, sulla quale diffusamente, anche in ordine alle ricadute pratiche della pronuncia, VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 225 ss.

comunque soccombente rispetto all'interesse a tutelare la salute della donna, compromessa dai rischi, da un lato, della reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica e, dall'altro, di gravidanze plurime. L'interesse preminente alla salute della donna rende pertanto ineludibile la previsione di un margine di discrezionalità tecnica al medico, al fine di una valutazione in concreto, al riparo da generali imposizioni legislative, del numero di embrioni che è necessario produrre e che è necessario impiantare in ciascun ciclo.

Come molto acutamente osservato in dottrina⁶⁹, si tratta di una conclusione alla quale era possibile giungere soltanto sulla base di un giudizio di bilanciamento, poiché anche in questo caso, come in tutti i casi già esaminati, era facilmente superabile il test di offensività della fattispecie, imperniata, come detto, sulla tutela dell'embrione.

Più di recente è venuto meno anche un altro dei divieti centrali della disciplina legislativa del 2004, quello di fecondazione eterologa, ancora una volta ad opera della Corte costituzionale⁷⁰, che in questo caso si è spinta più in là di quanto non avesse fatto in precedenza la Corte EDU⁷¹. Il divieto di fecondazione eterologa era stato da subito oggetto di una critica serrata da parte della dottrina sulla base di molteplici e convincenti argomenti⁷². Ma ai nostri fini è necessario solamente rilevare come la decisione della

⁶⁹ Molto chiaro sul punto DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1669 ss., 1676. Si vedano anche le importanti riflessioni di CANESTRARI/FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, cit., 88 ss., sulla necessità di rivolgersi soltanto alla norma-precetto e sull'indispensabilità di un giudizio di bilanciamento.

⁷⁰ V. Corte cost., sent. 162/2014; tra i tantissimi commenti, si veda in prospettiva costituzionale D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in BioLaw J., 2014, p. 13 ss.; MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in Giurcost, 2014, 1 ss.; VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in Ist. fed., 2015, p. 5 ss.; in prospettiva penalistica v. RISICATO, *La Corte costituzionale supera le esitazioni della Corte EDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1487 ss.; VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa" – Il commento*, in Dir. pen. e processo, 2014, p. 831 ss.

⁷¹ V. CtEDU, [GC], S.H. e al. c. Austria (2011), sulla quale cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 122 ss.

⁷² Oltre ai contributi già citati, si veda diffusamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 95 ss.; si veda altresì BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in Riv.

Corte costituzionale sia costruita con grande chiarezza metodologica sugli schemi del giudizio di bilanciamento. Di fronte alla finalità legislativa di tutela del figlio nato da procedure di fecondazione eterologa, la Corte costituzionale sottolinea la possibilità di garantirla anche attraverso soluzioni normative diverse dal puro e semplice divieto che risultino meno lesive del diritto all'autodeterminazione personale e alla salute della coppia, che tale divieto inevitabilmente lede. Anche in questo caso, dunque, la limitazione della scelta legislativa pare possibile solo su un piano di bilanciamento e non sulla base dell'assenza di offensività o di bene giuridico tutelato, posto che comunque in questi casi è possibile scorgere un interesse di tutela, per quanto fragile e appunto soccombente, rispetto al figlio nato da tali procedure.

Dopo una lunga vicenda giurisprudenziale, connotata dalle più diverse decisioni dei giudici di merito⁷³, e una chiara pronuncia di condanna ai danni dell'Italia da parte della Corte EDU⁷⁴, la Corte costituzionale ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di cui agli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 40/2014, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, al fine di rendere possibile a tali coppie una diagnosi genetica preimpianto⁷⁵. Ancora una volta è importante sottolineare come la decisione poggi sulla considerazione che "la normativa denunciata costituisce, pertanto, il risultato di un irragionevole bilanciamento

it. dir. e proc. pen., 2011, p. 90 ss., la cui riflessione sottolinea, anche al di là del tema in esame, l'indispensabilità metodologica del giudizio di bilanciamento.

⁷³ Per un'approfondita ricostruzione della complessa vicenda giudiziale si veda DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2011, p. 428 ss., 433 ss.

⁷⁴ V. CtEDU, Costa e Pavan c. Italia (2012).

⁷⁵ V. Corte cost., sent. 96/2015, sulla quale si v. l'approfondita nota di VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 1457 ss. Tale pronuncia è stata poco dopo seguita dalla sent. 229/2015, impostata dalla Corte costituzionale in termini di derivazione logica dalla precedente, che tuttavia si basa su un'interpretazione della fattispecie in esame fondatamente criticata dalla dottrina, si veda VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, in Dir. pen. e processo, 2016, p. 64 ss.

degli interessi in gioco”, soprattutto alla luce dell’incoerenza sistematica rispetto alla legge 194/1978.

La disciplina legislativa dettata nel 2004 è dunque in larga parte oramai superata. Ma anche nelle parti nelle quali conserva la sua vigenza, come ad esempio rispetto al divieto di sperimentazione scientifica sugli embrioni, di recente salvato dapprima dalla Corte EDU⁷⁶ e successivamente dalla Corte costituzionale⁷⁷, o rispetto al divieto di accesso per i single o per le coppie omosessuali, è importante osservare che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato e continua inevitabilmente a svilupparsi – a prescindere da come lo si risolve – attorno ad un giudizio di proporzionalità o di bilanciamento tra interessi confliggenti.

Superate in sede giurisprudenziale molte delle criticità della legge 40/2004, il dibattito si è ora spostato sul tema della gestazione per altri e in particolare sulla legittimità costituzionale del divieto assoluto posto dal legislatore nei confronti di questa tecnica⁷⁸. Vi è senza dubbio in questo caso una fondata esigenza di tutela da parte del legislatore della gestante, rispetto a ipotesi di sfruttamento e mercificazione del proprio corpo, ma si potrebbe fondatamente dubitare che questa esigenza possa sussistere altresì rispetto ad ipotesi di gestazione per altri gratuita e altruistica⁷⁹. Eppure

⁷⁶ V. CtEDU, [GC], Parrillo c. Italia (2015).

⁷⁷ V. Corte cost., sent. 84/2016, sulla quale si veda la nota di TIGANO, *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1 ss.

⁷⁸ Tale divieto è sancito e penalmente tutelato dall’art. 12, comma 6, della legge 40/2004, ma resta molto controversa la possibilità di ritenere autori di questa fattispecie anche coloro che usufruiscono di tale pratica e non solo il personale medico che la pratici. Controversa è anche la necessità o meno, ai fini della condanna per un fatto di gestazione per altri commesso all’estero, che tale pratica sia penalmente rilevante anche nel *locus commissi delicti*, al punto da aver suggerito alla Corte di cassazione, nella prima recente sentenza in materia, di ricorrere alla quanto mai rara constatazione di un errore inevitabile di diritto sul punto, v. Cass. Pen., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, sulla quale cfr. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 1088 ss.

⁷⁹ V., in questo senso, VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 150; VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw J.*, 2016, p. 131 ss., 145 ss. Ad altre conclusioni naturalmente si perviene allorché si ritiene di individuare, in assenza tuttavia di riscontri empirici univoci sul punto, un interesse alla tutela del nascituro, sulla base di danni per il suo sviluppo dal distacco rispetto alla gestante, cfr. in questo senso CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw J.*, 2016, p. 173 ss., 183 ss.

non si può nascondere che un tale intervento, nel senso della rigorosa regolamentazione in senso altruistico della gestazione per altri, non modificherebbe di molto la situazione reale che già oggi il nostro ordinamento si trova ad affrontare, poiché difficilmente una regolamentazione di questo tipo consentirebbe di soddisfare una “domanda” di gestazione per altri in continuo aumento, che continuerebbe verosimilmente a rivolgersi a Paesi stranieri caratterizzati da una completa liceità del fenomeno anche per fini di lucro e non di rado da una correlativa situazione di sfruttamento delle gestanti⁸⁰. Si comprende, dunque, come il dibattito dottrinale si sia concentrato e continuerà a concentrarsi soprattutto sulla disciplina interna, civile e penale, degli effetti di una gestazione per altri interamente realizzata all'estero⁸¹. Un primo punto fermo nel difficile bilanciamento di interessi confliggenti rispetto a queste vicende è stato molto opportunamente fissato dalla Corte EDU⁸², la quale ha indicato nell'interesse del figlio nato per mezzo dell'utilizzo di tale tecnica la stella polare cui orientare la disciplina nazionale.

In definitiva la disciplina, non solo italiana, della fecondazione medicalmente assistita e della gestazione per altri rappresenta un perfetto esempio dell'indispensabilità metodologica del giudizio di bilanciamento in una costellazione di casi di grane rilievo

⁸⁰ Per una sottolineatura della particolare difficoltà per ciascun ordinamento di dettare limiti credibili a questa pratica, stante il suo carattere tipicamente transnazionale, v. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in Riv. it. med. leg., 2015, p. 917 ss., 920; il dibattito è sempre più orientato dunque verso sforzi internazionali di regolamentazione di questa pratica, anche se scarse sono le *chance* di un'evoluzione in questo senso, laddove si consideri come tale pratica costituisca un autentico *asset* economico per alcuni Paesi, cfr. sul punto POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in BioLaw J., 2015, p. 7 ss.

⁸¹ La riflessione penalistica è al momento soprattutto concentrata sull'applicabilità in ipotesi di gestazione per altri commesse all'estero della fattispecie codicistica di alterazione di stato, oggetto negli ultimi anni di diversi e talvolta contrastanti pronunciamenti dei giudici di merito, si vedano, tra gli altri, i contributi sul punto di SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in Riv. it. med. leg., 2015, p. 1546 ss.; TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 418 ss.; TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in Dir. pen. cont., 2015, p. 1 ss.

⁸² V. le due decisioni emesse nel medesimo giorno dalla Corte EDU nei casi Labassee c. Francia (2014) e Mennesson c. Francia (2014) e, da ultimo, [GC], Paradiso e Campanelli c. Italia (2017).

e di grande attualità⁸³; non a caso, proprio per la grande importanza e diffusione che il dibattito in materia di fecondazione medicalmente assistita ha avuto nella dottrina penalistica, esso ha forse rappresentato, in maniera più netta che in passato rispetto ad altre costellazioni di casi, un momento di svolta, anche teorica, per l'apertura metodologica della penalistica al giudizio di bilanciamento⁸⁴.

1.4.6. *I divieti in materia di fine vita*

Sempre rimanendo nell'ambito dei c.d. temi eticamente sensibili, non può essere qui omissis un accenno, vista l'enorme complessità dei differenti aspetti di questa problematica, ai divieti in materia di fine vita. Il quadro come detto è molto complesso, involgendo fenomeni tra loro anche molto eterogenei come il rifiuto di cure salvavita, le direttive anticipate di trattamento, il suicidio medicalmente assistito e ancora altri diversi fenomeni⁸⁵.

Eppure, anche rispetto a questo contesto di grande complessità, l'unico punto fermo pare rappresentato ancora una volta dalla necessità di un giudizio di bilanciamento, prima da parte del legislatore e poi da parte del giudice costituzionale, tra interessi confliggenti, tutti in sé considerati certamente meritevoli di riconoscimento e tutela in prospettiva costituzionale.

A prescindere dunque dalla maggiore o minore propensione dei diversi giudici costituzionali nell'intervenire in questa materia⁸⁶, o altresì dal segno della decisione in

⁸³ Vedi in termini generali VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 49 ss.

⁸⁴ Cfr., in particolare, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 285 ss.; ID., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 739 ss., 771 ss.

⁸⁵ Non può che rinviarsi per il necessario approfondimento a CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 97 ss.; RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, 30 ss.

⁸⁶ È nota la particolare ritrosia finora della Corte EDU nel sindacare le scelte nazionali in questa materia, in un contesto di posizioni estremamente diversificate tra gli Stati contraenti, cfr. da ultimo la sentenza nel caso, [GC], Lambert c. Francia (2015); e in precedenza le sentenze nei casi Koch c. Germania (2012), Haas c. Svizzera (2011) e Pretty c. Regno Unito (2002).

termini di riduzione dell'area del penalmente rilevante⁸⁷, ciò che interessa qui ancora una volta mettere in risalto è l'assoluta inidoneità dei classici principi penalistici in tema di limiti alle scelte di criminalizzazione a fornire un qualsiasi utile apporto alla discussione in questi ambiti e l'indispensabilità, al contrario, del modello metodologico offerto dal giudizio di proporzionalità⁸⁸.

1.4.7. *L'obbligo di prestazione del servizio militare*

Un altro caso di fondamentale rilievo che è opportuno trattare è quello relativo all'obbligo di prestazione del servizio militare, obbligo tra i più essenziali all'interno di tantissimi ordinamenti nazionali, soprattutto fino a qualche lustro fa, e non a caso spesso consacrato all'interno dei testi costituzionali. Proprio rispetto a questo obbligo, tuttavia, grande da sempre è l'opposizione di settori minoritari della popolazione che, sulla base di profonde convinzioni religiose e, meno frequentemente, filosofiche, rifiutano di essere armati o *tout court* di prestare la propria opera al servizio dei corpi militari dello Stato.

