

DIRITTO PENALE E DIRITTI DELLA PERSONA^(*)

di Francesco Viganò^(**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritti come oggetti della tutela penale. – 2.1. Ripensare al ruolo della vittima nella teoria del reato. – 2.2. Obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. – 2.3. La giustificazione della lesione del diritto penalmente tutelato. – 2.4. Diritti della vittima, misura della pena e giustizia riparativa. – 3. Diritti come limiti alla tutela penale. – 3.1. Diritti dell'individuo e scelte di criminalizzazione: a) tutele formali. – 3.2. (Segue): b) tutele sostanziali. – 3.3. Diritti relativi all'an della responsabilità penale, e diritti relativi al quomodo e al quantum delle sanzioni. – 3.4. Diritti processuali. – 4. Conclusione.

1. Introduzione.

Nei manuali di diritto penale si parla poco di diritti.

Anzitutto, non si parla quasi mai di diritti quando si definisce l'*oggetto della tutela*. Il diritto penale, si legge sui manuali, tutela "beni giuridici": un concetto, peraltro, solidamente ancorato nella tradizione penalistica tedesca e in quelle ad esse tributarie, ma dai contorni piuttosto oscuri¹, tanto da risultare pressoché in traducibile in inglese o in francese.

Comunque sia, anche quando la legge penale vieta l'omicidio, le lesioni personali, o il sequestro di persona, l'interesse tutelato dovrebbe essere sempre inteso come un "bene giuridico": rispettivamente, la vita, l'integrità fisica, la libertà personale. Mai, o quasi mai, questi beni vengono chiamati con il nome di "diritti"²: denominazione che, pure, parrebbe a prima vista naturale, trattandosi di interessi individuali giuridicamente tutelati, come tali pacificamente riconosciuti come "diritti" della persona

^(*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da G. Mannozi, C. Perini, M.M. Scoletta, C. Sotis, S.B. Taverriti, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Giuffrè, 2022, pp. 845-874. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

^(**) Giudice della Corte costituzionale, già professore ordinario di Diritto penale nell'Università commerciale Luigi Bocconi. Le opinioni espresse in questo contributo impegnano esclusivamente l'Autore, e non riflettono necessariamente la posizione dell'Istituzione della quale è componente.

¹ Sul punto, cfr. il recente consuntivo critico di G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, 2014.

² Una rilevante eccezione è costituita, in particolare, da A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1985, pp. 443 ss., il quale tuttavia mirava essenzialmente a circoscrivere ai soli diritti umani i possibili oggetti della tutela penale, negando così legittimazione a incriminazioni che non si prefiggano di tutelare, almeno indirettamente, tali diritti. La tesi qui sostenuta, come si chiarirà più innanzi nel testo, non contesta la possibilità per il legislatore di incriminare anche condotte offensive di beni di natura schiettamente collettiva, non riconducibili ad altrettanti diritti della persona.

non solo dal diritto civile, ma anche dalla Costituzione e, a livello internazionale, dallo *human rights law*.

Ma anche quando si parla di *limiti al potere punitivo statale*, ben raramente si identificano tali limiti in altrettanti diritti individuali, di cui è titolare la persona la cui sfera giuridica è incisa dal potere punitivo statale. Anziché di diritti, nei manuali si tende a parlare, invece, di “principi”: di materialità, di legalità, di offensività, di colpevolezza, di personalità, proporzionalità, funzione rieducativa della pena, e via discorrendo. Dimenticando così che questi principi trovano la propria base legale in norme, costituzionali e internazionali, in gran parte formulate — appunto — quali *diritti fondamentali della persona*, o diritti “umani”: la cui funzione originaria è, per l’appunto, quella di limitare l’esercizio del potere statale in funzione della tutela di interessi dell’individuo, che non possono essere sacrificati (o comunque non possono essere integralmente sacrificati) in vista del perseguimento di interessi collettivi.

Paradossalmente, la dottrina penalistica tradizionale tende a parlare di “diritto” in senso soggettivo soltanto con riferimento al potere punitivo dello Stato, indicato per l’appunto come *ius puniendi*: quasi che tale potere sia ancora spiegabile, anche nello Stato costituzionale contemporaneo, come una prerogativa sovrana sull’individuo, e non già come un *munus* al servizio dei consociati.

La ragione dell’emarginazione dei “diritti” delle persone dall’orizzonte del diritto penale è presto detta. Dal lato dell’*oggetto della tutela*, il riferimento al “bene giuridico” anziché al diritto soggettivo — anche rispetto alla tutela degli interessi “nucleari” della persona, come la vita o l’integrità fisica — è coerente con un approccio ideologico che vede coinvolti nel reato — in *ogni reato* — anzitutto gli interessi della comunità e dello Stato, e solo in via eventuale, mediata e indiretta gli interessi del titolare del bene (processualmente: la “persona offesa” dal reato)³. Dal lato dei *limiti della tutela*, parlare di “principi” significa, parimenti, porre in primo piano l’interesse dell’ordinamento al rispetto di tali principi, relegando in secondo piano l’interesse della persona sul quale la potestà punitiva va in concreto a incidere.

Tutto ciò conduce a una singolare forma di strabismo, in forza della quale la naturale dialettica lisztiana intrinseca al diritto penale tra politica criminale e limiti garantistici, espressa dalla notissima immagine della spada a doppio taglio, assume le vesti di una dialettica tra interessi tutti di natura pubblicistica, e pertanto “collettivi”: protezione dei beni giuridici, concepiti in funzione dell’interesse alla loro conservazione in capo alla comunità organizzata nello Stato, *versus* rispetto di principi ritenuti coesenziali allo Stato di diritto e alla democrazia. Ciò che conduce, da un lato, a perdere del tutto di vista l’elementare dimensione *intersoggettiva* posseduta quanto meno dai reati “nucleari” — da quei reati, cioè, che esistono in ogni ordinamento penale e in ogni epoca storica —, originati da una *interazione illecita*, e spesso traumatica, *tra l’autore e la*

³Lapidario, in proposito, il manuale di Antolisei, sul quale si sono formati nella seconda metà del secolo scorso generazioni di penalisti italiani: « Il diritto penale fa parte del diritto pubblico interno. I beni che esso protegge, infatti, quando anche sono di pertinenza diretta degli individui (la vita, la libertà, la pudicizia, l’onore, ecc.) *vengono sempre tutelati in vista di un interesse pubblico*” (corsivo aggiunto) (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16^a ed., 2003, p. 13).

vittima della condotta vietata; e, dall'altro, a non riflettere *funditus* sull'incidenza della potestà punitiva — dal momento della posizione della norma incriminatrice sino a quella dell'esecuzione della pena — sulla sfera giuridica dell'individuo sulla quale la potestà punitiva dispiega i propri effetti, comprimendone i diritti fondamentali.

Il senso di questo piccolo contributo, dedicato a un maestro del diritto penale italiano da sempre impegnato nella ricerca delle ragioni del punire e dei limiti ai quali la potestà punitiva soggiace nello Stato costituzionale di diritto, è — allora — quello di (ri)accendere una fiammella sulle *persone*, in carne ed ossa, che del reato, del processo e della pena sono le reali protagoniste: la vittima e l'autore. Con lo scopo di riportare in primo piano, per una volta, i loro confliggenti *diritti*, anziché gli interessi della comunità e dello Stato⁴.

2. Diritti come oggetti della tutela penale.

Cominciamo, allora, dal lato dell'*oggetto della tutela*.

La concezione del reato come lesione di un diritto, com'è ampiamente noto, risale quanto meno alla riflessione illuministica. Un notissimo passo del Manuale di Anselm von Feuerbach definiva per l'appunto il reato come « azione che contraddice un diritto altrui ed è vietata dalla legge penale »⁵; e ancora in pieno ottocento Carrara gli faceva eco, individuando l'« essenza del reato » nella « violazione di un diritto protetto dalla legge penale »⁶.

Evidentemente, però, una simile concezione mal si prestava ad abbracciare *tutti* i possibili oggetti di tutela del diritto penale. Vero è che Feuerbach si era affrettato a distinguere, nell'ambito dei reati, quelli di cui sono titolari i sudditi, da quelli di cui è titolare lo Stato stesso⁷; e che lo stesso Carrara aveva parimenti tenuto ferma la differenza tra i delitti lesivi di un « diritto particolare », e dunque pertinente a un individuo determinato, e quelli che offendono, invece, un « diritto universale », di cui è titolare la società o l'autorità che la rappresenta⁸. E tuttavia simili precisazioni, finalizzate ad abbracciare tutti i possibili oggetti di tutela penale entro una nozione unitaria, finivano fatalmente per rendere artificiosa l'intera concezione, risultando assai arduo individuare un "diritto" statale o collettivo leso, ad esempio, dai delitti contro la fede pubblica o la religione, distinto dalla mera pretesa all'obbedienza delle stesse leggi penali.

La concezione del reato come lesione di un diritto soggettivo finì, così, per essere superata dalla teorica del bene giuridico, attribuita a un celeberrimo saggio di Birnbaum del 1834⁹ e destinata a divenire dominante nella dottrina penalistica sino ai giorni nostri,

⁶F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, rist. a cura di F. Bricola e M. Nobili, 1993, § 150.

⁷P.J.A. FEUERBACH, *op. cit.*, § 23.

⁸F. CARRARA, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁹Sul punto, cfr. ancora G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 434.

non riuscendo seriamente scalfita neppure dalla — notoria — difficoltà di definire lo stesso concetto chiave di bene giuridico.

