

INTRODUZIONE

Nell'approcciarsi alla lettura di un lavoro – l'ennesimo, si potrebbe dire – sui limiti posti alle scelte di criminalizzazione, può apparire opportuno – e forse doveroso – un chiarimento preliminare, se non persino una “giustificazione”. Si tratta infatti di un tema fondante della scienza penalistica sul quale si è già a lungo discettato, fornendo una mole sconfinata di contributi. Purtroppo, è caratteristica essenziale dei temi “classici” – e quello qui affrontato lo è sommamente – quella di non poter considerare mai sedata la discussione su di essi, per essere parallelamente insensibili al divenire del tempo, in una astrazione concettuale universalizzante atta a «relegare l'attualità al rango di rumore di fondo»; temi sempre ridefiniti e ridiscussi a partire dal mutevole presente, perché di «questo rumore di fondo non può fare a meno»¹.

A considerare attentamente il dibattito dottrinale recente, emergono con chiarezza due linee prospettiche nell'analisi di questo tema “classico”. Da un lato, prosegue senza soluzione di continuità l'analisi teorica universalizzante del tema², negli ultimi anni soprattutto all'interno del dibattito dottrinale tedesco³, seppure in larga

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

² Si pensi, rispetto al principio di offensività, ai recenti lavori di D. PULITANÒ, (voce) *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, 665 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 4 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005. Con riferimento precipuo alla teoria del bene giuridico, si vedano di recente i lavori di E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, Pacini, 2019; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, Esi, 2006.

³ Engländer, nella relazione di apertura dei lavori nel convegno dei professori di diritto penale tedeschi tenutosi nel maggio 2015 ad Augsburg e dedicato, per quanto attiene al diritto penale sostanziale, al tema del bene giuridico, contava ben trentasei lavori su questo tema a partire dagli ultimi anni dello scorso secolo, in un elenco oltretutto essenziale e non esaustivo, v. A. ENGLÄNDER, *Revitalisie-*

misura sull'onda contingente di una fondamentale sentenza del *Bundesverfassungsgericht*⁴. Di grande evidenza e interesse è poi – sempre sul piano teorico – il recente, serrato confronto tra i modelli concettuali di tradizione di *common law* e quelli di *civil law*, animato sia dagli studiosi continentali⁵ sia da quelli angloamericani⁶, pur con intensità decisamente minore.

zung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, in *ZStW*, 2015, 616 ss., nt. 3.

⁴ Si tratta della celeberrima BVerfG, 2 BvR 392/07, 26 febbraio 2008, *Inzest-Entscheidung*.

⁵ Cfr., per l'Italia, la recente monografia di G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2014, ma anche i due lavori collettanei G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e angloamericana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008 e A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law in ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè, 2010. Si vedano poi ancora i tanti contributi negli ultimi anni: M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 ss.; C. DE MAGLIE, *Il declino dell' "harm principle"*, in A. CAVALIERE et al. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, Esi, 2017, 433 ss.; G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1514 ss.; G. MANIACI, *Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale*, in *Crim.*, 2018, 643 ss. Nella dottrina tedesca si vedano K. AMBOS, *The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance Between the Rechtsgut and the Harm Principles*, in *Crim. L. Philos.*, 2015, 301 ss.; W. HASSEMER, *The Harm Principle and the Protection of 'Legal Goods' (Rechtsgüter-schutz): A German Perspective*, in A. P. SIMESTER-A. DU BOIS PEDAIN-U. NEUMANN (a cura di), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford-Portland, Hart, 2014, 187 ss.; T. HÖRNLE, *Theories of Criminalization*, in *Crim. L. Philos.*, 2016, 301 ss.; ID., *"Rights of Others" in Criminalisation Theory*, in A. P. SIMESTER-A. DU BOIS PEDAIN-U. NEUMANN (a cura di), *Liberal Criminal Theory*, cit., 170 ss.; C.C. LAUTERWEIN, *The Limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, Burlington, Ashgate, 2010; A. VON HIRSCH, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur: Eine Annäherung von drei Seiten*, in *GA*, 2002, 2 ss.; ID., *Die Rechtfertigung der Kriminalisierung: Personale Rechtsgutslehre und das anglo-amerikanische Harm Principle*, in F. SALIGER (a cura di), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann*, Heidelberg, C.F. Müller, 2017, 587 ss.; P. WITTIG, *Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen*, in R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 239 ss.; W. WOHLERS, *Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces*, in A.P. SIMESTER-A. DU BOIS PEDAIN-U. NEUMANN (a cura di), *Liberal Criminal Theory*, cit., 247 ss.

