

SEZIONE II

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DEL TIPO DI SANZIONE

2.1. Tipologie sanzionatorie sproporzionate rispetto alla norma di condotta

Abbiamo sinora affrontato una lunga carrellata di casi nei quali è lecito porre in dubbio la stessa ragionevolezza del bilanciamento svolto dal legislatore rispetto alla norma in sé considerata; tuttavia, molto spesso, come si è detto, le perplessità sulla legittimità della scelta di criminalizzazione attengono non tanto alla bontà in sé della norma di condotta, quanto al tipo di sanzione che il legislatore ritiene di impiegare per reagire alla sua violazione, per gli effetti che essa ha sul diritto aggredito dalla norma di condotta. Non ci riferiamo – è bene specificarlo – alla gravosità di questa sanzione, che aprirebbe al tema del bilanciamento con i beni da essa aggrediti, ma al fatto che non è indifferente per l'individuo che subisce l'aggressione in un proprio diritto fondamentale la qualità e la misura di questa aggressione. Il soggetto che volesse infrangere una qualunque norma di condotta si troverebbe dinanzi a situazioni ben diverse se in caso di violazione vi fosse un reato o un illecito civile o un altro tipo di sanzione. Ciascun tipo di sanzione ha infatti nei confronti del diritto fondamentale dell'individuo sotteso alla norma di condotta una diversa funzione e cogenza: un conto è lasciare l'individuo fondamentalmente libero di assumere un dato comportamento, salvo riconnettere ad esso una serie di conseguenze, altro è puntare, quantomeno idealmente, a far sì che l'individuo non tenga *tout court* il dato comportamento. La sanzione penale, in senso lato, ha *natura sua* una funzione repressivo-preventiva, aspira attraverso la funzione general-preventiva che la plasma ad escludere *ab initio* che la condotta prevista dalla fattispecie astratta si realizzi. Altre misure, di natura civilistica,

disciplinare, tributaria, pur avendo in maniera più o meno marcata una capacità di deterrenza, non sono tuttavia forgiate in chiave repressivo-preventiva, non intendono annullare la libertà d'azione del soggetto, quanto provvedere a che in caso di violazione sia ristabilito in chiave riparativa un equilibrio tra gli interessi coinvolti. Si è fatto volutamente riferimento al concetto di sanzione penale in senso lato, oramai familiare al penalista interno per la meritoria giurisprudenza della Corte EDU¹, perché questa distinzione di approcci, molto ben descritta sulla base della coppia di concetti *price* e *sanction*², non corre in alcun modo sulla tradizionale distinzione tra sanzione penale e altre tipologie sanzionatorie. Anche rispetto a talune sanzioni di natura formalmente amministrativa è possibile, infatti, scorgere con chiarezza i medesimi connotati funzionali della pena.

Il giudizio di proporzionalità che andremo ora ad affrontare attiene quindi alla correttezza del bilanciamento legislativo rispetto alla scelta di riconnettere alla violazione della norma di condotta sanzioni *lato sensu* penali, volte a scongiurare *ab origine* la commissione della condotta stigmatizzata, piuttosto che intervenire soltanto in chiave *lato sensu* riparativa, in considerazione dell'importanza del diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta dettata.

Volendo riprendere il consolidato schema del test di proporzionalità è necessario osservare anzitutto che non è necessario riproporre alcuna considerazione sul fine legittimo della norma di condotta, poiché inevitabilmente la norma ha già passato

¹ Ci si riferisce alla vastissima giurisprudenza a partire dal caso CtEDU, [GC], Engel e al. c. Olanda (1976). In proposito, *ex multis*, BERNARDI, *Art. 7*, in BARTOLE E AL. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 249 ss., 256 ss.; MANES, *Art. 7*, in BARTOLE E AL. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 258 ss., 259 ss.; MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1899 ss.

² V. COOTER, *Prices and Sanctions*, in Colum. L. Rev., 1984, p. 1523 ss.; COFFEE JR., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in B.U. L. Rev., 1991, p. 193 ss., 225 ss.; ID., *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models—And What Can Be Done About It*, in Yale L.J., 1992, p. 1875 ss., 1876 e 1882 ss.

questo test, se si è già addivenuti ad interrogarsi sulla relazione tra di essa e la norma sanzionatoria.

Nel primo passaggio del giudizio di proporzionalità ci si dovrà allora chiedere se la norma sanzionatoria prevista dal legislatore sia in realtà idonea a far avanzare lo scopo di tutela individuato. Anche in questo caso, nell'ottica di una sanzione penale, è difficile che questo passaggio del giudizio di proporzionalità si riveli granché selettivo, poiché normalmente, in mancanza di dati empirici significativi, il giudice costituzionale non potrà ribaltare la diagnosi di idoneità svolta dal legislatore in ordine alla sanzione prescelta; è quantomeno non irragionevole pensare, infatti, che un presidio penale a tutela della norma di condotta possa anche in minima parte contribuire all'avanzamento dello scopo della norma. Anche rispetto a fattispecie penali caratterizzate da un elevatissimo indice di ineffettività, non è facile dimostrare che esse comunque non siano in grado di orientare una non irrilevante porzione di consociati. Come si è già avuto modo di dire, considerazioni legate alla scarsa effettività della norma sanzionatoria potranno essere ben tenute presente nella successiva fase di bilanciamento.

Anche il secondo passaggio del giudizio di proporzionalità assume in questo contesto una diversa connotazione, non dovendosi qui confrontare norme di condotta alternative egualmente in grado di raggiungere il fine legislativo, ma altre e meno gravose norme sanzionatorie nei confronti del trasgressore della norma di condotta. Si tratta di un passaggio argomentativo molto caro alla penalistica tendente a vagliare l'utilizzo di altre tipologie sanzionatorie in un'ottica di sussidiarietà rispetto all'utilizzo dello strumento penale. Ma anche qui è necessario mettere in guardia rispetto al rischio di considerare utile ai fini del giudizio in esame una mera sostituzione della sanzione penale con altra di natura formalmente amministrativa, poiché, come detto, questo potrebbe spesso non modificare in alcun modo i termini del problema. Anche in questo secondo giudizio di proporzionalità, infine, se si richiede allo strumento sanzionatorio alternativo la stessa efficacia di quello prescelto dal legislatore, diviene difficile per il giudice costituzionale ottenere solidi dati empirici in grado di motivare un ribaltamento della scelta legislativa.

Ancora una volta, dunque, anche rispetto a questo secondo giudizio di proporzionalità, vertente questa volta sulla relazione tra norma di condotta e norma

sanzionatoria, è comprensibile come il vero passaggio selettivo sarà rappresentato dal giudizio di proporzionalità in senso stretto tra l'utilità marginale allo scopo legislativo di tutela e il grado di interferenza nel godimento del diritto fondamentale del singolo. Ma più di qualsiasi spiegazione teorica è opportuno nuovamente confrontarsi con una selezione di casi nei quali si pone con forza la necessità di un giudizio di proporzionalità come quello appena abbozzato.

Naturalmente si potrà obiettare che questo o quel caso da noi affrontato in questo contesto sarebbe già risolvibile con convincenti argomentazioni sul piano già esaminato della ragionevolezza in sé della norma di condotta. Non escludiamo affatto questa eventualità e – è bene ripeterlo – siamo in fin dei conti poco interessati alla corretta risoluzione dei singoli casi qui affrontati, che richiederebbe, come si è cercato di spiegare, un'attenta considerazione degli interessi in gioco e dei dati criminologici a disposizione rispetto a ciascuno di essi. Il nostro interesse è di natura schiettamente metodologica, per cui ci accontentiamo del fatto che questi casi sono verosimilmente risolti dalla maggior parte degli interpreti su questo piano argomentativo e non su quello, pur talvolta percorribile, dell'illegittimità in sé del divieto.

2.1.1. *Il divieto di adulterio*

Il divieto di adulterio ci pare un esempio ideale per iniziare questa nuova carrellata di casi, poiché esprime con grande chiarezza la distinzione che intendiamo tracciare tra i due diversi test di proporzionalità descritti³.

Di fronte alla criminalizzazione dell'adulterio si potrebbe di certo incamminarsi per la via del giudizio di proporzionalità in sé della norma di condotta: da un lato tale norma di condotta rappresenta un innegabile aggressione del diritto fondamentale all'autodeterminazione personale e al rispetto della vita privata, andando a proibire una condotta appartenente ad una delle sfere più intime della personalità; dall'altro

³ Come è noto la questione diventa molto più semplice allorché non si debba vagliare la legittimità costituzionale in sé del divieto di adulterio, ma sia possibile il *commodus discessus* della dichiarazione di incostituzionalità per disparità di trattamento tra i coniugi in ragione del loro sesso, come appunto nel nostro ordinamento, v. Corte cost., sent. 126/1968 e sent. 147/1969, dopo una prima presa di posizione contraria nella sent. 64/1961.

altrettanto innegabilmente il legislatore persegue il fine legittimo di tutelare il dovere di fedeltà coniugale riconnesso dallo stesso legislatore al matrimonio, istituto riconosciuto e visto spesso con favore da parte del legislatore per le caratteristiche ad esso riconnesse. D'altronde nell'atto di matrimonio vi è una scelta volontaria da parte dei nubendi di sottoporsi ad un regime legale e, in un certo qual modo, essi acconsentono alla limitazione della loro personale autodeterminazione ad esso corrispondente. È dunque difficile sostenere che il bilanciamento tracciato dal legislatore tra questi due interessi sia da reputare irragionevole⁴. Si potrebbe criticare l'importanza del dovere di fedeltà, o meglio la sua lettura anche in termini meramente sessuali, ma ciò andrebbe nel senso di modificare l'istituto matrimoniale e solo successivamente a tale modifica tale critica potrebbe assumere rilevanza per il nostro tema.

Ciò che si imputa alla scelta di criminalizzazione dell'adulterio è non già l'irragionevolezza del bilanciamento alla base della norma di condotta, ma la scelta legislativa di perseguire lo scopo di tutela attraverso una sanzione *lato sensu* penale. Una sanzione repressiva/preventiva volta a scongiurare alla radice qualsiasi atto di adulterio, forte della sua capacità dissuasiva, determinerebbe una limitazione troppo forte della libertà di autodeterminazione dell'individuo, difficilmente bilanciabile con il pur importante fine di tutela dell'unità matrimoniale. Anzi, ciò che si teme in questo caso è che la stessa fedeltà assicurata dal potere pubblico per mezzo della minaccia della sanzione divenga una scelta eterodiretta, frutto del timore della pena, incapace in realtà di rappresentare un pieno invero del reciproco dovere di fedeltà previsto dall'istituto matrimoniale. Ma – ed è qui la differenza fondamentale con un giudizio negativo di proporzionalità della norma di condotta in sé – non è in alcun modo escluso che del divieto di adulterio si possa tenere conto nell'ordinamento, ad esempio e più comunemente, in sede civile, facendo sì che chi lo abbia violato ne risponda in termini di successive conseguenze riparatorie, come avviene ad esempio nel nostro ordinamento laddove la violazione del dovere di fedeltà è valorizzata ai fini

⁴ Per un bilanciamento della norma di condotta in sé considerata, sulla scorta della giurisprudenza della Corte suprema in materia di sodomia, v. COHEN, *How the Establishment Clause Can Influence Substantive Due Process: Adultery Bans After Lawrence*, in *Fordham L. Rev.*, 2010, p. 605 ss.

dell'addebito della separazione e, in presenza di talune condizioni, al fine di dichiarare una responsabilità risarcitoria da danno ingiusto⁵. È opportuno però precisare che tali conseguenze sanzionatorie della violazione del divieto, pur formalmente civilistiche, non devono trasformarsi *de facto* in una sanzione deterrente nei confronti dell'individuo, e mai soprattutto rispetto al partner non adultero, come pure invece è dato riscontrare in alcuni ordinamenti⁶. Torniamo qui, allora, a ciò che si è detto precedentemente circa l'impossibilità di affidarsi alle tradizionali distinzioni formalistiche tra misure civilistiche, amministrativistiche e penalistiche, ma alla necessità di stabilire di volta in volta, in termini funzionali, se la risposta sanzionatoria prevista dall'ordinamento risulta tanto dissuasiva da limitare in misura sproporzionata il diritto fondamentale dell'individuo al rispetto della sua autodeterminazione personale⁷.

Neppure rispetto al divieto di adulterio, lo si dica per inciso, è possibile trascurare l'importanza pratica oltre che teorica della nostra discussione, se è vero come è vero

⁵ Tale possibilità, oggetto di un'ampissima discussione in ambito dottrinale e da tempo presente nella giurisprudenza di merito, è ora pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, v. Cass. Civ., Sez. III, 15 settembre 2011, n. 18853; Sez. VI, 17 gennaio 2012, n. 610, in *Fam. dir.*, 2012, p. 251 ss., con nota di FACCI, *Il danno da adulterio arriva in Cassazione*. Cfr. anche CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1633 s.; PETTA, *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la responsabilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1448 ss.

⁶ È il caso, ad esempio, della North Carolina, dove la riconosciuta azione civile per il risarcimento dei danni derivanti dalla "privazione di affetti" ha portato anche al riconoscimento di danni per importi dell'ordine di svariati milioni di dollari. Su tale azione, l'unica di questo tipo ad essere sopravvissuta nel panorama nordamericano, si v. MCMILLIAN, *Adultery as Tort*, in *N.C. L. Rev.*, 2012, p. 1987 ss.

Ma si vedano anche le preoccupazioni della dottrina italiana circa la necessità di ben differenziare i peculiari presupposti per la responsabilità risarcitoria endofamiliare dalla mera sussistenza di una violazione del dovere di fedeltà, proprio in considerazione dell'importanza degli interessi in bilanciamento, v. FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1481 ss., 1494 ss.

⁷ Un caso esemplare da questo punto di vista è la sanzione di divieto temporaneo di nuove nozze, facoltativamente attribuibile dal giudice nella procedura di divorzio e di natura formalmente civilistica, che il codice civile svizzero prevedeva in casi di grave violazione dei doveri matrimoniali, *in primis* nella prassi per i casi di conclamato adulterio. Come correttamente riconosciuto dalla Corte EDU, [GC], F. c. Svizzera (1987), una misura di questo genere – pur di natura formalmente civilistica – risultava dagli effetti così gravosi da non essere proporzionata alle finalità di tutela del matrimonio avanzate dal governo svizzero.

che non più di qualche mese fa si è avuta un'importante pronuncia della Corte costituzionale della Corea del Sud che, sulla base di un'argomentazione per molti versi simile a quella qui offerta, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice dell'adulterio⁸.

2.1.2. Il divieto di incesto

Il divieto di incesto certo marginale da un punto di vista pragmatico, considerando che i casi giudiziari sono oltremodo sparuti nei diversi ordinamenti, ha rappresentato da sempre un terreno privilegiato di analisi teorica sui limiti alle scelte di criminalizzazione, ma ha acquisito ancor più centralità dopo una celeberrima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 2008⁹, commentata ed analizzata da tantissimi autorevoli esponenti della dottrina non solo tedesca¹⁰, anche per le molto

⁸ Corte costituzionale Corea del Sud, sent. 2009Hun-Ba17, del 26 febbraio 2015. La nostra disamina è, invero, limitata alla pur ricca sinossi della sentenza in lingua inglese reperibile sul sito della Corte medesima.

⁹ BVerfGE 120, 224 (2008).

¹⁰ Nella dottrina tedesca la sentenza è stata accolta da serrate critiche di diverso segno, 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.; HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in NJW, 2008, p. 2085 ss.; KRAUß, *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)*, in HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 423 ss.; ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften*, in StV, 2009, p. 544 ss.; STEINBERG, *Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts – Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung“ des BVerfG vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07*, in STEINBERG (a cura di), *Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag*, München, 2008, p. 91 ss.; ZABEL, *Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. Zur Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S.2 StGB mit dem Grundgesetz – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG v. 26.2.2008*, in JR, 2008, p. 453 ss.; ZIETHEN, *Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 2008 – 2 BvR 392/07*, in NStZ, 2008, p. 617 ss. Ma tale sentenza ha trovato grande eco anche al di fuori della dottrina tedesca, si veda per l'Italia, l'analisi di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 2115 ss.; e di NISCO, *“Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto*, in FONDAROLI (A cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 147 ss.; per la dottrina statunitense, v. FLETCHER, *The Relevance of Law in the Incest Taboo*, in HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 321 ss.; DUBBER, *Policing Morality:*

importanti considerazioni generali del Tribunale sui limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione. Lo stesso caso è stato poi portato all'attenzione della Corte EDU¹¹, la quale ha escluso una violazione della Convenzione nella condanna subita dal ricorrente, con una sentenza ancora una volta molto commentata¹².

L'approfondita sentenza del BVerfG dovrebbe anzitutto mostrarci l'impossibilità di discutere in generale della criminalizzazione dell'incesto. I modelli normativi presenti nei diversi ordinamenti non potrebbero essere infatti più diversi rispetto al tipo di atti puniti, ai soggetti attivi, soprattutto in riferimento agli affini e ai soggetti adottati, al carattere esclusivamente eterosessuale o anche omosessuale dei comportamenti proibiti, fino alle variamente articolate condizioni di non punibilità, da quella del

Constitutional Law and the Criminalization of Incest, in U. Toronto L.J., 2011, p. 737 ss.; si veda ancora ANDROULAKIS, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das „Entrustungsprinzip“ (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224)*, in HERZOG E AL. (a cura di), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 271 ss.; HWANG, *Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung*, in DSt, 2012, p. 233 ss., 242 ss.; ID., *Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes: Kritische Bemerkungen zur materiellen Grundrechtsvorstellung durch die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Strafgesetzgebung*, in ZStW, 2013, p. 209 ss.

¹¹ CtEDU, Stübing c. Germania (2012).

¹² Si vedano, ancora una volta in un coro quasi unanime di critiche, JUNG, *Das Inzestverbot oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf den Spuren des Bundesverfassungsgerichts*, in GA, 2012, p. 617 ss.; KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in ZIS, 2012, p. 282 ss.; NISCO, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, p. 70 ss. Per un'analisi più generale dell'approccio della Corte EDU al tema dell'incesto, anche con riferimento alla giurisprudenza su altri temi simili, ROFFEE, *No Consensus on Incest? Criminalisation and Compatibility with the European Convention on Human Rights*, in HRLR, 2014, p. 541 ss.

Sia detto *en passant*, non essendo fondamentale ai nostri fini, ma la decisione della Corte EDU pare chiaramente una non decisione, che evita di entrare nel merito della questione attraverso l'utilizzo, come in casi simili, del margine di apprezzamento nazionale. È quantomeno affrettato dunque costruire sulla base di questa sola sentenza l'approccio teorico della Corte EDU rispetto al tema dei limiti dei diritti fondamentali. La Corte EDU si è mossa d'altronde nel solco di altre Corti supreme, quali quella statunitense e quella canadese, che di fronte a decisioni degli organi giurisdizionali inferiori hanno escluso di esaminare il ricorso di costituzionalità con provvedimenti non motivati (v. la decisione della Corte d'appello degli Stati Uniti, 7° Circuito, *Muth v. Frank*, 412 F.3d 808 (7th Cir. 2005), e la decisione della Corte d'appello della Nova Scotia, *R. v. C.J.F.*, 105 C.C.C. (3d) 435, 1996). Anche la Corte EDU, dunque, ha fatto ricorso ad un provvedimento sostanzialmente privo di reale motivazione, per non creare alcun precedente in una materia nella quale le posizioni a livello di Stati contraenti del Consiglio d'Europa paiono ancora molto distanti.

pubblico scandalo – prevista come è noto dalla fattispecie incriminatrice italiana di cui all'art. 564 c.p. –, a quella della minore età dei soggetti – prevista dal paragrafo 173 StGB.

Se il punto di partenza del giudizio di proporzionalità deve essere quello di stabilire il fine perseguito dal legislatore, le differenze di scrittura della fattispecie non possono che essere attentamente apprezzate al fine di comprendere la *ratio legis*, che ben potrebbe variare da un ordinamento ad un altro.

In quest'ottica, ad esempio, sono senza dubbio da escludere preoccupazioni di carattere eugenetico come fondamento dell'incriminazione allorché la norma tenda a punire atti non procreativi o rapporti tra non consanguinei¹³. Ma anche laddove il legislatore assumesse questo fine di tutela, anche prescindendo dalle incerte evidenze empiriche circa la dannosità di tali rapporti, non potrebbe non osservarsi che tale finalità non è mai da ritenere sufficiente per bilanciare l'autonomia sessuale e procreativa dei consociati. Nessuna ragione di tutela della salute del nascituro o, peggio, della salute pubblica intesa come costi sociali della malattia o disabilità ha mai giustificato e potrà mai giustificare divieti procreativi anche in casi nei quali la probabilità di danni alla salute del nascituro è ancora più alta¹⁴.

Il divieto di rapporti incestuosi potrebbe essere finalizzato altresì alla tutela dell'autonomia sessuale degli stessi soggetti di tali rapporti attraverso una più avanzata protezione nei confronti di abusi sessuali intra-familiari non efficacemente protetti dalle fattispecie di violenza sessuale o di atti sessuali con minori. Da questo punto di vista è innegabile che il legislatore potrebbe punire con una fattispecie *ad hoc* quei comportamenti di sfruttamento di una condizione di inferiorità e di subalternità da parte

¹³ Che fosse questa la finalità che potesse muovere il legislatore italiano, è stato giustamente esclusa, sulla base della lettura della fattispecie incriminatrice dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 518/200, che inspiegabilmente ha attratto poca attenzione, soprattutto in confronto a quella tedesca, nella nostra dottrina. V., tra i pochi, CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4066 ss.

¹⁴ Con argomenti decisivi già l'opinione dissenziente di Hassemer alla decisione del BVerfG, BVerfGE 120, 224 (2008), p. 255 ss., 258 s. In questo senso anche la dottrina unanime, cfr., tra tutti, ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften*, cit., 547; DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, cit., 2128 s.

del genitore, anche non biologico, nei confronti del figlio o da parte del fratello o della sorella maggiore nei confronti del fratello o della sorella minore, anche non biologica; questo soprattutto per inglobare i casi di rapporti sessuali già intrapresi durante la minore età di uno dei due soggetti¹⁵.

Ma se questo fine potrebbe legittimare in teoria spazi di intervento penalistico, è facile osservare che esso non si inverte giammai nelle fattispecie di incesto, in nessun caso costruite attorno ad una situazione di abuso o di sfruttamento e, soprattutto, dirette a punire in modo paritario i due soggetti del rapporto¹⁶.

Il fine perseguito dal legislatore in queste fattispecie è, allora, in primo luogo la tutela della famiglia. Anche in questo caso, però, non si può non notare molto spesso un grave scollamento rispetto alla concreta previsione normativa, allorché non punisce comportamenti egualmente in grado di distruggere il nucleo familiare, quali quelli omosessuali o non procreativi, o quelli riferiti a soggetti affini o adottati, mentre punisce anche condotte commesse fuori dal contesto familiare, allorché ad esempio avvengono tra fratelli adulti dopo la rottura del contesto familiare di partenza. Da questo punto di vista, quindi, fatto salva in teoria la legittimità di questo fine legislativo, non si potrebbe che censurare la norma in esame per il suo estendersi a casi ad esso estranei¹⁷.

¹⁵ Sulla possibilità, o finanche l'opportunità di intervenire in questi contesti, v. HÖRNLE, *Consensual Adult Incest: A Sex Offence*, in N.C. L. Rev., 2014, p. 76 ss.

¹⁶ Ancora una volta chiarissimo sul punto Hassemer, BVerfGE 120, 224 (2008), p. 255 ss., 259 ss. In questo senso anche ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften*, cit., 547; DUBBER, *Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest*, cit., 743 s.

¹⁷ In questo senso anche l'opinione dissenziente di Hassemer, BVerfGE 120, 224 (2008), p. 255 ss., 261 ss., che sulla base della lettura della fattispecie incriminatrice esclude che essa possa essere stata pensata con finalità di tutela della famiglia, v. anche sul punto diffusamente ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests - Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften*, cit., 546 s.; *contra* nella dottrina tedesca KÜHL, *Beobachtungen zur nachlassenden und begrenzten Legitimationswirkung des Rechtsguts für Strafvorschriften*, in HILGENDORF/RENGIER (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012, p. 766 ss., 775, secondo il quale la tutela della famiglia sarebbe un bene giuridico idoneo a fondare la fattispecie incriminatrice in esame. Alle stesse conclusioni rispetto alla disciplina tedesca, ma anche rispetto a quella italiana, DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, cit., 2130 ss.

Infine, si potrebbe ritenere che anche da rapporti tra adulti consenzienti oramai estranei al contesto familiare di partenza potrebbero derivare per gli stessi danni psicologici e sociali che il legislatore, con intento paternalistico, intende evitare¹⁸.

Non si può escludere, dunque, che una sapiente tecnica di scrittura legislativa riesca a selezionare soltanto fatti per i quali siano certamente presenti questi fini di tutela. Tradotto il discorso in termini di bene giuridico, non è impossibile fondare un divieto di incesto in termini di tutela della famiglia, intesa in senso materiale come singolo nucleo familiare, o anche in termini di tutela della salute psicologica degli stessi soggetti attivi; senza dover pertanto fare ricorso ad un fondamento in termini morali della scelta legislativa, volto a valorizzare il significato di tabù da sempre riconosciuto all'incesto¹⁹.

Anche in questo caso, quindi, si nota come la riflessione in meri termini di bene giuridico o di fine di tutela non porti lontano. È indispensabile, infatti, andare oltre servendosi del giudizio di proporzionalità.

Per quanto riguarda, anzitutto, il giudizio di idoneità, è evidente che tale norma ha scarsissima efficacia deterrente proprio nei casi nei quali più servirebbe, se si ha chiaro lo sfondo di degrado materiale e sociale dei contesti familiari nei quali più di frequente avvengono episodi di incesto²⁰. Questo non è ancora sufficiente a determinare l'irragionevolezza della norma, ma è di certo un elemento centrale da considerare all'interno del giudizio di bilanciamento finale.

Anche per quanto attiene al giudizio di necessità, non può non osservarsi che la minaccia della sanzione penale pare non molto più efficace di misure di intervento e

¹⁸ Per un'accurata ricostruzione di questi profili, v. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, cit., 2123 ss.

¹⁹ Una prospettiva questa, delineata soprattutto in chiave di ricostruzione storica e di individuazione della sua ascendenza come norma religiosa di tutte le più importanti confessioni, che molto continua ad affascinare la giurisprudenza, che difficilmente tende ad ometterla nelle sue decisioni, cfr. BVerfGE 120, 224 (2008), 224 ss. e Corte d'appello della Nova, R. v. C.J.F., 105 C.C.C. (3d) 435, 1996; ma anche la dottrina, cfr. FLETCHER, *The Relevance of Law in the Incest Taboo*, cit., p. 321 ss.; ANDROULAKIS, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das „Entrustungsprinzip“ (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224)*, cit., 282 s.

²⁰ In questo senso anche Hassemer, BVerfGE 120, 224 (2008), p. 255 ss., 266.

prevenzione da parte dei servizi sociali rispetto ai nuclei familiari per i quali più alto è il rischio di questi fenomeni²¹. Anche in questo caso non si tratta di strumenti di provata efficacia eguale o superiore all'intervento penale, ma della loro disponibilità non potrà non tenersi conto del giudizio di bilanciamento.

Piuttosto che stigmatizzare allora le finalità legislative di tutela, reali o presunte, appare allora più utile considerare congiuntamente tutti i fattori di questo intricato contesto criminologico. Da un lato il numero risibile di casi di incesto e dall'altro l'inesistenza di incriminazioni di questo tipo in moltissimi Paesi nei quali non si assiste ad alcuna maggiore incidenza del fenomeno dovrebbero far riflettere circa la reale capacità dissuasiva di questa norma, che, come detto, pare essere minore o nulla proprio nei pochissimi casi nei quali vi sarebbe un reale rischio di trasgressione della stessa. Inoltre, avendo realmente a cuore gli interessi di tutela prefissi, non si può non comprendere addirittura la nocività della sottoposizione al procedimento penale e dell'irrogazione della pena. Tali interventi non fanno che accrescere l'esposizione alla pubblica attenzione mediatica e i riflessi dannosi per la salute psicologica e per la stabilità familiare, anche delle famiglie nate sulla base di tali rapporti incestuosi.

Si comprende allora perché anche in questo caso riteniamo non predicabile una assoluta illegittimità in sé della norma di condotta. I fini indicati possono benissimo giustificare una limitazione dell'autodeterminazione sessuale dei soggetti del rapporto incestuoso, non escludendosi dunque che lo Stato possa imporre in questi casi interventi dei servizi sociali e del giudice dei rapporti familiari per tutelare la salute e il benessere psicofisico di tutti i soggetti coinvolti. Non si nega nemmeno la possibilità di un divieto matrimoniale, che diverrebbe anch'esso ingiustificabile allorché si ritenesse insussistente qualsiasi fine legittimo di tutela e si concludesse per il carattere solo morale del fondamento di questo divieto.

A determinare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo ci pare sia non già la norma di condotta in sé considerata, ma la volontà del legislatore di raggiungere legittimi fini di tutela attraverso una sanzione, quella penale, che si dimostra nei fatti inidonea se non nociva rispetto ad essi.

²¹ Vedi ancora Hassemer, BVerfGE 120, 224 (2008), p. 255 ss., 269.

Venendo, quindi, all'acceso dibattito dottrinale sulla sentenza del BVerfG, non si può non osservare che paradossalmente questo Tribunale, molto criticato per aver disconosciuto qualsiasi fondamento costituzionale alla teoria del bene giuridico, deve imputare proprio alla scelta del giudizio di proporzionalità una trasparenza e analiticità del percorso argomentativo, che fa emergere con chiarezza esemplare le criticità e debolezze dello stesso. La sfida a confrontarsi con l'idoneità, la necessità e la proporzione dei mezzi scelti dal legislatore offre, infatti, la possibilità alla dottrina di confrontarsi criticamente con l'intero panorama dei problemi posti dalla fattispecie esaminata. Da questo punto di vista esemplare è il confronto con la sintetica ed apodittica sentenza della Corte costituzionale italiana, che nell'individuare il fine legislativo, o bene giuridico, nella protezione della famiglia, conclude un giudizio di costituzionalità che proprio in quel momento sarebbe invece dovuto iniziare.

