

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

MARIO ROMANO

LA LEGITTIMAZIONE DELLE NORME PENALI:
ANCORA SU LIMITI E VALIDITÀ DELLA TEORIA
DEL BENE GIURIDICO (*)

1. Tra i lavori più significativi degli ultimi anni di Claus Roxin vi sono le pagine dedicate ai limiti del diritto penale. “Che cosa può lo Stato assoggettare a pena?” è il titolo di uno stimolante saggio¹, nel quale l'autore ritorna su un tema che aveva tratteggiato anche nelle prime pagine del volume I del suo straordinario manuale, un tema che rappresenta un passaggio obbligato per ogni studioso della nostra disciplina. Conoscere cosa lo Stato può o non può fare, quali comportamenti può o non può punire, è importante non solo per la teoria della legislazione, ma soprattutto per comprendere gli spazi di libertà dei singoli, almeno quegli spazi non comprimibili da interventi legislativi affidati al ramo potenzialmente più severo dell'ordinamento giuridico. Impresa meritoria, doverosa ma difficile, poiché coinvolge i rapporti tra autorità e individuo: postulando da un lato sistemi politici democratici e regimi parlamentari, dall'altro il rigoroso rispetto del principio di legalità, si tratta di reperire, se vi sono, i limiti dei poteri di maggioranze regolarmente emerse da libere consultazioni elettorali. Vorrei anch'io tornare in breve sull'argomento, riprendendo alcuni rilievi in parte svolti in passato² e cercando di meglio precisare il mio pensiero: desidero farlo – nel sempre vivido ricordo di comuni, per me proficue discussioni – in amichevole dialettica con l'insigne Maestro monachese al quale molti di noi devono molto.

2. La tesi di Roxin è troppo nota perché occorra indugiare su di essa. Muovendo dal concetto materiale del reato, egli ricava il concetto di bene giuridico dai compiti del diritto penale. Sulla base di questi compiti, intende come beni

* È la versione italiana del saggio „Zur Legitimation der Strafgesetze”, destinato agli *Scritti per l'80.mo compleanno di Claus Roxin*.

¹ C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation der Strafdrohungen*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 715; ma anche in *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, a cura di Fernando Pérez Álvarez, Salamanca, 2007, p. 671.

² M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus* 1985, p. 413; poi anche *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano, 2004, p. 299 ss.

giuridici tutti quei dati o obiettivi di scopo (*Zwecksetzungen*) necessari per il libero sviluppo della persona, per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali e per il funzionamento di un sistema statale fondato su tale rappresentazione di scopo³. Con questo concetto di bene giuridico, che affonda le proprie radici nell'illuminismo e origina dalle teorie contrattualiste dello Stato, si comprendono subito i reati più elementari: l'omicidio, le lesioni personali, il furto e la truffa. Ma una società moderna non potrebbe assicurare una pacifica convivenza civile senza che si amministri giustizia, o che si abbia cura della moneta o si prelevino imposte. Accanto alla vita, alla salute, alla proprietà, vengono così a collocarsi beni universali, che riguardano l'intera collettività. Bisogna però guardarsi – prosegue l'autore – dall'assecondare l'affermazione di beni giuridici solo apparenti, ovvero di beni la cui violazione non ridondi a danno del singolo. Roxin condivide la teoria personale del bene giuridico, secondo la quale i beni collettivi, per essere posti a base di norme penali, devono servire all'individuo, vale a dire lasciarsi di volta in volta provare quali interessi mediati della singola persona⁴. Grazie a questi requisiti, un siffatto concetto di bene giuridico si presenta "critico rispetto al sistema": esso non si limita infatti a costituire – come sostiene la concezione metodologica – un semplice aiuto interpretativo "immanente al sistema", ma è in grado invece di segnare i confini del potere di punire del legislatore.

È a questo punto che Roxin avvia una dettagliata indagine volta a indicare cosa *non* è un bene giuridico, ovvero cosa *non basta* al legislatore per introdurre norme penali. E dalla ricerca di beni giuridici capaci di fondare la norma penale che intenda tutelarli si dipana una lunga serie di "no"⁵. Non proteggono beni giuridici norme che violano diritti fondamentali, oppure motivate arbitrariamente o sul solo terreno ideologico. Non legittima la creazione di un *Tatbestand* la mera descrizione legale di rappresentazioni di scopo (ad es.: l'esistenza di una società libera da droghe lascia non risposta la domanda se la condotta vietata pregiudichi la pacifica convivenza). Non ledono beni giuridici la semplice immoralità, la contrarietà ai buoni costumi o la riprovevolezza di un comportamento. Non è ragione sufficiente per una pena la contrarietà dell'atto alla propria digni-

³ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, I, München, 2006, p. 16.

⁴ In particolare, W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di H. Scholler e L. Philipps, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.; W. HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, p. 160. Alcune valutazioni dell'apporto critico della teoria, ora, in „*Personale Rechtsgutslehre*“ und „*Opferorientierung im Strafrecht*“, a cura di U. Neumann e C. Prittwitz, Frankfurt am Main, 2007.

⁵ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 18 ss.

tà o alla “dignità dell’uomo” (ad es.: il commercio di organi umani destinati al trapianto). La tutela penale dei sentimenti può ammettersi unicamente quando le condotte altrui pregiudichino il senso di sicurezza. Non possono essere puniti comportamenti che possano consapevolmente cagionare danno solo a sé stessi. Sono da respingere norme penali in prevalenza simboliche. Non sono beni giuridici i tabù, né lo sono oggetti tutelati di inafferrabile astrattezza.

Al termine di questa scrupolosa analisi, l’autore si dice convinto della forza di persuasione del principio della protezione dei beni giuridici. È vero che esso non offre soluzioni automatiche, ma si presta tuttavia a fornire concrete linee argomentative, idonee a consentire una razionale discussione sui poteri punitivi dello Stato e a contribuire in tal modo a impedire una incostituzionale sovraestensione di interventi di penalizzazione⁶.

3. Il quadro che ne risulta è ammirevole e la trasparente ammissione, da parte di Roxin, delle serie difficoltà in cui la teoria si dibatte, insieme alla prudenza e ai toni sfumati che l’autore ha cura quasi sempre di adottare, è tanto apprezzabile quanto lo è la fierezza nell’indicarla come ultimativo, decisivo baluardo liberale.

Sui due punti di partenza il mio accordo con Roxin è totale: sui compiti del diritto penale e sull’acuto bisogno di delimitazione del potere punitivo dello Stato.

Quanto al primo, anch’io sono tra coloro che identificano il compito del diritto penale nella tutela della persona umana nella società. Il diritto penale contribuisce a conservare l’ordine sociale e le condizioni essenziali di una civile convivenza. Malgrado le sue evidenti *défaillances*, è un potente fattore di socializzazione: con la minaccia delle pene e l’intimidazione cui sono dirette, e soprattutto con i confini della libertà di agire che diffonde e l’adeguamento che suggerisce, esso codetermina e rafforza l’atteggiamento di fedeltà al diritto e alle esigenze della vita associata⁷.

Quanto al bisogno di delimitazione, poi, il problema è davvero stringente. È un problema di garanzie, anzitutto: il rischio di prevaricazione dei pubblici poteri non è affatto scongiurato anche ai nostri giorni e non ne sono esenti neppure le sane moderne democrazie. Inoltre, il problema è di efficienza. Tanto più numerose sono le fattispecie penali, tanto meno praticabile è la loro applicazione; tanto più ne cresce la disapplicazione, tanto meno sono efficaci sul

⁶ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29.

⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico* (nota 2), p. 9.

piano dell'intimidazione e della prevenzione generale. Non solo. L'efficienza poggia su una collaborazione tra i diversi rami dell'ordinamento e sulla equilibrata gradualità del loro intervento. Inutile, anzi dannoso, introdurre norme penali là dove norme meno impegnative sarebbero verosimilmente sufficienti o assicurerebbero i medesimi risultati. Illusorio, oltre tutto, ritenere che norme penali possano da sole rimediare all'assenza di essenziali controlli preventivi che altri rami dell'ordinamento potrebbero dominare più agevolmente e con minor dispendio, di risorse economiche e di sofferenze umane.

4. Riconosciuto senza difficoltà che le ragioni per fissare dei limiti al diritto penale sono molteplici e robuste, vi è da chiedersi nondimeno se il bene giuridico sia lo strumento idoneo a tale scopo. I dubbi cominciano qui.

Intanto, il concetto stesso di bene giuridico è almeno in parte oscuro⁸. Roxin riporta accuratamente un lungo elenco di definizioni dottrinali, che già da sole (malgrado non siano tutte) mostrano a chiare lettere tale incertezza. E neppure la definizione formulata dall'autore pare in grado di fornire prestazioni decisive.

La realtà è che quante volte ci si allontana da pochi beni individuali fondamentali quali la vita, l'incolumità personale, la libertà, il patrimonio, si è costretti a collocare accanto a essi anche non ben precisati "obiettivi di scopo", o "unità di valori", o coaguli di interessi riguardanti l'intera collettività: beni finali e beni strumentali, beni reali e funzioni di organi dello Stato per garantirli il meglio possibile. Non si può fare a meno, cioè, di considerare beni giuridici anche valori diversi e svariati, riguardanti l'ordinato svolgimento della vita sociale: lo Stato e le sue istituzioni, la salute collettiva, la fede pubblica, l'amministrazione della giustizia, la sicurezza alimentare, la disciplina della circolazione stradale, la regolamentazione dei mercati finanziari, ecc.). Tutti beni importanti, ma che non sembrano delimitabili *a priori*. E non essendo possibile *ex ante* la loro delimitazione, si cerca di comprimerne il rilievo mediante ulteriori qualificazioni che, come la concreta "tangibilità", o "afferrabilità", possono dirsi validi soltanto al fine di una desiderabile restrizione di massima.

La stessa obiezione – si noti – vale per la teoria personale del bene giuridico citata poc'anzi: a quale punto, infatti, la lesione di un bene universale può dirsi toccare anche la singola persona, o singole determinate persone? Proprio per i beni di fondamentale importanza ai quali detta impostazione si riferisce, è inevitabile un'anticipazione della tutela fondata sulla punibilità di comporta-

⁸ Sviluppi in questa direzione già nel mio *Legislazione penale* (nota 2), p. 417 ss.

menti anche lontani da una dimensione concretamente lesiva del singolo bene giuridico. Lo dimostrano i reati di pericolo astratto, che per molteplici ragioni sono verosimilmente ineliminabili nei nostri sistemi penali. Ora, se schemi del genere sono inevitabili, l'ancoraggio che il bene giuridico vorrebbe (dovrebbe) rappresentare si fa molto meno solido, poiché qualsiasi penalizzazione di condotte *in sé stesse* scarsamente significative potrebbe spiegarsi come tutela di re-moti, fondamentali beni giuridici.

Ancora. I beni giuridici non sono una prerogativa del diritto penale. Anche quelli tutelati da altri rami dell'ordinamento sono beni giuridici: lo sono ad es. la correttezza dei rapporti tra privati di cui si occupa il diritto civile, la funzionalità dell'agire degli organi pubblici oggetto del diritto amministrativo, gli obblighi relativi a imposte e tasse che interessano il diritto finanziario. Ora, quale dovrebbe essere la differente, *speciale* qualità dei beni giuridici che *soli* legittimerebbero l'intervento *penale*?

5. Un noto tentativo di risposta in questa direzione ravvisa tale speciale qualità del bene giuridico nel suo legame con la Costituzione: solamente beni di rango costituzionale potrebbero essere posti a fondamento di norme penali⁹. La prospettiva è interessante, perché richiede nella singola norma penale (in *ciascuna* norma penale) la presenza di un elemento necessario (appunto un *determinato* bene giuridico) da rapportare di volta in volta alla fonte normativa superiore, dalla cui "approvazione" trarrebbe la sua legittimità. Prospettiva interessante, dicevo, poiché non può ovviamente che essere la Costituzione a segnare limiti invalicabili e *controllabili* al potere punitivo del legislatore. Ma orientata in senso sostanziale, la tesi che identifica i beni giuridici *a priori* tutelabili nella Costituzione non è sostenibile. Se il riferimento alla Costituzione si intende come

⁹ Nella dottrina italiana, in parte ispirata sull'argomento a quella tedesca, il riferimento d'obbligo per questa prospettiva è a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 15 ss. Nel medesimo solco, importante anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 152 ss. La teoria ha avuto negli anni più critici che seguaci (cfr. G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001, p. 496 ss., ove riferim.), ma le va riconosciuto il merito di aver contribuito alla sensibilizzazione di un'intera generazione di studiosi ai profili costituzionali dell'illecito penale: così, condivisibilmente, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 66 ss. Un'articolata valutazione degli splendori e della crisi della teoria, con un tentativo di rinverdimento non privo di interesse, si trova in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 47 ss., 158 ss. Sulla teoria, adesivamente, da ultimo, A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia, München, 2009, p. 120.

diretto e specifico, infatti, l'elenco dei beni è presto esaurito. Se invece il riferimento si intende anche solo indiretto o mediato, l'indicazione diviene priva di reale informatività e ogni limite praticabile al diritto di punire salta¹⁰.

Detto in altro modo. Una Costituzione, sebbene ponga in primo piano regole e valori fondamentali per i cittadini e le istituzioni, non può mai essere concepita come un catalogo *finito* di beni, perché ciò equivarrebbe a renderla impenetrabile alle dinamiche della realtà sociale e ai mutamenti inevitabilmente portati dal trascorrere del tempo. Prima di essere giuridici, infatti, i beni sono valori della vita degli uomini, valori che in buona parte seguono l'evoluzione della realtà, affermandosi quale composizione dei conflitti che insorgono nella società. Pretendere dunque che i beni possibili oggetti di protezione penale siano prima ancora *già* beni giuridici perché *già* costituzionali non pare accettabile: o si tratta di una mera finzione, oppure si postula riduttivamente la carta costituzionale come un sistema normativo chiuso¹¹.

6. Del resto, Roxin riconosce esplicitamente il condizionamento temporale dei beni giuridici. Si rende perfettamente conto che i trecento anni trascorsi dal secolo dei lumi non possono non avere portato alla ribalta altri beni da tutelare anch'essi mediante norme penali. Sottolinea dunque la necessità di un ampliamento (*Erweiterung*) dei beni giuridici in un diritto penale moderno. Sposta allora l'attenzione su alcuni esempi di beni che, un tempo impensabili (o inesistenti), sono invece divenuti consistenti ai nostri giorni¹².

Un primo esempio è l'embrione umano. Anche se non lo si può parificare a un uomo già nato, come vorrebbe una corrente fondamentalista, poiché gli manca ancora la qualità di persona, l'embrione nasconde in sé un potenziale uomo: non si può dunque non ritenerlo un bene giuridico. Anche se si trova al di fuori del corpo materno, occorrerà allora far luogo, nei confronti di possibili manipolazioni, a un'anticipazione della tutela penale, del genere di quella che, seppure con diverse modalità, viene offerta in relazione all'aborto.

Beni giuridici nuovi, inoltre, tali da superare il concetto a noi tramandato di bene, devono considerarsi anche gli animali e le piante. In epoche passate non si badava alla loro protezione, in quanto la distruzione di vasti settori della creazione nelle dimensioni in cui avviene oggi non era immaginabile; ma ai nostri giorni lo Stato può a buon diritto includere nella sfera d'azione delle

¹⁰ Analogamente, M. DONINI, *Il volto attuale* (nota 9), p. 70.

¹¹ Così già nel mio *Legislazione penale* (nota 2), p. 420.

¹² C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29 ss.

norme penali animali e piante, anche quando non rivestono alcuna utilità per l'esistenza dell'uomo nella società. Per gli animali, in particolare, che un tempo rappresentavano un argomento imbarazzante per la teoria dei beni giuridici, lo stesso Grundgesetz, al § 20°, legittima ora una siffatta estensione della tutela di natura penale.

La tutela dei beni giuridici, infine, deve estendersi sino a ricomprendere anche la vita delle future generazioni. Lo Stato, in nome della solidarietà nei confronti dei nostri discendenti, porta la responsabilità della conservazione delle risorse della terra (ancora il § 20a GG: "le basi naturali della vita"), mentre noi le dilapidiamo abbattendo le foreste e distruggendo il clima e, nell'interesse della nostra prosperità economica, inquinando il mondo con sostanze dannose. Hanno ragione coloro che da tempo, ponendo in primo piano i valori dell'ecologia, chiedono che si assicuri il domani mediante gli strumenti del diritto penale, cioè mediante "norme comportamentali orientate al futuro", anche se non abbiano "riferimento a interessi individuali". Non è però esatto – conclude Roxin – sostenere in proposito che in questo modo si abbandona il concetto di protezione dei beni giuridici, poiché in realtà esso non viene abbandonato ma soltanto ampliato. L'obbligo di conservare l'ambiente naturale, infatti, corrisponde a una "norma fondamentale universale", che assume priorità rispetto agli interessi dei singoli della presente generazione¹³.

7. Diviene chiara, a questo punto, l'obiezione di fondo contro la teoria dei beni giuridici, o meglio contro la tesi secondo cui il potere di punire dello Stato troverebbe il suo limite nel concetto di protezione di beni previamente identificati, che soli consentirebbero di essere posti a legittimo fondamento di norme penali.

Riconoscere che i beni giuridici sono storicamente condizionati equivale ad ammettere che essi nascono e muoiono a seconda delle rappresentazioni culturali e/o delle intese sui valori che emergono nella società nei diversi periodi. Roxin giustamente insiste su tale mutevolezza (*Wandelbarkeit*) del concetto di bene giuridico. La esemplifica con il caso di atti esibizionistici, che oggi sono legittimamente reato in quanto suscitano nelle donne il timore di essere vittime di un'aggressione sessuale, ma che in futuro, se apparissero soltanto come il sintomo innocuo di un disturbo psichico, potrebbero non esserlo più; oppure con il caso del materiale pornografico, la cui circolazione tra adulti è oggi essenzialmente non punita, ma che potrebbe esserlo un giorno se si constatasse

¹³ Ancora C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 29.

che il consumo di pornografia o di alcune sue forme porta ad un considerevole aumento di delitti sessuali¹⁴.

Ora, già per questa “erraticità” dei beni giuridici, la loro funzione di limiti del potere statale non pare teorizzabile. Inoltre, quando si indagano tali limiti sarebbe opportuno precisare quale diritto penale e quali pene si abbiano in mente. Perché se ci si attesta sul terreno consueto comune ai nostri sistemi, tedesco o italiano, il legislatore dispone com’è noto, per i suoi interventi, di una gamma molto ampia di sanzioni, che vanno dalle pene detentive, a vita o a termine, sino a pene pecuniarie, delle quali è opinione diffusa e fondata che possono a loro volta svolgere un compito non trascurabile.

La puntualizzazione è importante, perché se il campo d’azione del diritto penale assume le dimensioni segnate dall’intero arsenale delle pene disponibili, la delimitazione mediante il concetto di bene giuridico risulta ancora più problematica. Pare infatti illogico postulare la necessità di un bene giuridico di particolare rilievo quando sia possibile impegnare, nel caso della sua lesione, una pena pecuniaria di modeste proporzioni. Non solo. La competenza del potere di punire dei nostri ordinamenti prevede da tempo, accanto al diritto penale tradizionale, un sempre più florido e pingue settore affidato agli illeciti amministrativi, dei quali Roxin a ragione afferma che possono anch’essi tutelare beni giuridici (come negli esempi, da lui proposti, del disturbo della quiete pubblica o dei divieti di parcheggio), rispondendo ai principi di sussidiarietà e al carattere bagatellare della loro lesione. Anch’io sono di questo parere, ma è agevole osservare che in tal modo il concetto stesso di bene giuridico si stempera, divenendo via via sempre più evanescente e pertanto meno capace di delimitare.

8. Questa perdita di incisività del bene giuridico idoneo a legittimare norme penali merita di essere considerata in rapporto ad alcuni casi menzionati nella lunga lista roxiniana di rigetti di beni giuridici idonei a legittimare norme penali. Riguardo al commercio di organi destinati a trapianti a fini terapeutici o alla manipolazione di gameti umani, Roxin afferma che gli attuali divieti penali non possono trovare giustificazione nella violazione della dignità dell’uomo. Tale giustificazione, anzi, si oppone alla liceità di dette condotte, che seppure con opportune regolamentazioni sarebbero importanti per salvare delle vite umane o evitare alla progenie, in futuro, gravi malattie ereditarie. Le norme vigenti, dunque, non rispecchiano il principio della protezione dei beni giuridici, perché

¹⁴ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 33.

le condotte vietate non danneggiano né la sicurezza né la libertà di alcuno¹⁵.

Ma pare difficile sostenere che la dignità dell'uomo, della cui conservazione e rafforzamento abbiamo tutti un gran bisogno, non sia bene giuridico sufficiente a legittimare norme penali (e infatti Roxin stesso ne ammette in un altro esempio il rilievo), specialmente quando la stessa regolamentazione che si auspica potrebbe essere presidiata mediante semplici pene pecuniarie e quando si ammetta – come si è appena visto – che possono essere beni giuridici adeguati anche quelli alla base di illeciti amministrativi.

Per altri casi, poi (ad es. per ciò che concerne l'acquisto e il possesso di droghe d'ogni genere), l'autore si sofferma sulla mancanza di un concreto danno ad altri: danno che solo, secondo il più accreditato canone liberale, potrebbe fondare le norme penali¹⁶. Ma è noto come anche il principio del danno sia controvertibile, perché non riesce a chiarire a quale danno e a quale altro si riferisce. Il rifiuto netto di forme moderate di paternalismo legale, non infrequenti nei sistemi giuridici anglosassoni, non sembra a me sostenibile¹⁷. Non si tratta di negare un amplissimo spazio alla libertà individuale, ma di riconoscere che essa non può essere assoluta. L'imposizione del casco al motociclista o della cintura di sicurezza all'automobilista è certo paternalistica, mirando in primo luogo a proteggere loro stessi. Ma alla pretesa libertà dei singoli di non indossarli finiscono poi per corrispondere costi sociali, di cure e ospedalizzazioni a seguito di incidenti, che gravano sull'intera comunità. Un così scrupoloso rispetto della libertà del singolo, a fronte di tutto sommato lievi interferenze come il casco o la cintura di sicurezza, pare a me degno di miglior causa. Voglio dire che l'obbligo legale di indossarli, suffragato da statistiche che mostrino la riduzione dei danni da scontri o da cadute, non sembra intollerabile. Se un legislatore contemporaneo, costretto a confrontarsi ogni giorno con i rischi delle congestioni del traffico stradale, prevede per la trasgressione una sanzione penale o amministrativa, è difficile opporre altro argomento che non sia una pregiudiziale, postulata, sconfinata ma poco sensata libertà individuale¹⁸.

¹⁵ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 21.

¹⁶ Sull'omogeneità tra il principio del danno e la teoria del bene giuridico, quest'ultima come versione continentale del primo, v. il mio *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984, ove riferim. Per un'ampia tematizzazione del principio del danno nella recente dottrina italiana, DONINI, „Danno“ e „offesa“ nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione „personalistica“ della tutela penale*, ivi, p. 597; G. FRANCOLINI, *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, ivi, p. 276.

¹⁷ Sviluppi in *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 994 ss.

¹⁸ *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 996.

9. Rilievi analoghi potrebbero svolgersi in rapporto ad altre disposizioni penali che paiono oggi tutelare soltanto tabù o che possono apparire prevalentemente simboliche. Non penso che se ne possa negare previamente la legittimità adducendo che non tutelano beni giuridici, dovendosi prestare attenzione non solo al danno attuale di persone “in carne ed ossa”, ma anche agli effetti di determinate condotte sulla società in cui viviamo e dunque sui rapporti interpersonali del domani. Norme penali come l’incesto, o in tema di sostanze stupefacenti, anche di droghe leggere, ecc., del resto ancora oggi in vigore in moltissimi sistemi contemporanei, non possono a mio avviso ritenersi *a priori* illegittime¹⁹. Ancorché siano ovviamente tutte, nessuna esclusa, in qualche misura opinabili.

Vorrei anzi osservare, a tale riguardo, che in parecchi dei casi discussi da Roxin sembra emergere più un dissenso dell’autore circa l’*opportunità* di norme penali per contrastare certe condotte, che non propriamente l’assenza di un sottostante bene giuridico *idoneo*. E sull’opportunità di certe norme penali vigenti io stesso nutro spesso forti dubbi. Devo dire inoltre che su talune delle soluzioni cui Roxin perviene non posso che concordare. Un esempio. Anch’io penso che non sia il caso di affrontare con una norma penale il problema del negazionismo. Ma non condivido la ragione addotta da Roxin, secondo cui la norma penale tedesca non sarebbe legittima perché “prevalentemente simbolica”²⁰. La norma che punisce il negazionismo, infatti, è da respingere in virtù della massima libertà di espressione e di ricerca che un ordinamento democratico deve garantire a ciascuno²¹. Aggiungo, tuttavia, che una norma penale del genere mi parrebbe invece non solo legittima ma anche accettabile se le condotte vietate (di negazione, approvazione, o minimizzazione di taluni fatti relativi all’olocausto) fossero punibili se tenute in circostanze di tempo e di luogo in concreto pericolose per la pace pubblica²².

10. Negare che i beni giuridici siano decisivi per una delimitazione *previa* del potere punitivo statale non significa escludere un loro contributo alla comprensione del reato sotto molteplici aspetti. Compito del diritto penale, infatti, resta non solo e non tanto la garanzia della validità delle norme²³, ma la protezione

¹⁹ Sul punto, *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 989.

²⁰ C. ROXIN, *Strafrecht* (nota 3), p. 27.

²¹ Ancora *Danno a sé stessi* (nota 16), p. 994.

²² Per questa conclusione, riguardo all’eventuale (ma non necessaria!) introduzione in Italia di una norma penale relativa al negazionismo, M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 502.

²³ Come ritiene G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Berlin-NewYork, 1991, p. 9. Critico

di beni giuridici ad esse preesistenti. E ai beni giuridici devono riconoscersi non trascurabili funzioni: una funzione dogmatica, utile per la ricognizione del sistema penale; una funzione classificatoria, al fine del raggruppamento dei reati in un ordine legale che rispecchi una tendenziale gerarchia di valori; una funzione interpretativa, di aiuto, dall'esterno del reato, alla comprensione del suo significato. È pretesa eccessiva far dipendere la legittimazione di una norma penale dalla speciale "qualità" di questo o quel bene giuridico, ma ai beni giuridici è senza dubbio affidata – come Roxin a ragione limpidamente sottolinea – una rilevante funzione critica di orientamento di politica criminale.

È vero peraltro che il concetto di bene giuridico rimane caratterizzato da una congenita, intrinseca genericità²⁴. Convenzionalmente, i beni possono definirsi "unità funzionali di valore" che si aggregano dal libero pluralismo di idee nella società, nel quale si scontrano e si ricompongono gli interessi dei singoli e delle formazioni sociali. Anche così intesi, tuttavia, va detto che – come afferma la teoria liberale in questione – i beni non sono creati di volta in volta dal legislatore a suo piacimento. Non sono un suo "prodotto", né sono una mera abbreviazione dell'idea di scopo. Essi preesistono al legislatore, al quale spetta di interpretare i segnali che, provenendo dalla società, gli additano concreti valori da proteggere mediante leggi anche penali. In questo processo di identificazione dei beni il diritto penale non è *di per sé* speciale rispetto agli altri rami dell'ordinamento, perché anche questi ultimi – come si è detto – si propongono la difesa di beni: il qualcosa in più che legittima la pena è da trovare *al di fuori* del bene stesso.

Ciò porta a escludere l'ammissibilità di un effettivo controllo della Corte costituzionale sulla reale significatività del bene giuridico tutelato. Per questo già in passato ho creduto di poter affermare che, *con riferimento al ruolo assegnabile al bene giuridico*, sul terreno costituzionale è illegittima soltanto una "tutela penale del nulla", o "del puro inconsistente"²⁵: perché sino a questa linea estrema è soltanto il legislatore – il parlamento, in un ordinamento democratico espressione della sovranità popolare – a porsi come legittimo interprete della meritevolezza e del bisogno di pena presenti nella società.

11. È allora inevitabile concludere che il diritto penale dei nostri ordinamenti potrebbe senza problemi assumere dimensioni sconfinata? Assolutamente no.

U. NEUMANN, »*Alternativen: keine*«.- *Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre*, in "Personale Rechtsgutslehre" (nota 4), p. 88.

²⁴ Così ancora, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 128 ss. e F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*³, Torino, 2008, p. 63 ss., entrambi con cospicui sviluppi.

²⁵ *Commentario sistematico* (nota 2), p. 304.

Certo, è al legislatore, alle maggioranze democraticamente elette, che è affidato, per un periodo più o meno lungo, il compito di provvedere al reggimento della cosa pubblica²⁶. È al legislatore, non ad altri, che spetta di volta in volta di cogliere quel nesso essenziale tra società e leggi che solo può vivificare l'arida normatività del diritto. Ma è indubbio che nell'individuare i beni da proteggere con le pene più afflittive di cui dispone (esborsi patrimoniali e limitazioni della libertà personale, cui si aggiungono il "peso" e il dramma del processo penale, con il frequente, connesso stigma sociale), il legislatore non è arbitro insindacabile delle sue scelte. Proprio la gravità *di principio* dell'intervento penale gli impone di meditare *in modo speciale* sull'opportunità o meno di attuarlo. Dovrà ricercare ampio consenso sociale ed estese convergenze parlamentari, procedendo con ogni cautela possibile: sul piano della creazione o meno di reati come su quello del tipo e dell'entità delle pene. Dovrà ancorare ogni previsione di reato, insomma, a una condivisa, "verificabile" dannosità sociale: sebbene non delimitabili *ex ante*, i beni giuridici stanno a rappresentare il momento dell'offesa, della lesione necessaria in ogni reato. Il principio del *diritto penale del fatto*, ricavabile dalla Costituzione del mio Paese, resta pur sempre un "must" per il legislatore, con le conseguenze che ciò comporta.

È vero che ciò vincola il legislatore essenzialmente sotto la sua responsabilità morale e politica. Ma non si sottovaluti l'appello che spesso giustamente gli si rivolge, affinché si attenga sempre nei fatti a una "politica dei beni giuridici". Al di là dei toni declamatori con cui viene talora proposta, l'espressione rappresenta realmente una "direttiva di livello costituzionale"²⁷, una divisa eloquente per denunciare la forte, irrinunciabile esigenza di quel contenimento numerico e qualitativo delle norme penali che, suggerito anche dal principio di sussidiarietà, è condizione per un soddisfacente funzionamento dell'intero sistema. "Politica dei beni giuridici" da intendere – ripeto – non nel senso che per la legittimità costituzionale della norma penale debba trovarsi alla sua base un bene giuridico di speciale "qualità", bensì nel senso che la condotta vietata deve recare una "plausibile" dannosità per l'uomo o per la società. Come dicevo, la Corte costituzionale, organo non elettivo e come tale politicamente non responsabile, non potrà dichiarare illegittima una norma per l'inadeguatezza di

²⁶ Come bene è stato detto (pur dopo avere ribadito che "il diritto penale è l'*ultima ratio*, l'ultimo mezzo disponibile per proteggere un interesse della generalità..."): "Sulle occasioni, gli scopi, gli strumenti degli obblighi e dei divieti penali decide di volta in volta il legislatore". Così W. HASSEMER, *Abweichende Meinung*, I, lett. a) e b), in BVefG, 2 NvR 392/07 del 26 febbraio 2008.

²⁷ Così C. PEDRAZZI, *Presentazione a Studi in onore di Giorgio Marinucci* (nota 1), p. XV.

un bene ritenuto meritevole e bisognoso di tutela penale da parte del legislatore, se non quando la norma, ad onta dei propositi di chi l'abbia introdotta, non protegga in realtà alcunché. L'incostituzionalità, invece, potrà emergere dall'*intera fattispecie astratta di reato*, per l'inosservanza delle procedure previste per il varo delle leggi, o per la violazione dei diritti fondamentali del singolo e del principio di ragionevolezza, ispirato alla coerenza logica dell'ordinamento e al principio di eguaglianza²⁸.

²⁸ Qui effettivamente pare auspicabile un sempre più coraggioso e incisivo ruolo delle nostre corti costituzionali. Sull'esigenza di coerenza interna del sistema penale nel suo complesso ho insistito, riguardo ai rapporti tra la l. 40/2004 (in tema di procreazione assistita) e la legge sull'interruzione della gravidanza (l. 194/1978), in *Principio di laicità* (nota 20), p. 511. Per una palese, penosa violazione del principio di eguaglianza nella legislazione italiana degli ultimi tempi, cfr. art. 61, n. 11-bis c.p. (introdotto nel 2008, modif. nel 2009). Prevista una circostanza aggravante (con un aumento di pena sino a un terzo) per chi commetta il fatto "mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale" (disposizione ora dichiarata illegittima da C. cost. 249/2010). Molto bene, sul punto, G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713; G.L. GATTA, in AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 9.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012