

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO SECONDO

LE BASI POLITICO-CRIMINALI DEL DIRITTO PENALE ATTUALE

SOMMARIO

1. Il diritto penale e la tutela dei beni giuridici. - 1.1. Sulla tutela penale della morale. - 1.2. L'incesto e la tutela della morale familiare. - 2. I caratteri del diritto penale. - 2.1. L'autonomia. - 2.2. La frammentarietà e l'*extrema ratio*. - 2.3. La proporzione. - 2.3.1. Il principio di proporzionalità della pena alla prova del "test" costituzionale. - 2.4. La sussidiarietà.

1. *Il diritto penale e la tutela dei beni giuridici*

Dall'evoluzione storica sopra tratteggiata emerge la fisionomia attuale del diritto penale. Esso può definirsi come quello strumento giuridico di controllo sociale che comporta le conseguenze più gravose per il soggetto attivo del reato, in primo luogo nella sfera della sua libertà personale, cui si accompagnano anche ripercussioni negative sulla reputazione oltre agli ulteriori profili sanzionatori, che attengono al patrimonio e alla libertà lavorativa.

In questa prospettiva, il reato consiste in un fatto commesso da una persona umana, ma di cui può rispondere anche un ente collettivo, antiggiuridico, colpevole e punibile. Ad esso l'ordinamento ricollega l'applicazione di una sanzione penale, che può assumere due forme, di cui l'una è quella della pena, in relazione alla colpevolezza, e l'altra è la misura di sicurezza, che ha, invece, come presupposto necessario la pericolosità sociale. Va subito precisato che è la pena a consentire l'individuazione legale di quel tipo di illecito che definiamo reato. Va precisato, altresì, che non esistono reati in natura. Ma che la definizione di (soggetto e atto) criminale, di illecito penale, è il frutto di una qualificazione giuridica discendente dalla legge. Dunque, l'estensione della politica criminale dipende da processi di selezione della criminalità governati legislativamente.

Va inoltre osservato come il diritto penale sia posto *a tutela di beni giuridici*, ovvero sia di concreti interessi che preesistono al legislatore, e che quest'ultimo dunque non crea dal nulla, almeno secondo la più accreditata concezione empirico-fattuale¹ (in opposizione a una concezione meramente metodologica del bene giuridico); interessi, questi, che il legislatore decide di tutelare per assicurare quanto meno le condizioni minime di esistenza della società².

¹ VON LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, Aufsätze und Vorträge, Bd. II, Berlin, 1905, 80 ss.

² MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 67 ss.; SALCUNI, *Onore (delitti contro)*, in CASSESE S. (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 3933 ss.

Il concetto di bene giuridico, elaborato ai primi dell'Ottocento da Johann M. F. Birnbaum è di estrema importanza, sia perché consente l'emersione, come degni di protezione, di interessi non solo individuali ma anche meta-individuali, sia perché esprime al contempo l'idea di un diritto penale progressivamente emancipato dalla protezione di valori puramente etici o religiosi. In ciò si ritrova il carattere *laico*, faticosamente conquistato, del diritto penale moderno, proprio perché esso riguarda il cosiddetto foro esterno, a differenza della morale e della religione, che, al contrario, attengono al foro interno degli individui³.

Per questa ragione ha sollevato, a suo tempo, giuste riserve il Progetto governativo tedesco di riforma del codice penale E 1960-1962, là dove incriminava anche gli spettacoli di *streap-tease*, lo scambio di *partners* durante il matrimonio e l'omosessualità, perché, come osservato da Jürgen Baumann, ciò è espressione di un «diritto sacerdotale», che non solo non tutela alcun bene giuridico concreto, ma rischia di instaurare un controllo penale «onnivoro» sulla società⁴.

In tempi assai più recenti la questione si è riproposta in Italia con riferimento alle fattispecie criminose introdotte con la legge sulla fecondazione medicalmente assistita (art. 12, commi 6 e 7, l. n. 40/2004)⁵, a testimonianza del fatto che l'emancipazione del diritto penale dalla morale e dalla religione non può dirsi un dato definitivamente acquisito, essendo sempre ricorrenti i tentativi di strumentalizzare la sanzione penale per imporre ai consociati una determinata concezione ideologica su temi eticamente sensibili⁶.