2.1.3. Il divieto di consumo di sostanze stupefacenti

Raramente si è soliti discutere *ex professo* della costituzionalità del divieto di consumo di sostanze stupefacenti, poiché tale condotta, in effetti, non è quasi mai presa di mira espressamente dal legislatore; si è soliti allora discutere della legittimità costituzionale delle diverse condotte di detenzione, importazione, acquisto, coltivazione, ecc., allorché queste condotte siano funzionalmente asservite, nell'intenzione del soggetto agente, al suo esclusivo consumo.

È senza dubbio vero che la condotta di consumo non risulta all'atto pratico scindibile da una condotta di detenzione, anche di brevissima durata, ma scindere tra queste diverse condotte è fondamentale – come tenteremo di dimostrare – per impostare con più rigore analitico le questioni di costituzionalità che da sempre si addensano sulla disciplina penale in materia di stupefacenti.

Dinanzi ad una norma di esplicito divieto di consumo di sostanze stupefacenti il primo passaggio da affrontare in chiave costituzionalistica – lo abbiamo già visto – è l'individuazione di un diritto fondamentale del soggetto limitato – non è importante in questa fase se giustificatamente o meno – dal divieto legislativo. Proprio in questo primo fondamentale passaggio si riscontra il problema, già più volte incontrato, di

stabilire un corretto livello di astrattezza nell'analisi della questione in esame. Chiaramente in nessun caso sarà possibile individuare a livello costituzionale uno specifico diritto fondamentale "a fumare erba", così come testualmente declinato dalla Corte suprema del Canada²². Impostato in questi termini il problema, non si potrà fare altro che andare avanti nel giudizio di costituzionalità, passando dalla legittimità della norma di condotta alla legittimità della norma sanzionatoria prevista.

Il diritto fondamentale che verrà in gioco in questo contesto non potrà che essere un diritto generale, variamente declinato, al rispetto della privacy intesa come autodeterminazione personale e sviluppo libero della propria personalità²³. Ad argomentare diversamente – ad assestarsi cioè sul livello più basso di astrattezza possibile nell'impostazione delle questioni costituzionali – si arriverebbe alla conclusione che non vi è un diritto fondamentale esplicito a scegliere il proprio cibo o il proprio abbigliamento e, in breve, si aprirebbe la strada alla legittimità di un controllo pubblico totalizzante sulla vita di ciascuno.

Non sfugge certo che nel caso del consumo di droghe si ha a che fare con condotte lesive di se stessi e potenzialmente di altri, ma questa considerazione attiene appunto al momento successivo della giustificazione della limitazione pubblica al godimento del diritto fondamentale da parte del singolo. Ancora una volta se la dannosità della condotta fosse connotato sufficiente ad escludere la presenza di un diritto ad autodeterminarsi rispetto a quella particolare condotta, elidendo quindi la necessità di una giustificazione del divieto legislativo, dovremmo concludere che lo Stato non dovrebbe giustificare il divieto di fumo o di bere alcool o di mangiare cibi dannosi per la salute.

È compito dunque del legislatore, nel momento in cui interviene a vietare il consumo di stupefacenti, giustificare i limiti che pone al diritto di ciascun cittadino di autodeterminarsi rispetto alle proprie scelte di vita. In questo caso le finalità da sempre associate a questo tipo di intervento sarebbero la necessità di scongiurare danni alla

²² Il riferimento è alla sentenza nel caso *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine* [2003] 3 S.C.R. 571.

²³ In questo senso, senza il minimo dubbio, il BVerfG nella sentenza BVerfGE 90, 145 (1994), 171, e la Corte suprema argentina nella sentenza nel caso *Arriola, Sebastián e al.* (2009).

salute del consumatore medesimo; il danno derivato in altri soggetti dai danni diretti al consumatore; il danno al patrimonio pubblico in termini di maggiori costi sanitari; i danni da reati agevolati o determinati dall'uso di tali sostanze.

Ancora una volta dunque a decidere della legittimità del divieto legislativo è un giudizio di proporzionalità tra la capacità del divieto legislativo di favorire le finalità legislative e la gravità della limitazione subita dal soggetto nel suo diritto fondamentale al rispetto della propria autodeterminazione.

Anche in questo caso, lo si comprende dalla stessa decisione di trattare qui questo argomento, riteniamo plausibile che questo giudizio di proporzionalità non ruoti nella maggior parte delle discussioni dottrinali sull'irragionevolezza in sé del divieto, quanto sulle sanzioni riconnesse al divieto legislativo.

Non ci pare, infatti, che il diritto all'autodeterminazione personale possa avere preminenza assoluta rispetto alle finalità legislative anzidette al punto tale da inibire qualsiasi azione o misura pubblica volta a perseguirle. Volendo esemplificare, il rispetto del diritto del singolo a consumare stupefacenti non pare idoneo a rendere illegittima una previsione di consulto medico obbligatorio rispetto ai rischi per la propria salute da tale consumo, come ad esempio previsto in alcuni ordinamenti. Né tantomeno ci parrebbe irragionevole una norma che prevedesse in caso di violazione del divieto di consumo di stupefacenti l'obbligo di contribuire in misura superiore per la propria assicurazione sanitaria o, in caso di sistema sanitario universale, già nella tassazione generale.

Certo è possibile anche argomentare in senso diverso, ma non ci pare sostenibile la tesi di una illegittimità in sé del bilanciamento legislativo sottostante ad un chiaro divieto di consumo di stupefacenti accompagnato da misure del tipo anzidetto e che escluda in radice qualsiasi diritto del soggetto consumatore a non veder ostacolato l'approvvigionamento delle sostanze stupefacenti attraverso, ad esempio, la criminalizzazione di tutte le condotte di vendita.

L'oggetto del contendere, allora, ci pare più propriamente la questione, più circoscritta, se il legislatore possa accompagnare al divieto di consumo sanzioni in grado di dissuadere il soggetto dal consumo stesso.

Anche in questo caso il bilanciamento è aperto e dipende da questioni di valore e di ordine fattuale.

Rispetto ai danni sociali in termini di costi sanitari abbiamo già visto esservi una misura alternativa; come pure in termini di reati agevolati o commessi a causa dell'uso di sostanze stupefacenti, fatta salva la necessità di dati empirici, è chiaro che la loro punizione rende di per sé inutile punire la platea potenzialmente molto più vasta dei consumatori.

Venendo dunque al punto centrale occorre chiedersi se sia lecito punire un soggetto per dissuaderlo dalla commissione di condotte che siano per lui stesso dannose. Rispetto a questa domanda varrebbe anzitutto la considerazione generale di divieto di giustificazioni paternalistiche dei divieti legislativi²⁴. Ma anche superando quest'obiezione di ordine generale, si comprende come questo bilanciamento debba tenere in conto molti importanti aspetti.

Anzitutto l'idoneità delle sanzioni a far avanzare la finalità legislativa di tutela della salute del singolo, sulla quale è spesso possibile dubitare, vista la pratica non osservanza di queste norme di condotta²⁵.

Ma soprattutto il fine legislativo assumerà tanto più peso nel bilanciamento legislativo quanto più gravi saranno i danni per la salute del singolo dal consumo del dato stupefacente. Il giudizio di bilanciamento allora sarà, da questo punto di vista, intrinsecamente relativo alle risultanze empiriche rispetto ai danni alla salute commessi da ciascun stupefacente.

Qui arriviamo ad un punto importante, spesso considerato sotto diversa e distorta prospettiva. La razionalità legislativa nella sanzione di condotte dannose per la salute del consumatore stesso è o può essere indice della matrice autenticamente paternalistica del divieto. La decisione di sanzionare il consumo di stupefacenti dai

²⁴ La decisione della Corte suprema del Canada nel caso citato *R. v. Malmo-Levine* finisce per appiattirsi soltanto sulla legittimità costituzionale o meno di norme penali paternalistiche, omettendo però, dopo aver disconosciuto la necessità di un danno ad altri, di procedere a bilanciare il fine paternalistico legislativo con la limitazione del diritto sofferta dal cittadino, disconoscendo, come si è detto, che sia presente un qualsiasi diritto fondamentale del cittadino.

²⁵ Tale tipo di considerazioni pare essere centrale nella decisione della Corte suprema argentina nel caso citato *Arriola, Sebastián e al.* (2009).

modesti effetti in termini di dannosità, si pensi alla cannabis, è tanto più difendibile in un ordinamento che decida di sanzionare il consumo di ben più dannose sostanze come l'alcool o il tabacco e che mostri così una propensione assiologica per una tutela paternalistica diffusa dei propri cittadini. La decisione di non sanzionare il consumo di più gravi sostanze può allora segnalare un fondamento di disapprovazione morale piuttosto che paternalistico nel divieto di consumo di sostanze meno gravi.

Nell'affrontare il diverso trattamento della cannabis, e in generale delle droghe leggere, rispetto ad alcool e tabacco, si è fatto riferimento non di rado al diverso valore sociale di queste sostanze²⁶. Ma questa considerazione, se tende a smontare l'argomento di una violazione del principio di eguaglianza, stante la diversità delle situazioni raffrontate, rafforza la tesi dell'irragionevolezza in sé della sanzione del consumo di droghe leggere, poiché mostra chiaramente come l'ordinamento nel suo complesso è ben disposto a soprassedere dinanzi a danni alla salute dei propri cittadini rispetto a pratiche socialmente accettate, ma utilizza poi strumentalmente ragioni paternalistiche per dissuadere pratiche moralmente disapprovate dalla maggioranza della popolazione.

Ben farebbero dunque i giudici costituzionali a riflettere sulla fondatezza del profondo *self-restraint* mostrato rispetto al legislatore in tema di stupefacenti. Se il giudizio costituzionale delle leggi significa protezione dei diritti dei singoli in chiave anti-maggioritaria rispetto alle maggioranze dominanti, allora non può che significare anche difesa dell'autodeterminazione del singolo rispetto a scelte arbitrarie della maggioranza sulle sole condotte auto-dannose socialmente accettate. D'altronde è sufficiente un semplice sforzo di immedesimazione di molti responsabili cittadini occidentali in Paesi che sanzionino il consumo di alcool per comprendere la caratura morale, molto prima che paternalistica, di questi divieti.

Il giudizio di bilanciamento richiede, dunque, di soppesare la gravità del consumo della sostanza, la capacità del divieto di scoraggiare il consumo, la gravità della lesione dell'autodeterminazione del singolo, per non considerare i costi sociali, non solo economici, della criminalizzazione dei consumatori²⁷.

²⁶ Si veda, ad esempio, BVerfGE 90, 145 (1994), 197.

²⁷ Ben si comprende come dinanzi a sostanze per le quali è dimostrato un danno lieve per la salute e un grado basso di efficacia dissuasiva della norma, il giudizio di bilanciamento possa

Come sempre il nostro ruolo non è qui quello di offrire risposte, ma quello di mostrare ancora una volta come lo strumentario concettuale costituzionalistico abbia rappresentato in molti casi e rappresenti tuttora il miglior schema metodologico per far emergere e valutare con rigore le argomentazioni presentate a favore o contro la legittimità di sanzionare la violazione del divieto di consumo di stupefacenti.

La strada della decriminalizzazione del consumo di stupefacenti è stata spesso percorsa legislativamente e meno frequentemente, come abbiamo visto, su impulso del giudice costituzionale. Anche nel primo caso, tuttavia, occorre comprendere se la scelta legislativa sia frutto di una insindacabile volontà democratica o non sia anche, in tutto o in parte, costituzionalmente necessitata. Laddove infatti si ritenga che un eventuale diverso bilanciamento sarebbe incostituzionale questo non potrà che avere importanti conseguenze sulle condotte diverse dal consumo che esamineremo nel prosieguo.

Un'ultima precisazione è forse necessaria. L'aver sviluppato il bilanciamento secondo lo schema ora seguito fa sì che l'eventuale dichiarazione di irragionevolezza sia rivolta non soltanto ad una sanzione formalmente penale, ma anche a qualsiasi sanzione che sia posta con il fine precipuo di dissuadere la condotta vietata, in primo luogo naturalmente una sanzione amministrativa. In discussione non vi era infatti in alcun momento il carattere propriamente penale della condotta, o ancor meno il carattere custodiale della pena prevista; dinanzi ad una sanzione amministrativa potenzialmente in grado di dissuadere il soggetto dal compimento della condotta vietata, non muta in alcun modo la limitazione del diritto al libero sviluppo della propria personalità subita dal soggetto e, di conseguenza, il bilanciamento in esame.

2.2. Un concetto centrale: il chilling effect

Abbiamo visto sinora la peculiare relazione che si instaura tra la norma di condotta e la norma sanzionatoria e il rilievo di quest'ultima nel giudizio di

pendere per la tutela della libera autodeterminazione dei singoli, come appunto nella decisione argentina citata e come soprattutto, con precipuo riferimento allo schema del giudizio di proporzionalità, nell'opinione dissenziente del giudice Deschamps nella decisione canadese citata e del giudice Sommer nella decisione tedesca citata.

proporzionalità rispetto al diritto fondamentale il cui godimento è limitato dalla norma di condotta. Nei casi appena esaminati ciò che ci interessava era osservare come l'utilizzo di una risposta sanzionatoria piuttosto che di un'altra da parte dello Stato potesse portare a dichiarare o meno ragionevole il bilanciamento tracciato dalla norma di condotta. È giunto ora il momento di introdurre un concetto centrale della dogmatica dei diritti fondamentali, seppur poco praticato dalla penalistica. Ci riferiamo al concetto di *chilling effect*, nato e sviluppatosi nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, in quello ben nota fucina di elaborazione dogmatica rappresentata dalla giurisprudenza sul primo emendamento²⁸, ma poi esteso in altri contesti²⁹, dapprima naturalmente molto approfondito dalla dottrina statunitense³⁰ e poi divenuto centrale nella giurisprudenza della Corte EDU³¹. La centralità di questo concetto ai fini della nostra ricerca è presto spiegata considerando, come si vedrà, che esso è in grado di porre in molti casi argini alle scelte di criminalizzazione del legislatore. Ma andiamo con ordine. Prima di passare in rassegna alcuni dei molti possibili campi di applicazione di questo concetto, è opportuno, seppur brevemente, come si addice a questo lavoro, fornirne una descrizione essenziale.

Con il termine *chilling effect* si allude alla deterrenza esercitata dalla norma nei confronti di alcune attività o condotte dei consociati, ma – è qui l'equivoco che è

²⁸ La prima elaborazione di questo concetto è attribuibile a Justice Frankfurter nella sua *concurring opinion* nel caso *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952) (Frankfurter, J., concurring), poi ripresa e consolidata nella giurisprudenza successiva. L'esatto termine *chilling effect* è utilizzato soltanto a partire dal caso *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm.*, 372 U.S. 539, 556-57 (1963) e già qualche anno dopo il Justice Harlan poteva notare che esso fosse divenuto ubiquitario nella giurisprudenza della corte, *Zwickler v. Koota*, 389 U.S. 241, 256 n.2 (1967) (Harlan, J., concurring).

²⁹ Invero, dopo un primo periodo, soprattutto ad opera della dottrina più che della giurisprudenza, più incline a confinarlo, salvo rare eccezioni, nell'ambito della libertà di espressione. Per una peculiare indagine empirica in materia di *chilling effect* nel molto diverso ambito della disciplina dell'interruzione di gravidanza v. di recente CANES-WRONE/DORF, *Measuring the Chilling Effect*, in N.Y.U. L. Rev., 2015, p. 1095 ss. Rispetto in un certo qual modo al pendant processuale del *chilling effect*, la *overbreadth doctrine*, si veda DECKER, *Overbreadth Outside The First Amendment*, in N.M. L. Rev., 2004, p. 53 ss.

³⁰ Cfr., anzitutto, Nota, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, in Colum. L. Rev., 1969, 808 ss.; poi, *ex multis*, SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit.

³¹

necessario immediatamente fuggire – non ci si riferisce alla deterrenza auspicata dal legislatore rispetto alla norma di condotta da esso sanzionata, quanto rispetto a condotte ad essa estranee. Detto altrimenti, non si discute qui del normale effetto di deterrenza che ad esempio la fattispecie incriminatrice di omicidio ha rispetto ai fatti di omicidio. Tale effetto è proprio quello perseguito dal legislatore e nessun problema pone in termini di *chilling effect*. Quest'ultimo concetto viene, invece, in gioco quando la previsione di una sanzione per un comportamento X, induce uno o più consociati ad astenersi dal comportamento Y. Ciò pare a prima vista illogico, non vedendosi per quale motivo la punibilità di X, debba esercitare un effetto deterrente su una condotta diversa Y affatto riguardata dall'intervento legislativo; e illogico sarebbe tutto questo in un mondo ideale, nel quale le norme di condotta fossero somministrate nell'ambiente controllato di un laboratorio. Ebbene, la teoria del *chilling effect* è anzitutto un invito a misurare nella prassi del mondo reale gli effetti delle scelte legislative. Se abbandoniamo una prospettiva ideale ed astratta e ci immergiamo nel concreto dei rapporti giuridici, è facile accorgerci di come debbano essere tenuti in conto due elementi decisivi, l'incertezza e l'errore³²: incertezza rispetto a come effettivamente la norma di condotta sarà interpretata in sede giurisdizionale; errore da parte del consociato nell'interpretazione della norma di condotta. È dunque ben possibile che il consociato tema che la norma di condotta sia interpretata dalla giurisprudenza come comprensiva non solo della condotta X, ma anche di quella Y, oppure che egli ritenga, errando, che la norma di condotta legislativa sia Y e non X, oppure entrambe.

Si potrà essere portati a pensare, frettolosamente, che in fin dei conti non è compito del legislatore occuparsi di possibili interpretazioni errate da parte dei consociati o del timore degli stessi di interpretazioni errate da parte della giurisprudenza, essendovi peraltro meccanismi per evitare che ciò si verifichi, ma questo approccio sbrigativo trascura di considerare che spesso il comportamento Y che il consociato ometterà di assumere, intimorito dalla sanzione prevista per X, potrebbe rappresentare l'estrinsecazione di un suo diritto fondamentale e potrebbe avere un

³² V. ancora SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit., 694 ss.

fondamentale valore per la società. Ben si comprende allora perché l'elaborazione del *chilling effect* sia avvenuta anzitutto rispetto alla libertà di espressione: proprio rispetto a questa libertà è fondamentale per la società che nessun pensiero non sia manifestato per il timore di sanzioni, considerando che proprio le espressioni più vicine al confine dell'illecito sono quelle che assicurano un pluralismo culturale e politico alla società³³.

È allora compito fondamentale del legislatore quello di evitare per quanto possibile che una significativa comunità di consociati possa essere vittima di un *chilling effect* rispetto a condotte diverse da quelle previste nella norma di condotta. Ed è proprio in ossequio a tale compito che è possibile individuare nuovi limiti alle scelte di criminalizzazione del legislatore. Infatti per evitare il *chilling effect* il legislatore ha a disposizione varie possibilità, tutte di grande interesse nella nostra prospettiva.

Anzitutto il legislatore può intervenire diminuendo la portata deterrente della sanzione³⁴. È chiaro che il consociato sarà portato a rischiare maggiormente di assumere la condotta Y, erroneamente creduta sanzionata dalla norma di condotta X, se per questa la sanzione è modesta³⁵. Ma questa strategia, pur semplice ed immediata, non è sempre adoperabile, in quanto talvolta la gravità della condotta X, che si intende vietare, milita certamente per un elevato livello sanzionatorio e non appare opportuna portare la sanzione ad un livello basso per la condotta X, al solo fine di salvaguardare il comportamento Y. In questi casi sarebbe necessario, laddove possibile, scorporare la condotta in due diverse condotte, l'una, quella più grave, da punire con sanzioni altrettanto severe, l'altra, quella di confine rispetto alla condotta Y, con sanzioni particolarmente tenui. Di questi casi, da risolvere esclusivamente in punto di *quantum* della sanzione, ci occuperemo nel prosieguo allorquando tratteremo proprio della sola norma sanzionatoria.

³³ Cfr. ancora SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit., 693.

³⁴ Questa strada, la meno praticata dalla Corte suprema degli Stati Uniti, è fortemente auspicata da COENEN, *Of Speech and Sanctions: Toward a Penalty-Sensitive Approach to the First Amendment*, in *Colum. L. Rev.*, 2012, p. 991 ss.

³⁵ V. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit., 696 s.

Molto più spesso, invece, il legislatore tenta di risolvere i possibili risvolti di *chilling effect*, intervenendo sulla stessa norma di condotta. Anticipando in un certo qual modo l'errore e l'incertezza sulla sua esatta portata, il legislatore può tracciare diversamente e in maniera meno rigida il bilanciamento tra gli opposti interessi. Nel timore che il divieto X, venga letto come divieto Y, il legislatore può decidersi a vietare Z, un novero di condotte più ristretto in confronto a X, ma con lo scopo che comunque la norma di condotta Z molto più difficilmente darà adito ad un *chilling effect* rispetto alle condotte coperte da Y. In altri termini il legislatore, per salvaguardare le condotte a rischio di *chilling effect*, si decide a sacrificare la punibilità di alcune condotte sulle quali, in astratto, nessun dubbio sussiste circa la bontà della loro criminalizzazione³⁶. Per riprendere la bellissima immagine della giurisprudenza della Corte suprema statunitense, è necessario assicurare ai diritti fondamentali un "*breathing space*"³⁷, uno spazio per respirare, per far sì che essi possano essere esercitati appieno. Se in astratto è possibile suddividere l'arco delle possibili condotte in due parti, recidendo con precisione chirurgica il lecito dall'illecito, nel mondo reale è necessario che tra il lecito e l'illecito vi sia questo spazio lecito di "respiro" anche rispetto a condotte che ben si reputano contrarie all'ordinamento. Si comprende allora la relazione tra *chilling effect* e giudizio di bilanciamento: anche il giudizio di bilanciamento del giudice costituzionale non potrà trascurare l'esistenza del *chilling effect* e nel soppesare gli interessi coinvolti dovrà considerare non solo il diritto del singolo limitato dalla norma di condotta, ma i diritti dei consociati potenzialmente limitati dal *chilling effect*³⁸.

Lo scopo di limitare il *chilling effect* della norma di condotta sanzionata può essere altresì perseguito attraverso una maggior cura nel *drafting* legislativo, scegliendo tra le varie tecniche normative possibili quella più determinata, quella cioè più in grado

³⁶ In questo senso SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit., 708.

³⁷ Usata per la prima volta da Justice Brennan, scrivendo a nome della maggioranza nel caso *N. A. A. C. P. v. Button*, 371 U.S. 415, 433 (1963) e poi ripresa in innumerevoli occasioni nella giurisprudenza successiva.

³⁸ Cfr. Nota, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, cit., 823 s.

di distinguere con chiarezza le condotte lecite da quelle illecite³⁹. Non è assolutamente nuova per il penalista l'esigenza di determinatezza nella scrittura legislativa della fattispecie, sulla quale anzi sterminato è il panorama delle teorie sul suo fondamento⁴⁰, ma anche in questo caso ci pare che la prospettiva costituzionalistica disvelata dalla teoria del *chilling effect* getti nuova luce su questo principio, aprendo a considerazioni non sempre coincidenti con quelle al centro della discussione penalistica.

La riflessione penalistica sul principio di determinatezza si è orientata, giustamente, attorno a due principali direttrici: da un lato la sua funzione, sempre cangiante rispetto alla forma di Stato⁴¹, nella strutturazione dei rapporti tra il potere legislativo e quello giudiziario; dall'altro il suo significato di garanzia nei confronti del reo, come esigenza di conoscibilità del precetto legislativo e di certezza del diritto. Queste due prospettive si estendono senza alcuna modifica all'intero spettro del diritto penale, traendo il loro fondamento in considerazioni e principi generali dell'ordinamento.

D'altronde, nell'apertura sempre maggiore ad un modello meno incentrato sulla preminenza legislativa⁴², pare possibile osservare in questa fase un appiattimento sulla prospettiva soggettiva del reo, traducendo il principio di determinatezza in un'esigenza di prevedibilità della decisione giudiziale⁴³, opportunamente conseguibile attraverso soluzioni puntuali rispetto al reo, siano esse l'utilizzo del *prospective overruling* o dell'errore scusabile sul divieto.

La teoria del *chilling effect* ci induce, invece, a guardare all'esigenza di determinatezza non rispetto al reo, quanto rispetto ad una moltitudine di consociati che, ligi nell'attenersi alla diversa norma di condotta ricostruita sulla base di un errore di interpretazione o di un timore di incertezza giudiziale, non approderanno mai in un'aula

³⁹ V. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect*, cit., *passim*.

⁴⁰ Punto di riferimento obbligato rispetto a questo complesso principio non può che essere PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.

⁴¹ V. ancora PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 104 ss.

⁴² Cfr., sulle recenti evoluzioni in questo senso del nostro diritto penale, Manes *commonlawisation*

⁴³

giudiziaria. Per assurdo tutti i consociati potrebbero per anni non tenere una determinata condotta, pur in assenza di un qualsiasi divieto legislativo. Si comprende dunque come rispetto a questi soggetti possa non porsi mai un problema di determinatezza inteso nei termini più comuni sopra descritti e come il *chilling effect* nei confronti di queste condotte possa risolversi solo a livello legislativo.

Può forse essere utile un esempio invero datato ma alquanto efficace. Si pensi alle norme, molto diffuse in passato, tese a criminalizzare il vagabondaggio. Nell'ottica penalistica dovremmo preoccuparci da un lato dell'utilizzo arbitrario di queste fattispecie da parte delle forze dell'ordine, prima ancora che della giurisprudenza, e quindi di come questo tipo di norme ribalti i rapporti tra potere legislativo e poteri esecutivo e giudiziario, dall'altro di come un accusato di questo reato potrebbe non aver colto il precetto che gli veniva rivolto dalla norma⁴⁴. Rispetto a queste stesse norme nell'ottica del *chilling effect*, dovremmo, invece, preoccuparci di tutte quelle condotte dei consociati, dalle quali essi si sono astenuti per timore della sanzione⁴⁵; si pensi, per fare un solo esempio, ai due giovani che rinuncino all'idea di partire senza alcun soldo per un viaggio. Diversi sono gli interessi lesi nei diversi casi: nella prima prospettiva si lede la ripartizione dei poteri statali e la giustificazione della pena da infliggere al reo, nella seconda ciò che è leso è il diritto fondamentale che i consociati avrebbero esercitato in assenza del *chilling effect*, nel nostro caso il diritto dei due giovani al libero sviluppo della loro personalità.

Se è corretto ciò che abbiamo sin qui osservato, si comprende allora che questa esigenza di determinatezza dettata dalla teoria del *chilling effect* trova fondamento in ciascun singolo diritto che entra in gioco ed è quindi di importanza variabile rispetto alla singola fattispecie. Detto altrimenti, mentre i due fondamenti penalistici del principio di determinatezza corrono uguali per tutto lo spettro del diritto penale, tale

⁴⁴ In questo senso sostanzialmente la decisione della Corte suprema degli Stati Uniti, dichiarando illegittima una norma antivagabondaggio della Florida, nel caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972).

⁴⁵ Anche in questo senso, ad esempio, l'analisi della *nuovelle vague* delle norme antivagabondaggio tra il finire degli anni '80 e i primi anni '90 nelle principali città statunitensi di POULOS, *Chicago's Ban on Gang Loitering: Making Sense of Vagueness and Overbreadth in Loitering Laws*, in *Cal. L. Rev.*, 1995, p. 379 ss., *passim*.

fondamento sarà tanto più forte rispetto a fattispecie incriminatrici al limine con importanti diritti fondamentali e del tutto inesistente rispetto, ad esempio, alle fattispecie incriminatrici di azioni tipicamente criminose.

Forse, allora, se di fondo diversa è la funzione e il fondamento di queste diverse accezioni dell'esigenza di determinatezza, non è azzardato ritenere che tali esigenze si pongano sostanzialmente con sfumature di significato diverse. L'esigenza penalistica di determinatezza può essere descritta come una pretesa di univocità del linguaggio della norma, che elimini dunque la possibilità di discrezionalità giudiziaria e che faciliti la conoscibilità del precetto per il reo. Questa componente è certo presente e funzionale all'esigenza di determinatezza derivante dal *chilling effect*, ma qui la pretesa non è solo l'univocità del linguaggio legislativo, il suo prestarsi linguisticamente ad una sola interpretazione, quanto la capacità di utilizzare il linguaggio normativo in modo tale da recidere dall'ambito di applicazione qualsiasi condotta lecita. Torniamo all'esempio del vagabondaggio, l'espressione "*common night walkers*"⁴⁶, usuali passeggiatori notturni, non pone invero nessun problema nel senso di ricostruire un significato univoco, ma pone il problema di contenere in esso un insieme eterogeneo di comportamenti, molti dei quali perfettamente leciti; al legislatore si rimprovera in definitiva l'incapacità nel costruire un fatto tipico attentamente ritagliato attorno al nucleo di disvalore che lo muoveva nella scrittura della norma. La prospettiva dischiusa dal *chilling effect* allora costituisce un *unicum* nel quale coesistono elementi diversi del principio di determinatezza e del principio di tipicità. Si è a ben vedere costruito dunque un ponte, a prima vista inesistente, tra limiti puramente formali, quali quelli derivanti dai principi di determinatezza e di tipicità, e i limiti sostanziali qui investigati derivanti dal principio di proporzionalità⁴⁷.

Vedremo allora come questa peculiare costruzione teorica costituzionalistica, laddove non appiattita e ridotta alle categorie penalistiche a noi più familiari, possa

⁴⁶ L'esempio è ripreso ancora dalla decisione *Papachristou v. City of Jacksonville* citata.

⁴⁷ Seppur sulla base di un diverso percorso argomentativo, non debitore della discussione sul *chilling effect*, ma sollecitato da alcune decisioni del BVerfG, KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 367 ss.

donare in molti casi nuova linfa per la fissazione di limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione legislative.

