IL DIRITTO PENALE "IMPOSTO". GLI OBBLIGHI DI TUTELA COSTITUZIONALI E SOVRASTATALI

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche
in disCrimen dal 1.09.2026

Caterina Paonessa *

SOMMARIO 1. Lo statuto derogatorio degli obblighi di tutela penale. – 2. Il dovere legislativo di punire come contenuto costituzionale implicito e come vincolo costituzionale espresso. – 3. Dal garantismo *nel* punire al garantismo *del* punire. – 4. Scelta tipologica e sindacabilità dell'attuazione legislativa. – 5. Genesi e caratteri degli obblighi sovrastatali di tutela penale. – 6. Il vincolo di penalizzazione come forma di integrazione degli ordinamenti. – 7. La penalizzazione sovrastatale al duplice vaglio della legittimazione democratica e della ragionevolezza. – 8. Il vincolo che resiste? Tra effettività e reversibilità delle scelte punitive.

1. Lo statuto derogatorio degli obblighi di tutela penale

Nell'architettura liberale del diritto penale consegnata alla modernità dal pensiero illuminista e tuttora resistente, l'obbligo di tutela indirizzato al legislatore reca in sé un "non detto" che, per quanto latente, affiora nitidamente allorché si dia risalto al risvolto applicativo della pretesa irrinunciabilità punitiva di cui è portavoce. La coazione legislativa che ne è il portato non identifica, infatti, un tratto "regolare", consustanziale, della disciplina; inserendosi in un contesto in cui alla discrezionalità politico-criminale è riconosciuta pregnante dignità costituzionale[1], tale risultato ne profila, piuttosto, l'opposto concettuale, configurandosi quale modalità di costruzione delle norme penali, se non "speciale", certamente "fuori dall'ordinario".

L'obbligo di tutela sovverte, invero, il tradizionale paradigma che considera la potestà punitiva espressione, per antonomasia, di libertà nella selezione dei fatti da sottoporre a sanzione e condizione di soggezione per i consociati[2]. La qualificazione

* Professore associato di diritto penale nell'Università di Firenze.

[1] Nel devolvere al legislatore la definizione delle scelte punitive, la riserva di legge ne radica la legittimazione nella volontà democratica, implicando al contempo – sia pure indirettamente – il riconoscimento di uno spazio di apprezzamento dell'organo parlamentare; in un panorama dottrinale particolarmente articolato, v. G. VASSALLI, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, UTET, 1994, 278 ss.; v., altresì, G. MARINI, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 950 ss.; nonché F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, UTET, 1993, 338 ss.

[2] G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, UTET, 1942, 14 ss., nonché, con ulteriori sviluppi, ID., *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 793 ss. Per una rivisitazione del tema

del fatto come reato, per suo tramite, diventa, al contrario, un atto dovuto, che si esige – per quanto paradossale possa sembrare – dallo stesso facitore della politica criminale. Non è soltanto l'"anima" della riserva di legge ad essere così sacrificata; nel postulare la necessità della pena, l'obbligo di tutela rovescia altresì il principio di offensività, che da limite diventa dover-essere del punire.

In una visione d'insieme, i vincoli di penalizzazione presentano una struttura e delle dinamiche operative del tutto peculiari, di cui non si può non tenere conto. Asserirne l'esistenza, in particolare, non equivale, ancora, alla creazione di "tipi penali". Gli obblighi di tutela non hanno una dimensione direttamente regolativa e, come tali, non sono in grado di soddisfare in autonomia le esigenze di protezione ad essi sottese. La loro forza imperativa è di tipo "derivativo": discende, cioè, intanto dalla fonte sovraordinata che li contiene e li veicola al legislatore, le cui scelte, altrimenti libere, risultano perciò imbrigliate già in forza del principio di autorità.

La gerarchia delle fonti, da sola, non consente, tuttavia, di spiegare il correlato effetto di ritrazione della discrezionalità punitiva se non si considera che la forma, nella specie, è anche sostanza. Riguardati dal punto di vista contenutistico, gli obblighi di tutela, nella configurazione paradigmatica qui considerata, condensano, infatti, al loro interno l'esito (evidentemente positivo) di un vaglio anticipato in punto di meritevolezza (*Strafwürdigkeit*) e di bisogno di pena (*Strafbedürftigkeit*)[3], ovvero di quelle condizioni che rappresentano l'archetipo prenormativo delle scelte politico-criminali. Da questa angolazione, la richiesta di penalizzazione, nel suo significato più profondo, è espressione di sintesi tra un giudizio di valore che tiene conto del bilanciamento dei diversi interessi in gioco, da un lato, e la considerazione delle finalità della pena,

in chiave costituzionale, v., da ultimo, P.F. BRESCIANI, *La costituzionalizzazione del potere di punire. Critica della Costituzione penale*, Bologna, Bologna University Press, 2026, 2 ss.

[3] La rilevanza dei due referenti è ampiamente trattata in letteratura; in Italia, v. M. ROMANO, "*Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss., anche in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, Cacucci, 1994, 789 ss. Per un approfondimento dall'angolazione della punibilità, v. R. ROBLES PLANAS, *Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad*, in *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, a cura di V. Gómez Martín, C. Bolea Bardon, J.-I. Gallego Soler, J.C. Hortal Ibarra, U. Joshi Jubert, coord. da V. Valiente Ivañez e G. Ramírez Martín, Madrid, BOE, 2022, 859 ss., nonché, in una prospettiva sistematica più generale, W. FRISCH, *Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem*, in *GA*, 2017, 364 ss., che qualifica tali concetti come categorie centrali del discorso e della valutazione penalistica («*zentrale Topoi der Kommunikation und der Bewertung*»), sia *de lege lata* sia *de lege ferenda*, evidenziandone altresì la funzione fondativa rispetto al sistema del reato (spec. 370). Nel dibattito angloamericano, per un'impostazione affine, v. D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, 55 ss., 120 ss.

dall'altro, il cui epilogo porta a riconoscere, già a monte, l'insufficienza o la minore efficacia di altre tecniche di tutela meno afflittive, pur senza spingersi fino alla puntuale calibrazione del *quomodo* dell'intervento penale ritenuto necessario. Quest'ultima incombenza è lasciata al titolare del monopolio normativo penale, chiamato, in conseguenza del vincolo posto, ad adoperarsi per l'adozione di misure che abbiano una determinata connotazione qualitativa senza perdere di vista – anche questo è un "non detto" che si lascia tuttavia ragionevolmente apprezzare – la coerenza complessiva del sistema.

Se così stanno le cose, è evidente che il "tipo" di fonte in cui è allocato l'obbligo di tutela e, a maggior ragione, più in generale, il grado di legittimazione democratica che sta dietro la prescrizione vincolante l'attività legislativa, non sono affatto irrilevanti.

Non solo. La doverosità dell'intervento punitivo, in quanto derogatoria dell'assetto delineato dall'art. 25, comma 2, Cost., presuppone immancabilmente un mandato inequivocabile[4]; soltanto in questi termini è possibile ricondurre a censura eventuali deviazioni o omissioni non consentite da parte di chi ne è il formale destinatario, appunto il legislatore.

Ciascuno dei profili appena menzionati – costitutivo, contenutistico e di giustiziabilità degli obblighi di tutela – solleva snodi problematici di notevole complessità che, va da sé, non possono essere esplorati compiutamente in questa sede. Nondimeno, pur nei limiti di una trattazione necessariamente selettiva, pare opportuno offrire un quadro sintetico e orientativo di tali aspetti, anche alla luce delle linee temporali del loro sviluppo. E ciò al fine di comprendere – o quantomeno di provare a meglio contestualizzare – l'attuale tendenza alla "normalizzazione dell'eccezionale": l'invocazione, nei più diversi ambiti, di una legislazione penale "forzata" da presunti obblighi di tutela rappresenta, infatti, un fenomeno oggi sempre più frequente e, anche per questo, sempre meno percepito nella sua problematicità, quasi come se si trattasse di un'evoluzione naturale della produzione normativa, segnata dalla moltiplicazione dei centri regolativi e dalla progressiva perdita di centralità del legislatore, da accettarsi acriticamente.

[4] Sulla necessità di distinguere le prescrizioni costituzionali propriamente rivolte alla tutela penale dalle formule genericamente sanzionatorie, cfr. L.C. DOS SANTOS GONÇALVES, *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, 155 ss.

2. Il dovere legislativo di punire come contenuto costituzionale implicito e come vincolo costituzionale espresso

Partendo dal primo profilo, ossia da quello costitutivo, è singolare il modo in cui si è proceduto a razionalizzare i tratti identitari degli obblighi di tutela, giungendo – lo si anticipa fin da subito – ad una loro stringente perimetrazione concettuale. Ciò è avvenuto, invero, storicamente, in risposta al tentativo della giurisprudenza di legittimare – soprattutto, e non a caso, come si avrà modo di vedere a breve, intorno agli anni Settanta del secolo scorso – un impiego "inevitabile e ineliminabile" dello strumento penale a sostegno del sistema di valori codificato a livello costituzionale, ricavandone il giustificativo di un irrigidimento, se non addirittura di un precipuo ampliamento, dell'area del penalmente rilevante rispetto ad alcune controverse operazioni di depenalizzazione o, comunque, di mitigazione del trattamento sanzionatorio.

Il riferimento – facendo un salto indietro nel tempo di quasi mezzo secolo – è, segnatamente, alle censure di illegittimità costituzionale sollevate in relazione ad una serie di riforme legislative adottate in alcuni Paesi europei (Austria, Germania, Portogallo, Spagna e anche Italia), dirette a contrarre l'originaria regolamentazione giuridica dell'interruzione volontaria della gravidanza, le quali avevano portato a sostenere l'impossibilità di abdicare alla tutela penale della vita umana, pure in assenza di esplicite indicazioni in tal senso desumibili dalle rispettive Carte fondamentali[5]. Dalla pregnanza di tale bene giuridico – *prius* logico ed ontologico degli altri diritti costituzionalmente riconosciuti – si pretendeva di ricavare, in altre parole, l'esistenza, in capo ai poteri pubblici, di un corrispondente "dovere di punire" gli atti lesivi dello stesso[6].

In Italia, un'appendice ulteriore di simili questioni ha riguardato, pressoché sincronicamente, la riforma legislativa della tutela delle acque dall'inquinamento, avviata

[5] Le richiamate questioni di legittimità costituzionale hanno trovato soluzione, nei rispettivi ordinamenti, nelle seguenti pronunce: VfGH, 11 ottobre 1974, G 8/74, in *JBl.*, 1975, 310 ss.; BVerfG, 25 febbraio 1975, *Schwangerschaftsabbruch I* (BVerfGE 39, 1), anche in *JZ*, 1975, 205 ss. (entrambe consultabili in traduzione italiana in AA.VV., *L'aborto nelle sentenze delle Corti costituzionali. USA, Austria, Francia e Repubblica federale tedesca*, Milano, Giuffrè, 1976, rispettivamente 161 ss. e 248 ss.); Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in *Giur. cost.*, 1981, 908 ss.; Tribunal Constitucional (Spagna), 11 aprile 1985, n. 53, in *BOE*, 18 maggio 1985, n. 119, 10 ss. (trad. it. in *Foro it.*, 1985, IV, 279 ss.); Tribunal Constitucional (Portogallo), 29 maggio 1985, *Acórdão* n. 85/85, in *Diário da República*, 25 giugno 1985, serie II, n. 143, 5844 ss.; in senso anticipatorio, v. anche ID., 19 marzo 1984, *Acórdão* n. 25/84, *ivi*, 4 aprile 1984, serie II, n. 80, 2982 ss. (trad. it. in *Foro it.*, 1985, IV, 294 ss.). Per una ricostruzione del quadro normativo e delle vicende giudiziarie, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS, 2009, 102 ss. (consultabile anche in *disCrimen*, sezione "Libri").

[6] Cfr. K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1991, 50 ss.

con la c.d. legge Merli (l. 10 maggio 1976, n. 319)[7]. Pur con un diverso referente normativo sullo sfondo, l'*iter* argomentativo seguito è stato il medesimo. Dalla constatazione della priorità assegnata in Costituzione alla tutela della salute (art. 32 Cost.), bene ritenuto coessenziale al pieno sviluppo della persona umana, si è inteso desumere, infatti, l'obbligo implicito per lo Stato di assicurare una protezione penale adeguata, con conseguente illegittimità della soppressione del presidio sanzionatorio eventualmente preesistente, che avrebbe comportato inammissibili vuoti di disciplina.

La teorizzazione degli obblighi di tutela – è questo il dato che balza in evidenza – è così scaturita da un'iniziale considerazione ampia della loro estensione, a prescindere o, comunque, senza attribuire un peso dirimente, come dimostrano proprio le vicende giudiziarie poc'anzi richiamate, all'esplicita formalizzazione della richiesta di avvalersi dell'armamentario punitivo.

Il *modus operandi* corrisponde a quello che non si è mancato di definire «un paradossale (imprevedibile?) sviluppo della teoria dei beni giuridici costituzionali»[8], elaborata in quegli stessi anni dalla dottrina penalistica, sebbene nella diversa chiave critica e riformatrice del sistema punitivo tradizionale. A fondamento dell'impostazione è stata posta, in effetti, la centralità riservata in Costituzione ai diritti fondamentali della persona[9]. Da questo nucleo portante si sono dipanati poi molteplici e diversificati rivoli, tutti, però, convergenti nel riconoscere alla Carta fondamentale un ruolo promozionale attivo nella concretizzazione della tutela penale[10].

Ripercorrendone le premesse concettuali, si è dato risalto, innanzitutto, all'intrinseca funzionalità degli obblighi di tutela, sulla scorta, essenzialmente, di due direttrici principali: da un lato, la rilevazione dell'esistenza, su base costituzionale, di un generale "divieto di protezione insufficiente" (*Untermaßverbot*), declinato – nello specifico ambito in esame – come "divieto di carenza di tutela penale" e posto in

[7] In merito, v. Corte cost., 21 luglio 1983, n. 226, in *Giur. cost.*, 1983, 1386 ss., con nota di G. GEMMA, *Corte costituzionale, "legge Merli", diritto all'ambiente*, *ivi*, 2267 ss.

[8] Così D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 487, con rimando alle riflessioni di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino, UTET, 1973, 7 ss., spec. 15 ss.

[9] Per un inquadramento generale degli obblighi costituzionali di protezione, cfr., *ex plurimis*, P. UNRUH, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 20 ss.; J. DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten,* 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 26 ss.

[10] Cfr., in termini generali, W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10ª ed., Berlin-Neuwied, Luchterhand, 2002, 87, il quale rileva che la Legge fondamentale tedesca può essere invocata non soltanto per restringere il diritto penale, ma anche per ampliarlo.

rapporto di complementarità, secondo una relazione variamente ricostruita, con il "divieto di eccesso punitivo" (*Übermaßverbot*), che impone di circoscrivere le sanzioni penali entro quanto strettamente necessario[11]; dall'altro lato, la valorizzazione del c.d. "effetto verso i terzi" – o "effetto orizzontale" – dei diritti fondamentali nella sua forma mediata (*mittelbare Drittwirkung*)[12].

Nella prima prospettiva è stato richiamato il duplice ruolo dei diritti fondamentali: sia come strumenti di difesa dell'individuo rispetto a possibili abusi del potere statuale (aspetto negativo), sia come strutture portanti dell'ordinamento che, in taluni casi, impongono allo Stato di agire in modo socialmente adeguato, nel senso di doverne assicurare la concreta attuazione con mezzi idonei (aspetto positivo) e, quindi, eventualmente, anche attraverso il diritto penale[13]. In questa dimensione, il "divieto di protezione insufficiente" individua la soglia minima di effettività costituzionalmente esigibile dall'azione pubblica, impedendo che l'obbligo di tutela possa ritenersi assolto attraverso misure meramente simboliche o comunque inadeguate. Il suo apporto consisterebbe, in altri termini, nel mettere in evidenza un profilo estraneo alla logica del tradizionale "divieto di eccesso", riferito non più al rischio di un'ingerenza sproporzionata, ma a quello, speculare, di un'omissione o di una risposta insufficiente. Il controllo si sposta, di riflesso, dal "se" dell'intervento (*ob-Frage*) alla misura della

[11] In dottrina, sul piano del coordinamento tra i due limiti alla discrezionalità legislativa, il riferimento è anzitutto alla c.d. *Korridorthese*, secondo cui tra il minimo di protezione costituzionalmente dovuto e il massimo di intervento consentito permane un "corridoio" di discrezionalità legislativa, atteso che i pubblici poteri non possono approntare una tutela inferiore a quella imposta dall'*Untermaßverbot*, ma neppure incidere sui diritti fondamentali oltre quanto consentito dall'*Übermaßverbot*; in tal senso, pur nella diversità delle rispettive impostazioni, cfr., *ex plurimis*, V. TZEMOS, *Das Untermaßverbot*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004, 74 ss.; M. MAYER, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 63 ss., spec. 69 ss.; L.P. STÖRRING, *Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 125 ss., spec. 138 ss. Su un diverso piano ricostruttivo si colloca la c.d. *Kongruenzthese*, secondo cui, quando la protezione di un diritto fondamentale imponga un intervento incidente sulla posizione di un altro soggetto, tale spazio intermedio verrebbe meno, poiché i due limiti finirebbero per coincidere all'esito del medesimo giudizio di proporzionalità; cfr. K.-E. HAIN, *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?*, in *DVBl.*, 1993, 983-984; ID., *Das Untermaßverbot in der Kontroverse. Eine Antwort auf Dietlein*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1996, 75 ss., spec. 80; C. STARCK, *Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens. Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG*, in *JZ*, 1993, 816 ss., spec. 817.

[12] Cfr. P. KRUMBIEGEL, *Strafnormen als Verfassungsauftrag? Zugleich ein Beitrag zur Neuregelung des "Abtreibungsrechts"*, in *FamRZ*, 1975, 550 ss., spec. 551, il quale, però, esclude che da tale evoluzione dogmatica possa ricavarsi automaticamente un obbligo statale di penalizzazione.

[13] D.M. SANTANA VEGA, *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 49.

protezione richiesta, ossia al "quanto" della tutela (*in wieweit-Frage*), quale criterio per valutare l'adeguatezza costituzionale delle scelte legislative e individuare l'eventuale "troppo poco" vietato[14]. Proiettato sul terreno penale, tale schema consentirebbe di giustificare gli obblighi di penalizzazione in via negativa: la mancata previsione di un presidio penale nei casi di compromissione di diritti fondamentali – qualora non possa essere compensata da strumenti alternativi meno invasivi e determini un livello di protezione inferiore al minimo costituzionalmente esigibile – si tradurrebbe infatti in un *deficit* di tutela incompatibile con la funzione di garanzia dell'ordinamento, fino a metterne in discussione la stessa legittimazione[15].

Sul secondo versante, la plausibilità teorica degli obblighi di penalizzazione è stata fatta passare per il dovere dello Stato di attivarsi per garantire l'effettiva tutela dei diritti fondamentali anche rispetto alle aggressioni provenienti da altri consociati. Dal momento che, di regola, tali diritti non si traducono in pretese immediatamente azionabili nei rapporti tra privati, i relativi conflitti vengono trasposti sul piano pubblicistico, come espressione della responsabilità statale di protezione[16]; è, dunque, entro tale cornice che lo strumento penale può assumere rilievo, quando ne ricorrano le condizioni, come intervento necessario e non surrogabile da misure meno afflittive.

Per altro verso, la sostenibilità di un'accezione ampia dell'obbligo di tutela è stata ricavata "per differenza" rispetto all'eventuale previsione nell'ordinamento di clausole espresse di penalizzazione, dando spazio a letture incentrate ora sulla complementarità delle esigenze di protezione, ora su una logica di ragionevolezza.

Si è evocato, in proposito, uno schema abduttivo per "sfere concentriche": a partire dalla presenza, in Costituzione, di clausole esplicite che impongono la penalizzazione a tutela di beni giuridici strumentali allo sviluppo della persona, si è ritenuto plausibile inferire, per esigenze di coerenza interna dell'ordinamento, l'esistenza di

[14] Cfr., in termini analoghi, F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, *Las obligaciones estatales de tutela penal. Fundamentos constitucionales del derecho penal en el estado democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 216-217.

[15] H. MÜLLER-DIETZ, *Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten*, in *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, a cura di K.H. Gössel e O. Triffterer, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, 127-129.

[16] J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 3ª ed., a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, 414 ss., spec. 533; sul nesso tra efficacia mediata dei diritti fondamentali nei rapporti orizzontali e dovere statale di tutela, v. anche C.-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin-New York, De Gruyter, 1999, 37 ss., spec. 43 ss. Per una recente indagine costituzionalistica sugli obblighi di protezione, con particolare riguardo alla loro struttura trilaterale, v. F. GALLARATI, *Gli obblighi costituzionali di protezione: studio comparato sul lato "dimenticato" dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 2, 7 ss., spec. 9 ss.

vincoli analoghi anche per le condotte lesive di beni giuridici "primari" – come la vita, l'integrità fisica o la libertà personale – pur in assenza di una loro esplicita positivizzazione; sarebbe, infatti, difficilmente sostenibile ritenere costituzionalmente doverosa la tutela penale di taluni beni e, al contempo, rimessa alla piena discrezionalità legislativa quella di altri di rango assiologico superiore[17].

Ancora, nella medesima linea interpretativa, ma sulla base di un diverso fondamento argomentativo, si è fatto leva sul ruolo svolto dal «generalissimo principio di ragionevolezza», sia all'interno dell'ordine costituzionale, nel quale esso imporrebbe la tutela penale anche di valori non espressamente menzionati, ma ritenuti di maggiore rilevanza («addirittura più meritevoli») rispetto a quelli indicati dal costituente, sia all'interno del sistema penale considerato alla luce della Costituzione, nel quale si atteggerebbe a fonte implicita dell'obbligo di salvaguardare beni non adeguatamente garantiti, pur essendo gerarchicamente superiori rispetto ad altri[18]. In questa prospettiva – è stato osservato – il punto non è tanto l'astratta configurabilità di obblighi costituzionali di tutela, quanto, piuttosto, la loro effettiva traduzione sul piano legislativo, atteso che la Corte costituzionale può comunque indicare, in via generale, i beni e i valori che richiedono tutela o una più intensa protezione penale, in un'opera di continua esplicitazione del contenuto normativo della Carta fondamentale[19].

Per quanto suggestivi, nessuno degli argomenti addotti a sostegno di una lettura totalizzante degli obblighi in esame è riuscito, ad ogni modo, a fare breccia[20]. Non si è

[17] Cfr. L. FELDENS, *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, 94; nello stesso senso, ID., *Constituição e direito penal. O legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar*, in *Novos rumos do direito penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, a cura di A. ZENKNER SCHMIDT, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, 399. Sul punto, v. già F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, 109, nt. 30, il quale riconduce l'*obligatio puniendi* implicita a un «rimedio preventivo» rispetto a possibili antinomie interne al sistema punitivo, là dove interessi di scarso significato costituzionale risultino penalmente tutelati, mentre interessi fondamentali restino privi di analoga tutela.

[18] F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale. (Un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, tomo I, Milano, Giuffrè, 1985, 602. Sul punto, cfr. altresì M.C. FERREIRA DA CUNHA, *"Constituição e crime". Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, UCP, 1995, 311 ss.

[19] V., ancora, F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, cit., 603, nonché la giurisprudenza ivi richiamata.

[20] L'Austria rappresenta il caso più netto in questa direzione; v. VfGH, 11 ottobre 1974, G 8/74, cit., che, muovendo da una concezione dei diritti fondamentali quali diritti di difesa nei confronti dello Stato, ha escluso che da essi possa ricavarsi un obbligo di tutela della vita nei confronti di aggressioni provenienti da soggetti terzi, ritenendo pertanto compatibile con la Costituzione la depenalizzazione dell'aborto; così, in particolare, *sub* II, §§ 2.b, 3.b e 5.b.

negato che, a certe condizioni, la tutela penale possa essere coattivamente imposta[21]; nondimeno, ciò non ha comportato un'apertura incondizionata. La doverosità della predisposizione di un armamentario di sanzioni penali, infatti, è stata intesa, pure in quei sistemi che hanno manifestato approcci più ampi e flessibili, come direttamente proporzionale al rango del bene giuridico protetto dalla Costituzione, ovvero all'imprescindibilità di una salvaguardia effettiva della vita e della dignità umana[22]. A farsi largo è stato, di conseguenza, un dovere "relativo" di punire, riconoscibile soltanto in casi estremi, allorché, in ragione della rilevanza del bene ritenuto degno di protezione penale, quest'ultima non possa essere assicurata altrimenti, per l'insufficienza degli altri strumenti disponibili[23]. L'esistenza di un valore, dopotutto, non implica, automaticamente, la necessità della sua tutela penale[24].

[21] Ne sono espressione le sentenze del BVerfG, 25 febbraio 1975, cit., e del Tribunal Constitucional (Spagna), 11 aprile 1985, n. 53, cit., che hanno ricondotto l'intervento penale al dovere statale di tutela, ravvisando un implicito obbligo di protezione fondato, rispettivamente, sulla dimensione oggettiva dei diritti fondamentali, quale *Wertordnung*, e sulla protezione costituzionalmente dovuta alla vita prenatale. Tale impostazione è stata poi ridimensionata da BVerfG, 28 maggio 1993, *Schwangerschaftsabbruch II* (BVerfGE 88, 203), anche in *NJW*, 1993, 1751 ss. (trad. it. in M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, Giuffrè, 1994, 113 ss.) ed è rimasta isolata nel sistema spagnolo, suscitando rilievi contrari pure in seno alle stesse Corti (v. le opinioni dissenzienti dei giudici Rupp-v. Brünneck e Simon alla sentenza del BVerfG del 25 febbraio 1975 e i "*votos particulares*" dei giudici Arozamena Sierra, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Latorre Segura, Díez de Velasco Vallejo e Rubio Llorente alla pronuncia del Tribunal Constitucional n. 53/1985). Per una rilettura critica della vicenda tedesca, v. M. NETTESHEIM, *Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen, in Strafverfassungsrecht*, a cura di M. Bäcker e C. Burchard, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, 119-120, ove essa è ricostruita anche come tentativo di stabilizzare, attraverso il diritto penale, una determinata concezione etico-politica della tutela della vita prenatale e, insieme, come riaffermazione dell'identità della Legge fondamentale quale ordine costituzionale contrapposto all'esperienza nazionalsocialista, ferma la non automatica estensibilità del modello ad altri beni.

[22] BVerfG, 25 febbraio 1975, cit., *sub* C, II, § 1; Tribunal Constitucional (Spagna), 11 aprile 1985, n. 53, cit.

[23] BVerfG, 25 febbraio 1975, cit., *sub* C, III, § 2. In modo ancora più inequivoco, BVerfG, 28 maggio 1993, cit., precisa che il diritto penale, pur non liberamente rinunciabile alla luce dell'*Untermaßverbot*, opera quale *extrema ratio* e nei limiti della proporzionalità, lasciando al legislatore la possibilità di avvalersi di strumenti diversi, anche preventivi e di sostegno, qualora idonei ad assicurare un'effettiva tutela del bene; così *sub* D, I, §§ 2.c.dd e 4; *sub* D, II, §§ 3 e 4. In dottrina, v. H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, in *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, a cura di H.-H. Jescheck e H. Lüttger, Berlin-New York, De Gruyter, 1977, 108-109; ID., *Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten*, cit., 128-129; G. ROBBERS, *Strafpflichten aus der Verfassung*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. I, *Legitimationen*, a cura di K. Lüderssen, Baden-Baden, Nomos, 1998, 151 ss.

[24] Nella stessa linea, M. NETTESHEIM, *Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen*, cit., 121-123, il quale esclude che dai diritti fondamentali possa ricavarsi, di per sé, una pretesa alla penalizzazione, anche per il rischio di rovesciarne la funzione di garanzia della libertà, di

Ed ecco i nodi venire al pettine: il bisogno di pena "tacito" – è questo l'epilogo a cui si perviene – non può fare a meno di presupporre (almeno) un esplicito giudizio di meritevolezza di pena; è necessaria, in altre parole, l'esatta individuazione di quelle situazioni che sottendono un giudizio di disvalore di un determinato fatto, tale da giustificare, successivamente, sul piano pratico, l'intervento della disciplina penale[25].

Tutto, allora, si ricompone. La resistenza all'ammissione generalizzata di vincoli di penalizzazione desumibili dalla Costituzione ha determinato, come contraccolpo, una più attenta considerazione delle clausole esplicite di tutela ivi presenti, le uniche in grado di mettere "in chiaro", in simbiosi con il bisogno di pena, proprio una valutazione di meritevolezza punitiva. Si è così giunti a dare visibilità a previsioni che, allorquando è esploso il dibattito sugli obblighi impliciti, erano sì già scolpite in talune Carte fondamentali (si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 13, comma 4, della Costituzione italiana del 1948 e l'art. 26 della Legge Fondamentale per la Repubblica Federale di Germania del 1949), ma largamente ignorate quanto alla loro portata vincolante e alle loro effettive implicazioni, perché ritenute, per lo più, disposizioni di natura programmatica.

Gli obblighi che contano – si è detto per chiudere la partita – possono essere soltanto quelli espressi nella fonte primaria dell'ordinamento.

3. Dal garantismo *nel* punire al garantismo *del* punire

Riportate al centro della riflessione, le clausole costituzionali esplicite di penalizzazione, fino ad allora "silenti", hanno permesso di mettere a fuoco ancora più chiaramente, semmai ve ne fosse davvero bisogno, la connotazione – lo si ribadisce – eccezionale degli obblighi di tutela, rendendo manifesto ciò che, in pratica, era già sotto gli occhi di tutti, ossia la loro innegabile funzione di garanzia.

Basta uno sguardo, ancorché cursorio, all'assiologia a cui è dato rilievo per rendersene conto. L'obbligatorietà dell'intervento punitivo, che è un tratto caratterizzante soprattutto dei sistemi costituzionali di recente formazione o rinnovazione,

soggettivizzare interessi generali e di trasferire al giudice costituzionale scelte etico-politiche in materia punitiva. In giurisprudenza, cfr. altresì Tribunal Constitucional (Portogallo), 29 maggio 1985, *Acórdão* n. 85/85, cit., nonché Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, cit.

[25] Cfr. D.M. SANTANA VEGA, *Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, in *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, a cura di G. Quintero Olivares e F. Morales Prats, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, 877.

corre fondamentalmente lungo tre piani: 1) la tutela dell'assetto istituzionale democratico; 2) la difesa dei cittadini "dallo Stato" e la garanzia delle libertà individuali "nello Stato"; 3) la protezione, con una marca più progressista, di beni giuridici "collettivi".

Le clausole di penalizzazione del primo tipo sono volte a sollecitare l'intervento legislativo nel settore penale al fine di assicurare la stabilità dell'ordinamento costituzionale, specialmente – anche se non in via esclusiva – all'interno di quei sistemi in cui la costruzione democratica poggiava, al tempo, ancora su deboli fondamenta. Rientrano in tale filone, segnatamente, l'istanza di punire le azioni «che possono turbare la pacifica convivenza dei popoli» e che sono «intraprese con tale intento, in particolare al fine di preparare una guerra offensiva» (prevista dal già citato art. 26, Abs. 1, della *Grundgesetz* tedesca)[26], nonché le diverse prescrizioni teleologicamente indirizzate a punire ogni forma di incitamento all'odio, alla violenza, alla discriminazione o all'intolleranza[27]. In non poche occasioni, peraltro, è lo stesso testo costituzionale ad attribuire l'"etichetta" di reati di estrema gravità a talune condotte (così nel caso dell'alto tradimento o degli attentati alla sicurezza dello Stato)[28], spingendosi, nelle

[26] H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, cit., 102-104; G. ROBBERS, *Strafpflichten aus der Verfassung*, cit., 148-149.

[27] Sul punto, gli esempi sono numerosi, sia tra le Costituzioni europee – cfr., per il quadro vigente, l'art. 39 Cost. croata del 1990, che affianca all'incitamento all'odio nazionale, razziale o religioso quello alla guerra, all'uso della violenza e a ogni forma di intolleranza; l'art. 12, comma 2, Cost. estone del 1992, che estende il divieto anche all'incitamento all'odio, alla violenza e alla discriminazione «tra strati sociali», nonché, su un piano contiguo, l'art. 40, comma 6, n. 1, lett. *i*), Cost. irlandese del 1937, nella formulazione successiva al *37th Amendment*, che ha espunto il riferimento al materiale blasfemo, lasciando ferma la punibilità della pubblicazione o della diffusione orale di contenuti sediziosi o indecenti – sia in contesti extraeuropei, come attestano l'art. 5, XLI e XLII, Cost. brasiliana del 1988, che distingue tra l'obbligo legislativo di punire le discriminazioni lesive dei diritti e delle libertà fondamentali e la specifica qualificazione del razzismo come reato; l'art. 16, comma 2, Cost. ruandese del 2003, nel testo risultante dalla revisione del 2023, incentrato anche sulla propaganda discriminatoria, nonché l'art. 53 Cost. egiziana del 2014, che include tra le condotte da assoggettare a sanzione penale l'incitamento all'odio. La riconduzione di tali previsioni all'area della tutela penale va naturalmente graduata in ragione della diversa formulazione testuale, più netta ove la condotta sia qualificata come reato e meno diretta ove si faccia riferimento alla punibilità secondo legge; per indicazioni di maggiore dettaglio, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 124 ss., 142 ss. e, per un più ampio quadro delle previsioni rinvenibili nelle Costituzioni extraeuropee, 154 ss.

[28] Il riferimento è, in particolare, all'art. 59, comma 1, Cost. bulgara del 1991, che qualifica «l'alto tradimento e il tradimento della patria» come crimini della massima gravità, puniti con tutto il rigore della legge; per ulteriori previsioni riconducibili alla medesima logica di tutela, sebbene formulate in termini non sempre altrettanto stringenti, con riguardo allo spionaggio, al passaggio al nemico, alla presa del potere in violazione della Costituzione, agli attentati contro l'indipendenza e la sovranità, nonché agli atti di forza contro l'ordine istituzionale e il sistema democratico, cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 127, 150 ss. e, altresì, ad integrazione della ricognizione ivi svolta, l'art. 124, II, Cost. Bolivia del 2009 e l'art. 4, comma 2, Cost. Angola del 2010.

formulazioni più incisive, finanche a predeterminare aspetti specifici dello statuto penale, come l'imprescrittibilità o l'esclusione dell'accesso a determinati benefici[29].

Rispetto a tali ipotesi, il ricorso alla tutela penale è una conseguenza pressoché automatica della qualificazione data dalla Carta fondamentale, in virtù della funzione regolatoria che ad essa legittimamente compete in quanto fonte del diritto penale. La fisionomia assunta dall'obbligo di tutela in simili circostanze si spiega principalmente con l'esigenza di conferire centralità e forte valenza simbolica alla raggiunta unità ordinamentale dopo periodi di acuta tensione politica e sociale; da qui, appunto, l'esplicitazione nel testo costituzionale di una serie di condotte in grado di minare tale assetto, la cui repressione è chiaramente funzionale a rafforzare la transizione democratica negli ordinamenti che le prevedono, ma che, proprio per la loro caratura "strutturale", ben potrebbero essere penalmente sanzionate pure in assenza di una specifica imposizione del costituente. La positivizzazione dell'obbligo di tutela penale opera, in questo senso, fondamentalmente, come marcatore di discontinuità, segnando un limite di non regresso rispetto a condotte incompatibili con l'architettura costituzionale dell'ordinamento e con le condizioni minime della convivenza pluralistica.

Gli *input* del secondo tipo sono finalizzati al contenimento della tensione che rischia di ingenerarsi nei rapporti tra cittadino e autorità statuale, in conseguenza dell'uso smodato ed arbitrario del potere repressivo di cui quest'ultima è detentrice. Nella cornice considerata, le determinazioni costituzionali espresse di penalizzazione mirano a perimetrare, a loro volta, l'esercizio dello *ius puniendi*, impedendo che l'intervento repressivo comprometta il pieno sviluppo delle garanzie riconosciute nell'ordinamento. Si tratta, all'evidenza, di vincoli diretti ad assicurare la massima

[29] Si veda, in tal senso, ancora, la Costituzione brasiliana, che, nel già citato art. 5, XLII, qualifica la pratica del razzismo come crimine non suscettibile di cauzione e imprescrittibile, soggetto alla pena della reclusione; quanto alla predeterminazione costituzionale di profili specifici dello statuto penale, pur entro un catalogo assiologicamente più eterogeneo, l'art. 5, XLIII, sottrae a cauzione, grazia e amnistia la tortura, il traffico illecito di stupefacenti e droghe affini, il terrorismo e i crimini definiti come *hediondos* ("efferati"), mentre l'art. 5, XLIV, assoggetta al regime dell'imprescrittibilità e della non concedibilità della cauzione l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico. V., altresì, con riguardo ai crimini contro i diritti umani, l'art. 29 Cost. Venezuela del 1999 e l'art. 29, comma 1, lett. *h*), Cost. Ruanda, cit.: il primo sancisce l'imprescrittibilità delle azioni dirette a sanzionare i "delitti di lesa umanità", le gravi violazioni dei diritti umani e i crimini di guerra, escludendo, per tali fattispecie, l'applicabilità di benefici idonei a determinare l'impunità, inclusi indulto e amnistia; il secondo sottrae alla prescrizione il genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Sulle disposizioni anzidette, cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 155-156; in aggiunta, v. l'art. 25 Cost. Tunisia del 2022, già art. 23 Cost. Tunisia del 2014, che prevede l'imprescrittibilità del reato di tortura.

espansività della libertà personale dell'individuo, specie nelle ipotesi in cui il bene in questione si trovi ad essere "legittimamente" compresso. Tra di essi si annovera la previsione italiana diretta a contenere, attraverso la sanzione penale, ogni forma di «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (art. 13, comma 4, Cost.)[30], sulla cui scia si collocano anche altre indicazioni costituzionali orientate nella medesima direzione[31].

Accanto all'esigenza di tutelare la collettività dal rischio – tutt'altro che remoto – di una *mala gestio* dell'esercizio del potere pubblico, specifici vincoli di tutela penale sono poi volti ad assicurare "nello Stato" la piena estrinsecazione di taluni diritti e libertà fondamentali, anche rispetto a possibili attacchi provenienti da altri consociati o da terzi. Le prescrizioni riconducibili a questo secondo versante sono le più variegate: solo per averne contezza, si va, esemplificativamente, dalla tutela della «libera e non falsata manifestazione della volontà popolare, quale espressione della sovranità popolare» (art. 52 Cost. Grecia), all'obbligo di punire la ritenzione dolosa del salario (art. 7, X, Cost. Brasile)[32], fino alla repressione di condotte particolarmente riprovevoli,

[30] Sulla tutela penale obbligatoria assicurata dalla disposizione costituzionale, anche alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente, v., da ultimo, N. ZANON, *Violenza ai danni delle persone private della libertà: i lavori preparatori dell'articolo 13, comma 4, della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, fasc. 3, 917 ss., nonché, volendo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 87 ss., 91 ss.

[31] Si veda, in particolare, la Costituzione greca del 1975, con riguardo alla punizione dell'illegittima protrazione della detenzione oltre i termini costituzionalmente previsti (art. 6, comma 3), delle torture, dei maltrattamenti corporali, dei danni alla salute, della violenza psicologica e delle altre offese alla dignità umana (art. 7, comma 2) e della violazione del domicilio e dell'abuso di potere (art. 9, comma 2), nonché l'art. 55, comma 2, Cost. spagnola del 1978, sulla responsabilità penale per l'uso ingiustificato o abusivo delle facoltà riconosciute dalla legge organica nei casi di sospensione individuale di taluni diritti; in senso convergente, v. art. III, sec. 12, comma 4, Cost. Filippine del 1987, che impone al legislatore di prevedere sanzioni penali e civili per le violazioni delle garanzie contemplate dalla medesima disposizione in materia di indagini penali, nonché forme di indennizzo e di riabilitazione per le vittime di tortura o pratiche analoghe e per i loro familiari. *Amplius*, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 130 ss.; per ulteriori riferimenti comparati, specie in ambito extraeuropeo, cfr. *ivi*, 157, nonché gli artt. 52, 55 e 60 Cost. Egitto, rispettivamente in tema di tortura, violazioni delle garanzie della persona arrestata, detenuta o comunque privata della libertà e inviolabilità del corpo umano.

[32] Sull'attuazione di tale disposizione è recentemente intervenuto il *Supremo Tribunal Federal*: v. STF, *Plenário*, 26 maggio 2025, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADO) n. 82/DF, in *https://portal.stf.jus.br*, che ha accertato l'omissione incostituzionale del *Congresso Nacional* per la mancata tipizzazione penale della ritenzione dolosa del salario, assegnando al legislatore un termine di 180 giorni per provvedere; ad oggi risulta, tuttavia, ancora pendente il *Projeto de Lei* n. 2565/2025 (consultabile in *https://www.camara.leg.br*), volto a introdurre nel codice penale la fattispecie di "*retenção dolosa de remuneração*". Sulla problematicità dell'adempimento del mandato costituzionale, v., per tutti, H. SOUTO KALIL, *A retenção dolosa de salário segundo a Constituição: perfil dogmático e de política criminal*, in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 61, n. 243, 2024, 177 ss.

quali gli abusi, le violenze e lo sfruttamento sessuale a danno di minori (art. 227, § 4, Cost. Brasile), le pratiche discriminatorie connesse all'intoccabilità (art. 17 Cost. India e art. 24, comma 5, Cost. Nepal), le diverse forme di violenza o sfruttamento legate alla condizione femminile, nonché le ipotesi di tratta, lavoro forzato – compreso il *begar* di cui all'art. 23, comma 1, Cost. India – e schiavitù, contemplate in varie Carte fondamentali[33]. Restano invece ai margini della categoria, se non al di fuori di essa, quelle previsioni che si limitano a ribadire la rilevanza penale di condotte già pacificamente riconducibili al nucleo essenziale dei "delitti naturali", come le aggressioni alla vita umana; in tali ipotesi, invero, le relative clausole costituzionali di penalizzazione assolvono innegabilmente una funzione simbolico-confermativa[34].

Nella duplice finalità appena esaminata, traspare una proiezione ulteriore dell'obbligo di tutela penale, che non opera soltanto come limite di garanzia "esterna" dell'ordinamento, secondo quanto emerso con riguardo al primo gruppo, ma si atteggia anche a limite di garanzia "interna" dell'assetto costituzionale, di cui presidia la tenuta nei rapporti fondamentali, verticali e orizzontali.

Da ultimo, assumono rilievo quei vincoli di penalizzazione posti a supporto della tutela di beni di rilevanza collettiva – come l'ambiente o il patrimonio storico, culturale e artistico, espressamente menzionati, ad esempio, nella Costituzione spagnola agli artt. 45, comma 3, e 46 – rispetto ai quali, tuttavia, il ricorso al diritto penale non può dirsi affatto scontato. In questi casi, infatti, si ha a che fare con beni per i quali, al momento della promulgazione del testo costituzionale, non risultava ancora consolidato un consenso sociale circa la necessità di una tutela specificamente penale[35], tanto

[33] Diffusamente, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 134, 149 ss., spec. 157-158. Per ulteriori previsioni espresse, successive alla ricognizione ivi svolta, v. gli artt. 22, comma 2, 29, comma 5, 38, comma 3, e 39, comma 10, Cost. Nepal del 2015, come successivamente emendata, nonché l'art. 89 Cost. Egitto; in termini particolarmente espliciti, v. anche l'art. 57, n. 21, penultimo inciso, Cost. Ecuador del 2008, secondo cui la violazione dei diritti dei popoli in isolamento volontario costituisce «*delito de etnocidio*», da tipizzare per legge. Peculiare, per la sua ambivalente fisionomia assiologica, è, invece, l'art. 26, comma 3, Cost. Nepal, che, nel disciplinare i limiti all'esercizio della libertà religiosa, prevede la punibilità delle condotte dirette a convertire una persona da una religione a un'altra e di quelle idonee ad arrecare pregiudizio alla religione professata da altri; tale previsione, volta non solo a proteggere la libertà religiosa altrui, ma anche a delimitare penalmente quella del soggetto agente, trova spiegazione nella transizione del Paese da monarchia storicamente induista a Stato secolare.

[34] In merito possono richiamarsi, a titolo esemplificativo, l'art. 28 Cost. Bulgaria e l'art. 25 Cost. Uzbekistan nel testo vigente dal 2023 (già art. 24 Cost. Uzbekistan del 1992), entrambi accomunati dalla qualificazione dell'attentato alla vita umana come crimine di massima gravità; v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 134-135.

[35] J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2001, 115.

da richiedere un'esplicita scelta del costituente in tal senso; scelta che, nel caso spagnolo – vale la pena precisarlo – si modula con diversa intensità a seconda della disposizione considerata. L'art. 45, comma 3, Cost. spagn. fa propria, in particolare, una soluzione "prudenziale", che non mette in discussione il carattere sussidiario del diritto penale, lasciando al legislatore margine per avvalersi di sanzioni penali o, se del caso, amministrative, ferma restando la previsione dell'obbligo di riparare il danno causato[36]. Proprio tale circostanza ha indotto parte della dottrina a negare che si sia qui in presenza di un autentico obbligo di incriminazione[37], natura che, invece, viene generalmente riconosciuta alla previsione di cui all'art. 46 Cost. spagn., in materia di patrimonio storico, culturale e artistico, là dove si stabilisce espressamente che «la legge penale sanzionerà gli attentati contro questo patrimonio»[38]. Rispetto a quest'ultimo filone si collocano, peraltro, in posizione eccentrica alcune isolate prescrizioni costituzionali di carattere punitivo riferite alla protezione di interessi propri dell'ordine economico e finanziario[39].

---

[36] D.M. SANTANA VEGA, *Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, cit., 868 ss.; in termini parzialmente analoghi, per clausole a struttura sanzionatoria mista, nelle quali la tutela penale ambientale concorre con rimedi amministrativi, civili o riparatori, cfr. l'art. 225, § 3, Cost. Brasile e l'art. 345, n. 3, Cost. Bolivia. Per clausole costituzionali più nette, cfr. l'art. 29 Cost. Benin, che qualifica come crimine contro la Nazione il trasporto, l'importazione, lo stoccaggio, l'interramento e lo scarico sul territorio nazionale di rifiuti tossici o inquinanti stranieri, nonché ogni accordo a ciò relativo, e, altresì, l'art. 8 Cost. Paraguay, secondo cui «il delitto ecologico sarà definito e sanzionato dalla legge»; sul punto, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 139-140.

[37] J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, cit., 115-117, 124 ss., il quale, pur riconoscendo nell'art. 45, comma 3, Cost. spagn. un mandato costituzionale di incriminazione, ne circoscrive la portata alla luce dei principi di proporzionalità e offensività, criticando gli esiti meramente simbolici della legislazione penale ambientale; sul dibattito, v. anche L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, Giuffrè, 2007, 235, nt. 4 e, volendo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 137 ss.

[38] Previsioni in parte affini si rinvengono nell'art. 70 Cost. Cambogia del 1993, che dispone la severa punizione delle offese al patrimonio culturale e artistico, e nell'art. 99 Cost. Venezuela del 1999, secondo cui la legge stabilisce «*penas y sanciones*» per i danni cagionati ai beni del patrimonio culturale nazionale (sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 159). Analogamente, v. gli artt. 49 e 50 Cost. Egitto, che qualificano come reato, rispettivamente, gli atti lesivi delle antichità e il relativo traffico, nonché ogni aggressione al patrimonio culturale materiale e immateriale, prevedendo per le prime condotte anche l'imprescrittibilità; più dubbia, invece, la portata dell'art. 216, § 4, Cost. Brasile, che si limita a prevedere la punibilità, nelle forme stabilite dalla legge, dei danni e delle minacce al patrimonio culturale, senza precisare la natura propriamente penale della sanzione.

[39] Si tratta di clausole rare; cfr. l'art. 336, ultimo comma, Cost. Colombia, secondo cui l'evasione fiscale relativa alle rendite provenienti dai c.d. monopoli rentistici, ossia monopoli pubblici istituiti per finanziare finalità di interesse sociale, è sanzionata penalmente nei termini stabiliti dalla legge, nonché l'art. 114 Cost. Venezuela, che prescrive la severa punizione dell'«illecito economico» (*ilícito*

Al netto di tali ipotesi marginali, le linee di intervento enucleate condividono, ad uno sguardo più analitico, un minimo comune denominatore: la finalizzazione, più o meno diretta, delle clausole costituzionali di penalizzazione alla protezione dell'individuo, considerato nelle plurime dimensioni della sua appartenenza sociale e politica. Nelle diverse declinazioni concrete di tali previsioni, quest'ultimo emerge, anzitutto, come componente essenziale della società da proteggere contro aggressioni idonee a comprometterne la convivenza pacifica; si presenta, poi, come destinatario delle garanzie offerte dalla criminalizzazione di condotte lesive dell'esercizio di libertà fondamentali, minacciate sia dallo Stato sia da terzi; e viene in rilievo, infine, come soggetto da tutelare anche nella sua proiezione futura, in relazione all'esigenza di assicurare un'adeguata protezione ad interessi collettivi di nuova affermazione. Ne esce confermata, nel nucleo paradigmatico delle clausole considerate, una visione precipua della tutela penale costituzionalmente necessaria, destinata a operare a presidio di beni di rango fondamentale, gli unici in grado di sostenere "ad armi pari" il bilanciamento con il corrispondente sacrificio della libertà personale connesso all'irrogazione della pena.

Si possono trarre da qui, allora, alcune riflessioni di carattere più generale.

L'impiego "atipico" del diritto penale, quale espressione degli obblighi di tutela imposti a livello costituzionale, non si pone in antitesi con la tradizione liberale e garantista che ne riconosce la funzione di argine contro i potenziali abusi del potere coercitivo statale. Le determinazioni costituzionali espresse di penalizzazione esaltano, piuttosto, il medesimo valore del "limite" che sta dietro il principio di legalità. Nel diritto penale, invero, è la legittimità del mezzo – cioè la legge quale forma che identifica il punto di equilibrio tra istanze funzionali e garantistiche – a rendere accettabile (e quindi sopportabile) l'esito punitivo. Diversamente da quanto accade in altri rami dell'ordinamento, la legge penale non è solo manifestazione di potere, ma è anche garanzia di giustizia: la punizione deve rispettarne i dettami e non può essere giustificata solo dal risultato raggiunto[40]. L'obbligo di tutela rappresenta, da questo punto di vista, un'evoluzione della logica legalitaria. Esso non si sostituisce alla riserva

económico), della speculazione, dell'accaparramento, dell'usura, della cartellizzazione e degli altri reati connessi.

[40] Cfr. F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano, La nave di Teseo, 2023, 46, che, sul punto, riprende, adattandole al contesto, le riflessioni su "legge-potenza" e "legge-garanzia" di P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, vol. 36, tomo I, 17.

di legge, ma vi si innesta, assumendo la mediazione parlamentare come passaggio necessario dell'intervento punitivo. I vincoli costituzionali di tutela penale rafforzano così la dimensione sostanziale della riserva di legge, ossia la sua funzione di difesa dei beni fondamentali della persona contro derive autoritarie (ne è un esempio proprio l'art. 13, comma 4, Cost.) e di salvaguardia delle condizioni essenziali su cui si regge l'ordinamento, imponendo, in taluni casi, una compressione della discrezionalità legislativa e un corrispondente obbligo di attivazione normativa in capo al legislatore.

Simili "costrizioni" della potestà punitiva – va precisato – si collocano esclusivamente in ambiti ristretti e ben definiti, come confermato anche dal numero limitato di previsioni di questo tipo presenti nelle Carte fondamentali. Né potrebbe essere diversamente: un obbligo di tutela ad amplissimo spettro finirebbe, infatti, per porsi in tensione con l'assetto costituzionale della materia penale. Proprio tale carattere insulare impedisce, allora, di leggere questi vincoli come il sintomo di un diritto penale "altro" o sovversivo rispetto al modello liberale: anche quando la Costituzione impone al Parlamento di provvedere, il diritto penale che ne deriva resta puntiforme, frammentario e ancorato alla riserva di legge, sebbene sorretto da una legalità materiale radicata nei valori e nei principi costituzionali.

Breve: al di là delle apparenze, gli obblighi costituzionali di tutela penale non incrinano né la coerenza del sistema di formazione del diritto penale né la sua filosofia di fondo. La circostanza che la Costituzione imponga l'uso del diritto penale solo in determinati casi non smentisce, bensì conferma il carattere eccezionale dell'intervento punitivo. Anche l'obbligo costituzionale di penalizzazione è, a sua volta, eccezionale, perché limita la discrezionalità del legislatore[41]; ma tale eccezionalità opera, per così dire, "alla rovescia", non già per comprimere diritti, bensì per preservarli attraverso la repressione di violazioni particolarmente gravi. Le due forme di eccezionalità – quella del diritto penale e quella dell'obbligo costituzionale – non si elidono, ma anzi si sostengono a vicenda.

La forza degli obblighi costituzionali di tutela penale deriva, in definitiva, congiuntamente dall'autorità della fonte che li sancisce e dal rilievo dei valori che essi esprimono. Tali vincoli si impongono al legislatore in virtù del principio di gerarchia normativa, provenendo da una fonte superiore, dotata altresì di competenza in ambito penale. Di più. Quando la Costituzione prevede espressamente obblighi di

[41] Sul rischio che simili vincoli comprimano il margine di discrezionalità del legislatore, facendo gravare su quest'ultimo il dubbio circa l'idoneità della disciplina adottata, cfr. H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, cit., 115-116.

penalizzazione, la legge che ne discende si conforma direttamente ai suoi contenuti, instaurando, sul piano della finalizzazione della tutela, un rapporto lineare, e non conflittuale, tra le fonti. La normativa penale così "indotta" riflette l'assiologia costituzionale e, proprio per questo, contribuisce all'unitarietà e all'equilibrio complessivo del sistema sanzionatorio. L'adempimento del vincolo partecipa, in questa misura, della funzione costituente della Carta, intesa in senso materiale: attualizza nel sistema penale la scelta di valore posta dalla fonte sovraordinata, proiettandola sui criteri di conformazione della risposta punitiva. Ciò non predetermina automaticamente gli esiti del giudizio, che restano affidati ad un apprezzamento prudenziale del legislatore, condotto alla luce dell'insieme dei valori costituzionali.

Il profilo "contenutistico" degli obblighi di tutela di matrice costituzionale, all'evidenza, tende, dunque, a marginalizzare la questione della loro eccezionalità "costitutiva": la tensione con la discrezionalità punitiva sottesa alla riserva di legge si manifesta, a ben guardare, sul piano formale, ma non determina, di per sé, una corrispondente frizione su quello sostanziale.

4. Scelta tipologica e sindacabilità dell'attuazione legislativa

Rimane aperta la questione della scelta tipologica, che rappresenta un limite strutturale intrinseco degli obblighi costituzionali di tutela penale. Come si è detto, ad essere fissato, in tale sede, è l'obiettivo finalistico di protezione, non anche le relative modalità di soddisfazione: aspetto, quest'ultimo, tutt'altro che secondario, se si considera che il reato è un illecito modale. D'altro canto, risulterebbe difficile immaginare una disciplina di dettaglio affidata ad una fonte pensata – proprio per la natura basilare dei principi ivi espressi – per essere tendenzialmente stabile e sottratta alla mutevolezza del contingente; la realizzazione pratica delle specifiche esigenze di tutela resta dunque rimessa alla successiva attività di concretizzazione del legislatore.

Si pone, di risulta, il problema della sindacabilità delle scelte compiute nell'esercizio di tale spazio conformativo. Un problema, per il vero, più teorico che pratico, se ci si misura con l'eventuale inadempimento *tout court* delle pretese costituzionali di penalizzazione, atteso che tali indicazioni hanno per lo più incontrato un generale e spontaneo consenso negli ordinamenti di riferimento e che, anche là dove non abbiano ricevuto una diretta attuazione normativa, risultano comunque intercettate da discipline già esistenti nel sistema. È il caso dell'esperienza italiana, nella quale la fattispecie di «abuso di autorità contro arrestati o detenuti» di cui all'art. 608 c.p., prevista

sin dall'originaria formulazione del codice penale del 1930, è generalmente considerata una delle traduzioni legislative della prescrizione vincolante di tutela successivamente sancita dall'art. 13, comma 4, Cost.; ad essa si affianca oggi l'incriminazione della «tortura» *ex* art. 613-*bis* c.p.[42]: due disposizioni, quelle appena menzionate, non soltanto compatibili con un diritto penale di matrice liberale, ma funzionali alla sua stessa effettività.

Anche negli ordinamenti che, in astratto, ammettono un controllo sull'inerzia legislativa attraverso rimedi *ad hoc*[43], tale sindacato – va detto – ha solo raramente interessato clausole costituzionali espresse di penalizzazione. Si è già fatto cenno alla vicenda brasiliana relativa alla mancata tipizzazione penale della ritenzione dolosa del salario, in rapporto al mandato specifico dell'art. 7, X, Cost. Brasile[44]. Una situazione analoga, sebbene meno immediata sul piano ricostruttivo, si è posta con riferimento all'omessa criminalizzazione dell'omofobia e della transfobia alla luce dei mandati di criminalizzazione ritenuti ricavabili dall'art. 5, XLI e XLII, Cost. Brasile, indirizzati, rispettivamente, alla punizione delle discriminazioni lesive dei diritti fondamentali e alla repressione delle pratiche razziste[45]. In assenza di una disposizione appositamente dedicata alle condotte omotransfobiche, il *Supremo Tribunal Federal* ha ricondotto queste ultime alla nozione costituzionalmente rilevante di razzismo, intesa non già in senso biologico o fenotipico, bensì nella sua dimensione sociale, quale pratica di inferiorizzazione, segregazione ed esclusione di gruppi vulnerabili, assoggettandole così, nelle more dell'intervento legislativo, alla relativa disciplina incriminatrice.

---

[42] Da ultimo, E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2025, 164 ss.

[43] Si pensi, segnatamente, all'*ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, prevista dall'art. 103, § 2, Cost. Brasile, quale rimedio di carattere oggettivo volto all'accertamento della mancata adozione delle misure necessarie a rendere effettiva una norma costituzionale, nonché, su un diverso piano, al *mandado de injunção*, di cui all'art. 5, LXXI, Cost. Brasile, esperibile quando l'assenza di una norma regolatrice renda impraticabile l'esercizio di diritti e libertà costituzionali o delle prerogative inerenti alla nazionalità e alla sovranità, oltre che alla cittadinanza. *Amplius*, cfr. R. QUARESMA, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, *passim*; F. PIOVESAN, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 111 ss., 134 ss.; D. DA CUNHA JÚNIOR, *Controle judicial das omissões do poder público. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, 113 ss., 529 ss., 559 ss.

[44] STF, *Plenário*, 26 maggio 2025, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADO) n. 82/DF, cit.; cfr. *retro*, § 3, nt. 32.

[45] STF, *Plenário*, 13 giugno 2019, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADO) n. 26/DF e *Mandado de Injunção* (MI) n. 4733/DF, entrambi in *https://portal.stf.jus.br*.

Le criticità più significative insorgono, invece, a fronte di una regolamentazione attuativa solo parzialmente conforme all'indicazione costituzionale, soprattutto allorché se ne assuma il carattere deficitario. In una simile evenienza, la sindacabilità della scelta legislativa deve misurarsi con un dato di fondo: la circostanza che i mezzi di attuazione rimessi al legislatore sono sì discrezionali, ma pur sempre vincolati nello scopo[46].

Le difficoltà non sono poche. Se è vero, infatti, che l'obbligo di tutela penale espresso dalla Costituzione non può che intendersi come istanza di protezione efficace, implicando – come si è avuto modo di sottolineare in apertura – una valutazione anticipata non solo di meritevolezza, ma anche di bisogno di pena, va altresì considerato che l'indicazione costituzionale spesso si avvale di una terminologia che, nel riferirsi alla "punibilità" di determinate condotte, non elimina in radice la possibilità del ricorso a misure extrapenali, ove il loro impiego risulti comunque idoneo a soddisfare adeguatamente l'originario obiettivo di protezione[47]. La messa in discussione della modalità adempitiva adottata richiede, quindi, come passaggio preliminare, l'accertamento dell'univocità del mandato costituzionale circa il ricorso agli strumenti propri del diritto penale.

La mediazione legislativa conserva un ruolo insopprimibile nel definire e modulare, entro il perimetro tracciato dall'obiettivo di tutela imposto dalla Costituzione, la forma e l'intensità della risposta sanzionatoria[48]. Non si tratta di un'operazione meccanica. Il vincolo sotteso alla prescrizione costituzionale obbligante non opera in modo "cieco", né si impone *ab externo* al sistema penale[49]; in particolare, esso non legittima qualsiasi opzione incriminatrice astrattamente funzionale al fine presidiato,

[46] In senso analogo, cfr. D.M. SANTANA VEGA, *Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, cit., 871 ss., spec. 873-875, la quale, in relazione alle omissioni parziali nell'attuazione degli obblighi costituzionali espressi di penalizzazione, osserva che esse, salvo il caso di precetti particolarmente delimitati, tendono a confondersi con la discrezionalità riconosciuta al legislatore nella concreta determinazione delle modalità di sviluppo del mandato.

[47] Sull'equivocità del riferimento costituzionale alla "punizione", cfr. J.C. PASCHOAL, *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 106.

[48] Con riguardo alla pluralità delle tecniche legislative idonee ad attuare i mandati costituzionali di criminalizzazione, cfr. L.C. DOS SANTOS GONÇALVES, *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, cit., 180-181.

[49] Per una posizione ancora più radicalmente restrittiva, v. J.C. PASCHOAL, *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, cit., 82-83, 87, secondo cui anche dinanzi alle «*determinações expressas de criminalização*» la Costituzione non imporrebbe una tipizzazione obbligatoria, ma aprirebbe soltanto uno spazio di possibile intervento penale, subordinato alla verifica legislativa della concreta necessità e utilità della tutela.

ma richiede che la scelta in favore dell'intervento penale e la sua concreta conformazione assicurino l'adeguatezza e la proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto, apprezzata alla luce della rilevanza costituzionale del bene da proteggere, nonché la coerenza della soluzione adottata con le altre previsioni incriminatrici presenti nell'ordinamento.

La costituzionalizzazione dell'obbligo di tutela penale – è questo un nodo cruciale – non si irradia automaticamente sulla norma che, in un determinato momento storico, vi abbia dato attuazione. La Costituzione impone di assicurare un certo tipo di tutela, senza però cristallizzare la specifica disciplina che ne dà seguito, sia essa direttamente orientata a tale scopo o anche solo idonea a soddisfarlo in via indiretta. I due piani vanno tenuti distinti: l'indisponibilità attiene alla scelta di valore incorporata nel vincolo costituzionale di tutela, non alla regolamentazione legislativa attraverso cui esso viene perseguito, la quale resta, in linea di principio, modificabile[50].

L'eventuale revisione della disciplina attuativa dell'obbligo di penalizzazione non integra, dunque, di per sé, una violazione costituzionale, potendo anzi l'effettività della tutela esigere un adattamento della normativa vigente, soprattutto quando la soluzione originariamente individuata non risulti più adeguata a soddisfare l'obiettivo imposto dalla Carta[51]. Neppure un arretramento del livello di tutela precedentemente assicurato è, da solo, sufficiente a decretarne l'illegittimità costituzionale; tale esito si verifica, semmai, quando l'intervento legislativo, lungi dal ricalibrare le modalità di attuazione dell'obbligo, eventualmente sostituendo la tutela soppressa con un idoneo succedaneo o con presidi equivalenti, si risolva nello svuotamento o nell'elusione del suo contenuto essenziale. È qui, piuttosto, che si acuisce, come rilevato in dottrina, il problema della verifica costituzionale della correttezza della soluzione empirica adottata in rapporto al fine di tutela perseguito[52].

L'eventuale aggiramento dell'obbligo di tutela andrà però apprezzato rimarcando la distinzione tra controllo di legittimità costituzionale, da un lato, e controllo di merito, dall'altro; spesso, infatti, tale distinzione rischia di confondersi nell'accoglimento di una concezione estrema della ragionevolezza, a detrimento della

[50] Per una ricostruzione convergente, cfr. F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, *Las obligaciones estatales de tutela penal*, cit., 234-235.

[51] Parimenti, J.C. PASCHOAL, *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, cit., 93-95, esclude che la depenalizzazione di una fattispecie riconducibile a una previsione costituzionale possa ritenersi automaticamente incostituzionale, ammettendo una censura solo in casi-limite di manifesta insufficienza della tutela.

[52] H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, cit., 110 ss.

discrezionalità legislativa[53]. Il discrimine – dovrebbe essere a questo punto evidente – non passa per la maggiore o minore intensità della tutela in sé considerata, né per la sua astratta perfettibilità, bensì per la riconoscibile alterazione della prescrizione imposta dalla Costituzione. È a questa soglia che deve dunque arrestarsi il controllo di costituzionalità. Diversamente, si finirebbe per attribuire al giudice costituzionale un ruolo che non gli appartiene, ossia quello di giudice della politica criminale e della concreta estensione della punibilità. Solo in presenza di un inadempimento evidente e grave dell'obbligo costituzionale di tutela penale può profilarsi uno spazio di sindacato costituzionale, quale riflesso del vincolo posto dalla Carta fondamentale.

5. Genesi e caratteri degli obblighi sovrastatali di tutela penale

Esclusa, almeno secondo l'impostazione tradizionale, la possibilità di ricavare vincoli impliciti dall'asserita esistenza di un dovere statale di protezione (anche penale) dei diritti fondamentali[54], e ricondotte a sistema le (poche) clausole espresse di penalizzazione presenti nelle Carte costituzionali, emerge con maggiore nettezza la natura propriamente "tecnica" degli obblighi di tutela così individuati, attestata dalla loro generale operatività quali deroghe controllate alla libertà legislativa e, al contempo, quali puntuali meccanismi di integrazione dell'ordinamento, finalizzati – come si è visto – al consolidamento di alcuni suoi snodi essenziali. La componente valoriale

[53] Sul problema delle omissioni legislative e dei limiti dei rimedi giurisdizionali rispetto alla discrezionalità del legislatore, v., da ultimo, F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 126 ss. e 155 ss.; per la distinzione tra sindacato di legittimità costituzionale e controllo sul merito delle scelte legislative, v. A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 52 ss.

[54] Un possibile segnale di riemersione della categoria – va detto per completezza – è stato ravvisato in Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, in *Giur. cost.*, 2022, 630 ss., punti 5.2-5.3 e 6 del Considerato in diritto, che, nel giudizio di ammissibilità del *referendum* sull'art. 579 c.p., ha qualificato la disciplina dell'omicidio del consenziente come costituzionalmente necessaria, per quanto non a contenuto costituzionalmente vincolato, escludendone la pura e semplice abrogazione perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela della vita richiesto dalla Costituzione. La portata dell'indicazione resta, tuttavia, controversa: A. PERIN, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "riforma Nordio"*, in *Leg. pen.*, 2025, fasc. 1-2, 109-110, vi legge l'affermazione, sia pure implicita, di un obbligo costituzionale di tutela; più cautamente, E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale*, cit., 201 ss., spec. 205-208, considera la pronuncia un indizio che, anche in ragione della peculiarità della sede referendaria, non consente di affermare con certezza la riemersione di un obbligo implicito di penalizzazione.

che li connota e il fondamento costituzionale che li sorregge concorrono, in questa logica, a modularne l'incidenza sulla discrezionalità politico-criminale, mantenendola entro coordinate compatibili con l'assetto garantistico della materia. Ne risulta un modello intrinsecamente lineare e coerente, nel quale il passaggio dal vincolo alla sua attuazione rimane tutto sommato governabile, senza che l'eccezionalità della prescrizione si risolva né in un automatismo punitivo né in un'espropriazione di fatto delle prerogative legislative.

A fronte di una simile configurazione, ben più mobile e frastagliato si rivela il reticolato degli obblighi di matrice sovranazionale e internazionale, ritenuti anch'essi potenzialmente in grado di imbrigliare l'attività legislativa interna nell'allestimento di una disciplina punitiva nei rispettivi settori d'intervento[55].

Un censimento esaustivo del fenomeno risulta qui difficilmente praticabile. È eterogenea già la stessa genealogia dei vincoli ascrivibili al comparto in esame, articolata, invero, in una pluralità di traiettorie, ciascuna delle quali segnata da tempi di emersione, fonti e forza impositiva del tutto peculiari. Senza contare il processo di costante implementazione e affinamento a cui siffatta tipologia di prescrizioni risulta fisiologicamente esposta in ragione della sua specifica conformazione e ambientazione, tanto sul piano normativo, quanto per effetto della progressiva opera di esplicitazione compiuta in via giurisdizionale. Nel loro insieme, questi elementi restituiscono, dunque, l'immagine di una categoria scarsamente sistematica e alquanto frammentata, anche per effetto della sovrapposizione delle indicazioni di penalizzazione provenienti da differenti livelli ordinamentali; la compresenza dei vincoli costituisce, del resto, il portato tangibile della loro storicità, resa evidente dalla stratificazione cronologica dei rispettivi percorsi di formazione.

Sul versante internazionale, in particolare, gli obblighi di criminalizzazione interna hanno iniziato a consolidarsi soprattutto nel secondo dopoguerra, in risposta all'esigenza di potenziare la repressione di condotte offensive di beni fondamentali della comunità degli Stati, a partire, emblematicamente, dalle convenzioni in materia di genocidio e di infrazioni gravi del diritto umanitario[56]. A questo nucleo originario

[55] Per un inquadramento generale, con l'Italia assunta quale caso di studio, v. F. CAPONE-M. LONGOBARDO, *Introduction*, in *International Criminal Law Review*, 2021, vol. 21, 617 ss., nel fascicolo monografico in tema di *obligations of domestic criminalisation*.

[56] Cfr. l'art. V della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, adottata a Parigi il 9 dicembre 1948, nonché gli artt. 49, 50, 129 e 146, rispettivamente della I, II, III e IV Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949. *Amplius*, sulla distinzione tra crimini internazionali in senso proprio, la cui rilevanza discende direttamente dal diritto internazionale, e obblighi di incriminazione

si sono progressivamente affiancate ulteriori direttrici di intervento. Da un lato, il vincolo di tutela penale è stato impiegato quale mezzo di cooperazione repressiva finalizzata ad evitare che le disarticolazioni delle legislazioni nazionali potessero produrre vuoti di tutela, disallineamenti di disciplina e conseguenti aree di irresponsabilità; è il caso degli obblighi volti a coordinare e armonizzare le reazioni statali rispetto a fenomeni di carattere transnazionale – dal traffico di stupefacenti al terrorismo, dalla criminalità organizzata alla tratta di persone, fino alla corruzione e alla criminalità informatica – il cui contrasto risulterebbe meno tempestivo e incisivo se rimesso alla sola iniziativa dei singoli ordinamenti[57]. Dall'altro lato, lo stesso meccanismo è stato posto al servizio dell'effettività, sul piano interno, degli standard internazionali di tutela della persona, con particolare riguardo alla protezione dei diritti fondamentali e dei soggetti più vulnerabili; si pensi alle prescrizioni di criminalizzazione relative alla tortura, alle sparizioni forzate, alla violenza di genere e alle diverse forme di sfruttamento e abuso sessuale dei minori[58].

A questa diversificazione contenutistica si è accompagnata, dal punto di vista formale, una significativa moltiplicazione delle fonti di produzione, nel novero delle quali sono confluiti, accanto ai trattati, anche atti vincolanti adottati da organizzazioni internazionali o da altri organismi intergovernativi e, in misura più limitata, norme

interna, che impongono allo Stato di introdurre fattispecie penali nel proprio ordinamento senza produrre, di per sé, una norma incriminatrice nazionale, v. M. LONGOBARDO, *The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation*, in *International Criminal Law Review*, 2021, vol. 21, 625-628.

[57] Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 3, par. 1, lett. *a*) e *b*) della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988; gli artt. 5, par. 1, 6, par. 1, 8, par. 1 e 23 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 novembre 2000; l'art. 5, par. 1, del Protocollo addizionale alla medesima Convenzione per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini; l'art. 4 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 9 dicembre 1999; il par. 1, lett. *b*), della risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 1373 del 28 settembre 2001, in materia di contrasto al finanziamento del terrorismo; gli artt. 15, 16, par. 1, 17, 23 e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003; gli artt. 2-11 della Convenzione sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, sia pure con i margini di adattamento e le facoltà di riserva previsti da alcune disposizioni.

[58] Cfr., in particolare, l'art. 4 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 10 dicembre 1984; l'art. 4 della Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate del 20 dicembre 2006; l'art. 3, par. 1, del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita di bambini, la prostituzione e la pornografia minorili del 25 maggio 2000; gli artt. 18-23 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 25 ottobre 2007; gli artt. 35-39 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011.

consuetudinarie, la cui idoneità a fondare specifici obblighi di penalizzazione resta, tuttavia, problematica[59], sia sotto il profilo dell'accertamento della loro esistenza, sia sotto quello della possibilità di desumerne un vincolo sufficientemente specifico e determinato.

Il quadro delineato mostra, complessivamente, come siffatti obblighi si prestino a veicolare indirizzi settoriali di politica criminale internazionale, traducendosi, quando sono validamente posti, in vincoli di risultato per gli ordinamenti interni[60]. Un simile orientamento – va però sottolineato – non presuppone l'esistenza di un ordine assiologico unitario, formalizzato, come tale, da una fonte sovraordinata dotata di competenza normativa generale. Certamente ciò non preclude che singole prescrizioni, considerata la natura fondamentale dell'interesse protetto, possano presentare una marcata consistenza valoriale e, sotto questo limitato profilo, una maggiore prossimità alle clausole costituzionali di penalizzazione. Tale affinità, nondimeno, non consente di ricondurre l'intera categoria a una medesima gerarchia predefinita; nel corso della sua evoluzione, la selezione delle condotte da assoggettare a pena è finita, anzi, con il dipendere, sempre più di frequente, da valutazioni politico-normative contingenti, maturate, di volta in volta, attraverso processi di convergenza tra gli Stati o nell'esercizio di attribuzioni conferite a organizzazioni internazionali.

Diversa è la parabola degli obblighi positivi di tutela penale di matrice convenzionale-europea, che sono affiorati nella giurisprudenza della Corte EDU dagli anni Ottanta per divenire sempre più riconoscibili, tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, con riguardo alla protezione effettiva dei diritti garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[61]. In quest'ambito, per il vero, la categoria eccede le richieste di incriminazione *stricto*

[59] Sul carattere controverso di un dovere di criminalizzazione fondato sul diritto internazionale generale, oggetto di discussione soprattutto con riguardo alle violazioni di norme di *jus cogens*, v. D. AMOROSO, *The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview*, in *International Criminal Law Review*, 2021, vol. 21, 643, nt. 10.

[60] Su tale qualificazione degli obblighi internazionali di criminalizzazione, v. M. LONGOBARDO, *The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation*, cit., 628.

[61] A.R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland (Oregon), Hart, 2004, 2 ss.; per una ricostruzione sistematica degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte EDU, attenta alla distinzione tra obblighi relativi ai *core rights* – artt. 2, 3 e 4 CEDU – e obblighi concernenti diritti bilanciabili, quali quelli riconducibili agli artt. 8 e 10 CEDU, v. altresì V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, 24 ss.

sensu: non soltanto perché l'impiego necessario dello strumento penale non trova un'espressa base testuale nella Convenzione, ma anche perché, nella stessa giurisprudenza di Strasburgo, le condanne degli Stati per violazione di obblighi positivi dipendono solo occasionalmente dalla mancata introduzione nell'ordinamento di disposizioni incriminatrici atte a reprimere gravi violazioni di diritti umani[62]. A rilevare è, principalmente, la constatazione di carenze nell'amministrazione della giustizia interna, tali da compromettere la tutela delle situazioni convenzionalmente garantite, fino a favorire contesti di impunità. Lo scarto rispetto al modello costituzionale – va tuttavia messo in risalto – non attiene alla natura dei diritti protetti, atteso che il catalogo della CEDU coincide in larga misura con quello delle Costituzioni moderne, bensì all'impianto conformativo del vincolo stesso, che è differente non soltanto per origine, ma anche per estensione. Nel modello convenzionale, infatti, l'obbligo di tutela si dispiega in latitudine, fino a investire il funzionamento concreto del sistema di giustizia penale e a inglobare doveri di carattere procedurale – inerenti all'indagine, all'esercizio dell'azione penale, al giudizio e, in taluni casi, all'esecuzione della pena – nei quali la dimensione penale rileva quale indice della capacità complessiva dell'ordinamento di reagire, in modo non meramente formale, alla lesione dei diritti fondamentali[63]. Il baricentro si sposta, in questo modo, sulla ricostruzione giurisprudenziale delle misure necessarie ad una protezione efficace; il vincolo assume, di conseguenza, una fisionomia più elastica e casistica quanto al suo contenuto, destinata a precisarsi in rapporto alle caratteristiche della violazione e alle carenze riscontrate nell'ordinamento interessato. Ciò si riverbera sul condizionamento della discrezionalità legislativa, che presenta, rispetto alle clausole costituzionali espresse di penalizzazione, una

[62] E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, 256 ss., spec. 261-262; sulla diversità degli strumenti regolativi suscettibili di dare attuazione agli obblighi positivi e sul ruolo che, in tale ambito, può assumere il diritto penale, più di recente, v. V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 171 ss., in particolare 174 ss.

[63] V., *amplius*, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, 23 ss., 75 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 324 ss.; S. MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1373 ss.; E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale*, cit., 335 ss., 443 ss.; per il rilievo progressivamente assunto dalla posizione della vittima in questo contesto, v., altresì, R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 565 ss. Negli scritti citati è diffusamente esaminata la giurisprudenza convenzionale in materia, che rinviene il suo *leading case* nella sentenza della Corte EDU, 26 marzo 1985, X e Y c. Paesi Bassi, in *Riv. dir. int.*, 1987, 147 ss.; in merito sia consentito rinviare anche a C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 174 ss.

portata sì meno puntuale, perché non si traduce necessariamente nell'imposizione di una specifica scelta incriminatrice, ma nondimeno più diffusa, in quanto suscettibile di investire l'intero assetto dell'apparato repressivo, potendo divenire particolarmente penetrante a seconda della natura del diritto coinvolto e della gravità della sua lesione.

Ancora distinta è la vicenda degli obblighi eurounitari di penalizzazione, i quali, dopo un'iniziale fase di gestazione animata dalla Corte di Lussemburgo, che non ha esitato a leggere, nella richiesta di una tutela "effettiva", "proporzionata" e "dissuasiva" per le violazioni del diritto europeo[64], la necessità del ricorso a sanzioni penali[65], hanno trovato un più stabile fondamento nell'art. 83 TFUE. Tale disposizione, nella specie, ha dato copertura legale all'adozione di direttive a contenuto penale, abilitando l'Unione a stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» in presenza di forme di criminalità particolarmente gravi, connotate da dimensione transnazionale o dall'esigenza di un contrasto comune, sia pure limitatamente ad aree tassativamente elencate (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti e armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata), ancorché suscettibili di essere incrementate sulla scorta dei medesimi criteri[66], nonché, ai sensi del par. 2, nei casi in cui il ravvicinamento delle legislazioni nazionali risulti indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore già oggetto di misure di armonizzazione[67].

---

[64] Si tratta di un *leitmotiv* ricorrente nelle pronunce europee, sviluppatosi sulla scia di Corte giust., 21 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Grecia, punti 23-24, in *Racc. giur. C. giust.*, 1989, 2965 ss.

[65] Per questo riconoscimento, v. precipuamente Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione c. Consiglio, punto 48, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005, I-7879 ss.; ID., 23 ottobre 2007, C-440/05, Commissione c. Consiglio, punti 66 e 70, *ivi*, 2007, I-9097 ss. Sull'emersione degli obblighi in questione già in fase antecedente al Trattato di Lisbona, v., per tutti, C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2002, 171 ss., spec. 184 ss. e, più ampiamente, ID., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, 42 ss., 70 ss., 167 ss.; v., altresì, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005, 200 ss.

[66] Per una prima applicazione di tale previsione, cfr. la decisione (UE) 2022/2332 del Consiglio, del 28 novembre 2022, che ha individuato la violazione delle misure restrittive dell'Unione quale sfera di criminalità rispondente ai criteri di cui all'art. 83, par. 1, TFUE; sulla base della competenza così attivata, è stata successivamente adottata la direttiva (UE) 2024/1226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 aprile 2024, relativa specificamente alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione, con contestuale modifica della direttiva (UE) 2018/1673.

[67] Sull'assetto delineato dall'art. 83 TFUE, v. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 1153 ss.; per un inquadramento sistematico, cfr., altresì, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, vol. II, *EU Criminal Law, Policing, and Civil Law*, 5ª ed.,

Basta uno sguardo cursorio alla produzione eurounitaria sviluppatasi in questa cornice per rendersi conto di come il rilievo dell'interesse protetto non esaurisca, di per sé, la giustificazione del ricorso doveroso alla pena; tale profilo occupa, invero, soprattutto nel raffronto con gli obblighi costituzionali di penalizzazione, una posizione meno centrale, stante il maggiore peso attribuito alle esigenze di integrazione normativa e di piena attuazione delle politiche unionali. Il dato trova parimenti conferma nei pur limitati settori nei quali emerge più chiaramente una vocazione alla tutela della persona e dei soggetti vulnerabili[68]: anche in tali ambiti, infatti, l'istanza protettiva si intreccia con obiettivi di armonizzazione delle legislazioni nazionali e di contrasto comune ai fenomeni criminali. Lo strumento penale assume, così, una spiccata connotazione funzionale, cui si accompagna un ampliamento delle finalità ad esso affidate[69].

La genesi differenziata e i peculiari profili contenutistici appena evidenziati si riflettono, sotto vari aspetti, sulla relazione obbligante che si instaura sul piano sovrastatale. Viene meno, innanzitutto, la linearità del rapporto duale che contraddistingue gli obblighi costituzionali di penalizzazione, nei quali, infatti, l'indicazione proveniente dalla fonte apicale dell'ordinamento – parametro fondativo interno del diritto penale – si rivolge direttamente al legislatore, titolare del monopolio normativo penale. Gli obblighi di tutela allocati nel contesto sovranazionale e internazionale

Oxford, Oxford European Union Law Library, 2023, 193 ss., spec. 198 ss.; W. BOGENSBERGER, *Art. 83 TFEU*, in *The EU Treaties and The Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2ª ed., a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert e J. Tomkin, vol. II, *Treaty on the Functioning of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 1358 ss.

[68] Cfr. la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, come modificata dalla direttiva (UE) 2024/1712 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024; la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; nonché la direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

[69] Cfr., tra le più significative espressioni di tale modalità di impiego dello strumento penale, la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato; la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale; la direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE; la direttiva (UE) 2024/1226, già citata; nonché, da ultimo, la direttiva (UE) 2026/1021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2026, sulla lotta contro la corruzione.

operano, invece, in una direzione plurale, rivolgendosi contemporaneamente a tutti gli ordinamenti che ne sono destinatari.

Dovendosi innestare in realtà non sempre omogenee, anche il lessico si modella di conseguenza. Per assicurare un risultato regolativo uniforme, la formulazione dell'obbligo di tutela può aprirsi ad indicazioni di notevole dettaglio, capaci perfino di cesellare gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici da introdurre in sede nazionale e di conformare il *quantum* delle sanzioni applicabili[70]; è questo un modello che trova proprio nelle direttive adottate nel solco del menzionato art. 83 TFUE, ormai di largo impiego, una delle sue esemplificazioni paradigmatiche[71]. Dalla massima conformazione del vincolo si passa, attraverso un fascio di situazioni intermedie di dubbia decifrabilità, nelle quali la fonte – generalmente di matrice pattizia – non impone l'incriminazione, ma ne sollecita comunque la valutazione da parte degli Stati[72], all'estremo opposto: può accadere, infatti, che, pur in assenza di un'espressa positivizzazione, l'esistenza dell'obbligo di tutela penale venga nondimeno dedotta in via

[70] Sulle tecniche di costruzione delle fattispecie incriminatrici nazionali in attuazione degli obblighi internazionali e sovranazionali di tutela, con particolare attenzione alla selezione degli elementi del tipo e al rispetto dei principi costituzionali interni, v. C. BERNASCONI, *International Obligations of Protection and Techniques for Formulating the Definition of National Criminal Offences: An Appraisal Through the Lens of Human Dignity*, in *Protecting Human Dignity through Criminal Law. Italy's International Obligations and the Challenge of Implementation*, a cura di S. Forlati, R. Sicurella, F. Capone, G. Bartolini, E. Zannarini, Torino, Giappichelli, 2026, 207 ss.; v. altresì ID., *La difficile convivenza tra obblighi internazionali o sovranazionali di tutela e discrezionalità del legislatore*, in corso di pubblicazione in *Criminalia 2025* e anticipato da *disCrimen*, 29 luglio 2026, 2 ss.

[71] Limitatamente agli interventi normativi più recenti, v. gli artt. 3-7 della direttiva (UE) 2024/1203, cit.; gli artt. 3-7 della direttiva (UE) 2024/1226, cit.; gli artt. 3-10 della direttiva (UE) 2024/1385, cit.; gli artt. 3-14 della direttiva (UE) 2026/1021, cit.

[72] Ne è un esempio la formula «*shall consider adopting*» contenuta nell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale ONU con risoluzione n. 58/4 del 31 ottobre 2003, ratificata e resa esecutiva con l. 3 agosto 2009, n. 116, venuta in rilievo nel dibattito sulla compatibilità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia. Sulla tesi secondo cui tale disposizione non fonda né un obbligo internazionale di criminalizzazione, né un divieto di depenalizzazione, imponendo piuttosto allo Stato un obbligo di seria valutazione dell'adozione della misura incriminatrice, v. L. ACCONCIAMESSA, *Sull'inesistenza di un obbligo internazionale di* stand still *e la conseguente liceità giuridica internazionale dell'eliminazione del reato d'abuso d'ufficio*, in *Dir. um. dir. int.*, 2024, n. 3, 647 ss., spec. 651-656; in senso conforme, v. Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, in *https://www.cortecostituzionale.it*, punti 7.3.1-7.3.3 del Considerato in diritto, le cui conclusioni sono state da ultimo ribadite da ID., ord. 30 giugno 2026, n. 117, *ivi*. Per una diversa lettura, anteriore alla pronuncia della Consulta e più incline a riconoscere portata vincolante alle *obligations to consider criminalization*, v. S. SPINA, Taking Treaties Seriously. *Diritto internazionale pattizio e abrogazione del reato di abuso d'ufficio al banco di prova della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 3 ottobre 2024.

interpretativa, quale necessario completamento logico dell'istanza protettiva definita in termini generali nel contesto di riferimento[73].

L'obbligo di penalizzazione – il dato dovrebbe apparire chiaro a valle della panoramica tracciata – non sempre giunge al legislatore nazionale come una prescrizione compiutamente definita, ma può ben accadere che acquisti concretezza attraverso l'interazione tra il parametro esterno e gli organi chiamati ad assicurarne l'attuazione. Se, nel modello convenzionale-europeo, è la giurisprudenza sovranazionale a contribuire significativamente, come già osservato, all'enucleazione stessa dell'obbligo, con riferimento agli obblighi di fonte internazionale o eurounitaria tale attività identificativa può svolgersi anche attraverso la sola intermediazione della giurisprudenza interna. Almeno con riguardo all'esperienza italiana, sono infatti spesso i giudici nazionali a farsi portavoce della ritenuta insufficienza della tutela penale in determinati settori e a reclamare, a fronte di interventi di flessibilizzazione, neutralizzazione o arretramento della disciplina già in essere, la necessità di un *surplus* punitivo, facendosi scudo – è questa la novità – di logiche efficientiste connesse all'assolvimento degli impegni assunti "all'esterno" dall'ordinamento nazionale. Solo per offrire qualche dato di contesto, così è accaduto, inizialmente, a proposito delle false comunicazioni sociali, allorché l'attenuazione della risposta sanzionatoria risultante dall'assetto della disciplina *post* riforma del 2002 era stata sospettata di porsi in contrasto con lo standard di "adeguata" protezione richiesto in sede europea[74] e, con una linea di sviluppo che ha toccato anche altre vicende[75], da ultimo, con l'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio,

[73] Sul ruolo del giudice europeo nella costruzione di obblighi di incriminazione e sulle ricadute di tale operazione sulla discrezionalità politico-criminale degli Stati, v. D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2011, 575 ss., 590 ss.

[74] Per una ricognizione delle censure di illegittimità sollevate, v., per tutti, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2007, 119 ss.; sul versante interno, v. Corte cost., 1° giugno 2004, n. 161, in *Giur. cost.*, 2004, 1665 ss., con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1504 ss.; su quello europeo, v. Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2005, I-3565 ss., spec. punti 52-65 e 72-78, con nota di G. INSOLERA-V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2768 ss.

[75] Emblematiche, pur nella loro diversa portata, sono le vicende relative, da un lato, alla nozione eurounitaria di rifiuto e ai limiti alla sua restrizione da parte del legislatore nazionale, con particolare riguardo alle ceneri di pirite e, dall'altro lato, alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea nella materia delle frodi IVA. Sulla prima, v. Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, 358 ss.; sulla seconda, v. Corte giust., grande sez., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e altri*, in *http://curia.europa.eu/juris*; Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *Giur. cost.*, 2017, 171 ss.; Corte giust., grande sez., 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, in *http://curia.europa.eu/juris*; Corte cost.,

operazione ritenuta da taluni suscettibile di collidere con vincoli di natura pattizia, nonché, nel dibattito successivo all'adozione della nuova direttiva (UE) 2026/1021 in materia di anticorruzione, di porsi in tensione anche con sollecitazioni di matrice eurounitaria[76].

Il *continuum* di tecniche prescrittive pone, dunque, per gli obblighi sovrastatali, un problema preliminare di riconoscibilità: ancora prima di stabilire come debba essere attuato un vincolo positivamente enunciato, si tratta, invero, di comprendere quando l'istanza protettiva formulata dalla fonte esterna assuma la consistenza di un vero e proprio obbligo di tutela penale.

Non è l'unico nodo critico. La questione, a ben guardare, non è svincolata dal contenuto dell'*input*, dalla sua intensità e dai margini di adattamento lasciati all'ordinamento interno, portando inevitabilmente a interrogarsi sulla stessa ragione d'essere dei vincoli in esame.

6. Il vincolo di penalizzazione come forma di integrazione degli ordinamenti

Procedendo nella direzione da ultimo indicata, il *trend* descritto evidenzia, ad una disamina più approfondita, come le diverse matrici degli obblighi sovrastatali di penalizzazione, pur muovendo da finalità immediate non coincidenti, convergano verso un medesimo obiettivo: favorire una maggiore integrazione e coesione tra gli ordinamenti in ordine alla tutela da assicurare in determinati settori, ritenuti evidentemente sensibili, non foss'altro per l'esigenza di sottoporli ad una disciplina ispirata a una visione unitaria e perciò sottratta alla piena disponibilità dei singoli legislatori nazionali. Modellato in questi termini, l'obbligo di penalizzazione si caricherebbe di

31 maggio 2018, n. 115, in *Giur. cost.*, 2018, 1296 ss.; con specifico riferimento a quest'ultima pronuncia, cfr. F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 3, 1311 ss., nonché, nel dibattito seguito alla prima sentenza Taricco, i contributi raccolti nel volume *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pisa, Pacini Giuridica, 2016.

[76] Per il profilo pattizio della vicenda abrogativa, v. Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, cit.; sul distinto profilo eurounitario sopravvenuto all'approvazione della riforma Nordio, v. F. RIPPA-A. MILONE, *La nuova direttiva dell'Unione europea sulla lotta contro la corruzione*, in *Sist. pen.*, 2026, fasc. 7/8, 17 ss., spec. 20-21, ove si prospetta la necessità di verificare se l'art. 7 della direttiva (UE) 2026/1021, relativo all'esercizio illecito di funzioni pubbliche, richieda un adeguamento dell'ordinamento interno rispetto alle condotte abusive rimaste eventualmente prive di tutela penale dopo l'abrogazione dell'art. 323 c.p., senza che da ciò discenda necessariamente il ripristino della fattispecie abrogata.

una capacità conformativa e ordinatrice particolarmente pregnante: non si limiterebbe a presidiare beni o interessi secondo la tradizionale fisionomia protettiva disegnata in sede costituzionale, ma concorrerebbe alla costruzione di uno spazio normativo comune, imponendo agli Stati una grammatica condivisa del disvalore e della risposta sanzionatoria.

Il profilo assume contorni ben definiti sul versante europeo, dove l'obbligo di penalizzazione – utilizzato in quantità – sembra talora rispondere a una logica pragmatica: fare dell'armonizzazione delle discipline repressive nazionali una leva del processo di integrazione europea, comprimendo gli spazi di autonomia degli Stati membri in un settore che, per sua natura, si mostra refrattario all'omologazione, perché profondamente legato ai valori, alla cultura giuridica e alla sovranità nazionale[77]. Ribaltando una nota espressione proverbiale, si potrebbe allora dire che non è "l'unione che fa la forza", ma è "la forza che fa l'Unione". L'obbligo di tutela finisce, in altre parole, per essere piegato ad una funzione politico-ordinante che si esplica in sedi decisionali esterne all'ordinamento nazionale: da tecnica di protezione, esso si tramuta in strumento di edificazione di un'identità giuridico-penale europea, chiamato a supplire, almeno in parte, alla mancanza di un compiuto processo costituente e alla debolezza del retroterra politico-istituzionale che dovrebbe invece sorreggerne la formazione[78].

Sia chiaro: l'assunzione di un ruolo *lato sensu* politico è un attributo naturale dell'obbligo di tutela, anche quando esso discende dalla Carta fondamentale. In quel contesto, tuttavia, la spinta, per così dire, promozionale del diritto penale resta incorporata nell'assetto costituzionale e presenta, secondo quanto si è già avuto modo di rilevare, due tratti di contenimento: da un lato, l'occasionalità del vincolo, perché confinato negli angusti spazi delle poche clausole espresse di tutela penale; dall'altro lato, la sua predeterminazione, in quanto scolpito direttamente nella Costituzione e, di conseguenza, guidato dalla scala di valori ivi espressa, dalla quale dipendono i profili identitari dell'ordinamento.

[77] Sul carattere storicamente e socialmente condizionato dell'individuazione degli interessi meritevoli di tutela penale, v. D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia 2009*, 567 ss.

[78] Una recente espressione di questa traiettoria può cogliersi nella già citata direttiva (UE) 2026/1021, nella quale l'intervento penale dell'Unione per il contrasto della corruzione è collegato anche alla tutela dello Stato di diritto, della democrazia, dell'uguaglianza, dei diritti fondamentali e della fiducia dei cittadini nelle istituzioni; cfr., in particolare, i considerando nn. 1-3, 5 e 6, nonché, per una lettura della direttiva come espressione di una politica criminale europea orientata alla costruzione di uno "spazio penale europeo della legalità pubblica" e alla protezione della legalità democratica europea, F. RIPPA-A. MILONE, *La nuova direttiva dell'Unione europea sulla lotta contro la corruzione*, cit., 6-7.

Addirittura, sul fronte costituzionale non si è mancato perfino di enfatizzare la connotazione politico-integrativa dell'obbligo di tutela penale, al punto da individuare in essa una possibile giustificazione della doverosità del punire in ipotesi-limite, anche al di là delle prescrizioni esplicite in tal senso. In quest'ottica, il fondamento della doverosità della tutela è stato rintracciato nel compito che il diritto penale sarebbe chiamato ad assolvere rispetto alla stabilizzazione di alcune condizioni basilari della convivenza giuridica e alla salvaguardia del nesso giuridico-sociale che sorregge la comunità politica[79]. A rilevare non sarebbe, in pratica, la sola esigenza di protezione di un bene costituzionalmente significativo, bensì l'idoneità della sua lesione a incrinare i presupposti minimi della convivenza organizzata. Da qui la conclusione per cui il ricorso alla sanzione penale, in forza della sua valenza espressivo-simbolica (*expressiv-symbolische Funktion*)[80], potrebbe ritenersi costituzionalmente dovuto per riaffermare la validità della norma disconosciuta e per preservare nei consociati il senso della vincolatività dell'ordine giuridico.

Neppure per questa via, va però detto, si è giunti a scalfire il carattere eccezionale e puntiforme dell'*obligatio puniendi*. La lettura proposta, infatti, non consente di inferire automaticamente dalla rilevanza costituzionale di un bene la necessità della sua tutela penale, ma riserva l'intervento obbligato della pena alle sole situazioni estreme in cui esso appaia indispensabile, segnatamente quando siano in gioco, per un verso, la fiducia nell'integrità dell'ordinamento giuridico-democratico dei pubblici poteri e, per l'altro, le condizioni elementari della convivenza tra soggetti liberi ed eguali[81].

Il confronto consente allora di precisare meglio la differenza rispetto agli obblighi sovrastatali. Quando il vincolo non nasce entro il circuito costituzionale, ma proviene da fonti eurounitarie o internazionali pattizie, esso non si limita a consolidare "dall'interno" un ordine costituzionale già dato, presidiando le condizioni minime di una comunità politica preesistente, ma tende, piuttosto, a operare "dall'esterno" come vettore di convergenza degli ordinamenti nazionali. Fuori dallo schema costituzionale, forte è dunque il rischio che alla trama assiologica della Carta si sostituiscano la

[79] M. NETTESHEIM, *Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen*, cit., 124-125.

[80] Sul più ampio dibattito relativo alle teorie espressive della pena, v. A. NISCO, *Teorie espressive della pena. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2024, 1 ss.

[81] Così, in particolare, M. NETTESHEIM, *Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen*, cit., 125-127, il quale riconduce al primo ambito le condotte di abuso di poteri pubblici, arricchimento e indebita acquisizione di vantaggi e, al secondo, le aggressioni alla vita, all'integrità fisica, alla libertà personale, all'autodeterminazione sessuale, allo sviluppo infantile e giovanile, nonché il ricorso alla violenza, alla coercizione o a mezzi di pericolo comune.

mera forza muscolare della prescrizione obbligante e la contingenza del problema politico-criminale da risolvere, quand'anche di primaria importanza.

Non è un caso che, in una simile dinamica, l'effettività della tutela tenda ad assumere un rilievo prioritario: individuato l'interesse da proteggere, l'istanza esterna ne sollecita il rafforzamento attraverso la pena, chiamando il legislatore nazionale a farsi garante di un indirizzo politico-criminale non integralmente elaborato secondo le forme proprie della mediazione politico-rappresentativa prevista dalla Costituzione. La criticità risiede nella possibilità che tale esigenza, specie sul versante eurounitario, ove si polarizza soprattutto attorno alla sicurezza e al mercato, assurga a criterio autosufficiente di legittimazione, facendo apparire ogni limite come un ostacolo all'efficienza repressiva e relegando sullo sfondo le ulteriori coordinate – proporzione, colpevolezza, gradualità e coerenza sanzionatoria – chiamate a impedirne la degenerazione efficientistica. Il problema – è questo lo snodo che preme valorizzare – consiste proprio nella possibile assolutizzazione dell'obiettivo di tutela, allorché esso venga assunto a fondamento esclusivo della scelta punitiva, rischiando di sottrarre quest'ultima al vaglio delle garanzie interne al sistema penale.

7. La penalizzazione sovrastatale al duplice vaglio della legittimazione democratica e della ragionevolezza

Le considerazioni fin qui tratteggiate inducono a riconsiderare quell'orientamento dottrinale volto ad inquadrare, per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., i "nuovi" vincoli sovrastatali entro lo schema tradizionale degli obblighi di penalizzazione di matrice costituzionale. La lettura in questione guarda alla Costituzione come contenitore "unitario", ossia come fonte di legittimazione non solo diretta degli obblighi di tutela penale, ma anche mediata, in virtù dell'eterointegrazione del quadro costituzionale ad opera della normativa eurounitaria e internazionale. Per questa via, sia pure con accenti diversi, gli obblighi di provenienza sovrastatale sarebbero da considerare anch'essi obblighi di natura costituzionale[82].

[82] In questi termini, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, 2650-2651, 2678; in una prospettiva affine, ma con una specifica articolazione classificatoria, v. L. GROSSI, *I "nuovi" obblighi costituzionali di tutela penale: dall'*an *al* quomodo *dell'incriminazione*, in *Leg. pen.*, 2024, fasc. 1, 233, ove gli obblighi eurounitari *ex* art. 83 TFUE sono qualificati come «para-costituzionali» e quelli convenzionali, derivanti dalla CEDU per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., come «sub-costituzionali». Più sfumata, con specifico riguardo agli obblighi

Sennonché, il loro transito attraverso la Carta non sembra valere, di per sé, ad assorbirne l'alterità e a neutralizzarne la specifica problematicità. Le due situazioni così accostate non appaiono realmente assimilabili. Quando è la Costituzione a porre direttamente il vincolo di tutela, il legislatore è sì, di fatto, "coartato", ma in ragione di indicazioni di meritevolezza e bisogno di pena che riflettono, immancabilmente, l'*humus* valoriale che egli avrebbe avuto comunque come riferimento, e che non mettono in discussione né la piena legittimazione democratica delle scelte punitive, né tantomeno, per il loro numero esiguo, gli equilibri complessivi del sistema.

Il discorso muta sensibilmente quando il vincolo di tutela penale proviene da fonti europee o internazionali. In questa seconda ipotesi, la Costituzione offre soltanto l'involucro esterno, ossia la via di ingresso della prescrizione obbligante; il nucleo di disvalore di quest'ultima non è predeterminato, né predeterminabile aprioristicamente, ma si ricava entro un flusso esterno di ossigenazione continua e variabile, che non ha a monte una scala valoriale unitariamente e stabilmente definita sul piano costituzionale, ma risulta alimentato per lo più da esigenze di regolazione mutevoli, da obiettivi di ravvicinamento delle discipline o da strategie coordinate di contrasto a fenomeni ritenuti particolarmente allarmanti.

Si potrebbe obiettare che, in fondo, è la stessa Carta fondamentale a predisporre un espresso canale di apertura: l'art. 117, comma 1, Cost. chiamerebbe lo Stato a prestare osservanza agli impegni "esterni" assunti e a dare ad essi seguito nel territorio nazionale, assicurando in questo modo concreta attuazione alle richieste di protezione che sono state dallo stesso condivise, tanto nell'adesione al progetto europeo, quanto sul piano internazionale. Si potrebbe aggiungere che la necessaria traduzione legislativa di tali vincoli assicurerebbe comunque la tenuta dell'art. 25, comma 2, Cost., poiché la scelta punitiva, ancorché sollecitata o imposta *ab externo*, farebbe formalmente capo al legislatore nazionale e, dunque, risulterebbe a lui imputabile.

Seguendo questa linea di ragionamento, si dimentica, però, che la relazione di forza innescata dall'obbligo di tutela penale non è soltanto di tipo formale. Non si può prescindere, infatti, almeno fintantoché la riserva di legge continuerà ad essere parte integrante del paradigma costituzionale nazionale, dalla necessità di una legittimazione nell'ordinamento delle pretese punitive, anche quando esse si presentino

internazionali di incriminazione, la posizione di D. RUSSO, *Riserva di legge e obblighi internazionali di tutela penale*, in *Riv. dir. intern.*, 2025, fasc. 2, 311-312, la quale, pur senza ricondurli espressamente alla categoria degli obblighi costituzionali, ne riconosce la rilevanza mediata dall'art. 117, comma 1, Cost., ritenendoli parametri interposti di costituzionalità.

gerarchicamente imposte sul piano delle fonti del diritto. La criminalizzazione, in quanto massima espressione della coercizione pubblica sulla persona, resta una scelta politica tra opzioni concorrenti, non riducibile, proprio per la sua particolare intensità, ad un esito necessitato.

Il punto, allora, non è soltanto verificare l'efficacia vincolante delle fonti esterne, né assumere l'esteriorità del vincolo come ragione di per sé decisiva, ma comprendere quale collocazione assuma la scelta politico-criminale tra i poteri delle istituzioni situate oltre lo Stato.

Se la pretesa punitiva sottesa all'obbligo di penalizzazione rappresenta il punto di sintesi di una ponderazione degli interessi in gioco con le finalità perseguite dalla pena, l'attenzione si sposta sul luogo istituzionale nel quale quella valutazione prende forma, sulla catena di responsabilità politica che la sorregge e sul grado di rappresentatività democratica delle sedi che ne definiscono contenuto e portata.

È su questo fronte che si realizza una torsione significativa. Ciò che nell'ordinamento interno viene normalmente avversato – la produzione governativa del penale, o comunque la formazione della scelta punitiva al di fuori della piena mediazione parlamentare – tende invece a perdere rilievo critico quando si colloca sul piano europeo o internazionale. In quest'ambito – si sa – i modelli di riferimento si discostano sensibilmente, per struttura e distribuzione delle competenze, dai principi del parlamentarismo, sui quali, nell'ordinamento interno, si fonda l'elaborazione delle scelte punitive.

Nel caso dell'Unione europea, non possono certamente essere ignorati i passi in avanti compiuti nel progetto di unificazione, anche per rafforzare la legittimazione democratica del processo decisionale[83]. Altrettanto vero, però, è che la procedura legislativa ordinaria attenua, ma non elimina del tutto, le tensioni democratiche che attraversano la produzione normativa europea[84], e, segnatamente, quelle derivanti dall'impronta composita del procedimento, nel quale la componente esecutiva

[83] Per una ricostruzione del progressivo rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nel processo decisionale dell'Unione, da ultimo, v. N. LUPO, *La costruzione del diritto dell'Unione europea e la legittimazione politica*, in *Rivista AIC*, 2026, fasc. 2, Supplemento, *L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*, 121 ss., il quale evidenzia, altresì, come i nodi della legittimazione politica si pongano in termini differenti a seconda del metodo di governo considerato; sul punto, v., in particolare, 138 ss.

[84] Sulla persistenza della questione democratica nell'esercizio della funzione normativa europea, v., da un'angolazione penalistica, C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una* codecisione *in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia 2012*, 542 ss.; in termini più generali, G. PITRUZZELLA, *Il problema della democrazia in Europa*, in *Rivista AIC*, 2026, fasc. 2, Supplemento, *L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*, 15 ss.

conserva tuttora un ruolo centrale. Le scelte politico-criminali maturano infatti in un sistema istituzionale che è solo in parte riconducibile alla rappresentanza diretta della volontà popolare e che, quindi, nel disegno costituzionale interno, può intervenire nella regolamentazione penale solo in via di eccezione[85].

La situazione si presenta in termini ancora più delicati sul piano internazionale, dove la genesi del vincolo è, di regola, marcatamente intergovernativa. Il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali interviene per lo più a valle, nel momento dell'autorizzazione alla ratifica del trattato. Si tratta, senza dubbio, di un passaggio essenziale, difficilmente eludibile, anche in considerazione dell'ampia portata delle categorie contemplate dall'art. 80 Cost., rispetto alle quali la stipulazione in forma semplificata deve ritenersi preclusa; del resto, anche a prescindere dal riferimento alla natura politica dell'accordo, già il fatto che l'adempimento degli obblighi internazionali importi modificazioni legislative rappresenta, di per sé, una ragione idonea a rendere necessario l'intervento parlamentare, tanto più quando tali modificazioni interessino la materia penale.

È fuori discussione che proprio il momento dell'autorizzazione alla ratifica costituisca la sede nella quale il Parlamento può indicare al Governo l'opportunità di formulare riserve o dichiarazioni in ordine a specifiche clausole del trattato. Tale eventualità, tuttavia, non deve essere sopravvalutata: essa non equivale necessariamente a una deliberazione piena e puntuale sull'*an* e sul *quomodo* della criminalizzazione. Il Parlamento si pronuncia, il più delle volte, su un testo già negoziato dal Governo; e la possibilità di incidere selettivamente sui suoi contenuti risente, altresì, dei limiti che il diritto internazionale pone alla formulazione di riserve e dichiarazioni. Le riserve di natura "eccettuativa" – va ricordato – non devono essere contrarie all'oggetto e allo scopo del trattato (art. 19 della Convenzione di Vienna) e la loro operatività nei rapporti con le altre parti contraenti dipende, inoltre, dal regime di accettazione e obiezione applicabile (artt. 20 e 21 della medesima Convenzione)[86], senza che, peraltro, un'eventuale opposizione – semplice o qualificata – precluda allo Stato riservante di sottrarsi allo specifico obbligo cui essa si riferisce: nel primo caso perché non ne

[85] Cfr. F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., 79-80.

[86] Sul regime delle riserve, cfr., oltre ai menzionati artt. 19-21 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, anche il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 28 maggio 1951, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, in *I.C.J. Reports*, 1951, 15 ss., spec. 24, ove la compatibilità della riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato è assunta quale criterio di riferimento; v. altresì INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, 2011, *guidelines* 3.1, 3.1.5, 4.1 e 4.2.4.

neutralizza l'effetto; nel secondo perché impedisce l'entrata in vigore del trattato nei rapporti con lo Stato obiettante. Resta, nondimeno, la portata essenzialmente reattiva dello strumento, attraverso il quale il Parlamento può far valere il proprio dissenso rispetto ad una scelta politico-criminale già compiuta dall'Esecutivo in sede negoziale, ma non concorrere positivamente alla sua conformazione né a indirizzarne il contenuto.

L'intervento parlamentare successivo, pur imprescindibile, non sempre basta dunque a compensare il *deficit* di rappresentatività che può segnare la formazione a monte del vincolo punitivo, né il richiamo all'art. 117 Cost. è sufficiente, da solo, a mutarne la matrice sostanzialmente esterna. Alla luce di ciò, finisce per risultare piuttosto riduttivo – se non addirittura viziato da un eccesso di formalismo – ritenere che ogni possibile attrito con la «*ratio* anche "democratica" della riserva di legge in materia penale» possa dirsi superato in virtù dell'autorizzazione incondizionata alla ratifica, sostenendo che, in questo modo, «il Parlamento abbia consapevolmente condiviso le scelte compiute dallo strumento pattizio negoziato dal Governo con gli altri Stati firmatari (anche) in merito all'*an* e alle specifiche condizioni della criminalizzazione, o non criminalizzazione, di determinate condotte; e abbia così accettato di assumere, anche rispetto a tali scelte, impegni giuridicamente vincolanti nei confronti delle altre Parti contraenti, contestualmente assoggettando la propria successiva produzione normativa al rispetto degli obblighi medesimi ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»[87].

L'assunto, che muove dal riconoscimento anche agli obblighi derivanti dal diritto internazionale pattizio – *rectius*: dai trattati la cui ratifica richiede l'autorizzazione con legge – di effetti vincolanti per il legislatore, al pari di quanto già riconosciuto alle norme della CEDU[88], rischia però di sortire l'effetto opposto a quello auspicato di una seria assunzione degli impegni internazionali. Se, infatti, una volta accettato l'impegno internazionale, questo finisse per cristallizzare la normativa penale interna con la quale si interseca, il legislatore potrebbe essere indotto ad assumere un atteggiamento più cauto, se non difensivo, già nella fase di approvazione della legge di

[87] Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, cit., punto 5.3.4 del Considerato in diritto. Per rilievi critici sulla possibilità di ritenere pienamente preservata la *ratio* democratica della riserva di legge penale per il solo tramite dell'autorizzazione parlamentare alla ratifica, v. E. MAZZANTI, *Oltre l'abuso d'ufficio: obblighi internazionali d'incriminazione e sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, fasc. 11, 1292-1293, il quale distingue le ipotesi di reviviscenza della norma penale conseguenti a vizi del procedimento legislativo interno, funzionali alla salvaguardia del monopolio parlamentare nelle scelte politico-criminali, da quelle fondate sulla violazione di obblighi internazionali *ex* art. 117, comma 1, Cost., nelle quali il ripristino della disciplina incriminatrice assume una fisionomia più problematica.

[88] In questo senso, v. Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, cit., punti 5.3.2-5.3.3 del Considerato in diritto.

autorizzazione alla ratifica, momento in cui si effettua, dopotutto, un controllo sostanziale sui contenuti vincolanti dell'accordo.

Al netto, dunque, per le ragioni già viste, dei vincoli costituzionali espressi di penalizzazione, il riconoscimento della forza autoritativa degli obblighi esterni di tutela in materia penale comporta, inevitabilmente, un aggravio giustificativo. Non basta, infatti, che la prescrizione punitiva trovi ingresso nell'ordinamento attraverso una fonte gerarchicamente vincolante: occorre verificare se la competenza a compiere scelte politico-criminali, quando si eserciti in sedi distanti dal modello che la Costituzione delinea per la produzione normativa penale, sia in grado di superare o almeno compensare (in garanzie) la resistenza – questa sì indiscutibilmente garantistica – opposta dall'art. 25, comma 2, Cost. In questa chiave parrebbero doversi leggere anche i limiti individuati dalla Consulta al rispetto dei vincoli sovranazionali e internazionali, i quali, a seconda della fonte considerata, fanno salvi ora i principi fondamentali del sistema costituzionale e i diritti inviolabili della persona umana, ora l'intero *corpus* delle norme di rango costituzionale[89]. Sono proprio tali limiti ad impedire che l'apertura dell'ordinamento alle fonti esterne si risolva in un arretramento automatico delle garanzie che presidiano, sul piano interno, la formazione della scelta punitiva. Essi non si esauriscono nella funzione di rimedi eccezionali rispetto a singole antinomie, ma segnano il confine sostanziale oltre il quale l'adattamento alle prescrizioni sovrastatali cesserebbe di costituire una legittima apertura dell'ordinamento e si tradurrebbe in un'alterazione della sua identità costituzionale[90].

Un *caveat* si rende, tuttavia, a questo punto necessario. Quanto affermato non equivale a sottacere lo stato di profonda crisi in cui versa, da tempo, sul piano interno, la riserva di legge in materia penale[91]. È difficile negare che la produzione nazionale del diritto penale sia sempre più attraversata da spinte governative, emergenziali e mediatico-politiche. Prendere atto delle precarie condizioni in cui versa il principio significa, però, dover riconoscere al contempo – con altrettanta onestà intellettuale –

[89] Così, espressamente, Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, cit., punto 5.3.2 del Considerato in diritto. Per la costruzione originaria del parametro interposto con riguardo alla CEDU *ex* art. 117, comma 1, Cost., v. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., punto 4.7 del Considerato in diritto; ID., 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, 3535 ss., punto 6.2 del Considerato in diritto.

[90] Sull'evoluzione della dottrina dei controlimiti in ambito eurounitario e sull'individuazione, dopo il Trattato di Lisbona, di un loro ulteriore riferimento negli artt. 2 e 4, par. 2, TUE, anche in funzione di salvaguardia dell'identità costituzionale, cfr. D. TEGA, *La relazione tra le fonti del diritto dell'Unione europea e le fonti del diritto interno. Le corti e la nomopoiesi collaborativa*, in *Rivista AIC*, 2026, fasc. 2, Supplemento, *L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*, 172-174.

[91] C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017, 23 ss.

che all'attuale intreccio strutturale tra produzione del diritto penale e politica, valorizzato a chiare lettere dalla Carta fondamentale, non sono offerte, al momento, né concrete prospettive di superamento né valide alternative. Ma proprio questa crisi non può essere invocata per abbassare ulteriormente la soglia delle garanzie. Il fatto che il modello parlamentare interno sia indebolito non giustifica l'accettazione acritica di percorsi decisionali ancora più distanti dalla rappresentanza delineata dalla Costituzione, né consente di trasformare la fragilità della legge parlamentare in un argomento a favore di un diritto penale più verticistico, affidato alla sola forza cogente delle fonti sovraordinate o a un intervento giudiziale che finisca per sostituirsi alla mediazione politico-legislativa. Quando sono in gioco le garanzie, non è puntando al ribasso che si vince: tenere alta l'asticella significa riconoscere che alcuni profili non sono negoziabili, perché è l'equilibrio dell'intero sistema penale a renderli imprescindibili.

A questo primo profilo, che guarda alla provenienza istituzionale della scelta punitiva, se ne aggancia poi un secondo, di non minore rilievo, concernente il modo in cui la prescrizione vincolante è destinata ad inserirsi nell'articolazione complessiva dell'ordinamento nazionale. Anche quando il vincolo esterno superi il vaglio sulla sua formazione e risulti idoneo a imporsi al legislatore nazionale, infatti, non ne segue la meccanica trasposizione del contenuto in sede interna. Le scelte politico-criminali maturate in ambito europeo o internazionale non acquistano, per ciò solo, una superiore qualità assiologica, né si prestano ad essere recepite quali dati immuni da ogni ulteriore ponderazione, tanto più quando il ricorso alla pena sia funzionale a obiettivi di integrazione o di conformazione degli ordinamenti nazionali.

L'attuazione del vincolo, nello specifico, non può convertire la legalità da limite dello *ius puniendi* a mero traguardo repressivo da raggiungere comunque[92]. Al contrario, è proprio quando l'*an* della penalizzazione risulta sottratto, in tutto o in parte, alla disponibilità del legislatore nazionale, che la discrezionalità residua sul *quomodo* della sua attuazione assume una particolare valenza di razionalità garantistica, operando come perno di equilibrio tra due esigenze potenzialmente contrapposte: evitare, da un lato, che i margini lasciati per tale operazione si traducano in uno spazio di elusione degli impegni assunti all'esterno; impedire, dall'altro lato, che il legislatore

[92] Rileva E. MAZZANTI, *Il sistema penale alla prova degli obblighi d'incriminazione*, in *PQM – Il Riformista*, 11 aprile 2026, III, che la «paura da "vuoto" di tutela penale» non può trasformarsi in una presunzione di necessità della pena, né la pretesa di «fare sul serio» contro determinati fenomeni criminosi può surrogare la verifica della «reale effettività dell'impiego del diritto penale».

abdichi alla propria funzione di filtro delle scelte punitive[93], dilatando oltre il necessario la risposta penale in sede di attuazione dell'obbligo o avallando un trasferimento surrettizio della competenza politico-criminale a sedi istituzionali che, secondo il paradigma costituzionale interno, non dispongono di una diretta potestà punitiva.

Il problema che qui si apre riguarda la ragionevolezza del contenuto della penalizzazione imposta dall'esterno e il suo impatto sul sistema punitivo interno. La prescrizione sovrastatale isola, infatti, un determinato interesse e ne richiede il rafforzamento secondo una logica inevitabilmente settoriale; il legislatore nazionale è invece chiamato a inserirla in un ordinamento nel quale le diverse fattispecie e le relative risposte punitive devono essere coordinate secondo criteri di proporzione e gradualità, entro un quadro di complessiva coerenza. L'attività di recepimento richiede, dunque, un'opera di raccordo con l'assetto punitivo interno, volta a evitare che la richiesta di espansione della sfera punitiva – sia che imponga nuove incriminazioni, sia che precluda l'arretramento di tutele preesistenti – comprometta irragionevolmente gli equilibri del sistema.

In questa prospettiva, il mero richiamo al principio di proporzione non basta a definire i termini della verifica, che non concerne soltanto la misura del trattamento sanzionatorio, ma, nei margini lasciati dal vincolo, anche la delimitazione dell'area del divieto. Con riferimento agli obblighi sovrastatali, la congruità della scelta incriminatrice e della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore della condotta e all'esigenza di tutela da essi veicolata offre, infatti, soltanto un riscontro preliminare di adeguatezza. Proprio perché il vincolo conserva natura politico-criminale ed è destinato a inserirsi nel complesso della disciplina penale, il rispetto del principio di uguaglianza-ragionevolezza esige che il controllo si compia sul piano orizzontale, mediante il confronto, sulla base di pertinenti *tertia comparationis*, tra il trattamento richiesto e quello riservato dall'ordinamento interno a condotte analoghe o maggiormente offensive. In questa dimensione relazionale, decisiva è la selezione, tutt'altro che neutrale, dei parametri e, soprattutto, delle fattispecie assunte a confronto: da essa dipende in larga misura l'esito della verifica, con il rischio di esporla ad arbitrarietà ove non sia adeguatamente

[93] In termini analoghi, sulla necessità di intendere gli obblighi sovranazionali di tutela penale come vincoli relativi, da precisare quanto all'*an*, al perimetro e al *quomodo* dell'attuazione, nel rispetto dei principi di legalità, offensività e sussidiarietà dell'ordinamento interno, v. A. PERIN, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale*, cit., 92 ss., spec. 117 e 122; con specifico riferimento agli obblighi convenzionali di tutela penale e ai limiti garantistici derivanti dall'art. 53 CEDU, v. P. GUALTIERI, *Discipline nazionali favorevoli e diritti dell'uomo. Le ragioni dei controlimiti garantistici*, in *Criminalia 2023*, 249 ss., spec. 266-269.

giustificata alla luce dell'assetto interno. Una prescrizione adeguata rispetto all'interesse europeo o internazionale isolatamente considerato può nondimeno alterare la dosimetria interna, qualora comporti un trattamento più severo di quello previsto per fatti comparabili o lesivi di beni ritenuti di maggiore rilievo.

In sede di attuazione, di tale verifica resta garante il legislatore nazionale. Il suo compito è segnato da una fedeltà bidirezionale: deve dare attuazione al vincolo sovrastatale e, insieme, salvaguardare la corrispondenza tra la gravità dei fatti e la severità delle pene nell'ordinamento nazionale. L'esigenza di uniformità della tutela promossa (*rectius* imposta) a livello europeo e internazionale non può pertanto risolversi in disarmonie punitive che, in ambito nazionale, generino forme di discriminazione e ingiustificate disparità di trattamento.

Procedendo a riannodare i fili, l'art. 117 Cost. resta uno strumento cruciale di apertura dell'ordinamento e di crescita della tutela dei diritti, nella misura in cui consente al sistema interno di arricchirsi del contributo proveniente dalla comunità degli Stati e dall'esperienza europea. Tale apertura, tuttavia, non comporta la paralisi della discrezionalità legislativa, né riduce l'attuazione degli obblighi esterni a un'operazione meramente esecutiva. Il vincolo esterno può imporre un risultato di tutela, ma non giustificare modalità attuative incompatibili con i criteri che rendono non arbitraria la distribuzione della pena e, più in generale, con la razionalità complessiva del sistema penale.

8. Il vincolo che resiste? Tra effettività e reversibilità delle scelte punitive

La moltiplicazione delle prescrizioni obbliganti sul versante sovrastatale ha come effetto quello di mantenere il legislatore nazionale in costante fibrillazione.

Il diritto penale, pur formalmente estraneo all'area di competenze specificamente attribuite all'Europa, è divenuto – come si è avuto modo di osservare – ormai parte integrante dei programmi di politica eurounitaria. Va da sé che, quanto più elevato è il livello di dettaglio della normativa europea, tanto più il legislatore nazionale, anche in ragione delle concrete modalità di recepimento del vincolo, viene relegato – proprio nel settore in cui dovrebbe operare naturalmente da protagonista – al ruolo di mero esecutore di un indirizzo punitivo definito altrove. I principi di leale collaborazione e di fedeltà al progetto sovranazionale rafforzano questa dinamica, imponendo di dare seguito, nell'ordinamento interno, alle diverse richieste di tutela penale, pena l'avvio di un meccanismo accentrato di *enforcement* (la c.d. procedura d'infrazione).

Il dato si presenta in termini parzialmente diversi sul piano internazionale, dove i meccanismi di controllo e reazione assumono spesso forme più decentrate, selettive e meno automatiche di quelle proprie dell'ordinamento eurounitario. Nello specifico, i casi di totale inattività del legislatore nazionale a fronte di obblighi internazionali continuano a marcare una distonia evidente: ciò che, sul piano interno, potrebbe apparire come una scelta discrezionale di natura politica, può, al più, rilevare, sul piano esterno, quale illecito internazionale, da gestire secondo i meccanismi propri di tale forma di responsabilità[94].

L'inosservanza, nondimeno, è suscettibile di assumere rilievo sotto un distinto profilo. Come noto, infatti, sulla scorta dell'art. 117, comma 1, Cost., che ha elevato il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (oggi, più correttamente, europeo) e dagli obblighi internazionali (pattizi) a condizione imprescindibile per il corretto esercizio della potestà legislativa statale (e regionale), sono state ritenute ammissibili in materia – non senza criticità – questioni di legittimità costituzionale anche con effetti *in malam partem*[95]. La responsabilità penale – si è sottolineato – non può costituire *ex se* «una barriera insuperabile» per l'accertamento dell'eventuale inosservanza della disciplina sovranazionale; diversamente – rileva la stessa Corte costituzionale, secondo un'impostazione oggi espressamente estesa anche agli obblighi discendenti dal diritto internazionale pattizio – si giungerebbe al paradosso di togliere a siffatta normativa «ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali»[96].

Una volta riconosciuto il rilievo costituzionale mediato del vincolo esterno, il problema si sposta sulla tenuta delle discipline nazionali che di quel vincolo costituiscano attuazione, o che comunque finiscano per soddisfarne le esigenze protettive. Il

[94] Sul punto, cfr. M. LONGOBARDO, *The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation*, cit., 638-640; con specifico riguardo alla prassi dei giudici italiani e ai limiti che il principio di legalità oppone all'attuazione giudiziale degli obblighi internazionali di criminalizzazione in assenza di una norma interna di attuazione, v. D. AMOROSO, *The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview*, cit., 652 ss.

[95] C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *Leg. pen.*, 2021, fasc. 1, 254 ss.

[96] Così Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 28, cit., punto 7 del Considerato in diritto, con riferimento alla norma extrapenale derogatoria che sottraeva le ceneri di pirite alla disciplina generale dei rifiuti; il principio è stato richiamato e sviluppato, con espressa estensione agli obblighi internazionali di fonte pattizia, da Corte cost., 3 luglio 2025, n. 95, cit., punti 5.1.4 e 5.3.3 del Considerato in diritto, che ha altresì affrontato l'ipotesi del ripristino della vigenza di una legge penale abrogata in violazione di uno specifico obbligo unionale o internazionale di criminalizzazione.

nodo critico investe, in particolare, le situazioni in cui, pur in presenza di un'attuazione interna del vincolo pattizio, la tutela approntata sia ritenuta insufficiente, eventualmente anche per effetto di modifiche normative sopravvenute. Sono proprio queste ipotesi che, analogamente a quanto avviene per le violazioni degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, potrebbero costituire oggetto di censura sulla base dell'art. 117 Cost., dunque, potenzialmente, anche con effetti sfavorevoli.

Sullo sfondo degli obblighi pattizi, un simile *modus operandi* presenta, tuttavia, profili di specificità non trascurabili, che mettono in luce alcune fragilità – o distorsioni, a seconda del punto di vista – del meccanismo, da esaminare, però, distinguendo tra il piano dell'attuazione del vincolo nell'ordinamento interno e quello dell'eventuale invocazione della responsabilità internazionale.

Su questo terreno, è quasi scontato rilevare che la fonte impositiva del vincolo di tutela risiede nel patto stipulato tra gli Stati contraenti: ciascuno di essi si impegna nei confronti delle altre parti secondo quanto convenuto, garantendo per sé, ossia assumendo in proprio la responsabilità del rispetto (o del mancato rispetto) dell'accordo sottoscritto.

Non può affermarsi in termini generali che gli obblighi di criminalizzazione previsti da tali strumenti siano qualificabili come obblighi *erga omnes partes*, ossia come obblighi posti, nell'ambito del regime convenzionale, a presidio di un interesse comune della collettività degli Stati, e non soltanto dell'interesse del singolo contraente[97].

[97] La distinzione assume rilievo sul piano della responsabilità internazionale: l'art. 48, par. 1, lett. *a*), degli *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* del 2001 riconosce, infatti, anche a uno Stato diverso da quello leso la facoltà di far valere la responsabilità quando l'obbligo violato sia dovuto a un gruppo di Stati, comprendente lo Stato invocante, e sia posto a tutela di un interesse collettivo comune; v. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, *Part Two*, 29 e relativo commentario 126-128.

Il referente concettuale più ampio è – come noto – quello degli obblighi *erga omnes*, affermatosi a partire dalla distinzione tra obblighi reciproci, dovuti nei confronti dei singoli Stati, e obblighi dovuti alla comunità internazionale nel suo insieme, originariamente sviluppatosi intorno alla tutela di interessi fondamentali, anche nel contesto del dibattito sui c.d. "crimini internazionali" degli Stati e, più recentemente, ritenuto da alcuni idoneo a ricomprendere altresì la "tutela di beni pubblici globali" (ambiente, clima, biodiversità, patrimonio culturale dell'umanità, pace). Sul punto, il riferimento è, anzitutto, all'*obiter dictum* della Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgio c. Spagna), sentenza 5 febbraio 1970, in *I.C.J. Reports*, 1970, 3 ss., spec. 32, §§ 33-34, ove viene tracciata la distinzione tra obblighi dello Stato verso la comunità internazionale nel suo insieme e obblighi nei confronti di singoli Stati, qualificando i primi come obblighi *erga omnes*, nonché all'art. 19 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, adottato in prima lettura dalla Commissione del diritto internazionale nel 1976, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. II, *Part Two*, 95-96 (cfr., in particolare, il par. 2 e il relativo commentario, 118-119). Sulla categoria generale degli obblighi *erga omnes* e sul suo progressivo ampliamento, v. P.

Ebbene, considerata la struttura tendenzialmente relativa degli obblighi pattizi, eventuali carenze di tutela potrebbero essere fatte valere, in via ordinaria, ai fini della responsabilità internazionale, dallo Stato contraente che si ritenga leso dalla violazione.

Per il tramite dell'art. 117 Cost., l'inosservanza del vincolo tende invece ad assumere rilievo come questione interna, anche in assenza di una reazione sul piano interstatale. L'inadempimento viene così rilevato dagli organi giudiziari dello stesso Stato asseritamente inosservante, in sede di controllo sulla normativa nazionale, a garanzia del rispetto del vincolo pattizio, senza che ciò presupponga un'iniziativa delle altre parti dell'accordo legittimate a invocare la violazione in ambito internazionale.

Riguardato da questa angolazione, l'obbligo di tutela penale rivela, ad un esame più attento, una direzionalità del tutto peculiare: a differenza dei vincoli costituzionali, esso non sembra orientarsi primariamente all'evoluzione del sistema penale, attraverso il rafforzamento della dimensione sostanziale di garanzia della riserva di legge (*retro*, § 3), ma parrebbe risolversi, al contrario, nel suo irrigidimento[98]. L'esito sarebbe sorretto dalla convinzione – in realtà ancora da dimostrare – secondo cui tutto ciò che ricade sotto l'ombrello protettivo degli obblighi sovranazionali e internazionali sia destinato a resistere nel tempo. Ne risulterebbero interessate non soltanto le disposizioni poste in diretta attuazione dei vincoli di tutela, ma anche quelle che, pur essendo originariamente finalizzate ad altri scopi, finiscono per intersecarne il contenuto obbligante, contribuendo a soddisfare le medesime istanze di protezione. Le norme "unte" dall'obbligo – secondo una lettura che tende oggi a riemergere – sarebbero dotate, per effetto di questa contingenza, di una straordinaria capacità di resistenza, quasi che il contatto con il vincolo sovrastatale conferisse loro una speciale vocazione conservativa[99].

PICONE, *Gli obblighi* erga omnes *tra passato e futuro*, in *Riv. dir. int.*, 2015, fasc. 4, 1082 ss., spec. 1087 ss.; per una ricostruzione organica, v., altresì, ID., *Comunità internazionale e obblighi «*erga omnes*». Studi critici di diritto internazionale*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 2013, 517 ss.

[98] Ciò è rilevato anche in relazione agli obblighi elaborati dalla Corte EDU; in particolare, R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani*, cit., 566-567 e 607 ss., evidenzia il rischio che l'introduzione in via giurisprudenziale di obblighi di tutela penale conduca a un irrigidimento dell'area del penalmente rilevante, al suo allontanamento dal dibattito democratico e a una possibile estensione simbolica del diritto penale; v. altresì E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale*, cit., 477 ss.

[99] Sulla possibile portata "resistente" delle norme penali attuative di obblighi internazionali di incriminazione, v. G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la Consulta certifica "indubbi vuoti di tutela" e al contempo difende in via di principio l'art. 117, co. 1 Cost. e gli obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. pen.*, 2025, fasc. 7/8, 115, secondo cui la sentenza della Corte cost. n. 95/2025 avrebbe eretto attorno all'art. 117, comma 1, Cost. «dei bastioni di protezione che potranno riparare in futuro le non poche norme penali attuative di obblighi internazionali di incriminazione».

La singolarità si accentua, poi, allorquando l'obbligo di penalizzazione difetti di un ancoraggio immediato a valori condivisi di rango primario e venga impiegato per sostenere determinate opzioni punitive ritenute preferibili o come veicolo di indirizzi politico-criminali esogeni[100]. È soprattutto in tali ipotesi che il rischio di irrigidimento – fino all'irreversibilità e all'antistoricità della scelta punitiva – si tocca con mano: ciò che nasce come prescrizione esterna può trasformarsi, sul piano interno, in un limite particolarmente resistente alla successiva rimodulazione della disciplina. Sennonché, proprio la rigidità di tale assunto finisce per spalancare le porte, da un lato, a un diritto penale della mera disobbedienza e, dall'altro lato, al riconoscimento di una «sorta di perenne, metastorica forza costituente» dell'obbligo di tutela penale «non in quanto tale, ma nel caso in cui sia stato recepito o abbia avuto la ventura di trovare corrispondenza nella "offerta" normativa nazionale»[101].

Ponderare l'attuazione di siffatti obblighi – dovrebbe essere a questo punto chiaro – non significa indulgere a forme di debolezza o di disimpegno rispetto alla progettualità europea e internazionale; significa, al contrario, preservare le regole su cui si erge la tenuta tanto dell'ordinamento nazionale quanto di quello sovrastatale, evitando che la doverosa attuazione dei vincoli comprima gli indispensabili spazi di razionalità e adattamento dei sistemi coinvolti.

Le considerazioni che precedono, nell'escludere un'equazione diretta tra effettività della prescrizione obbligante e necessaria permanenza nel tempo della relativa disciplina operativa, consentono di tornare allo statuto dell'obbligo di tutela penale, per ricomporre, alla luce dell'analisi svolta, alcuni dei suoi tratti essenziali.

Il bisogno di pena connota geneticamente – come si è avuto modo di vedere – il vincolo di tutela; questa anticipazione del giudizio non "consuma", però, la questione della sussidiarietà dell'intervento penale. L'istanza di *extrema ratio* continua infatti a operare nella fase di attuazione legislativa dell'obbligo, entro spazi di valutazione la cui ampiezza varia in ragione della fonte, dell'oggetto e del grado di determinatezza dell'indicazione di tutela.

La riserva di legge mantiene, in questa prospettiva, la sua centralità. Essa non

[100] Sulla necessità di evitare una lettura indifferenziata degli obblighi internazionali di incriminazione, v. E. MAZZANTI, *Oltre l'abuso d'ufficio*, cit., 1294-1296, il quale prospetta l'esigenza di graduarne la portata, distinguendo tra obblighi relativi a forme di autentico annichilimento delle prerogative basilari dell'individuo – quali tortura, sparizioni forzate e schiavitù – e obblighi concernenti fenomeni rispetto ai quali la scelta incriminatrice presenta margini più elastici.

[101] G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, Giuffrè, 2003, 63-64.

individua, infatti, soltanto il soggetto cui è democraticamente imputabile la scelta punitiva, ancorché imposta, ma identifica anche la sede del necessario vaglio politico-normativo, nella quale quella stessa tutela che si esige deve essere concretamente conformata e coordinata con i principi e con gli altri strumenti disponibili nell'ordinamento.

La diversa matrice – costituzionale o sovrastatale – del vincolo rende impropria, anche sotto questo profilo, una considerazione uniforme delle due ipotesi. Nel caso degli obblighi costituzionali, la mediazione legislativa si svolge all'interno della scelta di valore già espressa dalla Carta fondamentale, in un rapporto essenzialmente verticale con la fonte apicale; rispetto agli obblighi sovrastatali, essa è chiamata, invece, a raccordare la prescrizione esterna con le coordinate proprie del sistema penale interno, secondo una logica anche orizzontale e relazionale (v. *retro*, §§ 3-4 e 7). Ne deriva una diversa incidenza del vincolo sulla discrezionalità politico-criminale: la tensione che, sul piano formale, consegue alla sua compressione si stempera, infatti, sul piano sostanziale, soltanto con riguardo agli obblighi del primo tipo.

Restano, per il resto, ferme le ulteriori garanzie che conformano l'intervento penale; il rovesciamento dell'offensività richiamato in apertura, in particolare, non dispensa dalla selezione di fatti dotati di un apprezzabile contenuto lesivo o pericoloso, né il vincolo di penalizzazione consente deroghe alle condizioni di imputazione personale presidiate dal principio di colpevolezza.

È, dunque, nella capacità di coniugare la doverosità della tutela con la razionalità e la necessaria adattabilità della risposta punitiva che risiede, in definitiva, la sostenibilità del diritto penale "imposto".

ABSTRACT

Il contributo esamina lo statuto degli obblighi di tutela penale, muovendo dal loro carattere derogatorio rispetto al paradigma liberale, che affida alla discrezionalità politico-criminale del legislatore la selezione dei fatti da punire. Imponendo il ricorso alla pena, tali obblighi rovesciano infatti la prospettiva tradizionale: la criminalizzazione non costituisce più una scelta libera, ma un atto dovuto, fondato su una valutazione anticipata di meritevolezza e bisogno di pena. La categoria non presenta, tuttavia, una fisionomia unitaria: l'indagine distingue, in prospettiva ricostruttiva e sistematica, gli obblighi di matrice costituzionale dai vincoli eurounitari e internazionali, mettendone in luce la diversa legittimazione, funzione e incidenza sul sistema penale.

Sul versante costituzionale, l'analisi del dibattito sugli obblighi impliciti, sviluppatosi a partire dalla tutela dei diritti fondamentali e dal divieto di protezione insufficiente, conduce a riconoscere piena

doverosità alle sole clausole espresse di penalizzazione. Eccezionali e puntiformi, tali prescrizioni non contraddicono il garantismo liberale, ma rafforzano la dimensione sostanziale della riserva di legge, traducendo nel sistema penale scelte di valore fondative dell'ordinamento. Il loro adempimento partecipa della funzione costituente, in senso materiale, della Carta, attualizzandone le scelte di valore e orientando su base assiologica il rapporto tra fatto e pena, ferma la discrezionalità legislativa nella concreta conformazione della tutela.

Gli obblighi sovrastatali presentano invece fonti, contenuti e tecniche prescrittive eterogenei. In tale ambito, la pena opera non solo come mezzo di protezione, ma anche come strumento di armonizzazione e integrazione, assumendo una funzione politico-ordinante. Il mero transito del vincolo attraverso gli artt. 11 e 117 Cost. non consente di assimilarlo agli obblighi costituzionali. Poiché la prescrizione esterna conserva natura politico-criminale, la congruità della scelta incriminatrice e della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore del fatto costituisce soltanto un primo riscontro di adeguatezza: la penalizzazione deve essere sottoposta anche a un vaglio orizzontale di uguaglianza-ragionevolezza, fondato su pertinenti tertia comparationis *e diretto a verificarne la coerenza con la graduazione interna delle incriminazioni e delle sanzioni. Ne deriva che l'obbligo di punire non elimina la discrezionalità politico-criminale, ma ne ridefinisce i confini in ragione della fonte e della legittimazione del vincolo, confermando la funzione del legislatore nazionale quale filtro garantistico delle scelte punitive esterne. È in questa mediazione che si misura la sostenibilità del diritto penale "imposto".*

PAROLE CHIAVE

Obblighi di tutela penale – Obblighi costituzionali – Obblighi sovrastatali – Riserva di legge – Discrezionalità legislativa – Proporzionalità – Ragionevolezza

* * *

"IMPOSED" CRIMINAL LAW: CONSTITUTIONAL AND SUPRANATIONAL OBLIGATIONS TO CRIMINALISE

ABSTRACT

This article examines the legal framework governing obligations to criminalise, taking as its starting point their nature as a departure from the liberal paradigm, under which the legislature retains discretion in matters of criminal policy to determine which conduct should be punished. By requiring recourse to criminal punishment, such obligations reverse the traditional perspective: criminalisation is no longer a matter of free legislative choice, but a legal duty grounded in an ex ante *assessment of whether the conduct warrants punishment and whether punishment is necessary. These obligations do not, however, form a unitary category. From both a reconstructive and a systematic perspective, the analysis distinguishes constitutionally grounded obligations from constraints deriving from European Union and international law, highlighting their different bases of legitimacy, functions, and effects on the criminal-law system.*

At the constitutional level, the analysis of the debate on implicit obligations—which developed out of the protection of fundamental rights and the prohibition of insufficient protection—leads to the conclusion that only express criminalisation clauses impose fully binding duties. Exceptional and narrowly circumscribed, such provisions do not conflict with liberal guarantees. Rather, they strengthen the substantive dimension of the principle that criminalisation is reserved to the

legislature by giving effect within the criminal-law system to value choices that are foundational to the legal order. Their implementation contributes to the Constitution's role in substantively shaping the legal order, giving contemporary effect to its value choices and orienting, on an axiological basis, the relationship between conduct and punishment, while preserving legislative discretion over the specific design of the protection afforded.

Obligations deriving from European Union and international law, by contrast, are heterogeneous in their sources, content, and prescriptive techniques. In this context, criminal punishment serves not only as a means of protection, but also as an instrument of harmonisation and integration, thereby assuming a broader role in shaping the legal and political order. The mere fact that an external constraint takes effect in the domestic legal order through Articles 11 and 117 of the Italian Constitution does not justify treating it as equivalent to a constitutional obligation. Since the external prescription retains the character of a criminal-policy choice, assessing whether the decision to criminalise and the punitive response are commensurate with the wrongfulness of the conduct constitutes only an initial test of adequacy. Criminalisation must also be subjected to horizontal review under the principles of equality and reasonableness, conducted by reference to appropriate tertia comparationis *and aimed at determining whether it is consistent with the domestic system's internal ranking of offences and calibration of penalties. It follows that an obligation to punish does not eliminate legislative discretion in matters of criminal policy, but redefines its boundaries according to the source and legitimacy of the constraint, thereby reaffirming the role of the national legislature as the institutional safeguard that filters punitive choices originating outside the domestic legal order. It is through this mediation that the sustainability of "imposed" criminal law is ultimately tested.*

KEYWORDS

Obligations to Criminalise – Constitutional Obligations – Supranational Obligations – Principle of Legality in Criminal Matters – Legislative Discretion – Proportionality – Reasonableness