Da quanto sinora esposto, emerge che il diritto penale dovrebbe svolgere una funzione solo *conservativa di beni giuridici*, e non *promuovere* nuovi o vecchi valori etici; né dovrebbe assumere un ruolo puramente simbolico di stigmatizzazione di comportamenti infedeli alle norme dell'ordinamento⁷. A tal proposito, per esempio, la legge in tema di stupefacenti (artt. 73-74 DPR n. 309/1990) non sembra lontana dal controverso paradigma del diritto penale «simbolico»⁸, nella misura in cui l'estrema severità delle pene ivi previste si affianca alla constatata ineffettività della tutela. Sicché la norma finisce per servire soprattutto ad acquietare nelle masse bisogni emotivi di pena, veicolando un messaggio rassicurante alla pubblica opinione, all'insegna di un proibizionismo che non si rivela nei fatti in grado di ridurre significativamente il consumo di droghe e gli introiti illeciti della criminalità organizzata⁹.

1.1. Sulla tutela penale della morale

Nel proseguire il discorso sulla tutela dei beni giuridici, è ancora da approfondire la questione se, e se sì entro quali limiti, uno Stato laico possa tutelare penalmente la morale¹⁰. La commistione fra diritto e morale, invero, rappresenta una tendenza tutt'altro che superata, il codice Rocco prevede ancora, ad esempio, sia pure con interventi correttivi

³ MOCCIA, *Da Carpov a Grozio*, etc. cit.

⁴ MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale – L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca*, Napoli, 1984.

⁵ MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *LP*, 2005, 245 ss.

⁶ DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004 n. 40)*, in *RIDPP*, 2004, 440 ss.

⁷ NEPPI-MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e Dir.*, 1977, 661 ss.

⁸ VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsbach, 1989.

⁹ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale – La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

¹⁰ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *RIDPP*, 2008, 207 ss.

della Corte costituzionale e del legislatore, un intero Titolo (il IV) del Libro II contenente fattispecie delittuose poste a tutela del sentimento religioso. Fuori dal codice, la legge Merlin (l. n. 75/1958), nell'abolire la regolamentazione della prostituzione, prevede un modello repressivo orientato, almeno alle origini, alla tutela del buon costume e della morale sessuale.

L'interrogativo risuona sempre identico: è legittimo tutto ciò?

Nell'ambito della letteratura di lingua inglese sono emersi recentemente contributi significativi sul tema, in particolare quello di Joel Feinberg. Egli ha elaborato una teoria che, sviluppando alcuni principi liberali di matrice illuministica, tenta di coniugare diritto e morale all'interno dell'impalcatura tipica dello Stato liberale.

Secondo tale impostazione, compito del diritto penale è quello di tutelare determinati beni giuridici da possibili offese, che, secondo il lessico di Feinberg, assumono penale rilevanza solo se si traducono in un *danno a terzi* (principio dell'*harm to others* in opposizione al principio dell'*harm to self*)¹¹.

Senonché, in tale prospettiva, non poche fattispecie di reato previste nel nostro ordinamento risulterebbero prive di legittimazione. Si pensi, per esempio, alla coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale, dal momento che il soggetto assuntore, in questi casi, provoca un danno a sé, ma non ad altri¹². O, anche, si pensi al reato di favoreggiamento della prostituzione altrui, in particolare alle ipotesi in cui il soggetto aiuti chi, per libera scelta, si prostituisce¹³, nelle quali del pari manca un danno al beneficiario del favoreggiamento (v. *infra*, cap. III, § 2.5.4).

Si può, dunque, constatare come il principio del danno ad altri risulti particolarmente selettivo nel delimitare l'area del penalmente rilevante, dal momento – appunto – che in non pochi casi le fattispecie incriminate non producono danni ad altri.

Preoccupato di ciò, Feinberg attenua la portata del principio dell'*harm to others*, ammettendo la legittimità di incriminazioni che, seppur non lesive di diritti di terze persone, siano offensive, moleste, lesive della sensibilità altrui, che, per quel che ci pare di intuire, altro non è se non una riproposizione, sia pure in chiave liberale, di una forma ambigua di "morale pubblica" (principio dell'*offense*)¹⁴.

In questa visione di paternalismo *soft*, vale a dire di una forma attenuata di tutela della morale, risulterebbe tuttavia legittimo punire la stessa prostituzione e forse si potrebbero reprimere perfino l'accattonaggio e il vagabondaggio, se ritenuti contrari alla morale corrente, associandovi magari la tutela dell'ordine pubblico.