Non solo. Il celebre studio di Arturo Rocco del 1913 sull'oggetto del reato — un saggio che, a dispetto di tutte le critiche, esercitò un'influenza profonda sulla dottrina penalistica italiana lungo tutto il Novecento — criticò frontalmente la concezione che ravvisava nel diritto soggettivo (individuale o collettivo) l'oggetto della tutela penale. Anche nei casi in cui la norma incriminatrice protegge l'interesse giuridico di un singolo cittadino, tutelato da altre norme dell'ordinamento in quanto diritto soggettivo, tale interesse verrebbe in considerazione dal punto di vista del diritto penale soltanto come "bene", e non — appunto — come diritto, non essendo riconosciuto al suo titolare alcun « potere giuridico di volere e di agire » per la soddisfazione del proprio interesse a quel bene¹⁰; potere giuridico che spetta invece unicamente allo Stato, titolare esclusivo di quello che Rocco definisce il « diritto subiettivo pubblico » a che sia prestata obbedienza ai precetti penali¹¹. Proprio in ciò consisterebbe, d'altronde, la differenza tra l'illecito civile e il reato: il primo si esaurirebbe nella violazione di un diritto soggettivo del danneggiato, mentre nel secondo l'offesa al bene individuale integrerebbe soltanto il *danno immediato* prodotto dalla condotta illecita¹², la quale costituirebbe reato soltanto in ragione della sua dimensione lesiva di una serie di altri interessi di carattere schiettamente pubblicistico: interessi che l'autore con grande intelligenza analitica identifica *a)* nell'interesse dello Stato alla tutela del bene immediatamente leso dall'azione criminosa¹³, *b)* nell'ulteriore interesse sociale a contrastare i pericoli cagionati *oggettivamente* dalla azione medesima — *sub specie* di pericoli: di nuove condotte criminose da parte del reo, reso spavaldo dal sentimento della propria impunità per il reato appena commesso; di reazioni vendicative da parte della vittima e dei suoi familiari, con conseguente turbamento alla pace sociale; di nuovi reati da parte di terzi soggetti, incoraggiati dal cattivo esempio fornito dal reo¹⁴ —, nonché *c)* nell'interesse a placare l'« emozione » collettiva, e dunque l'allarme sociale, provocato dalla *percezione* del reato¹⁵.

Benissimo, si può però obiettare: tutti questi argomenti spiegheranno pure perché il legislatore abbia ritenuto di prevedere l'intervento del diritto penale in risposta a una determinata tipologia di condotte; ma non escludono affatto che, quando la condotta offenda primariamente l'interesse che l'individuo nutra alla conservazione di un certo bene (la propria vita, integrità fisica, libertà di movimento patrimonio, etc.), questo bene possa essere identificato *sic et simpliciter* con il corrispondente diritto soggettivo; e che, dunque, lo stesso diritto soggettivo possa essere considerato come l'oggetto di tutela immediato, primario, della norma penale, che interviene così ad apprestarne una tutela *ulteriore* a quella già apprestata dal diritto civile.

¹⁰ART. ROCCO, *L'oggetto del reato*, 1913, p. 575 s.

¹¹ART. ROCCO, *op. cit.*, p. 428.

¹²ART. ROCCO, *op. cit.*, pp. 316 ss.

¹³ART. ROCCO, *op. cit.*, pp. 387 ss.

¹⁴ART. ROCCO, *op. cit.*, pp. 392 ss.

¹⁵ART. ROCCO, *op. cit.*, pp. 402 ss.

Non ogni reato, ovviamente, *lede* un diritto soggettivo — certamente ciò non accade rispetto ai reati che offendono interessi collettivi, o che apprestano una tutela anticipata agli stessi diritti individuali, attraverso l’incriminazione di atti preparatori o comunque di condotte meramente pericolose per i diritti di una pluralità di persone, ancora non individuate né individuabili come vittime specifiche della condotta, come accade nei reati contro la pubblica incolumità. Ma allorché il reato in concreto offenda un interesse giuridicamente tutelato di una persona specifica, nulla vieta — ripeto — di considerare quel reato come lesione del suo diritto soggettivo. Il concetto di “bene giuridico” potrà, allora, conservarsi come *concetto di genere*, idoneo a ricomprendere tutti i pensabili oggetti di tutela della norma penale; ma il diritto soggettivo della vittima ben potrà costituirne una *species* dotata di caratteristiche autonome, e chiaramente individuabili.

Riconoscere nel reato che offende un interesse individuale un’aggressione al corrispondente *diritto della vittima* non ha d’altronde rilevanza solo teorica, ma comporta una serie di conseguenze pratiche, sulle quali credo non sia inutile abbozzare qualche riflessione.

2.1. Ripensare al ruolo della vittima nella teoria del reato.

Laddove il reato offenda una vittima individuale, ravvisare in esso una lesione del diritto soggettivo di quest’ultima serve, anzitutto, a evidenziare come il reato consista qui in un accadimento che provoca una *ferita* nella relazione tra autore e vittima, che reclama di essere ricomposta anzitutto sul piano *intersoggettivo*.

La storia del diritto penale è caratterizzata, in verità, da una progressiva emarginazione della vittima, che da protagonista della reazione punitiva — come avveniva nelle epoche arcaiche — diviene spettatrice, spesso meramente passiva, di una giustizia che viene amministrata, in nome della società costituita nello Stato, da parte del giudice, su impulso del pubblico ministero. Ma un simile schema è, oggi, sempre più apertamente messo in discussione — e, a mio avviso, a ragione, nonostante le abituali critiche sollevate dalla dottrina penalistica.

Nei reati a vittima individuale, la giustificazione della pena si fonda a mio avviso essenzialmente sul *danno* che la condotta dell’autore ha cagionato *a quella vittima*. La reazione punitiva, applicata in esito ad un processo in cui è stata ascritta all’autore la responsabilità di ciò che è accaduto, è al fondo un tentativo — magari rozzo e idealmente sostituibile con altri più idonei allo scopo, come dirò tra un attimo — per ricomporre quella frattura intersoggettiva, venendo incontro all’istintivo, ma psicologicamente prepotente, bisogno di giustizia della vittima. In questi reati, è anzitutto la vittima che reclama la reazione dell’ordinamento; e una denegata giustizia — l’impunità dell’autore — sarebbe fatalmente destinata a essere da lei percepita come una ingiustizia ulteriore a quella già subita ad opera dell’autore della condotta criminosa.

Ciò non esclude che, anche nei reati a vittima individuale, la società nel suo complesso avverta essa pure, nel suo complesso, un bisogno di punizione. La commissione di un reato produce sempre nei consociati, con maggiore o minore

intensità, quello che Carrara chiamava un « danno mediato », rappresentato dalla sensazione di insicurezza determinata dalla percezione della ingiusta aggressione altrui a danno di un consociato determinato; sensazione di insicurezza che la pena è, appunto, funzionale a contrastare, mediante la solenne riaffermazione della perdurante effettività della legge violata. E, ancora, è del tutto verosimile che la commissione di un reato non seguito da alcuna reazione da parte dell'ordinamento produca quei pericoli di ripetizione della condotta criminosa su cui poneva l'accento Arturo Rocco, nei passi poc'anzi ricordati.

Ma è davvero uno strano ribaltamento di prospettiva quello che conduce tanta parte della dottrina penalistica contemporanea, in Italia e all'estero, a ravvisare nell'interesse *dell'ordinamento, della società* o — direttamente — *dello Stato* la ragione principale della necessità di infliggere la pena all'autore, anche di questa tipologia di reati. Una tale visione perde clamorosamente di vista *l'interesse primario della vittima* a che sia fatta giustizia nella vicenda che l'ha vista come diretta protagonista: una vicenda che le ha cagionato non già un generico turbamento, ma una sofferenza concreta, esistenzialmente pregnante, di intensità più o meno marcata a seconda della gravità dell'aggressione subita al proprio diritto.

L'accento sugli interessi pubblici sottesi alle scelte di criminalizzazione ha condotto in passato a ravvisare nel diritto penale un *instrumentum regni* funzionale alla tutela primaria di interessi collettivi; e ha condotto, parallelamente a guardare all'interesse del singolo titolare del bene immediatamente offeso dal reato come a un interesse accessorio, tutelato in via meramente riflessa dal diritto penale. Il che appare assai poco compatibile, a tacer d'altro, con la considerazione che la gran parte dei beni individuali tutelati dal diritto penale costituiscono oggetto non solo di diritti riconosciuti come tali dalla legge ordinaria, ma anche e prima ancora di diritti fondati direttamente sulla Costituzione, e dunque aventi il rango di diritti "fondamentali" della persona, laddove almeno si muova dal presupposto — del tutto ovvio presso la dottrina costituzionalistica tedesca — secondo cui "fondamentali" sono tutti i diritti sanciti dalla Costituzione¹⁶. Tali diritti vengono qui in considerazione nella loro proiezione "orizzontale", discendente dalla loro *Drittwirkung*¹⁷; e ciò fatti salvi, naturalmente, i casi in cui il reato sia commesso da un funzionario pubblico, nei quali il diritto fondamentale viene, invece, in considerazione nella sua primigenia dimensione "verticale", caratteristica del rapporto tra autorità pubblica e individuo.

¹⁶La scelta terminologica compiuta in questo testo è dunque modellata sulla distinzione — pacifica, ripeto, presso la dottrina tedesca — tra diritti "fondamentali" (*Grundrechte*) — caratterizzati dal loro essere fondati sulla Legge fondamentale (*Grundgesetz*) e dunque dal loro rango superprimario — e diritti "umani" (*Menschenrechte*) — caratterizzati dal loro essere fondati sulle carte internazionali che riconoscono i diritti dell'uomo (o *human rights*). Gli uni e gli altri, peraltro, hanno sostanzialmente i medesimi oggetti; ma diversa ne è la forza giuridica all'interno dei diversi ordinamenti. Su altre possibili classificazioni — in prospettiva nazionale — tra diritti inviolabili, diritti fondamentali, diritti umani, diritti della persona e diritti della personalità, cfr. *ex multis* la perspicua analisi di E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir., Annali*, VII, 2014, pp. 355 ss.

¹⁷Sulla cui storia, e sulla cui rilevanza per il diritto civile, cfr. ancora E. NAVARRETTA, *op. cit.*, pp. 344 ss. nonché, *amplius*, ID., *Costituzione, Europa e diritto privato*, 2017, *op. cit.*, pp. 19 ss.

Proprio la natura “fondamentale” della quasi totalità dei diritti individuali tutelati dalle norme incriminatrici rende evidente come, nell’attuale ordinamento costituzionale, la loro tutela penale non possa più giustificarsi in nome di interessi pubblici pertinenti alla collettività o allo Stato stesso, come riteneva Arturo Rocco più di cent’anni or sono; ma debba concepirsi, primariamente, in funzione dell’interesse della persona che ne è titolare. E il *surplus* di tutela rispetto a quello assicurato dal diritto civile deve trovare la propria spiegazione nella necessità di assicurarne una protezione più efficace al loro stesso titolare, a fronte della verosimile insufficienza di strumenti alternativi.

Di ciò è ben consapevole, del resto, anche autorevole dottrina tedesca contemporanea, la quale da tempo ormai adotta un concetto “personale” di bene giuridico, costruito — anche per quanto riguarda i beni giuridici di carattere collettivo — in funzione della tutela degli *interessi della persona e dei suoi diritti fondamentali*, piuttosto che di interessi riconducibili alla comunità organizzata nello Stato. Emblematica, in proposito, la definizione di bene giuridico proposta nel manuale di Claus Roxin, secondo cui sono tali tutte le « realtà » (*Gegebenheiten*) e le « posizioni di scopo » (*Zwecksetzungen*) necessarie al libero sviluppo della persona, alla realizzazione dei suoi diritti fondamentali e al funzionamento di un sistema statale fondato su questi stessi scopi¹⁸. Ma una tale definizione esita, ancora, a compiere il passo logicamente successivo, e a individuare *direttamente* nei diritti soggettivi della persona, e in particolare nei suoi diritti fondamentali, i beni giuridici di carattere individuale tutelati dal diritto penale: un passo che, pure, non osterebbe affatto alla possibilità di riconoscere, *accanto* ai diritti fondamentali della persona, *altri* beni giuridici suscettibili di essere tutelati dal diritto penale, nel contesto di un ordinamento costituzionale che pone al centro le persone, e che concepisce le stesse istituzioni statali non come fine in sé, ma come strumento per l’armonica realizzazione dei diritti e dei bisogni dei consociati.

La restituzione, nella teoria del diritto penale, di un ruolo centrale al *diritto soggettivo* tutelato non può, d’altra parte, che andare di pari passo con la valorizzazione del suo titolare — la *vittima* del reato — anche sul terreno del *processo penale*. Lì, in verità, la vittima fatica ancora a trovare una propria specifica collocazione nella dialettica — tradizionalmente concepita come duale — tra pubblica accusa e difesa. Eppure, l’esperienza insegna che le vittime hanno uno spiccato interesse a partecipare attivamente ai processi sui fatti di reato che le coinvolgono; un interesse che trascende di molto quello, di matrice puramente civilistica, al risarcimento del danno e alle restituzioni, e che solo può spiegarsi tenendo conto del dato esperienziale della necessità di sanare la ferita provocata dal reato nella propria esistenza. Necessità quest’ultima della quale il sistema processuale penale comincia solo in tempi recenti a farsi, finalmente, carico, riconoscendo alla vittima spazi sempre più ampi di intervento nel procedimento e nel processo.

¹⁸C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5^a ed., 2020, p. 26.

2.2. *Obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali.*

Riconoscere nel diritto soggettivo della vittima l'oggetto di tutela dei reati contro beni individuali — e riconoscere che in molti casi si tratta addirittura di un diritto di rango costituzionale e/o sancito dalle carte internazionali dei diritti — comporta conseguenze importanti anche rispetto alla discrezionalità del legislatore nel decidere *se* incriminare le condotte aggressive del diritto, e *quale pena* prevedere per le condotte medesime.

La dottrina italiana ampiamente maggioritaria nega l'esistenza di obblighi di incriminazione rispetto ai beni giuridici tutelati dalla Costituzione¹⁹, con la sola eccezione della violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, che l'art. 13, quarto comma, della Costituzione prescrive sia "punita"²⁰. L'idea di fondo è che le decisioni sulla meritevolezza e necessità di pena sarebbero riservate in via esclusiva al legislatore democraticamente legittimato, il quale ben potrebbe privilegiare strumenti alternativi rispetto al diritto penale nell'adempiere i propri doveri costituzionali di tutela dei beni. Ma nel diritto internazionale — e nello stesso diritto dell'Unione europea — gli obblighi di incriminazione, espressi o impliciti, si sono moltiplicati negli ultimi decenni, specialmente rispetto a condotte aggressive dei diritti umani più "nucleari": il diritto alla vita, a non essere sottoposto a tortura, schiavitù o lavori forzati, alla libertà personale, alla libertà sessuale, e così via. E tali obblighi vincolano anche il legislatore italiano, in forza dell'art. 117, primo comma Cost. e — per ciò che concerne il diritto dell'Unione europea — dell'art. 11 Cost.²¹.

Così, il diritto penale internazionale si fonda — quanto meno implicitamente — sulla parola d'ordine della *lotta contro l'impunità* di condotte che sono proscritte, in primo luogo, per la loro carica lesiva di tali diritti basilari della persona, i quali debbono essere tutelati tanto in tempo di guerra quanto, *a fortiori*, in tempo di pace²². Analogamente, strumenti pattizi internazionali o dell'Unione impongono espressamente ai legislatori nazionali obblighi di tutela di questi diritti anche in contesti "ordinari", non abbracciati dal diritto penale internazionale²³. Infine, obblighi di criminalizzazione sono stati

¹⁹Sul tema, cfr. l'ormai classico saggio di D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss. Cfr. anche l'ampia analisi, in proposito, di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, pp. 506 ss.

²⁰Eccezione su cui pongono l'accento, tra gli altri, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 501.

²¹Così, giustamente, M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, in C. F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1^a ed., 2013, p. 70 s.

²²Nel preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale si legge infatti che « i delitti più gravi che riguardano la comunità internazionale non possono rimanere impuniti », e che gli Stati parte sono « determinati a porre termine all'impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini »; e ancora che « è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali ».

²³Si pensi, in via meramente esemplificativa alle convenzioni ONU contro il genocidio del 1948 e contro la schiavitù contro la tortura del 1984, ovvero al Protocollo facoltativo della Convenzione sui diritti del fanciullo riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile del 2000 e alla

parallelamente enucleati, ciascuna nel proprio ambito regionale, dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo e dalla Corte EDU.

A questi ultimi obblighi ho dedicato, ormai più di un decennio fa, uno studio *ad hoc*²⁴, al quale non posso qui che rinviare, limitandomi a rammentare la prospettiva fondamentale che ne è alla base: dall'obbligo a carico dello Stato firmatario di assicurare il rispetto dei diritti umani — obbligo affermato in via generale dall'art. 1 di entrambe le convenzioni — deriva non solo un *divieto*, a carico degli agenti statali, di realizzare condotte direttamente lesive dei singoli diritti (ad esempio, esecuzioni extra-giudiziali o arresti arbitrari, torture o violenze da parte di pubblici ufficiali, e così via), ma anche un *dovere* di porre in essere quelle condotte positive che risultino indispensabili per assicurare una tutela effettiva di quei diritti, contro aggressioni provenienti da parte di agenti statali così come da parte di qualsiasi consociato — e dunque anche nell'ambito dei rapporti orizzontali tra questi ultimi. Un tale obbligo generale, inquadrato da una parte della dottrina nella categoria della cosiddetta *Drittwirkung* impropria²⁵, si declina più propriamente in obblighi di *prevenzione* di condotte aggressive del diritto e di *reazione* contro aggressioni già verificatesi: obblighi, questi ultimi, il cui adempimento puntuale è ritenuto indispensabile per segnalare la determinazione dell'ordinamento a contrastare efficacemente simili attacchi, e assieme per rassicurare le vittime reali dell'aggressione e la generalità dei consociati sull'assenza di qualsiasi connivenza delle autorità statali con gli autori dell'aggressione. E rispetto almeno ai *più fondamentali* tra i diritti umani — primi fra tutti, la vita, il diritto a non essere sottoposti a torture o alle moderne forme di schiavitù o di tratta, la libertà e integrità sessuale — tali doveri di prevenzione e di reazione non possono che attuarsi mediante l'intervento del diritto penale.

Le giurisprudenze di San José e di Strasburgo non si accontentano, peraltro, della *criminalizzazione* delle condotte aggressive ad opera del legislatore (e della mancata previsione di cause di giustificazione in grado di garantire l'impunità ai loro autori); ma richiedono altresì che, ogniqualvolta si verifichi una di tali aggressioni, l'ordinamento azioni nel caso concreto i propri strumenti penalistici, attivando *indagini* idonee a condurre all'accertamento del fatto e alla individuazione dei sospetti responsabili, promuovendo l'*azione penale* nei confronti di questi ultimi, e — nell'ipotesi in cui ne sia stata accertata la responsabilità, in esito a un processo rispettoso delle garanzie convenzionali — applicando una *pena* proporzionata alla gravità dell'aggressione da essi compiuta. E quelle stesse giurisprudenze ravvisano, conseguentemente, altrettante violazioni degli obblighi convenzionali ogniqualvolta l'applicazione della sanzione

Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto contro la violenza sulle donne e la violenza domestica del 2011: strumenti internazionali stabili, tutti, espliciti obblighi di incriminazione a carico degli Stati parte.

²⁴F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, 2011, pp. 2645 ss., cui rinvio anche per i necessari rif. dottr. e giur.

²⁵Così E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., p. 148. Utilizzano invece, in questo contesto, l'espressione "*Drittwirkung* mediata" C. GRABENWARTER-K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, VII, 2021, p. 167.

penale sia esclusa dal verificarsi di cause estintive del reato o della pena (come la prescrizione, l'amnistia o la grazia).

La dottrina italiana si è espressa, sinora, in termini assai cauti nei confronti di simili prospettive²⁶, nel timore che possano assecondare una spinta al generale inasprimento delle sanzioni e ad una incontrollata espansione dell'area del penalmente rilevante, sottraendo la valutazione sull'*an* e sul *quantum* della pena al legislatore, al quale spetterebbe invece il monopolio esclusivo delle scelte di incriminazione. Queste preoccupazioni trascurano, però, di considerare che l'enucleazione di obblighi di tutela penale dei diritti umani muovono da una — tutt'altro che peregrina — valorizzazione della dimensione di *effettività* del dovere, a carico dello Stato, di assicurare ai propri consociati il pacifico godimento di quei diritti alla cui protezione lo Stato è funzionale, i quali costituiscono anzi — dalla riflessione hobbesiana in poi — la sua stessa ragion d'essere. Questi diritti esigono di essere tutelati da parte dello Stato tanto contro le aggressioni provenienti dalle stesse istituzioni statali, così come quelle provenienti da altri soggetti privati; e reclamano di essere tutelati mediante lo specifico strumento del diritto penale per almeno due essenziali ragioni.

Da un lato, perché la criminalizzazione della condotta è l'essenziale presupposto perché le autorità statali (di polizia e del pubblico ministero) possano effettuare indagini idonee ad accertare i fatti e le relative responsabilità, senza le quali ogni forma di tutela alternativa a quella penale rischierebbe di risultare del tutto ineffettiva (contro chi potrebbe essere iniziata un'azione risarcitoria da parte di una vittima di tortura, in assenza di un'indagine penale che, anche grazie agli strumenti coercitivi di indagine di cui dispone la forza pubblica, ne abbia identificato gli autori?)²⁷.

Dall'altro, perché la risposta pubblica assicurata dal processo, e dalla solenne affermazione di responsabilità che consegue a una sentenza di condanna, è da sempre considerata dalla società come lo strumento principe per ricomporre il *vulnus* provocato dal reato alla vittima, e assieme a rassicurare la collettività dell'impegno dell'ordinamento a tutelare efficacemente i diritti fondamentali di tutti i consociati²⁸. Sì che strategie alternative rispetto alla pena per ricomporre quel *vulnus*, pure possibili e auspicabili — e sul punto tornerò tra qualche istante —, dovranno in linea di principio coinvolgere *anche* la vittima del reato, la quale resta titolare di un diritto a una *risposta* da parte dell'ordinamento al torto subito (torto che segnala, d'altra parte, il parziale fallimento dello Stato nell'adempimento del proprio compito primario di tutela dei consociati contro le aggressioni altrui).

Se, poi, simili obblighi di tutela penale possano radicarsi, oltre che nel diritto internazionale dei diritti umani, anche nelle norme della Costituzione italiana diverse dagli artt. 11 e 117, primo comma, non è ancora stato chiarito in modo puntuale dalla Corte costituzionale, la quale ha però in talune occasioni affermato l'esistenza di un dovere in capo all'ordinamento di tutelare i diritti inviolabili della persona anche nei

²⁶Così, ad esempio, G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 116.

²⁷F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 2688 ss.

²⁸F. VIGANÒ, *op. cit.*, pp. 2692 ss.

rapporti interprivati²⁹, nei termini — cui poc'anzi si accennava — di una loro *Drittwirkung* impropria (e cioè necessariamente mediata da un dovere statale di protezione); dovere che, in taluni casi specifici, potrebbe ritenersi richiedere necessariamente l'adozione di strumenti di natura penale, onde garantire un'efficace protezione del bene medesimo.

2.3. *La giustificazione della lesione del diritto penalmente tutelato.*

L'identificazione *tout court* dell'oggetto di tutela penale nei delitti a vittima individuale nel suo *diritto soggettivo* — e nella generalità dei casi, di un suo diritto riconosciuto, al contempo, dalla Costituzione e dallo *human rights law* — comporta, verosimilmente, conseguenze significative anche sul terreno delle condizioni per l'elisione dell'*antigiuridicità* del reato, che ancora attendono di essere messe in luce ed elaborate dalla dottrina penalistica.

Un primo tema di riflessione concerne il consenso dell'offeso. Identificare l'oggetto della tutela nel diritto soggettivo tutelato dalla norma permette probabilmente di concludere non già che il consenso dell'offeso faccia venir meno l'interesse statale alla repressione, e nemmeno che l'ordinamento faccia qui prevalere — in un'ottica di bilanciamento — il bene dell'autodeterminazione individuale sulla propria sfera giuridica sulle ragioni di tutela del bene dal punto di vista dell'ordinamento; bensì, più in radice, che non vi è di regola *alcuna lesione del diritto* tutelato, quando il suo titolare acconsente al compimento della condotta da parte di un terzo. Tale condotta costituisce anzi, in queste ipotesi, un modo di esercizio del diritto in questione da parte del suo titolare, sicché il fatto ben potrebbe essere considerato carente di tipicità penale, senza che neppure si debba porre il tema di una sua "giustificazione"³⁰.

Di una lesione del diritto si dovrebbe, invece, continuare a parlare allorché la vittima non abbia la capacità di consentire — essendo in tal caso il legale rappresentante l'unico legittimato a prestare il consenso —, ovvero il consenso non sia valido per la presenza di un vizio della volontà, o ancora l'ordinamento ritenga di escludere che il titolare possa

²⁹Si vedano, recentemente, le sentenze 15 febbraio 2022, n. 50 (che ha affermato il dovere dell'ordinamento di apprestare una tutela minima alla vita umana, riconducibile al novero dei diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*, con conseguente inammissibilità di un referendum abrogativo di una legge penale la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di tale tutela minima) e 27 gennaio 2022, n. 22 (cfr. in particolare il punto 5.4. del *Considerato in diritto*: il « diffuso e significativo ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti [di assegnazione a una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza] comporta un difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l'ordinamento ha il dovere di prevenire »).

³⁰Su questa tesi — sostenuta oggi, nella dottrina tedesca, in particolare da C. ROXIN-L. GRECO, *op. cit.*, pp. 646 ss., seppur all'interno di una prospettiva che continua a ravvisare nel bene giuridico, e non nel diritto soggettivo, l'interesse tutelato dalle norme incriminatrici poste a tutela di interessi individuali — cfr. le perspicue pagine di F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 1995, pp. 26 ss., e ivi ampi rif. bibl.

disporre del suo diritto in maniera da tutelarlo contro conseguenze potenzialmente irreversibili della propria decisione, preservando così la sua libertà di determinarsi liberamente in ordine al diritto stesso anche per il futuro³¹. Situazioni, tutte, ben note del resto anche al diritto civile, che pure rappresenta il luogo privilegiato della tutela dei diritti.

Quanto alle altre cause scriminanti, mi parrebbe sostenibile in via generale che, ogniquale volta il fatto di reato incida nell'ambito di applicazione di un diritto fondamentale della vittima, esso possa ritenersi giustificato solo in presenza delle condizioni cui sono subordinate, in base al diritto costituzionale e al diritto dei diritti umani, le *legittime interferenze con quel diritto fondamentale*: condizioni che vigono, di regola, anche nei rapporti "orizzontali" tra gli individui. E dunque, in tanto la lesione di quel diritto fondamentale potrà ritenersi (anche penalmente) *giustificata*, e dunque sarà *lecita*, in quanto essa sia *espressamente autorizzata* da una legge, rispettosa delle condizioni sostanziali e procedurali alle quali il diritto può essere in via generale limitato, e in ogni caso in conformità al principio di proporzionalità.

Quanto precede è probabilmente ovvio rispetto ai casi in cui nella situazione concreta si confrontano due diritti fondamentali, uno dei quali tutelato da una norma penale: un fatto di diffamazione, lesivo del diritto costituzionale all'onore della vittima, può essere giustificato soltanto in presenza delle condizioni che determinano la prevalenza nel caso concreto, alla luce del generale criterio di proporzionalità, del contrapposto diritto costituzionale alla libertà di espressione dell'agente.

In altri contesti, l'affermazione precedente è, forse, meno ovvia.

L'uccisione di una persona, e dunque la soppressione del suo diritto fondamentale alla vita, dovrà essere sempre considerata illegittima anche nei rapporti interprivati, salvo che nei casi in cui tale uccisione può essere considerata lecita in base alla Costituzione e al diritto internazionale, con particolare riguardo — qui — ai criteri di legittimazione enunciati dall'art. 2 CEDU così come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo e dalle fonti internazionali relative, comprese quelle di *soft law*. Onde le norme scriminanti che usualmente si invocano in questi casi — in particolare, gli artt. 52 e 53 c.p. — dovranno esse stesse essere interpretate in conformità di quelle norme internazionali, in modo da garantire che i confini della giustificazione dal punto di vista del diritto penale non oltrepassino quelli consentiti dalle fonti poste a tutela del diritto alla vita nell'ordinamento costituzionale e in quello sovranazionale³².

³¹Spiegano *esclusivamente* in questa chiave — espressamente ricondotta al paradigma del *soft paternalism* elaborato da Joel Feinberg — i limiti alla disponibilità del bene individuale in presenza di consenso del suo titolare anche C. ROXIN-L. GRECO, *op. cit.*, pp. 665 ss. Gli autori, in parziale revisione della tesi espressa in passato dallo stesso Roxin, respingono oggi le spiegazioni dell'indisponibilità (totale o parziale) del bene individuale che assumono l'esistenza di un *interesse pubblico* alla sua conservazione, dal momento che tali prospettive finirebbero per strumentalizzare la persona del titolare in vista del perseguimento di interessi collettivi.

³²Cfr., anche per i rif. bibl. su questo profilo, F. VIGANÒ, sub *art. 52*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini e Gatta, 5^a ed., 2021, n. 86 e 95, nonché, ampiamente, G. RIPAMONTI, sub *art. 53*, *ibidem*, n. 50 ss.

Ad analoghe conclusioni si dovrà pervenire, verosimilmente, rispetto allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. La dominante lettura della scriminante come causa di giustificazione che elide l'antigiuridicità oggettiva del fatto si fonda sull'idea che, alla base delle situazioni di necessità, stia un conflitto tra *beni giuridici* (quello tutelato dalla norma incriminatrice e quello che l'azione necessitata mira a salvaguardare); conflitto che dovrebbe essere risolto determinando quale tra i beni in gioco sia più importante agli occhi dell'ordinamento: con conseguente liceità dell'azione ove tuteli il bene più importante, ovvero tuteli uno dei due beni allorché essi abbiano importanza equivalente. Una simile concezione guarda, dunque, ai beni come altrettanti oggetti dell'interesse collettivo, trascurando completamente la loro possibile dimensione di "diritti" individuali³³. Dimensione che assume invece, in uno Stato costituzionale vincolato, altresì, al rispetto dello *human rights law* internazionale, un significato tutto particolare, allorché — come di regola accade — il diritto della cui lesione si discute, in situazioni di necessità, è un diritto fondamentale della persona, comprimibile solo alle condizioni stabilite dalla Costituzione e dalle carte internazionali dei diritti vincolanti per l'ordinamento italiano. E ciò nei rapporti verticali tra Stato e consociato, così come nelle relazioni orizzontali tra i singoli consociati, in forza appunto della *Drittwirkung* — propria o impropria — dei diritti fondamentali stessi.

Pensiamo alle situazioni nelle quali, nel nostro paese, è stata più discussa negli scorsi decenni la possibile applicazione dello stato di necessità: l'alimentazione coattiva di detenuti in sciopero della fame, l'emotrasfusione coatta a pazienti che si oppongono a tale intervento per ragioni religiose, l'impedimento fisico a lasciare una comunità di recupero per tossicodipendenti nel corso del trattamento di disintossicazione, l'uso di violenza fisica contro persone arrestate per ottenere informazioni rilevanti nel contrasto ad organizzazioni terroristiche³⁴.

Nei primi due casi, l'intervento medico necessario a salvare la vita del paziente incide direttamente non solo — genericamente — sul diritto alla "libertà morale" di quest'ultimo, tradizionalmente identificato come bene giuridico tutelato dall'art. 610 c.p., ma anche — e prima ancora — sul suo diritto a non subire trattamenti medici coattivi, tutelato dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nonché sul diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 Cedu, secondo la consolidata interpretazione della Corte EDU (oltre che, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, dall'art. 3 della Carta). Con la conseguenza che un intervento coattivo dovrebbe considerarsi legittimo soltanto in presenza delle condizioni che tutte queste norme, costituzionali e sovranazionali, enunciano perché sia possibile limitare il diritto in questione: prime fra tutte l'esistenza di una *legge* che preveda espressamente il trattamento in questione — legge che nel nostro paese non esiste, e la cui assenza non potrebbe essere certo surrogata dal ricorso all'art. 54 c.p., che non soddisfa per la sua genericità gli stringenti requisiti di precisione della fonte legale posti da tutte le norme costituzionali e sovranazionali citati (a

³³Sia qui consentito il rinvio all'analisi a suo tempo svolta in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, pp. 366 ss.

³⁴Per tutti i puntuali riferimenti, cfr. ancora F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., pp. 1 ss.

cominciare dalla predeterminazione di “casi e modi” della possibile limitazione, richiesta dall’art. 13 Cost.).

Nel caso della comunità di recupero per tossicodipendenti — così come in tutte le istituzioni sanitarie private per la cura delle malattie psichiche, o nelle residenze per anziani — il richiamo all’art. 54 c.p. non potrebbe, parimenti, surrogare la necessità di una legge che autorizzi e puntualmente disciplini, anche nei rapporti interprivati, le possibili limitazioni della libertà personale per scopi in senso lato terapeutici, o comunque di cura della persona: ché, a ragionare diversamente — come già poneva in luce Pulitanò a metà degli anni ottanta —, si finirebbe per legittimare la costituzione di *poteri coattivi privati sulla persona*, del tutto incompatibili con il carattere “inviolabile” della libertà personale nel nostro ordinamento (e non legittimabili nemmeno sulla base del consenso preventivo eventualmente prestato dal paziente all’atto dell’accettazione nella comunità, che non potrebbe più operare una volta che venisse revocato dal paziente, nel momento in cui decida di uscire)³⁵.

Infine, nel caso delle “violenze inquisitorie”, l’art. 13 Cost. e l’art. 3 CEDU si ribellano, all’unisono, alla possibilità di invocare lo stato di necessità per legittimare ciò che mai potrebbe essere legittimato. Il diritto a non essere sottoposti a torture è, infatti, uno dei (pochi) diritti assoluti, non comprimibili nemmeno sulla base di una legge che pretendesse di fornire copertura giuridica a una simile pratica³⁶.

In definitiva: le ordinarie cause di giustificazione previste dal codice penale non possono essere invocate per rendere lecite condotte lesive di diritti fondamentali della persona al di là dei limiti, e in assenza delle condizioni, che norme di rango superiore — il diritto costituzionale e lo *human rights law* — stabiliscono per la loro possibile limitazione, tanto nei rapporti tra autorità pubblica e singoli consociati, quanto nei rapporti reciproci tra i consociati stessi. Tutto ciò senza pregiudizio della possibilità che una condotta criminosa, obiettivamente non giustificata perché compiuta in assenza di tali condizioni, possa purtuttavia essere considerata, in talune circostanze, *scusata* in forza dello stato di necessità, concepito come causa di esclusione della colpevolezza soggettiva dell’autore del reato³⁷, sussistendo gli stringenti requisiti previsti dall’art. 54 c.p. — da leggere essi stessi in conformità a una *ratio* di indulgenza per l’eccezionale situazione psicologica in cui versò l’autore, legata all’anormalità delle circostanze concomitanti alla sua condotta, che resta però anti-giuridica.

³⁵D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, II, c. 438 ss.

³⁶Sul punto, per tutti, A. COLELLA, *Art. 3*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2^a ed., 2022, p. 77.

³⁷In questo senso, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., pp. 551 ss.; ID., *Art. 54*, in *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI e GATTA, cit., n. 10 ss. Nel medesimo senso, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 10^a ed., 2021, p. 357.

2.4. Diritti della vittima, misura della pena e giustizia riparativa.

L'accento sulla dimensione lesiva del diritto della vittima posseduta dai reati "nucleari" non può non riverberarsi significativamente anche sulla *misura della pena* applicabile all'autore.

Che la determinazione (da parte del legislatore prima, e del giudice poi) di una pena "proporzionata" alla gravità del reato debba tenere conto del rango del diritto tutelato, della circostanza se il diritto della vittima sia stato leso o semplicemente posto in pericolo, nonché dell'entità dell'eventuale lesione, è ovvio anche per chi ragioni in termini di "bene giuridico individuale", anziché di diritto. Guardare al "diritto" soggettivo della vittima in gioco anziché al suo "bene giuridico" (concetto, quest'ultimo, che evoca fatalmente — stante il peso della tradizione — la prospettiva dell'interesse pubblico sotteso alla sua tutela) serve però a meglio focalizzare l'incidenza delle condotte dell'autore successive al reato sullo stesso giudizio di proporzionalità della pena, nonché sulla possibilità di modificare la risposta sanzionatoria — o addirittura di rinunziarvi *in toto* — in conseguenza di sue condotte riparatorie.

Il codice penale contempla vari istituti che consentono (o impongono) al giudice di tenere conto di condotte in senso lato riparatorie compiute dal reo nelle determinazioni sull'*an* e il *quantum* della pena irrogabile: alcuni già previsti sin dal 1930, come la remissione della querela, prevista per i reati lesivi di interessi individuali di minore rilievo, o la circostanza attenuante dell'avere il reo riparato interamente il danno o dal suo essersi spontaneamente ed efficacemente adoperato per elidere o attenuare le conseguenze del reato (art. 62, n. 6, c.p.); altri più recentemente introdotti o comunque potenziati, come le condizioni legate ad analoghe attività riparatorie che possono (o, secondo i casi, debbono) essere apposte alla sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.) o i nuovi istituti della sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis*, secondo comma, c.p.) e dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.).

In via più generale, non sembra però fuori luogo affermare che la pena possa e debba tenere conto non solo dell'eventuale circostanza che il danno individuale prodotto dal reato sia stato, in concreto, significativamente ridotto dalla condotta successiva del reo, ma anche dall'eventuale volontà della vittima di riconoscere l'almeno parziale ristoro all'ingiustizia subito realizzato dalla condotta "virtuosa" del reo successiva al reato. Se il reato è in questi casi anzitutto una ferita nella relazione tra autore e vittima, la reazione al reato — la pena — non potrà ignorare tutto ciò che abbia già, almeno in parte, risanato quella ferita³⁸.

Ma il ruolo della vittima rispetto alla pena trascende, a ben guardare, il tema della *quantificazione* della pena.

Se, come poc'anzi osservato, la risposta al reato rappresentata dalla pena, nei reati che offendono i diritti della persona, è prima di tutto funzionale a fare i conti con il

³⁸M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderna" della misura delle pene*, in *DisCrimen*, 4 giugno 2020, p. 22. Per qualche ulteriore considerazione sul punto, si consenta anche il rinvio a F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, pp. 192 ss.

bisogno di giustizia della vittima, non può affatto escludersi che questo bisogno di giustizia possa essere soddisfatto attraverso percorsi alternativi alla pena stessa. La prospettiva della *giustizia riparativa* — che la sentenza n. 179 del 2017 della Corte costituzionale, in un significativo *obiter*, ha ricondotto all’orizzonte di significato dell’espressione “rieducazione” di cui all’art. 27, terzo comma, Cost. — prefigura, anzi, la possibilità di ricercare risposte al trauma subito dalla vittima in conseguenza del reato più soddisfattive per la vittima stessa, dal punto di vista materiale e — più ancora — psicologico — di quanto non sia possibile ottenere mediante l’esecuzione della pena, attraverso il contatto reciproco, mediato dalla presenza attiva di esperti, tra i due protagonisti del reato. Il che rende possibile intravedere due percorsi variamente intersecantisi — il cammino di “risocializzazione” dell’autore e quello di “riparazione” in beneficio delle vittime — il cui esito potrebbe essere quello di una rimodulazione della pena inflitta in fase esecutiva, in modo da tenere conto dell’evoluzione, e poi dell’esito, di entrambi questi percorsi; ovvero potrebbe essere, in taluni casi, addirittura quello di una totale rinuncia alla pena.

Senza dimenticare con ciò gli interessi collettivi all’esecuzione della pena — e in particolare la necessità di tutelare la società contro l’eventuale residua pericolosità del condannato —; ma incorporando, piuttosto, la necessità di risanare la ferita provocata dal reato alla vittima nella teleologia della pena e, in genere, della reazione al reato, comprensiva quest’ultima di percorsi complementari alla pena stessa come, appunto, la giustizia riparativa: che si fonda, concettualmente, proprio sul riconoscimento, nel diritto penale, di un ruolo di (co-)protagonista alla vittima del reato, assieme all’autore³⁹.

3. Diritti come limiti alla tutela penale.

E veniamo così ai diritti dell’autore: l’altro grande protagonista del reato, e conseguentemente della reazione punitiva.

L’immagine lisztiana della spada a doppio taglio attribuiva allo stesso diritto penale una funzione di garanzia rispetto alla politica criminale: la legge penale (e processuale penale) segna i limiti al potere esercitabile dallo Stato per combattere la criminalità. Ciò resta vero anche oggi, naturalmente: che il potere si eserciti entro i binari stabiliti dalla legge è un corollario essenziale — forse, anzi, il contenuto essenziale — dello stato di diritto. Ma, oggi, i limiti all’esercizio del potere punitivo — che si impongono allo stesso legislatore penale — sono soprattutto quelli che derivano dalla Costituzione e dal diritto internazionale dei diritti umani, entrambi particolarmente ricchi di indicazioni proprio nella materia penale.

Da molti decenni ormai la dottrina penalistica italiana si occupa di *limiti costituzionali al potere punitivo*; al punto che, rispetto ad altre tradizioni giuridiche a noi

³⁹Si vedano, sul punto, le perspicue pagine di G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, pp. 464 ss., cui si rinvia per ogni rif. bibl.

vicine, l'attenzione alla Costituzione rappresenta probabilmente il tratto più caratteristico della penalistica italiana. Solo in tempi più recenti l'attenzione dei penalisti italiani si è rivolta anche all'orizzonte dei *diritti umani*, e in particolare a quello della Convenzione europea, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, scoprendo limiti ulteriori al potere punitivo rispetto a quelli che già erano stati tratti dal testo costituzionale.

Forse, però, è mancata sinora una riflessione approfondita sulla natura e, direi, sulla *teleologia* di questi limiti. La penalistica italiana, dagli anni Settanta in poi, ha dedotto dalla Costituzione soprattutto "principi", destinati a porsi come *criteri orientativi della legislazione* in materia criminale, come *criteri ermeneutici per il giudice* (e per le stesse autorità penitenziarie, riconducibili al potere esecutivo), nonché come *criteri di valutazione della legittimità costituzionale* delle scelte del legislatore, "giustiziabili" da parte della Corte costituzionale. In alcuni casi, questi principi hanno una esplicita base nel testo della Costituzione (come il principio di legalità *ex art. 25*, secondo e terzo comma, Cost., il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27*, primo comma, Cost., il divieto di pene inumane e la finalità rieducativa della pena *ex art. 27*, terzo comma, Cost.), mentre in altri casi essi sono stati dedotti da una lettura sistematica di più disposizioni costituzionali (come nel caso della colpevolezza, fondato su una lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost.; della proporzionalità della pena, dedotta in particolare dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.; del principio di necessaria offensività del reato, a supporto del quale viene di solito richiamato un ampio numero di disposizioni costituzionali). Sempre, però, la tendenza è stata quella di considerare questi limiti come altrettanti canoni la cui *ratio* è stata per lo più ancorata a interessi super-individuali, a cominciare dalla loro funzionalità agli scopi general- e specialpreventivi della pena.

La "scoperta" della Convenzione europea ha posto, però, la dottrina italiana di fronte a una prospettiva nuova: e precisamente alla possibilità di rileggere questi principi come altrettanti "*diritti umani*": di rileggerli, cioè, dal punto di vista della persona sulla quale si esercita la potestà punitiva dello Stato. Illustre dottrina tedesca contemporanea ha osservato che il contributo più significativo offerto dalla giurisprudenza di Strasburgo alla costruzione di un'autentica "società" europea, fondata tra l'altro sul comune impegno per la protezione dei diritti umani, dello stato di diritto e della democrazia, è quello di avere chiarito che ogni estrinsecazione di potere pubblico abbisogna di una giustificazione dalla specifica prospettiva della *persona* sulla quale il potere va ad incidere⁴⁰, chiamando necessariamente in causa i suoi "diritti" di fronte all'autorità. Il processo di graduale focalizzazione di questo nuovo sguardo sui rapporti tra autorità e individuo è colto dall'autore con l'espressione, intraducibile in italiano, *Vermenschenrechtlichung*, che indica appunto il percorso di graduale riconsiderazione di tutte relazioni di potere sotto l'angolo visuale dei diritti umani operato dalla Corte di Strasburgo, che ha finito per influenzare molte giurisprudenze costituzionali e supreme dei singoli Stati europei, tra cui certamente l'Italia.

⁴⁰A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin, 2022, p. 343.

Un simile mutamento — o piuttosto, arricchimento — di prospettiva non può non interessare anche il diritto penale, che costituisce anzi il settore dell'ordinamento in cui il potere dello Stato nei confronti dell'individuo si manifesta nella forma più eclatante, potendo giungere — negli ordinamenti liberati dall'orrore della pena di morte — sino alla privazione perpetua della sua libertà personale.

3.1. Diritti dell'individuo e scelte di criminalizzazione: a) tutele formali.

Il diritto penale è suscettibile di incidere sui diritti della persona (meglio: sui suoi diritti fondamentali, dal punto di vista costituzionale; sui suoi diritti umani, dal punto di vista del diritto internazionale) già nel momento in cui il legislatore pone in essere una norma incriminatrice, che non solo limita la sua generica libertà di fare ciò che desidera, ma — soprattutto — costituisce il presupposto per il successivo esercizio della potestà punitiva nei suoi confronti (la quale a sua volta si articola nelle indagini, nelle misure cautelari e in genere coercitive attivabili durante le indagini stesse, e poi nel processo, nella condanna, nella esecuzione della pena, nonché — *last but not least* — nelle conseguenze penali ed extrapenali della condanna, che possono perdurare anche ben oltre il termine dell'esecuzione della pena).

Le carte costituzionali e dei diritti apprestano da sempre, in proposito, una prima tutela di ordine formale: la necessità, cioè, che il comportamento punibile sia scolpito dalla legge (*nullum crimen sine lege*). E, si aggiunge, la legge ha l'onere di indicare *chiaramente* quali comportamenti costituiscano reato, e siano pertanto idonei a far scattare l'esercizio del potere punitivo statale (principio di *sufficiente determinatezza*, o precisione, della legge penale); sottolineandosi altresì che al giudice penale è precluso applicare la legge penale al di là dei casi espressamente previsti (*divieto di analogia*).

La *ratio* di questi principi è spesso ricostruita, in chiave oggettiva, come funzionale alla tutela dell'ulteriore *principio della separazione dei poteri*, pietra angolare dello stato di diritto: spetta al legislatore, non al giudice, definire i confini tra il lecito e l'illecito: il che è stato ribadito anche di recente dalla Corte costituzionale in alcune recenti pronunce in tema di necessaria determinatezza della legge penale e di divieto di analogia ad opera del giudice⁴¹.

Ma da sempre si affianca a questa prima *ratio* una ulteriore funzione di garanzia della libertà di azione del destinatario della legge penale: questi deve essere posto in condizioni di *prevedere* quali condotte potranno dare origine a una sua responsabilità

⁴¹Corte. cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, *Considerato in diritto* n. 5: la responsabilità penale non può dipendere da valutazioni compiute caso per caso dal giudice, « cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale »; sentenza 14 maggio 2021, n. 98, *Considerato in diritto* n. 2.4., e *ivi* rif. a ult. prec.: la riserva assoluta di legge in materia penale, la quale verrebbe « nella sostanza svuotata » ove ai giudici fosse consentito di applicare analogicamente la legge penale stessa, si fonda sul presupposto che la decisione di incriminazione — « destinata potenzialmente a ripercuotersi in maniera drammatica sul diritto "inviolabile" (art. 13 Cost.) alla libertà personale dei destinatari della norma penale » — spetta « soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale ».

penale, e correlativamente di nutrire un legittimo *affidamento* sulla irrilevanza penale di condotte non chiaramente abbracciate dalle norme incriminatrici vigenti — ciò che non gli sarebbe possibile qualora le norme stesse fossero formulate in modo vago e impreciso, ovvero al giudice fosse consentito applicarle oltre i casi espressamente previsti. L'interpretazione dell'art. 7 CEDU ad opera della Corte di Strasburgo pone l'accento, coerentemente con la teleologia della Convenzione, proprio su questa seconda accezione, alla cui base riconosce — in buona sostanza — un vero e proprio *diritto* della persona a non essere sorpreso dall'esercizio del potere punitivo nei propri confronti in forza di una legge a lei non accessibile o comunque in maniera non prevedibile al momento del compimento della condotta.

Ed è anzi su questo secondo terreno che ben si coglie il rapporto di feconda interazione tra tradizione costituzionale nazionale e influenza della giurisprudenza convenzionale, che conduce in definitiva — nonostante le preoccupazioni nutrite da una parte della dottrina italiana — a un *potenziamento degli standard di tutela* dei diritti della persona, in conformità del resto alla logica sottesa all'art. 53 CEDU⁴². Un potenziamento suscettibile di operare, a mio parere, su un duplice fronte.

Da un lato, mentre la Corte di Strasburgo che è solita commisurare la prevedibilità della responsabilità penale non solo al testo della legge penale, ma anche alla sua interpretazione ad opera della giurisprudenza, la Corte costituzionale è assai netta nel riaffermare che è il *testo* della legge penale a svolgere una essenziale funzione di orientamento della condotta dei consociati, mentre «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»⁴³; precisandosi ulteriormente che «nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge — non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza — che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»⁴⁴.