Se dunque nessun problema pone il bilanciamento tra la libertà personale e l'esigenza collettiva di difesa, unanimemente risolto a favore di quest'ultima, da sempre molto discusso è il bilanciamento dell'esigenza collettiva di difesa rispetto alla libertà di pensiero e religiosa dei singoli alla base dell'obiezione di coscienza e del rifiuto del servizio militare. Ebbene, la criminalizzazione di questa condotta nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici ha ceduto nel tempo il passo, sulla base di riforme legislative, all'istituzione, variamente regolamentata, di servizi militari non armati o di servizi civili sostitutivi, così da contemperare in un diverso bilanciamento l'esigenza collettiva di difesa con il rispetto della libertà religiosa e di coscienza dei singoli. Non deve quindi stupire che i giudici costituzionali, e si pensi anzitutto alla nostra Corte

⁸⁷ Riduzione dell'area del penalmente rilevante tutt'altro che insignificante se si guarda, ad esempio, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della criminalizzazione del suicidio medicalmente assistito ad opera della Corte suprema canadese nel caso *Carter v. Canada (Attorney General)* [2015] 1 S.C.R. 331.

⁸⁸ Si veda per un utilizzo di questa chiave di lettura per analizzare il tema in esame CANESTRARI/FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, cit., 80 ss.

costituzionale⁸⁹, siano stati piuttosto chiamati ad intervenire sulla disciplina di tali obblighi sostitutivi, spesso invero nati con il malcelato intento di disincentivarne la scelta attraverso un trattamento discriminatorio e deteriore rispetto al servizio militare.

Eppure non mancano alcuni rari casi, nei quali in assenza di un intervento legislativo di tal fatta, i singoli condannati per il loro rifiuto di sottoporsi al servizio militare obbligatorio abbiano dubitato della costituzionalità di tale criminalizzazione e della ragionevolezza del bilanciamento tracciato dal legislatore tra i contrapposti interessi collettivi ed individuali, cosicché possiamo giovarci di tale giurisprudenza per osservare ancora una volta come opera il giudizio di bilanciamento e mappare un altro caso nel quale con chiarezza giudici costituzionali hanno enucleato un limite invalicabile alle scelte legislative di criminalizzazione⁹⁰.

Per un lungo periodo i giudici raggiunti da ricorsi in materia di obiezione di coscienza hanno sbarrato la strada già in sede di giudizio di ammissibilità agli stessi, negando che tale diritto fosse ricompreso all'interno dei testi da essi interpretati⁹¹. Ed invero tale conclusione pareva confortata dal dato letterale degli stessi, si pensi agli identici articoli 4 della CEDU, 6 della Convenzione americana sui diritti umani e 8 del

⁸⁹ Per una ricostruzione dei molteplici interventi della nostra Corte costituzionale di vera e propria riscrittura della disciplina legislativa in materia di servizio civile si veda l'approfondita rassegna di COPPI, *Difesa della patria, obiezione di coscienza e reati militari (art. 52 Cost.)*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 267 ss., 278 ss.

⁹⁰ In un certo qual modo paradossale la vicenda italiana nella quale prima della previsione legislativa dell'obiezione di coscienza al servizio militare avvenuta con la legge 772 del 15 dicembre 1972 non si era mai sollevata questione di legittimità circa la sua criminalizzazione, mentre una questione di legittimità costituzionale fu sollevata in senso diametralmente opposto per chiedere la dichiarazione di incostituzionalità dell'intera disciplina legislativa, in quanto essa confliggerebbe con l'obbligo inderogabile di difesa della Patria. La corte costituzionale, sent. 164/1985, ebbe facile gioco nel risolvere la questione sulla base della distinzione, tracciata già nella prima sentenza in materia, sent. 53/1967, tra il dovere di difesa della Patria di cui al primo comma dell'art. 52 e il diverso e più circoscritto dovere di prestare il proprio servizio militare di cui al secondo comma, questo sì certamente derogabile per legge come previsto dalla stessa Costituzione. *Amplius*, ancora, COPPI, *Difesa della patria, obiezione di coscienza e reati militari (art. 52 Cost.)*, cit., 273 ss.

⁹¹ Questo è stato l'orientamento costante del Comitato ONU per i diritti dell'uomo, cfr. Muhonen c. Finlandia (1990) e L.T.K. c. Finlandia (1990); della Commissione interamericana per i diritti umani, v. Cristián Daniel Sahli Vera e al. c. Cile (2005) e Alfredo Díaz Bustos c. Bolivia (2005); della Commissione Europea dei Diritti Umani, cfr. Grandrath c. Germania (1966), G.Z. c. Austria (1973) e X. c. Germania (1976).

Patto internazionale sui diritti civili e politici, che escludendo il servizio militare e il servizio civile dall'ambito di applicazione del divieto di schiavitù e lavori forzati, si riferivano a quest'ultimo con l'inciso "nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima", indicando dunque la non contrarietà in astratto a che gli Stati potessero non riconoscere la legittimità di tale condotta.

Chiaramente gli sviluppi legislativi a livello nazionale⁹² e sovranazionale⁹³ hanno consentito a questi organi giurisdizionali di percorrere con più audacia un'altra strada interpretativa, sottovalutando il pur presente dato letterale nel senso della liceità della criminalizzazione e ridefinendo in termini di maggiore astrattezza la questione proposta⁹⁴. In effetti, non è necessario riconoscere l'esistenza di per sé del diritto all'obiezione di coscienza, ma semplicemente osservare che l'obbligo statale *de quo* rappresenta una sicura ingerenza nel godimento della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, come prevista dall'art. 9 CEDU e dall'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. È sufficiente, infatti, questo passaggio ad attivare il giudizio di proporzionalità il cui esito, e non già il cui presupposto, potrà essere il riconoscimento di un diritto all'obiezione di coscienza e dell'illegittimità del rifiuto in questi casi dell'obbligo di prestare il servizio militare.

Il Comitato per i diritti dell'uomo dell'ONU prima e la Corte EDU dopo hanno dunque sottoposto la limitazione statale della libertà appena citata ad un giudizio di proporzionalità, per bilanciare le ragioni addotte dagli Stati rispetto alla limitazione sofferta dagli individui, escludendo, nei casi specifici a loro sottoposti, che la messa in opera di un sistema alternativo di servizio nell'interesse collettivo, limitato soltanto a coloro che ripudino convintamente in coscienza il servizio militare, possa rappresentare

⁹² Per quanto riguarda il Consiglio d'Europa al momento del riconoscimento giurisprudenziale dell'obiezione di coscienza la Corte EDU poteva contare sul riconoscimento legislativo in 44 dei 47 Paesi membri.

⁹³ Oltre agli innumerevoli atti di vario tipo e valore in sede ONU e in sede di Consiglio d'Europa e di Unione europea, è fondamentale sottolineare come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea abbia provveduto a dare esplicito riconoscimento all'obiezione di coscienza nel secondo comma dell'articolo 10.

⁹⁴ Si veda il già citato TRIBE/DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, 1991, 73 ss.

un pericolo tale per l'interesse pubblico alla sicurezza collettiva da bilanciare la grave lesione subita da questi individui⁹⁵.

Si potrà discutere sulla bontà del bilanciamento nel singolo caso e certo il bilanciamento è frutto anche qui di valutazioni non solo assiologiche ma anche fattuali, cosicché potrebbe ben essere diverso in momenti di grave pericolo internazionale per lo Stato o in presenza di una struttura militare arretrata e più basata sul numero dei soldati, seppure alcune decisioni sono relative a Stati indubbiamente peculiari in termini di esigenze di difesa militare⁹⁶ e lasciano quindi intravedere un bilanciamento assiologico molto saldo. Ma a prescindere da qualsiasi considerazione di merito, emerge ancora una volta dal punto di vista metodologico la capacità del giudizio di proporzionalità di offrire uno schema trasparente entro il quale valutare e soppesare gli interessi in conflitto e respingere, se del caso, una scelta legislativa limitativa di diritti fondamentali.

1.4.8. *I divieti in materia di prostituzione*

La criminalizzazione della prostituzione ha da sempre rappresentato uno dei temi più aspramente dibattuti in materia di limiti alle scelte di criminalizzazione legislativa. Si tratta di un tema di grandissima complessità, stranamente trascurato dalla dottrina italiana più recente, mentre a livello internazionale rappresenta forse uno dei temi sui quali in assoluto più si è discusso e scritto negli ultimi decenni. Come sempre non è nostra intenzione offrire una panoramica compiuta ed accurata di questo dibattito, né tantomeno suggerire soluzioni e giuste risposte al fenomeno; ci preme evidenziare, rispetto ad un tema per molti versi ideale a questo scopo, la necessità anche in tale

⁹⁵ Si veda per il Comitato ONU per i diritti dell'uomo dapprima in un *obiter dictum* il caso J.P. c. Canada (1991), e poi soprattutto i casi riuniti Yeo-Bum Yoon e Myung-Jin Choi entrambi contro la Repubblica di Corea (2007). Per la Corte EDU il *revirement* espresso rispetto alla precedente giurisprudenza è avvenuto ad opera della Grande Camera nel caso [GC], Bayatyan c. Armenia (2011), poi seguita nei casi Erçep c. Turchia (2011), Savda c. Turchia, Feti Demirtaş c. Turchia, Tarhan c. Turchia (2012), Buldu e al. c. Turchia (2014). Si veda anche il parere del Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria dell'ONU 8/2008 nei confronti della Colombia e 16/2008 nei confronti della Turchia.

⁹⁶ Si pensi, ad esempio, al già citato parere del Comitato ONU nei confronti della Corea del Sud.

contesto di rifarsi agli strumenti metodologici offerti dal giudizio di proporzionalità e l'incapacità da parte dei concetti penalistici di bene giuridico o di *harm* o *offense principle* di offrire utili coordinate alla discussione.

Naturalmente, al fine di semplificare un panorama di questioni già molto complesso, è bene anzitutto escludere dalla nostra discussione la prostituzione minorile o di soggetti non pienamente capaci di intendere o di volere, poiché in questi casi per ovvie ragioni non è possibile riferirsi ad alcun reale consenso da parte di tali soggetti e dunque il bilanciamento legislativo assume tratti del tutto diversi e invero non problematici.

Ebbene, è interessante anzitutto notare come rispetto a questo tema siano mutati nel tempo gli stessi cardini della discussione. Per decenni, se non per secoli, discutere dei limiti alla criminalizzazione della prostituzione significava anzitutto trattare dei limiti alla punibilità della stessa prostituta, mentre da qualche lustro la discussione si è piuttosto orientata sulla possibilità di criminalizzare i clienti dell'attività prostitutiva.

Occorre partire, seguendo questa stessa progressione, anzitutto dai limiti alla criminalizzazione della stessa prostituta. Come abbiamo più volte osservato discutere dei limiti alle scelte di criminalizzazione richiede anzitutto e in qualsiasi caso un'attenzione profonda e una costante ricerca di analisi empiriche criminologiche e sociologiche, poiché esse sono decisive rispetto alla ragionevolezza dei bilanciamenti legislativi. La realtà che tali studi ci insegnano è quella di una porzione di prostitute, più o meno grande in ciascuna realtà nazionale, costrette alla prestazione della propria attività sessuale, nella maggior parte dei casi all'interno di strutture criminali⁹⁷. In questi casi, spesso numericamente predominanti, non ha senso alcuno parlare di criminalizzazione della prostituta, chiaramente vittima essa stessa di un odioso fenomeno criminoso di schiavitù sessuale, sulla legittimità della cui criminalizzazione non vi è chi possa dubitare.

⁹⁷ Si veda, in relazione al nostro Paese, tra i tanti, BECUCCI/GAROSI, *Corpi globali. La prostituzione in Italia*, Firenze, 2008, 41 ss.; CENTORRINO/SCAGLIONE, *Il fenomeno della prostituzione in Italia*, in SIGNORINO/SAITTA/CENTORRINO (a cura di), *Sex industry. Profili economici e sociali della prostituzione*, Napoli, 2009, p. 31 ss.

La nostra riflessione non può allora che concentrarsi su quella porzione di prostitute per le quali è dato riscontrare un consenso all'attività di prostituzione. Rispetto a questa attività la discussione è stata a lungo dominata dalla frattura tra un'impostazione conservatrice e moralista, rispetto alla quale la criminalizzazione è certamente giustificata dal carattere moralmente abietto della pratica⁹⁸, e l'opposta impostazione liberale, la quale, negando qualsiasi criminalizzazione basata su giudizi morali, ammette al massimo la criminalizzazione dei comportamenti pubblici di procacciamento dell'attività di meretricio, fondando questa sulla molestia da questi causata rispetto alla maggioranza dei consociati moralmente disgustati dalla pubblica messa in mostra di tale mercimonio⁹⁹.

Rispetto, dunque, alla prostituzione esercitata consensualmente in privato, ripudiata qualsiasi giustificazione moralistica, ad opporsi alla criminalizzazione sarebbe l'inesistenza di un qualsiasi *harm* o *offense* nella condotta o, in termini continentali, l'inesistenza di un bene giuridico tutelato da una tale fattispecie incriminatrice.

Il dibattito degli ultimi decenni ha radicalmente ribaltato i termini della nostra discussione¹⁰⁰. Alle ragioni moralistiche si sono infatti sostituiti argomenti, variamente formulati e variamente persuasivi, fondati rigorosamente sulla presenza di un danno e di un bene giuridico tutelabile rispetto all'attività prostitutiva. Si è fatto riferimento in ottica sociale e collettiva all'elevato rischio di propagazione di malattie sessualmente trasmissibili connaturato a questa attività, quindi in termini di tutela della salute collettiva, oppure, in periodi caratterizzati dall'affermarsi di ideologie securitarie di *zero tolerance*, all'incidenza della tolleranza di tale attività sull'aumento dell'attività criminale e sul degrado urbanistico, significativo anche in termini economici in ottica turistica¹⁰¹. Ma soprattutto, si è fatto riferimento ai gravi danni alla salute fisica e

98

⁹⁹ Si veda, in giurisprudenza, la sentenza della Corte suprema canadese nel caso *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)* [1990] 1 S.C.R. 1123, con la quale viene dichiarata legittima la fattispecie incriminatrice introdotta dal legislatore canadese per punire questo tipo di comportamenti.