Orbene simili conclusioni debbono essere respinte, dal momento che rischiano di perpetuare la punibilità di condotte offensive soltanto di sentimenti¹⁵, concezioni morali e, a cascata, di beni giuridici di scarsa consistenza e afferrabilità¹⁶.

¹¹ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I: Harm to Others*, Oxford U.P., Oxford, 1984; FER-RAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, capp. IV-VIII; Id., *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024.

¹² Si veda, in tale direzione, Cass., sez. un., 19 dicembre 2019, n. 12348, Caruso.

¹³ In argomento, sia consentito rinviare a SERENI, *Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia. La valenza post-ideologica dell'autoresponsabilità*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, 205 ss.

¹⁴ Per una critica sul punto, DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, in *RIDPP*, 2008, 1546 ss.; FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in FIANDACA-FRANCOLINI, *Sulla legittimazione*, cit., 153 ss.

¹⁵ Contrario a tale possibilità FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *RIDPP*, 2007, 554.

¹⁶ MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 86.

Per riprendere gli insegnamenti di J. Rawls, l'unico modo per garantire una convivenza pacifica nelle società multiculturali di oggi non può che essere quello di creare un consenso per intersezione sui principi democratici, lasciando liberi i cittadini di professare, praticare, credere nei propri valori e di coltivare le proprie convinzioni morali anche quando contrarie, nella sfera della sessualità o del modo di concepire la propria dignità (così di fronte al grande tema dell'eutanasia e del suicidio assistito), all'opinione di maggioranza¹⁷. Se ciò è vero, tornando alle tesi di Feinberg, riteniamo valido ricorrere al solo principio dell'*harm to others*, cioè del danno a terzi, proprio perché più incisivamente selettivo della punibilità, unico metro distintivo, sia per la sua efficacia euristica che per la sua giustiziabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che invece può giustificare, su temi di natura morale, soltanto forme di tutela minore o un vero e proprio spazio libero dal diritto.

1.2. *L'incesto e la tutela della morale familiare*

Un esempio paradigmatico di problematica intersezione tra principi morali e diritto penale è rappresentato dal delitto di incesto, inteso come atto o relazione sessuale tra consanguinei da cui derivi pubblico scandalo, collocato nel codice Rocco nell'ambito dei delitti contro la morale familiare (art. 564).

Ripercorrendo i lavori preparatori del codice e, in modo particolare, il pensiero di uno dei suoi principali compilatori, Vincenzo Manzini, si apprende che la punibilità dell'incesto mirava a una "efficace tutela dell'interesse eugenetico ed [a] evitare la decadenza che le procreazioni fra consanguinei possono determinare nella razza"¹⁸. Va da sé che in questa prospettiva la tutela della morale familiare si confonde con la tutela della morale statale del ventennio¹⁹. La limitazione della punibilità all'insorgere del pubblico scandalo in qualche modo sembra riportare le cose a posto, in un contesto di revisione valutativa del fatto in termini attuali, giacché valorizzando l'evento (condizione) del reato potrebbe rileggersi la fattispecie *alla luce della "funzione che il diritto penale dovrebbe svolgere in uno Stato laico e secolarizzato: l'esigenza di non punire i fatti immorali in sé ma solo in quanto provocano turbamento nella sfera sociale"*.

Nonostante tale correttivo, bisogna domandarsi tuttavia se ciò basti ad autonomizzare l'incesto dalla mera tutela della morale. Noi ci permettiamo di dubitarne, anche perché pubblico scandalo non implica soltanto notorietà del fatto ma anche disgusto e riprovazione da un punto di vista etico-morale. Siamo quindi di fronte a un evidente circolo vizioso per cui torna imperioso il quesito: è legittimo in uno Stato secolarizzato come il nostro, sulla base del principio di laicità, tutelare penalmente la morale in sé, seppure in contesti socialmente significativi come quello della famiglia?

Per approfondire la questione dobbiamo rammentare la duplice natura di divieto ancestrale del fatto incestuoso e di tabù, in termini psicoanalitici, che avvolge l'incesto. Ma il punto è se tale processo di tabuizzazione radicato nella sfera profonda dell'essere meriti di venir rinsaldato nella camicia di forza della sanzione penale.

In proposito, una sentenza della Corte costituzionale del 2000 ha ritenuto legittima la punibilità dell'incesto, in virtù del suo "valore simbolico" di presidio dell'istituzione familiare²⁰.