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

Dall'altro lato, «il rumore di fondo» del tempo presente è contrassegnato dal prorompere di un populismo penale⁷, da «un'ubriacatura incriminatrice»⁸ che ci costringe a confrontarci, quasi quotidianamente, con fenomeni sociali inediti – o presunti tali –, dai quali emergono istanze di criminalizzazione cui il legislatore è chiamato in tutta fretta a rispondere attraverso la creazione di sempre nuovi reati⁹; e spesso percorre questa strada per lucrarne cospicui dividendi in termini di consenso elettorale¹⁰.

Di qui la costante esigenza per lo studioso del diritto penale di tornare a riflettere e a declinare le teorie sui limiti alle scelte di criminalizzazione in una società spinta dalla passione per il punire¹¹, nella quale si aspira, sempre più, ad un modello di diritto penale «senza limiti»¹² – o ad un «diritto penale totale»¹³ o «massimo»¹⁴ –

⁷ Si vedano, *ex multis*, P.-A. ALBRECHT, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (a cura di), *Von unmögliche Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 1995, 429 ss.; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette littératures, 2005; J. PRATT, *Penal populism*, London, Routledge, 2007; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Crim.*, 2013, 123 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2018, 186 s. e *amplius* ID., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim.*, 2013, 95 ss.; G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, Ed. Ets, 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, Giappichelli, 2019, 73 ss.

⁸ Così in riferimento al legislatore tedesco M. JAHN, *Recensione a Strafgesetzbuch. Kommentar in 3 Bänden. Hrsg. von Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann und Hans-Ulrich Paeffgen. 5. Auflage 2017*, Baden-Baden, Nomos, in *NJW*, 2017, 3638.

⁹ Un clima che pare non scervo di conseguenze nemmeno sulla dottrina, se è vero che un interessante contributo criminologico ha di recente accertato un'attitudine molto favorevole della dottrina tedesca alla creazione di nuove fattispecie incriminatrici, attraverso uno studio empirico condotto su un vasto insieme di pubblicazioni scientifiche dal 2013 al 2018, cfr. R. KÖLBEL, *Die dunkle Seite des Strafrechts. Eine kriminologische Erwiderung auf die Pönalisierungsbereitschaft in der strafrechtswissenschaftlichen Kriminalpolitik*, in *NK*, 2019, 249 ss.

¹⁰ Attraverso tecniche di *marketing* politico, plasmate sul *marketing* commerciale, che degradano la legge a «un bene di consumo», cfr. F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006, 11 s.

¹¹ Cfr. D. FASSIN, *Punir. Une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017.

¹² Cfr. V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giust.*, 2019, 86 ss.

¹³ Ormai pienamente dispiegato, come testimoniato dal nitido *pamphlet* di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019.

¹⁴ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il diritto penale 'massimo' tra incremento dei tipi punitivi*

trainato da domande di pena invocate e incalzate «a furor di popolo»¹⁵.

Dai *tòpoi* classici del dibattito sui confini del diritto penale, concernenti la giustificazione dell'opzione punitiva – in termini di *Strafwürdigkeit* ancor prima che di *Strafbedürfnis* – di ipotesi come quelle dell'aiuto al suicidio¹⁶ o del favoreggiamento della prostituzione¹⁷, tornate di grande attualità dopo essere state rimesse all'attenzione della Corte costituzionale italiana, alla ricomparsa di casi dal sapore *vintage*, quali il vagabondaggio¹⁸, fino alle questioni inedite sollevate dalla bioetica – si pensi, ad esempio, al fenomeno della gestazione per altri¹⁹ –, emergono dunque in modo assillante e ciclico l'attualità e la rilevanza del tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione per l'odierna scienza penalistica.

Nell'affrontare questa materia – come si vedrà sin dalle premesse metodologiche alla presente indagine – si è deciso di porre in primo piano i soli limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione, ossia gli argini assiologici il cui rispetto da parte del legislatore è sorvegliato in maniera vincolante da un giudice costituzionale.

L'intento è quello di ricostruire le corrispondenze tra le differenti impostazioni teoriche presenti in dottrina, in tale ambito, e le diverse letture della costituzione che queste evocano. In effetti, sono proprio le letture più recenti della carta fondamentale, la visione ad esse sottesa dei diritti e delle libertà fondamentali, la concezione e l'arti-

e 'addizioni' giurisprudenziali, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike Giuridica, 2017, 311 ss.; ID., *Sulla perdurante utilità (anzi sulla necessità) della 'clemenza collettiva'*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza: per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, Ediesse, 2018, 199 ss., che stigmatizza soprattutto l'ipertrofia sotto il profilo quantitativo della produzione penale.

¹⁵ Cfr. E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019.

¹⁶ V. Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018 e poi Id., sent. n. 242, 22 novembre 2019.

¹⁷ V. Corte cost., sent. n. 141, 7 giugno 2019; si veda anche la recente sentenza del Conseil constitutionnel, 2018-761 QPC, 1° febbraio 2019.

¹⁸ Si veda la recente legge ungherese che ne ha nuovamente previsto la criminalizzazione e la decisione della Corte costituzionale ungherese in proposito, sulla quale K. KELEMEN, *La dignità umana delle persone senza fissa dimora. Secondo la Corte costituzionale ungherese non esiste un diritto di rifiutare l'aiuto offerto dallo Stato*, in *Dir. comp.*, 18 luglio 2019.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012, 139 ss.

colazione degli strumenti di valutazione e delle “tecniche decisorie” del giudice costituzionale, ad essere quelle potenzialmente più interessanti per un’indagine penalistica²⁰: anche perché risultano – sino ad ora – quelle meno investigate nello specifico contesto penale.

In questa prospettiva, appaiono di particolare rilievo, specialmente, due “pilastri teorici” dell’attuale riflessione costituzionalistica: il giudizio di proporzionalità e la dottrina del *chilling effect*.

Scopo della presente ricerca sarà proprio quello di vagliare, sia sul piano dell’analisi teorica, sia sul piano della più recente casistica giurisprudenziale di molti autorevoli tribunali costituzionali e sovranazionali, se e come tali cardini concettuali della scienza costituzionalistica possano trovare applicazione nell’ambito delle scelte di criminalizzazione.

Inevitabilmente, a percorrere l’intera indagine vi è la questione della legittimazione del controllo di costituzionalità in una democrazia, che peraltro può declinarsi secondo diversi, pressanti interrogativi: l’istanza di difesa dei diritti fondamentali dinanzi alle scelte di criminalizzazione del legislatore democraticamente legittimato – fortemente avvertita nella penalistica – è segno di «un’evidente cultura aristocratica», di un «antico pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo radicato in tanta parte della cultura giuridica europea»²¹? Oppure, *a contrario*, prendendo a prestito la puntuale presa di posizione di Justice BRENNAN «coloro che vorremmo bandire dalla società o dallo stesso consorzio umano parlano spesso con una voce troppo flebile per essere ascoltata sopra la richiesta di punizione della società [...]», cosicché «è proprio il ruolo precipuo delle corti quello di ascoltare queste voci, poiché la Costituzione afferma che il coro maggioritario non può da solo dettare le condizioni della vita sociale»²²?

Il tema della fissazione di limiti vincolanti alla discrezionalità del legislatore nelle scelte di criminalizzazione allora, lungi dall’essere una questione di mera tecnicità giuridica, si offre come preziosa cartina al tornasole per scandagliare le concezioni di democrazia e di stato costituzionale di diritto, le impostazioni del rapporto tra regola democratica e tutela dei diritti fondamentali dei singoli, le precom-

²⁰ Letture accomunate nella riflessione italiana, pur nelle loro differenze, nella categoria concettuale del “neocostituzionalismo”, cfr. G. BONGIOVANNI, (voce) *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, 749 ss.

²¹ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661.

²² Nella sua celebre *dissenting opinion* in U.S. Supreme Court, 481 U.S. 279 (1987), *McCleskey v. Kemp*, 279.

prensioni profonde in materia di separazione dei poteri e di rapporto legislatore-giudice costituzionale²³.

Ed in questa prospettiva si proverà ad indagare tale tema, mettendo in luce la dimensione attuale del problema, a partire dalla cornice teorica di inquadramento, le sue più aggiornate direttrici di senso, le esemplificazioni più critiche – e “sfidanti” – emerse nella giurisprudenza delle corti supreme, le linee di sviluppo e le proposte di soluzione che, nel farsi dell’indagine, si intendono prospettare.

Nel primo capitolo del lavoro ci si impegnerà a fissare i contorni metodologici della ricerca, chiarendo i confini del suo oggetto, con riguardo sia al suo ambito di applicazione sia alla tipologia di limiti alle scelte di criminalizzazione che saranno esaminati.

Si passerà poi, nel secondo capitolo, ad esaminare distintamente le diverse letture della costituzione succedutesi nella dottrina costituzionalistica, soffermandosi in particolar modo sulla profonda differenza di impostazione teorica (e pratica) tra visioni “coerentiste” e “pluraliste” del testo costituzionale. Di fondamentale rilievo, nella prospettiva di questa indagine, sarà la concezione, in esse molto differente, delle modalità attraverso le quali i diritti fondamentali operano all’interno dell’ordinamento giuridico. A margine di ciascuna di tali letture della costituzione si cercherà di rintracciarne il *pendant* teorico nella dottrina penalistica, apprezzandone i punti di forza e le criticità rispetto alle direttrici metodologiche fissate in precedenza.

Il terzo capitolo sarà interamente dedicato a declinare il giudizio di proporzionalità relativo alle ingerenze statali nei diritti fondamentali in ambito penale. Le peculiarità dello *ius puniendi*, già a partire dalla stessa struttura composita della norma penale, rendono infatti necessario un più attento vaglio e una diversa sistematizzazione della struttura canonica di tale giudizio per come ricostruita dalla scienza costituzionalistica. In questa, più recente, prospettiva *rights-based* del tema dei limiti del potere punitivo, le ragioni di tutela avanzate dal legislatore saranno vagliate alla luce delle ingerenze da esse provocate nella sfera di libertà – e nella “quota di diritti” – dei consociati. A questo fine, ci si dovrà anzitutto confrontare con una puntuale mappatura dei molteplici diritti fondamentali aggrediti dalle scelte legislative di criminalizzazione, con la «topografia degli interessi in con-

²³ Cfr. anche nello stesso senso, pur con riguardo specifico al principio di offensività, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 352, che osserva come questo principio più di ogni altro ponga «la Corte costituzionale di fronte alla tensione tra garanzia e democrazia».

flitto», prima di comprendere le modalità di sindacato della ragionevolezza del bilanciamento legislativo da parte del giudice costituzionale. Si tenterà a quel punto di confrontare tale approccio orientato ai diritti fondamentali con lo strumentario concettuale classico della dottrina penalistica in materia di limiti alle opzioni punitive statali (bene giuridico, offensività, *harm principle*, etc.), facendo emergere le comunanze e le diversità di prospettiva.

Non si ometterà di analizzare l'applicazione pratica di questo schema di giudizio, setacciando i tracciati giurisprudenziali di alcuni tra i più eminenti tribunali costituzionali. Questa rassegna casistica potrà rivelarsi di duplice utilità: da un lato, consentirà di meglio comprendere – dopo averli analizzati *in vitro* – i vari passaggi del giudizio, alla luce di esempi concreti; dall'altro, potrà mostrare la capacità di penetrazione di questo schema argomentativo, in relazione alla varietà di questioni problematiche cui è stato applicato nei diversi, autorevoli arresti giurisprudenziali scandagliati.

Si introdurrà in seguito, nel capitolo quarto, la dottrina – tratta ancora una volta dalla “parte generale” dello studio costituzionalistico dei diritti fondamentali – del “*chilling effect*”, descrivendone il funzionamento, i fattori “reagenti” e le tecniche di minimizzazione, per poi trasporla nel giudizio di proporzionalità sulle scelte di criminalizzazione. In questo contesto, alla considerazione dell'ingerenza nei diritti fondamentali del singolo si sostituirà uno sguardo grandangolare sulle più ampie conseguenze sui quadri di attività sociale e/o economica attinti dalle diverse opzioni incriminatrici. Anche a questo riguardo, l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali di particolare rilievo servirà a saggiare le “prestazioni” *in action* di questo concetto.

Analizzato in ogni suo aspetto, il giudizio di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione potrà allora essere osservato, nell'ultimo capitolo della trattazione, nella sua fase dinamica, tentando di ricostruirne l'impiego nella complessa articolazione di sfere di competenza tra giudice costituzionale e giudice comune. Si dovranno qui soppesare, conclusivamente, vantaggi e limiti delle diverse tecniche decisorie dell'uno o dell'altro, cercando di derivarne utili indicazioni per gli esiti ricostruttivi di questa indagine.