¹⁰⁰ Si veda, ancora una volta la lucidissima analisi di HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, cit., 147 ss.

¹⁰¹ Su tale ultimo aspetto ancora HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, cit., 149 ss.

psicologica delle prostitute¹⁰², ai pericoli per l'incolumità delle stesse, vittime in misura assolutamente sproporzionata di reati violenti, e, in definitiva, a dati scioccanti rispetto alla aspettativa di vita sensibilmente minore in confronto a quella media del genere di appartenenza¹⁰³.

Di fronte a questo mutamento di paradigma è, allora, interessante osservare come anche il fronte dei sostenitori della non criminalizzazione si sia piuttosto assestato su argomenti in ottica di riduzione del danno, sulla base del presupposto della ineludibilità del fenomeno.

Anche in questa ipotesi, dunque, non ci porta lontano una discussione in termini di esistenza o meno di *harm* o di beni giuridici tutelabili, ma, come sempre, è necessario piuttosto bilanciare i sempre identificabili costi individuali e sociali del fenomeno con il diritto sotteso al suo esercizio. In altri termini, anche in questo caso, occorre chiedersi se il divieto di prostituzione leda l'autonomia sessuale della prostituta, nella quale rientra senza alcun dubbio anche la libertà di concedere prestazioni sessuali a pagamento, in maniera sproporzionata rispetto alle finalità prese di mira dal legislatore. Ancora una volta dunque la soluzione è tutt'altro che semplice e passa per l'attenta ponderazione, sulla base dei dati empirici disponibili rispetto al singolo ordinamento, di tutti gli argomenti rappresentati, soprattutto, come è ovvio, rispetto alla possibilità di raggiungere le finalità legislative attraverso strumenti meno lesivi del diritto fondamentale del singolo rispetto al divieto puro e semplice. È in quest'ottica appunto di riduzione del danno che attualmente si propone e difende la legalizzazione o decriminalizzazione del fenomeno al fine di ridurre l'incidenza dei danni precedentemente elencati¹⁰⁴. Ma anche qui, fondamentale è discutere, sulla base di

¹⁰² V. MACKINNON, *Trafficking, Prostitution, and Inequality*, in Harv. C.R.-C.L. L. Rev., 2011, p. 271 ss., 282, 286 ss.

¹⁰³ V. MACKINNON, *Trafficking, Prostitution, and Inequality*, cit., 277, ove vi sono numerosi riferimenti in nota a studi empirici condotti negli Stati Uniti e in Canada.

¹⁰⁴ Tra le tante prese di posizione, di recente, molta risonanza ha avuto la decisione di Amnesty International di schierarsi apertamente per questa soluzione, v. la nota del consiglio internazionale dell'associazione dell'undici agosto 2015, disponibile sul sito della stessa.

affidabili ricerche empiriche, dell'effettiva idoneità di tali strumenti alternativi nel raggiungimento dei fini di tutela legislativi¹⁰⁵.

Ma soprattutto è facile notare che i danni e i rischi più concreti riguardano la stessa prostituta, rispetto alla quale il divieto agirebbe chiaramente in ottica paternalistica. In questo caso il bilanciamento diviene ancora più complesso naturalmente, poiché il danno da scongiurare dal punto di vista legislativo è accettato dal soggetto del quale vorrebbe limitarsi l'autonomia sessuale.

Non vorremmo anticipare il successivo passaggio del giudizio di proporzionalità, ma, a nostro sommo avviso, molto più che il divieto in sé, ciò che diventa inaccettabile in questo caso è la criminalizzazione in caso di violazione del divieto. In altri termini ciò che non è ritenuto ragionevole è criminalizzare e quindi stigmatizzare ulteriormente attraverso la previsione di una sanzione penale, dalla oltremodo dubbia effettività in termini di deterrenza, il soggetto che è già inevitabilmente vittima di questo fenomeno e nel cui interesse si vorrebbe agire. È dunque un dato assodato nella discussione, da qualsiasi punto di vista si intervenga, la necessità di non sottoporre a sanzione penale la prostituta e, a nostro sommo avviso, questo risultato sarebbe anche difendibile in sede costituzionale come irragionevole bilanciamento legislativo rispetto alla libera autodeterminazione della prostituta. Eppure, al tempo stesso, non ci pare di poter affermare l'irragionevolezza in sé del bilanciamento sottostante al divieto di prostituzione, qualora ad esempio questo divieto sia funzionale ad un regime di tassazione discriminatorio e sfavorevole, volto a rendere economicamente meno fruttuosa l'attività e a sostenere i più elevati costi sociali della stessa, o funzionale a consentire una sottoposizione obbligatoria della prostituta ad incontri nei quali possa essere edotta dei rischi della sua attività. È chiaro, infatti, che in caso di irragionevolezza in sé del divieto tali misure non sarebbero giustificabili, in quanto lesive di un diritto fondamentale ritenuto preminente.

¹⁰⁵ V. MACKINNON, *Trafficking, Prostitution, and Inequality*, cit., 304 ss., ove riferimenti ad una vasta letteratura sugli effetti di incremento della tratta di esseri umani a fini prostitutivi dei regimi di legalizzazione della prostituzione e alla relazione del governo tedesco sugli effetti della legge di legalizzazione, che conclude nel senso del mancato ottenimento degli obiettivi da essa prefissi di miglioramento delle condizioni delle prostitute.

Si è dunque affermato che oramai vi è consenso unanime circa l'opportunità di non criminalizzare la prostituta e, anzi, si è detto che un'eventuale scelta in questo senso da parte del legislatore potrebbe essere dichiarata incostituzionale perché frutto di un irragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali in campo. Fino a qualche lustro fa avremmo benissimo potuto terminare qui la nostra discussione, ma, come si è detto, il vero dibattito attualmente in corso a livello internazionale è sull'opportunità di criminalizzare la condotta del cliente della prostituta. Tale posizione è difesa con forza da numerosi accademici e associazioni a livello internazionale¹⁰⁶ ed è stata attuata in diversi Stati¹⁰⁷, fino ad essere assunta in atti non vincolanti a livello sovranazionale come *best practice* sulla quale gli Stati nazionali dovrebbero riflettere¹⁰⁸.

Anche in questa ipotesi, chiaramente, il punto più delicato è la criminalizzazione rispetto a quei casi nei quali la prostituta consenta realmente allo scambio e non sia invece in una condizione di schiavitù sessuale. Da questo punto di vista, minori dubbi di legittimità costituzionale dovrebbero porre in teoria fattispecie incriminatrici ritagliate attorno all'elemento della conoscenza dello stato di costrizione della prostituta; nella prassi, tuttavia, è facile immaginare che tali norme o trovino scarsa applicazione, data la difficoltà di provare il dolo del cliente¹⁰⁹, oppure se modellate in termini di responsabilità colposa o addirittura, dove possibile, oggettiva¹¹⁰, senza dubbio opereranno una deterrenza rispetto a qualsiasi attività prostitutiva, anche consensuale, stante il rischio sempre incombente di condanna. Certo si potrebbe anche percorrere la strada, non semplice, di criminalizzare il cliente soltanto rispetto ad alcuni tipi di prostituzione rispetto ai quali le evidenze empiriche dimostrano un tasso

¹⁰⁶ V. MACKINNON, *Trafficking, Prostitution, and Inequality*, cit., 272 per una prima lista di organizzazioni attive a livello internazionale in questo senso.

¹⁰⁷ Dopo la decisione della Svezia nel 1998, questo modello è stato adottato dall'Islanda, dalla Norvegia, dalla Corea del Sud e dalla Francia.

¹⁰⁸ Si veda ad esempio la risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 (2013/2103(INI)) e la risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 20 marzo 2014 (Doc. 13446).

¹⁰⁹ Richiede il dolo della situazione di vittima di traffico della prostituta, ad esempio, la fattispecie incriminatrice recentemente introdotta a Malta (art. 248F.2 del codice penale).

¹¹⁰ In questo senso, ad esempio, nel Regno Unito, il nuovo art. 53A del Sexual Offence Acts inserito dall'art. 14 del Policing and Crime Act 2009.

praticamente nullo di soggetti non coartati, si pensi alla prostituzione femminile in strada o alla prostituzione ancora oggi svolta in forma imprenditoriale in case di tolleranza occulte o alla prostituzione di soggetti migranti. Diminuendo in questi gruppi l'incidenza della prostituzione autonoma e consapevole, è difficile ipotizzare dubbi di irragionevolezza rispetto alla criminalizzazione dei clienti.

La criminalizzazione del cliente nei casi di rapporti consensuali può anzitutto poggiare sull'esigenza strumentale dello Stato di reprimere il fenomeno della schiavitù sessuale, poiché solo una criminalizzazione a tutto campo eliderebbe il problema di provare in ciascun caso la coercizione della prostituta. Ma è sempre lecito dubitare in uno Stato costituzionale della lesione di un diritto fondamentale del singolo, in questo caso della prostituta alla propria autodeterminazione sessuale, per fini di utilità generale relativi a diverse condotte. Chiaramente la ragionevolezza del bilanciamento legislativo molto poggerà in questo caso sui rapporti tra i due tipi di prostituzione all'interno del proprio Stato e sul peso dato al diritto della prostituta alla propria autodeterminazione sessuale. Ma, anche in questo caso, il giudizio di proporzionalità ci dovrà portare ad interrogarci sulla possibilità di ricorrere a strumenti meno lesivi di tale diritto fondamentale e dunque alla possibilità in un regime di legalizzazione di distinguere tra i due tipi di prostituzione.

La criminalizzazione potrebbe però fondarsi in questi casi anche sull'esigenza di tutelare la stessa prostituta consenziente rispetto ai rischi per essa derivanti dall'esercizio della prostituzione. Come sempre il dibattito è allora piuttosto sul se la criminalizzazione del cliente riduca tali rischi o, invece, paradossalmente spingendo l'attività prostitutiva a nascondersi ulteriormente, per venire in contro alle esigenze del cliente di sottrarsi al controllo delle forze dell'ordine, non finisca per acuire i rischi per le stesse prostitute.

Si tratta a ben vedere di una scelta di opportunità che andrebbe attentamente fatta alla luce dei dati empirici disponibili e delle particolarità nazionali, tra le quali, molto importante, anche la deterrenza che la sanzione penale è capace di generare nei diversi Paesi; ma, a nostro sommo avviso, a differenza che nei confronti della prostituta, è lecito dubitare che un'eventuale scelta di criminalizzazione del cliente possa prestarsi ad essere invalidata nel vaglio di costituzionalità.

Ci siamo dilungati anche troppo su questa spinosa materia, ma ci è parso che si sia dimostrata nuovamente la capacità dello strumentario metodologico costituzionalistico e del giudizio di proporzionalità in particolare di offrire uno schema di discussione molto più strutturato e proficuo di quanto non riescano ad offrire i tradizionali concetti penalistici.

1.4.9. I divieti in materia di pornografia e pornografia minorile

Pochi altri temi sono così in grado di far comprendere così chiaramente l'ineludibilità dell'approccio costituzionalistico, in termini di giudizio di bilanciamento, quanto il tema della pornografia.

Ebbene già una considerazione in termini autonomi della pornografia non è per nulla scontata, ma frutto di un cambio di impostazione radicale del discorso, che l'ha sottratta – come vedremo – dall'ambito generale dell'osceno nel quale era incasellata.

La pornografia, infatti, è stata per molto tempo esaminata, all'interno di un più ampio stuolo di fenomeni, da comportamenti esibizionistici all'esposizione o propaganda di metodi abortivi o contraccettivi, come si è già visto, fino ad arrivare alla messa in vendita di *sex toys*¹¹¹. Il *trait d'union* di questi quanto mai diversi casi era appunto rappresentato dalla prospettiva di tutela dalla quale muoveva quel legislatore, cioè esclusivamente la tutela del fruitore, del soggetto sottoposto alla visione di questi oggetti o pratiche; il timore era genuinamente morale rispetto alla corruzione rappresentata dal diffondersi di determinate pratiche socialmente riprovevoli¹¹².

Dinanzi a questa impostazione si comprende lo sforzo, in prospettiva liberale e laica, di limitare la tutela soltanto rispetto alle ipotesi di visione non consensuale o da parte di soggetti, in primo luogo i minorenni, incapaci di prestare un valido consenso. Soltanto in questi casi pare possibile individuare una componente di danno, rispetto al

¹¹¹ Sulla legittimità della criminalizzazione della messa in vendita di *sex toys* vi sono stati, anche di recente, orientamenti contrastanti nella giurisprudenza statunitense. Nel senso della legittimità v. Corte d'appello degli Stati Uniti, 11° Circuito, caso *Williams v. Pryor*, 240 F.3d 944 (11th Cir.2001). Per una dichiarazione di illegittimità costituzionale v., invece, Corte d'appello degli Stati Uniti, 5° Circuito, caso *Reliable Consultants Inc. v. Earle*, 517 F.3d 738 (5th Cir. 2008).

¹¹²

sano sviluppo psichico del minore, o quantomeno di molestia, rispetto ai maggiorenni, in grado di giustificare il divieto legislativo¹¹³. Al di fuori di questo contesto, invece, non sarebbe possibile nessuna giustificazione in termini di danno o di molestia, o, volendo, in termini di bene giuridico tutelabile, ma la scelta legislativa si fonderebbe, illegittimamente, su una mera imposizione di una preferenza morale.

