

È POSSIBILE LIMITARE L'INTERVENTO PENALE NEL XXI SECOLO? *

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 23.2.2023

Mirentxu Corcoy Bidasolo**

IS IT POSSIBLE TO LIMIT THE INTERVENTION OF CRIMINAL LAW IN THE XXI CENTURY?

In the face of the unstoppable expansion of criminal law that has taken place since the 1990s, criticism, is not enough, although essential. It's necessary to propose strategies that make it possible to limit the intervention of criminal law. In this direction, it is essential to apply the limiting principles of criminal law, in particular those of ultima ratio, subsidiarity and proportionality (necessity, suitability and proportionality, in the strict sense). Likewise, it is essential to conceive punishment with a preventive rather than a retributive purpose, in order to avoid populism and revenge. I consider indispensable the respect of the responsibility for the fact, excluding the responsibility for the character, and the objective responsibility. Finally, is imperative the teleological interpretation of the criminal offenses from the function of exclusive protection of legal-criminal assets.

KEYWORDS *ultima ratio – subsidiarity – prevention – proportionality – teleological interpretation – harmfulness – crime theory*

SOMMARIO I. Introduzione. – II. Limiti alla pena: principio di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà. – III. Prevenzione limitata. – IV. La teoria del delitto come strumento volto alla limitazione dell'intervento penale. – V. Conclusioni.

I. Introduzione

Di fronte al fenomeno dell'espansione globalmente inarrestabile del diritto penale, alla quale assistiamo dalla fine del XX secolo, nonché della sua amministrativizzazione, sembra impossibile conciliare questa situazione con i principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà.

La "creazione" di reati che puniscono comportamenti identici a quelli puniti in via amministrativa, commerciale, lavoristica o civile è ben nota e generalmente criticata.

Si tipizzano condotte che sono lecite sul piano extrapenale come succede, per esempio, con la cosiddetta corruzione negli affari o corruzione privata, in cui si so-

* Il lavoro è pubblicato in lingua originale (*¿Es posible limitar la intervención penal en el siglo xxi?*) in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 89-105.

Traduzione dallo spagnolo a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

** Cattedratica di diritto penale, Universitat de Barcelona.

stiene che si protegge la libera concorrenza sanzionando la concorrenza sleale, quando la legislazione commerciale (Legge sulla concorrenza sleale) non contempla tale comportamento come illecito. Allo stesso modo, si è diffuso l'uso di tipi aperti ("o in qualsiasi altro modo" "analogo"...), così come l'equiparazione fra atti preparatori e consumati o fra autorità e partecipazione.

Per non limitare questo lavoro a una critica della situazione, cercherò di proporre possibili soluzioni che, almeno, riducano l'espansione e migliorino l'applicazione dei reati. In questa direzione, è possibile elaborare alcune proposte che limitino, in pratica, l'attuale situazione del diritto penale, tanto criticata dalla dottrina, ma redditizia per i politici e, apparentemente, sostenuta dalla maggioranza della società. Si tratta di prendere in considerazione, sia nella legislazione che nell'applicazione giudiziaria, lo scopo attribuito al Diritto penale e, in particolare, i principi che lo limitano.

Nella fase legislativa è fondamentale analizzare previamente la necessità di una riforma, fornendo dati criminologici a supporto dell'esistenza di questo deficit e dell'utilità che questa nuova fattispecie o circostanza aggravante può avere, al fine di tutelare un interesse rilevante – un bene giuridico-penale – per la società, in quel momento storico e culturale.

Di conseguenza, è necessario valutarne preventivamente l'efficacia nel risolvere o ridurre il conflitto, nonché effettuare uno studio approfondito dei reati esistenti al fine di evitare le sempre più numerose ripetizioni e contraddizioni che, a prescindere dalla loro scorrettezza dal punto di vista della tecnica legislativa, comportano difficoltà pratiche nella loro applicazione.

Nella maggior parte delle riforme legislative, sarebbe sufficiente modificare la formulazione di un certo tipo piuttosto che crearne uno nuovo che, in tutto o in parte, si sovrappone al precedente. Questo spiega anche le difficoltà incontrate dagli operatori del diritto nel risolvere i problemi sul concorso, spesso irrisolvibili. Tra le molte fattispecie che troviamo nel Codice Penale con questo problema ci sono, ad esempio, le associazioni illecite e l'organizzazione criminale, o l'amalgama delle fattispecie penali in reati contro il mercato e i consumatori, nessuno dei quali serve davvero a ciò che è teoricamente si richiede, cioè la protezione della libera concorrenza e dei consumatori. In breve, si creano nuove fattispecie penali invece di migliorare e/o adattare quelle esistenti ai problemi attuali o, se del caso, almeno di abolire la precedente quando se ne crea una nuova che contempla una situazione simile.

In secondo luogo, agli operatori giuridici, soprattutto ai giudici, ma anche ai

È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo?

pubblici ministeri e agli avvocati, si richiede un'interpretazione teleologica dei reati, la quale, a sua volta, implica il collegamento tra la Teoria del reato – Parte generale – e la Parte speciale del Diritto penale – Interpretazione sistematica – e la prova che, nel caso specifico, è stato inciso il bene giuridico-penale protetto – interpretazione teleologica –. In altre parole, con riferimento al principio di offensività – antigiuridicità materiale – non essendo sufficiente che siano formalmente presenti gli elementi tipici, occorre provare che, tenuto conto delle circostanze concomitanti *ex ante*, *ex post* sia stato leso il bene giuridico-penale protetto – evento giuridico – che deve essere presente sia nel tentativo che nella consumazione, sia nei reati di evento che in quelli di mera condotta, sia nei reati contro i beni giuridici individuali che sovraindividuali.