Dall'altro lato, l'insistenza della Corte di Strasburgo sulla innegabile funzione, svolta in particolare dalla giurisprudenza delle corti superiori, di chiarire quelle che la stessa Corte costituzionale definisce le «zone d'ombra» inevitabilmente presenti in qualsiasi testo, obbliga a commisurare le sue ragionevoli previsioni circa la punibilità o non punibilità di un certo comportamento *anche all'interpretazione da parte della giurisprudenza* del testo normativo. Fermo restando, dunque, il limite della lettera della legge come barriera contro applicazioni analogiche, il consociato avrà *altresì* diritto di

⁴²Si consenta, sul punto, il riferimento a F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale vs. legalità "convenzionale"?*, in S. TORDINI CAGLI (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, 2017, p. 20 (nonché in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, p. 10)

⁴³Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, *Considerato in diritto* n. 11.

⁴⁴Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, *Considerato in diritto* n. 2.4.

fare affidamento sulla circostanza che la legge penale non venga applicata per la prima volta nei propri confronti sulla base di interpretazioni che, pur collocandosi *all'interno* dei possibili significati letterali della legge, siano già state *rigettate* dalla giurisprudenza delle corti superiori: rigetto che legittimerebbe la sua aspettativa che la propria condotta non sia considerata dall'ordinamento come penalmente rilevante. Le due tutele — prevedibilità della condanna in base al testo della legge, su cui insiste la Corte costituzionale, e prevedibilità della stessa in base alla sua interpretazione ad opera della giurisprudenza, su cui insiste la Corte di Strasburgo — vengono così a *sommarsi*, e non a escludersi reciprocamente, nella direzione di un più elevato standard di tutela assicurato al destinatario della norma di fronte al potere punitivo statale⁴⁵.

3.2. (Segue): b) tutele sostanziali.

Il *nullum crimen* offre, peraltro, una tutela formale al consociato, disinteressandosi del *contenuto* del precetto penalmente sanzionato. Non è pensabile, però, che il legislatore possa vietare o imporre, sotto minaccia di sanzione penale, qualsiasi condotta a proprio piacimento. Ciò solleva il problema dei *limiti sostanziali* al potere punitivo.

Nella dottrina penalistica italiana degli ultimi decenni, molta enfasi è stata posta, in quest'ottica, sul principio di offensività, versione nostrana del *Rechtsgüterschutzprinzip* di matrice tedesca, secondo cui il legislatore potrebbe legittimamente incriminare solo condotte che offendano beni giuridici, nella forma della lesione o della messa in pericolo. Tale principio, che di per sé sconta le difficoltà connesse alla congenita imprecisione del concetto stesso di bene giuridico, fatica tuttavia a trovare una base normativa nel testo della Costituzione, e ha mostrato a conti fatti una capacità di rendimento assai limitata, nella giurisprudenza costituzionale, quale strumento di controllo della legittimità delle scelte di incriminazione compiute dal legislatore⁴⁶.

Più promettente sembra, in quest'ottica, il riferimento ai *diritti fondamentali* posti in gioco dalle scelte di incriminazione⁴⁷, suggerito proprio dal processo di *Vermenschenrechtlichung* avviato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Ciò, in particolare, laddove lo stesso precetto penalmente sanzionato limiti un diritto fondamentale (o un diritto umano, nel linguaggio del diritto internazionale) della

⁴⁵Amplius F.VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 23.

⁴⁶Sul tema, si veda il magro consuntivo tratto nell'eccellente studio di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, 2005, pp. 209 ss., sostanzialmente ancora attuale nonostante i diciassette anni trascorsi dalla pubblicazione del volume, rispetto al quale vi è solo da segnalare l'utilizzazione del principio di offensività in talune sentenze di accoglimento da parte della Corte costituzionale in materia di entità del trattamento sanzionatorio nei confronti dello straniero privo di permesso di soggiorno (sentenza 8 luglio 2010, n. 249) ovvero di talune tipologie di recidivi (sentenze 15 novembre 2012, n. 251, 18 aprile 2014, n. 105 e n. 106, 17 luglio 2017, n. 207), in chiave però meramente corroborativa di altri principi — in particolare, i principi di eguaglianza e di proporzionalità della pena — sui quali si fondano in effetti quelle decisioni.

⁴⁷Ho già sostenuto questa tesi, con più ampio respiro argomentativo, in F. VIGANÒ, *Menschenrechte und Strafrecht*, in *Festschrift für Beulke*, 2015, pp. 55 ss.

persona: il che, invero, non accade rispetto ad *ogni* precetto penalmente sanzionato, laddove almeno non si ritenga che la *generica libertà di azione del consociato* (tutelata dalla Legge fondamentale tedesca all'art. 2, secondo comma) assurga essa stessa a diritto fondamentale della persona anche nell'ordinamento italiano; ma certamente accade ogniqualvolta la norma di condotta ricada in un'area abbracciata da uno *specifico diritto o libertà* protetti da una norma costituzionale o di una carta internazionale: dalla libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà di riunione o di associazione, alla libertà di movimento e di circolazione, sino al vasto fascio di diritti riconducibili alle accoglienti nozioni di diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU (i quali ultimi entrano nel nostro ordinamento, oltre che in forza dell'art. 117, primo comma Cost., anche attraverso la finestra dell'art. 2 Cost. in quanto « diritti inviolabili dell'uomo »).

Come ogni altra limitazione di tali diritti, anche quelle che derivano da un precetto penale (e anzi *a fortiori* queste limitazioni, in ragione della gravità delle conseguenze che derivano dalla inosservanza del precetto medesimo) richiedono una giustificazione "forte", in termini di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto alle legittime finalità perseguite dal legislatore mediante l'incriminazione, secondo uno schema ben noto alla dottrina costituzionalistica di molti ordinamenti contemporanei, ancorché tuttora scarsamente frequentato dalla giurisprudenza costituzionale italiana⁴⁸ e solo in tempi recenti esplorato *funditus* dalla dottrina nostrana⁴⁹. Un tale giudizio — che presuppone, concettualmente, il riconoscimento che l'incriminazione incide su un'area costituzionalmente (o convenzionalmente) protetta, e la successiva verifica della proporzionalità di tale ingerenza rispetto ai legittimi scopi perseguiti dal legislatore, tenuto conto anche della gravità delle sanzioni comminate per la violazione del precetto — ben si presta a funzionare quale schema standard di verifica della compatibilità costituzionale delle scelte di incriminazione, ad esempio, in materia di reati di opinione o di espressione (diffamazione, vilipendi, oltraggio, pubblica istigazione e apologia, propaganda, etc.), di delitti attinenti alla sfera familiare, sessuale o riproduttiva (comprendenti i reati attinenti alle tecniche di fecondazione assistita alla criminalizzazione di condotte accessorie alla prostituzione), sino a giungere ai reati che concernono scelte di fine vita, che pure pongono in causa il diritto alla vita privata della persona (*sub specie* di libertà di autodeterminazione sulle scelte più intime della propria esistenza, tra cui quella di decidere quando e come morire).

Ma anche laddove il precetto penalmente sanzionato — come più spesso accade — non incide su sfere di libertà che godano di alcuna specifica protezione costituzionale o internazionale, la previsione di *sanzioni penali* (incidenti come tali sulla libertà personale o, almeno, sul patrimonio) a carico del trasgressore, e comunque lo *stigma* inerente alle indagini e alla possibile condanna (che necessariamente incide sul diritto

⁴⁸Si veda, però, la sentenza 12 luglio 2021, n. 150, che ha sottoposto a una verifica di legittimità costituzionale, al metro della sua compatibilità con il diritto alla libertà di espressione, la disciplina della diffamazione a mezzo stampa e altro mezzo di pubblicità, attraverso scansioni riconducibili al giudizio di proporzionalità, così come declinato in questa specifica materia dalla giurisprudenza della Corte EDU.

⁴⁹Il riferimento è, in particolare, all'importante volume di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, 2020.

all'onore e alla reputazione dell'interessato), necessitano anch'essi di una specifica giustificazione, che evoca ancora una volta una puntuale verifica sulla *proporzionalità* (in senso lato) della scelta di incriminazione rispetto alle legittime finalità perseguite dal legislatore⁵⁰. Verifica nell'ambito della quale ben potranno trovare collocazione punti di vista da tempo noti — *sub specie* però di “principi” — alla dottrina italiana, sui quali peraltro il maestro che onoriamo ha dedicato studi fondamentali⁵¹: dall'*effettività* della legge penale, e che ben si presta a essere utilizzato nel quadro della verifica di (effettiva, appunto) *idoneità* della norma a conseguire gli scopi perseguiti dal legislatore, e che potrebbe essere ad esempio esclusa allorché la comminatoria edittale appaia in radice incapace di esplicare alcuna efficacia deterrente in relazione alla particolare tipologia di destinatari della norma penale stessa; alla *extrema* (o *ultima*) *ratio* dell'intervento penale, destinata naturalmente a confluire nel giudizio di *necessità* dell'incriminazione rispetto a possibili alternative non penali, o comunque meno afflittive per i diritti fondamentali dell'interessato; allo stesso principio di *offensività* del reato, in quanto declinato non già secondo la logica “binaria” dell'*aut-aut* (nessun reato senza offesa al bene giuridico: una formula con assai scarsa capacità di rendimento, posto che qualsiasi norma penale è emanata in vista di qualche finalità, e pressoché ogni finalità legittima è suscettibile di essere considerata, più o meno generosamente, come un bene giuridico), ma secondo la logica “quantitativa” del *più e del meno*, che impone una ragionevole correlazione tra gravità della lesione che l'incriminazione mira ad evitare (anche in termini di distanza tra la condotta e l'effettiva lesione) ed entità del pregiudizio ai diritti fondamentali dell'autore, determinato dall'applicazione delle sanzioni penali minacciate dal legislatore.

3.3. Diritti relativi all'an della responsabilità penale, e diritti relativi al quomodo e al quantum delle sanzioni.

Anche i principi costituzionali che pongono limiti alla potestà punitiva nel suo concreto svolgersi nei confronti di uno specifico destinatario sono, d'altra parte, suscettibili di essere concepiti e concretamente declinati come funzionali alla tutela di altrettanti diritti (“fondamentali” e “umani” al tempo stesso) della persona in questione.

Solo qualche esempio sparso.

Il principio di *colpevolezza*, riconosciuto dalle fondamentali sentenze n. 364 e 1085 del 1988 della Corte costituzionale, è spesso inteso dalla dottrina penalistica — sulla scia delle notissime riflessioni di Claus Roxin — come funzionale agli stessi scopi general- e specialpreventivi della pena, sulla base di argomenti che sarebbe inutile illustrare qui nel dettaglio: in estrema sintesi, una condotta non rimproverabile al suo autore, perché

⁵⁰Secondo le scansioni benissimo ricostruite da N. RECCHIA, *op. cit.*, pp. 139 ss., alle quali non posso qui che fare integrale rinvio.

⁵¹Tra i quali, in particolare, C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1447 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, 2011 (e in precedenza ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.).

da lui non dominabile o perché commessa in presenza di circostanze concomitanti del tutto anormali ovvero di un errore inevitabile sull'illiceità della condotta, non scuoterebbe la coscienza collettiva e non richiederebbe, pertanto, una reazione sanzionatoria; e d'altra parte chi commette una simile condotta non abbisognerebbe di alcun trattamento funzionale né alla neutralizzazione di una sua — inesistente — pericolosità sociale, né conseguentemente alla sua risocializzazione. Simili argomenti trascurano, tuttavia, di considerare che ogni assoluzione per un reato grave — anche se motivata dal difetto di rimproverabilità del suo autore — rischia di essere (fra)intesa dalla collettività come una espressione di indulgenza verso il reato, e che ogniqualvolta si riconosca in linea di principio una scusante si aprono spazi per argomenti difensivi suscettibili di condurre ad assoluzioni anche sulla base di un quadro probatorio non univoco, in virtù del fondamentale canone probatorio dell'*in dubio pro reo*; con la conseguenza che gli argomenti contrari al riconoscimento di nuove ipotesi scusanti fanno leva, da sempre, sull'esigenza di non indebolire l'efficacia deterrente della norma penale⁵².

Piuttosto, a me è sempre parso che il principio di colpevolezza quale limite per la stessa affermazione dell'*an* della responsabilità penale si radichi in elementari ragioni di *giustizia* nei confronti dell'imputato, che *non merita* di essere rimproverato e conseguentemente sanzionato per ciò che ha commesso in *quelle* particolari circostanze che gli hanno reso impossibile, o almeno inesigibile, il rispetto della legge penale. Così inteso, il limite della colpevolezza si erge a tutela dell'individuo *contro* le stesse ragioni preventive che potrebbero essere invocate a sostegno della sua punizione; e assume la specifica fisionomia di un suo *diritto fondamentale* nei confronti dell'esercizio del potere punitivo, normativamente basato, in Italia, sull'art. 27 Cost. — in particolare sulla clausola della "personalità" della responsabilità penale, in quanto estesa ad includere l'esigenza che tale responsabilità si basi sulla possibilità di muovere un *rimprovero* all'autore del reato per ciò che ha compiuto.

Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione all'esigenza costituzionale di *proporzionalità della pena*, che in un recente studio monografico mi è parso di poter analogamente categorizzare come autentico *diritto fondamentale del condannato* a non essere sottoposto a una pena eccessiva⁵³ — e pertanto destinata a essere percepita, dal reo e dalla stessa collettività, come ingiusta — rispetto alla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato commesso. In prospettiva, anche in questo caso, *potenzialmente antinomica* rispetto alle ragioni della prevenzione, generale e speciale in tutte le loro varie forme, le quali potrebbero spingere — e spesso di fatto spingono — nel senso di un generalizzato inasprimento dei livelli sanzionatori, anche a costo di determinare, come è accaduto negli Stati Uniti nell'ultimo cinquantennio, tassi di incarcerazione ormai non lontani dalla soglia dell'un per cento della popolazione.

⁵²Per questa discussione, e ogni rif. bibl., sia qui consentito ancora il rinvio a F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., pp. 558 ss.

⁵³F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 229.

Considerare il limite costituzionale della proporzionalità della pena non come “principio” ordinamentale — legato a doppio filo agli scopi della pena —, ma come “diritto” del condannato comporta, d’altra parte, che non possa essere ravvisato alcun ostacolo — al di fuori delle ipotesi in cui un *minimum* di reazione punitiva è richiesta a tutela di un nucleo di diritti fondamentali della vittima del reato, secondo i principi poc’anzi illustrati (*supra*, 2.2.) — a che il legislatore conferisca al giudice la possibilità di irrogare pene *sproporzionate per difetto* rispetto alla gravità del reato, o addirittura di *rinunciare* alla pena, in presenza almeno di idonee ragioni che possano giustificare le eventuali disparità di trattamento in tal modo create, al metro dell’art. 3 Cost.: il diritto fondamentale in questione tutela infatti l’individuo contro pene *eccessive* rispetto alla gravità del reato commesso, ma non osta affatto a che l’ordinamento possa *ridurre* la pena o addirittura *escluderla* in cambio, ad esempio, della sua collaborazione processuale o di altre condotte successive al reato, ovvero alla scelta di un rito semplificato rispetto al dibattimento.

Infine, la stessa funzione rieducativa della pena di cui all’art. 27, terzo comma, Cost. — oggetto di un’amplissima elaborazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale — ben potrebbe essere riguardata come vero e proprio “diritto alla rieducazione” in capo al condannato, inteso come diritto a che lo Stato faccia sul serio con il proprio dovere costituzionale di offrirgli reali opportunità di compiere un percorso di distacco dal proprio passato criminale e di reinserimento nella vita sociale, accompagnandolo poi fattivamente in tale percorso⁵⁴.

3.4. Diritti processuali.

Non più di un cenno, prima di concludere, ai “principi” in materia di giusto processo penale (art. 111 Cost.), che sovrintendono al dispiegarsi concreto della potestà punitiva dello Stato dalle indagini preliminari sino alla esecuzione della pena, e che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale più recente tende a concepire sempre più nella loro dimensione, appunto, di *diritti fondamentali* della persona, alla pari del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e degli altri diritti suscettibili in vario modo di essere compressi durante le indagini e il processo (la libertà personale, l’inviolabilità del domicilio, la segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni, la libertà di circolazione, il patrimonio, la libertà lavorativa e professionale, l’onore e la reputazione, e così via).

⁵⁴Cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, *Considerato in diritto* n. 7, ove si evoca, da un lato, « la responsabilità individuale del condannato nell’intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile »; ma, dall’altro, « la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore — e la concreta concessione da parte del giudice — di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società ».

Emblematiche in questo senso le affermazioni della Corte in relazione alla ragionevole durata del processo: il “principio” in questione non può legittimare compressioni delle garanzie processuali poste a tutela del diritto dell’imputato: « un processo non “giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁵⁵. Il che mostra come la ragionevole durata venga in considerazione non tanto in funzione dell’esigenza ordinamentale di assicurare tempestiva giustizia nell’interesse della collettività, quanto soprattutto in funzione di tutela del *diritto* di chi sia sottoposto a procedimento e poi a processo penale a non restare in balia dell’ansia circa la propria sorte per un lasso di tempo eccessivo, in conseguenza di ritardi imputabili allo Stato; e non possa, invece, essere invocato per comprimere garanzie difensive, il cui riconoscimento comporta fisiologiche dilatazioni dei tempi di definizione dei procedimenti.

4. Conclusioni.

Parlare un po’ più di diritti, io credo, gioverebbe alla scienza del diritto penale, riportando al centro dell’attenzione i due principali protagonisti del reato — la vittima e l’autore —, ciascuno portatore di interessi che reclamano di essere presi sul serio, e tra loro bilanciati con saggezza e umanità: dal legislatore penale prima, e da tutte le agenzie pubbliche che, a cascata, si occuperanno del reato commesso e dei suoi protagonisti.

Naturalmente, questa prospettiva “nucleare”, imperniata su una relazione “bilaterale”, non esaurisce l’orizzonte degli interessi coinvolti dalla commissione del reato, la cui dimensione trascende questi due protagonisti immediati. Moltissimi reati non hanno una vittima individuale, e sfuggono dunque alla logica relazionale su cui si è sin qui insistito.

Ma mi si consentano, a questo proposito, due brevissime osservazioni.

La prima è che, anche nei reati che offendono interessi pubblici, in cui manca una vittima individuale, non manca mai *un* autore, nei cui confronti si esercita la potestà punitiva dello Stato. E questo autore — anche se imputato del reato in concorso con altre venti o cento persone, magari in un processo che vede coinvolta anche la persona giuridica nel cui interesse o vantaggio è accusata di avere agito — resta protagonista, sin dal primo giorno in cui apprenda di essere sottoposto a una indagine penale, di una vicenda destinata a produrre un enorme impatto sulla sua esistenza: impatto del quale l’ordinamento deve essere lucidamente consapevole, e che chiama in causa precisamente quei “diritti” di cui si è ragionato nella seconda parte di questo contributo.

La seconda è che la dottrina penalistica italiana tende spesso a sottovalutare l’importanza svolta, nel sistema penale nel suo complesso, dai reati “nucleari”, imperniati sul *rapporto tra un autore e una vittima*. L’attenzione dello studioso italiano è sempre più attratta dai reati a vittima diffusa, che offendono beni collettivi e che coinvolgono grandi organizzazioni complesse; e finisce così per trascurare la realtà

⁵⁵Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, *Considerato in diritto* n. 8.

quotidiana della prassi penalistica, che continua a essere popolata di vicende criminose scaturenti da conflitti interpersonali appartenenti, ancora, a quel paradigma “nucleare” cui si faceva riferimento, e che vedono per protagonisti, appunto, un autore e una vittima. I quali sono entrambi portatori di interessi, di aspettative e di veri e propri “diritti” nei confronti del sistema penale, dei quali il nostro ordinamento — alla luce della Costituzione, e degli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani — è chiamato a farsi carico.