2.2.1. *I divieti in materia lato senso di corruzione*

Il concetto di *chilling effect* si dimostra di grande rilievo anche al di fuori dei contesti più usuali, legati alla libertà di espressione, nei quali si è sviluppato. Prova ne è data da una recente decisione della Corte suprema degli Stati Uniti in materia di corruzione in un caso, di grande risonanza mediatica, di condanna dell'ex governatore della Virginia McDonnel⁴⁸. Volendo ricostruire con qualche approssimazione la questione, la Corte era qui chiamata a fornire la sua interpretazione dell'elemento dell'atto d'ufficio all'interno della fattispecie di corruzione. Nel caso di specie non era oggetto di contestazione la ricostruzione in fatto della vicenda, che vedeva l'imputato destinatario di molteplici dazioni di danaro e di altre utilità, consistenti in abiti, orologi, vacanze ecc., da parte di un imprenditore locale, in cambio delle quali egli si prodigava per metterlo in contatto con i responsabili amministrativi del settore nel quale si sarebbe dovuto sviluppare il progetto imprenditoriale e per ospitare presso la sede del governo un incontro di sponsorizzazione del progetto alla presenza dell'imprenditore e dei soggetti istituzionali necessari per lo sviluppo del progetto, eminentemente membri dell'amministrazione e membri di due importanti università pubbliche della Virginia. Altrettanto indiscussa era da un lato l'incompetenza dell'imputato rispetto agli atti sollecitati dall'imprenditore e dall'altro il fatto che questi mai avesse cercato di esercitare pressioni su altri pubblici ufficiali per l'adozione di tali atti.

Chiaramente non ci interessa dilungarci su tutti gli aspetti del caso⁴⁹, quanto osservare che la decisione delle Corte di adottare un'interpretazione restrittiva della nozione di atto d'ufficio, oltre che variamente argomentata attraverso i normali canoni ermeneutici, è giustificata anche in termini di unica interpretazione costituzionalmente

⁴⁸ Corte suprema degli Stati Uniti, caso McDonnel v. United States, 577 U.S. ____ (2016).

⁴⁹ Per una puntuale ricostruzione, nella dottrina italiana, anche con riferimento alla precedente giurisprudenza in materia della Corte suprema degli Stati Uniti, cfr. GATTA, *La repressione della corruzione negli Stati Uniti. Strategie politico-giudiziarie e crisi del principio di legalità*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 1281 ss., 1287 ss.

possibile della fattispecie. La Corte osserva che l'interpretazione estensiva sposata dalle giurisdizioni inferiori avrebbe un *chilling effect* nei confronti dei politici, poiché da un lato sarebbe sussumibile come utilità qualsiasi finanziamento ricevuto e dall'altro sarebbe qualificabile come atto d'ufficio qualsiasi atto di mediazione tra le istanze provenienti da i propri rappresentati e altri pubblici ufficiali, essendo anzi un dovere del rappresentante politico assumere spesso questo ruolo in virtù della sua funzione. In mancanza di un comportamento di pressione, sulla base della propria funzione, su un altro pubblico ufficiale, la mediazione e l'interessamento del pubblico ufficiale non può dirsi illecito.

La decisione in esame ci pare importante forse più che per questa delicata materia, come diremo tra un attimo, per la capacità di esporre con chiarezza cristallina la logica "strabica" del *chilling effect*. La Corte sottolinea come "nulla di ciò, naturalmente, è per suggerire che i fatti di questo caso rappresentano normali interazioni politiche tra pubblici ufficiali e i loro rappresentati. Tutto al contrario. Ma l'interpretazione giuridica del governo non è confinata ai casi che involgono regali stravaganti o grandi somme di denaro, e noi non possiamo interpretare una fattispecie incriminatrice sulla base del presupposto che il governo la userà in maniera responsabile"⁵⁰. Il *chilling effect* impone al giudice costituzionale, in un certo qual senso, di fare ingiustizia nel caso concreto per ambire ad una soluzione più giusta socialmente. Nell'interpretazione estensiva dell'atto d'ufficio certamente ricadranno, come in questo caso, comportamenti sui quali nessun dubbio vi è sulla loro contrarietà all'ordinamento, ma la criminalizzazione degli stessi è possibile solo laddove si riesca a costruire una norma che non inglobi altresì una moltitudine di comportamenti leciti e anzi socialmente positivi. Per evitare comportamenti illeciti da parte dei rappresentanti politici non si deve correre il rischio di inibire anche l'attività politica onesta, che pure inevitabilmente sarà oggetto di finanziamento. A dimostrazione della difficoltà di tali casi, anche nei confronti delle critiche puntualmente arrivate rispetto a questa unanime decisione della Corte, può essere sottolineata la scelta di concludere la decisione con altre incisive parole di giustificazione della stessa: "Non c'è alcun dubbio che questo caso sia spiacevole;

⁵⁰ Corte suprema degli Stati Uniti, caso McDonnell v. United States, cit., p. 23 della *slip opinion*.

potrebbe anche essere peggio di così. Ma la nostra preoccupazione non è per ignobili racconti di ferrari, rolex e abiti da sera. È invece per le più generali conseguenze giuridiche della sconfinata interpretazione del governo della fattispecie federale di corruzione⁵¹.

A noi pare che la prospettiva dischiusa dal *chilling effect*, magistralmente accolta dalla Corte suprema statunitense in questa sentenza, possa essere di grande aiuto anche nel nostro ordinamento, dove molto spesso, all'interno di un panorama di pan-penalizzazione di questa specifica materia, da parte della dottrina si è sottolineato il rischio di bilanciamenti irragionevoli tra tutela dell'imparzialità della pubblica amministrazione e libertà politiche.

Anzitutto, pare lodevole la prospettiva aperta dalla giurisprudenza⁵², sperando che possa consolidarsi, di evitare di sottoporre a torsioni interpretative le ipotesi di corruzione rispetto ai casi nei quali il soggetto remunerato agisce al di fuori dell'ambito tipico della propria funzione⁵³, quando invece la fattispecie concreta è ora sussumibile all'interno della neointrodotta fattispecie di traffico di influenze illecite. Ma anche rispetto a quest'ultima fattispecie è necessario che non si sottovalutino in sede applicativa quei connotati posti dal legislatore a garanzia della ragionevolezza del bilanciamento e atti ad evitare scongiurabili *chilling effect* sulle libertà politiche. In particolare, pare possibile riprendere *mutatis mutandis* dalla pronuncia statunitense un forte monito ad accertare in concreto e rigorosamente l'illiceità della mediazione pattuita, con riferimento alla contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto per il quale tale

⁵¹ Corte suprema degli Stati Uniti, caso McDonnell v. United States, cit., p. 28 della *slip opinion*.

⁵² Si veda la pronuncia Cass. pen., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in Dir. pen. cont., con nota di UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda "Tempa Rossa"*, che ha appunto ricondotto la fattispecie concreta in esame alla fattispecie di traffico di influenze illecite, disattendendo sul punto la diversa qualificazione in termini di corruzione datane dai giudici di merito.

⁵³ Su questo punto rispetto alla disciplina previgente già con chiarezza MANES, *L'atto d'ufficio nella fattispecie di corruzione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2000, p. 926 ss., 961.

mediazione è esplicita, e a non ricorrere a comodi e frequenti schemi presuntivi contrari al *dictum* legislativo⁵⁴.

Ma in altri settori del nostro ordinamento pare ancor più necessario vagliare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo riguardo alle libertà politiche, appunto nell'ottica dei potenziali effetti di *chilling* nell'esercizio di tali libertà. Ci riferiamo al settore, quantomai trascurato, poiché invero di scarsa applicazione, degli illeciti elettorali ed in particolare ai reati di corruzione elettorale (art. 96, T.U. delle leggi elettorali, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 per le elezioni politiche, e art. 85, d.P.R. 750/60, per le elezioni amministrative) che sanzionano “chiunque offre, promette o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità o promette, concede o fa conseguire impieghi pubblici e privati” per ottenere il voto da un elettore e l'elettore che accetti tale offerta o promessa, con una pena che va da uno a quattro anni di reclusione. A noi pare lapalissiano che la distinzione tra la promessa di un'utilità quale può essere una prestazione sessuale con una prostituta – anche a questo purtroppo si è dovuto assistere in recenti elezioni amministrative – e la promessa di un'utilità quale la rimessa in funzione di un parco giochi per i bambini del quartiere precedentemente abbandonato, entrambe senza dubbio sussumibili all'interno della dizione qualsiasi altra utilità, sia rimessa fondamentale al potere giudiziario. Si tratta all'evidenza di una norma scritta in modo tale da dissuadere in astratto da qualsiasi attività fisiologica di campagna elettorale e lo scarsissimo utilizzo della fattispecie non può che essere accolto con favore, visto il suo latissimo ambito applicativo.

Ma sulla ragionevolezza del bilanciamento legislativo, rispetto al delicatissimo settore delle elezioni, ci si è dovuti interrogare molto più a fondo riguardo alla fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416-ter c.p., di recente tornata centrale nel dibattito pubblico e riformata ad opera del parlamento. Anche in

⁵⁴ Su tali elementi della fattispecie, idonei ad assicurare un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi, cfr., *amplius*, MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 88 ss., 91 s. Sul punto anche PRETE, *Prime riflessioni sul traffico di influenze illecite*, in Dir. pen. cont., 2012, p. 1 ss., 7. D'altronde al momento sono ancora molto discordi le opinioni in dottrina sull'interpretazione dei singoli elementi della fattispecie e anzi ci si interroga su radicali riforme della fattispecie, v. CINGARI, *Sul traffico di influenze illecite*, in Dir. pen. e processo, 2015, p. 479 ss., 482 ss.

questo caso si sono da più parti espresse preoccupazioni circa l'estensione dell'ambito applicativo della fattispecie alla promessa "di altra utilità" diversa dal danaro, che apre anche qui alla possibilità di ritenere sussumibile all'interno della norma qualsiasi promessa di azione politica che possa beneficiare la controparte dell'accordo⁵⁵, volendo altresì la promessa di impegnarsi in sede legislativa, seppur in maniera strumentale, per l'abolizione del carcere duro o dell'ergastolo ostativo. Certo in questo caso, a differenza dei reati generali di corruzione elettorale, il disvalore della fattispecie dovrebbe ruotare attorno all'accettazione da parte del promittente del metodo mafioso come metodo di raccolta del consenso, ma già nella giurisprudenza emerge chiaramente la volontà di ricorrere a meri schemi presuntivi di prova di tale elemento, se non addirittura di procedere ad una *interpretatio abrogans* dello stesso⁵⁶, nonostante oltretutto non vi siano evidenze in grado di mostrare che il consenso elettorale sia sempre e comunque raccolto facendo ricorso alla forza di intimidazione dell'associazione e non, ad esempio,

⁵⁵ Si vedano le giuste considerazioni in questo senso di COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, p. 789 ss., 791 s.; SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss., 11.

⁵⁶ In questo senso si veda Cass. Pen., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374, e poi in termini ancora più chiari, distinguendo sulla base della qualità o meno del soggetto attivo di membro di un'associazione mafiosa, Cass. Pen., Sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302, poi ripresa alla lettera da Cass. Pen., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 41801, dove l'impegno ad utilizzare il metodo mafioso diviene niente più che "il colore di fondo" dell'accordo, desumibile "in via inferenziale, da alcuni indici fattuali sintomatici della natura dell'accordo". Tale soluzione è di fatto ripresa pedissequamente dalla dottrina, cfr. MAIELLO, *Il nuovo art. 416 ter c.p. approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2836 ss., 2838 ss. Su tale orientamento successivamente in termini adesivi v. DELLA RAGIONE, *Il nuovo articolo 416 ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, p. 307 ss., 316 ss.; MERENDA, *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.: la Cassazione alla ricerca del "compromesso" interpretativo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 522 ss., 528 s.; RIPPA, *La Cassazione scopre il vero volto del nuovo scambio elettorale politico-mafioso*, *ivi*, p. 1617 ss., 1623 ss.; ZUFFADA, *La Corte di cassazione ritorna sull'art. 416-ter c.p.: una nuova effettività per il reato di "scambio elettorale politico mafioso"?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1 ss., 9.

In un primo momento la Corte di cassazione si era invece correttamente assestata sulla necessità di dare prova anche dell'accordo sull'utilizzo del metodo mafioso, v. Cass. Pen., Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382. Per un apprezzamento delle ragioni di tale orientamento si veda AMARELLI, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.; già, più concisamente, ID., *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, p. 4 ss., 15.

sulla base di dazioni di danaro o di altra utilità o esclusivamente all'interno dell'ampia cerchia di affiliati e familiari. Anche in questo caso, allora, una maggiore attenzione al bilanciamento da tracciare tra i contrapposti interessi avrebbe suggerito al legislatore le alternative più determinate e meno onnicomprensive acutamente suggerite durante il dibattito legislativo⁵⁷.

Ma anche con riferimento alla delicata questione del finanziamento elettorale dei partiti e della corruzione "elettorale" in senso lato, grandi spunti di riflessione emergono ancora una volta dall'analisi comparata, nello specifico da una importante e complessa sentenza del BGH tedesco⁵⁸. Sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata il BGH è giunto di fatto a riscrivere la fattispecie di *Vorteilsannahme* di cui al § 331 StGB (e la correlata fattispecie di cui al § 333 StGB) laddove debba trovare applicazione nei confronti di un pubblico ufficiale di natura politica ed elettiva che accetti la promessa o la dazione di fondi, destinati a sé o al partito politico di appartenenza, per il finanziamento della campagna elettorale per la propria rielezione. La necessità di tutelare in questo contesto la fondamentale libertà politica del pubblico ufficiale, estrinsecantesi *in primis* nella possibilità di raccogliere fondi per la propria campagna elettorale, e soprattutto la parità di condizione rispetto ai diretti avversari per la carica, non incriminabili per i medesimi comportamenti in quanto sprovvisti della necessaria qualifica soggettiva, obbligano l'interprete, secondo il BGH, a fornire un'interpretazione restrittiva della fattispecie in esame. Pur essendo declinata sul modello della nostra corruzione per l'esercizio della funzione, prescindendo dunque dall'individuazione di un preciso atto d'ufficio, la fattispecie deve essere letta in questo particolare contesto come richiedente non solo l'individuazione dell'atto d'ufficio in vista del quale è offerto il contributo elettorale, ma altresì la prova che tale atto vada a beneficio esclusivo del contribuente, non estrinsecandosi dunque in un atto d'ufficio di comprovata utilità generale. Stante la non semplice linea di demarcazione tra contributo

⁵⁷ Si veda la proposta di VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2013, p. 123 ss., 130, di inserire un elenco aperto di utilità certamente illecite: "denaro, appalti, autorizzazioni, concessioni, finanziamenti pubblici o privati o comunque altro indebito profitto".

⁵⁸ V. BGH, sentenza del 28.10.2004 – 3 StR 301/03, BGHSt 49, 275.

elettorale lecito ed illecita attività corruttiva, il BGH invita il giudice di merito ad analizzare con cautela i casi di questo genere, preferendo ad ogni modo un'interpretazione restrittiva che tuteli quanto più possibile la libertà politica del pubblico ufficiale⁵⁹. Certo anche in questo caso manca una considerazione dei profili di *chilling effect* e dunque della possibilità che, in presenza di un confine così sfumato tra lecito ed illecito, il pubblico ufficiale elettivo sia comunque indotto ad astenersi dalla rischiosa attività di raccolta fondi. Ancora una volta, dunque, si potrebbe sostenere che l'unica soluzione praticabile sia quella di arretrare la soglia del penalmente rilevante ai soli casi di corruzione propria, anche correndo il rischio di lasciare impuniti casi di corruzione impropria di certo disvalore, pur di non inibire il finanziamento privato dell'attività politica, costituzionalmente non solo permesso ma auspicato.

A prescindere dai profili legati all'effettiva sussistenza dei presupposti per un'interpretazione costituzionalmente orientata, che sembra lasciare il posto ad un'attività genuinamente normativa di riscrittura della fattispecie⁶⁰, e dunque tralasciando la considerazione che una tale pronuncia sarebbe dovuta provenire dal giudice costituzionale, a noi interessa soprattutto osservare come il giudizio di bilanciamento cristallizzato nella fattispecie penale dal legislatore venga ancora una volta riesaminato e censurato dal giudice proprio in virtù della sua irragionevolezza. La portata del contro-interesse al libero finanziamento privato dell'attività politica ed elettorale e alla parità di condizione tra tutti i candidati è stata del tutto irragionevolmente sacrificata dal legislatore sull'altare di una criminalizzazione a tutto tondo di fenomeni corruttivi nell'ambito della pubblica amministrazione, rendendo dunque obbligato un intervento del giudice di riequilibrio del bilanciamento legislativo,

⁵⁹ La sentenza in esame, nel suo nucleo decisorio, è stata quasi unanimemente apprezzata in dottrina, cfr. DÖLLING, *Anmerkung zu BGH, Urt. vom 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03*, in JR, 2005, p. 519 ss.; KNAUER/KASPAR, *Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz*, in GA, 2005, p. 387 ss., 399; KORTE, *Anmerkung zu BGH, Urt. vom 28. Oktober 2004 – 3 StR 301/03*, in NSTZ, 2005, p. 512 ss.; SALIGER/SINNER, *Korruption und Betrug durch Parteispenden*, in NJW, 2005, p. 1073 ss.

⁶⁰ Si vedano le puntuali critiche di KARGL, *Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme*, in JZ, 2005, p. 503 ss., 508 s.

attraverso una vera e propria riscrittura della norma di condotta per un sottoinsieme di casi sussumibili nella fattispecie incriminatrice.

Ancora una volta, dunque, la considerazione di significativi contro-interessi costituzionali o di diritti fondamentali è idonea a porre certi argini alle scelte incriminatrici del legislatore, efficacemente difendibili in sede giudiziale.

2.2.2. Il divieto di riciclaggio nei confronti dell'avvocato difensore

Considerazioni legate al *chilling effect* delle fattispecie incriminatrici assumono un ruolo centrale anche rispetto all'applicazione della disciplina antiriciclaggio nei confronti dell'avvocato difensore, sulla quale molto si è discusso nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca.

L'ordinamento tedesco, infatti, nel dotarsi, al pari di molti altri Paesi occidentali, di una normativa penalistica di contrasto al riciclaggio, ha definito in termini molto ampi l'area del penalmente rilevante, anzitutto ampliando sempre più il catalogo dei reati presupposto, in linea con quanto successo in altri ordinamenti, ma soprattutto decidendo di sanzionare anche le ipotesi di colpa rispetto all'origine dei beni e, dal punto di vista del fatto tipico oggettivo, contentandosi anche di una mera ricezione o custodia o di un semplice utilizzo dei beni. Nel paragrafo 261 StGB convive allora accanto all'ipotesi canonica di riciclaggio, prevista dal primo comma, anche un'ipotesi più simile, con qualche approssimazione, alla nostra fattispecie di ricettazione.

Non desta quindi stupore che la dottrina si sia da subito impegnata per cercare di delimitare l'ambito applicativo della norma rispetto a peculiari comportamenti neutri di ricezione di tali beni, legati indissolubilmente all'esercizio di determinate professioni. Soprattutto, chiaramente, l'attenzione si è concentrata sulla necessità di escludere che l'avvocato difensore potesse rispondere di questi reati, soprattutto della previsione meno grave del secondo comma, per la ricezione dell'onorario per l'attività di difesa penale da egli prestata. Molteplici e difficilmente ripercorribili in questo contesto sono stati gli orientamenti sul punto, spaziandosi da una riduzione teleologica della

fattispecie oggettiva, talvolta attraverso l'utilizzo del concetto di adeguatezza sociale,⁶¹ a quella della fattispecie soggettiva⁶², da una lettura costituzionalmente orientata delle fattispecie incriminatrici⁶³ al riconoscimento di una causa di giustificazione per l'avvocato⁶⁴.

Se da un lato la dottrina era impegnata in questo sforzo ermeneutico, la magistratura inquirente, meno dubbiosa circa la possibilità di estendere all'avvocato difensore le fattispecie incriminatrici di riciclaggio, procedeva – fino alla prima decisione del BVerfG in materia, dalla quale si traggono questi dati⁶⁵ – a ben 37 procedimenti penali nei confronti di altrettanti avvocati difensori, 23 dei quali iniziati prima della conclusione del processo nei confronti dei rispettivi mandanti, procedendo in ben 28 casi a perquisizioni locali presso gli studi professionali, in almeno 4 dei quali si procedeva a sequestro dei fascicoli difensivi. Contrastanti erano invece gli orientamenti della magistratura giudicante, che in un caso si era espressa per un'interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata delle fattispecie incriminatrici⁶⁶, mentre in altri casi aveva condannato i difensori imputati⁶⁷.

⁶¹ BARTON, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*, in StV, 1993, p. 156 ss., 162 s.; WOHLERS, *Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit*, in StV, 2001, p. 420 ss., 425 ss.

⁶² BOTTKE, *Theologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche*, in wistra, 1995, p. 121 ss., 123; GRÜNER/WASSERBURG, *Geldwäsche durch Annahme des Verteidigerhonorars?*, in GA, 2000, p. 429 ss., 439; MATT, *Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers. Besprechung von BGH, Urteil vom. 4.7.2001, 2 StR 513/00*, in GA, 2002, p. 137 ss., 145 ss.

⁶³ In questo senso la sentenza del OLG Hamburg, 6 gennaio 2000, - 2 Ws 185/99, sulla quale cfr. HETZER, *Geldwäsche und Strafverteidigung*, in wistra, 2000, 281 ss. SCHAEFER/WITTIG, *Geldwäsche und Strafverteidiger*, in NJW, 2000, p. 1387 ss.; BURGER/PEGLAU, *Geldwäsche durch Entgegennahme "kontaminierten" Geldes als Verteidigerhonorar*, in wistra, 2000, p. 161 ss.

⁶⁴ BERNSMANN, *Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche - Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund*, in StV, 2000, p. 40 ss.; AMBOS, *Annahme "bemakelten" Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsvorversuche im Lichte des Völker- und ausländischen Rechts*, in JZ, 2002, p. 70 ss., 80 ss.

⁶⁵ BVerfGE 110, 226 (2004), 244.

⁶⁶ V. la sentenza citata del OLG Hamburg, 6 gennaio 2000, - 2 Ws 185/99

⁶⁷ V. BGH, sentenza del 04.07.2001 – 2 StR 513/00, BGHSt 47, 68, sulla quale si vedano le profonde critiche della dottrina, *ex multis*, NESTLER, *Der Bundesgerichtshof und die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche*, in StV, 2001, p. 641 ss.; MATT, *Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers*, *cit.*

È in questo conteso che il BVerfG si è trovato a pronunciarsi – dapprima sulla fattispecie meno grave del secondo comma⁶⁸, e poi, dinanzi a tentativi giurisprudenziali di far ricorso direttamente alla fattispecie canonica di riciclaggio di cui al primo comma, su quest’ultima⁶⁹ – sul bilanciamento operato dal legislatore tra tutela dell’ordine pubblico e repressione dei reati e diritto di difesa dei cittadini, nonostante formalmente nei ricorsi e nella decisione, in mancanza di un ancoraggio testuale costituzionale del diritto di difesa, come ad esempio nella Costituzione italiana, il riferimento sia stato al diritto al libero esercizio della propria professione.

Non è possibile chiaramente ricostruire in dettaglio la ricca argomentazione delle due decisioni – la seconda delle quali, tuttavia, nella parte di nostro interesse identica alla prima – ma la struttura delle stesse ricalca con precisione il giudizio di proporzionalità così come anche qui ricostruito. Anzitutto si individuano nel diritto al libero esercizio della propria professione e nel diritto di difesa, come corollario dello Stato di diritto, i due diritti fondamentali in gioco. Si osserva in seguito che tali diritti sono limitati dalla fattispecie di riciclaggio e che tale limitazione assume un’intensità maggiore rispetto all’avvocato difensore, poiché proprio la sua professione lo porta inevitabilmente a dover indagare, nel rapporto con il mandante, proprio rispetto alla possibile origine delittuosa del suo onorario. La fattispecie di riciclaggio pone il difensore nella condizione di dover tutelare il proprio interesse a non essere penalmente perseguito in conflitto con la tutela dell’interesse del proprio assistito, la quale dovrebbe invece costituire secondo il quadro costituzionale del diritto di difesa l’unica preoccupazione del difensore; fino ad arrivare alla situazione estrema nella quale il procedimento per riciclaggio contro il difensore impedisce allo stesso di continuare la sua attività difensiva dell’assistito. Si comprendono dunque i rischi anche di un utilizzo strumentale di tali fattispecie al fine di esercitare influenza sull’attività difensiva. Non essendo poi il difensore tenuto al rispetto del segreto professionale nei procedimenti nei quali egli è indagato in prima persona, si comprende come la fattispecie di riciclaggio indiscriminatamente applicata ai difensori costituisca una ragione per il mandante per

⁶⁸ BVerfGE 110, 226.

⁶⁹ BVerfG, sentenza del 28 luglio 2015, 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14.

ritenere di fatto non sussistente alcun segreto professionale nelle sue comunicazioni con il difensore.

Dopo una così ricca e compiuta argomentazione sulla limitazione di tali diritti fondamentali da parte della fattispecie incriminatrice in esame, il BVerfG si interroga quindi sulla sua proporzionalità. Si addivene senza particolari problemi ad osservare che la fattispecie incriminatrice mira certamente al perseguimento di un legittimo interesse di tutela, cercando di contrastare la possibilità per le organizzazioni criminali di godere dei proventi delle proprie iniziative delittuose. Si risolvono sbrigativamente anche i passaggi dell' idoneità e della necessità della fattispecie incriminatrice, ritenendo la sanzione del difensore certo idonea e necessaria al raggiungimento di tale fine. Ma, come nella maggior parte dei casi, il giudizio di proporzionalità ruota tutto attorno all'ultimo passaggio del bilanciamento tra i contrapposti interessi e diritti fondamentali.

Nel risolvere questo bilanciamento il BVerfG fa riferimento all'evidenza criminologica secondo la quale i difensori, anche per le caratteristiche insite nella professione, sono estranei a qualsiasi normale canale di riciclaggio utilizzato dalle organizzazioni criminali; si osserva poi il rigoroso processo di selezione di questa categoria e il rilevante corredo deontologico della stessa, sulla quale inoltre è chiamato a vigilare un apposito organismo. Al BVerfG pare dunque semplice osservare che l'utilità marginale per gli interessi perseguiti dal legislatore attraverso le fattispecie incriminatrici di riciclaggio è del tutto sproporzionata rispetto all'enorme limitazione dei diritti fondamentali precedentemente descritta.

Secondo il BVerfG, tuttavia, l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo non è superabile soltanto attraverso la dichiarazione di illegittimità pura e semplice dell'intera fattispecie rispetto all'avvocato difensore, ma anche attraverso una riscrittura in senso restrittivo della stessa, in virtù della quale si richieda la prova della certa conoscenza, quindi a titolo di dolo diretto, della provenienza illecita del bene, escludendo dunque qualsiasi punibilità del difensore a titolo di dolo eventuale o di colpa. Tale conoscenza deve sussistere già al momento dell'accettazione del mandato e il difensore non è obbligato in alcun modo ad indagare circa l'origine legale o illegale dell'onorario. Interessante notare come la sentenza rivolga anche un monito alla magistratura inquirente di considerare i diritti fondamentali in gioco, così come descritti

in sentenza, allorquando si interroghi sull'esistenza di validi presupposti per l'esercizio dell'azione penale, soprattutto in considerazione del peculiare elemento soggettivo da provare. Proprio su questo punto si differenzia dalla prima decisione quella più recente sulla fattispecie di riciclaggio, nella quale il BVerfG rimette al giudice comune il compito di scegliere l'interpretazione restrittiva più adeguata per riequilibrare l'errato bilanciamento legislativo, non entrando nella discussione sull'opportunità anche in questo caso di una restrizione dell'elemento soggettivo, richiedendo anche qui il dolo diretto della provenienza delittuosa, oppure, come pure proposto in dottrina, adottare già in sede di interpretazione dell'elemento oggettivo del reato di riciclaggio un orientamento più restrittivo, richiedendo un carattere manipolativo della condotta.

Molto si è detto in dottrina e si potrebbe dire circa la correttezza del bilanciamento e soprattutto circa l'idoneità della soluzione indicata dal BVerfG, nella prima decisione, a realizzare in concreto un bilanciamento ragionevole tra gli interessi confliggenti⁷⁰;

⁷⁰ La prima decisione del BVerfG è stata positivamente accolta nella dottrina da BARTON, *Verteidigerhonorar und Geldwäsche*, in JuS, 2004, p. 1033 ss., 1037; DAHS/KRAUSE/WIDMAIER, *Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche durch die Annahme des Honorars*, in NStZ, 2004, p. 259 ss.; MATT, *Verfassungsrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung von Strafverteidigern*, in JR, 2004, p. 321 ss.; MÜSSIG, *Strafverteidiger als "Organ der Rechtspflege" und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche*, in wistra, 2005, p. 201 ss. *Contra*, sostenendo la necessità di escludere gli onorari del difensore già dal fatto tipico oggettivo della fattispecie incriminatrice, WOHLERS, *Anmerkung zu BVerfG 30 März 2004, 2 BvR 1520, 1521/01*, in JZ, 2004, p. 678 ss.; *Contra*, sottolineando il pericolo di un utilizzo comunque strumentale dell'armamentario investigativo, ancora giustificato rispetto alla fattispecie pur ritagliata soltanto sul dolo diretto, GRÄFIN VON GALEN, *Die reduzierte Anwendung des Geldwäschetatbestands auf die Entgegennahme von Strafverteidigerhonorar – Drahtseilakt oder Rechtssicherheit?*, in NJW, 2004, p. 3304 ss. *Contra*, sottolineando l'opportunità di estendere la portata della decisione anche a tutti gli analoghi casi in altre professioni, RANFT, *Verteidigerhonorar und Geldwäsche – Die Entscheidung des BVerfG vom 30.3.2004*, in Jura, 2004, p. 759 ss., 764 s.

Per una critica serrata della decisione del BVerfG per la ragione diametralmente opposto di aver ingiustamente ridotto l'area del penalmente rilevante in questo contesto si veda FISCHER, *Ersatzhehlerei als Beruf und rechtsstaatliche Verteidigung*, in NStZ, 2004, p. 473 ss.

Interessante notare come in dottrina prima della decisione del BVerfG si dubitava della possibilità di mettere in discussione in sede di giudizio costituzionale il bilanciamento operato dal legislatore, v. HEFENDEHL, *Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht mißglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? – Die „Geldwäsche" durch den Strafverteidiger*, in SCHÜNEMANN E AL. (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, p. 145 ss., 168 s. Per la necessità ineludibile di un intervento legislativo anche OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens*, in JZ, 2001, p. 436 ss., 440 s.

nella nostra ottica metodologica ci preme osservare come in ogni caso la discussione sui limiti alla scelta di criminalizzazione del riciclaggio anche nei confronti del difensore non possa che svolgersi nell'ambito del giudizio di proporzionalità, essendo del tutto inservibili gli strumenti concettuali classici del diritto penale.

Ma soprattutto ci preme sottolineare come il dibattito su questo specifico tema avrebbe senza dubbio potuto giovare di una più attenta considerazione dei profili di *chilling effect* della norma, spesso riecheggiati nelle decisioni del BVerfG ma mai esplicitamente affrontati. Anche in questo caso, infatti, ci pare fondamentale quella inusuale visione "strabica" a cui tale teoria ci induce: non è in discussione il fatto che il singolo avvocato difensore possa compiere atti di riciclaggio che meriterebbero in astratto una sicura sanzione legislativa; il problema è evitare che la voglia di perseguire qualsiasi condotta di riciclaggio, attraverso un'estensione della fattispecie incriminatrice, possa condurci a paralizzare l'azione della grande maggioranza di difensori onesti. Un rischio penale di questo tipo non può che spingere qualsiasi assennato difensore, che voglia con certezza evitarlo, a respingere il mandato difensivo nella quasi totalità dei casi⁷¹. Da questo punto di vista si può certo dubitare che la scelta del BVerfG riesca fino in fondo a risolvere questo problema di *chilling effect*, ma certamente contribuisce a ridurre l'area del penalmente rilevante descritta dalla fattispecie e il correlativo effetto *chilling* della stessa.

2.2.3. Ancora sul divieto di aborto

Abbiamo già avuto modo di occuparci di aborto allorché ci siamo interrogati sulla legittimità in sé del bilanciamento legislativo sottostante alla sua criminalizzazione e abbiamo visto come, sia in sede legislativa sia in sede giudiziaria, si siano raggiunti diversi approdi dalla assoluta criminalizzazione, invero quasi mai presente nei Paesi occidentali, alla sua liceità in casi specifici, stupro, pericolo per la vita per la madre, diretto o indiretto per rischio di suicidio, pericolo per la salute della madre, fisica o mentale, fino alla generale liceità dello stesso, tutte discipline spesso declinate anche in

⁷¹ In questo senso anche GRÜNER/WASSERBURG, *Geldwäsche dur Annahme des Verteidigerhonorars?*, cit., 439.

funzione di vari scaglioni temporali all'interno del periodo di gestazione. Non era allora nostra intenzione ricostruire in termini puntuali questa complessa materia e non lo è ora, ma ci preme osservare che accanto ai limiti più ovvi che potrebbero porsi alla criminalizzazione dell'interruzione di gravidanza sul piano della ragionevolezza del bilanciamento sottostante alla norma di condotta, altri potenziali limiti alle scelte legislative possono anche venire da un'attenta considerazione del *chilling effect* sottostante alle scelte legislative.

Come si è detto, infatti, almeno in un novero limitato di casi, la preponderante maggioranza dei Paesi occidentali consente l'interruzione della gravidanza. Al verificarsi di questi casi, dunque, non si pone invero un problema di rispetto astratto da parte della disciplina normativa del bilanciamento ragionevole tra i contrapposti interessi, ma di frequente tale disciplina astratta è sconfessata nella pratica dalla mancata previsione di un procedimento di accertamento della sussistenza delle condizioni liceizzanti. Prendendo ad esempio la situazione presente nell'ordinamento polacco, ripetutamente sottoposta all'attenzione della Corte EDU⁷², esso, pur prevedendo la liceità dell'aborto in caso di stupro o di rischio per la vita o la salute della gestante, non disciplinava in alcun modo il procedimento di accertamento della sussistenza di tali presupposti e parallelamente sanzionava con pene non modeste qualsiasi interruzione di gravidanza praticata al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge. È facile osservare per la Corte EDU che un simile assetto ordinamentale è costitutivamente votato ad operare un *chilling effect* nei confronti del personale medico, che in assenza di una procedura certa e inoppugnabile di verifica della presenza dei presupposti liceizzanti, sarà inevitabilmente portato a negare la propria opera. La Corte EDU ha dunque correttamente affermato, poi anche in composizione allargata nei confronti dell'Irlanda⁷³, che è dovere precipuo dello Stato porre in essere una regolamentazione chiara ed accessibile del procedimento attraverso il quale è possibile giungere ad una decisione definitiva, anche ricorribile giudizialmente in caso di diniego,

⁷² Corte EDU, *Tysiąg c. Polonia* (2007), poi ripresa nei successivi casi *R.R. c. Polonia* (2011) e *P. e S. c. Polonia* (2012).

⁷³ Corte EDU, *[GC], A., B. e C. c. Irlanda* (2010).

sulla sussistenza dei presupposti liceizzanti dell'interruzione di gravidanza previsti per legge.

È chiaro, dunque, come in questi casi sia necessario porre il personale medico al riparo da qualsiasi *chilling effect*, o attraverso una procedura attraverso la quale vengano accertati in maniera successivamente inoppugnabile i presupposti di liceità del suo agire, o, specie nei casi di pericolo imminente, attraverso la previsione di sanzioni blande per l'eventuale errore sulla sussistenza dei medesimi presupposti. Si comprende allora come dinanzi a questi problemi acquisti ragionevolezza la scelta di rimettere nelle mani della sola donna la decisione di interrompere la gravidanza, così escludendo alla radice qualsiasi timore del personale medico di essere corresponsabilizzato penalmente per l'attività prestata⁷⁴; anche questo caso dimostra chiaramente che un problema di *chilling effect* può far sì che si sposti sul piano sostanziale il bilanciamento tra i contrapposti interessi, poiché inevitabilmente in questo caso a venir meno è lo stesso limite del rischio per la vita o la salute della donna.

Ci pare interessante discutere questi aspetti legati all'aborto, che pur potranno sembrare di marginale rilevanza pratica per il nostro ordinamento, per mostrare come considerazioni relative al *chilling effect* comunque contribuiscano a plasmare i limiti posti dal rispetto dei diritti fondamentali al legislatore penale; ma ancor più ci interessa notare come il *chilling effect*, prodotto indesiderato dell'attività legislativa, possa invece divenire, in alcuni casi, effetto voluto del legislatore, in quanto comodo strumento in grado di realizzare nella pratica un assetto di interessi e un bilanciamento che non si vuole o non si riesce a raggiungere nella disciplina astratta.

2.2.4. *Il divieto di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione*

Abbiamo già trattato in precedenza di divieti in materia di prostituzione, ma la nostra attenzione si è allora concentrata sulla legittimità della criminalizzazione dell'attività prostitutiva in sé, sia nei confronti della prostituta sia nei confronti del

⁷⁴ In questo senso, di fronte ad una procedura di accertamento del pericolo per la salute della gestante reputata sproporzionata rispetto ai fini legislativi e comunque nella prassi fortemente restrittiva, la decisione della Corte suprema del Canada, R. v. Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30.

cliente. Nonostante tale discussione sia di grande interesse nella nostra prospettiva teorica e metodologica, è giusto tuttavia osservare che tali condotte non sono al momento penalmente rilevanti nel nostro ordinamento, mentre al contrario grande importanza pratica assumono le fattispecie incriminatrici di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, previste come è noto dall'art. 3 della legge 75 del 1958⁷⁵.

Ebbene, non vi è chi non veda la stretta correlazione che vi è tra queste fattispecie e il modo nel quale il legislatore ritiene di disciplinare l'attività di prostituzione in sé.

Poniamoci anzitutto a ragionare in un quadro di ampia criminalizzazione del cliente. Anche la stessa considerazione del favoreggiamento è qui completamente da ribaltare, poiché ad interessarci saranno anzitutto le attività di favoreggiamento del cliente. In questo quadro non potrebbe che considerarsi illegittima qualsiasi attività di intermediazione e procacciamento di prostitute o qualsiasi attività di pubblicità e promozione dell'attività prostitutiva. Qui la criminalizzazione a tutto tondo delle condotte comunque agevolatrici della prostituzione è giustificata a monte dall'obiettivo di eliminare del tutto questo fenomeno.

Diverso è il quadro sul quale occorre ragionare in assenza di una strategia di criminalizzazione del cliente. Qui il legislatore ritiene che la criminalizzazione sarebbe un'ulteriore spinta a rendere ancora più nascosto e clandestino il fenomeno, con conseguenti rischi per la salute e l'incolumità delle prostitute, preferendo far sì che in assenza del timore di qualsiasi repressione penale il fenomeno possa essere meglio arginato nei suoi rischi per la prostituta e per la collettività. In quest'ottica allora, la strategia legislativa può solo funzionare laddove anche attività accessorie e ancillari, funzionali all'attività prostitutiva vera e propria, siano penalmente irrilevanti. È

⁷⁵ Anche rispetto a queste fattispecie, soprattutto con riferimento al favoreggiamento, è predicabile la loro illegittimità costituzionale laddove si ritenga, a monte, il divieto di prostituzione consensuale in sé incostituzionale, ritenendo in questo caso l'autonomia e la libertà sessuale della prostituta preminenti rispetto ai rischi e ai danni personali e sociali di questa attività. In quest'ottica il favoreggiamento non potrebbe che qualificarsi come attività lecita, in quanto di agevolazione di un'estrinsicazione della libertà della prostituta. Per un tale orientamento, v. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Indice pen.*, 2013, p. 229 ss. In questo senso anche l'opinione dissenziente del giudice Joaquim de Sousa Ribeiro nella sentenza n. 654/2011 del Tribunale costituzionale del Portogallo.

necessario, in altri termini, garantire anche qui quel libero spazio di respiro per queste attività. In un'ottica di riduzione del danno, la possibilità di esercitare la prostituzione in case private o in alberghi compiacenti o la possibilità di pubblicare annunci relativi all'attività svolta⁷⁶, senza che nessuno debba temere conseguenze penali, si rivelano meccanismi essenziali per garantire il successo della strategia legislativa, essendo imprescindibili affinché le prostitute possano sottrarsi alla schiavitù sessuale ed esercitare la loro attività minimizzando i rischi.

Non vogliamo nascondere che la disciplina italiana in materia di favoreggiamento, pur in assenza di criminalizzazione della prostituta, sembra invece orientata in un'ottica molto più vicina alla prima di quelle qui descritte. Ma è allora a maggior ragione necessario un ruolo propulsivo della giurisprudenza comune e costituzionale per riportare razionalità in una disciplina chiaramente superata nelle sue fondamenta teoriche.

Anzitutto, lo si è detto, l'unico punto fermo dovrebbe essere sempre rappresentato dal divieto di criminalizzazione della prostituta, il più delle volte, è opportuno ripeterlo, vittima e giammai rea di questa vicenda criminosa. Allora si fa davvero fatica a comprendere come si sia potuto per molto tempo trascurare la portata discriminatoria e repressiva di un'interpretazione del favoreggiamento volta a fare terra bruciata prima ancora che attorno all'attività di prostituzione, già attorno alla stessa persona della prostituta, mettendo a repentaglio anche suoi diritti fondamentali, primo fra tutti il diritto all'abitazione. La giurisprudenza di legittimità più recente, pur in un lodevole sforzo di limitazione della portata delle ipotesi di favoreggiamento, è ancora ben lontana dal respingere con forza questo atteggiamento: far dipendere la criminalizzazione o meno del locatore dalla corrispondenza del prezzo di locazione a quello di mercato non fa che creare incertezza e timore di condanna presso i possibili locatari, contribuendo

⁷⁶ La giurisprudenza di legittimità sembra, invece, orientata sulla base dei motivi più svariati, a sanzionare a tappeto tale attività, cfr. l'istruttiva casistica riportata da DEBERNARDI, *Sul rapporto fra pubblicità e favoreggiamento della prostituzione*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2130 ss., 2131; e ancora LEPERA, *Il favoreggiamento della prostituzione mediante inserzioni pubblicitarie su un sito internet*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2752 ss.

ad un *chilling effect* nei loro confronti⁷⁷. Ma lo stesso discorso vale, *mutatis mutandis*, rispetto a soggetti svolgenti le più varie mansioni al servizio della prostituta, o rispetto al soggetto che voglia accompagnare la prostituta sul posto di lavoro o, infine, rispetto alla convivenza con la prostituta con un enorme *chilling effect* nei confronti dei suoi potenziali partner⁷⁸. Tali applicazioni possono anche nel singolo caso rappresentare una giusta sanzione di comportamenti ingiustificati di approfittamento dell'attività prostitutiva, ma a causa del *chilling effect* a loro riconnesso finiscono con l'inibire qualsiasi possibilità da parte della prostituta di costruirsi una propria vita privata, questa sì forse idonea a sottrarla all'attività prostitutiva. Bisogna purtroppo respingere anche culturalmente l'idea che le norme in materia di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione possano divenire una punizione indiretta ed una fonte inesauribile di discriminazione a danno delle prostitute.

Ma allora, ad un'analisi più attenta è facile accorgersi di come le norme sul favoreggiamento e sullo sfruttamento della prostituzione si risolvano o in una punizione indiretta della prostituta o in una negazione dell'approccio di decriminalizzazione della prostituzione pur in teoria sposato dal nostro ordinamento. In mancanza di una profonda riscrittura legislativa, ci pare dunque che tali fattispecie incriminatrici ben potrebbero essere dichiarate costituzionalmente illegittime, poiché assolutamente sproporzionate, vuoi nel bilanciamento con i diritti fondamentali della prostituta, all'abitazione e alla vita affettiva su tutti, per mezzo del *chilling effect* che realizzano rispetto a coloro i quali entrino in relazione con la stessa, vuoi in quanto inidonee, o meglio controproducenti, rispetto al fine legislativo di limitare i danni e i rischi di questa attività. Né contro queste argomentazioni sarebbe lecito rispondere, in uno Stato costituzionale, con la possibilità di superare attraverso questa via i problemi di prova rispetto ai reati di tratta e di schiavitù sessuale, le cui indagini anzi beneficerebbero delle risorse liberate da indagini

⁷⁷ Su questo criterio di confine tra lecito e illecito nella più recente giurisprudenza cfr. LEPERA, *Favoreggiamento della prostituzione altrui e locazione di un immobile ad una prostituta*, in Cass. pen., 2014, p. 322 ss.

⁷⁸ Per una disamina dell'applicazione giurisprudenziale particolarmente estensiva, quasi indiscriminata, della fattispecie di sfruttamento della prostituzione nell'ambito delle convivenze *more uxorio*, cfr. LOMBARDO, *Nota a Cassazione penale, Sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40841*, in Giur. it., 2006, p. 1934 s.

e procedimenti, di dubbia utilità, a danno di giornalisti locali, gestori di siti internet, cameriere e clienti: una compagnia di giro che non pare in alcun modo appartenere alle feroci organizzazioni criminali che a livello internazionale, prima ancora che nazionale, organizzano questa immonda tratta di esseri umani.

2.2.5. *Altri divieti in materia di stupefacenti*

Abbiamo già visto – lo si ricorderà – la questione di legittimità costituzionale relativa alle condotte di consumo di sostanze stupefacenti. Avendo ora introdotto il tema del *chilling effect*, è possibile spostarci dalle condotte di consumo alle diverse condotte di detenzione, acquisto, importazione, coltivazione, ecc.

Lo si è già detto, difficile se non impossibile è pensare che la condotta di consumo possa prescindere da condotte prodromiche come quelle or ora elencate. È per questo motivo che dinanzi a scelte legislative di decriminalizzazione del consumo il legislatore si orienta spesso nel senso di decriminalizzare anche condotte di detenzione, acquisto, coltivazione laddove finalizzate al mero consumo personale.

A prescindere da un esplicito intervento legislativo, tuttavia, al medesimo risultato pare possibile giungere in sede di giudizio costituzionale. Nessuno nega che la detenzione di stupefacenti comporti anche un rischio di spaccio e renda comunque più difficile la prova di una finalità di spaccio, soprattutto se il mercato si orienti nel senso di rifornire di volta in volta il terminale di spaccio con modeste quantità di sostanza stupefacente⁷⁹. Ma laddove si concluda per l'irragionevolezza costituzionale di corredare con sanzioni dissuasive il divieto di consumo, è chiaro che tale bilanciamento dovrà essere reso possibile nella realtà, dando alla condotta schermata di consumo un

⁷⁹ BVerfGE 90, 145 (1994), cit., 187 ss. Questo argomento è alla base della decisione del BVerfG di confermare, quantomeno in astratto, la legittimità costituzionale della criminalizzazione delle condotte di mera detenzione di cannabis, salvo indicare al giudice ordinario la strada dell'archiviazione, rimessa dal legislatore anzitutto all'apprezzamento facoltativo del pubblico ministero, per i casi di provata detenzione a fine di consumo personale. La decisione del BVerfG poggiava d'altronde in chiave pragmatica sulla considerazione statistica che già prima della sentenza vi era un 25% di archiviazioni sul totale dei procedimenti in materia di stupefacenti, delle quali tra l'80 e il 90% proprio relative a ipotesi di detenzione di droghe leggere.

adeguato “*breathing space*”⁸⁰. Si comprende allora il legame indissolubile che vi è tra giudizio sulla condotta di consumo e il diverso e successivo giudizio sulle condotte prodromiche.

Da questo punto di vista, nell’ottica usuale del *chilling effect*, il timore che la sanzione della detenzione determini un *chilling effect* sul consumo rende necessario non solo non sottoporre a sanzione la detenzione a meri fini di consumo personale⁸¹, ma, a monte, di rendere più chiara possibile la linea di distinzione tra detenzione a fini personali e a fini di spaccio. Più infatti tale confine sarà incerto e più aumenterà il *chilling effect* nei confronti del mero consumatore di sostanze stupefacenti⁸².

Un identico discorso vale naturalmente per la condotta di coltivazione. Anche in questo caso è difficile negare che tale condotta porti in sé, rispetto al mero consumo di sostanze stupefacenti, un rischio di funzionalizzazione a condotte di spaccio; irrilevante, invece, è a ben guardare il dato in sé dell’aumento, anche non controllabile, di quantità di stupefacente disponibile, se non collegato appunto al rischio di immissione di tale sostanza sul mercato⁸³. Il rischio di funzionalizzazione allo spaccio, non controvertibile,

⁸⁰ Il legame tra consumo e condotte prodromiche, pur declinato in termini di mera scelta legislativa, è chiaramente colto dalla nostra Corte costituzionale, nella sentenza 360/1995, ancor meglio che nella recente sentenza 109/2016, dove si utilizza l’immagine della “cintura protettiva del nucleo centrale (id est il consumo)”.

⁸¹ Né con sanzioni penali, né tantomeno con sanzioni “formalmente” amministrative tese a dissuadere la commissione della condotta considerata. Da questo punto di vista, ben si comprendono i dubbi di legittimità costituzionale rispetto a scelte sanzionatorie amministrative che per afflittività in nulla paiono distinguibili da una scelta di autentica criminalizzazione delle condotte di consumo personale e di relativa detenzione, in grado oltretutto di vanificare gli effetti positivi in termini politico-criminali di una scelta di decriminalizzazione delle condotte di consumo, cfr. sul punto, con grande chiarezza, MANES, *Il nuovo art. 73 del d.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, in Cass. pen., 2008, p. 4461 ss., 4464.

⁸² Da questo punto di vista è da accogliere con favore, nel nostro ordinamento, la netta presa di posizione della Corte di cassazione, dinanzi a orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di merito e di legittimità, per la non punibilità delle ipotesi di acquisto e detenzione di stupefacenti per uso di gruppo, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 10 giugno 2013, n. 25401. Per un’approfondita ricostruzione del tema cfr. AMARELLI, *L’uso di gruppo tra modifiche normative e overruling*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2011, p. 1038 ss.

⁸³ Tale argomento, invece, assume centrale importanza nella giurisprudenza in materia della Corte costituzionale italiana; formulato dapprima rispetto alla condotta di importazione nella sentenza 170/1982 e poi ripreso in materia di coltivazione a partire dall’ordinanza 231/1982, fino appunto per le sentenze 360/1995 e 109/2016 citate.

non è tuttavia la conclusione del giudizio di legittimità costituzionale del divieto di coltivazione a fini di consumo personale, quanto piuttosto il dato di partenza del giudizio di bilanciamento⁸⁴. Occorre infatti considerare da un lato la capacità del divieto di coltivazione di piccole quantità di sostanza stupefacente di far avanzare i fini legislativi di tutela della salute pubblica e dall'altro il diritto del singolo a provvedere alla sua condotta di consumo attraverso una auto-coltivazione.

A noi pare che questo bilanciamento non possa non tener conto che la condotta di coltivazione rappresenta la modalità forse più nobile di procacciamento della sostanza stupefacente da parte del consumatore, che attraverso la stessa si sottrae al finanziamento e finanche al contatto con l'organizzazione criminale. Dall'altro lato, è dato dubitare della gravità della lesione della salute dei consumatori rappresentata dall'impossibilità di perseguire i pochi casi nei quali non si riesca a raggiungere la prova della destinazione allo spaccio, di un quantitativo comunque contenuto⁸⁵.

Ancora una volta dunque il giudizio di bilanciamento rappresenta la sede nella quale soppesare gli argomenti favorevoli e contrari alla criminalizzazione della coltivazione a fini di consumo personale, purché si parta dalla considerazione – come

⁸⁴ Da questo punto di vista, a prescindere dal sostenere o meno la correttezza del bilanciamento legislativo, la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana presta il fianco anzitutto alla critica di contentarsi della non controversa distinzione tra coltivazione e detenzione, non iniziando nemmeno a confrontarsi con la correttezza in sé del divieto di coltivazione.

⁸⁵ In quest'ottica ben si comprendono le critiche già da tempo avanzate alla Corte costituzionale italiana rispetto alla ragionevolezza del bilanciamento sotteso alla criminalizzazione della coltivazione per uso personale di stupefacenti, v. ancora MANES, *Il nuovo art. 73 del d.P.R. n. 309/1990: nodi risolti e questioni ancora aperte*, cit., 4474 s. Non è un caso che la questione di legittimità costituzionale sia stata a più riprese sottoposta, come visto, alla Corte costituzionale dal giudice ordinario e che in molti casi questi abbia manifestato insoddisfazione per il bilanciamento legislativo, avallato dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione – cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2008, n. 28605 – al punto tale da disattendere i chiari orientamenti giurisprudenziali espressi da queste Corti e in tal modo l'esigenza di certezza del diritto, pur di non condannare gli accusati a una pena ritenuta ingiusta. Sulla recente giurisprudenza di legittimità in materia di coltivazione e sui più recenti arresti sostanzialmente contrari alla giurisprudenza della Corte costituzionale e a quella maggioritaria di legittimità si veda TORIELLO, *Nuovi orizzonti del principio di offensività in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti*, in Cass. pen., 2016, p. 1955 ss.; BRAY, *Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza*, in Dir. pen. cont., 2016; LA ROSA, *La coltivazione "domestica" di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, in Giur. it., 2016, p. 196 ss.

detto – che la decriminalizzazione del consumo, soprattutto degli stupefacenti meno dannosi, sia non tanto scelta discrezionale del legislatore, quanto scelta costituzionalmente necessitata.

SEZIONE III

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN RAGIONE DELLA MISURA DELLA SANZIONE

3.1. *Una diversa specie di proporzione sanzionatoria*

Allorquando ci si riferisce alla proporzione sanzionatoria, prendendo in esame non più la norma di condotta né la tipologia di risposta sanzionatoria, ma la misura della sanzione, si è soliti operare un bilanciamento tra la gravità del reato da un lato e la gravità della lesione subita dal condannato in ragione dell'espiazione della pena. Questo fondamentale giudizio di bilanciamento, del quale si discorrerà nel seguito, è senza dubbio lo schema più usuale e di applicazione generale per vagliare la proporzione sanzionatoria.

Eppure, accanto ad esso si può spesso riscontrare, come vedremo ora, una diversa specie di giudizio di proporzionalità sanzionatoria. La differenza è data da una diversa considerazione dei termini da porre in bilanciamento. Nel più usuale giudizio di proporzionalità si fa riferimento, come detto, alla lesione rappresentata dall'espiazione in sé della pena: si baderà ad esempio alla libertà personale e agli altri diritti sacrificati da una pena carceraria, o al patrimonio sacrificato da una pena patrimoniale, o alla specifica libertà presa di mira da una pena interdittiva, come ad esempio il diritto al libero esercizio di un'attività professionale o il diritto all'elettorato attivo o passivo. Si tratta, quindi, del sacrificio di tanti diritti fondamentali quanti il sistema sanzionatorio di un dato ordinamento limita con il suo arsenale.

Il diverso giudizio di proporzionalità del quale dobbiamo occuparci in questo contesto pone invece in raffronto il medesimo diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta sanzionata dal legislatore. Più sarà alta la risposta sanzionatoria, più ciascun consociato le attribuirà un valore di deterrenza rispetto al compimento di una data

condotta e quindi, corrispondentemente, maggiore sarà la limitazione del diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta. Il punto è finanche banale: volendo esemplificare, ciascun cittadino razionale teme maggiormente la pena carceraria riconnessa alla fattispecie di omicidio, rispetto alla più blanda sanzione amministrativa prevista per una qualche infrazione stradale; in tal modo egli è tanto più limitato nella “libertà” di uccidere un altro uomo che nella “libertà” di parcheggiare in seconda fila. Nel secondo caso, in qualche modo, il soggetto potrebbe anche determinarsi a rispondere della propria violazione pur di non sacrificare la sua libertà; potrebbe in altri termini ancora considerare un costo ciò che per la società è una sanzione.

Naturalmente il problema non si pone rispetto alle condotte ora considerate, ma piuttosto, come si è già visto, rispetto a quelle condotte al confine con condotte lecite, rispetto alle quali vi è un pericolo di *chilling effect*. Si ricorderà, infatti, che tale effetto è direttamente amplificato dal *quantum* della risposta sanzionatoria prevista. Può essere utile un altro esempio: si pensi ad una pena carceraria molto elevata per una condotta di diffamazione colposa o per un errore colposo del medico nell'accertamento della sussistenza di un pericolo per la salute della madre che renda lecita l'interruzione di gravidanza. In questo caso è lecito attendersi che una pena così elevata finirà per esercitare un *chilling effect* anche sulle condotte lecite, poiché spingerà in molti casi il giornalista o il medico a non agire, anche in assenza dei requisiti per la punibilità, pur di allontanare qualsiasi rischio di condanna alla pena prevista per la fattispecie colposa. Come si è visto, tale fenomeno di *chilling effect* può e deve essere spesso scongiurato già a livello di norma di condotta, ma laddove ciò non sia possibile è necessario tenerne conto quantomeno a livello sanzionatorio. Nell'esempio ora presentato, infatti, sarebbe naturalmente da attendersi un ben minore *chilling effect* laddove alla pena carceraria si sostituisse una sanzione disciplinare o una sanzione amministrativa non particolarmente dissuasiva.

Anche in questo contesto deve essere chiaro un punto: non si tratta semplicemente di sostituire una sanzione penale con una sanzione amministrativa, ma di verificare in concreto la capacità dissuasiva della pena nell'ottica di un *chilling effect*. Da questo punto di vista in alcuni casi potrebbe essere sufficiente già una semplice riduzione della sanzione penale. In altri casi, ad esempio, potrebbe essere non risolutivo o anzi

addirittura peggiorativo, una sostituzione di una blanda sanzione penale con una sanzione amministrativa particolarmente gravosa. Certo in molti casi questo particolare giudizio di proporzionalità sanzionatoria porterà al risultato di ritenere sproporzionata qualsiasi sanzione penale, poiché a prescindere dalla pena in concreto prevista o irrogata, già la lesione dell'onore riconnessa alla pena sarebbe in grado di esercitare un *chilling effect* nei confronti dei consociati. Da questo punto di vista si può dire che se arrivati a questa fase del giudizio di bilanciamento non c'è più alcun dubbio circa la possibilità del legislatore di prevedere la norma di condotta e di prevedere una sanzione in funzione dissuasiva per la sua violazione, è ancora possibile un effetto di decriminalizzazione in senso stretto, dunque una limitazione dell'area del penalmente rilevante. Di qui anche la maggiore importanza ai fini del nostro lavoro, sui limiti alle scelte di criminalizzazione, di questo giudizio di proporzionalità sanzionatoria, rispetto a quello più canonico, al quale accenneremo nel prosieguo, il quale non produce effetti di decriminalizzazione ed è dunque al di là del nostro tema di ricerca.

Un'ultima necessaria considerazione generale. È chiaro che, volendo estremizzare, la pena dell'ergastolo per la diffamazione colposa sarebbe giudicata con facilità illegittima anche secondo il giudizio di proporzione sanzionatoria canonico. Si argomenterebbe molto facilmente che la gravità della privazione della libertà rappresentata dall'ergastolo sarebbe assolutamente sproporzionata rispetto alla gravità tutto sommato modesta della fattispecie di diffamazione colposa e che tale scelta renderebbe a questo punto necessaria una pena altrettanto grave per la quasi totalità dei reati, di certo più gravi rispetto a bene giuridico tutelato e a elemento soggettivo richiesto. Ma il fatto che i due descritti giudizi di proporzionalità sanzionatoria arrivino in molti casi alle medesime conclusioni non dimostra in alcun modo che si tratti dello stesso giudizio o che quello qui descritto sia ultroneo. Proprio la medesimezza dei risultati e delle stesse espressioni linguistiche utilizzate per riferirsi a questi due giudizi genera confusione rispetto a due tipologie di giudizio che ci paiono radicalmente differenti per struttura e significato e che, seppur coincidenti nei risultati, divergono nel percorso argomentativo seguito.

D'altronde il giudizio di proporzionalità sanzionatoria qui affrontato è inutilizzabile rispetto a molte fattispecie, nelle quali in effetti non si pongono in alcun

modo quei problemi di *chilling effect* descritti. Mentre il canonico giudizio di proporzione sanzionatoria potrebbe rilevarsi ben più complesso rispetto ad ipotesi nelle quali la misura sanzionatoria prevista è molto più facilmente scrutinata sulla base del giudizio di proporzionalità qui descritto.

Infine, non si dimentichi che diverso è anche il fondamento normativo di questi due giudizi. Il giudizio di proporzione sanzionatoria canonica, oltre ad essere ricavabile dalla necessità di bilanciamento rispetto al singolo diritto fondamentale leso dalla sanzione, è oramai chiaramente enucleato ed espresso come principio fondamentale della materia penale e sanzionatoria. Mentre il giudizio di proporzionalità qui analizzato non può che fondarsi sull'esigenza di salvaguardare di volta in volta il diverso diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta.

Come nell'analisi finora svolta, si è certi che la panoramica sull'applicazione giurisprudenziale di questo giudizio di proporzionalità saprà chiarire le incertezze e i dubbi scaturenti dalla disamina sinora solo teorica del giudizio.

3.2. Il giudizio di proporzionalità in ragione della misura della sanzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE

Abbiamo già visto in precedenza l'ampia giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rispetto ai limiti nazionali alle libertà fondamentali sancite dai trattati europei. Mentre però la giurisprudenza citata si interrogava sulla legittimità in sé dei limiti nazionali, occorre ora soffermarsi sui casi nei quali la Corte di giustizia non ha messo in dubbio in alcun modo la legittimità delle norme di condotta poste a livello nazionale, né tantomeno la legittimità per lo Stato membro di fornire tali norme di condotta di una sanzione in caso di violazione idonea a dissuadere i consociati, ma appunto pone dei limiti al *quantum* sanzionatorio sulla base degli effetti che una sanzione troppo grave potrebbe esplicare sul pieno godimento delle libertà fondamentali previste dai trattati¹.

¹ Su tale giurisprudenza si veda, tra tutti, SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln, 2001, 300 ss.

I casi trattati, relativi soprattutto alla libertà di circolazione delle persone, ma talvolta anche quella di circolazione delle merci², attengono per lo più ad adempimenti burocratici e amministrativi che lo Stato è legittimato a imporre ai soggetti che godano di tali libertà.

Se, ad esempio, è certamente impossibile negare ad un cittadino dell'Unione la sua libertà di circolazione nel territorio di qualsiasi Stato membro, ciò non toglie che ciascuno Stato membro abbia la possibilità di imporgli di comunicare alla pubblica amministrazione entro un termine congruo il suo stabile insediamento sul proprio territorio³. Come pure, prima degli ulteriori sviluppi normativi, se era impedito agli Stati membri disconoscere il valore della patente di guida conseguita in altro Stato membro, obbligando il soggetto a procedere *ex novo* al conseguimento della stessa in caso di trasferimento nello Stato, di certo non era impedito allo Stato membro richiedere al soggetto di provvedere, entro un congruo termine dallo stabile trasferimento nello Stato, a sostituire la patente straniera con una nazionale, al fine di rendere più agevole per le forze dell'ordine il riscontro della validità della stessa⁴.

In questi, come in altri casi⁵, come si vede, non è in discussione la norma di condotta né si ritiene che lo Stato non possa prevedere sanzioni autenticamente deterrenti nei confronti di della loro violazione. La preoccupazione della Corte di giustizia in questi casi, secondo la logica propria del *chilling effect*, non è tanto rivolta a tutelare il soggetto che trasgredisca l'obbligo di registrazione della residenza o di sostituzione della patente, quanto ad evitare che una pletora di norme di condotta, pur valide, laddove sanzionate in maniera sproporzionata, possa rappresentare una spinta ad evitare a monte il godimento della libertà di circolazione. Infatti, dinanzi a obblighi vari, non sempre tutti conoscibili, corredati da gravi sanzioni, anche penali, un cittadino

² Si veda ad esempio il caso CGUE, C-41/76, Donckerwolcke (1976), in materia di infrazioni doganali.

³ Su questa vicenda CGUE, C-118/75, Watson e Belmann (1976) e poi CGUE, C-265/88, Messner (1989).

⁴ Su questa vicenda CGUE, C-193/94, Skanavi e Chryssanthakopoulos (1996).

⁵ Si veda, ad esempio, in tema di violazione dell'obbligo di essere muniti di valido documento d'identità CGUE, C-8/77, Sagulo e al. (1977); rispetto all'obbligo allora vigente per il lavoratore di ottenere una carta di soggiorno, v. CGUE, C-157/79, Pieck (1980).

dell'Unione europea potrebbe essere spinto a non trasferirsi in un altro Paese pur di evitare il rischio penale collegato agli adempimenti burocratici.

Si comprende, dunque, come per la Corte di giustizia la soluzione di questo problema vada trovata proprio sul piano del *quantum* sanzionatorio. Dinanzi a sanzioni lievi, infatti, il timore di incorrere in una qualche violazione non potrà esercitare alcun effetto di *chilling* rispetto alla volontà del cittadino europeo di godere della libertà di circolazione riconosciutagli dai trattati.

A dimostrazione dell'approccio concreto e legato al singolo caso della Corte di giustizia, è bene notare che in taluni casi la Corte invita gli Stati membri interessati a non prevedere pene detentive⁶, in altre invece ritiene sproporzionata qualsiasi sanzione formalmente penale⁷, in considerazione degli effetti di stigmatizzazione ricollegabili anche ad una blanda pena pecuniaria, mentre in altri casi ancora sproporzionato può essere già la semplice confisca della merce o il calcolo della sanzione pecuniaria in termini proporzionali rispetto al valore della merce⁸. È l'analisi del singolo caso, della portata deterrente in ciascun ordinamento di una determinata sanzione, che permette alla Corte di comprendere in concreto quale pena possa non esercitare un *chilling effect* rispetto alle libertà fondamentali in gioco.

Ad ogni modo, pur con qualche accenno alla sproporzione della pena già secondo i diritti fondamentali da essa sacrificati, è chiaro che il giudizio della Corte di giustizia si connota in questi casi per una considerazione della misura sanzionatoria soltanto in relazione agli effetti della stessa sulle libertà fondamentali in gioco⁹. Questa

⁶ Così nel caso *Pieck*, cit., poi testualmente ripreso nel successivo caso *Messner*, cit.

⁷ In questo senso il caso *Skanavi e Chryssanthakopoulos*, cit.

⁸ Così nel caso *Donckerwolcke*, cit.

⁹ Tale conclusione emerge già dal tenore linguistico delle decisioni della Corte nelle quali è dato riscontrare osservazioni quali: “gli Stati membri non possono comminare sanzioni sproporzionate che creerebbero un ostacolo alla libera circolazione delle persone” (caso *Skanavi e Chryssanthakopoulos* cit.); “non può comportare l'applicazione di sanzioni eccessive [...] in quanto equivale ad un ostacolo alla libera circolazione delle merci” (caso *Donckerwolcke* cit.); “in nessun caso siffatte sanzioni possono assumere una gravità tale da divenire un ostacolo alla libertà d'ingresso e di soggiorno prevista dal trattato” (caso *Sagulo e al.* cit.); “sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone” (caso *Watson e Bellmann* cit.).

giurisprudenza rappresenta dunque un ottimo esempio di questo diverso tipo di giudizio di proporzionalità della pena che abbiamo poc' anzi descritto.

3.3. Il giudizio di proporzionalità in ragione della misura della sanzione nella giurisprudenza della Corte EDU

3.3.1. I divieti in materia di riunione/manifestazione

Molto spesso nella sua giurisprudenza la Corte EDU valorizza il profilo del *quantum* della sanzione irrogata al soggetto, facendo riferimento ad esso anche allorquando è facile comprendere dalla motivazione che si tratta di mero argomento *ad adiuvandum* rispetto alla *ratio decidendi* costituita dalla contrarietà già della norma di condotta rispetto alla Convenzione EDU.

Una prima costellazione di casi nei quali fondamentale è il giudizio di proporzionalità della pena rispetto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta è rappresentata da i diversi divieti in materia *lato sensu* di riunione o manifestazione.

Anzitutto è orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU ed è d'altronde rispondente alla disciplina normativa della totalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa che il diritto di riunione o manifestazione in luogo pubblico possa essere sottoposto ad un regime di notificazione o di autorizzazione. Se tale disciplina non rappresenta in sé dunque alcun problema di legittimità rispetto alla CEDU, l'attenzione della Corte EDU si è focalizzata soprattutto sulle sanzioni irrogate ai partecipanti o agli organizzatori di manifestazioni per le quali l'autorizzazione non è stata richiesta o concessa dalle pubbliche autorità.

In un primo momento, anche in virtù della specificità dei casi sottoposti alla sua attenzione, caratterizzati da livelli sanzionatori molto bassi, la Corte EDU si è espressa in termini molto *tranchant* nel senso della possibilità per gli Stati membri di sanzionare

l'inosservanza della disciplina autorizzatoria in materia di pubbliche riunioni, la quale sarebbe del tutto ineffettiva in mancanza di un adeguato apparato sanzionatorio¹⁰.

Nella giurisprudenza successiva, tuttavia, la Corte ha mostrato di aderire pian piano ad un approccio sempre più restrittivo rispetto alle scelte sanzionatorie degli Stati membri nella materia in esame.

Da un lato, per quanto attiene ai partecipanti, la Corte EDU ha anzitutto constatato la violazione della Convenzione in tutti i casi nei quali è dubbia già la sussistenza dei presupposti per la mancata autorizzazione della manifestazione e tale considerazione non sia stata in alcun modo vagliata dai giudici nazionali¹¹. Ma anche in casi di mera mancanza di preavviso, la Corte è arrivata ad affermare anzitutto che per la mera partecipazione pacifica ad una manifestazione non autorizzata è sempre sproporzionata una sanzione penale¹², per arrivare in seguito ad affermare che sarebbe sproporzionata anche una sanzione amministrativa non lieve¹³, finendo poi in molti casi per affermare *tout court* la sproporzione anche di sanzioni amministrative¹⁴. Si noti che nella maggior parte delle sentenze la Corte EDU fa preciso riferimento al *chilling effect* rappresentato da tali sanzioni rispetto alla partecipazione a manifestazioni pubbliche, specificando in un caso addirittura che la pena sarebbe sproporzionata “nei sensi di cui all’art. 11 della CEDU”¹⁵, quasi a voler con chiarezza distinguere questa ipotesi dal giudizio di proporzione sanzionatoria canonico che anche nella giurisprudenza della Corte EDU va facendosi strada con riferimento però all’art. 3 della Convenzione.

¹⁰ Cfr. rispetto ai meri partecipanti CtEDU, [dec.], Ziliberberg c. Moldavia (2004); rispetto agli organizzatori v. CtEDU, [dec.], Rai e Evans c. Regno Unito (2009); CtEDU, [dec.], Skiba c. Polonia (2009).

¹¹ In questi casi la violazione dell’art. 11 CEDU emerge allora in tutta la sua gravità anche da considerazioni di contesto circa la sistematica repressione del diritto di manifestazione, cfr. CtEDU, Huseynli e al. c. Azerbaijan (2016); Ibrahimov e al. c. Azerbaijan (2016); Gafgaz Mammadov c. Azerbaijan (2015); Malofeyeva c. Russia (2013).

¹² Cfr. CtEDU, Akgöl e Göl c. Turchia (2011).

¹³ V. CtEDU, Hyde Park e al. c. Moldavia, n. 5 e 6 (2010).

¹⁴ In questo senso CtEDU, Novikova e al. c. Russia (2016); Yilmaz Yildiz e al. c. Turchia (2014); Navalnyy e Yashin c. Russia (2014).

¹⁵ V. Navalnyy e Yashin c. Russia (2014), § 72.

Anche per quanto attiene agli organizzatori, la Corte EDU ha anzitutto escluso che si possa irrogare qualsiasi sanzione per il mancato preavviso nel caso in cui si tratti di casi eccezionali nei quali la manifestazione sia in risposta ad eventi improvvisi e gli scopi della manifestazione sarebbero frustrati dal termine di preavviso necessario secondo la disciplina nazionale¹⁶. Ma anche al di fuori di queste eccezionali ipotesi d'urgenza, la Corte EDU ha affermato con chiarezza la sproporzione di qualsiasi sanzione penale, soprattutto detentiva, per la mera inosservanza dell'obbligo di preavviso¹⁷, ritenendo invece sicuramente compatibili con la Convenzione lievi sanzioni amministrative¹⁸.

Ma la giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritto di riunione e manifestazione non si esaurisce nel vaglio di legittimità delle fattispecie tipiche di partecipazione o organizzazione di manifestazione non autorizzata. Invero molto spesso le manifestazioni pubbliche si caratterizzano per azioni di intralcio delle attività dei soggetti non manifestanti, ulteriori rispetto a quelle normalmente insite in una pubblica manifestazione, che vengono sussunte sotto le più diverse fattispecie incriminatrici nazionali. La casistica è molto varia, spaziando dal blocco stradale attuato attraverso l'interposizione passiva del proprio corpo¹⁹, al blocco o rallentamento stradale attuato

¹⁶ In questo senso CtEDU, Bukta e al. c. Ungheria (2007); chiarita e approfondita in CtEDU, Éva Molnár c. Ungheria (2008) e confermata poi nella giurisprudenza successiva.

Un dubbio di costituzionalità circa la congruità di un termine fisso di preavviso è stato sottoposto anche alla nostra Corte costituzionale, v. sent. 60/1976, la quale lo ha invero liquidato sbrigativamente, anche in ragione del *petitum* del giudice *a quo* di sostituire al un termine fisso di tre giorni previsto dalla disciplina normativa, l'indicazione generica di un preavviso congruo, piuttosto che concentrarsi appunto su casi eccezionali di possibile non rispetto del termine.

¹⁷ V. CtEDU, Gün e al. c. Turchia (2013). Volendo per un momento posare lo sguardo sulla situazione italiana, se nessun problema di legittimità convenzionale si pone per i partecipanti a manifestazioni non autorizzate, a partire dalle sentenze della Corte cost. sentt. 90/1970 e 11/1979, un problema potrebbe porsi per la previsione della pena dell'arresto in capo ai promotori per i casi di mancato preavviso o di inottemperanza del divieto o delle prescrizioni dell'autorità di cui all'art. 18 T.U.L.P.S., dichiarata costituzionalmente conforme in uno dei primissimi giudizi di legittimità costituzionale, v. Corte cost., sent. 9/1956. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione si veda diffusamente MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 211 ss., 224 ss.

¹⁸ Cfr. CtEDU, Berladir e al. c. Russia (2012).

¹⁹ V. CtEDU, [dec.], Lucas c. Regno Unito (2003).

utilizzando autoveicoli²⁰, dal blocco di un'azione di pesca attraverso l'interposizione di un'imbarcazione²¹ al blocco di attività di caccia o cantieristiche attraverso l'interposizione del proprio corpo²². In tutti questi casi la Corte EDU riconosce la sussistenza del diritto di manifestazione ma lo sottopone ad un giudizio di proporzionalità con le finalità statali di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico. Pochi dubbi vi sono nella giurisprudenza della Corte EDU sulla possibilità in questi casi per gli Stati membri di irrogare sanzioni. Ancora una volta, dunque, il giudizio della Corte EDU si concentra soprattutto sul *quantum* sanzionatorio inflitto al reo e sull'attenta considerazione da parte dei giudici nazionali di tutti gli elementi di fatto da considerare al fine di bilanciare gli interessi pubblici con il diritto di manifestazione del singolo. L'assenza di decisioni di condanna da parte della Corte EDU in questo contesto pare dunque spiegabile in ragione del fatto che le sanzioni irrogate nei casi sottoposti al suo giudizio paiono comunque lievi e proporzionate, anche laddove formalmente penali, ai fatti accertati dal giudice nazionale.

In questa materia gli sviluppi argomentativi della Corte EDU paiono oltretutto non distanti dalla giurisprudenza del BVerfG che in più occasioni si è occupato di casi di resistenza passiva attraverso l'interposizione del proprio corpo o attraverso l'utilizzo dei propri veicoli. Per quanto riguarda la mera resistenza passiva attraverso l'interposizione del proprio corpo, senza alcuna forma di violenza o resistenza all'azione di arresto delle forze di polizia, il BVerfG si è in una prima sentenza equamente diviso circa la stessa riconducibilità del fatto tipico all'elemento della violenza richiesto dalla fattispecie di violenza privata²³, giungendo poi in una successiva sentenza a ritenere tale interpretazione giurisprudenziale contraria al divieto di analogia in materia penale²⁴. Ma sia l'argomentazione di "minoranza" della prima sentenza, sia una successiva sentenza relativa ad una fattispecie leggermente diversa

²⁰ V. CtEDU, Budaházy c. Ungheria (2016); [GC], Kudrevičius e al. c. Lituania (2015); Barraco c. Francia (2009).

²¹ V. CtEDU, [dec.], Drieman e al. c. Norvegia (2000).

²² V. CtEDU, Steel e al. c. Regno Unito (1998).

²³ BVerfGE 73, 206 (1986), poi confermata in BVerfGE 76, 211 (1987).

²⁴ BVerfGE 92, 1 (1995).

nella quale i soggetti si erano incatenati²⁵, questa si qualificabile secondo il Tribunale costituzionale come violenza, ruotano attorno alla necessità che il giudice di merito, considerando il fatto commesso nella sua globalità, argomenti chiaramente circa il bilanciamento tra il diritto di manifestazione dell'accusato e l'interesse pubblico leso dal fatto commesso²⁶, addivenendo in caso di riscontrata prevalenza del primo interesse ad una decisione di assoluzione per il reato di violenza privata per mancanza del requisito di antigiuridicità speciale (*Verwerflichkeit*) previsto dal secondo comma del paragrafo 240 StGB. In questo caso, dunque, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento sarebbe lasciata alla fattispecie di illecito amministrativo generalmente applicabile per tali manifestazioni non autorizzate. Ma anche nel caso contrario di condanna per il reato di violenza privata il BVerfG invita il giudice di merito a tenere in debito conto il diritto di manifestazione del reo al fine di irrogare una sanzione proporzionata. Con un'ulteriore decisione²⁷, infine, il BVerfG è giunto ad elencare con grande precisione i diversi elementi che il giudice di merito è tenuto a considerare e bilanciare al fine di affermare o meno la sussistenza del citato requisito di antigiuridicità speciale, respingendo ancora una volta e con grande nettezza l'opinione, pur maggioritaria nella giurisprudenza ordinaria e nella dottrina, secondo la quale questi elementi sarebbero al più da considerare in sede di commisurazione edittale.

In tutti questi casi, dunque, se la giurisprudenza della Corte EDU, e come visto anche del BVerfG, non si esprime sempre con chiarezza nel senso di una necessaria decriminalizzazione, quantomeno è un dato acquisito che la sanzione, ancorché formalmente penale, debba attestarsi su livelli molto bassi di severità.

Volendo per un secondo volgere lo sguardo al nostro ordinamento è necessario osservare come in presenza di un chiaro riferimento al diritto di sciopero all'interno

²⁵ BVerfGE 104, 92 (2001). In questa sentenza, tuttavia, il Tribunale costituzionale si rifiuta di qualificare come libertà di manifestazione, e di procedere dunque al giudizio di proporzionalità, un'attività di blocco stradale sorretta da motivazioni non altruistiche, ma relativi ad interessi pur meritevoli degli stessi manifestanti, dimostrando dunque sul punto una lettura più restrittiva rispetto alla CtEDU dello *Schutzbereich* del diritto di manifestazione.

²⁶ Vedi diffusamente BVerfGE 73, 206 (1986), cit., 247 ss., 252 ss. e BVerfGE 104, 92 (2001), cit., 109 ss.

²⁷ BVerfG, Sent. 7 marzo 2011, 1 BvR 388/05, § 38 ss.

della nostra costituzione, la nostra dottrina e giurisprudenza preferiscano fare diretto riferimento a questo diritto, anziché al più generico diritto di manifestazione, allorché casi come quelli esaminati, dal blocco stradale al picchettaggio, avvengano nell'ambito di vicende di conflittualità sindacale. A noi pare che l'approccio della Corte EDU possa essere prezioso anche per impostare la discussione su questi casi. Anzitutto ritenendo, contrariamente a quanto si è soliti ritenere nella nostra dottrina, che tali casi restino pur sempre sussumibili nel diritto di sciopero, senza che questo voglia dire in alcun modo affermare la loro liceità²⁸. Di fronte a queste condotte, in qualsiasi modo sussumibili²⁹, l'interprete è semplicemente chiamato a chiedersi, sulla base dell'accurata ricostruzione di tutto lo svolgimento dei fatti, se nel bilanciamento debba prevalere il diritto di sciopero o i diritti altrui sacrificati dalle condotte di blocco stradale o di picchettaggio³⁰. Ma anche laddove si ritenga preminente la tutela dei diritti altrui, come appare più probabile nella maggior parte dei casi, di tale bilanciamento si deve tener conto in sede di determinazione del *quantum* sanzionatorio, affinché condanne a pene troppo severe non esplichino un *chilling effect* nei confronti del diritto di sciopero.

Ma, tornando ai divieti in materia di manifestazione, la Corte EDU si è spinta di recente a valorizzare la libertà di manifestazione nel giudizio di proporzionalità con i fini legislativi di tutela dell'ordine pubblico e dei diritti altrui, sempre nell'ottica segnata dal *chilling effect*, anche all'interno di manifestazioni violente, caratterizzate da

²⁸ Tale impostazione della dottrina, v. PULITANÒ, voce *Sciopero (dir. pen.)*, cit., 741, è dovuta infatti alla considerazione che riconoscere un diritto di sciopero significhi automaticamente riconoscere l'operatività della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

²⁹ Soprattutto rispetto al delitto di violenza privata in caso di picchettaggio, come nella discussione tedesca in materia di blocco stradale, la dottrina prevalente tende a evitare qualsiasi considerazione in termini di bilanciamento risolvendo tutto sul piano della tipicità, negando che tali azioni possano essere qualificate come violenza, cfr. RUGA RIVA, voce *Sciopero (profili penalistici dello)*, cit., 752.; PULITANÒ, voce *Sciopero (dir. pen.)*, cit., 741. Per una difesa nel merito del picchettaggio, anche sulla base di una complessa e ardita configurazione in termini di legittima difesa dinanzi al fenomeno del *crumiraggio*, v. GALLO, *Sciopero e repressione penale*, cit., 282 ss.

³⁰ Quindi, secondo l'insegnamento della CtEDU e del BVerfG sarà necessario considerare, in concreto, la durata della condotta, la limitazione subita dai consociati, la possibilità per gli stessi di ovviare e in che modo al blocco degli scioperanti, la situazione che determina lo sciopero, per comprendere quali interessi debbano considerarsi preminenti nella specifica situazione in esame.

danneggiamenti³¹ o anche da scontri con le forze dell'ordine³². In questi casi la Corte EDU, indiscussa la possibilità di sanzionare anche penalmente tali comportamenti, ha posto particolare attenzione alla proporzionalità della pena irrogata, valorizzando soprattutto la considerazione che sia stata o meno raggiunta la prova della commissione di un fatto di danneggiamento o violenza da parte del singolo manifestante, in mancanza della quale la Corte pare non giustificare alti livelli sanzionatori³³ fondati esclusivamente sul modello del concorso morale, ancorché nella forma più grave dell'istigazione³⁴.

3.3.2. *Ancora sui divieti limitanti la libertà di espressione*

Abbiamo già trattato, seppur con pochi veloci cenni, delle questioni in materia di bilanciamento rispetto alla libertà di espressione, poiché, come abbiamo visto, la considerazione nel bilanciamento di tale libertà comporta, nei moltissimi casi nei quali deve constatarsi la sua preminenza rispetto alle concorrenti finalità di tutela legislative, l'illegittimità di norme di condotta che interferiscano con il suo godimento.

Ma già in quel contesto, rispetto alle fattispecie di diffamazione riguardo a giornalisti, con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, avevamo anticipato come, accanto all'assoluta maggioranza di casi di illegittimità in sé della norma di condotta, già ampiamente citati, era dato riscontrare in alcuni casi una censura di

³¹ V. CtEDU, Taranenko c. Russia (2014).

³² V. CtEDU, Karpyuk e al. c. Ucraina (2016), Yaroslav Belousov c. Russia (2016).

³³ Dove per alti livelli sanzionatori deve intendersi, nel primo, caso una pena, condizionalmente sospesa, di tre anni di reclusione, ma dopo aver già scontato più di un anno di reclusione in custodia cautelare, e, nel secondo, pene detentive oscillanti tra i tre e i cinque anni di reclusione.

³⁴ Si tratta di un orientamento interpretativo ancor più interessante, in ottica italiana, rispetto al ritorno in auge – si vedano le allarmanti statistiche fornite da GAETA, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, cit., 911 – della fattispecie di devastazione di cui all'art. 419 c.p., la cui draconiana previsione di pena pare discutibile anche riguardo alla commissione materiale delle condotte. Su alcuni tentativi della giurisprudenza di legittimità – v. da ultimo Cass. Pen., Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37367 – di meglio ridefinire in chiave restrittiva i contorni di questa fattispecie incriminatrice, pur aprendo ad un mero contributo morale, cfr. DEMURO, *La fattispecie di devastazione: una sua descrizione, tra offensività e ragionevolezza*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 1521 ss.

irragionevolezza del bilanciamento legislativo solo in punto di *quantum* sanzionatorio³⁵.

Anche la costellazione dei casi in materia di condanne per diffamazione a danno di giornalisti rappresenta, infatti, un chiaro esempio del giudizio di proporzionalità sanzionatoria che stiamo qui tentando di descrivere.

Come detto, si tratta di una sparuta minoranza di casi, nei quali l'azione statale ha già passato il difficile vaglio di ragionevolezza del bilanciamento relativo alla norma di condotta. In questi casi, dunque, nessun dubbio vi è sulla preminenza delle finalità di tutela dell'onore o della reputazione dei diffamati rispetto alla libertà di espressione e di informazione del giornalista. Detto altrimenti, lo Stato convenuto in sede di Corte EDU ha la piena facoltà di sanzionare il giornalista per le espressioni manifestate³⁶.

Ma è qui che subentra la logica del *chilling effect*, spostando il baricentro del bilanciamento³⁷. Ci si deve, infatti, preoccupare non tanto dell'effetto che la sanzione avrà sul giornalista condannato, in un caso nel quale la sua libertà d'espressione appare pacificamente soccombente, ma sull'effetto che tale condanna avrà nei confronti degli altri giornalisti. L'incertezza rispetto al contenuto della norma di condotta, quindi dei confini tra il lecito e l'illecito, e rispetto al rischio di condanna ingiusta potrebbe portare, infatti, qualsiasi altro giornalista a omettere in futuro comportamenti considerati appunto rischiosi, nonostante essi siano non solo leciti, ma addirittura essenziali nella prospettiva collettiva di un interesse pubblico ad un serrato controllo da parte dei *mass media* sull'esercizio del potere. Come si è detto tale effetto sarà tanto più rilevante, quanto più severa sarà la sanzione prevista dal legislatore.

Solo in una prospettiva che astrae dunque dal singolo caso in esame è possibile concludere che una sanzione severa, pur proporzionata in senso canonico alla gravità

³⁵ Il *leading case*, nel quale la Corte EDU, in Grande Camera, detta con esemplare chiarezza le linee direttrici di questo giudizio di proporzionalità è *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004). Dopo questa pronuncia, nello stesso senso, le note sentenze contro l'Italia nei casi *Belpietro c. Italia* (2013) e *Ricci c. Italia* (2013), nelle quali la motivazione è chiaramente molto più ellittica e stringata rispetto alla decisione a Grande Camera citata.

³⁶ V. [GC], *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004), cit., § 110; *Belpietro c. Italia* (2013), cit., § 60; *Ricci c. Italia* (2013), cit., § 58.

³⁷ Con grande chiarezza [GC], *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004), cit., § 113 s.; *Belpietro c. Italia* (2013), cit., § 61; *Ricci c. Italia* (2013), cit., § 59.

del caso concreto, avrà inevitabilmente un rilevante *chilling effect* nei confronti della generalità dei giornalisti e, dunque, l'eventuale giustizia della condanna nel caso concreto sarà ottenuta solo a costo di un più grave danno in termini di interesse pubblico.

Sulla base di questa impostazione, la Corte EDU ha oramai chiarito che qualsiasi pena detentiva debba considerarsi sproporzionata rispetto a casi di diffamazione commessi da giornalisti³⁸, pur non essendo preclusa, in astratto, una condanna penale ad una non severa pena pecuniaria, comunque da giustificare sulla base dell'eccezionale gravità in concreto del reato commesso³⁹.

È necessario rimarcare, rispetto a letture talvolta parziali ed interessate della giurisprudenza della Corte EDU⁴⁰, che tale Corte nel riferirsi a casi eccezionali nei quali la pena detentiva sarebbe comunque compatibile con la Convenzione per fatti commessi da giornalisti, "quando siano gravemente lesi altri diritti fondamentali", fa riferimento a casi di discorsi d'odio o di istigazione alla violenza che nulla hanno a che fare con il contesto delle fattispecie incriminatrici di diffamazione⁴¹.

Il tema è di tale importanza per il dibattito italiano da meritare qualche breve considerazione. Anzitutto, *de iure condendo*⁴², molta attenzione dovrebbe porsi sulla reale legittimità convenzionale di una sostituzione della pena detentiva con pene o sanzioni amministrative pecuniarie di inusitata severità, soprattutto laddove accompagnate da misure interdittive dell'esercizio della professione. Se per le pene detentive vi è, come detto, una chiara incompatibilità con la giurisprudenza della Corte

³⁸ Così [GC], *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004), cit., § 115.

³⁹ Come ad esempio nei casi *CtEDU*, [GC], *Perna c. Italia* (2003); *Radio France e al. c. Francia* (2004).

⁴⁰ V. Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 41249, sul quale cfr. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 57 ss.

⁴¹ Ciò è palese nella dettagliata sentenza di Grande Camera *Cumpănă e Mazăre c. Romania* (2004), cit., § 115, mentre in effetti il riferimento a casi eccezionali rimane non dettagliato nei casi *Belpietro e Ricci*, citati.

⁴² Sui tanti progetti di intervento in questa materia cfr. ancora GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, cit., 191 ss.