È chiaro, dunque, come questa impostazione si traducesse nella necessità, venendo al campo di nostro interesse della pornografia, di punire le condotte di vendita o distribuzione realizzate in modo tale da coinvolgere minorenni o maggiorenni non consenzienti, ma di escludere qualsiasi altro intervento punitivo statale.

Questa divisione tra approccio conservatore, di stampo morale, e approccio progressista, di stampo liberale è, tuttavia, oramai definitivamente superata e con essa la possibilità stessa di trattare questo tema sotto l'angolo visuale dell'assenza di danni o molestie o di beni giuridici tutelabili.

Oramai è da tempo consolidata una vasta letteratura che modificando radicalmente il punto di osservazione, ha respinto qualsiasi considerazione in termini di osceno nella prospettiva del fruitore, per andare alla ricerca, rispetto al peculiare fenomeno della pornografia i danni individuali e sociali dalla stessa prodotti: danni individuali rispetto ai soggetti coinvolti nella produzione, danni sociali in termini di discriminazione di genere e incitamento a comportamenti di violenza ed abuso¹¹⁴.

¹¹³ Questo approccio è, ad esempio, alla base della riscrittura operata dalla nostra Corte costituzionale dell'art. 528 c.p. con la sentenza 368/1992. Sulla tutela dei minorenni si basava e si basa la disciplina tedesca, nonostante l'ampiezza di alcuni divieti, come quello assoluto di proiettare film pornografici nelle normali sale cinematografiche – dichiarato costituzionalmente legittimo dal BVerfG, BVerfGE 47, 109 (1978), non senza una buona dose di *self restraint* – pare celare talvolta una volontà legislativa di più ampia censura morale di questo fenomeno. Diverso sembra essere l'approccio della Corte suprema americana, che da un lato ha affermato l'illegittimità del divieto di detenzione del materiale pornografico, v. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), ma dall'altro ha sempre ritenuto legittimi divieti anche indiscriminati di importazione, vendita, trasporto o invio di materiale pornografico, cfr. *United States v. Reidel*, 402 U.S. 351 (1971); *United States v. Thirty-seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973); *United States v. Orito*, 413 U.S. 139 (1973); *Smith v. United States*, 431 U.S. 291 (1977), così dimostrando quanto l'illegittimità del divieto di detenzione si fondi più sulla sacralità della vita privata all'interno della propria abitazione che sulla considerazione di legittimità in sé della pornografia.

¹¹⁴ Questo mutamento radicale di paradigma nel discorso sulla pornografia è soprattutto opera dei lavori di una parte del femminismo americano, si vedano *in primis* DWORKIN, *Pornography*:

Si comprende, dunque, come in presenza di danni anche ipoteticamente riconducibili al fenomeno della pornografia la soluzione non possa che trovarsi in un giudizio di proporzionalità rispetto ai divieti legislativi. Si dovrà allora bilanciare il diritto fondamentale leso dal divieto di detenzione o di produzione di materiale pornografico¹¹⁵ con la capacità di tale divieto di avanzare il fine legislativo di scongiurare i danni ipoteticamente ricollegati alla diffusione di materiale pornografico¹¹⁶. Da questo punto di vista, quindi, occorrerà interrogarsi sulla fondatezza delle prognosi di pericolo sottese alla scelta legislativa, saranno in altri termini decisive le evidenze empiriche sull'esistenza o meno di un nesso di causalità tra la diffusione di pornografia e danni sociali e individuali ipotizzati.

La legittimità o l'illegittimità del divieto di produzione, divulgazione o detenzione non è, dunque, affermabile in senso assoluto, ma sarà sempre un giudizio relativo al contesto spaziale e al momento temporale nel quale esso si svolge, sulla base delle relative evidenze empiriche. Da questo punto di vista è comprensibile anche che al cambiamento del tipo di materiale esaminato, si pensi soprattutto alla pornografia caratterizzata da violenza, potranno cambiare i giudizi in termini di pericolosità delle condotte di divulgazione o detenzione del materiale e quindi il corrispettivo bilanciamento con le libertà lese dalla norma di condotta¹¹⁷.

Men Possessing Women, New York, 1981 e MACKINNON, *Not a Moral Issue*, in Yale L. & Pol'y Rev., 1983, p. 321 ss. e ID., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, 1989, p. 195 ss. In Italia si guardi l'approfondita trattazione dei diversi tipi di danno ricollegabili alla pornografia di VERZA, *Il dominio pornografico*, Napoli, 2006, 111 ss. Per una generale ricostruzione critica di questo mutamento di paradigma anche rispetto alla pornografia cfr. ancora HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, cit., spec. 140 ss.

¹¹⁵ Tale diritto non potrà che essere identificato ancora una volta nella libertà di autodeterminazione personale o nel diritto al libero sviluppo della personalità. Sul punto si veda anche l'ampia ricostruzione, partendo proprio dal tema della pornografia, del "diritto all'indipendenza morale" di DWORKIN, *Is There a Right to Pornography?*, in Oxford J. Legal Stud., 1981, p. 177 ss., 194 ss.

¹¹⁶ Con grande acutezza formulava la questione in termini di bilanciamento, senza ricorrere ai tradizionali concetti penalistici, già FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984, p. 139 ss.

¹¹⁷ Proprio sulla base della distinzione tra *harte* e *einfache Pornographie* si è mosso, ad esempio il legislatore tedesco, prevedendo discipline completamente differenti ai paragrafi 184 e 184a del StGB, cfr., *amplius*, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, 2005, 410 ss.: Una simile diversificazione

Non si vuole qui in alcun modo sostenere che sia legittima o illegittima una scelta di criminalizzazione di determinati divieti in materia di pornografia, ciò che pare ben dimostrare questo caso è come l'approccio metodologico costituzionalistico riesca meglio a cogliere la portata fattuale e non solo normativo-assiologica dei bilanciamenti. Ad esempio, non può che essere considerato un fattore rilevante in questo contesto il fatto che ciò che il fenomeno della pornografia rappresentava alcuni decenni fa è quasi in nulla paragonabile all'enorme mercato transnazionale che esso rappresenta ora.

Non è un caso, dunque, che sempre più spesso si concluda che divieti in questa materia non siano in sé illegittimi, ma si sposti il discorso sul passaggio successivo – che vedremo in seguito – della sanzione ad essi collegata. In altri termini, ad essere irragionevole in questo caso sarebbe non il divieto, ma la scelta di ricollegare una sanzione penale alla sua violazione, stante l'inidoneità della stessa a rispondere a fenomeni di massa di questa portata. Ciò non toglie, tuttavia, che tale divieto potrebbe legittimare ad esempio un regime fiscale teso a disincentivare il fenomeno attraverso la riduzione dei margini di guadagno o attraverso, invero complessi, strumenti civilistici¹¹⁸.

Naturalmente il bilanciamento degli interessi in gioco si fa radicalmente diverso quando dalla pornografia ci si sposta alla pornografia minorile, poiché in questo caso ad essere lesi sono anzitutto l'integrità psico-fisica e il normale sviluppo del minore. In questo caso, non è seriamente posto in discussione che il bilanciamento con il diritto sotteso al divieto di produzione di materiale pornografico minorile possa in un qualche caso risultare preminente rispetto ai diritti del minore¹¹⁹. Ma il bilanciamento si fa più

sulla base del tipo di materiale pornografico, questa volta graduata su tre distinte categorie, è stata valorizzata altresì dalla Corte suprema del Canada per dichiarare la legittimità del divieto di produzione e divulgazione di materiale pornografico violento o anche denigratorio nei confronti del genere femminile, si veda il caso *R. v. Butler* [1992] 1 S.C.R. 452. In questo senso si è mosso anche di recente il legislatore inglese, in questo caso estendendo però la sanzione penale anche alla detenzione di materiale pornografico estremo, v. la sezione 63 introdotta dal *Criminal Justice and Immigration Act 2008 (CJIA)*, sulla quale si veda la compiuta ricostruzione di EASTON, *Criminalising the Possession of Extreme Pornography: Sword or Shield?*, in *J. Crim. L.*, 2011, p. 391 ss.

¹¹⁸ Su tali meccanismi v. ancora VERZA, *Il dominio pornografico*, cit., 124 ss.

¹¹⁹ Una questione di illegittimità costituzionale diretta a far dichiarare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo anche rispetto al divieto di produzione, e divulgazione, di pornografia

controverso allorquando dalla produzione del materiale ci si allontana per andare a sanzionare in progressione la divulgazione, il commercio, l'acquisto e la mera detenzione. In questo contesto la finalità legislativa non può che essere quella di sanzionare a tappeto qualsiasi circolazione di materiale pornografico minorile per disincentivare dal lato della domanda la relativa attività di produzione. È nota l'avversione penalistica per i reati di possesso, di mero ostacolo rispetto ad altre attività criminali, ma ancora una volta ci pare che generalizzazioni di questo tipo ben dovrebbero far posto a bilanciamenti in concreto rispetto al singolo fenomeno criminoso. Per limitarci ad un solo aspetto – non volendo soffermarci come di consueto sul merito delle singole questioni –, la dimensione locale o transnazionale del mercato, la facilità degli scambi rappresentano elementi di fatto in grado di orientare il giudizio di bilanciamento. In un mercato spazialmente limitato con grandi difficoltà di scambio del materiale di pornografia minorile è certo più che soddisfacente una strategia di contrasto limitata alle condotte, indubabilmente più gravi e più prossime al danno, di produzione del materiale; in un mercato globale, caratterizzato da una estrema facilità degli scambi, qual è il mercato online della pornografia minorile, una strategia schiacciata sul versante dell'offerta, se non condivisa a livello globale ed efficacemente attuata, è semplicemente inattuabile. Nelle condizioni date, dunque, la non criminalizzazione della mera detenzione non può che significare di fatto una resa nei confronti del fenomeno di odioso sfruttamento dei minori laddove esso avvenga in molte parti del mondo. Di fronte al bilanciamento tra un danno, pur indiretto, e il diritto al rispetto della vita privata del detentore di materiale pornografico minorile, la maggior parte dei legislatori e dei giudici costituzionali si sono orientati nel senso della prevalenza della tutela del minore¹²⁰.

minorile è stata sollevata e respinta dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

¹²⁰ Limitandoci alle pronunce giurisprudenziali, di più immediato interesse ai fini del presente lavoro, il divieto di mera detenzione di materiale pornografico minorile è stato considerato legittimo dalla Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990) e dalla Corte suprema del Canada, nel caso *R. v. Sharpe* [2001] 1 S.C.R. 45.

Ma ciò che più ha acceso il dibattito dottrinale – è noto – è stata la legittimità della criminalizzazione dei casi di pornografia minorile virtuale¹²¹, scelta che dagli Stati Uniti¹²² si è presto diffusa a tutti gli altri Stati occidentali e che è stata soprattutto dibattuta in relazione all'obbligo sovranazionale di criminalizzazione posto dall'Unione europea¹²³, oggetto di aspre critiche dottrinali¹²⁴. Nel frattempo, su impulso del Parlamento europeo¹²⁵, il nuovo strumento giuridico dell'Unione europea in materia lascia una più ampia discrezionalità agli Stati membri sul punto¹²⁶, facendo sì, quindi,

¹²¹ Nel senso dell'illegittimità di tale criminalizzazione parte della dottrina statunitense, v. BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, in Harv. J. on Legis., 1997, p. 439 ss.; FREEDMAN, *Digitized Pornography Meets The First Amendment*, in Cardozo L. Rev., 2002, p. 2011 ss.; STERNBERG, *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment: Virtual Antitheses*, in Fordham L. Rev., 2001, p. 2783 ss.; e la quasi totalità della dottrina continentale, v. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, p. 863 ss., 871 ss.; MANNA/RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006. Una tutela virtuale?*, in Dir. int., 2006, p. 221 ss., 231 s.; HEINRICH, *Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Asulaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas*, in SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, 2011, p. 131 ss., 139 s.

Per una difesa di tale scelta di criminalizzazione si veda ARMAG, *Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech?*, in Cardozo L. Rev., 2002, p. 1993 ss.; WASSERMAN, *Virtual.Child.Porn.Com: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography by the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, in Harv. J. on Legis., 1998, p. 245 ss.

¹²² Per una perfetta ricostruzione di tutto lo sviluppo della legislazione statunitense in materia di pornografia minorile si veda ancora BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, cit. e nella nostra dottrina MARRA, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza statunitense*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, p. 410 ss.

¹²³ Si trattava della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, 2004/68/GAI, del 22 dicembre 2003, in particolare l'art. 1 lett. b ii) e iii).

¹²⁴ Si vedano, per tutti, le riflessioni critiche nel Manifesto sulla politica criminale europea della European Criminal Policy Initiative.

¹²⁵ Si veda l'approfondita ricostruzione dell'intervento del Parlamento europeo nel processo legislativo, anche rispetto a questo, in GRANDI, *Il ruolo del parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 678 ss., 702 ss.

¹²⁶ Si tratta ora di una direttiva, la Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio. Si vedano in particolare i commi 7 e 8 dell'art. 5.

che le scelte degli stessi non possano più essere *in toto* imputate alla necessità di rispettare un obbligo sovranazionale, ma debbano essere considerate come autonomi bilanciamenti dei quali ciascuno Stato membro assume la piena responsabilità.