¹⁷ RAWLS, *Liberalismo politico*, Roma, 1994, 34 ss.; 206 ss.

¹⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 5^a, aggiornata a cura di Nuvolone-Pisapia, VII, Torino, 1984, 787 ss.

¹⁹ Per ulteriori profili storici, cfr. MASARONE, *La dimensione offensiva del delitto di incesto (art. 564 c.p.) e la collocazione dommatica del "pubblico scandalo" nella struttura del reato*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 3, spec. 8 ss.

²⁰ Corte cost., 21 ottobre 2000, n. 518, in *DPP*, 2000, 1590 ss., con nota di SPANGHER, *Incesto tra suocero e nuora*; in argomento, v. anche CANDIOTTO, *Delitti contro la morale familiare e delitti in materia di adozione, in*

Anche la Corte costituzionale tedesca, nel 2008, ha ritenuto costituzionalmente legittimo il § 173 *StGB*, che punisce la congiunzione carnale tra parenti, nel noto caso *Stübing*.

In relazione ad esso, la Corte EDU²¹ successivamente ha affermato che la condotta dello Stato tedesco, che aveva condannato penalmente il ricorrente, non configurasse una violazione dell'art. 8 CEDU, e cioè non ledesse il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Rispetto in particolare al differente trattamento (punibilità *vs* liceità) riservato all'incesto tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, la Corte ha osservato che, su questioni che attengono alla morale e all'etica, "*specie se tra i vari Stati europei non sussiste un orientamento condiviso, il margine di manovra degli Stati non può non allargarsi per dar modo allo Stato di interpretare nel modo più fedele possibile il sentire della popolazione*".

In realtà, può obiettarsi che imporre penalmente a minoranze, o anche all'estremo limite a singoli individui, il sentire etico-moralistico maggioritario della popolazione sembra una scelta di politica del diritto poco rispondente a canoni liberali finendo, pure in ordinamenti democratici, con il conculcare un'etica di Stato (in questo caso in ambito sessuale).

D'altra parte, occorre anche guardarsi da quelle teorie che associano alla violazione di principi morali, connessa all'incesto, la rilevanza, in chiave di selezione della punibilità, di eventuali danni psicologici derivanti dal rapporto incestuoso²². Può obiettarsi infatti che, nella misura in cui questi danni derivino da un rapporto liberamente e consapevolmente accettato tra adulti autoresponsabili, l'evento dannoso può ricondursi alla concretizzazione di un rischio consentito, perché accettato dai *partner*, in quanto tale non produttivo di conseguenze sul piano penale.

In conclusione, la punibilità dell'incesto sembra dimostrare, in modo palmare e con valenza più generale, che il diritto penale presenta ancora incrostazioni moralistiche per le quali può aversi una discutibile sovrapposizione tra foro interno e foro esterno, e dove gli interessi tutelati perdono di consistenza empirica razionalmente e scientificamente fondata, per smarrirsi nella selva oscura delle concezioni morali in tema di sessualità, religiosità, fine vita: contesti, questi, dove non c'è una verità assiologica che meriti imposizione. Un paradigma penale non del tutto liberato da compiti moralistici esprime, dunque, una sovradeterminazione simbolico-autoritaria poco compatibile con i valori del pluralismo democratico.

2. I caratteri del diritto penale

Non così rigorosa è la distinzione fra caratteri e principi in materia penale: i caratteri hanno tendenzialmente natura politico-criminale e non sono giustiziabili davanti alla Corte costituzionale, in quanto essa non può interferire sulle scelte politiche appannaggio esclusivo del Parlamento. I principi (v. *infra*, cap. III, § 2), invece, sono vincolanti e giustiziabili davanti alla Corte, in quanto delineano il volto costituzionale dell'illecito penale in modo inderogabile, proprio perché desumibili da precise disposizioni costituzionali²³. Tuttavia, anche i

Trattato di diritto di famiglia – Le riforme, (dir. da Zatti), III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, (a cura di Palermo Fabris-Presutti-Riondato), Milano, 2019, 158 ss.

²¹ *Stübing v. Germany*, n. 43547/08, 12 aprile 2012; in argomento, DE STEFANI, *Riflessi penalistici della tutela della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, (dir. da Zatti), etc. cit., I, IV, § 6, 81 ss. e, *quivi*, 93-94.

²² DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 26 ss., spec. 32 ss.

²³ DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996. Più in generale, sui rapporti tra diritto penale e Costituzione, si vedano VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.

caratteri possono alludere sempre più a principi giustiziabili: è il caso della *proporzione* (v. *infra*, § 2.3), valutabile appunto nella doppia veste di carattere e di principio della materia in esame.

2.1. *L'autonomia*

Il diritto penale si contraddistingue per la sua autonomia rispetto al diritto civile e agli altri rami dell'ordinamento.

Fino, tuttavia, agli anni '20 dello scorso secolo si riteneva che il diritto penale possedesse un carattere eminentemente sanzionatorio, o ulteriormente sanzionatorio, rispetto alla violazione di norme contenute in altre parti dell'ordinamento²⁴. Una prima obiezione alla concezione meramente sanzionatoria risiede nel fatto che non sempre è vero che il diritto penale accede alla tutela di precetti civilistici (o altro): lo dimostra, ad esempio, la norma che punisce l'omicidio, la quale storicamente ha tutelato il bene della vita ancor prima della sua regolamentazione civilistica; inoltre, c'è da considerare che vi sono beni, come la pietà dei defunti, tutelati in via esclusiva dal legislatore penale²⁵.

Ma la seconda e più decisiva obiezione muove dalla circostanza che l'autonomia della norma penale discende dalle caratteristiche peculiari del precetto e della sanzione penali, legati come sono a doppio filo al principio di *stretta* legalità, con una intensità cioè, nelle caratteristiche legalitarie nella configurazione dell'illecito e della sanzione, di gran lunga superiore agli altri rami dell'ordinamento. D'altra parte, anche quando il legislatore inserisce nella disposizione penale nozioni provenienti da altri settori del diritto, come, ad es., la nozione di *possesso* nel delitto di appropriazione indebita (art. 646 c.p.), tale nozione può perde qui la sua fisionomia originaria, per rimodellarsi in modo funzionale alle esigenze della norma penale²⁶.

Ma il pregio dell'autonomia del diritto penale si tocca con mano sol che si tengano a mente le complesse intersezioni di molte norme incriminatrici, soprattutto in leggi complementari, con norme extrapenali connotate da sofisticati contenuti tecnici. Si pensi, solo per fare due esempi, al diritto penale societario, e in particolare al delitto di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.), oppure al complesso sistema penale dell'ambiente, ove le fattispecie criminose risultano integrate da elementi normativi recependi concetti e regole di derivazione appunto extrapenale. In tali contesti, più la norma penale viene interpretata dal giudice in modo da aderire *in toto* all'ampiezza e all'elasticità proprie della norma esterna (ad es., alla disciplina civile del bilancio, o alla minuziosità delle regole amministrative in materia ambientale), più è a rischio il rispetto della tassatività e del divieto di analogia (*in malam partem*) che contraddistingue la normativa penale.

Ribadire dunque il valore dell'autonomia significa porre in evidenza come l'operazione di incastro tra fattispecie penale ed extrapenale non può far perdere di vista all'interprete, e anzitutto allo stesso legislatore, che la fattispecie incriminatrice esige una rigidità strutturale non stemperabile a contatto con norme di altro genere maggiormente elastiche e ampie.

²⁴ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 232.

²⁵ CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, Bari, 2002, 14 ss.

²⁶ NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 62 ss.; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955 ed ora anche in ID., *Diritto penale*, II, *Scritti di Parte speciale, Reati contro il patrimonio, Delitti contro la P.A., e varia*, Milano, 2003, 3 ss.

2.2. *La frammentarietà e l'extrema ratio*

Collegato all'autonomia è il carattere della frammentarietà.

Il diritto penale, in quanto autonomo, interviene in reazione alle sole offese più gravi rivolte contro determinati beni; ciò in ragione del forte carattere afflittivo della sanzione. L'illecito penale, a differenza di quello civile, è un illecito tipizzato *ex lege*, ritagliato su ben determinate, e quindi 'frammentarie', aggressioni al bene tutelato, mentre l'illecito civile extracontrattuale (art. 2043 c.c.), essendo per sua natura atipico²⁷, può in teoria riferirsi a tutte le possibili offese a un dato interesse.

Dalla frammentarietà consegue la direttrice politico criminale di intervento del diritto penale come *extrema ratio*.

