

Stefano Canestrari

**LA FUNZIONE CRITICA DEL BENE
GIURIDICO. UN MONITO
PER I GIOVANI STUDIOSI
PENALISTI**

Estratto



Lefebvre Giuffrè

STEFANO CANESTRARI

Ordinario di diritto penale - Università degli Studi di Bologna

LA FUNZIONE CRITICA DEL BENE GIURIDICO.
UN MONITO PER I GIOVANI STUDIOSI
PENALISTI

*The critical role of the legal protected interests:
a note to young criminal law scholars*

919

SOMMARIO: 1. Offensività e scelte di incriminazione. — 2. Proporzionalità e scelte di incriminazione. — 3. Un monito ai giovani studiosi sulla capacità critica del bene giuridico e il ruolo del giurista penalista.

1. *Offensività e scelte di incriminazione.* — La sessione del convegno che introduco ha ad oggetto uno dei cardini della nostra materia: i limiti sostanziali alle scelte di incriminazione attuate dal legislatore.

Come noto, il terreno sul quale il confronto si è sin qui tradizionalmente sviluppato è quello del principio di offensività — in altri ordinamenti, del c.d. *harm principle*¹ — da cui si desume anche il carattere di *extrema ratio* che deve presiedere all'intervento penale, quindi della stretta necessità, sussidiarietà ed effettività. Di conseguenza il ricorso alla sanzione penale dovrebbe essere escluso ogni volta che,

¹ Sul c.d. “principio del danno” di matrice angloamericana, come noto, non del tutto coincidente col principio di offensività, cfr. le preziose riflessioni di A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 182 ss., il quale esamina anche *funditus* le recenti teorie sul contenimento della criminalizzazione legislativa, assumendo come punto di partenza l'opera di Douglas Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford-New York, 2008.

STEFANO CANESTRARI

pur in presenza di un bene giuridico meritevole di essere protetto, una forma di tutela diversa da quella penale si riveli ugualmente idonea; ovvero quella penale risulti concretamente inefficace.

Il principio di offensività o necessaria lesività costituisce, assieme a quello di personalità, principio strutturale della responsabilità penale — ossia, fondamento e non mero limite del diritto penale — e prescrive un giudizio a più livelli, che passa per l'individuazione di un bene giuridico di rilievo costituzionale e la verifica delle tecniche di tutela ammissibili.

La teorica tradizionale imperniata sull'endiadi "offensività-bene giuridico" asolve innanzitutto ad una essenziale funzione critica, di stampo politico-criminale: il diritto penale deve (o meglio dovrebbe essere) ancorato a poche oggettività giuridiche di tutela chiaramente afferrabili, nella prospettiva, di impronta liberale, di una sua riduzione (o "diritto penale minimo"). La portata dei principi di necessaria lesività e di tutela dei beni giuridici di rilevanza costituzionale è, dunque, quella di istanza valutativa e critica per permettere di giudicare il diritto vigente e orientare le scelte del legislatore.

2. *Proporzionalità e scelte di incriminazione.* — Più di recente, come si evince dalla chiarissima relazione introduttiva di Francesco Viganò, nonché da talune pionieristiche monografie², parte della dottrina propone di sostituire al classico canone dell'offensività un giudizio di proporzionalità, ritenuto più funzionale ad operare un controllo — in concreto — sulle scelte di incriminazione.

Tale test di proporzionalità si incentra su una valutazione più complessiva della ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore tra gli interessi o i diritti fondamentali tra loro collidenti, vale a dirsi quelli sacrificati con l'introduzione della norma penale e quelli lesi dalla condotta vietata.

Esso rappresenta un avanzamento per il giudice costituzionale, poiché consente un controllo meno invasivo sulle scelte legislative in materia penale, presupponendo, salvo eccezioni eclatanti, la legittimità della finalità perseguita dal legislatore³. Non solo: ragionando in termini di proporzionalità, e quindi di diritti fondamentali anziché di beni giuridici, il giudice costituzionale uniforma il proprio linguaggio a quello delle Corti sovranazionali, con le quali può dunque stabilire un dialogo più lineare e diretto⁴.

Non mi soffermo sulle potenzialità di questo "nuovo" strumento, che sarà oggetto di interventi più approfonditi. Mi limito a riconoscere come, in effetti, la proporzionalità abbia il pregio di rendere meno "grezzo" il giudizio sulla legittimità

² Il riferimento è, in particolare, al lavoro di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

³ In questi termini, F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sist. pen.*, 13 marzo 2023, 17.

⁴ *Ivi*, 20.

LA FUNZIONE CRITICA DEL BENE GIURIDICO

di una scelta di criminalizzazione. Laddove, infatti, il rispetto del principio di offensività sembra prescrivere un giudizio “binario”, nel quale la legittimità della norma è valutata sulla base della presenza o meno di una lesione ad un bene giuridico di rilievo costituzionale, il test di proporzionalità consente invece di interrogarsi in prospettiva “quantitativa” sulla legittimità della norma incriminatrice in relazione sia alla limitazione dei diritti fondamentali, sia al carico sanzionatorio previsto.

Allo stesso tempo, tuttavia, desidero qui esprimere — e condividere con i numerosissimi giovani studiosi penalisti presenti — una preoccupazione sui rischi connessi all’abbandono di concetti cardine della nostra disciplina; alcuni dei quali, peraltro, hanno trovato proprio nell’Università di Bologna, dove si tiene questo prestigioso convegno, la loro “*alma mater*”⁵.

3. *Un monito ai giovani studiosi sulla capacità critica del bene giuridico e il ruolo del giurista penalista.* — La nostra comunità di studiosi da tempo si interroga sulla reale efficacia del principio di offensività in termini di contenimento del potere punitivo⁶. Come è stato sottolineato, molte problematiche, in questa prospettiva, derivano dai noti limiti del concetto stesso di bene giuridico, sottoposto ad autorevoli “consuntivi critici”⁷.

Tuttavia, è importante ribadire come il bene giuridico risulti imprescindibile per consentire alla dottrina penalistica di esercitare la fondamentale funzione critica che le è propria⁸, anche — trattandosi di un concetto preesistente all’eventuale tutela giuridica — in un momento pre-legislativo.

A fronte di una nuova proposta di incriminazione, il primo compito del giurista penalista è ricostruirne criticamente la sottostante oggettività giuridica, che deve essere un bene di rilevanza costituzionale. Questa operazione permette di smascherare le ipotesi in cui l’intervento punitivo poggia su entità evanescenti, su finalità moralistiche, sulla generica pericolosità soggettiva, sulle logiche del diritto penale d’autore, a prescindere da una effettiva offesa ad un bene giuridico.

Si potrebbero fare diversi esempi, ma ritengo opportuno segnalarne uno citato in un recentissimo lavoro da Francesco Viganò, in quanto ha dato origine ad una sentenza che l’Autore definisce “apripista” rispetto alla “scoperta” del canone di proporzionalità da parte della giurisprudenza costituzionale (sent. 162/2014)⁹.

⁵ Faccio riferimento, in particolare, alla teoria costituzionale del bene giuridico, elaborata come noto da F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss., spec. 15 ss.

⁶ Ad es., V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 209 ss.

⁷ Cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

⁸ Sul punto le considerazioni di A. CAVALIERE, “Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò, in *Sist. pen.*, 2023, n. 10, 63 ss., 65-66.

⁹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025, 4 s.

STEFANO CANESTRARI

Nel 2004, con l. n. 40, il legislatore ha disciplinato le pratiche di procreazione medicalmente assistita, vietando la fecondazione di tipo “eterologo”, nella quale si fa ricorso a gameti che non appartengono alla coppia¹⁰. La legge puniva i sanitari che ricorrevano alla pratica con una sanzione amministrativa pecuniaria di irragionevole asprezza (da 300.000 a 600.000 euro), nonché con la sospensione da uno a tre anni dall’esercizio professionale; nei confronti delle strutture, invece, era prevista la sospensione dell’autorizzazione a praticare la PMA per un anno e, in caso di recidiva, la revoca della stessa autorizzazione. Si trattava, come ebbi a scrivere con una certa ironia nel 2004, di una sorta di « fecondazione eterologa nell’ambito della più ampia categoria del diritto punitivo: il seme del diritto penale introdotto nel corpo del diritto amministrativo »¹¹.

Ebbene, l’idea ispiratrice di tale divieto assoluto era che la separazione tra filiazione biologica e filiazione sociale provocasse un’inaccettabile lesione dei diritti di famiglia e determinasse danni rilevanti nei riguardi dello sviluppo psicologico del minore. Posto che ciò non trovava conferma nelle acquisizioni delle scienze psicopedagogiche, il dialogo con la disciplina empirica di riferimento svelava come, in realtà, dietro la legge si celasse l’intento di sanzionare l’“intollerabile” aumento dell’artificialità della procreazione.

Tuttavia, la “naturalità” della procreazione non è — per quanto la sua tutela potesse costituire la finalità dell’intervento legislativo — certamente un bene giuridico meritevole di protezione penale nell’ambito di uno Stato laico e secolarizzato¹².

In altre parole, queste sanzioni “sostanzialmente penali”, come noto successivamente dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, non servivano a presidiare alcun bene giuridico¹³; a questo proposito, può dirsi significativa la scelta del legislatore del 2015 di inserire la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nei LEA (Livelli essenziali di assistenza).

¹⁰ Sia consentito il rinvio a S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 4, oggi anche in ID., *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2^a ed., 2014, Torino, 29 ss.

¹¹ Sicché « il nato — una responsabilità amministrativa altamente affittiva — » finiva per ereditare le « anomalie di entrambi i genitori ». *Ivi*, 34.

¹² Così S. CANESTRARI, *op. ult. cit.*, 35. Sul punto concorda, con chiarezza, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, 205.

¹³ V. Corte cost., sent. del 9 aprile 2014, n. 162. L’indagine della Corte ha escluso che la scelta punitiva del legislatore fosse giustificata dalla necessità di evitare pratiche eugenetiche; dal dovere di prevenire rischi per donante e donatari; dall’esigenza di garantire un equilibrato sviluppo psicofisico del nato. Ad avviso della Corte, dunque, il divieto assoluto di ricorrere alle tecniche di PMA di tipo eterologo contrasta con il principio di uguaglianza/ragionevolezza in quanto « risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco ». Come è stato posto in evidenza, anche se i Giudici della Consulta hanno evitato di fare espresso riferimento al principio di offensività, il giurista penalista individua chiaramente i tratti di un giudizio di necessaria lesività dell’illecito punitivo (sul tema, p.t., S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 26 s.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in questa *Rivista*, 2014, 1685; A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 833).

LA FUNZIONE CRITICA DEL BENE GIURIDICO

A ben vedere, tornando al nostro discorso, senza questo primo vaglio sulla scelta politico-criminale non può innestarsi nemmeno un giudizio di proporzionalità, a meno di non “agganciarlo” acriticamente a qualsiasi finalità perseguita dal legislatore con l'introduzione della norma incriminatrice. In altre parole, il riferimento al bene giuridico è indispensabile — una sorta di presupposto — per individuare il *quid* rispetto al quale l'intervento penale deve risultare *proporzionato*¹⁴. Senza l'identificazione del bene giuridico, invece, il test di proporzionalità perde uno degli estremi del bilanciamento, quello che può essere oggetto di un controllo esterno e, si ripete, anche pre-legislativo.

Potrà forse apparire sporadica l'ipotesi dell'introduzione di fattispecie incriminatrici che prescindano da una lesione ad un bene giuridico costituzionale, ma nelle stagioni politico criminali che stiamo vivendo — connotate da continua ipertrofia penalistica — mi pare uno scenario tutt'altro che improbabile.

Peraltro, in un contesto nel quale viene sempre più ad affermarsi una stringente dicotomia tra ciò che costituisce diritto e ciò che è penalmente vietato, il giurista penalista ha il compito di intervenire criticamente anche con riguardo agli ulteriori livelli intermedi: gli illeciti civili e amministrativi, le libertà non ancora riconosciute come diritti e i diritti fondamentali veri e propri. Il concetto di bene giuridico consente di esercitare tale funzione, non in una logica rigida — del resto, il concetto di bene giuridico è a cavaliere tra dogmatica e politica criminale —, bensì attraverso un approccio moderno e dialogico, che integri l'analisi giuridica anche con le scienze empiriche di riferimento, la cui rilevanza è emersa, ad esempio, in relazione alla PMA di tipo eterologo.

Ritengo che questo approccio consenta di evitare una visione riduzionista e di preservare il ruolo della dottrina penalistica nella discussione pubblica.

In conclusione. In un periodo storico nel quale il concetto stesso di democrazia appare sempre più in discussione su scala globale, il ruolo del giurista penalista non può certo limitarsi alla mera applicazione degli strumenti interpretativi forniti dal legislatore senza interrogarsi sull'ammissibilità del bene giuridico protetto. Come ho avuto occasione di sottolineare, il penalista deve assumere una funzione attiva e critica, intervenendo nel dibattito pubblico e contribuendo all'elaborazione di soluzioni che garantiscano un equilibrio tra esigenze di tutela e rispetto dei diritti fondamentali.

Ben vengano, dunque, le innovazioni in tema di proporzionalità che consentono un controllo più incisivo da parte della Corte costituzionale sulle scelte di incriminazione, ma il concetto di bene giuridico rimane e si conferma uno strumento imprescindibile — nonostante le inevitabili difficoltà nella ricostruzione delle sue “identità differenziate” — non solo per la giurisprudenza costituzionale, ma anche per il nostro confronto con il legislatore e la società civile. La dottrina penalistica

¹⁴ Cfr. A. CAVALIERE, “Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale?, cit., 90-91.

STEFANO CANESTRARI

deve sempre aspirare ad assumere un ruolo da protagonista nel dibattito giuridico e politico ed esercitare una funzione propositiva — di individuazione e di soluzione dei problemi, nonché di indirizzo nei confronti del legislatore — con l'obiettivo di garantire un diritto penale rispettoso dei principi costituzionali e *proporzionato*.