Da un altro punto di vista, data l'enorme influenza che la Vittimologia e le associazioni delle vittime hanno attualmente, il loro campo d'azione dovrebbe essere ragionevolmente limitato, impedendo che la vendetta costituisca criterio nella determinazione della pena, tanto momento legislativo come in quello giudiziario.

Le posizioni retribuzioniste, esplicite o tacite, sono in aumento e incoraggiano una visione di un diritto penale giustizialista, come se le vittime cessassero di essere tali in ragione della maggiore pena imposta al reo. Essere una “vittima” non dovrebbe essere uno *status*, ma l'enfasi dovrebbe essere posta sulla loro protezione e, in questa direzione, sul tentativo di affrancarle da tale condizione. In breve, le vittime non dovrebbero dettare l'agenda politico-criminale, con un disprezzo totale nei confronti degli esperti e con soluzioni casistiche, dando “nomi e cognomi” a certi delitti. Questione diversa è che la cosiddetta vittimizzazione secondaria dovrebbe essere evitata e che le vittime dovrebbero essere risarcite e aiutate psicologicamente, quando necessario.

In definitiva, la proposta è tanto semplice come un ritorno alla dogmatica – Parte Generale – e all'indispensabile interpretazione dei reati alla luce dei limiti del Diritto penale, in particolare della tutela esclusiva dei beni giuridici, rifuggendo dall'applicazione formale, in qualche misura favorita da alcune posizioni funzionaliste legate alla validità della norma e anche dall'amministrativizzazione del Diritto penale. Applicazione formale e amministrativizzazione che avviano al principio di offensività, legato all'antigiuridicità materiale, basando la tipicità sulla violazione di alcune norme extra-penali, attraverso presunzioni *iuris et de iure*. Di conseguenza, i principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà, strettamente legati al principio di offensività, devono essere rispettati sia a livello legislativo che giudiziario nell'interpretazione delle fattispecie in funzione applicativa.

In breve, l'espansione del diritto penale non è dovuta esclusivamente all'inflazione delle fattispecie penali, ma anche all'abbandono della Teoria del reato, soprattutto da parte del legislatore, ma anche da parte di coloro che la applicano, così come ad alcune teorie su di essa, e alla trascuratezza dei principi che delimitano l'applicazione del Diritto penale. Tra gli altri, quelli di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà, la cui violazione ha origine, essenzialmente, nell'amministrativizzazione del diritto penale, nella violazione del principio di proporzionalità, nei suoi tre aspetti (necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto) e del principio di offensività, ignorando la funzione essenziale della tutela dei beni giuridico-penali.

II. Limiti alla pena: principio di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà

Come è stato sottolineato, le critiche al bene giuridico, insieme ad alcune teorie sulla funzione del diritto penale, propiziano la crisi dei principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà. Il problema posto da tutte le teorie retribuzioniste non può essere risolto, come sostengono, in particolare, i neo-retribuzionisti, stabilendo dei limiti, perché il difetto risiede nello stesso razionale, in quanto, negando gli effetti preventivi della pena, si cerca di attribuirle funzioni estranee alla retribuzione. Uno Stato sociale, democratico e laico di diritto non dovrebbe considerare che la funzione del diritto penale è quella di punire, ma esclusivamente di prevenire l'offesa dei beni giuridico-penali, cioè dei valori essenziali di una determinata comunità.

Nelle teorie retribuzioniste, ai fini della giustizia, la responsabilità penale del reo è definita dai filosofi morali¹. La finalità della pena come punizione è caratteristica delle religioni, soprattutto di quelle con radici giudaico-cristiane, e degli Stati assoluti, ma non può esserlo in uno Stato moderno². Infliggere sofferenze a un cittadino, titolare di diritti fondamentali, non è una funzione dello Stato, e questo non si risolve quando il neo-retribuzionismo, in una linea molto vicina a Kant³, afferma che infliggere sofferenze è un'esigenza di giustizia.

Su questa linea, Lesch ha definito la pena come "un male che viene inflitto a una persona in un procedimento pubblico-generale, eseguito dallo Stato, formale e

¹ P.H., ROBINSON, *The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment*, in *Popular Punishment: On the Normative Significance of Public Opinion*, a cura di J. Ryberg-J.A. Roberts, Oxford University Press, 2014, 54-57.

² ID., *op. cit.*, 10-11.

³ I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., Königsberg, 1798, 227-230.

È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo?

voluto, nella misura in cui si è verificata una violazione di una norma giuridica, se questa violazione deve essere imputata a quella persona a titolo di rimprovero⁴. Se è vero che la pena concettualmente è e deve essere una punizione, come ha giustamente sottolineato Santiago Mir Puig⁵, questo non implica che punire un cittadino sia la funzione che uno Stato sociale e democratico di diritto deve esercitare.

Questa idea di giustizia in alcuni neo-retribuzionisti, più vicini a Hegel, assomiglia a teorie della pena intesa come conferma della validità della norma o come ristabilimento del diritto. Anche se questi ultimi sono generalmente considerati difensori della prevenzione generale positiva, Welzel, ad esempio, mette in relazione la teoria retributiva con la validità della norma, arrivando a quella che sarebbe una forma di retribuzione⁶, similitudine che si ritrova anche nei neo-retribuzionisti. In Germania, nell'ultimo secolo, soprattutto a partire da Jakobs, le teorie legate al ripristino della validità della norma hanno acquisito grande rilevanza.

In questo senso, Frisch è molto critico nei confronti delle teorie tradizionali della pena e ritiene che l'unico scopo legittimo della punizione sia quello di garantire un certo Stato di diritto, la sua validità e il suo carattere imperturbabile⁷. Concepire lo scopo della pena come un'affermazione della validità della norma è una teoria formale che potrebbe essere legittima e costituzionale se si potesse presumere che questa regola risponda ai valori essenziali di una determinata società e rispetti i principi di *ultima ratio* e di proporzionalità⁸.

Certamente, se partiamo dalla finzione che, in uno Stato democratico, le norme emanate dal potere legislativo rispondano a questi interessi prioritari dei cittadini, che siano stati rispettati i suddetti principi e che sia stata seguita una corretta tecnica legislativa, si potrebbe logicamente dedurre che questa norma è legittima e costituzionale. Tuttavia, anche da questo punto di partenza, ciò non può implicare che la norma debba essere formalmente applicata, senza bisogno di essere interpretata, in relazione al bene giuridico-penale che intende tutelare e/o ai principi costituzionali, secondo le posizioni che fanno derivare il Diritto penale direttamente dalla Costituzione. Come è stato sottolineato, l'affermazione della validità della norma come scopo della pena, fondandone la legittimità, anche quando si colloca nella prevenzione generale positiva, ci porta alla retribuzione, se non è limitata dal contenuto materia-

⁴ H. LESCH, *La función de la pena*, Madrid, Dykinson, 1999, 4.

⁵ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcellona, Reppertor, 2016, 102.

⁶ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlino, Walter de Gruyter, 1969, 240.

⁷ W. FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, in *InDret*, 3, 2014, 11-12.

⁸ P.H. ROBINSON, *op. cit.*, 32-46.

le. Frisch difende la teoria della validità della norma come l'unica valida, ma, come vedremo, la completa introducendo requisiti vicini alla meritevolezza e alla necessità di pena⁹. Hörnle/Von Hirsch ritengono che le conseguenze siano identiche a quelle a cui si arriverebbe difendendo una teoria retribuzionista ed esprimono le loro perplessità sul fatto che il senso di giustizia della società possa essere influenzato dal diritto penale, sottolineando che questa teoria si basa sulle premesse della teoria della retribuzione¹⁰. È vero che nella teoria della validità della norma viene eliminato il riferimento esplicito all'“infliggere un male”, ma questo viene sostituito dall'idea che per ogni norma violata si debba rispondere con una sanzione, il che implica un “male”. Materialmente, questa è un'altra forma di realizzazione o richiesta di giustizia. A differenza delle teorie retributive, le teorie preventive sono utilitaristiche, così come il principio dell'*ultima ratio*, nel senso che il massimo benessere dovrebbe essere ricercato al minor costo individuale e sociale.

I principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà, basati sul concetto di pena come punizione¹¹, dovrebbero essere rispettati non solo nella creazione delle fattispecie, ma anche nella quantità e nel tipo di pena prevista per i diversi reati, cioè nella pena in astratto e, soprattutto, nella sua determinazione concreta¹². La pena deve essere stabilita in base alle sue finalità preventive, ma senza dimenticare che, proprio per soddisfare tali finalità, deve comportare effettivamente una punizione, tenendo conto del tipo di reato e del profilo criminologico dei suoi autori, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, in senso lato – necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto –. Così, ad esempio, nei delitti socioeconomici, in molti casi, una multa può non essere appropriata perché non implica una punizione, soprattutto quando, nell'esecuzione della pena della multa, almeno in Spagna, si dimentica il principio della responsabilità personale e il pagamento viene assunto da terzi o dall'azienda, che hanno la possibilità di scaricarlo sui prezzi o sulle perdite, riducendo i profitti e quindi l'imposta sulle società. Ciò implica che i presunti colpevoli sono in grado di effettuare un'analisi costi-benefici per stabilire se sia “conveniente” per loro correre il rischio di essere puniti. Pertanto, non può essere una solu-

⁹ W. FRISCH, *op. cit.*, 12.

¹⁰ T.H. HÖRNLE-A. VON HIRSCH, *Positive General Prevention und Tadel*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, 261-265.

¹¹ S. MIR PUIG, *op. cit.*, 43.

¹² E. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Montevideo, B de F, 2016; M. BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y jurisprudenciales de individualización de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo?

zione per limitare l'espansione del diritto penale e rispettare, apparentemente, il principio di *ultima ratio*, prevedere la pena privativa della libertà solo per quanto riguarda il cosiddetto Diritto penale nucleare. In un altro senso, alcuni autori, al fine di limitare l'espansione del diritto penale, propongono che i reati socioeconomici non si puniscano attraverso pene privative della libertà personale¹³.

In base al fondamento utilitaristico del principio di *ultima ratio*, il diritto penale deve intervenire quando è strettamente necessario in termini di utilità sociale generale e questo non può essere realizzato, almeno nella società complessa di oggi, limitando il diritto penale alla tutela dei diritti soggettivi¹⁴, nel senso proposto dai sostenitori del cosiddetto "diritto penale minimo", poiché questa posizione implica, ad esempio, che qualsiasi furto debba essere punito e che la frode fiscale, per quanto elevata sia, debba costituire solo un illecito amministrativo. La sostituzione del diritto penale con un diritto amministrativo sanzionatorio, con meno pene, ma anche con meno garanzie, come propongono, non risponde alle esigenze della cosiddetta società del rischio e, anche quando si intende "punire meno", la riduzione delle garanzie costituzionali, tipiche del diritto penale, può essere molto dannosa per le persone coinvolte¹⁵.

Per determinare quando l'intervento è strettamente necessario, si deve quindi partire dal presupposto che ci troviamo in uno Stato sociale e democratico di Diritto e, in questo senso, la Costituzione sarà un elemento essenziale per determinare ciò che deve essere protetto. Tuttavia, questo non significa sostituire il bene giuridico con la Costituzione, poiché quest'ultima non offre criteri specifici su quali e, soprattutto, come debbano essere tutelati i diritti e i principi in essa stabiliti, ma solo un quadro generale. Così, ad esempio, quando l'art. 15 afferma che "Ogni individuo ha diritto alla vita", non viene specificato se viene tutelata solo la vita umana indipendente (il problema dell'aborto) o se e come questo diritto escluda la possibilità di regolamentare l'eutanasia. Oppure, quando l'art. 45 CE afferma che "Ogni individuo ha diritto ad un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, nonché il dovere di preservarlo", non dice molto a proposito di come debba proteggersi l'ambiente né su quale strumento, penale o amministrativo, debba essere adottato e neppure offre un criterio chiaro su quale bene giuridico debba essere tutelato, ovvero se si sostiene una visione antropocentrica o ecocentrica.

¹³ J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, Edisofer, 2011, 50-55.

¹⁴ AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, a cura di C.M. Romeo Casabona, Madrid, Comares, 1999.

¹⁵ M. CORCOY BIDASOLO, *La legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, in *CENIPEC*, n. 30, 2011.

III. Prevenzione limitata

Le teorie preventive restano valide finché rispettano i limiti del Diritto penale e non vengono utilizzate per legittimare il suo intervento. Nessuna delle teorie della pena offre una risposta completa, ma piuttosto sono complementari ed è necessario metterle in relazione con il nocciolo della questione, l'obbligo dello Stato di proteggere i beni giuridico-penali, come fine ultimo della pena e della funzione del diritto penale. Pérez Manzano distingue correttamente tra la tutela dei beni giuridici come fine ultimo della pena e i fini mediati o intermedi che corrispondono alle finalità della pena e alla necessaria legittimazione della sua imposizione, nel caso specifico, basata sulla commissione di un fatto illecito come fondamento e sulla responsabilità personale, come nel principio di *ultima ratio*, quando si introducono nuove fattispecie penali o si aggravano quelle esistenti¹⁶. L'idea del bene giuridico, con la terminologia che si voglia utilizzare e nonostante le critiche che le sono state rivolte¹⁷, è indispensabile per un diritto penale non autoritario, per un diritto penale proprio di una società democratica e rispettoso dei principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà. Le suddette critiche si concentrano sul fatto che il bene giuridico non ha la capacità di limitare l'intervento del diritto penale, basando questa obiezione sulla attuale espansione dello stesso. Tuttavia, proprio questi autori criticano alcuni reati in quanto non tutelano alcun bene giuridico, ammettendo così implicitamente la loro utilità. Sebbene l'espansione sia innegabile e criticabile, non può essere attribuita unicamente al concetto di bene giuridico, ma, al contrario, al fatto che non viene preso in considerazione dal legislatore, soprattutto se concepito come bene giuridico-penale¹⁸, al fatto che vengono violati i principi di *ultima ratio* e sussidiarietà e a una tecnica legislativa che ignora l'esistenza della Parte Generale del Diritto Penale e ricorre al casuismo, amministrativizzando il diritto penale.

La cosiddetta amministrativizzazione del diritto penale non è dovuta, o almeno non esclusivamente, all'intervento in nuove aree, ma piuttosto alla mancata introduzione di criteri nelle fattispecie di reato che delimitino qualitativamente e quantita-

¹⁶ M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, UAM, 1999, 221 ss.

¹⁷ I. APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 82(2), 1999, 297 ss.; B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, in M.P. JIMÉNEZ, *Constitución y principios del derecho penal. Algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 163-230.

¹⁸ S. MIR PUIG, *op. cit.*, 171-176.

È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo?

tivamente l'illecito amministrativo, commerciale, tributario, del lavoro... rispetto a quello penale.

In presenza di una duplicazione di sanzioni, è essenziale che il diritto penale limiti il suo intervento a quelle forme di condotta particolarmente offensive, rispettando il principio di proporzionalità, *ad extram* e *ad intra*.

Per questo motivo i principi di *ultima ratio* e di sussidiarietà sono particolarmente rilevanti nei nuovi ambiti nei quali interviene il diritto penale. Senza la necessità di difendere un Diritto penale minimo, è possibile avere un Diritto penale che punisce comportamenti particolarmente gravi in ambiti in cui esiste già una regolamentazione amministrativa, civile, commerciale o del lavoro... E non si tratta di una novità, come si sostiene, poiché questa duplicità sanzionatoria esisteva già, ed esiste, nei reati contro la pubblica amministrazione o la giustizia e, soprattutto, in materia di ordine pubblico. Di conseguenza, sia nei nuovi reati che in quelli tradizionali, la soluzione non è che il Diritto penale non debba intervenire, ma che debba essere limitato in misura maggiore nei nuovi reati, rispettando i principi sopra citati, insieme a quello di frammentarietà. In altre parole, quando sono previste, dovrebbero essere punite solo le condotte più gravi, anche in considerazione del fatto che, essendo questo settore disciplinato e punito in altri ambiti dell'ordinamento giuridico, non vi saranno vuoti di punibilità.

L'oblio dei principi posti in funzione limitante fa sì che si creino reati di cui è difficile accertare l'offensività, non solo per l'assenza, in alcuni casi, di un bene giuridico presunto (maltrattamento di animali), ma anche perché violano il Diritto penale del fatto, come requisito del principio di colpevolezza, punendo le idee (crimini d'odio)¹⁹. È molto grave che prima la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e poi la Corte di Giustizia e il *Tribunal Supremo* abbiano legittimato la rilevanza penale dei discorsi d'odio senza la necessità di stabilire la loro adeguatezza, nel caso specifico, a incitare alla violenza o a ledere la dignità, applicando l'"effetto ghigliottina" dell'art. 17 CEDU, che impedisce ai discorsi d'odio di rientrare nell'art. 10 CEDU. Un chiaro esempio di questa posizione è la sentenza del *Tribunal Supremo* (STS) 4283/2020, dell'11 dicembre, che, in linea con la giurisprudenza consolidata, afferma che per i crimini d'odio "*gli unici elementi richiesti per la loro valutazione sono, uno oggettivo, come l'emissione del messaggio provocatorio, discriminatorio, di odio, violento, agli effetti che esso contempla, e un altro soggettivo, quale la volontà di diffonderlo, pur essendo a conoscenza del suo contenuto, per la cui consumazione, trat-*

¹⁹ V. GÓMEZ MARTÍN, *Daño, ofensa y discurso del odio*, in *Iustel*, 2020.

tandosi di un reato di pericolo astratto, è semplicemente sufficiente il potenziale pericolo che il messaggio diffuso comporta". In altre parole, il principio di offensività è chiaramente pretermesso, attesa la sufficienza di questo "pericolo potenziale" nel quale non vengono prese in considerazione né le circostanze concrete né il pericolo a cui si riferiscono esattamente.

Allo stesso modo, vengono incriminate condotte che non sono idonee a ledere il bene giuridico che intendono tutelare (possessione di pornografia virtuale di minori) o vengono punite condotte sulla base del pericolo statistico – presunto – (sicurezza stradale) o reati meramente formali come la guida senza patente (reato che in precedenza era stato eliminato dal Codice Penale perché il *Tribunal Constitucional* riteneva che non fosse tutelato alcun bene giuridico), senza la necessità di provare che il bene giuridico-penale tutelato sia inciso nel caso specifico. Questa situazione inaccettabile non solo non dimostra l'inefficacia del bene giuridico di limitare l'intervento penale, sia a livello legislativo che giudiziario, ma al contrario la sua necessità, dimostrando la rilevanza del rispetto dei principi posti in funzione limitante quando si cerca di introdurre nuove fattispecie penali o di aggravare quelle esistenti.

IV. La teoria del delitto come strumento volto alla limitazione dell'intervento penale

L'abbandono delle teorie retributive e l'adozione di teorie preventive hanno condotto all'abbandono della concezione fattuale-oggettiva del reato, per cui, indipendentemente dalla teoria della pena adottata, la condanna penale sarà legittima solo quando si soddisfano due condizioni. La prima è che l'atto, in quanto illecito tipico, comporti un'ingerenza rilevante su beni giuridico-penali, cioè particolarmente rilevanti – tipo oggettivo – a condizione che il soggetto debba essere stato motivato dalla norma – tipo soggettivo – (Illecito tipico) e non vi siano cause di giustificazione (Antigiuridicità). La seconda condizione è che, nel caso specifico, la pena sia determinata in base alle circostanze personali del soggetto (Colpevolezza). La pena non è legittimata dalla conferma della validità della norma o dal ripristino del diritto, ma dalla possibilità di motivare i cittadini a non offendere i beni giuridico-penali. Le differenze essenziali tra la conferma della validità della norma e la funzione di protezione dei beni giuridico-penali risiedono nel fatto che la norma deve rispondere alla necessità e all'adeguatezza della sua creazione a tutelare uno specifico bene giuridico-penale e, inoltre, che tale norma deve essere interpretata teleologicamente in modo tale da dimostrare, nel caso concreto, che i fatti sono idonei *ex ante* ed *ex post*

a ledere/incidere sui beni giuridico-penali tutelati dalla norma, anche nei cosiddetti reati di pericolo o in quelli di mera condotta. In breve, la validità della norma favorisce una concezione formale dell'antigiuridicità, mentre l'espreso riferimento al bene giuridico-penale rispetta l'antigiuridicità materiale – principio di offensività –.

La logica conseguenza di quanto sopra è che la punizione dovrebbe essere basata sulla condotta, non sull'evento. Non si tratta di punire per ristabilire la situazione precedente all'offesa ad un diritto soggettivo, o per riparare il "danno", ma di punire una condotta idonea, *ex ante-post facto*, a incidere su beni giuridico-penali, individuali o sovraindividuali. La riparazione del diritto soggettivo o del "danno" è propria del Diritto civile e, in questo senso, il nostro Codice penale prevede la responsabilità civile da reato. Lo scopo della norma è quello di motivare il cittadino a non mettere in atto tali comportamenti offensivi, indipendentemente dal fatto che si sia dato luogo o meno ad un evento offensivo. L'illecito tipico si consuma quando *ex post*, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti *ex ante*, si dimostra che la condotta era idonea a offendere/incidere sul bene giuridico-penale protetto in quel caso specifico. Questa impostazione non esclude, per ragioni politico-criminali e di necessità di pena, una minore punizione quando non si sia dato luogo ad un evento oggettivamente imputabile a quella condotta, o che in tali casi essa non venga punita, in considerazione della minore capacità di motivazione della norma, come nel caso dei reati colposi. Ciò che è inammissibile è che la pena sia aumentata o basata esclusivamente sulla gravità dell'evento, cosa che potrebbe essere giustificata dal punto di vista della retribuzione o del "danno" e che, in breve, implica la qualificazione dell'evento come una forma di responsabilità oggettiva.

L'approccio sopra descritto rafforza l'importanza di continuare a difendere le teorie preventive piuttosto che quelle retributive. Il radicamento sociale della visione retributiva, a cui attualmente si aggiunge l'ascesa della vittimologia, non solo porta i cittadini a intendere la punizione come una giusta risposta a un evento offensivo, ma porta anche il legislatore a punire in base all'entità dell'offesa. Dopo decenni di ascesa delle teorie preventive, materialmente, esistono ancora reati qualificati dall'evento, alcuni rilevanti come i delitti di lesioni, e si discute ancora se la punizione del tentativo e dei cosiddetti reati di pericolo sia giustificata, compreso se vi sia spazio per il tentativo nei delitti di lesioni. In breve, se non c'è una vittima diretta, sembra che l'intervento del Diritto penale non sia più necessario quando la condotta può essere particolarmente grave perché offensiva per la società nel suo complesso (corruzione, reati fiscali, reati ambientali, ecc.). Un problema simile si pone in relazione alla re-

sponsabilità soggettiva, in quanto si tende a oggettivare il reato che, in pratica, implica una presunzione di sussistenza del dolo o della colpa. Infatti, la responsabilità oggettiva non può essere confusa con l'oggettivazione del dolo, intendendo che si tratta di un fatto e che deve essere provato sulla base di indizi oggettivi. Non è la stessa cosa di una concezione normativa del dolo che escluda valutazioni psicologiche nella prova della conoscenza, che ovierebbero all'esistenza del dolo, ritenendo sufficiente, almeno per l'avvio del procedimento penale, la causazione di un evento. Né si deve presumere l'esistenza del dolo sulla base del carattere/profilo dell'autore.

Sebbene il principio dell'*ultima ratio* sia strettamente legato al principio del minimo intervento, non può essere confuso con quest'ultimo, soprattutto se il minimo intervento è concepito secondo i parametri del cosiddetto Diritto penale minimo. Il rispetto del principio dell'*ultima ratio* non significa affermare che il diritto penale debba tutelare solo i Diritti soggettivi (vita, salute, libertà e proprietà privata), ma implica una ponderazione dell'offensività della condotta da tipizzare. Affermare che la criminalità socioeconomica, in senso lato, non dovrebbe far parte del diritto penale non è giustificato, poiché si dimentica che la sua offensività per la società è maggiore di gran parte dei classici reati contro il patrimonio. Allo stesso modo, la critica secondo cui si tratterebbe di delitti di accumulo, perché con una sola condotta non si lede il bene giuridico tutelato, implica una comprensione discutibile di quale sia l'offesa bene giuridico, poiché, così come un reato fiscale non "distrugge" l'erario, anche il furto non "distrugge" il patrimonio di una persona. Ciò non esclude che nel Codice penale vi siano molti reati superflui, contrari al principio dell'*ultima ratio*. Così, ad esempio, nell'ambito della sicurezza stradale, si assiste a un'inflazione di reati inutili e contrari al principio di offensività – come la presunzione *iuris et de iure* della rilevanza penale della guida a una certa velocità o con un certo grado di alcolemia (art. 379) – o al principio della tutela esclusiva dei beni giuridico-penali come la guida senza patente (art. 384) o il cosiddetto "reato di fuga" (art. 382 bis), introdotto nella "penultima" riforma. In breve, non si tratta di escludere dal diritto penale i reati cosiddetti di rischio o di "accumulo", ma piuttosto di tipizzare solo le condotte particolarmente offensive.

Allo stesso modo, la critica alla natura simbolica di questi delitti è accettabile solo quando essi possiedono esclusivamente questa funzione simbolica; al contrario, quando concorrono alla tutela dei beni giuridico-penali, non solo non è rifiutabile, ma è opportuna – prevenzione generale positiva –. La funzione simbolica è particolarmente rilevante nei casi in cui almeno una parte della società non è pienamente consapevole dell'importanza del bene giuridico-penale protetto, in breve, della of-

È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo?

fensività di tale condotta. Questo è (o era) il caso, ad esempio, dei reati fiscali (art. 305) o dei reati ambientali (art. 325). L'intervento in queste aree è quindi legittimo, a patto che siano punibili solo i fatti più gravi e che questi non siano sufficientemente sanzionati da strumenti extrapenali, come accade ad esempio, nell'ambito fiscale con il delitto contabile (art. 310) o dell'area ambientale con la fattispecie dei depositi e dei rifiuti (art. 326).

Quando si tipizza una determinata condotta, è essenziale tenere conto della sua offensività, nonché della regolamentazione che può esistere in altri settori dell'ordinamento giuridico e dell'efficacia di questo nuovo delitto, rispetto a quella delle norme extra-penali. Tuttavia, la valutazione dell'efficacia non può essere fatta in termini esclusivamente economici, ma devono essere presi in considerazione anche altri parametri legati all'offensività. Allo stesso modo, l'efficacia non può essere analizzata solo sulla base, ad esempio, del fatto che la giurisprudenza in questo settore punisce solo reati minori, come è stato affermato per i reati ambientali, o che non vengono applicati, come accadeva anni fa per i reati fiscali. La corretta applicazione o meno di alcuni reati non è di per sé una spiegazione valida dell'inefficacia di tali delitti, poiché dipende in larga misura dalla volontà politica di predisporre gli strumenti per perseguire questi tipi di reati in modo adeguato. Così, ad esempio, la creazione di procure specializzate, che abbiano i mezzi per indagare, potrebbe essere un passo nella giusta direzione, così come l'esistenza di tribunali specializzati per i reati socioeconomici.

Il principio di sussidiarietà, strettamente legato al principio di *ultima ratio*, deve essere interpretato nel senso che la condotta con rilevanza penale deve essere più grave di quella prevista in ambito extra-penale. Allo stesso modo, la sanzione penale dovrebbe essere più severa di quella extra-penale, il che non è sempre vero, soprattutto nel caso delle multe, dato che le sanzioni amministrative sono di solito molto più elevate. Da parte sua, il principio di frammentarietà, in quanto sottoprincipio dell'*ultima ratio*, ha il suo ambito di applicazione quando si tratta di valutare quali condotte, tra quelle idonee a colpire uno specifico bene giuridico-penale, debbano essere punite. Così, ad esempio, analizzare se, in relazione a un determinato reato, tenendo conto della rilevanza del bene giuridico e/o dell'esistenza di sanzioni extrapenali, sia opportuno punire anche il tentativo, la colpa o il concorso del complice. Questi principi devono essere presi in considerazione anche dal giudice al momento dell'applicazione, in particolare rispettando il principio del *ne bis in idem*, poiché il legislatore nel suo zelo punitivo raddoppia, triplica... le circostanze aggravanti. Circostanze aggravanti che hanno uno stesso fondamento o addirittura lo stesso fonda-

mento del reato base. In questo contesto, da un punto di vista procedurale, è necessario regolamentare, nella *Ley de enjuiciamiento criminal* (LECrim), il principio di opportunità e migliorare la regolamentazione della conformità.

A questo proposito, va notato che, anche se non sempre, la giurisprudenza è talvolta più rispettosa, rispetto al legislatore, dei principi di *ultima ratio*, di sussidiarietà e di frammentarietà. Questa affermazione si riflette chiaramente nella STS 434/2014, del 3 giugno²⁰, in relazione al reato di appropriazione indebita, delimitando quella che sarebbe una condotta con rilevanza penale e una con rilevanza commerciale. Nella stessa direzione, vi sono due esempi molto rilevanti in cui la giurisprudenza ha ristretto in modo significativo l'ambito di applicazione dei reati: il traffico di stupefacenti, intendendo che la quantità debba essere valutata rispetto al principio attivo o che l'uso di gruppo non sia punito, e il possesso illegale di armi, nel senso che questo reato non deve essere punito quando, date le circostanze, non vi è alcun pericolo per l'ordine pubblico²¹. Per quanto riguarda i reati di pedopornografia virtuale, anche la circolare FGE 2/2015 cerca di limitare la portata del reato²².

²⁰ 1. “È stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, fino a diventare un dogma, che l'appello al diritto penale come strumento di risoluzione dei conflitti, è l'ultimo motivo al quale deve fare riferimento il legislatore che deve agire, in ogni momento, ispirandosi al principio del minimo intervento degli strumenti punitivi. Principio di intervento minimo che fa parte del principio di proporzionalità o del divieto di eccesso, la cui esigenza trova fondamento nella duplice natura del diritto penale:

a) Si tratta di un diritto frammentario, in quanto non tutela tutti i beni giuridici, ma solo quelli più importanti per la convivenza sociale, e questa tutela è inoltre limitata alle condotte che attaccano più intensamente tali beni.

b) In quanto diritto sussidiario, si tratta di un'ultima ratio, che opera solo quando l'ordine giuridico non può essere efficacemente preservato e ripristinato da altre soluzioni meno drastiche delle sanzioni penali.

Tuttavia, ridurre l'intervento del diritto penale, come ultima “ratio”, al minimo necessario per il controllo sociale, è un postulato ragionevole di politica criminale che deve essere preso in considerazione in primo luogo dal legislatore, ma che nella prassi giudiziaria, sebbene possa servire da guida, si scontra inevitabilmente con le esigenze del principio di legalità, poiché non è il giudice ma il legislatore a dover decidere, attraverso la determinazione di fattispecie e pene, quali debbano essere i limiti dell'intervento del diritto penale. D'altra parte, il principio del minimo intervento può essere compreso appieno solo se inserito in un contesto di mutamento sociale in cui si registra una tendenza alla depenalizzazione di alcuni atti – i cosiddetti “reati bagatellari” o condotte che hanno cessato di ricevere una significativa riprovazione sociale – ma anche una tendenza opposta, che criminalizza gli attacchi a beni giuridici che la mutazione avvenuta sul piano assiologico rende particolarmente preziosi”.

²¹ M. CORCOY BIDASOLO, *Repercusiones de la doctrina del Tribunal Supremo en la doctrina penal*, in *Estudios de Derecho Judicial*, n. 120, 2007, 155-197.

²² Sulla stessa linea, l'Accordo del Tribunal Supremo del 27 ottobre 2009, prevede che l'accesso al software di *file-sharing* P2P non venga applicato automaticamente, richiedendo sempre la presenza di un dolo.

V. Conclusioni

Le finalità preventive attribuite alla pena devono essere limitate dai vari principi del Diritto penale, essenziali in uno Stato democratico di diritto e indispensabili per rispettare i diritti fondamentali degli individui. Tuttavia, questi principi, e in particolare quello dell'*ultima ratio*, sono abitualmente violati, sia a livello legislativo che giudiziario e, in alcuni casi, anche dalla dottrina che elabora teorie le quali, per quanto coerenti e persino brillanti, presentano conseguenze applicative contrarie a un Diritto penale che rispetti il principio del minimo intervento. Prima di ciò, e oltre ai limiti stabiliti dai principi, è essenziale che la politica criminale si basi su studi criminologici e su un'analisi costi-benefici, che non deve essere interpretata in termini puramente economici. Ciò implica che non dovremmo legiferare in modo irrazionale ogni volta che un caso si presenta all'attenzione dell'opinione pubblica. Nel Codice penale abbiamo troppi reati e aggravanti con "nome e cognome", alcuni dei quali non sono mai stati applicati, come ad esempio, tra i tanti, l'art. 350, introdotto decenni fa in relazione alla rottura della diga di Tous. Poiché l'espansione del Diritto penale è innegabile e difficilmente reversibile, per rispettare i principi di *ultima ratio*, sussidiarietà e frammentarietà, oltre a proporre riforme legislative che riducano le condotte penalmente rilevanti, si dovrebbero adottare altre misure, come la sostituzione delle pene privative della libertà con lavori socialmente utili o il ricorso alla mediazione per i reati minori, consentendo di intervenire meno nella sfera di libertà dei cittadini. A questo proposito, al momento dell'applicazione – in ambito giudiziario – è essenziale prendere in considerazione la funzione di tutela dei beni giuridico-penali per effettuare un'interpretazione teleologica dei reati. Lo scopo è quello di negare la rilevanza penale di una condotta quando questa, pur soddisfacendo formalmente la lettera della fattispecie, non è idonea *ex post* a ledere il bene giuridico-penale tutelato. In questo modo, il requisito dell'antigiuridicità materiale – il principio di offensività – consente di ridurre l'intervento penale e, di conseguenza, di rispettare il principio di *ultima ratio*. Le presunzioni – pericolo presunto o ipotetico, ecc. – o il principio di precauzione – valido in ambito amministrativo – devono essere esclusi dal diritto penale.

Sia in ambito legislativo che giudiziario, la teoria del reato svolge un ruolo importante nel garantire la certezza del diritto e, in particolare, nell'assicurare il rispetto del principio di colpevolezza, nei suoi tre aspetti di responsabilità per il fatto, responsabilità soggettiva e colpevolezza in senso stretto. La teoria del reato è utile anche per facilitare il rispetto dei principi di proporzionalità e dei sotto-principi del principio di *ultima ratio*: sussidiarietà e frammentarietà, nella misura in cui stabilisce

categorie che permettono di distinguere tra condotte di autoria e condotte di partecipazione, tra atti preparatori, tentativo e consumazione, tra dolo e colpa... Distinzioni che, con l'attuale tecnica legislativa, scompaiono in quanto molti dei nuovi precetti incriminano numerose condotte (promuovere, incoraggiare, istigare direttamente o indirettamente – art. 510 – o provocare o eseguire direttamente o indirettamente – art. 325 –), il che significa che la consumazione, il tentativo e gli atti preparatori o l'autoria e la partecipazione sono puniti con la stessa pena. Il legislatore, dimenticando l'esistenza della Parte Generale, non solo equipara comportamenti con disvalori diversi, ma introduce numerose aggravanti specifiche che, peraltro, in molti casi, danno luogo a gravi conflitti rispetto al principio del *ne bis in idem*.

Allo stesso modo, la prospettiva *ex ante* nell'analisi dei fatti, che risponde alla funzione preventiva del Diritto penale, consente all'operatore giuridico di non essere condizionato dall'evento e di tenere conto della gravità della condotta. È vero che la teoria del reato non fornisce soluzioni su quali comportamenti debbano essere puniti e con quale pena, ma non è meno vero che senza di essa la tecnica legislativa seguita nella Parte Speciale è sproporzionata e irrazionale e, di conseguenza, le soluzioni nel caso specifico tendono ad essere arbitrarie.

Infine, non bisogna dimenticare due aspetti essenziali per il buon funzionamento del diritto penale e per evitare che il legislatore sia così pressato dall'opinione pubblica da aumentare le pene e/o introdurre nuove fattispecie penali.

Si tratta di una giustizia che sia efficace e perché questo accada, prima di tutto, abbiamo bisogno di un processo penale che combini la velocità – l'efficienza – con le garanzie. Ed abbiamo altresì bisogno che gli operatori giuridici, giudici e pubblici ministeri, buoni giuristi, abbiano i mezzi e non siano influenzati dalla politica.

In secondo luogo, è necessario garantire l'effettiva esecuzione delle sentenze e che la loro esecuzione sia orientata al reinserimento. Se, come è stato sottolineato, l'efficacia preventiva della pena non dipende tanto dalla severità delle sanzioni quanto dalla certezza con cui vengono applicate, il processo e l'esecuzione svolgono un ruolo essenziale nella legittimazione del Diritto penale.