La sanzione penale, proprio perché la più severa nell'arsenale sanzionatorio a disposizione dell'ordinamento, deve essere l'ultima spiaggia a cui il legislatore approdi, dovendo egli privilegiare sanzioni meno afflittive, amministrative o civili, ove da queste possa ragionevolmente attendersi un risultato, in termini di tutela, almeno altrettanto efficace.

Tuttavia questa, che sembra ormai acquisizione teorica consolidata anche a livello comunitario, si scontra con la prassi legislativa, dalla quale, al contrario, emerge un diritto penale non di rado troppo interventista, anche a causa del suo apprezzato carattere «simbolico-espressivo», che porta a privilegiarne l'impiego pur quando il plusvalore atteso è tutt'altro che certo o probabile in termini di effettività²⁸. Allo stato attuale, dunque, il principio di *extrema ratio* mostra un relativismo di significato e di implicazioni pratiche che ne fa ancora un modello orientativo debole della legislazione penale, non all'altezza delle aspettative più garantiste della modernità.

2.3. *La proporzione*

La proporzione, insieme alla sussidiarietà, ha trovato particolare attenzione in una importante circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del 19 dicembre 1983, relativa ai criteri orientativi che il legislatore dovrebbe seguire nell'optare tra sanzione penale e sanzione amministrativa (la circolare va posta in connessione con la precedente legge n. 689 del 1981 di varo del sottosistema penale-amministrativo dell'illecito depenalizzato).

Riguardo alla proporzione, essa comporta la tendenziale legittimazione dell'intervento del diritto penale quanto più è elevato il rango dell'interesse da proteggere, in rapporto proporzionale con il bene che viene sacrificato attraverso la sanzione penale. Ciò implica pure che quanto più è rilevante il valore dell'interesse che si vuole tutelare, tanto più è consentita l'anticipazione della tutela penale, punendo anche reati di mero pericolo.

Il carattere della proporzione non agisce, però, soltanto nella scelta della tecnica di tutela e nel grado di anticipazione di essa, bensì anche come criterio interno alla penalità, nel senso di prevedere una sanzione proporzionata appunto, già in astratto, all'entità del reato cui accede. A nostro giudizio, questo aspetto della proporzione non costituisce altro che il risvolto garantistico e, quindi, ancora attuale, della funzione *retributiva* della pena²⁹, atto

²⁷ ALPA-BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I, 2^a, Milano, 1980, II, *Orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 1977.

²⁸ PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvoletto*, I, Milano, 1991, 395 ss.

²⁹ GALLO M., *Relazione*, in AA.VV., *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, etc., cit., 13 ss.

a evitare che l'autore del reato possa essere strumentalizzato per fini di politica criminale subendo una pena esemplare, secondo la deprecabile logica del «capro espiatorio».

2.3.1. *Il principio di proporzionalità della pena alla prova del “test” costituzionale*

Sofferamoci ora sull'innovativo test di proporzionalità della pena effettuato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2016, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 567 (alterazione di stato), 2° co., c.p., nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni (come previsto dal comma 1° dell'art. 567)³⁰.

Prima di tale sentenza, il tipo di controllo costituzionale di proporzionalità della pena corrispondeva al tradizionale modello *triadico*, fondato su un raffronto tra la norma censurata e altra norma assunta a pietra di paragone, raffronto mediato dal principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. In tale ottica, se il confronto tra la pena edittale prevista dal *tertium comparationis* e quella prevista dalla norma censurata non rispondeva a criteri di ragionevolezza, allora la Corte poteva dichiarare l'incostituzionalità della norma sottoposta al suo scrutinio. Viceversa, in caso non si rinvenisse un *medium* con cui effettuare la comparazione, la Corte aveva manifestato una certa ritrosia nell'intervenire su scelte di politica sanzionatoria, con un atteggiamento di *self-restraint* improntato alla volontà di non ingerire nella discrezionalità del legislatore³¹.

Non così, appunto, in questa pronuncia della Corte, in cui viene valorizzato il principio di proporzionalità della pena sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 3, comma 1°, e 27, 3° comma, Cost. L'idea di proporzione viene infatti collocata all'interno della teoria della pena non solo come limite alle istanze retributive (come rapporto di misura reato-pena), bensì anche come freno alle istanze special-preventive (necessità che la finalità rieducativa della pena non debordi rispetto alla colpevolezza per il fatto)³².