EDU, non è detto – e anzi a nostro sommo avviso pare oltremodo improbabile – che risposte sanzionatorie così severe possano essere considerate in linea con la Convenzione EDU, posto che esse avrebbero nella pratica un *chilling effect* riguardo alla categoria dei giornalisti forse addirittura superiore alla situazione attuale di raro utilizzo della pena detentiva. Ragionando, invece, *de iure condito*, nella perdurante attesa di un intervento legislativo, auspicabile sarebbe una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 48/1948⁴³, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a sei anni, e conseguentemente dell'intera fattispecie per ragioni sistematiche rispetto alla fattispecie codicistica di diffamazione, per contrarietà non solo rispetto all'art. 117, comma 1, della Costituzione, come parametro interposto di legittimità costituzionale delle norme legislative nazionali rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, ma anzitutto rispetto all'art. 21 Cost., che può assumere – e davvero non si comprendono eventuali obiezioni sul punto – lo stesso identico significato e ruolo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana dell'art. 10 CEDU per la Corte di Strasburgo.

Chiudendo questa breve parentesi sui riflessi interni della giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 10, non resta che sottolineare ancora una volta come questo diverso tipo di giudizio di proporzionalità del *quantum* sanzionatorio giochi un ruolo assolutamente centrale anche nella giurisprudenza della Corte EDU.

⁴³ In questo senso anche VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in Quaderni cost., 2014, p. 177 ss., 180 e ID., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiane e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in Dir. pen. cont., 2014, p. 1 ss., 25 ss.

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ RISPETTO AL DIRITTO FONDAMENTALE ALL'ONORE

SOMMARIO: 1. Il contenuto di questo successivo giudizio. – 2. Il confine quantitativo: le clausole *de minimis*. – 3. Il confine qualitativo: fattispecie astratte di per sé sproporzionate. – 4. La prospettiva oggettiva politico-criminale.

1. *Il contenuto di questo secondo giudizio*

Si è già detto in precedenza che qualsiasi scelta di criminalizzazione aggredisce accanto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta anche ed inevitabilmente il diritto fondamentale del reo all'onore e alla reputazione nel consesso sociale. Si tratta di un punto talmente pacifico che pare finanche superfluo approfondirlo: il diritto penale assume un ruolo peculiare all'interno della società, poiché alla commissione di un reato si accompagna uno stigma morale del tutto diverso rispetto a quello che può accompagnare la commissione di un illecito civile o amministrativo. Accanto alla limitazione di vitali diritti fondamentali, dalla vita alla libertà personale, dal patrimonio ad altre libertà fondamentali, l'irrogazione di una pena e ancor prima l'accertamento processuale di una responsabilità penale rappresentano sempre una chiara aggressione al diritto fondamentale del condannato all'onore¹. È giusto dunque distinguere queste limitazioni per certi versi parallele e contestuali di diritti fondamentali del condannato e sottoporle, come anticipato, a due distinti giudizi di proporzionalità o di bilanciamento.

¹ Cfr., *amplius*, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005, 140 ss.

È importante ricordare il punto di arrivo del giudizio di bilanciamento rispetto al diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta. Si è facilmente compreso come, a nostro sommo avviso, una parte preponderante delle questioni in termini di legittimità costituzionale delle scelte di criminalizzazione avvenga proprio in questo stadio del giudizio di costituzionalità. Abbiamo appunto già osservato la molteplicità di casi nei quali diversi giudici costituzionali abbiano dichiarato con chiarezza l'irragionevolezza dei bilanciamenti legislativi e, di conseguenza, l'illegittimità costituzionale di determinate fattispecie incriminatrici.

In questo successivo stadio del giudizio di costituzionalità sulle scelte legislative di criminalizzazione, dunque, ci troviamo di fronte al sottoinsieme di quelle scelte che sono già passate indenni alla verifica del bilanciamento legislativo rispetto ai diritti fondamentali sottesi alla norma di condotta.

Chiaramente – lo si è già detto – la distinzione tra le diverse fasi del giudizio di proporzionalità delle scelte di criminalizzazione è analitica e teorica, comprendendosi bene come di fronte alla scelta di criminalizzazione dell'omicidio, prendendo un esempio estremo, nessuno vorrà vagliare né la generale possibilità di sanzionare né tantomeno la possibilità di utilizzare sanzioni penali; così come rispetto, ad esempio, al divieto di parcheggio in divieto di sosta, nessuno vorrà vagliare la generale possibilità di sanzionare, quanto piuttosto la possibilità di utilizzare sanzioni penali.

Venendo al cuore del problema, due paiono le questioni fondamentali di costituzionalità delle scelte di criminalizzazione nell'ambito del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento rispetto all'onore e alla reputazione del condannato.

Anzitutto vi possono essere ipotesi nelle quali si dubita della bontà del bilanciamento legislativo tra la limitazione dell'onore del condannato e il diritto fondamentale o l'interesse tutelato dalla norma di condotta rispetto all'intero novero delle fattispecie concrete suscumbibili nella fattispecie incriminatrice astratta. Riprendendo per un attimo l'esempio del divieto di sosta, bisognerebbe interrogarsi in questo caso sul bilanciamento tra la limitazione dell'onore subita dal condannato in sede penale per la violazione di questa norma di condotta e la rilevanza dell'interesse da essa tutelato. Si tratta – come è evidente – del tema molto approfonditamente trattato dalla dottrina penalistica della sussidiarietà tra intervento penale ed intervento extrapenale.

Ma è fenomeno diffuso anche quello per il quale la descrizione normativa della fattispecie astratta finisce per applicarsi anche a fattispecie concrete nelle quali l'esiguità "quantitativa" dell'aggressione al diritto fondamentale tutelato dalla norma di condotta fa sì che rispetto a quello specifico fatto si ribalti un giudizio di bilanciamento rispetto all'onore per il resto ritenuto astrattamente ragionevole. Anche qui un esempio aiuterà forse a far comprendere al fenomeno cui si allude. Nessuno pone in dubbio la ragionevolezza della scelta legislativa di tutelare il patrimonio rispetto ad ipotesi di furto attraverso l'utilizzo della sanzione penale; in altri termini si ritiene che la limitazione dell'onore del soggetto condannato per furto ben si giustifichi alla luce della necessità di tutelare il preminente interesse degli altri consociati alla conservazione del proprio patrimonio. Ciò non toglie che dinanzi a particolari fattispecie concrete, pur sussumibili all'interno della norma di condotta, si pensi all'esempio di scuola del furto dell'acino d'uva, si ritenga che la tutela del patrimonio, intaccato così lievemente dalla condotta delittuosa, debba considerarsi recessiva rispetto all'aggressione nell'onore del reo che rappresenterebbe una condanna penale.

Nel prosieguo dovremo, dunque, distinguere questi due aspetti qualitativo e quantitativo del bilanciamento tra scelta di criminalizzazione e diritto all'onore del condannato.

2. Il confine quantitativo: le clausole de minimis

Partiamo dalla seconda delle questioni ora descritte. Il problema, come detto, è interno alla fattispecie incriminatrice, la cui giusta collocazione all'interno dell'area del penalmente rilevante non è messa in discussione. In questi casi è anzitutto possibile una risoluzione del problema caso per caso in rapporto a ciascuna fattispecie incriminatrice. Eppure, tale soluzione, dato il carattere quantitativo del problema, è al più possibile per quelle fattispecie nelle quali l'offesa all'interesse tutelato può essere graduata quantitativamente attraverso l'utilizzo di soglie fisse o percentuali. Gli esempi in questa direzione non mancano, soprattutto nel diritto penale *lato sensu* economico, prevedendosi l'utilizzo di una sanzione amministrativa al di sotto di una data soglia e l'utilizzo di quella penale al di sopra della stessa.

È tuttavia evidente che tale questione, trasversale e generale rispetto a tutte le fattispecie incriminatrici, sia più comunemente e più facilmente risolvibile attraverso l'utilizzo di apposite clausole e istituti di parte generale, volti a riconoscere al giudice, e ancor prima al pubblico ministero, una discrezionalità nell'evitare l'accertamento di responsabilità penale nei casi di esiguità dell'aggressione da parte del reo all'interesse tutelato dalla norma penale. Considerando che l'obiettivo è quello di evitare una sproporzionata limitazione del diritto fondamentale all'onore, ben si comprende come si tenda a far operare tali clausole *de minimis* come ostative non soltanto rispetto all'irrogazione della sanzione penale, ma altresì rispetto alla stessa celebrazione del processo penale, per evitare il rischio, tutt'altro che teorico, che la lesione dell'onore personale sia già prodotta dalla pubblica celebrazione dello stesso.

Non è chiaramente questa la sede per approfondire la recente introduzione nel nostro ordinamento di una clausola di tal fatta e dei limiti nella descrizione legislativa della stessa rispetto all'obiettivo qui schizzato². Ci preme soltanto osservare che la previsione di questo tipo di clausole, al di là di qualsiasi scopo deflattivo della giurisdizione penale, si pone o si dovrebbe porre anzitutto come strumento idoneo a garantire in ogni caso la ragionevolezza del bilanciamento legislativo tra interessi contrapposti. In altri termini, la condanna penale dell'accusato in questi casi connotati da esiguità, indipendentemente dal tipo di sanzione e del *quantum* sanzionatorio, realizza una compressione sproporzionata del diritto fondamentale all'onore rispetto all'interesse tutelato dalla norma penale e, dunque, una violazione costituzionale. Detto sinteticamente, il principio di esiguità non è che una componente del più generale principio di proporzionalità dell'intervento penale³.

² Sulla recente introduzione di una condizione di non punibilità per particolare tenuità del fatto nell'art. 131-bis c.p., si rinvia a, *ex multis*, BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, p. 659 ss.; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, *ivi*, p. 517 ss.; GAETA/MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2595 ss.

³ In questo senso, con altri riferimenti alla letteratura tedesca, KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 524 s.

3. Il confine qualitativo: fattispecie astratte di per sé sproporzionate

Questa seconda problematica è certamente quella di più difficile risoluzione. Mentre, infatti, la prima questione si presta, salvi gli inconvenienti di un'attribuzione di discrezionalità al giudice comune, ad una soluzione generale e trasversale all'intero ordinamento penale, la questione qui affrontata non può che porsi caso per caso rispetto a ciascuna fattispecie incriminatrice. E proprio caso per caso è possibile impostarla secondo lo schema, oramai familiare per il lettore, del giudizio di proporzionalità, che è il caso di ripercorrere solo brevemente, evitando di ripetere quanto già esposto.

Il primo passaggio non potrà che essere, dunque, quello dell'individuazione del fine di tutela perseguito dalla norma di condotta; anche qui con l'avvertenza di considerare attentamente la *ratio* di ciascuna fattispecie incriminatrice, nella logica propria del giudizio di bilanciamento, senza lanciarsi in improprie categorizzazioni. Riprendendo il già citato esempio del divieto di parcheggio in divieto di sosta, il fine di tutela perseguito dal legislatore ben potrebbe ad esempio cambiare, attraverso una specificazione e moltiplicazione delle norme di condotta, allorché il veicolo parcheggiato ostacoli l'ingresso ad un'autorimessa privata o piuttosto ad un'autorimessa utilizzata per mezzi di soccorso. Si tratta di un esempio certamente banale, ma che ben ci mostra come debba vagliarsi sempre con grande attenzione la portata della finalità di tutela perseguita dal legislatore.

Il secondo passaggio è ancora una volta rappresentato dal giudizio di idoneità. Occorrerà dunque domandarsi se la norma posta dal legislatore sia idonea a perseguire il fine di tutela prefisso. Come già osservato, non è sufficiente che la norma sia scarsamente effettiva e, pertanto, dotata di scarsa idoneità, per ritenere fallito questo test. La scarsa effettività della norma acquisirà, tuttavia, un grande rilievo nell'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità, cioè quello di bilanciamento tra opposti interessi e diritti.

Il terzo passaggio del giudizio di proporzionalità indagherà la necessità della limitazione del diritto fondamentale stabilita dal legislatore. Tale limitazione sarà infatti considerata non necessaria laddove si dimostri che sussistano altre possibilità di intervento, meno restrittive dell'interesse in gioco, ma egualmente effettive nel

raggiungimento dello scopo legislativo. Si è già osservato che si tratta in realtà di casi oltremodo rari, poiché nella maggior parte dei casi a strumenti alternativi corrispondono livelli di efficacia differenti e talvolta limitazioni di altri interessi, si pensi soprattutto al maggior costo pubblico o sociale della tipologia alternativa di intervento.

In definitiva, come già osservato, il giudizio di proporzionalità ruota soprattutto attorno al giudizio di bilanciamento finale tra l'utilità marginale per l'interesse tutelato dalla norma, parametrata sulla base della sua importanza, e la disutilità marginale per l'interesse limitato dalla norma, sempre parametrata sulla base della sua importanza. Nel nostro contesto, si tratta, dunque, di considerare anzitutto l'interesse tutelato dalla norma, la sua portata, il grado di tutela apprestato dalla sanzione penale, il differente grado di tutela che sarebbe apprestato dalla sanzione extrapenale o da forme di prevenzione tecnica, i costi sociali e pubblici dell'intervento penale e dell'ipotetico intervento alternativo, l'orizzonte temporale nel quale risulterebbe efficace una forma alternativa di intervento.

Si tratta di aspetti, ciascuno di grande complessità, approfonditamente trattati prima ancora che nella dottrina penalistica, dalla dottrina costituzionalistica, poiché la tematica dell'esistenza e della prova di forme di intervento meno lesive dei diritti fondamentali, fulcro del giudizio di bilanciamento, è – come si è visto – tutt'altro che propria del solo diritto penale.

Più che riprendere nel dettaglio e approfondire le problematiche legate a ciascuno di questi aspetti, è importante sottolineare che tutti questi aspetti non rappresentano tuttavia, pur nella loro complessità, che uno dei due metaforici piatti del giudizio di bilanciamento.

Per capire a quanta effettività nella tutela di un interesse o di un diritto si è disposti a rinunciare o quali maggiori costi pubblici o sociali si è disposti a sostenere dobbiamo chiaramente comprendere quale valore assegniamo all'onore personale e quanto grande sia in concreto la lesione di questo interesse rappresentata dalla condanna penale, rispetto alla lesione dello stesso rappresentata dalla sottoposizione allo strumento alternativo di tutela.

Detto con estrema chiarezza, la riflessione sull'esistenza ed efficacia dei mezzi alternativi, salvo rarissimi casi, è una componente del giudizio di bilanciamento ed è

destinata dunque ad assumere maggiore o minore importanza sulla base dell'altra variabile rappresentata dal controinteresse aggredito.

Un esempio potrà forse chiarire questa affermazione. Si pensi a due norme penali, il reato di fornicazione e il reato di mancata utilizzazione della cintura di sicurezza in un autoveicolo. Si immagini che entrambe le norme abbiano un identico tasso di (in-)effettività, che cioè siano trasgredite nel 95% dei casi. Le fattispecie penali dettate dal legislatore sono scarsamente idonee a tutelare la salute e l'incolumità pubblica, rispetto in un caso al diffondersi di malattie sessualmente trasmissibili e nel secondo rispetto ad incidenti automobilistici, ritenendo, per semplificare, che tali rischi siano egualmente probabili. Ebbene, ciò non toglie che una stessa ineffettività possa portare a risultati opposti, poiché in un caso la scarsa utilità marginale per la salute pubblica si accompagna ad una grave limitazione della libertà di autodeterminazione sessuale, mentre nel secondo caso la scarsa utilità marginale per la salute pubblica deve essere bilanciata solo rispetto al meno rilevante interesse all'onore della persona condannata. E lo stesso vale chiaramente rispetto a misure alternative meno efficaci. Anche in questo caso misure alternative efficaci nel 3% dei casi in entrambi i contesti potrebbero essere giudicate sufficienti in un caso e non nell'altro, proprio in ragione del diverso peso nel bilanciamento del controinteresse.

Si comprende allora che di effettività e di necessità, o sussidiarietà o *extrema ratio* che dir si voglia, se ne può certo parlare in termini generali, al fine di descriverne in astratto i rispettivi meccanismi argomentativi, ma si può vagliare il loro valore solo in concreto rispetto a ciascun caso: questo non solo per l'ovvia considerazione che rispetto a ciascuna fattispecie incriminatrice sussistono diversi strumenti alternativi di tutela e di diversa efficacia, ma per la preminente considerazione che ciascuna fattispecie limita un diverso diritto fondamentale quanto alla norma di condotta e può limitare con diversa forza anche il diritto all'onore del condannato.

Ciò che forse manca, allora, è soprattutto una ricognizione più puntuale del secondo "piatto della bilancia". Ciò che pare verità ontologica, cioè l'aggressione dell'onore e della reputazione personale rappresentata dalla condanna penale, è in realtà proprio il *demonstrandum*, poiché è facile osservare che i caratteri dello strumento penale

portati a dimostrazione di questo assunto assumono in realtà un valore non costante all'interno dell'intero ordinamento penale.

Anzitutto non può essere di aiuto il fatto che il diritto penale aggredisca beni personalissimi, quali la libertà personale, a differenza degli altri strumenti sanzionatori, limitanti al più il patrimonio del soggetto sanzionato. In questo stadio, infatti, non si sta ancora vagliando la ragionevolezza della previsione della sanzione detentiva e, quindi, occorre dimostrare, volendo affermare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo in questo stadio, che sarebbe sproporzionata, rispetto all'onore del condannato anche una sanzione penale pecuniaria. In altri termini, riprendendo l'esempio dell'obbligo di indossare la cintura di sicurezza, occorre dimostrare che, in ipotesi, una contravvenzione punita con la sola pena non convertibile dell'ammenda rappresenterebbe comunque un'aggressione all'onore del condannato sproporzionata rispetto all'utilità marginale raggiunta con la sanzione penale nella tutela della salute e dell'incolumità pubblica. In verità, come è normale che sia, rispetto alle fattispecie per le quali più si predica la necessità di misure alternative extrapenali, difficilmente la risposta sanzionatoria è di carattere detentivo.

Si osserva altresì che il carattere penale della sanzione apre ad un corredo di poteri investigativi fortemente limitativo di importanti interessi e diritti dell'indagato. Ma anche in questo caso, a nulla vale questa constatazione generale, dovendosi chiedere nel caso concreto, rispetto alla singola fattispecie in esame, quali strumenti processuali siano a disposizione delle autorità investigative, dovendosi ritenere ancora una volta che in prossimità del confine tra fatti penalmente rilevanti e fatti illeciti non sanzionati penalmente si diradino i poteri investigativi più penetranti. D'altronde vale quanto già detto rispetto alla previsione sanzionatoria: se il problema è la previsione di determinati mezzi d'indagine ad essere vagliata deve essere la loro proporzionalità, ma per sostenere in questo stadio la sproporzione dell'intervento penale occorre dimostrarla anche laddove non fossero disponibili tali mezzi.

Deve allora dimostrarsi che la condanna penale, anche rispetto ad una fattispecie che preveda la sola pena pecuniaria e che non si accompagni a strumenti d'indagine penetranti, comporti uno stigma sociale, una perdita di onore per il condannato. Sulla sussistenza di un tale effetto è possibile concordare, ma la questione davvero complessa

riguarda la possibilità di comprendere l'effettivo grado di lesione di questo diritto fondamentale del condannato ai fini del successivo bilanciamento.

Riprendiamo l'esempio già fatto dell'obbligo di cintura di sicurezza. In questo caso chiaramente si pone come mezzo alternativo rispetto alla previsione di un reato, quello della previsione di un illecito amministrativo. Dovremmo allora considerare la perdita di onore nel caso di condanna penale e quella nel caso di irrogazione di una sanzione amministrativa per la violazione del medesimo.

Il primo problema che ci troveremo ad affrontare sarebbe quello della difficoltà di scindere la parte del giudizio di rimprovero morale da parte dei consociati dovuta alla tipologia sanzionatoria rispetto a quella dovuta alla violazione della norma di condotta. È facile ipotizzare che la tipologia di sanzione divenga tanto più importante, quanto più sia difficile per il consociato ricostruire la norma di condotta sanzionata. In altri termini, volendo banalizzare, il nonno del condannato formulerà un giudizio di rimprovero morale al nipote in caso di sanzione per aver guidato senza cintura, senza basarsi troppo sulla tipologia di illecito, potendo giudicare sulla base dei propri convincimenti morali la gravità della condotta rimproverata al nipote. Rispetto ad una violazione tecnica di una qualche legge speciale, lo stesso nonno tenderà a comprendere la gravità del comportamento del nipote sulla base della tipologia di illecito realizzata.

Volendo concludere su questo punto, il margine di intervento del legislatore sullo stigma sociale e dunque sulla lesione all'onore è tanto più ristretto quanto più intellegibile è la norma di condotta violata.

Ma anche ammettendo una differenza nella considerazione sociale sulla base della tipologia di illecito, andrebbe ancora dimostrata la capacità da parte dei consociati di distinguere tra di essi. Si pensi, ad esempio, a istituti quali il decreto penale di condanna, e a quanto procedimentalmente essi non si discostino, finanche nella prospettiva del condannato, da procedimenti sanzionatori amministrativi. O si pensi ancora alla difficoltà per il consociato di cogliere davvero se si tratti o meno di un rimprovero penale, laddove si faccia ricorso a istituti quali la sospensione con messa alla prova o i lavori di pubblica utilità.

Più in generale, non può escludersi la possibilità che i consociati si orientino accanto e forse prima che sulla distinzione penale/extrapenale, sulla distinzione molto

più visibile tra le tipologie di risposta sanzionatoria concretamente irrogate, riconnettendo la disapprovazione sociale anzitutto all'irrogazione della sanzione detentiva.

Infine, non si possono ignorare i costanti sforzi della stessa penalistica, non di rado coronati da successo, di alleviare a fini risocializzativi la portata stigmatizzante della condanna penale. Dall'istituto della riabilitazione a quello della non menzione della condanna, fino ad arrivare alle sempre più variegate forme di estinzione del reato, l'ordinamento penale si premura di evitare una lesione dell'onore e della reputazione del condannato, limitando in radice la possibilità per i consociati di venire a conoscenza dell'esistenza di una condanna sin nelle immediatezze della stessa o spesso a distanza di un breve periodo.

Tutti questi fattori spiegano la difficoltà, se non di accertare una possibile limitazione del diritto all'onore, quantomeno di apprezzarne anche approssimativamente il grado. È per questo che il giudizio di bilanciamento rispetto al diritto fondamentale all'onore, certamente prospettabile, come si è fatto, in linea teorica, non è praticamente presente nella prassi dei giudici costituzionali. A scanso di equivoci, non si ignora il tema della necessità o dell'*extrema ratio*, ma questo è vagliato, come si è visto, soltanto rispetto ai diritti fondamentali sottesi alla norma di condotta e non rispetto al diritto fondamentale all'onore.

Certo, nei casi limite, appunto tali in quanto difficilmente inverati nella prassi, come nell'esempio dell'obbligo di cintura di sicurezza o del divieto di parcheggio, si potrebbe pensare alla possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale per irragionevolezza del giudizio di bilanciamento rispetto all'onore del condannato. Ma, in tutta sincerità, ci sentiamo di escludere che la strada del giudizio di proporzionalità rispetto all'onore del condannato possa rappresentare uno strumento utile per realizzare quell'opera di depenalizzazione ad ampio spettro e di attuazione di una maggiore sussidiarietà tra diversi meccanismi di tutela.

4. La prospettiva oggettiva politico-criminale

Si dirà certamente che la tutela dell'onore non esaurisce gli argomenti a favore di una depenalizzazione e di un ricorso maggiore a strumenti sanzionatori extrapenali. Tale indirizzo legislativo favorirebbe altresì la tenuta del sistema penale⁴: limitando le norme penali si assicurerebbe infatti una loro maggiore conoscibilità; utilizzando poco l'arma penale i consociati apprezzerrebbero ancor meglio il carattere di disvalore morale rappresentato dalla violazione delle norme di condotta penalmente sanzionate; si eviterebbe di sovraccaricare la giustizia penale, per sua natura più garantista e costosa rispetto agli altri plessi giurisdizionali; in definitiva, si garantirebbe un risparmio di costi legati al funzionamento della macchina giudiziaria penale.

Non si entrerà nel dettaglio di queste importanti questioni, ma ci si vuole limitare ad osservare che tali ragioni, a differenza della tutela dell'onore del condannato, sono ragioni oggettive, non soggettive, legate al perseguimento dell'interesse pubblico piuttosto che alla tutela di diritti fondamentali dei consociati⁵. Finora si sono vagliate istanze di tutela legislative di diritti fondamentali o dell'interesse pubblico, perseguite attraverso norme di condotta e correlate norme sanzionatorie, rispetto a diritti fondamentali dei singoli. Al contrario in questo caso si tratta di bilanciare le istanze di tutela legislative di diritti fondamentali o dell'interesse pubblico rispetto a un interesse pubblico al migliore funzionamento possibile del sistema penale. Tale bilanciamento è sicuramente presente ed individuabile in qualsiasi scelta legislativa e su di esso può senza dubbio utilizzarsi lo schema argomentativo più volte spiegato. Ma non è senza significato il fatto che qui non si ravvisi una violazione di un diritto fondamentale soggettivo, ma in ipotesi un mero irragionevole bilanciamento tra interessi pubblici. In questo secondo caso viene meno, talvolta già processualmente, rispetto ai ricorsi individuali, e in ogni caso sostanzialmente, la possibilità per il giudice costituzionale di

⁴ Cfr., *ex multis*, DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1654 ss., 1657 ss.

⁵ Si veda la simile ma non identica distinzione, in prospettiva filosofica, tra *substantive e pragmatic principles* rispetto al principio di *extrema ratio* offerta da HUSAK, *The Criminal Law as Last Resort*, in Oxford J. Legal Stud., 2004, p. 207 ss., 228 ss.

invalidare la scelta legislativa. Solo la prospettiva di tutela di un diritto soggettivo fondamentale consente, infatti, a questo giudice di imporre al legislatore in chiave anti-maggioritaria il rispetto del diritto del singolo rispetto alla volontà della maggioranza, poiché il difetto di bilanciamento corrisponde alla violazione di un diritto fondamentale del singolo.

Si comprende allora che la questione del ricorso alternativo a sanzioni extrapenali o riesce a porsi in relazione al rispetto di diritti fondamentali del singolo, divenendo dunque accertabile dal giudice di costituzionalità e ponendo un problema squisitamente giuridico, oppure, se declinata sulla base degli argomenti di interesse pubblico sopra riportati, fuoriesce dall'ambito di intervento del giudice costituzionale e diviene questione meramente politico-criminale. Avendo limitato l'oggetto di questo lavoro ai soli limiti giuridici alle scelte di criminalizzazione, non è necessario indulgere oltre nel trattare di questa diversa prospettiva politico-criminale.

Prima di concludere su questo punto, può però ancora una volta evidenziarsi il carattere tutt'altro che terminologico, ma intimamente sostanziale, dell'invito a non tradurre nei consueti termini penalistici i concetti propri del giudizio di bilanciamento. Si è già più volte detto delle non trascurabili differenze tra gli incerti contorni del principio di *extrema ratio* e il molto più circoscritto passaggio del giudizio di necessità all'interno del test di proporzionalità, ricordando altresì che il principio penalistico sembra affermare qualcosa piuttosto riconducibile alla fase successiva della proporzionalità in senso stretto. Ma soprattutto, lo si può comprendere ora, il principio penalistico finisce per l'inglobare situazioni completamente diverse dal punto di vista costituzionale, alcune fondate su irragionevoli limitazioni di diritti fondamentali e altre fondate su irragionevoli bilanciamenti rispetto all'interesse pubblico. Ancora una volta, dunque, sarebbe il caso di fare chiarezza, già nell'uso linguistico, distinguendo tra argomenti spendibili giudizialmente per ottenere il rispetto di precisi diritti fondamentali dei singoli, e non giustiziabili argomenti politico-criminali legati al cattivo perseguimento da parte del legislatore dell'interesse pubblico.

CAPITOLO IV

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

SOMMARIO: 1. Brevi cenni in materia di proporzionalità sanzionatoria.

1. Brevi cenni in materia di proporzionalità sanzionatoria

Solo per dovere di completezza occorre accennare brevemente al giudizio di proporzionalità rispetto al diritto fondamentale aggredito dalla pena. È chiaro, infatti, che arrivati a questo passaggio del giudizio di proporzionalità delle norme penali non è più in questione una depenalizzazione *stricto o lato sensu*; In altri termini non siamo più nell'ambito dei limiti nell'*an* della penalizzazione ma soltanto dei limiti nel *quantum*. Superato infatti il giudizio di proporzionalità rispetto al diritto fondamentale all'onore o alla reputazione personale si è attestato che nulla osta, dal punto di vista costituzionale, alla previsione di quel particolare comportamento come reato, ancorché, in ipotesi, possa poi essere punito, all'esito del successivo giudizio di proporzionalità sanzionatoria, soltanto con una lieve pena pecuniaria.

Ci troviamo, dunque, al di fuori dell'oggetto di questo lavoro, volto ad analizzare il tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione, e questo spiega ed impone la particolare concisione con la quale andremo a confrontarci con il tema della proporzionalità sanzionatoria.

Anzitutto, come si è già avuto modo di anticipare, questo giudizio assume come referente una pluralità di diritti fondamentali, quanti sono concretamente in grado di limitare le differenti tipologie sanzionatorie presenti nell'ordinamento. Questo giudizio potrà dunque riguardare in concreto – purtroppo ancora oggi – il diritto alla vita, di

fronte alla previsione della pena capitale; la libertà personale, rispetto a pene detentive; il patrimonio, rispetto a pene pecuniarie; infine un vasto raggio di altri diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, dal diritto di voto al diritto al lavoro, conculcati da pene interdittive variamente declinate.

Più della mappatura dei diritti fondamentali di volta in volta interessati da tale giudizio, ci preme però riflettere sulle sue caratteristiche.

L'inflizione della pena irrogata rappresenta, in termini costituzionali, una chiara limitazione del diritto fondamentale enucleato; tale limitazione da parte del potere pubblico deve trovare giustificazione nella tutela di diritti altrui o nel perseguimento di un interesse generale. Si tratta, dunque, di individuare ancora una volta il fine legittimo perseguito dal legislatore attraverso tale limitazione; un esercizio già svolto nei precedenti passaggi del giudizio di proporzionalità.

Il fine legittimo perseguito dal legislatore non potrà che poggiare nella capacità preventiva di tale limitazione, in termini di prevenzione generale o speciale, rispetto al fine di tutela sostanziale sotteso alla norma di condotta. Si tratta, infatti, di una logica conseguenza del carattere accessorio della norma sanzionatoria rispetto alla norma di condotta; il fine perseguito dal legislatore attraverso la norma sanzionatoria non può che caratterizzarsi come un mero fine intermedio rispetto al fine di fondo perseguito dalla norma di condotta¹.

Volendo esemplificare, prendendo a riferimento il facile esempio dell'omicidio, il fine legislativo di fondo è chiaramente la tutela della vita dei consociati, rispetto al quale l'irrogazione della pena, considerata nella sua utilità special- e general-preventiva, si pone come fine intermedio.

Come abbiamo più volte visto, tuttavia, l'individuazione di un fine legittimo perseguito dal legislatore è condizione solo necessaria ma non sufficiente di legittimità del suo agire. Occorre verificare altresì che la limitazione del diritto fondamentale sia idonea, necessaria e proporzionata rispetto al fine perseguito. Da questo punto di vista,

¹ Cfr. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, 290 ss.

andrebbe considerata illegittima qualsiasi limitazione che si dimostrasse non idonea o non necessaria o non proporzionata rispetto al fine legislativo.

Senza entrare nella complessità di ciascuno dei passaggi ricordati, ci preme soltanto far emergere il carattere preventivo e prospettico del giudizio di proporzionalità rispetto al diritto fondamentale aggredito dalla pena. La gravità della limitazione del diritto fondamentale subita dal condannato è qui posta in raffronto agli obiettivi preventivi perseguiti dal legislatore, con uno sguardo dunque fissato sul futuro.

Eppure, quando si fa riferimento ad un principio di proporzione o di proporzionalità sanzionatoria, si è soliti pensare ad un giudizio retrospettivo di proporzione tra fatto commesso e pena irrogata. Si tratta di un differente giudizio nel quale un elemento resta immutato, appunto la limitazione del diritto fondamentale del condannato causata dall'irrogazione della pena, ma l'altro elemento è del tutto diverso, non più un fine preventivo, ma un fatto passato, quale è appunto il reato commesso. Anche qui non è necessario indugiare su come si declini il giudizio sul fatto di reato passato, se in termini di mera gravità oggettiva del comportamento (nell'accezione della *Tatproportionalitat*) o in termini di misura della colpevolezza rispetto al fatto realizzato (così nell'accezione del *Schuldausgleich*).

Comunque si vogliano declinare e specificare questi due giudizi di proporzionalità sanzionatoria, resta assolutamente pacifica la distanza di approccio, il carattere retrospettivo o prospettico alla base degli stessi².

Due giudizi oltretutto saldamente ancorati a differenti fondamenti costituzionali: il primo direttamente derivante dalla tutela costituzionale dei singoli diritti fondamentali limitati dalla pena (vita, libertà personale, patrimonio, ecc.); il secondo, quando non previsto esplicitamente in una norma costituzionale (come, ad esempio, nell'art. 49, co. 3° della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ricavato da letture sistematiche di altre norme costituzionali.

² Per una disamina approfondita di questi due approcci nel giudizio di proporzionalità sanzionatoria cfr. ASP, *Two notions of proportionality*, in NUOTIO (a cura di), *Festschrift in Honour of Raimo Lathi*, Helsinki, 2007, p. 207 ss.; SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2012, p. 111 ss.; KASPAR, *Verhältnismaigkeit und Grundrechtsschutz im Praventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 284 ss., 338 ss.

Non è questa la sede, ovviamente, per affrontare il tema delle differenze tra questi due approcci e del carattere più o meno garantista degli stessi o per dar conto delle diverse posizioni tendenti a fondare il giudizio di proporzionalità su uno soltanto di questi due approcci, ritenendo l'altro in qualche modo assorbito. Potremmo forse in modo alquanto pragmatico osservare che, essendo tali giudizi entrambi pacificamente riconosciuti e garantiti costituzionalmente, tali questioni assumono rilevanza più teorica che pratica, dovendosi certamente riconoscere che la legittimità delle scelte sanzionatorie andrà vagliata alla luce di entrambi gli approcci, garantendo dunque l'applicazione dei risultati in concreto più favorevoli per il reo.

D'altronde non pare che i problemi maggiori, da un punto di vista pratico, risiedano nell'accoglimento dell'uno o dell'altro giudizio di proporzionalità, tra l'altro spesso confusi nelle argomentazioni delle corti costituzionali³. Rispetto ai giudizi costituzionali di proporzionalità sanzionatoria altri sono i problemi affrontati dai giudici costituzionali.

Anzitutto, il rischio, soprattutto, laddove il controllo debba essere operato sulla commisurazione in concreto della pena, per i giudici costituzionali per i quali è possibile un ricorso individuale diretto, che il giudizio costituzionale si trasformi in una superistanza di revisione della correttezza della commisurazione del giudice comune. Non è dunque un caso che da parte dei giudici costituzionali vi sia stata un'assoluta riluttanza ad aprire a spazi di giustiziabilità della proporzionalità della pena irrogata in concreto al di fuori dei casi di pena capitale, e ora di ergastolo, nei quali risulta anche più semplice dettare chiare direttive ai giudici comuni.

In secondo luogo, rispetto al controllo in astratto delle cornici edittali legislative, a rappresentare un non semplice problema per le corti costituzionali, non è tanto il passaggio dell'individuazione di cornici edittali sproporzionate, nel quale dovrebbe giocare un ruolo l'uno o l'altro approccio alla proporzionalità sanzionatoria, quanto

³ Si veda, ad esempio, la recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 236 del 2016, nella quale si alternano citazioni di precedenti giurisprudenziali che si riferiscono alle due diverse accezioni di proporzionalità sanzionatoria e sulle quali si veda, da ultimo, MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 1427 ss., 1439 ss.

l'individuazione di strumenti decisorii idonei a rimuoverle⁴. Il problema da affrontare, in altri termini, è in che termini riportare la cornice edittale ad un livello di legittimità costituzionale, nell'impossibilità, stante il necessario rispetto della discrezionalità legislativa, di sostituire all'apprezzamento del legislatore il libero apprezzamento del giudice costituzionale. Qui occorre dunque discutere delle diverse alternative possibili: dalla, spesso difficilmente percorribile, dichiarazione di illegittimità *tout court* della fattispecie incriminatrice alla dichiarazione di illegittimità del minimo edittale previsto, fino alla possibile individuazione di *tertia comparationis* dai quali mutuare una cornice edittale proporzionata.

È inutile avventurarsi oltre in un'analisi che esula dal tema centrale della nostra trattazione, avendo oramai adempiuto al nostro unico obiettivo di presentare per completezza il giudizio costituzionalistico di proporzionalità sanzionatoria e di marcare le differenze rispetto all'autonomo principio penalistico di proporzione.

⁴ Per una chiara distinzione tra questi due piani, nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, si veda ancora la recente sentenza 236/2016. Sul punto già prima, volendo, RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in Riv. trim. dir. pen. cont., 2015, p. 55 ss., 68 s.

PARTE II
LA DINAMICA DEL GIUDIZIO DI
PROPORZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

CAPITOLO I

PROFILI DINAMICI DEL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

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

L'intera disamina del giudizio di proporzionalità in materia penale si è concentrata sinora sugli aspetti statici di questo giudizio. Il bilanciamento tra opposti interessi o diritti fondamentali è stato affrontato nel suo funzionamento astratto, tanto da poter spaziare nella sua analisi tra la giurisprudenza di Corti costituzionali assolutamente eterogenee tra loro; si è sinora in larga parte messa da parte l'esigenza di analizzare come questo idealtipico giudizio di proporzionalità venga a delinarsi e a trasformarsi in virtù dello specifico assetto istituzionale nel quale il giudizio di bilanciamento viene a svolgersi.

Si deve, dunque, uscire dalla situazione di laboratorio nella quale era calata l'analisi precedente, ed arricchire l'analisi degli elementi di complessità legati alle modalità assolutamente eterogenee con le quali questioni di proporzionalità o di bilanciamento giungono all'attenzione dei giudici costituzionali, alle modalità altrettanto eterogenee di funzionamento processuale di questi organi, fino ad arrivare alla estrema diversità degli strumenti da essi adottabili.

Sia chiaro, quindi, che non si potrà in alcun modo, nell'ambito di questo lavoro, offrire una ricostruzione approfondita di ciascuno dei diversi sistemi costituzionali ai quali pure si è accennato nella parte precedente del lavoro; ciò che si tenterà piuttosto

di fare sarà offrire alcune direttrici di riflessione sul tema, che aiutino a comprendere le relazioni tra statica e dinamica del giudizio di bilanciamento.

1. Le modalità di accesso al giudizio di proporzionalità

Una prima e fondamentale linea di cesura, allorché ci si interroghi sugli aspetti dinamici del giudizio di proporzionalità, corre lungo la distinzione tra giudizi diretti, *sub specie* di ricorsi individuali, e giudizi incidentali di costituzionalità.

La possibilità di adire direttamente il giudice costituzionale al fine di far saggiare la legittimità costituzionale del bilanciamento legislativo comporta – lo si comprende bene – già sul piano quantitativo una maggiore ricorrenza di casi di scrutinio delle scelte legislative di criminalizzazione: in questi casi, infatti, salta il filtro, talvolta molto selettivo, del giudice comune.

Anche da un punto di vista simbolico il ricorso individuale meglio si sposa con il carattere di garanzia soggettiva dei diritti fondamentali e con il giudizio di proporzionalità, inteso quale limite alla possibilità del legislatore di porre limiti al libero godimento dei diritti fondamentali da parte dei consociati. Non è un caso che la stessa dogmatica dei diritti fondamentali e del giudizio di proporzionalità si sia dapprima e più approfonditamente sviluppata negli ordinamenti nei quali lo strumento processuale del ricorso individuale di costituzionalità accentuava il ruolo tecnico-giuridico e non meramente politico-declamatorio delle norme costituzionali sui diritti fondamentali.

Ciò non toglie, naturalmente – come si è già visto – che anche all'interno di ordinamenti imperniati esclusivamente su un controllo incidentale di costituzionalità delle leggi, tale controllo possa assumere i connotati del giudizio di proporzionalità.

Eppure, non è tanto la facilità di accesso al giudice costituzionale o la portata simbolica delle differenti modalità di accesso che deve essere qui analizzata; il tema dirimente è la stessa maggiore o minore compatibilità strutturale del giudizio di proporzionalità rispetto ai due tipi di giudizio costituzionale.

Occorre intendere – come si è più volte sottolineato – il giudizio di proporzionalità come attività non ermeneutica ma valutativa e osservare il risultato di questo giudizio come determinato dalle particolari condizioni di fatto del caso in esame e non da

immutabili dati normativi. Ben si comprende, dunque, come il carattere provvisorio, *rebus sic stantibus*, di qualsiasi giudizio di proporzionalità meglio si coniughi con un giudizio individuale di costituzionalità, nel quale la decisione per definizione è relativa al caso concreto sottoposto al giudizio del giudice costituzionale. Al contrario, molti più problemi pone un giudizio incidentale di costituzionalità, nel quale la decisione deve astrarre dal caso concreto per porsi sul piano delle disposizioni costituzionali¹.

Un esempio, chiaramente ritagliato sulla materia penale, potrà aiutarci a comprendere quanto detto. Prendiamo il caso della diffamazione commessa da un giornalista ai danni di un qualsiasi consociato. Nel decidere sulla meritevolezza di pena di un tale comportamento, sul bilanciamento tra libertà di informazione e diritto all'onore e alla reputazione altrui, occorre prendere in considerazione una serie di elementi di fatto – dalla qualifica del diffamato all'interesse pubblico alla notizia fino a molteplici caratteristiche delle espressioni utilizzate – che possono essere appunto colti e apprezzati soltanto con riferimento al caso concreto. A nulla gioverebbe un giudizio incidentale di costituzionalità che avesse come riferimento soltanto le disposizioni del codice penale e costituzionali e che volesse risolvere su questo piano normativo il giudizio di proporzionalità.

La diversità di questi due giudizi in relazione al giudizio di proporzionalità è, tuttavia, molto meno netta di quanto possa di primo acchito apparire².

Da un lato, infatti, è chiaro che anche nella decisione sul singolo caso in esame, nell'ambito di un giudizio su ricorso individuale, il giudice costituzionale cerchi comunque di ricondurlo ad un caso generico³, al fine di semplificare le proprie future

¹ Estremamente chiaro sul punto, con riferimento all'ordinamento italiano, BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 123 ss., il quale osserva come è proprio rispetto ai giudizi di bilanciamento "che il sindacato della Corte costituzionale rivela i suoi limiti strutturali, tutti legati agli elementi di «astrattezza» che ne segnano la fisionomia. Ed è forse ancora qui che vanno ricercati i motivi della scarsa fortuna che presso la Corte italiana hanno avuto argomenti centrali del sindacato di costituzionalità nei sistemi usualmente assunti a termine di comparazione".

² Per simili considerazioni, declinate tuttavia sulla distinzione tra tipologie di bilanciamento, più che di tipologia di giudizio, cfr. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 190 ss.

³ Approfonditamente, anche in chiave penalistica, sulla necessità di estrapolare un caso generico per ogni operazione di bilanciamento, TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della*

decisioni, creando orientamenti consolidati di bilanciamento a parità di condizioni, e soprattutto al fine di lasciar trasparire direttrici di bilanciamento che possano essere accolte dai giudici comuni, così sgravando il giudice costituzionale del pesante compito di decidere una ingovernabile moltitudine di casi.

Dall'altro, anche nelle decisioni su ricorsi incidentali il giudice costituzionale sarà tentato di sviluppare ed utilizzare differenti tecniche decisionali, che vedremo nel prosieguo, per estrapolare dalla disposizione indiziata di illegittimità sottofattispecie sulle quali concentrare l'esame, ritagliate sulla base del caso concreto in esame⁴.

Le stesse esigenze intrinseche nei due diversi assetti istituzionali portano dunque ad un progressivo avvicinamento tra i due modelli: l'uno costretto a muoversi dal particolare verso il generale e l'altro nell'inversa direzione.

La maggiore differenza dal punto di vista pratico consiste forse proprio nella prima considerazione dalla quale siamo partiti: il dato quantitativo. Un giudice costituzionale che disponga di un maggior numero di ricorsi, come è tipicamente il caso degli ordinamenti con un ricorso individuale, potrà più facilmente elaborare in maniera induttiva, per approssimazioni successive, i suoi orientamenti nel bilanciamento tra diritti o interessi confliggenti. In presenza di un numero più limitato di casi al giudice costituzionale si impone un metodo deduttivo di decisione e di isolamento delle diverse categorie di casi, chiaramente più fallibile, che dunque impone al giudice costituzionale una maggiore prudenza di giudizio. Ma soprattutto in un assetto costituzionale che preveda soltanto un giudizio incidentale di costituzionalità, le chiavi di funzionamento del sistema sono inevitabilmente nelle mani del giudice comune più che del giudice costituzionale.

Se volessimo ora soffermarci con più attenzione soltanto sulla situazione italiana, è facile osservare come un'autentica svolta dell'assetto costituzionale del nostro

diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2004, p. 1083 ss., 1093 ss.; ID., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, 38 ss.

⁴ Occorre tuttavia osservare che proprio la materia penale è stata correttamente considerata come uno dei campi più ostici nei quali il giudice costituzionale possa esercitare questa attività di selezione e isolamento di sottofattispecie o sottocasi, cfr. di nuovo BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 127.

ordinamento sia stata rappresentata dal ricorso individuale alla Corte EDU, che finalmente supplisce alla mancanza nel nostro ordinamento di uno strumento di tutela diretta dei diritti fondamentali. Il ricorso individuale alla corte EDU ha infatti consentito e consente un controllo sulla legittimità dei bilanciamenti legislativi nazionali, anche e soprattutto in casi nei quali, stante un consolidato apprezzamento della scelta legislativa da parte del potere giudiziario, la Corte costituzionale non è stata messa nelle condizioni di operare un simile controllo alla stregua dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Il ruolo della Corte costituzionale è stato, allora, quasi stravolto in un meccanismo successivo funzionale all'esecuzione di un giudizio di bilanciamento già avvenuto in sede sovranazionale⁵.

Molto altro si potrebbe dire naturalmente rispetto a questo tema, ma fuoriusciremmo dagli ambiti di immediato interesse per questo lavoro. La ora discussa distinzione tornerà tuttavia ad essere estremamente importante all'analisi che andremo a svolgere nel prosieguo sugli strumenti decisori dei giudici costituzionali.

2. *Le regole processuali alla base del giudizio di proporzionalità*

Molto si potrebbe dire naturalmente delle regole processuali del giudizio costituzionale e di come esse contribuiscano a plasmare in modo differente nei diversi ordinamenti il giudizio di proporzionalità. Dovremo in questo contesto limitarci ad indicare solamente alcune direttrici di riflessione, non potendo approfondire tutti i molteplici aspetti che pur meriterebbero un tale approfondimento.

Anzitutto, lo si è visto nell'ampia casistica già presentata, il giudizio di proporzionalità involge giudizi di fatto e giudizi di valore, talvolta in maniera

⁵ Sui complessi rapporti tra giudice costituzionale interno e corti sovranazionali, con specifico riferimento alla materia penale, cfr. *amplius* MANACORDA, *Cour de justice et juridictions constitutionnelles: quelles interactions en droit pénal?*, in GIUDICELLI-DELAGE/LAZERGES (a cura di), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, 2012, p. 245 ss.; ID., *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, Jovene, 2011, p. 2373 ss., spec. 2400 ss.

inestricabile⁶, e necessita dunque per entrambe queste tipologie di giudizi di saldi elementi empirici o scientifici sulla tematica esaminata.

Non può certo sottacersi di come spesso ci si trovi dinanzi a un'assenza totale di dati empirici o scientifici, talvolta per l'intrinseca difficoltà o impossibilità di una loro raccolta, e ancor più di sovente ci si trovi a fronteggiare studi scientifici contrastanti. È chiaro dunque che ci si dovrà attentamente interrogare sulle modalità di decisione in situazioni di incertezza, entrando nel diverso ambito degli oneri probatori nei giudizi costituzionali.

Eppure, prima ancora di giungere a tali non infrequenti ipotesi, sarebbe opportuno interrogarsi sulla capacità dei singoli assetti costituzionali di introdurre ed analizzare tali elementi empirici o scientifici nel giudizio di costituzionalità. Da questo punto di vista, è necessario notare come un rilievo fondamentale assuma anzitutto l'assetto processuale: laddove, infatti, la struttura del giudizio di costituzionalità sia quella di un giudizio di parti, e non quella di un giudizio oggettivo, è più facile che siano le stesse parti processuali ad assumersi l'onere dell'introduzione nel giudizio costituzionale degli elementi empirici o scientifici rilevanti. Ciò è ancor più vero, inoltre, laddove il giudice costituzionale ammetta con particolare generosità forme di intervento da parte di terzi, come ad esempio attraverso il ruolo di *amicus curiae*.

D'altro canto, gli assetti processuali divergono considerevolmente anche nel ruolo istruttorio attribuito al giudice costituzionale: in alcuni ordinamenti totalmente privo di poteri istruttori, mentre in altri questi ultimi vengono spesso utilizzati proprio nelle decisioni più delicate.

Infine, non si è ancora traslato del tutto al giudizio costituzionale il tentativo sempre più compiuto di escogitare dei criteri di discernimento nell'attività giudiziaria tra buona e cattiva scienza, al fine di non accettare come fatti incontrovertibili fatti ancora non provati o soprattutto al fine di non ritenere controversi sulla base di studi inattendibili fatti invece ampiamente acclarati nell'ambito scientifico di riferimento.

⁶ Su questo punto approfonditamente FIANDACA, *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, 2011, p. 265 ss., 267 ss.

Anche rispetto alla nostra Corte costituzionale non mancano di certo studi costituzionalistica o più sparuti studi penalistici⁷, tesi ad analizzare i casi di maggiore emersione del tema dei giudizi empirici o scientifici nel giudizio di costituzionalità. Mai come in questo campo, però, è ancora necessario saldare la più limitata esperienza italiana con il più vasto panorama di casi offerto da altre Corti, molto più inclini della nostra ad aprire nelle motivazioni ad un serrato utilizzo di tali dati. Ancora una volta dunque non può che ripetersi l'invito ad una maggiore interazione tra la scienza costituzionalistica e la scienza penalistica, in assenza della quale ciascuna delle due prospettive risulterebbe inevitabilmente monca⁸.

Si è già accennato al problema dell'assenza di dati empirici o scientifici su una data questione. In questi casi l'attenzione non può che spostarsi sul tema degli oneri probatori nel giudizio di costituzionalità, anch'essi chiaramente mutevoli nei diversi assetti processuali e certamente meno attentamente approfonditi negli ordinamenti nei quali il processo non è strutturato come un processo di parti⁹. Si tratti di un tema fondamentale negli sviluppi pratici che ancora una volta non può che essere affrontato in chiave unitaria da costituzionalisti e penalisti.

Soprattutto, un oculato impiego degli oneri probatori da parte del giudice costituzionale può quantomeno contribuire a trasmettere al legislatore una cultura della giustificazione, cosicché egli sia responsabilizzato nel momento della deliberazione legislativa a raccogliere ed analizzare attentamente i dati empirici o scientifici disponibili. In altri termini, il giudice costituzionale potrebbe essere portato a riconoscere al legislatore una tanto più forte presunzione di costituzionalità delle sue scelte, tanto maggiore sia stata la sua capacità nell'analizzare con cura i dati disponibili. Parallelamente, l'accondiscendenza del giudice costituzionale rispetto alle scelte del

⁷ Si veda, su tutti, oltre all'appena citato lavoro di Fiandaca, PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, p. 1004 ss.

⁸ In questo senso anche FIANDACA, *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale*, cit., 291.

⁹ Si veda su questo tema la fondamentale ricostruzione comparatistica fornita da KOKOTT, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law. Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*, The Hague, 1998.

legislatore dovrebbe essere tanto maggiore, quanto difficile risulti raccogliere dati a sostegno delle scelte normative, mentre essa dovrebbe annullarsi laddove la mancanza di dati sia imputabile esclusivamente all'inerzia dello stesso legislatore.

Naturalmente altre regole processuali contribuiscono a plasmare il volto del giudizio di proporzionalità nei vari ordinamenti, ma la nostra analisi si può limitare alle due fondamentali già accennate.

3. Gli strumenti decisori per il giudizio di proporzionalità

Il profilo dinamico del giudizio di proporzionalità sul quale più occorre soffermarsi è quello degli strumenti decisori a disposizione dei giudici costituzionali nel risolvere il giudizio di proporzionalità. Ovviamente tale problema si pone allorché il giudice costituzionali rilevi la fondatezza della questione sottoposta al suo giudizio e debba dunque intervenire al fine di modificare il bilanciamento tracciato dal legislatore.

La distinzione fondamentale da tracciare è in questo caso tra strumenti accentrati e delegati di risoluzione della questione di legittimità costituzionale, chiaramente sulla base del fatto che il giudice costituzionale compia direttamente l'attività di ortopedia normativa necessaria a ripristinare la costituzionalità o piuttosto si limiti a impartire direttive per l'esercizio di tale attività da parte del giudice comune.

Nella scelta tra strumenti accentrati e delegati un grande e talvolta decisivo influsso ha chiaramente, prima ancora che le preferenze del giudice costituzionale, l'assetto ordinamentale nel quale il giudizio di costituzionalità è calato.

Volendo partire dal più semplice dei casi, quello della Corte EDU, è chiaro come sia lo stesso ordinamento nel quale il giudizio si iscrive a prevedere in termini molto netti una risoluzione binaria nel senso della violazione/non violazione della Convenzione ad opera della parte contraente, la cui esecuzione, interamente demandata allo stesso Stato condannato, fonda uno specifico obbligo internazionalmente in capo allo stesso. È dunque chiaro che questa Corte poco ha dovuto confrontarsi con il tema, davvero complesso, degli strumenti decisori del giudizio di bilanciamento, potendo correttamente ignorare di conseguenza principi ed esigenze che proprio in questa fase assumono particolare rilievo.

3.1. *Strumenti decisorici accentrati*

Tralasciando questo caso peculiare, è chiaro che riferendosi agli strumenti accentrati di decisione venga immediatamente in considerazione la dichiarazione di illegittimità costituzionale, totale o parziale, di una disposizione normativa. Si tratta chiaramente dello strumento decisorio principe del giudice costituzionale, che attraverso di esso svolge il suo tradizionale e primigenio ruolo di legislatore negativo. In molti dei casi che abbiamo avuto modo di trattare indubbiamente questo strumento ha rappresentato e rappresenta lo strumento immediato ed ideale per la risoluzione del giudizio di proporzionalità, dovendosi semplicemente affermare l'illegittimità costituzionale di una determinata fattispecie incriminatrice, sia questa la sodomia o la fecondazione eterologa, l'adulterio o il possesso di sostanze psicotrope.

È ovvio, tuttavia, come non sempre l'illegittimità del bilanciamento tracciato dal legislatore attenga ad una fattispecie incriminatrice nella sua interezza, ma riguardi spesso soltanto alcuni casi rientranti nel suo ambito di applicazione. Si pensi ad esempio al caso della fattispecie di riciclaggio per come applicata all'avvocato difensore o alla fattispecie di diffamazione applicata al giornalista. In questi casi lo strumento classico del giudice costituzionale è spuntato, non potendo certo dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione di riciclaggio o di diffamazione per evitare che questa conduca, in limitati casi, a bilanciamenti irragionevoli tra diritti fondamentali confliggenti. Né potrebbe operare, si badi bene, una dichiarazione di illegittimità parziale della disposizione, poiché in essa non vi è traccia delle sottofattispecie citate. Per chiarire il punto si pensi al caso nel quale, invece, la sottofattispecie costituzionalmente illegittima sia esplicitamente presente nella fattispecie incriminatrice, come ad esempio nel caso in cui si ritenga illegittima la corruzione privata per utilità dirette all'imprenditore, ma non chiaramente per i suoi sottoposti. In questo caso, nell'eliminare il termine "imprenditore" dall'elenco dei soggetti attivi, il giudice costituzionale si muoverebbe ancora nell'ambito delle dichiarazioni, seppur parziali, di illegittimità costituzionale di disposizioni.

È chiaro dunque che in questi casi il giudice costituzionale è obbligato a percorrere altre strade per la risoluzione della questione di costituzionalità. Laddove egli non

voglia fare ricorso a strumenti decisori delegati, non gli resta dunque che intervenire non più sul piano delle disposizioni legislative, ma su quello delle norme, attraverso interventi manipolativi variamente declinabili¹⁰.

Sempre rimanendo agli esempi fatti, il giudice costituzionale potrebbe, ad esempio, dichiarare l'illegittimità costituzionale della fattispecie di riciclaggio nella parte in cui non prevede che sia esclusa la punibilità dell'avvocato difensore per condotte che abbiano ad oggetto esclusivamente la somma riscossa a titolo di onorario. In questi casi, in termini più generali, il giudice costituzionale interviene per sottrarre una sottofattispecie all'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, individuandola espressamente nella sentenza¹¹.

Uno stesso risultato può essere raggiunto altresì attraverso l'inserimento nella fattispecie di un ulteriore elemento, che restringa ancora una volta l'ambito di operatività della stessa. In materia penale tale tecnica decisoria è ampiamente utilizzata, attraverso soprattutto l'inserimento di elementi di pericolosità non previsti nella disposizione¹², ma non mancano pronunce nelle quali l'addizione operata dal giudice costituzionale ha riguardato altri elementi di fattispecie¹³. È superfluo osservare che la necessità di questi interventi manipolativi da parte del giudice costituzionale non sussiste laddove in conseguenza dell'intervento la fattispecie incriminatrice risultasse identica ad altra già esistente, potendosi in questi casi utilizzare direttamente la via maestra della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione¹⁴.

¹⁰ Per una compiuta panoramica delle molteplici tecniche decisorie manipolative adoperate dalla nostra Corte costituzionale, che talvolta finiscono finanche per sfuggire ad una chiara categorizzazione, cfr. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione": creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. I, Jovene, 2011, p. 55 ss.

¹¹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 123/1962; 31/1969.

¹² Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 1/1957; 74/1958; 65/1970; 199/1972; 108/1974; 519/2000.

¹³ Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. 290/74, nella quale l'intervento manipolativo della Corte costituzionale ha riguardato il dolo specifico.

¹⁴ Eppure casi di questo tipo si sono avuti nel nostro ordinamento, forse sulla base del fragile assunto che un tale intervento, meno visibile, scontenti meno il legislatore; cfr., in materia di apologia di reato, rispetto alla sentenza della Corte costituzionale 65/1970, su tutti FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 103 ss.; cfr., in materia di sciopero politico, rispetto alla sentenza della Corte costituzionale 290/1974, PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 646 ss., 654.

Appare evidente che in questi casi il giudice costituzionale si distacca nettamente dal ruolo archetipico di legislatore negativo, finendo in positivo per delineare i contorni della fattispecie incriminatrice. È del tutto comprensibile, dunque, che pur versandosi in casi di decisioni *in bonam partem*, tese a limitare il potere punitivo statale, questa soluzione possa apparire in tensione con il principio della divisione dei poteri¹⁵ e con il rispetto della riserva di legge in materia penale¹⁶. Prima di confrontarci con questo conflitto tra opposte esigenze costituzionali è tuttavia opportuno verificare anzitutto gli altri possibili rimedi decisori.

3.2. *Strumenti decisori delegati*

Gli strumenti decisori delegati possono essere attivati dopo il giudizio di costituzionalità, ma anche prima e prescindendo da esso, da parte del giudice comune, che si fa carico nella sua attività decisionale di evitare che da essa derivino bilanciamenti costituzionalmente illegittimi tra interessi e diritti confliggenti.

3.2.1. *Strumenti ermeneutici*

Anzitutto si apre al giudice comune la possibilità di intervenire sull'attività ermeneutica della disposizione legislativa, facendo sì che la norma risultante da applicare al caso di specie tracci un ragionevole bilanciamento tra le diverse esigenze in campo. Anche in questo ambito abbonda purtroppo la ridondanza terminologica e la sovrapposizione tra concetti propri dell'ambito costituzionalistico e dell'ambito penalistico.

¹⁵ Riguardo proprio al necessario rispetto della discrezionalità legislativa, ammette tali sentenze manipolative solo allorché la Corte costituzionale non debba scegliere tra più diverse opzioni normative, PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1982, p. 305 ss., 312.

¹⁶ Cfr. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, cit., 651 s. Molto critico sul punto anche INSOLERA, *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note in margine alla sentenza n. 361/1998 della Corte costituzionale*, in Crit. dir., 1999, p. 16 ss., 24 s.

Da un lato, è da tempo oggetto di attento scrutinio la tematica dell'interpretazione conforme dapprima solo a Costituzione¹⁷ e ora, per quanto attiene nello specifico al nostro Paese, alla CEDU e al diritto dell'Unione europea¹⁸.

Dall'altro, l'attenzione è da tempo posta, soprattutto nella giurisprudenza comune e in quella costituzionale¹⁹, sull'offensività in concreto, sull'esigenza cioè che il giudice comune, nella sua attività decisionale, garantisca il rispetto del principio di offensività, verificando che nel caso in esame si sia verificata quella offesa del bene giuridico che legittima la pretesa punitiva statale²⁰.

Tale canone ermeneutico impartito dalla Corte costituzionale al giudice comune è stato giustamente oggetto di serrate critiche nella dottrina penalistica, che ha spesso sottolineato lo scarto tra il fondamento astratto e legalistico del principio di offensività e la torsione in senso concreto ed ermeneutico da esso prodotta, con la conseguenza, di non poco momento, che non sempre si riescano a raggiungere su questo secondo piano gli obiettivi politico-criminali sottesi al principio di offensività²¹.

Abbiamo già evidenziato i limiti dei principi penalistici di limitazione delle scelte di criminalizzazione, e tra questi chiaramente del principio di offensività, e la necessità di sostituirlo con lo schema costituzionale del giudizio di proporzionalità. Da questo punto di vista non riteniamo che il canone ermeneutico dell'offensività in concreto possa essere respinto sulla base della sua incapacità di veicolare i risultati politico-criminali del principio di offensività. A propendere per la necessità di bandire l'utilizzo di tale

¹⁷ All'interno di una bibliografia sterminata, si veda di recente e con particolare riferimento alla materia penale MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 154 ss., 175 ss. V. ancora BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione"*, cit., 109 ss.

¹⁸ Per una disamina approfondita dei plurimi profili di problematicità emergenti riguardo all'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali si veda da ultimo BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 62/1986; 132/1986; 957/1988; 24/1989; 437/1989; 144/1991; 333/1991; 360/1995; 263/2000; 519/2000; 109/2016.

²⁰ Si veda approfonditamente MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Milano, 2005, 235 ss., 245 ss.

²¹ Con grande chiarezza PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, p. 350 ss., 355 ss.

concetto vi è una ragione assorbente di natura costituzionale, legata ai poteri e alle responsabilità costituzionalmente assegnate al giudice costituzionale e al giudice comune. L'utilizzo del canone dell'offensività in concreto ha consentito alla Corte costituzionale con un mero *escamotage* linguistico di creare uno strumento decisorio, peculiare per il diritto penale rispetto al quale lasciare indeterminato il problema costituzionale della ripartizione costituzionale delle funzioni tra giudice costituzionale e giudice comune.

Occorre anzitutto osservare come in realtà il rinvio al canone dell'offensività in concreto sia nato e sia stato utilizzato in una prima fase soprattutto rispetto ad ipotesi di esiguità, più che di vera inoffensività, in tutta una serie di fattispecie nelle quali il legislatore non si era premurato di prevedere soglie minimi per la punibilità delle condotte incriminate²². Si tratta di una categoria di decisioni ad ogni modo verosimilmente destinata all'estinzione a seguito non solo della maggiore attenzione da parte del legislatore nel prevedere in molti ambiti di materia soglie quantitative, ma soprattutto a seguito del riconoscimento generale dell'istituto della particolare tenuità del fatto, del quale si è già in precedenza trattato.

Esclusa questa prima e oramai superata categoria di decisioni, i casi nei quali la Corte costituzionale adopera lo strumento dell'offensività in concreto possono essere ricondotti a due distinte ipotesi: o il testo della disposizione presenta spazi interpretativi sufficienti a garantire l'enucleazione di una norma che ponga in ragionevole bilanciamento gli interessi confliggenti; oppure tale risultato può essere garantito soltanto attraverso un intervento manipolativo sulla norma.

Nel primo caso ammonire il giudice comune sulla necessità di attenersi nell'ambito della sua attività decisionale al canone ermeneutico dell'offensività in concreto è inutile e fuorviante sinonimo dell'obbligo per lo stesso di preferire interpretazioni conformi a Costituzione²³.

²² Cfr., tra le altre, Corte cost., 437/1989; 144/1991; 333/1991.

²³ Non è dunque un caso che molti dei comuni esempi in materia di offensività in concreto sono catalogati nella giurisprudenza e dottrina tedesca come esempi di una interpretazione teleologica restrittiva, spesso costituzionalmente obbligata, cfr. sul punto LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte*

Prendiamo un caso di scuola in materia di offensività in concreto: la coltivazione di sostanza priva di efficacia psicotropa. In questo caso, il giudice comune è obbligato a escludere la punibilità di una tale condotta non in virtù della necessità di applicare il canone dell'offensività in concreto, su esplicita indicazione tra l'altro della Corte costituzionale²⁴, ma anzitutto per un dovere di interpretazione conforme a Costituzione della fattispecie incriminatrice. Laddove egli scegliesse infatti di addivenire al risultato interpretativo di includere anche sostanze prive di efficacia drogante nella fattispecie incriminatrice, si scontrerebbe con il fatto che in questo caso diverrebbe irragionevole il bilanciamento tracciato dal legislatore tra libertà individuale e interesse generale, poiché quella porzione di divieto legislativo non sarebbe più in alcun modo coperta da un controinteresse bilanciabile con la limitazione del diritto fondamentale del consociato. Il giudice comune non fa altro, dunque, che preferire tra due possibili interpretazioni dell'enunciato normativo l'unica che non conduce a bilanciamenti irragionevoli e dunque a scelte legislative costituzionalmente illegittime. Volendo per un momento "tradurre" quanto detto nelle categorie penalistiche, tutto potrebbe riassumersi nell'osservazione che intanto il giudice comune può operare secondo il canone dell'offensività in concreto, o meglio dell'interpretazione conforme, in quanto si tratti di escludere alcune classi di fatti come atipici, attraverso una ridefinizione adeguatrice della fattispecie incriminatrice.

Nel diverso caso nel quale la disposizione legislativa non lasci spazi in sede ermeneutica per ricavare una norma che ponga in ragionevole bilanciamento gli interessi contrastanti, è ovvio che tale risultato potrà essere raggiunto soltanto attraverso un intervento manipolativo sulla norma, al di fuori degli angusti limiti dell'attività interpretativa. In questo secondo caso, però, è chiaro che tale intervento è precluso al giudice comune dal nostro assetto costituzionale. Laddove, dunque, l'intervento sia effettuato dal giudice costituzionale a nulla vale richiamare il giudice comune al dovere di adoperare il canone dell'offensività in concreto, poiché in realtà al giudice comune

der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen, 1996, 467 ss.

²⁴ V. Corte cost., sent. 360/1995; 109/2016.

non resta che applicare la norma così come enucleata dalla Corte costituzionale a seguito del suo intervento manipolativo. Qualora invece il giudice costituzionale rimetta la soluzione della questione al giudice comune con un richiamo al canone ermeneutico dell'offensività in concreto, in assenza di un intervento manipolativo sulla norma, la decisione del giudice comune non potrà che porsi in conflitto con il nostro assetto costituzionale, per essere espressione di un inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità sulla norma. "Traducendo" anche qui nelle categorie penalistiche, si sta in questo caso chiedendo al giudice comune di escludere la punibilità di fatti certamente tipici rispetto alla fattispecie incriminatrice astratta come prevista dal legislatore.

Ancora una volta un esempio potrà rendere più intellegibile la nostra argomentazione. Nella questione sottoposta alla nostra Corte costituzionale riguardo alla sottrazione consensuale di minore²⁵, prevista dall'art. 573 c.p., il giudice rimettente dubitava della ragionevolezza del bilanciamento tracciato dal legislatore tra interesse dei genitori ad esercitare la loro responsabilità genitoriale sui figli minorenni e l'interesse degli stessi ad autodeterminarsi nelle proprie scelte di vita, avendo il legislatore codicistico valorizzato esclusivamente il primo dei due citati interessi. Non vi è chi non veda che la disposizione codicistica non lascia alcun interstizio per un'interpretazione della fattispecie incriminatrice in grado di riequilibrare gli interessi in gioco, addivenendo ad un più ragionevole bilanciamento tra gli stessi. Ebbene in questo caso, poco può fare un generico rinvio al canone di offensività in concreto: è necessario, infatti, che la norma sia riscritta nel senso di escludere la legittimità costituzionale della stessa nei casi nei quali il consenso sia espressione sincera della volontà di autodeterminazione di un minore che abbia raggiunto uno sviluppo psicofisico idoneo a tale espressione. Un tale intervento, tuttavia, non può che essere svolto dal giudice costituzionale nell'ambito di una sentenza di fondatezza e giammai essere demandato al giudice comune attraverso un pigro rinvio all'offensività in concreto nell'ambito di una sentenza di inammissibilità.

Il canone dell'offensività in concreto deve, quindi, essere respinto per la capacità dello stesso di inglobare situazione affatto diverse e di nascondere i problemi di

²⁵ Corte cost., sent. 957/1988.

legittimazione costituzionale del giudice comune. I casi inglobati in questa anfibia categoria debbono essere più correttamente ricondotti al canone dell'interpretazione conforme o a strumenti accentrati di decisione da parte del giudice costituzionale.

Un meccanismo per certi versi molto simile a quello dell'utilizzo del canone ermeneutico dell'offensività in concreto, teso a scaricare sul giudice comune il compito di addivenire a bilanciamenti ragionevoli tra gli interessi confliggenti, senza scatenare gli effetti pratici e simbolici di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, è quello a più riprese adoperato dal BVerfG rispetto alle fattispecie incriminatrici per le quali più forti si sono levate obiezioni costituzionali sulla loro legittimità²⁶. In questi casi il BVerfG, senza alcun modo passare per una dichiarazione anche parziale o interpretativa di illegittimità costituzionale, ha confidato nell'attività decisionale del giudice comune, invitandolo esplicitamente ad utilizzare tutto l'arsenale processuale a sua disposizione – dalla possibilità di archiviazione sulla base del principio di opportunità alla possibilità di rinunciare alla pena – al fine di scongiurare decisioni che si pongano in concreto in contrasto con i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti²⁷.

Eppure, anche rispetto a questo *escamotage* del Tribunale costituzionale tedesco, non può che evidenziarsi l'infondatezza giuridica degli strumenti decisorii prescelti per raggiungere in concreto esiti non incostituzionali; è facile osservare, infatti, che, oltre al fatto che tali strumenti siano spesso in tutto o in parte non in grado di raggiungere un risultato davvero appagante – si pensi allo stigma comunque rappresentato da una condanna penale pur non seguita dall'irrogazione di una pena –, ad ostare ad un tale *modus operandi* è anzitutto la necessità di non snaturare istituti nati per esigenze del tutto diverse, che vengono certamente a soffrire questa torsione applicativa. Ma soprattutto, come abbiamo visto, strumenti endoprocessuali e altamente incerti come quelli in esame non sono affatto in grado di eliminare l'effetto deterrente rispetto a condotte che pur si ritengono tutelate da un più rilevante diritto fondamentale e quindi possono agire al più nei confronti di chi si sia in concreto determinato per la condotta apparentemente deviante, mentre nulla possono rispetto a chi abbia rinunciato al

²⁶ Cfr., esemplarmente, BVerfGE 90, 145 (1994), 187 ss.

²⁷ Cfr. GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, in DSt, 2010, p. 331 ss., 362.

godimento del suo diritto fondamentale pur di non incappare in condotte quantomeno apparentemente penalmente rilevanti.

3.2.2. *Applicazione diretta dei diritti fondamentali*

Accanto e oltre allo strumento ermeneutico dell'interpretazione conforme a Costituzione, peculiare proprio della materia penale è l'applicazione diretta dei diritti fondamentali come cause di giustificazione. Si tratta, invero, di una peculiare forma di applicazione diretta di norme di principio, poiché avviene in assenza di una qualsivoglia lacuna legislativa, ma anzi essendo tesa proprio ad escludere l'applicazione di una fattispecie incriminatrice, pone particolari problemi – come vedremo – di compatibilità con un assetto accentrato del controllo di costituzionalità.

Tale modalità di risoluzione di giudizi di bilanciamento tra confliggenti interessi e diritti fondamentali è lasciata talvolta ad un intervento pretorio del giudice comune, certo spesso confortato dal giudice costituzionale, in assenza di una disposizione che possa fungere da fondamento a tale prassi decisionale; talaltra lo stesso ordinamento pare offrirne un fondamento normativo esplicito, come, ad esempio, nel primo comma dell'articolo 51 del nostro codice penale. Senza dubbio la presenza di questa disposizione ha contribuito a far sì che questa tecnica di soluzione dei problemi in punto di bilanciamento legislativo rappresenti una tecnica largamente impiegata nel nostro ordinamento, laddove, invece, in altri ordinamenti quando tale tecnica non è del tutto ignorata, è comunque impiegata con grande parsimonia e non senza critiche²⁸. Si tratta allora certamente di uno snodo fondamentale, proprio del nostro ordinamento, che certamente legittima una pur breve trattazione.

La laconica disposizione del nostro codice penale non offre, come è noto, molte indicazioni all'interprete sul suo significato. Per approcciare una prima lettura di tale disposizione, per come essa è stata sinora interpretata ed applicata, può forse essere utile ritornare alla distinzione tracciata in introduzione tra regole e principi.

²⁸ Sull'utilizzo, molto parco, di tale tecnica decisoria nell'ambito dell'ordinamento tedesco, diffusamente, KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 544 ss.

Si prendano due esempi molto comuni in questo ambito: da un lato l'antinomia tra la disposizione sul sequestro di persona (art. 605 c.p.) e la disposizione che consente anche ai privati l'arresto in flagranza di reato (art. 383 c.p.p.); dall'altro l'antinomia tra la disposizione sulla diffamazione (art. 595 c.p.) e la disposizione sulla libertà di espressione (art. 21 Cost.). A distinguere queste due ipotesi non è tanto il rango legislativo o costituzionale della norma facoltizzante in conflitto, poiché nulla muterebbe nel nostro ragionamento se per ipotesi la prima delle anzidette norme fosse collocata nel testo costituzionale. L'elemento di distinzione qui rilevante è il carattere di regola o di principio di tali disposizioni. Non è chiaramente necessario ritornare in dettaglio su questa distinzione, ma è facile notare, già dalla semplice lettura delle due norme, che la prima individua una fattispecie nella quale scatta la conseguenza normativa, mentre la seconda si caratterizza come una norma senza una concreta fattispecie. È chiaro dunque che diverse saranno le tipologie di conflitto e le modalità di risoluzione di esso nei due casi.

Allorquando il giudice è chiamato a risolvere un qualsiasi conflitto tra regole, non può che individuare, attraverso i consueti criteri, gerarchico, cronologico e di specialità, l'unica regola da applicare al caso in esame. Ebbene anche in assenza di una norma quale l'art. 51 del nostro codice penale, il giudice sarebbe comunque chiamato a risolvere questa antinomia normativa e d'altronde così avviene pacificamente anche in ordinamenti che non conoscono una simile norma. Se dovessimo dunque fermarci a questo primo caso, non si potrebbe dare torto a chi ha espresso un giudizio di assoluta superfluità di questa disposizione codicistica²⁹. D'altronde non pare azzardato osservare che proprio a questo tipo di antinomie guardava presumibilmente il legislatore codicistico, che si muoveva in un ordinamento privo di una Costituzione lunga posta a garanzie non solo dell'organizzazione statale dei poteri ma anche dei diritti fondamentali dei cittadini.

²⁹ Cfr., *ex multis*, MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in Enc. dir., vol. XV, 1966, 627 ss., 632 e ID., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 55 s.; GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981, 192; ancora più netto VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 236 ss.

L'art. 51 è stato, tuttavia, applicato soprattutto ai pretesi conflitti tra regola e principio, senza in alcun modo interrogarsi sulla netta differenza tra queste due tipologie di conflitto. Ebbene, proprio riprendendo l'esempio già fatto, si è preteso di individuare un conflitto tra la regola codicistica e il principio costituzionale, che dovesse trovare una soluzione nell'attività del giudice.

È evidente che la scelta del giudice comune di ritenere o meno sussistente la causa di giustificazione non possa, in questi casi, in alcun modo dipendere da decisioni interpretative legati ai criteri di gerarchia, cronologia e specialità³⁰, ma sia frutto invece di un'attività di bilanciamento³¹. Tuttavia, è facile comprendere che il bilanciamento richiesto non è già tra la fattispecie codicistica e il principio costituzionale, ma piuttosto tra due diverse norme di principio. Nel caso preso in esame della diffamazione commessa dal giornalista il bilanciamento non sarà certo tra la fattispecie di cui all'art. 595 c.p. e la libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost., ma piuttosto tra quest'ultima libertà e il diritto fondamentale all'onore, anch'esso di rango costituzionale, che la norma sulla diffamazione intende tutelare. La regola contenuta dal nostro codice in materia di diffamazione rappresenta null'altro che la risultante del gioco di forze tra i due diritti fondamentali citati e non può dunque per definizione porsi in conflitto con un determinato principio costituzionale. Nulla vieta di ritenere che la fattispecie incriminatrice sia, in questo come in altri casi, espressione di un bilanciamento legislativo illegittimo, ma questo significa appunto ritenere incostituzionale la disciplina legislativa. Nel giudicare il bilanciamento legislativo alla base di una determinata fattispecie non vi è alcuna attività interpretativa, ma soltanto un'attività di tipo valutativo.

È dunque chiaro che l'art. 51 del nostro codice penale sia stato utilizzato, in questo secondo e di gran lunga più nutrito gruppo di casi, come strumento per assicurare ai

³⁰ Sul punto diffusamente e in maniera inoppugnabile SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 69 ss.

³¹ In questo senso PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in Dig. pen., Vol. IV, 1990, p. 320 ss., 324; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 236 ss.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 1033 ss., 1048. In questo senso sostanzialmente anche SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., spec. 131 ss.

giudici comuni un controllo diffuso di legittimità costituzionale³². Se allora si guarda all'utilizzo pratico di questa norma codicistica ci si accorge che essa, lungi dal rappresentare una norma superflua, abbia rappresentato una norma "eversiva" dell'assetto costituzionale italiano, assicurando al giudice comune in molti essenziali ambiti del nostro ordinamento penale un ruolo esclusivo, al riparo dall'intervento della Corte costituzionale, di sindacato dei bilanciamenti legislativi.

3.3. Quali strumenti decisori in materia penale?

Se si guarda in chiave meramente descrittiva all'impiego concreto di questi diversi strumenti decisori da parte dei diversi giudici costituzionali è facile osservare come vi sia una nettissima predilezione per strumenti decisori delegati. Riporre nelle mani del giudice comune la soluzione di delicate questioni di bilanciamento che si pongono nell'ordinamento, consente chiaramente al giudice costituzionale di assumere una posizione più defilata e, quantomeno formalmente, più ossequiosa del lavoro del legislatore. Nella sostanza si decreta l'inapplicabilità o la riduzione dell'ambito di applicazione di una fattispecie, ma ciò avviene in mancanza di una formale decisione in tal senso da parte del giudice costituzionale.

Si può comprendere come d'altronde questi strumenti decisori delegati non pongano nemmeno un problema di trasferimento di potere decisionale dal giudice costituzionale al giudice comune nei tanti ordinamenti nei quali il ricorso individuale di costituzionalità assicura comunque al giudice costituzionale il controllo finale sull'attività decisionale del giudice comune. In altri termini non vi è timore che il giudice comune rifugga da indicazioni anche solo interpretative offerte dal giudice costituzionale, poiché ben sa il giudice comune che il giudizio di costituzionalità potrà essere adoperato come giudizio di ottemperanza per verificare il rispetto da parte sua delle direttive provenienti dal giudice costituzionale.

³² Cfr. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 10 s.; PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1049; SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., 227 ss., spec. 231.

Non è un caso che il passaggio da strumenti decisori delegati a strumenti decisori accentrati sia stato determinato spesso nel nostro ordinamento proprio dall'esigenza di assoggettare alle indicazioni interpretative provenienti dal giudice costituzionale un giudice comune riottoso³³.

La predilezione per gli strumenti decisori delegati ha assunto nel nostro ordinamento le forme di un massiccio utilizzo "eversivo" dei diritti fondamentali quali cause di giustificazione e di un utilizzo disinvolto del fragile canone interpretativo dell'offensività in concreto, teso a nascondere operazioni di pura riscrittura normativa vuoi della stessa Corte costituzionale vuoi del giudice comune.

In altri ordinamenti, invece, stante il molto più raro utilizzo dei diritti fondamentali come cause di giustificazione, tale predilezione ha assunto soprattutto le forme di uno smodato ricorso a strumenti processuali o all'interpretazione conforme a Costituzione, travestendo molto spesso sotto le sue insegne chiare operazioni di ortopedia normativa in nulla rapportabili ad una mera operazione ermeneutica. Soprattutto è interessante notare come l'utilizzo di una soluzione formalmente interpretativa non è soltanto funzionale a decentrarla presso il giudice comune, ma è talvolta funzionale, quando da parte del giudice costituzionale, al mero travestimento dell'operazione svolta come operazione interpretativa anziché manipolativa³⁴.

Se dalla mera descrizione si passa ad un'analisi prescrittiva sull'utilizzo di questi strumenti decisori, diviene finanche inutile osservare che lo strumento principe dell'attività del giudice costituzionale debba essere rappresentato dalla dichiarazione totale o parziale di illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

³³ Sottolineano questo aspetto, portandone come chiaro esempio le sentenze della Corte costituzionale 123/1962 e 31/1969 sull'art. 330 c.p., con le quali la Corte, in costanza di *decisum*, modificò semplicemente lo strumento decisorio utilizzato, dall'interpretativa di rigetto all'accoglimento parziale, PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto*, cit., 324, e PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1049 s.

³⁴ Critiche di questo tipo non risparmiano, ad esempio, né la Corte suprema statunitense, cfr. BERRY III, *Criminal Constitutional Avoidance*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2014, p. 105 ss., partendo dalla decisione nel caso *United States v. Skilling* 561 U.S. 358 (2010); né il BVerfG tedesco, sul quale diffusamente KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006, spec. 11 ss., 42 ss.

Non è però chiaramente sui casi nei quali tale strumento è adoperabile che si gioca la vera partita della scelta tra strumenti decisori differenti. Il problema si pone, infatti, come si è già visto, nelle situazioni di illegittimità del bilanciamento legislativo soltanto rispetto ad una sottoclasse di fattispecie concrete contenute nella fattispecie incriminatrice astratta; si pensi ancora una volta per comodità al caso della diffamazione compiuta dal giornalista nell'ambito della sua attività professionale. In questi casi è evidente l'insostenibilità di qualsiasi dichiarazione *tout court* di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice che consenta al giudice costituzionale di rispettare il suo ruolo di legislatore negativo e affidi al legislatore il ruolo di riscrivere la fattispecie astratta in modo tale da escludere la sottoclasse di fattispecie concrete non meritevoli di sanzione penale. Tale dichiarazione avrebbe chiaramente un'efficacia estesa anche ad un novero consistente di fattispecie concrete certamente meritevoli di sanzione penale non solo *pro futuro*, fino all'emanazione della nuova legge, ma soprattutto rispetto a tutti i giudizi passati.

È chiaro dunque che chi non voglia accettare l'esito opposto, cioè la violazione dei diritti fondamentali dei singoli, malamente bilanciati dal legislatore, debba orientarsi sui restanti strumenti decisori individuati.

Tra questi assoluta preminenza deve essere data naturalmente all'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, ma anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o alla Convenzione EDU. Se, tuttavia, si vogliono davvero rispettare i limiti intrinseci di qualsiasi attività ermeneutica, come riteniamo assolutamente necessario per una chiarezza tra compiti interpretativi del giudice comune e compiti di sindacato costituzionale del giudice per esso competente³⁵, non ci si può illudere sul fatto che tale criterio possa essere risolutivo in tutti i casi problematici.

È chiaro dunque che molti casi di cattivo bilanciamento legislativo non possano che essere risolti sulla base di un intervento manipolativo sulla norma.

³⁵ Più diffusamente sui rischi, soprattutto in materia penale, di un utilizzo improprio del canone dell'interpretazione conforme, che travalichi i limiti propri di qualsiasi attività interpretativa, cfr. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla "manipolazione"*, cit., 131 ss.

Non pare quindi possibile altra alternativa che quella tra interventi manipolatori della Corte costituzionale e interventi manipolatori del giudice comune attraverso l'utilizzo dei diritti fondamentali quali cause di giustificazione³⁶.

Si è già detto dell'impossibilità nel nostro assetto costituzionale di percorrere la seconda delle alternative prospettate.

Non resta dunque che aprire ad un utilizzo più generoso della Corte costituzionale di decisioni manipolative della norma impugnata. Non si ignora certamente la frizione di una tale posizione con il necessario rispetto alla discrezionalità legislativa e della divisione dei poteri, ma davvero non si comprende come tale frizione sarebbe più accentuata rispetto alla situazione attuale, nella quale questo ruolo "creativo" è saldamente nelle mani del giudice comune, certo meno tecnicamente preparato a farsi carico proprio dell'esigenza di *self restraint* a tutela della divisione dei poteri e della legittimazione democratica delle scelte di criminalizzazione. Né si può sottacere, come si è già visto, la minore attitudine della sterminata e spesso mutevole giurisprudenza comune a fornire una guida adeguata rispetto ai consociati, che potranno essere portati comunque ad astenersi da comportamenti apparentemente illeciti, dei quali *ex post* si sarebbe comunque predicata la non punibilità in virtù dell'applicazione diretta dei diritti fondamentali.

Volendo dunque riassumere in modo molto chiaro quanto detto, si ritiene che il nostro ordinamento debba indirizzarsi verso un maggior utilizzo dello strumento della questione di legittimità costituzionale in tutti i casi nei quali il cattivo bilanciamento legislativo emerga solo in relazione ad una sottoclasse di condotte incriminate. Sarebbe opportuno, dunque, anche valorizzando la spesso copiosa giurisprudenza della Corte EDU in alcuni settori, che il giudice comune sollevi questione di legittimità costituzionale delle singole fattispecie incriminatrici nella parte in cui prevedono la punibilità di una determinata sottofattispecie opportunamente individuata. La correlata decisione di accoglimento della Corte costituzionale sarebbe dunque declinata sulla medesima impostazione dell'ordinanza di rimessione. Solo attraverso un continuo

³⁶ Per l'utilizzo di quest'ultimo meccanismo decisionale cfr. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, cit., 655.

lavoro di ritaglio delle sottofattispecie problematiche è possibile che il giudice costituzionale possa svolgere il suo fondamentale lavoro di tutela dei diritti fondamentali in ambiti delicatissimi nei quali finora il giudice di legittimità, culturalmente teso a valorizzare altri profili, ha interpretato il ruolo di protagonista indiscusso.

3.4. Per una considerazione unitaria dei limiti alle scelte di criminalizzazione

Abbiamo dunque visto come ciascun ordinamento conosca, pur con le dovute differenze, una molteplicità di strumenti decisorivi con i quali risolvere questioni di costituzionalità in materia penale, dovute ad un cattivo bilanciamento da parte del legislatore tra diversi e confliggenti interessi o diritti fondamentali.

Occorre, infine, notare che questa diversità anche netta di strumenti decisorivi non deve indurci nell'errore – come purtroppo appare nell'odierna discussione – di iniziare a identificare quelli che sono differenti rimedi per uno stesso problema come tanti problemi distinti. Invero, nelle riflessioni sui limiti alle scelte di criminalizzazione la trattazione distinta sulla base di ciascuno strumento decisorio – da un lato bene giuridico e principi di offensività, *extrema ratio*, effettività, dall'altro interpretazione conforme e offensività in concreto, fino alla tematica dei diritti fondamentali come cause di giustificazione – ci ha portato pian piano a smarrire la comunanza di piani.

Parlare di limiti alle scelte di criminalizzazione non significa e non può significare riflettere soltanto sulle fattispecie incriminatrici indiziate di illegittimità costituzionale, ma significa anzitutto andare a scandagliare tra le pieghe più nascoste dell'ordinamento i singoli casi concreti nei quali il legislatore per mezzo di un cattivo bilanciamento sta irragionevolmente sacrificando un diritto fondamentale del singolo. Poco importa quale strumento dovrà essere adoperato per sanare tale violazione, l'importante per il singolo è che sia ristabilito il suo godimento del diritto fondamentale.

Ancora più fallace sarebbe appiattirsi su categorie del reato per distinguere diversi ambiti problematici. Si è visto come il passaggio da una risoluzione in punto di anti-giuridicità ad una in punto di tipicità venga a dipendere non tanto da una considerazione penalistica della categoria ottimale, quanto da esigenze di assetto

costituzionale legate al soggetto competente alla "riscrittura" della disposizione incriminatrice³⁷. Al contempo bisogna definitivamente abbandonare, come si è visto, l'idea che i bilanciamenti tra interessi confliggenti appartengano alla sfera dell'antigiuridicità e non siano invece fondanti di qualsiasi scelta legislativa in materia penale, a partire chiaramente dalla stessa definizione del fatto tipico³⁸.

Se si assume la prospettiva di un'indagine a tutto tondo sui limiti alle scelte di criminalizzazione, che tenga anche conto dell'enorme utilizzo di strumenti interpretativi e dei diritti fondamentali come cause di giustificazione, e non si limiti alla mera analisi delle decisioni di accoglimento dei giudici costituzionali, anche il bilancio allora sui risultati limitativi raggiunti sulla base dei testi costituzionali dovrà – come ci accingiamo a vedere – essere rivisto in positivo³⁹.

³⁷ V. ancora sul punto PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1050.

³⁸ Cfr., con grande chiarezza, DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2016, p. 698 ss., 707 ss.

³⁹ Con precipuo riferimento all'utilizzo dei diritti fondamentali come cause di giustificazione PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1049, parla di "un vitalissimo fenomeno di 'costituzionalizzazione' (ancorché parziale) del diritto penale".