Ebbene, la metodologia stessa del bilanciamento ci insegna che la sua ragionevolezza dipende anzitutto dalla corretta perimetrazione degli interessi in gioco, cosicché deve anzitutto dubitarsi che sia possibile qualsiasi considerazione rispetto a ipotesi del tutto eterogenee quali sono la creazione virtuale di immagini pornografiche nelle quali sia utilizzato parzialmente un minore identificabile, la creazione virtuale di immagini indistinguibili da immagini reali, la creazione virtuale di immagini non realistiche (fumetti, disegni ecc.) e, infine, l'utilizzazione di soggetti maggiorenni che appaiano minorenni.

Nel caso dell'utilizzazione anche parziale di minore identificabile si argomenta correttamente che pur non potendovi non essere uno sfruttamento dello stesso, ad essere lesa è la sua dignità, stante la sua rappresentazione pornografica¹²⁷. Ma a ben pensarci, una attività di sfruttamento non è richiesta nemmeno per la produzione tradizionale, laddove ad esempio si tratti di scatti o riprese effettuati senza che il minore se ne accorga. Si potrebbe certo pensare che in questi casi il disvalore del fatto meriti un diverso e più benevolo trattamento sanzionatorio, ma non pare possibile ragionare in termini di irragionevolezza *tout court* del divieto.

Diversa l'ipotesi della pornografia realizzata con soggetto maggiorenne che appaia minorenne. In questo caso, stante la assoluta preponderanza del fenomeno in una fascia d'età molto lontana da quella nelle quali si può in effetti porre un problema di prova della minore età¹²⁸, pare che questa norma dettata da esigenze probatorie potrebbe essere senza eccessivi problemi espunta dal legislatore o dichiarata costituzionalmente illegittima laddove si riconosca l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo.

¹²⁷ Per una disamina approfondita dei tipi di danno prodotti dalla pornografia minorile, non semplicemente limitati al "danno da contatto", cfr. VERZA, "*Sexting*" e *pedopornografia: i paradossi*, in *Rag. prat.*, 2013, p. 569 ss., spec. 583 s.

¹²⁸ Si vedano i dati riportati da VERZA, "*Sexting*" e *pedopornografia: i paradossi*, cit., 572, dai quali emerge che il 92% delle vittime del materiale sequestrato dalla Polizia postale ha un'età presunta inferiore ai dieci anni.

Anche rispetto a rappresentazioni virtuali non realistiche pare che i rischi paventati in dottrina siano difficilmente verificabili e verificati in sede empirica e anche in questo caso pare che una scelta restrittiva del legislatore non avrebbe grosso impatto sulla tutela degli interessi in gioco. Anzi, il carattere propriamente culturale dell'unico tipo di danno predicabile per tali rappresentazioni dovrebbe indurre a preferire proprio una risposta culturale e preventiva piuttosto che una risposta sanzionatoria¹²⁹.

Una considerazione del tutto diversa meritano invece le immagini virtuali indistinguibili rispetto ad immagini reali. In questo caso a pesare è soprattutto il dubbio che una tale possibilità vi sia davvero, poiché in questo caso non si capirebbe il rischio penale cui si sottoporrebbero i soggetti per la produzione reale di immagini pornografiche¹³⁰. Ma se l'assunto è vero, non si può non convenire sul fatto che in qualsiasi processo la prova oltre ogni ragionevole dubbio da parte dell'accusa del carattere reale della foto imporrebbe l'identificazione del minore ritratto nel materiale pornografico. Ora, a meno di voler nascondere il problema dietro l'applicazione in concreto di schemi probatori *contra legem*, la scelta di non sanzionare la detenzione di questo tipo di pornografia virtuale significherebbe in definitiva non sanzionare nella maggior parte dei casi tale detenzione, anche laddove si tratti di immagini reali, nella certa consapevolezza di non poter identificare minori provenienti dai più disparati Paesi del mondo. Ancora una volta si tratta di un bilanciamento tra il diritto del soggetto detentore di un'immagine virtuale al rispetto della sua vita privata e la finalità legislativa, per ragioni probatorie, di punire una condotta solo indirettamente legata al danno che si vuole evitare. Un bilanciamento allora non irragionevole potrebbe aversi allorquando, come nella recente direttiva dell'Unione europea, debitrice sul punto della sentenza già citata R. v. Sharpe della Corte suprema del Canada, si escluda la punibilità laddove il materiale pornografico virtuale sia prodotto e posseduto dal produttore unicamente a uso privato, e purché l'attività non comporti alcun rischio di diffusione del materiale. Ad ogni modo pare che la scelta legislativa, a livello internazionale, sia

¹²⁹ Sul danno culturale si veda ancora VERZA, "Sexting" e pedopornografia: i paradossi, cit., 580 ss.

¹³⁰ In questo senso, ad esempio, la Corte suprema degli Stati Uniti nel caso Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

chiaramente nella direzione di dare preminenza alla tutela, per quanto indiretta, del minore e tale scelta è stata più volte avallata dalla giurisprudenza¹³¹, anche, contrariamente a quanto pur si continua ad affermare, dalla giurisprudenza statunitense¹³². Non è nostra intenzione pronunciarsi sulla bontà di tale bilanciamento, che richiederebbe come sempre vaste e approfondite conoscenze empiriche, ma l'unico punto fermo ci pare ancora una volta la necessità di argomentare e di entrare nel merito della discussione del bilanciamento descritto e di diffidare, al contrario, da generalizzazioni legate all'illegittimità di meri scopi probatori o della criminalizzazione di danni remoti, che sono certo argomenti fondamentali ma da declinare e soppesare nel singolo contesto fattuale.

Un altro tema, invero, ha alimentato il dibattito sulla ragionevolezza del bilanciamento legislativo in questa materia. L'aver fissato l'età di riferimento al compimento del diciottesimo anno d'età, fa sì che la disciplina sulla pornografia minorile si applichi anche a soggetti per i quali l'ordinamento prevede una libera autodeterminazione sessuale. Da questo punto di vista, dunque, un minore potrebbe

¹³¹ Si veda ancora la decisione della Corte suprema del Canada, nel caso *R. v. Sharpe*, cit.

¹³² La Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, cit., ha in effetti dichiarato l'incostituzionalità dell'allora vigente disciplina di criminalizzazione della pornografia minorile virtuale e soprattutto apparente sulla base della spropositata ampiezza ed equivocità del linguaggio legislativo, in grado di estendersi anche a situazioni di sicura legittimità, in ciò sposando il giudizio di un'attenta dottrina cfr. BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, cit.; FREEDMAN, *Digitized Pornography Meets The First Amendment*, cit.; STERNBERG, *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment: Virtual Antitheses*, cit. Il legislatore è quindi prontamente corso ai ripari con il PROTECT Act dell'anno successivo procedendo a circoscrivere in maniera più efficace l'ambito di applicazione delle fattispecie incriminatrici, pur sempre prevedendo, tuttavia, la criminalizzazione dei casi di pornografia virtuale e apparente. Tale disciplina è stata dichiarata costituzionale nella sua prima applicazione dalla Corte d'appello degli Stati Uniti, 4° Circuito, caso *United States v. Whorley*, 550 F.3d 326 (4th Cir. 2008), e la Corte suprema degli Stati Uniti ha poi respinto senza commento il *writ of certiorari* richiesto dal condannato. Quest'ultima decisione ben fa comprendere come la dichiarazione di incostituzionalità della Corte suprema non si riferisse alla scelta di criminalizzazione in sé della pornografia minorile virtuale o apparente, quanto piuttosto alla specifica norma, invero molto infelice nella formulazione, ad essa sottoposta. Sugli sviluppi successivi al PROTECT Act si veda MAINS, *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography*, in *Hastings Const. L.Q.*, 2010, p. 809 ss.

avere relazioni sessuali e finanche sposarsi, ma gli sarebbe vietato inviare o detenere materiale pornografico che lo ritragga. Si pone, dunque, senza dubbio un problema di bilanciamento tra la libera autodeterminazione sessuale e personale del minore e l'esigenza di scongiurare i danni per il minore stesso e per la società causati dalla circolazione di tale materiale¹³³. Certo teoricamente difendibile è una posizione paternalistica nei confronti del minore che, stante la pericolosità intrinseca per il minore stesso della divulgazione di tale materiale, vieti in ogni caso la sua produzione, ma non pare che una risposta sanzionatoria possa qui sostituire la necessaria risposta culturale di prevenzione, soprattutto se il *quantum* della risposta sanzionatoria è parametrato sulla ben diversa gravità delle condotte di sfruttamento nella produzione di pornografia minorile da parte di adulti¹³⁴. Ma anche a voler lasciare un margine di libertà al minore, attestarsi semplicemente sulla non alterità tra soggetto produttore e soggetto rappresentato nel materiale o sulla presenza di un consenso del minore, potrebbe non tutelarlo dinanzi a pressioni o dazioni di utilità tese ad ottenere tale materiale¹³⁵. Ad ogni modo, pare esservi ampio consenso sull'opportunità di sanzionare soprattutto le successive divulgazioni del materiale ottenuto o trasferito col consenso del minore

¹³³ Tale questione è stata affrontata con grande attenzione dalla Corte suprema del Canada, nel caso *R. v. Sharpe* citato, nel quale essa è giunta alla conclusione di dichiarare la parziale incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevedeva la non punibilità di qualsiasi materiale pornografico prodotto da o con il consenso di minore che abbia raggiunto l'età prevista per legge per la liceità dell'attività sessuale, solo però nel caso in cui il materiale fosse prodotto per uso privato. Su questa importante sentenza, nella nostra dottrina, l'approfondita analisi di BIANCHI, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Indice pen.*, 2005, p. 263 ss.

¹³⁴ Sull'irragionevolezza di una tale equiparazione sanzionatoria e sulla necessità di una disciplina specifica del fenomeno del *sexting* si veda THOMAS/CAUFFMAN, *Youth Sexting as Child Pornography? Development Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters*, in *New Crim. L. Rev.*, 2014, p. 631 ss. In questo senso anche GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, in *HRLR*, 2013, p. 623 ss., spec. 641 s.

¹³⁵ Un tale orientamento è stato di recente sposato dalla nostra Corte di cassazione, Sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675, che ha ritenuto non rientrare nella nozione di materiale pornografico minorile rilevante ai fini della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-ter c.p., quello autonomamente e direttamente prodotto dal minore, nel quale manchi dunque un'alterità tra produttore del materiale e soggetto rappresentato. Su tale decisione, e in generale su questa complessa questione, si veda BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1 ss.

ritratto, con una disciplina, a tutela della dignità e della riservatezza sessuale, che ben potrebbe anche applicarsi indifferentemente anche nei confronti dei maggiorenni¹³⁶.

1.4.10. *Il divieto di corruzione privata per l'imprenditore*

Abbiamo finora trattato di casi di grande complessità, che involgono non di rado bilanciamenti indissolubilmente legati a giudizi etici e valoriali molto dibattuti, ma – lo si è già visto allorquando abbiamo trattato dei giudizi di proporzionalità in materia di libertà fondamentali della Corte di giustizia dell'Unione europea – lo schema del test di proporzionalità, e qui in particolare l'ultimo passaggio di vero e proprio bilanciamento, è utilmente adoperabile anche in contesti meno canonici ed “alti” del dibattito circa i limiti alle scelte di criminalizzazione. Vorremmo anzitutto volgere il nostro sguardo ad una questione di grande rilievo anche pratica per il diritto penale economico in materia di corruzione tra privati.

Se nel nostro ordinamento è ancora oggetto di critica la timidezza del legislatore nel costruire una fattispecie del tutto coincidente con il modello proposto in sede sovranazionale e in grado di coprire a tappeto qualsiasi lesione della concorrenza¹³⁷, in altri ordinamenti proprio l'adozione di tale modello dall'amplessima portata incriminatrice induce la dottrina ad interrogarsi circa la possibilità di limitare in sede ermeneutica la fattispecie incriminatrice sulla base di un giudizio di proporzionalità. Mentre, infatti, nel nostro ordinamento la fattispecie di corruzione tra privati, prevista dall'articolo 2635 del codice civile, resta confinata nell'ambito societario ed è vieppiù limitata sul versante oggettivo dai pregnanti elementi della violazione degli obblighi d'ufficio o di fedeltà e dal nocimento per la società, nell'ordinamento tedesco al contrario la fattispecie corrispondente di cui all'art. 299 StGB, in linea con le direttrici sovranazionali, trova applicazione rispetto all'intero contesto imprenditoriale,

¹³⁶ In questo senso BIANCHI, *Il “sexting minorile” non è più reato?*, cit., 21 ss.; VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss., 16 ss.

¹³⁷ Cfr., tra i tanti, SEMINARA, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le soc.*, 2013, p. 61 ss., 67 s.; SPENA, *Corruzione tra privati*, *Dir. pen. e processo*, 2013, p. 39 ss., 41 ss.; ID., *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 690 ss., 697 s.

accentuando, come vedremo, la possibilità di incorrere nell'irragionevole punibilità di taluni comportamenti, che ben difficilmente invece potrebbero soddisfare le più ristrettive esigenze della nostra fattispecie.

Un primo profilo dibattuto nella dottrina tedesca attiene ai soggetti attivi previsti dalla fattispecie, il dipendente e il rappresentante, escludendosi dunque la punibilità dell'imprenditore. Per aiutarci nella nostra esposizione si pensi al caso del ristoratore che dietro dazione di una somma di danaro si accordi per consigliare ai propri commensali una determinata cantina vinicola; qui ancora si potrebbe forse ritenere che si tratti in fondo di una politica indirettamente percorribile stabilendo il prezzo del prodotto in funzione della quantità consumata. Facciamo dunque un esempio ancora più estremo: si pensi al ristoratore che stringa il medesimo accordo sulla base dell'invito a trascorrere alcuni giorni di ferie presso la bellissima villa di proprietà del titolare della cantina vinicola. Nella logica della tutela della concorrenza del mercato è del tutto corretto ritenere che anche gli atti dell'imprenditore possono risultare offensivi della concorrenza; nel secondo esempio da noi fatto è chiaro che in questo caso la concorrenza tra i diversi produttori vinicoli non è più legata alla qualità del prodotto che essi riescono ad offrire o al prezzo di vendita, ma dalla dazione di un'utilità estranea al contesto produttivo. Certamente dunque è lecito osservare che una tutela a tutto campo della concorrenza richiederebbe l'inclusione tra i soggetti attivi anche dell'imprenditore¹³⁸.

Come è stato però ben osservato nella dottrina tedesca, la non punibilità della corruzione tra privati nei confronti dell'imprenditore non è dovuta alla considerazione del legislatore che tali atti non possano essere lesivi della concorrenza¹³⁹, quanto al fatto che in questo caso tale interesse deve essere inevitabilmente bilanciato con la libertà

¹³⁸ In questo senso v. SATZGER, *Bestechungsdelikte und Sponsoring*, in ZStW, 2003, p. 469 ss., 488; HÖLTKEMEIER, *Sponsoring als Straftat. Die Bestechungsdelikte auf dem Prüfstand*, Berlin, 2005, 171; BÜRGER, *§ 299 StGB – eine Straftat gegen den Wettbewerb?*, in wistra, 2003, p. 130 ss., 135; VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in ACQUAROLI/FOFFANI, *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003, p. 75 ss., 90; SEMINARA, *Intervento nella tavola rotonda: Quale modello di intervento penale per l'ordinamento italiano?*, ivi, p. 271 ss., 276.

¹³⁹ In questo senso invece KINDHÄUSER, *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, in ZIS, 2011, p. 461 ss., 467.

negoziale della quale dispone l'imprenditore¹⁴⁰. È logico e ci si può attendere che l'imprenditore agirà in modo economicamente razionale, scegliendo tra i vari contraenti quello migliore in termini economici, ma imporre ciò significa obliterare del tutto per esigenze collettive la libertà negoziale del singolo nell'esercizio della sua attività economica: come efficacemente sintetizzato da Klaus Lüderssen "nessuno ha l'obbligo di essere economicamente razionale"¹⁴¹. In quest'ottica, tutt'altro che irragionevole a nostro parere, sarebbe difficile sostenere la bontà della punibilità dell'imprenditore che accetti di contrarre ad un prezzo più alto rispetto a quello di altro concorrente per la capacità commerciale del rappresentante di compensare questa differenza di prezzo con altra utilità di interesse dell'imprenditore.

Da questo bilanciamento tra gli interessi in gioco consegue che il riferimento della norma tedesca all'utilità per sé o per altri deve essere interpretato in modo tale da escludere che nel "per altri" possa rientrare anche l'imprenditore. Se questo comportamento non è punibile se commesso in proprio dall'imprenditore, di certo non lo diviene semplicemente perché lo stesso contratto è concluso dal dipendente o dal rappresentante nel suo interesse¹⁴². Né tantomeno sarebbe punibile il soggetto che riceva un'utilità per il suo comportamento contrattuale ma con il consenso dell'imprenditore. Anche in questa occasione, infatti, l'utilità data ai dipendenti può essere vista come concessa ad essi indirettamente dall'imprenditore medesimo¹⁴³.

¹⁴⁰ In questo senso v. ROXIN, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*, in BANNENBERG E AL. (a cura di), *Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, p. 892 ss., 892 s.; RÖNNAU, *Alte und neue Probleme bei § 299 StGB*, in StV, 2009, p. 302 ss., 304 s.

¹⁴¹ LÜDERSEN, *Der Angestellte im Unternehmen – quasi ein Amtsträger? Der Verzicht auf die Gefährdung des Wettbewerbes in der geplanten Strafvorschrift des § 299 Abs. 1 Ziff. 2 StGB*, in SIEBER E AL. (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 889 ss., 890, nt.7.

¹⁴² Ancora ROXIN, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*, cit., 895; RÖNNAU, *Alte und neue Probleme bei § 299 StGB*, 305; KINDHÄUSER, *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., 468.

¹⁴³ Ancora ROXIN, *Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr*, cit., 898, ove ulteriori riferimenti bibliografici di un orientamento oramai consolidatosi; cfr., anche, RÖNNAU, *Alte und neue Probleme bei § 299 StGB*, 305; KINDHÄUSER, *Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., 467 s.

A prescindere dalla correttezza o meno di questa lettura, che invero va sempre più divenendo maggioritaria all'interno della dottrina tedesca, a noi interessa osservare una volta ancora come il giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti divenga utile strumento per mettere in dubbio la legittimità di talune scelte legislative, laddove si dimostri, come pare in questo caso, che tali scelte sacrificano in modo intollerabile una libertà individuale in ragione di esigenze collettive.

1.4.11. *Il divieto di insider trading di se stesso*

Anche in altri ambiti del diritto penale economico si è sottolineata con forza la necessità di adoperare lo schema del giudizio di proporzionalità e di bilanciamento al fine di vagliare la legittimità costituzionale delle scelte legislative di criminalizzazione. Con riferimento alla fattispecie di *insider trading* di cui all'art. 184 del T.U.F. si è infatti correttamente osservato che la scelta di criminalizzazione costituisce l'esito di un bilanciamento legislativo tra la libertà negoziale, limitata dalla presenza di tale fattispecie incriminatrice, e il fine di tutela dell'interesse diffuso all'efficienza economica delle proprie scelte di risparmio ovvero al corretto funzionamento del mercato¹⁴⁴. Pochi dubbi sussistono in ordine alla ragionevolezza del bilanciamento della fattispecie incriminatrice, poiché, in ossequio ad una direttrice costituzionale di fondo di funzionalizzazione delle libertà economiche e negoziali a esigenze di pubblica utilità, l'esigenza collettiva di un corretto funzionamento del mercato borsistico pare certamente superiore rispetto all'interesse del singolo ad utilizzare in modo parassitario un'informazione privilegiata variamente captata a fini di mera speculazione economica. L'ingerenza pubblica nel godimento della libertà negoziale del singolo pare invero limitata dal divieto di abuso di informazioni privilegiate in un novero tutto sommato limitato di comportamenti, salvaguardando appieno il suo nucleo centrale; detto altrimenti, il divieto di *insider trading*, proprio per l'abusività e il carattere parassitario

¹⁴⁴ Per una profonda valorizzazione in questo campo del giudizio di proporzionalità e di bilanciamento v. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, 217 ss.

intrinseco alla condotta, si presta ad intaccare in minima parte la generale libertà dell'individuo di operare sul mercato borsistico.

A tutt'altre conclusioni – ed è qui che diviene fondamentale ricorrere al giudizio di proporzionalità – si può pervenire rispetto alla criminalizzazione delle condotte dei c.d. *insider* di se stessi¹⁴⁵. Il riferimento è a quei casi nei quali il soggetto attivo utilizza un'informazione propria: volendo ricorrere agli esempi più comuni, si pensi alle operazioni di acquisto di titoli di una società rispetto alla quale si intende lanciare un'offerta pubblica di acquisto o alla vendita delle azioni proprie da parte dell'amministratore prima di annunciare le proprie dimissioni, convinto che a seguito di tale comunicazione il valore delle azioni subirà una diminuzione. Rispetto a questi e a simili casi – molto discutendosi oltretutto sull'ambito di estensione di questa categoria – è certo possibile tentare di risolvere gli avvertiti problemi di irragionevolezza della criminalizzazione sulla base di letture “interessate” degli elementi di fattispecie, non mancando invero una molteplicità di percorsi ermeneutici validamente percorribili, già proposti dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁴⁶. Ma chiaramente non è questo il tema che qui ci interessa; a noi interessa osservare come anche dinanzi ad una esplicita presa di posizione legislativa circa la criminalizzazione di tali condotte, il giudizio di proporzionalità potrebbe addivenire alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie per irragionevolezza del bilanciamento in essa racchiuso.

Se torniamo agli interessi contrapposti già individuati della libertà negoziale e della tutela del corretto funzionamento del mercato, non possiamo non constatare che ben diverso è il loro assetto nelle condotte sopra descritte di *insider* di se stessi. Nel primo caso sopra descritto, l'esercizio della libertà negoziale è volto non ad un utilizzo parassitario ed opportunistico di un'informazione captata, ma rappresenta un tassello

¹⁴⁵ Proprio riguardo a queste condotte, infatti, si sono da subito manifestati dubbi della dottrina sulla possibile estensione ad esse del divieto di *insider trading*, cfr., *ex multis*, GRANDE STEVENS, *Questioni in tema di insider trading e di compravendita di azioni proprie*, in Riv. soc., 1991, p. 1006 ss., 1008 s.; anche in chiave comparata ABBADESSA, *L'insider trading nel diritto privato italiano: prima e dopo la legge n. 157/1991*, in Banca borsa, 1992, p. 749 ss., 750 s., nt. 3.

¹⁴⁶ Si veda ancora la puntualissima ricostruzione di TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, cit., 281 ss.

all'interno di un piano societario, rispetto al quale la società assume anche i rischi del suo fallimento, per cui il profitto eventualmente conseguito non può che essere visto come la meritata ricompensa dell'attuazione dello stesso. L'incidenza dell'interferenza pubblica nella libertà negoziale e di iniziativa economica della società raggiunge qui un maggiore livello di gravità, cosicché si può quantomeno dubitare che tale interferenza continui ad essere giustificata dalla tutela della correttezza del funzionamento del mercato. Ma già se ci riferiamo al secondo esempio prima accennato, ci si rende conto di come ancora una volta muti l'assetto degli interessi, poiché in questo caso esce di scena la libertà di iniziativa economica, ma viene in considerazione in termini antagonistici rispetto all'interesse pubblico alla tutela del risparmio, l'interesse individuale dell'amministratore alla protezione del suo risparmio, se solo si pone mente al fatto che le azioni della società presso la quale egli svolge la sua attività sono talvolta addirittura cedute dalla società a titolo di retribuzione.

Come sempre, non è nostro scopo quello di addivenire ad una risposta corretta in termini di legittimità o di illegittimità del bilanciamento, ma ci preme sottolineare come questo caso dimostri ancora una volta che mai è possibile operare bilanciamenti in astratto tra beni ed interessi, ma che il bilanciamento dipende dal concreto assetto di interessi in ciascun caso, in considerazione delle caratteristiche normative e fattuali del mercato. Ma senza un approccio di questo tipo, volto ad affrontare in maniera esplicita i dubbi di legittimità costituzionale della fattispecie, qualsiasi "scorciatoia" interpretativa porterà con sé lo stigma di un'opportunistica operazione di torsione del testo normativo alle preferenze individuali dell'interprete.

1.4.12. *I divieti in materia di diritto d'autore*

Sempre rimanendo in senso lato nel diritto penale economico, si può qui solo accennare, data la vastità e la complessità delle fattispecie ricadenti in questa categoria, al fondamentale ruolo svolto dal giudizio di proporzionalità e di bilanciamento anche rispetto ai divieti in materia di diritto d'autore¹⁴⁷. È noto che i risalenti problemi in tale

¹⁴⁷ Per un approfondimento di questa tematica è opportuno rinviare alla ricca trattazione, proprio specificamente declinata in termini di bilanciamento, di FLOR, *Tutela penale e autotutela*

materia hanno assistito ad un vero e proprio salto di qualità con l'avvento delle moderne tecnologie informatiche, facendo esplodere sul piano criminologico casi di pirateria informatica riguardo all'utilizzo abusivo di *software* e alla fruizione abusiva di musica, film, libri e altri prodotti coperti da diritto d'autore.

Anche in questo contesto, non è possibile vagliare le scelte legislative se non attraverso un giudizio di bilanciamento tra, da un lato, la necessaria tutela del diritto d'autore, nelle sue componenti patrimoniali e non, anche intesa come incentivo agli autori per la produzione di nuove opere d'ingegno e quindi, in definitiva, per l'avanzamento complessivo della cultura o della tecnologia; dall'altro, si osserva come spesso proprio i limiti imposti dal diritto d'autore, impedendo o limitando la circolazione delle opere d'ingegno, finiscano per ostacolare lo sviluppo e l'avanzamento della cultura o della tecnologia, cosicché in realtà si tratterebbe di un pacifico conflitto tra interessi contrapposti, da un lato patrimoniali dell'autore e dall'altro collettivi e sociali.

Si tratta di bilanciamento che viene a declinarsi in maniera anche molto differente nei diversi ordinamenti e nei diversi settori e troppo spazio richiederebbe una trattazione esaustiva degli stessi, ma valga ancora una volta l'indicazione metodologica sull'importanza e sulla adattabilità nei contesti più differenti del giudizio di proporzionalità.

1.4.13. *I divieti limitanti la libertà di espressione (cenni)*

Non può essere certo sfuggito all'attento lettore che durante questa lunga carrellata di casi problematici in rapporto al giudizio di proporzionalità della norma di condotta non si è fatto cenno al settore da sempre laboratorio privilegiato delle teorie sul giudizio di proporzionalità o di bilanciamento, vale a dire il quanto mai variegato e complesso mondo dei divieti posti riguardo alla libera espressione di idee.

La scelta chiaramente non è casuale. Proprio rispetto a queste norme di condotta, infatti, è oramai patrimonio condiviso della stessa dottrina penalistica che la discussione

tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale, Padova, 2010, 481 ss.

attorno alla legittimità delle diverse scelte di criminalizzazione non possa che impostarsi in termini di bilanciamento tra interessi e diritti concorrenti¹⁴⁸. In un certo qual modo, allora, ci pare già dimostrato quanto abbiamo cercato sinora di dimostrare rispetto a tutte le ipotesi problematiche fin qui discusse.

D'altronde è a tutti nota la moltitudine e la complessità delle questioni racchiudibili all'interno della categoria ora in esame: dalle fattispecie di segreto a quelle di ingiuria o diffamazione, dalle fattispecie a tutela della riservatezza a quelle di apologia, propaganda, istigazione, dalle fattispecie di discriminazione a quelle di negazionismo, da quelle di vilipendio a quelle di falsità, e l'elenco potrebbe continuare a lungo. Di fronte a questo coacervo di questioni, dunque, non pare possibile sviluppare nel contesto di questo lavoro nessuna riflessione utile e meditata, che non vada al di là del dato, come detto, incontrovertibile e per noi fondamentale della centralità del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento.

Eppure, come è comprensibile, nel trattare dei limiti alle scelte di criminalizzazione, il penalista è interessato tanto dalla discussione teorica sugli strumenti metodologici, quanto, e forse soprattutto, dalla capacità di questi strumenti di raggiungere nella prassi obiettivi di limitazione della potestà punitiva legislativa. È dunque utile, in ossequio a questa tendenza, pur non del tutto da noi condivisa, tracciare quanto meno un bilancio dell'utilizzo del giudizio di bilanciamento in questa materia.

Partendo dalle fattispecie forse più problematiche del diritto penale politico la tendenza più o meno marcata è nel senso della restrizione dell'area del penalmente rilevante, sempre generosamente tracciata in sede legislativa. Sia che si guardi alla più timida giurisprudenza della Corte costituzionale italiana¹⁴⁹, sia che si guardi alla più

¹⁴⁸ Su tutti, si veda l'approfondimento della tematica del bilanciamento in questo contesto, ma con riflessioni di grande interesse anche extra-penalistico su tale strumento metodologico, svolto da Tesauro in più lavori, volti a mappare le diverse e complesse aree del conflitto tra fattispecie incriminatrici e libertà d'espressione; cfr. in riferimento alla diffamazione TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2004, p. 1083 ss.; ID., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005; in materia di discorsi d'odio TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013;

¹⁴⁹ Non poche sono le decisioni della nostra Corte costituzionale in questa materia, che ha dovuto confrontarsi con l'utilizzo certo non parco dei reati d'opinione nel codice fascista del 1930, da quelle in materia di apologia di fascismo – sentt. 1/1957 e 74/1958 – a quella in materia

recente e attenta giurisprudenza della Corte EDU¹⁵⁰, non può non evidenziarsi con chiarezza un perenne tentativo di riequilibrare il bilanciamento tracciato in sede legislativa in favore della libertà di espressione, attraverso la necessità, variamente declinata, di un accertamento in concreto del pericolo causato dall'attività dell'accusato. Non mancano oltretutto esempi giurisprudenziali di pratica elisione di qualsiasi possibilità di intervento penale in questa materia, attraverso test di verifica della pericolosità dell'attività espressiva dell'accusato molto restrittivi e praticamente impercorribili per l'accusa¹⁵¹.

Anche in materia di vilipendio, pur di fronte alla criticabile giurisprudenza nel tempo elaborata dalla nostra Corte costituzionale¹⁵², è necessario osservare

di grida, manifestazioni o riunioni sediziose o manifestazioni fasciste – sent. 15/1973 –, da quelle in materia di istigazione alla disobbedienza dei militari – sentt. 16/1973 e 71/1978 – a quella in materia di apologia di delitto – sent. 65/1970 –, da quelle in materia di propaganda sovversiva – sent. 87/1966 – a quella in materia di istigazione all'odio tra le classi sociali – sent. 108/1974 –. Per un efficace quadro di sintesi v. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 239 ss. Merita d'altronde di essere segnalato che alla sopravvivenza *in the books* di queste fattispecie si contrappone una quantomai rara applicazione *in action* come segnalato anche in termini meramente statistici da GAETA, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 909 ss., 911 s.

¹⁵⁰ Si veda in particolare la lunga serie di condanna ai danni della Turchia per i più diversi reati d'opinione previsti dalla liberticida legge antiterrorismo di quel Paese, tutte argomentate, utilizzando la tecnica del bilanciamento, in particolare con riferimento spesso alla mancanza di riscontro di un pericolo concreto per l'ordine e la sicurezza pubblica di determinate espressioni per i quali i ricorrenti erano stati invece condannati in sede nazionale. Cfr., tra le tantissime pronunce, anzitutto la serie di pronunce in Grande Camera di fine anni 90, CtEDU, [GC], Ceylan c. Turchia (1999); [GC], Okçuoğlu c. Turchia (1999); [GC], Gerger c. Turchia (1999); [GC], Arslan c. Turchia (1999); [GC], Polat c. Turchia (1999); e poi più di recente Mūdūr Duman c. Turchia (2015); Belek e Veliöğlu c. Turchia (2015); Bayar e Gürbüz c. Turchia (2012); Faruk Temel c. Turchia (2011); Dicle c. Turchia (n. 2) (2006); Erdal Tas c. Turchia (2006); Falakaoğlu e Saygılı c. Turchia (2006); Baran c. Turchia (2004); Yaşar Kemal Gökçeli c. Turchia (2003). Più di recente si veda altresì la pronuncia nel caso Savda c. Turchia (n. 2) (2016), sulla fattispecie di istigazione al rifiuto del servizio militare.

¹⁵¹ Il riferimento è chiaramente al test imposto dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁵² Vedi le sentt. 20/1974, sul reato di vilipendio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze armate dello Stato e 531/2000 sul reato di vilipendio della bandiera di cui all'art. 83 primo comma c.p.m.p.; ma vedi anche la sentenza 199/1972 di parziale illegittimità costituzionale

l'orientamento sempre più consolidato della Corte EDU nel senso di ritenere di per sé incompatibile con la Convenzione tale forma delittuosa differenziata rispetto alla generale punibilità della diffamazione o dell'ingiuria, con riferimento ai capi di Stato esteri¹⁵³, ma anche ai capi di Stato nazionali¹⁵⁴, anche nel caso di ordinamento costituzionale monarchico¹⁵⁵¹⁵⁶. Anche rispetto al vilipendio della bandiera e dei simboli di Stati non mancano esempi di esclusione di tale reato in particolari situazioni caratterizzate dal carattere artistico dell'azione delittuosa¹⁵⁷ o più generali prese di posizione in ordine alla totale illegittimità di tali fattispecie che risulterebbero sempre soccombenti dinanzi alla libertà di espressione¹⁵⁸.

Ancora altri interventi giurisprudenziali di restrizione dell'area del penalmente rilevante emergono rispetto a fattispecie incriminatrici meno dibattute in questo contesto, come le ipotesi di falso¹⁵⁹ o di turbamento di un funerale¹⁶⁰.

Anche rispetto alle fattispecie di diffamazione commesse da giornalisti – soffermandoci dunque sul caso di gran lunga più rilevante – ad una pratica esclusione

dell'art. 112 T.U.L.P.S. nella parte relativa al divieto di pubblicazioni contrarie agli ordinamenti dello Stato o al prestigio delle autorità e lesive del sentimento nazionale.

¹⁵³ V. CtEDU, Colombani e al. c. Francia (2002), § 66-69.

¹⁵⁴ V. CtEDU, Artun e Gvener c. Turchia (2007), § 31. Nello stesso senso, anche se senza un riferimento esplicito alla legittimità in sé del vilipendio, di fronte a un caso comunque di diffamazione, CtEDU, Eon c. Francia (2013).

¹⁵⁵ V. CtEDU, Otegi Mondragon c. Spagna (2011), § 55-56.

¹⁵⁶ Né mancano decisioni di condanna rispetto ad altre tipologie di vilipendio, ad esempio della Nazione, cfr. Dink c. Turchia (2010), o dei simboli nazionali, cfr. Shvydka c. Ucraina (2014).

¹⁵⁷ V. BVerfGE 81, 278 (1990) e BVerfGE 81, 298 (1990).

¹⁵⁸ In questo senso le sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti nei casi Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) e United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990), che hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di distruggere o bruciare la bandiera nazionale statunitense durante manifestazioni pubbliche in quanto contrario alla libertà di espressione prevista dal primo emendamento.

¹⁵⁹ V. la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso United States v. Alvarez, 567 U.S. (2012), con la quale è stata dichiarata illegittima la fattispecie di falsa attestazione di aver ricevuto la Medaglia d'onore per contrarietà alla libertà d'espressione garantita dal primo emendamento.

¹⁶⁰ V. la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011), la quale però si confrontava con una condanna al risarcimento dei danni in sede civile e non con la fattispecie penale di turbamento di funerale prevista in alcuni Stati, per una manifestazione di protesta inscenata in occasione del funerale di un militare statunitense.

di qualsiasi sanzione penale ma anche civile negli Stati Uniti, dove, a partire dal *leading case* *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁶¹, è necessario provare per l'attore oltre ogni ragionevole dubbio la conoscenza da parte del giornalista della falsità della notizia¹⁶², si contrappone comunque un orientamento fortemente restrittivo della Corte EDU, talvolta imperniato sull'irragionevolezza in sé del bilanciamento effettuato dai giudici nazionali tra gli interessi in conflitto, chiudendo dunque non solo a qualsiasi sanzione penale¹⁶³ o amministrativa ma anche a qualsiasi condanna al risarcimento dei danni in sede civile¹⁶⁴, e in altri casi risolto – come vedremo nel prosieguo – in punto di sproporzione del *quantum* sanzionatorio.

Invero, le questioni più dibattute, quantomeno nei Paesi di più matura tradizione democratica, si sono spostate dalle ipotesi ora menzionate alle ipotesi dei discorsi di discriminazione e di odio razziale, omofobico, xenofobico, ecc. Proprio rispetto a queste fattispecie pare al momento impossibile accertare una tendenza limitatrice della potestà punitiva all'interno della giurisprudenza costituzionale¹⁶⁵.

Eppure anche rispetto alla fattispecie per certi versi centrale della grande frattura politica e ideologica all'interno dell'attuale dibattito pubblico prima ancora che giuridico – naturalmente la fattispecie, *rectius* le tante fattispecie, di negazionismo¹⁶⁶ – sembrano di recente emergere con gran forza tentativi giurisprudenziali di riequilibrio

¹⁶¹ Corte suprema degli Stati Uniti, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁶² Si veda sulle ragioni di tale impostazione SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, in *B.U. L. Rev.*, p. 685 ss., 705 ss.

¹⁶³ Cfr., *ex multis*, CtEDU, *Ziemiński c. Polonia* (n. 2) (2016); *De Carolis et France Télévisions c. Francia* (2016); *Fatullayev c. Azerbaijan* (2010); *Ormanni c. Italia* (2007); *Selistö c. Finlandia* (2004).

¹⁶⁴ V., tra le tante pronunce, CtEDU, *Medipress-Sociedade Jornalística e Editorial, Lda c. Portogallo* (2016); *Instytut Ekonomichnykh Reform, TOV c. Ucraina* (2016); *Stankiewicz e al. c. Polonia* (n. 2) (2015); *Erla Hlynisdóttir c. Islanda* (2012); *Björk Eiðsdóttir c. Islanda* (2012); *Eerikäinen e al. c. Finlandia* (2009); *Saygili e al. c. Turchia* (2008); *Tønsbergs Blad AS and Haukom c. Norvegia* (2007).

¹⁶⁵ Nonostante emergano comunque di tanto in tanto interventi limitativi della potestà punitiva, cfr. CtEDU, *Fáber c. Ungheria* (2012); *Soulas e al. c. Francia* (2008)

¹⁶⁶ Su tale tema la letteratura è davvero amplissima, si veda dunque per una complessiva trattazione in chiave penalistica, tra i tanti, FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

del bilanciamento in favore della libertà di espressione¹⁶⁷, di grande importanza rispetto a scelte legislative, mai come in questo caso sorrette da ampie maggioranze parlamentari e politiche.

Anche rispetto a questa vastissima categoria, quindi, la metodologia costituzionalistica del giudizio di bilanciamento si mostra non solo teoricamente imprescindibile, ma anche fonte inesauribile di limitazioni rispetto alle scelte di criminalizzazione legislative.

1.4.14. *I divieti limitanti la libertà di associazione*

Solo qualche breve considerazione sulle restrizioni, per molti versi limitrofe a quelle appena viste, al pieno godimento della libertà di associazione. In particolare, ci pare interessante accennare ai limiti nel tempo enucleati dalla giurisprudenza

¹⁶⁷ Se si eccettuano la risalente decisione della Corte suprema del Canada, *R. v. Zundel* [1992] 2 S.C.R. 731, la quale invero, pur originatasi in un caso di negazionismo dell'Olocausto, affrontava una generale e vaga fattispecie incriminatrice relativa alla diffusione di notizie false, e la decisione del Tribunale costituzionale spagnolo, sent. 235/2007, indiscussa pare la legittimità di fattispecie di negazionismo limitate all'Olocausto, v. la sentenza del BVerfG, BVerfGE 90, 241 (1994), pur in un caso di mero divieto di manifestazione rispetto a soggetti notoriamente negazionisti, e soprattutto la pacifica giurisprudenza della Corte EDU sul punto, cfr., tra le tante, più di recente, [dec.], *Garaudy c. Francia* (2003); [dec.], *M'Bala M'Bala c. Francia* (2015). Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia, v. approfonditamente LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1815 ss.

Ma la giurisprudenza recente pare forse impegnata a tracciare proprio rispetto all'Olocausto la linea di confine rispetto a scelte legislative di criminalizzazione a tutto tondo di condotte di diniego o minimizzazione di qualsiasi delitto di genocidio o contro l'umanità, soprattutto se al di fuori di un qualsiasi accertamento di tali delitti ad opera di giurisdizioni penali internazionali, v. in questo senso la sentenza, quasi del tutto carente di motivazione, del Consiglio costituzionale francese, dec. 647/2012, e soprattutto la sentenza della Corte EDU nel caso, [GC], *Perinçek c. Svizzera* (2015), che ha dichiarato sproporzionata nel caso in esame la condanna subita dal ricorrente per il diniego del genocidio armeno, con motivazioni di grande importanza che ben paiono adeguate a limitare la suddetta tendenza legislativa espansiva. Su questa fondamentale e molto articolata decisione non si può che rinviare per un necessario approfondimento ai tanti contributi subiti pubblicati, tra i quali, si veda anzitutto LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno* (2015), Padova, 2016; DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. intern.*, 2016, p. 183 ss.; DANIELE, *Disputing the Indisputable: Genocide Denial and Freedom of Expression in Perinçek v Switzerland*, in *Nott L.J.*, 2016, p. 141 ss.

costituzionale in materia di partiti politici, le cui peculiarità rendono necessario, nella comune opinione giurisprudenziale e dottrinale, uno statuto di garanzie autonomo e rafforzato rispetto alla generica libertà di associazione.

In questo contesto, come è noto, la discussione dottrinale e giurisprudenziale ruota soprattutto attorno all'applicazione delle variamente regolate ipotesi di scioglimento e divieto di ricostituzione di partiti politici, la più grave restrizione possibile della libertà in gioco, sulla quale non a caso molto attento e restrittivo nei confronti degli Stati è il controllo della Corte EDU¹⁶⁸. Ma a prescindere da questo fondamentale aspetto extrapenalistico, non mancano anche nel contesto della libertà di associazione politica – soprattutto nella giurisprudenza del BVerfG, che per primo ha dovuto affrontare questa tematica – importanti decisioni volte a scolpire chiari limiti alla potestà punitiva.

In primo luogo, di grande importanza è l'esclusione di qualsiasi responsabilità penale per le persone fisiche per la sola appartenenza ad un partito politico contrario all'ordinamento costituzionale, prima che tale contrarietà non sia stata attestata secondo le procedure costituzionalmente previste. In particolare, il BVerfG ha affermato, rispetto all'ordinamento tedesco, ma con ragioni facilmente riproponibili in altri ordinamenti, che lo scioglimento del partito è pronunciato dallo stesso BVerfG con efficacia costitutiva, di modo che esso non può rappresentare, come allora previsto, una mera condizione di procedibilità del reato, ma deve necessariamente integrare un elemento costitutivo dello stesso¹⁶⁹. Anche qui, in un giudizio di bilanciamento, la tutela della democrazia e della libertà associativa politica prevale sulla pur presente esigenza di tutela dell'ordine pubblico e del carattere democratico dello Stato, fino a quando il

¹⁶⁸ Si vedano, soprattutto di recente, le diverse sentenze di condanna nei casi [GC], *United Communist Party of Turkey e al. c. Turchia* (1998); [GC], *Socialist Party e al. c. Turchia* (1998); [GC], *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) c. Turchia* (1999); *Dicle pour le Parti de la Democratie (DEP) c. Turchia* (2002); *Yazar e al. c. Turchia* (2002); in un contesto nel quale non mancano chiaramente decisioni che riconoscono la bontà dell'azione statale, cfr. [GC], *Refah Partisi (The Welfare Party) e al. c. Turchia* (2003); *Herri Batasuna e Batasuna c. Spagna* (2009).

¹⁶⁹ V. BVerfGE 12, 296 (1961). Tale decisione è stata successivamente difesa, rispetto a possibili aggiramenti nella prassi, attraverso la sentenza BVerfGE 17, 155 (1963), con la quale si è data un'interpretazione costituzionalmente orientata, in senso restrittivo, del termine associazione nella fattispecie di associazione a delinquere, escludendo che potesse essere interpretato come riferibile altresì ad un partito politico.

partito politico non sia stato disciolto secondo la procedura giurisdizionale all'uopo prevista, che vuole garantire l'impossibilità per il potere legislativo o esecutivo di limitare fondamentali diritti politici dei consociati.

Ma anche successivamente alla decisione finale di discioglimento e di ricostituzione di un determinato partito politico, grande attenzione è posta dalla giurisprudenza costituzionale nel limitare la criminalizzazione ai soli casi nei quali l'attività politica della persona fisica sia obiettivamente funzionale alla ricostituzione del partito¹⁷⁰. Soprattutto, anche dopo la decisione finale, non può essere oggetto di criminalizzazione un'attività espressiva volta esclusivamente a richiedere una rimediazione della stessa, sulla base, ad esempio, del mutato quadro fattuale o del mutato fondamento politico-ideologico dello stesso¹⁷¹.

In definitiva, dunque, anche la libertà di associazione politica finisce, in un giudizio di bilanciamento con l'interesse pubblico al mantenimento dell'ordine costituzionale democratico, col porre argini certi alla discrezionalità del legislatore in materia di scelte di criminalizzazione.

1.4.15. Altri esempi di un elenco sterminato

Solo ovvie ragioni di stringatezza non ci consentono di continuare oltre quello che è forse un campionario già troppo folto di questioni problematiche e di esempi di applicazione pratica del giudizio di bilanciamento rispetto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta in sé considerata. Ma d'altronde si comprende certamente il carattere fondamentale di questo passaggio nell'economia complessiva del giudizio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione.

Prima di passare oltre, allora, sia sufficiente una rassegna ancor più essenziale di alcuni dei tanti altri esempi che potrebbero essere indagati.

¹⁷⁰ Si vedano le varie sentenze, tutte di pari data, del BVerfG tese a tracciare i criteri di questo particolare accertamento, BVerfGE 25, 44 (1969); 25, 69 (1969); 25, 79 (1969); 25, 88 (1969).

¹⁷¹ Così si evince in negativo dalla decisione della Corte EDU nel caso *Aydin c. Germania* (2011), nella quale la non violazione è dovuta proprio all'accertamento da parte dei giudici nazionali di una condotta ulteriore rispetto alla mera richiesta di rivedere la decisione di divieto del PKK curdo.

In primis si pensi al bilanciamento, oggetto di grande approfondimento nella discussione dottrinale recente¹⁷² e sul quale non è necessario dunque intrattenersi oltre, tra libertà culturale e religiosa e una nutrita schiera di fini di tutela perseguiti dal legislatore a tutela dei diritti fondamentali altrui o dell'interesse pubblico: da alcune ipotesi di lesioni personali, si pensi alla circoncisione o allo *scarring*, a fattispecie incriminatrici legate alla macellazione rituale, fino ad arrivare al tema scottante dell'abbigliamento rituale e del velo femminile, già più volte portato all'attenzione della Corte EDU¹⁷³. In tutti questi casi è necessario, e spesso decisivo, chiedersi anzitutto se la finalità di tutela perseguita dal legislatore non soccomba rispetto al diritto fondamentale alla libertà culturale e religiosa del singolo, attraverso il giudizio di proporzionalità che si è qui descritto.

Strettamente legato a questo ambito è quello del bilanciamento tra la libertà educativa genitoriale e l'integrità fisica e psichica del figlio rispetto a fattispecie incriminatrici che potrebbero andare dalle lesioni personali alle percosse, fino anche ad ipotesi di sequestro personale. Anche la tematica dello *ius corrigendi*, dunque, non può che essere affrontata e risolta sulla base di un giudizio di proporzionalità dell'intervento punitivo¹⁷⁴.

Per cambiare completamente ambito, si pensi inoltre alla molto discussa legittimità di fattispecie incriminatrici a tutela degli animali¹⁷⁵, soprattutto laddove esse

¹⁷² Cfr. BERNARDI, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

¹⁷³ Limitandoci soltanto ai casi di sanzioni penali irrogate ai ricorrenti, cfr. la ricchissima sentenza nel caso [GC], S.A.S. c. Francia (2014), e in precedenza la diversa decisione nel caso Ahmet Arslan e al. c. Turchia (2010), entrambe strutturate – è inutile precisarlo – proprio sullo schema del giudizio di proporzionalità.

¹⁷⁴ Cfr., anche a dimostrazione del fondamentale ruolo svolto dal sapere extragiuridico, in questo caso pedagogico, nel giudizio di costituzionalità della norma, l'articolata sentenza della Corte suprema canadese nel caso Canadian Foundation For Children, Youth and the Law v. Canada [2004] 1 S.C.R. 76. In precedenza v. anche la sentenza della Corte EDU nel caso A. c. Regno Unito (1998).

¹⁷⁵ Invero, più nella dottrina tedesca che in quella italiana, cfr., *ex multis*, GRECO, *Rechtsgüterschutz und Tierquälerei*, in BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (a cura di), *Grundlagen des*

siano estese, esplicitamente o in sede interpretativa¹⁷⁶, a comportamenti di zoerastia o zoopornografia per se stessi non idonei a provocare sensazioni dolorose agli animali¹⁷⁷, in un contesto nel quale oltretutto si riconosce pacificamente la legittimità dell'uccisione degli stessi a fini alimentari. Se dunque più semplice pare il giudizio di bilanciamento rispetto ad ipotesi di gratuità crudeltà nei confronti degli animali, molto più controverso è il giudizio di bilanciamento sugli interessi che potrebbero risultare preminenti rispetto alla tutela animale, se solo si pensa, ad esempio, alla non punibilità in Spagna dell'uccisione dei tori nell'ambito delle corride.

Cambiando ancora settore, si pensi a fattispecie incriminatrici volte a punire il c.d. autodoping¹⁷⁸, anche mentale¹⁷⁹, rispetto alle quali l'interesse alla tutela della salute dell'assuntore, in ottica paternalistica, e nel primo caso quello, anche patrimonialistico, legato alla tutela della correttezza delle gare sportive, non sempre però presente, devono necessariamente bilanciarsi con l'autodeterminazione personale dell'assuntore.

Si pensi, ancora, per un esempio certamente insolito¹⁸⁰, al bilanciamento che il legislatore traccia attraverso fattispecie incriminatrici dello *stalking*, tra la tutela dell'integrità psicofisica del soggetto passivo della condotta incriminata e la libera

Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin, 2009, p. 3 ss., ove altri riferimenti ad una letteratura davvero molto vasta.

¹⁷⁶ Così, ad esempio, nel nostro ordinamento, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 5979.

¹⁷⁷ Cfr., sulla esplicita criminalizzazione della zoopornografia nell'ordinamento tedesco, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., 431 ss., la quale esclude che la legittimazione della stessa possa essere ricercata nell'interesse pubblico alla tutela degli animali.

¹⁷⁸ Cfr. approfonditamente BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 239 ss.; MARRA, *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in Cass. pen., 2001, p. 2851 ss., 2859 s. Sul dibattito attuale nell'ordinamento tedesco, proprio in prospettiva di legittimità costituzionale dell'intervento penale, JAHN, *Schutzpflichtenlehre revisited: Der Beitrag des Verfassungsrechts zur Legitimation eines Straftatbestandes der Wettbewerbsverfälschung im Sport*, in BANNENBERG E AL. (a cura di), *Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, p. 599 ss.

¹⁷⁹ Su questo specifico problema, solo in parte analogo rispetto al fenomeno di doping sportivo, EROINA, *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013, 113 ss.; si veda inoltre CANESTRARI, *Il potenziamento cognitivo farmacologico: quale ruolo del giurista penalista nella discussione pubblica?*, in Riv. it. med. leg., 2013, p. 681 ss.

¹⁸⁰ Rispetto al quale, tuttavia, attenta dottrina ha impostato il giudizio di legittimità proprio sulla base dello schema del giudizio di proporzionalità, cfr. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 36 ss.

estrinsecazione della personalità del soggetto attivo, rispetto a sue scelte di corteggiamento o di tentativo di recupero di un rapporto amoroso terminato¹⁸¹. Attraverso la fattispecie incriminatrice, infatti, il legislatore finisce per dettare i confini delicatissimi tra lecito ed illecito, che forse meglio sarebbe lasciare, anche ai fini di una reale presa di coscienza degli stessi da parte del reo, alla determinazione del soggetto passivo attraverso l'adozione di modelli ingiunzionali di tutela¹⁸² o attraverso un più selettivo filtro di idoneità delle condotte incriminate rispetto alla causazione dell'evento¹⁸³.

Ma qui dobbiamo davvero fermarci e lasciare alla riflessione del lettore il compito di ridefinire, nella cornice metodologica qui dettata, il giudizio sulla legittimità di altre problematiche scelte di criminalizzazione.

¹⁸¹ Per il profondo valore politico-criminale della criminalizzazione, e soprattutto dei suoi termini, dello *stalking*, sulla base di una lettura del complesso retroterra sociale di questo fenomeno, si veda CAPUTO, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. III, Jovene, 2011, p. 1373 ss., 1380 s.

¹⁸² In questo senso CAPUTO, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, cit., 1414 s.

¹⁸³ In questo senso, valorizzando la prospettiva teorica dell'imputazione obbiettiva dell'evento, DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss., 14, 44 s.; NISCO, *Gli eventi del reato di atti persecutori tra disorientamenti applicativi ed apporto delle scienze empirico-sociali*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 1 ss., 7; MATTHEUDAKIS, *L'imputazione "soggettiva" nell'ambito del delitto di atti persecutori (stalking)*, in *Indice pen.*, 2014, p. 555 ss., 563 s., nt. 18.