Scendendo più nel dettaglio, dinanzi al giudice rimettente pendeva un procedimento per il delitto di alterazione di stato, in relazione alla condotta di due coniugi i quali, nella formazione dell'atto di nascita davanti all'ufficiale di stato civile italiano, attestavano falsamente lo *status* di figlia naturale di una neonata. Il giudice *a quo* fondava la questione di costituzionalità sull'evidente irragionevole sproporzione della comminatoria edittale del comma 2 dell'art. 567 c.p. rispetto al disvalore della condotta tipica, tale per cui sarebbe stato precluso al giudice l'adeguamento concreto ed equo della pena al fatto.

³⁰ Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Giur. cost.*, 2016, 5, 2092 ss., con osservazioni di MANES, *Proporzione senza geometrie*; in *Foro it.*, 2017, 1, I, 97 ss., con nota di richiami; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1956 ss., con nota di DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*; in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 2, 48 ss., con note di PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, e VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*; in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 473 ss., con nota di COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*; in *Rivista AIC*, 2016, 4, con nota di D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*; in *Fam. e dir.*, 2017, 2, 109 ss., con nota di MEO, *L'incostituzionalità della pena per il reato di alterazione di stato alla luce del principio di ragionevolezza*.

³¹ MANES, *Proporzione*, cit., 2106.

³² DOLCINI, *Pene edittali*, cit., 1958.

La Corte costituzionale, nel ritenere fondata la questione in relazione ad entrambi i parametri invocati dal remittente (artt. 3 e 27 Cost.), richiamando anche l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, punta il dito, come si è detto, sulla manifesta sproporzione della pena edittale rispetto al disvalore del fatto, senza addentrarsi in ulteriori valutazioni in ordine alla ragionevolezza del trattamento punitivo che chiamino in causa quello previsto per altri delitti di analogo disvalore³³.

Tuttavia, il ricorso al *tertium comparationis* non scampare del tutto.

Nel momento in cui la Corte si cimenta nella delicata operazione di ridisegnare il quadro sanzionatorio del delitto di alterazione di stato, essa non può fare a meno di rinviare alla cornice edittale prevista per un reato il cui disvalore sia quanto più simile a quello punito dalla norma censurata. In caso contrario, si sarebbe dovuto dichiarare totalmente incostituzionale la disposizione (aprendo la strada a un vuoto di tutela) oppure si sarebbe potuto fissare il limite edittale nel minimo previsto dal codice (giorni quindici *ex art.* 23), esponendo la disposizione così come risultante dalla declaratoria d'incostituzionalità a ulteriori censure sotto il profilo dell'enorme sproporzione tra minimo e massimo edittali³⁴.

La Corte sottolinea che i propri interventi sulla proporzionalità devono essere "a rime obbligate", non potendo il giudice delle leggi sostituirsi al legislatore nell'individuare la pena, ma dovendo semplicemente ricondurre a coerenza le norme prese in esame.

La figura di delitto assunta dunque come *tertium comparationis* è individuata dalla Corte in quella di cui al primo comma dell'art. 567 c.p., punita con la reclusione da tre a dieci anni, contro la reclusione da cinque a quindici anni del comma 2. E una volta evidenziato come il bene giuridico protetto in entrambi i casi – 1° e 2° comma – sia il medesimo (la veridicità e l'autenticità dello *status filiationis*) e come anche il disvalore di evento coincida (alterazione dello stato civile del neonato), si sottolinea che il pur diverso disvalore d'azione tra le due figure criminose rende tuttavia manifestamente irragionevole una così marcata differenza tra le rispettive cornici edittali.

La Corte conclude decretando che l'unica soluzione praticabile consiste perciò nel parificare il trattamento delle due fattispecie previste dall'art. 567, livellando le pene nella misura indicata dal 1° comma.

Nei termini e nei limiti indicati, la sentenza n. 236 del 2016 della Consulta delinea dunque un modello evoluto di valutazione della proporzionalità del trattamento sanzionatorio, che si concentra *direttamente* sulla sussistenza di un'eventuale irragionevolezza intrinseca alla cornice edittale della norma sospettata di incostituzionalità. Il termine comparativo – o *tertium comparationis* – peraltro non esce del tutto di scena, ma torna in sede di individuazione del nuovo parametro edittale cui sottoporre la norma censurata, a condizione che il disvalore espresso dalle condotte punite dalle norme a confronto non sia eccessivamente disomogeneo³⁵.

³³ VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit.

³⁴ MANES, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ VIGANÒ, *Un'importante pronuncia*, cit. Uno dei possibili problemi emergenti a seguito della sentenza n. 236 del 2016 riguarda la sorte dei giudicati di condanna emessi nel vigore dei precedenti (e più sfavorevoli) limiti edittali. Il problema sta nell'individuazione degli strumenti in possesso del giudice dell'esecuzione per revocare la pena illegittima. Senza riportare il complesso dibattito originato dal caso "Ercolano" (sulla rideterminazione della pena a seguito di declaratoria d'incostituzionalità della norma che, per le condanne emesse in sede di rito abbreviato, non consentiva l'applicazione della pena di anni trenta, bensì quella dell'ergastolo senza isolamento diurno, al posto dell'ergastolo con isolamento diurno) e dagli altri casi in cui si è posto il problema della rimozione degli effetti delle norme, diverse da quella incriminatrice, comunque incidenti sul trattamento

2.4. *La sussidiarietà*

A differenza dell'opinione secondo la quale la sussidiarietà costituirebbe un mero derivato dell'idea di proporzione³⁶, riteniamo, invece, che la prima costituisca un autonomo carattere del diritto penale, semmai più affine all'*extrema ratio*, benché correlata con la proporzione. La sussidiarietà comporta, infatti, un raffronto fra la tecnica di tutela offerta dal diritto penale in rapporto a un determinato interesse e le altre tecniche di tutela, nel senso che si dovrà optare per la protezione penale solo laddove non sia rintracciabile una tecnica alternativa di analoga efficacia³⁷. Questa costituisce, tuttavia, l'accezione «ristretta» della sussidiarietà, l'unica condivisibile, giacché ne è prospettabile anche una più «ampia», secondo cui sarebbe consentito al legislatore di introdurre fattispecie penali anche se sussistano soluzioni tecniche, non penali, meno invasive e parimenti efficaci. In tal modo, però, pur se si comprende come per il legislatore sia sicuramente più «appetibile» la seconda accezione della sussidiarietà, questa finisce per consolidare un eccesso di presenza del diritto penale.

In un certo senso affini ai caratteri testé analizzati sono poi, rispettivamente, la «meritevolezza» e il «bisogno di pena». Con il concetto di meritevolezza di pena si allude alla gravità dell'offesa arrecata all'interesse tutelato: un fatto è appunto meritevole di sanzione penale nella misura in cui l'offesa risulti intollerabile nel contesto sociale di riferimento. Mentre, con il bisogno di pena, ci si riferisce alle ragioni di opportunità e convenienza al ricorrere delle quali il legislatore subordina, in aggiunta al disvalore del fatto, la punibilità. Si pensi, ad esempio, alle soglie di punibilità previste nell'ambito del diritto penale tributario per taluni reati come la dichiarazione infedele dei redditi (art. 4 d.lgs. n. 74/2000). In tale contesto, la sanzione penale scatta solo al superamento di una determinata quantità di imposta evasa (mentre al di sotto della soglia si applica la sanzione amministrativa).

sanzionatorio, basti qui dire che il giudice dell'esecuzione non potrebbe avvalersi dell'art. 673 c.p.p., in quanto limitato alla sola dichiarazione d'incostituzionalità della norma penale incriminatrice, ma dovrebbe avvalersi dei poteri a lui riservati dall'art. 670 c.p.p. In generale, sulle problematiche connesse alle cd. "pene illegali", GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 65 ss. Da ultimo, si veda, peraltro, per un'applicazione ancor più netta del principio di proporzionalità della pena, Corte cost., sent. n. 46 del 2024, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 646 (Appropriazione indebita) c.p., nella parte in cui prevede la pena della reclusione «da due a cinque anni», anziché «fino a cinque anni».

³⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 5^a, Bologna, 2007, 29.

³⁷ SALCUNI, *La tutela penale delle finanze comunitarie. Controllo penale vs cogestione delle risorse pubbliche*, in *RIDPP*, 2004, 757 ss.; ID., *Rapsodiche indicazioni sulla tutela penale delle finanze pubbliche*, in MANNA (a cura di), *Materiali sulla riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione. La tutela dei beni collettivi: I delitti dei P.U. contro la P.A.*, Padova, 2007, 251 ss.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX