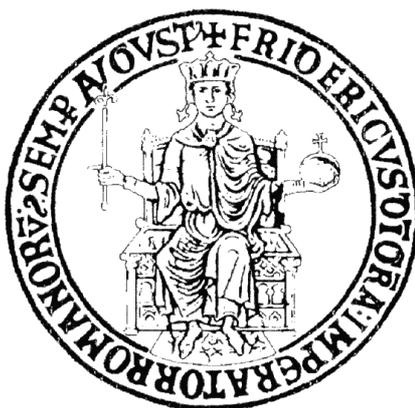


Università degli Studi di Napoli
“FEDERICO II”

Dipartimento di Giurisprudenza



Tesi di dottorato in

Sovranità e giurisdizione nella storia, nella teoria e nel diritto contemporaneo

XXIX Ciclo

Evoluzione e prospettive del concetto di bene giuridico

Coordinatore

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Tutor

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Candidato

Dott. Enrico Contieri

Anno Accademico 2016/2017

Parte prima

Aspirazioni e crisi del concetto di bene giuridico

Capitolo primo

Il concetto di bene giuridico tra origini moderne e aspirazioni contemporanee

1. Una premessa introduttiva.....	7
2. Le alterne vicende di un ‘concetto di confine’: genesi e funzioni del concetto bene giuridico e la problematica del suo ‘immanente’ contenuto liberale dalle origini al nazionalsocialismo.....	13
2.1. Un dissenso ‘su tutto il fronte’: il bene giuridico come elemento di annebbiamento romantico del razionalismo illuministico.....	28
2.1.1. <i>Segue.</i> La matrice (almeno parzialmente) liberale del concetto di ‘bene’ nel lavoro di Franz Birnbaum	33
2.1.2. <i>Segue.</i> Alle radici di una tensione problematica: la ‘dolorosa alternativa’ tra la funzione critica e la funzione dommatica come costante della storia meno recente del concetto di bene giuridico	38
2.1.3. <i>Segue.</i> Non «perché allora?», ma «perché oggi?».....	42
3. Una grande narrazione. Le ricostruzioni ‘liberali’ e costituzionali del bene giuridico nella Germania del secondo dopoguerra.....	45
3.1. Offendibile, quindi tutelabile: il bene giuridico come «situazione dotata di valore»	45
3.2. Bene giuridico e <i>Grundgesetz</i>.....	52
3.2.1. Bene giuridico e funzione della pena	54
3.2.2. Il bene giuridico come «unità sociale di funzione».....	57
3.2.3. Bene giuridico e relazione ai valori: il reato come lesione di un valore costituzionalmente rilevante.....	62
3.3. Brevi cenni alle ricostruzioni in chiave sociologica: un punto di vista non realmente alternativo	72

Capitolo secondo

Il principio di offensività come contributo originale della dottrina italiana all'evoluzione della teoria del bene giuridico. Apogeo e crisi

1. **La dottrina penalistica italiana alle soglie dell'età repubblicana. Il bene giuridico nell'indirizzo tecnico-giuridico** 77
2. **Un'apertura sostanzialistica: la concezione realistica del reato e l'art. 49, co. II c.p. come volano di emersione del (dis)valore sotteso alla norma** 87
 - 2.1. **Gli aspetti critici della concezione realistica del reato. Il ruolo dell'offesa nella struttura del fatto tipico**..... 93
 - 2.1.1. *Segue.* La 'notte concettuale che occulta ogni distinzione': il bene giuridico come fattispecie..... 97
3. **Bene giuridico e offensività come canoni di politica criminale nell'orientamento costituzionalistico 'forte': la Costituzione come fondamento del diritto penale**..... 103
 - 3.1. **La Costituzione come 'tavola di valori' e programma di scopo: la teoria dei beni giuridici di rilievo costituzionale come chiave di volta dell'orientamento costituzionalistico 'forte'** 107
4. **Dal modello costituzionalistico 'forte' a quello 'debole': la Costituzione come mero limite delle scelte di incriminazione** 114
 - 4.1. **Breve cronaca di uno scetticismo diffuso: le critiche 'classiche' alla tesi della necessaria rilevanza costituzionale del bene giuridico**..... 118
 - 4.2. **"Che vi sia, ciascun lo dice; cosa sia, nessun lo sa": il bene giuridico come araba fenice nella babele delle sue definizioni** 127

Parte seconda

*Ragioni e limiti del concetto di bene giuridico nel diritto penale del nostro tempo
Qualche spunto di riflessione*

Capitolo Terzo

Bene giuridico e 'diritto penale moderno'. Fenomenologia e prospettive

1. **L'insostenibile manipolabilità del concetto di bene giuridico e i suoi riflessi sul principio costituzionale di offensività**..... 134
 - 1.1. **Premessa**..... 134

1.2. Un breve <i>excursus</i> , ovvero la parabola di una ‘crisi’: beni diffusi, pericolo astratto e tutela di funzioni	136
1.2.1. <i>Segue</i> . L’assenza di un evento offensivo e le sue ricadute sul ‘volto costituzionale’ dell’illecito penale. Aspetti dommatici e politico-criminali	140
1.3. L’offesa come concetto di relazione e l’interdipendenza tra bene giuridico e tecniche di tutela	144
1.4. La flessibilizzazione del principio di offensività. Ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli ‘scopi’	148
1.5. Qualche osservazione critica conclusiva sul principio di offensività in versione ‘ <i>flow</i> ’	151
1.5.1. ...nella sua dimensione astratta (o politico-criminale)	151
1.5.2. <i>Segue</i> ...e nella sua dimensione concreta (o dommatico-applicativa)	153
2. Una crisi davvero irresistibile? Un tentativo di bilancio critico delle teorie costituzionalmente orientate di bene giuridico.	156
2.1. La resistibile debolezza delle obiezioni classiche al modello costituzionalistico ‘forte’	157
2.2. <i>Intermezzo</i> . <i>Omnis definitio periculosa est</i> : i limiti delle ‘concezioni’ costituzionali del bene giuridico	162
2.3. <i>Secondo intermezzo</i> . Cosa possiamo (e dobbiamo) chiedere ad una teoria costituzionale del bene giuridico. Qualche osservazione sulla necessaria ‘dimensione costituzionale’ degli oggetti della tutela	166
2.4. <i>Coda</i> . Qualche ulteriore precisazione conclusiva su bene giuridico e offensività	170

Capitolo quarto

Il bene giuridico personale al banco di prova di due casi problematici: l’esempio dei delitti politici e quello dell’ambiente

Sezione Prima

Dalla ‘personalità dello Stato’ alle libertà politiche: lineamenti di un’evoluzione necessaria

1. Il problema dell’offensività nel delitto politico	176
2. Il sistema del codice Rocco tra disobbedienza e repressione del dissenso politico-ideologico	181
3. Stato democratico, delitti politici e bene giuridico. Alcuni orientamenti della dottrina contemporanea	185

3.1.	<i>Segue.</i> Brevi considerazioni critiche. La sicurezza	187
3.2.	<i>Segue.</i> Il metodo democratico come bene giuridico?	188
3.3.	<i>Segue.</i> L'ordine costituzionale come sinonimo dell'ordine pubblico ideale.....	190
3.4.	<i>Segue.</i> Il rischio di un ritorno alla concezione metodologica del bene giuridico	194
4.	Diritto penale politico e carattere strumentale delle istituzioni democratiche	195
5.	L'illegittimità di una specializzazione 'politica' di offese comuni.....	198
6.	Le libertà e i diritti politici quali beni giuridici tutelabili.....	201
7.	L'ordine possibile e il disordine necessario. Considerazioni conclusive a proposito di dissenso e sicurezza dei diritti	204

Sezione seconda

Tutela dell'ambiente e diritto penale dell'evento. Osservazioni su un 'connubio' ancora possibile

1.	Introduzione.....	207
2.	Una paradigmatica involuzione patologica: dalle fattispecie a struttura sanzionatoria alla ricerca (spasmodica) di un evento (quale che sia). L'« <i>altro disastro</i> » (art. 434 c.p.)?	209
3.	Dal comportamento all'evento nella tutela penale dell'ambiente. Brevi e rapsodiche osservazioni sui nuovi delitti di «inquinamento» e di «disastro ambientale».....	212
3.1.	<i>Segue.</i> L'evento di «inquinamento ambientale».....	213
3.2.	<i>Segue.</i> L'evento di «disastro ambientale».....	215
3.3.	<i>Segue.</i> Gli eventi di inquinamento e di disastro ambientale in relazione all'aspetto materiale e a quello assiologico del bene giuridico 'ambiente'	217
4.	L'ambiente penalmente tutelabile: qualche spunto di riflessione	219
4.1.	<i>Segue.</i> L'aspetto assiologico	219
4.2.	<i>Segue.</i> L'aspetto materiale	224
	BIBLIOGRAFIA	229

Parte prima

Aspirazioni e crisi del concetto di bene giuridico

Capitolo Primo

Il concetto di bene giuridico tra origini moderne e aspirazioni contemporanee

1. Una premessa introduttiva

In seguito all'eclissi dello Stato di diritto nell'epoca nazionalsocialista, a partire dal secondo dopoguerra parte della dottrina penalistica tedesca tentò di ricucire le profonde lacerazioni di quell'epoca raccogliendo i numerosi fili dispersi della riflessione liberale, al fine di ridefinire i criteri, politici e giuridici, di legittimazione dell'intervento punitivo statale nel nuovo ordinamento democratico. Tra questi, un ruolo di primo piano spettò al concetto di bene giuridico, che, riconosciuto come uno dei più autentici prodotti della tradizione di pensiero di matrice illuministica¹, venne assunto a principale parametro di

¹ Quella della continuità ideologica tra il concetto di 'bene' e le dottrine illuministiche di matrice giusnaturalistica (*in primis*, la *Rechtsverletzungslehre*) rappresenta la chiave di lettura senz'altro prevalente sia nella dottrina tedesca che in quella italiana; in questa prospettiva si inseriscono i fondamentali lavori di JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 6 ss.; RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 154; ma soprattutto, è questo il *fil rouge* che percorre l'intera preziosa indagine storica di SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962, *passim* e spec. p. 24 ss., che sembra aver profondamente influenzato la riflessione scientifica successiva; sugli straordinari meriti di tale ricerca, pur – come più avanti si vedrà – da un punto di vista radicalmente contrario sul piano delle conclusioni, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechen*, Frankfurt a. M., 1972, p. 11. Confermano la chiave di lettura della 'continuità', in più recenti lavori, ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di U. Neumann e F. Herzog, Heidelberg, 2010, pp. 575-576, il quale, tuttavia, sottolinea come, più che all'Illuminismo in generale (riferimento in sé poco preciso, in quanto si trattò di un movimento di pensiero comunque composito), l'idea della tutela di beni giuridici quale limitazione del potere punitivo derivi dal pensiero di determinati pensatori illuministi (soprattutto Beccaria e Hommel); SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. Hefendehl – A. von Hirsch – W. Wohlers, Baden-Baden, 2003, p. 137 ss., ove l'Autore evidenzia, da un lato, la comune base ideologica tra teorie illuministiche e idea del bene giuridico e, dall'altro, l'inesattezza della prospettiva che riconosce all'idea del reato come lesione di un diritto soggettivo un'efficacia limitativa maggiore rispetto a quella del bene, soprattutto in relazione ai reati contro la religione o la morale; nella dottrina italiana, *ex plurimis*, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 1 ss., secondo il quale la matrice liberale della teoria del bene giuridico fu addirittura «evidentissima»; implicitamente, ma – ci sembra – chiaramente, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N.s.s. D. I.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 57-59, 65 ss. La questione verrà affrontata

orientamento delle scelte di politica criminale, e al tempo stesso a categoria dommatica capace di contribuire ad esprimere, in una dimensione oggettivistica e secolarizzata, il nucleo generale di disvalore dell'illecito penale.

A partire da quel momento, la teoria del bene giuridico ha conosciuto una stagione particolarmente felice, proponendosi ben presto il compito fondamentale di delinearne una nozione idonea a ricomporre quella «dolorosa alternativa»² tra funzione critica e funzione dommatica³, che sin dalle origini sembrava averne segnato irrimediabilmente la storia: si cominciò, cioè, ad andare alla ricerca di un concetto che non fosse rimesso all'arbitrio del potere legislativo, ma che fosse in grado di limitarlo, pur trovando fondamento nel diritto positivo. Dopo la parentesi totalitaria, il bene giuridico rientrò, dunque, sulla scena del dibattito penalistico come una 'grande narrazione' della contemporaneità, attorno a cui si condensarono le più ambiziose aspirazioni alla costruzione di un diritto penale dal volto razionale, oggettivo, liberale, umano.

Diverse furono, invece, le vicende che interessarono l'Italia. Qui, già da prima del periodo autoritario, imperava il metodo tecnico-giuridico⁴, sicché ben poco interesse si prestò alla categoria del bene giuridico, che, intrisa di valutazioni politico-ideologiche,

più approfonditamente nel prosieguo del presente lavoro. Tuttavia, ci pare opportuno sin da ora segnalare che la tesi del contenuto intimamente liberale del concetto di bene giuridico fu sostenuta (con finalità ovviamente 'denigratorie'), anche dai più autorevoli e tenaci teorici del diritto penale nazionalsocialista: questi, infatti, considerandolo un prodotto tipico dell'individualismo borghese e liberale, lo ritennero del tutto inadatto allo 'spirito' del nazionalsocialismo, tutto teso al superamento del conflitto individuo-comunità e, pertanto, lo combatterono ferocemente; cfr., sul punto DAHM e SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, p. 3 ss.; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, p. 9; DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, p. 225 ss., spec. p. 230 ss.; *amplius* sul punto, *infra*, § 2.

² L'espressione è di HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, in *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, a cura di R. Wassermann, München, 1990, p. 83, e si riferisce all'esistenza di un rapporto – per così dire – di proporzionalità inversa tra la capacità del concetto di bene giuridico di aderire al sistema punitivo e quella di limitare il potere del legislatore nella selezione dei fatti punibili; v. *amplius*, sul punto, la nota seguente.

³ Sulle funzioni del concetto di bene giuridico e sulla tensione che ne ha accompagnato l'evoluzione fino al periodo nazionalsocialista, cfr., magistralmente, RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, cit., pp. 151-152; si riferisce, rispettivamente, ad un concetto *systemtranszendent* e ad uno *systemimmanent* HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, p. 19 ss.; in relazione alla funzione critico-limitativa (del potere punitivo) preferisce parlare di *gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff* ('concetto di bene giuridico critico in rapporto alla legislazione'), per sottolineare la possibile natura pur sempre giuridica (e perciò intrasistemica) del concetto critico ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, IV ed., München, 2006, p. 18, nota 27; nella dottrina italiana, per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 6.

⁴ Com'è noto, l'atto di nascita – per così dire – del tecnicismo giuridico viene tradizionalmente (e convenzionalmente) individuato nella 'prolusione sassarese' di ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.; *amplius* sul punto cfr. *infra*, cap. II, § 1.

nessun fondamento sembrava trovare nel diritto positivo. Certamente il più risalente dibattito tedesco sul tema non era sconosciuto nel nostro Paese, ed anzi vi aveva trovato una particolare diffusione soprattutto grazie all'opera di Arturo Rocco⁵; in essa, tuttavia, coerentemente con i presupposti teorici del tecnicismo giuridico, quel concetto sembrava aver trovato una certa 'sistemazione', ma a costo di una radicale formalizzazione e di una conseguente neutralizzazione del suo contenuto ideologico. Una simile 'situazione spirituale' della scienza penalistica italiana fece sì, come si vedrà, che dapprima la tensione verso una lettura 'sostanzialistica' delle norme penali, e poi l'aspirazione alla riforma di una legislazione penale anacronistica (quando non decisamente autoritaria), emersero soltanto indirettamente dallo specchio del principio di offensività, quale 'grande narrazione' penalistica autenticamente italiana; e ciò secondo quella tendenza a privilegiare una dommatica di principi rispetto ad una dommatica di categorie, in cui taluno⁶ individua il *proprium* della nostra scienza penalistica, da valorizzare vieppiù oggi, in chiave di 'esportazione' dei modelli concettuali.

Il bene giuridico e l'offensività sembrano peraltro attraversare, nella riflessione scientifica contemporanea e nella realtà della legislazione, un periodo di crisi⁷, finendo per essere considerati, tutt'al più, come valori generalmente condivisi, ma non come canoni normativi autenticamente precettivi⁸. Ad onta del loro pressoché unanime riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale, il loro richiamo, quando non è addirittura funzionale ad una mistificazione dei contenuti della legislazione positiva o alla legittimazione (acritica) delle scelte di politica criminale, sembra spesso risolversi in una

⁵ Il riferimento è, ovviamente, all'*Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, 1913, *passim* e spec. p. 223 ss., 553 ss.

⁶ Così, da ultimo, DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 4/2013, 4 ss.; ma v. già ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/12, p. 51 ss.; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 109 ss., spec. p. 127 ss.

⁷ I riferimenti ad una (presunta?) crisi del concetto di bene giuridico sono sterminati, almeno nelle riflessioni della dottrina contemporanea, rendendo superflua ogni indicazione bibliografica. A ben vedere, però, di 'crisi del bene giuridico' si discorreva già almeno un cinquantennio fa; a titolo di mero esempio, si vedano C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 99, ove si fa riferimento ad una «crisi dell'idea stessa di bene giuridico, nella sua tradizionale formulazione dommatica»; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 75 ss. Sicché, quel che probabilmente caratterizza le riflessioni contemporanee rispetto a quelle più risalenti è un certo (più o meno dichiarato) scetticismo circa le sue ulteriori capacità di prestazione, e dunque, *in radice*, relativamente all'opportunità di un suo mantenimento nell'arsenale concettuale della scienza penalistica.

⁸ Così, in riferimento al principio di offensività, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 5.

mera clausola di stile. Diverse e molteplici appaiono le cause, più o meno remote, dello strisciante e diffuso scetticismo che, in verità, anima la scienza penalistica contemporanea in ordine all'effettiva capacità di quei parametri – e della scienza giuridica in generale – di guidare il corso della politica criminale: la stagione del terrorismo politico, il naufragio delle aspirazioni ad una riforma del sistema penale, la timidezza della Corte costituzionale⁹, l'inarrestabile «espansione del diritto penale»¹⁰ determinata dalla proliferazione di fattispecie bagattellari e meramente sanzionatorie, tipiche del 'diritto penale del rischio' e, non da ultimo, il processo di integrazione europea e i c.d. obblighi di incriminazione di matrice sovranazionale.

Su tali fattori, dietro i quali si cela, più in generale, il tramonto delle 'grandi narrazioni' del secolo scorso, non è ovviamente possibile soffermarsi con dettaglio in questa sede. Più limitatamente, il presente lavoro si propone l'obiettivo di vagliare la persistente validità del concetto di bene giuridico e del principio costituzionale di offensività quali parametri di selezione degli oggetti e delle tecniche di una tutela penale compatibile con le opzioni ideologiche di fondo della Costituzione repubblicana, con uno sguardo privilegiato sui c.d. beni giuridici superindividuali; in altre parole, tenteremo di comprendere cosa di quella 'grande narrazione' è vivo, cosa è morto e cosa, invece, ancora deve essere 'conquistato' o affinato. Tenteremo, infine, di applicare i risultati teorici raggiunti a due settori tradizionalmente problematici, come quelli dei reati politici e della tutela dell'ambiente.

Chi scrive è pienamente consapevole che anche solo abbozzare una risposta al quesito – da tempo latente nella riflessione scientifica, ma da qualche anno esplicitamente riproposto – se il diritto penale contemporaneo possa davvero «abbandonare il bene giuridico»¹¹ presuppone la conoscenza della sua tormentata e più che centenaria storia. La trattazione a seguire non avanza, peraltro, alcuna pretesa di esaustività (per così dire) 'storiografica', ma muoverà, piuttosto, dalle radici contemporanee di quella 'grande narrazione' della modernità, vale a dire dalle teorie del bene giuridico elaborate a partire dal secondo dopoguerra da quella parte della dottrina tedesca che, riconoscendolo come concetto liberale di origine illuministica, volle porlo nuovamente al centro del sistema

⁹ Sul punto cfr., per tutti, BRICOLA, sub *art. 25 co. II e III*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981, p. 246 ss.

¹⁰ Si tratta del titolo della nota monografia di SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V. Militello, Milano, 2004.

¹¹ Si tratta del titolo – ma in una retorica forma interrogativa – del recente lavoro di FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014.

penale e al servizio del movimento di riforma. Infatti, pur non volendo spingerci fino al punto di affermare che «la vera storia dommatica del concetto critico di bene giuridico comincia nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale»¹², non si può negare che è proprio il dibattito sviluppatosi a partire dall'entrata in vigore delle costituzioni democratiche a costituire, per lo studioso contemporaneo, il più diretto e omogeneo punto di riferimento per una ricerca sul bene giuridico che voglia indagare il ruolo, la natura e la funzione che, al giorno d'oggi, esso può (e deve) svolgere in una teoria del reato costituzionalmente orientata. Infatti, soltanto con l'entrata in vigore delle costituzioni rigide del secondo Novecento è stato possibile ergere la tradizione politica e giuridica di matrice illuministico-liberale – cui si aggiunse quella di ispirazione personal-solidaristica – a parametro normativo di legittimità della legislazione ordinaria, ricomponendo su un piano superiore di legalità un antico 'dilemma'¹³, ovvero la 'dolorosa alternativa' tra la funzione dommatico-descrittiva e quella critico-prescrittiva del concetto di bene giuridico. È da tale momento storico che, perciò, prenderà le mosse la nostra ricerca, tesa a verificare se – ed eventualmente in che modo –, ripagando con qualche frutto la fatica e lo sforzo che il suo studio richiede, quel concetto possa ancora 'dire qualche cosa', anche nei settori del diritto penale in cui è più duramente 'messo alla prova', vale a dire quelli dedicati alla tutela di interessi superindividuali¹⁴.

Beninteso, con ciò non si intende affatto negare l'immenso interesse e la straordinaria rilevanza che, anche per lo studioso contemporaneo, assume l'indagine dei suoi presupposti politico-ideologici, della sua origine ed evoluzione storica e, dunque, del dibattito scientifico che segnò lungo più di un secolo la dottrina penalistica tedesca¹⁵. Infatti, lungi dall'essere trascurato, il riferimento a tale dibattito emergerà anche in questa sede ogni qual volta sia utile ad una migliore comprensione delle vicende a noi più prossime, ovvero quale contrappunto critico e banco di prova delle tesi che proveremo a sostenere. Proprio in quest'ottica, nelle pagine che seguono ci occuperemo

¹² Così, ad es., ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsbegriffsdebatte*, cit., p. 576.

¹³ L'espressione è di SINA, *op. cit.*, p. 53, ed è ripresa da HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 61 e da MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 67.

¹⁴ Cfr., *infra*, capp. III e IV.

¹⁵ D'altronde, è quanto mai vero che «senza storia non vi è futuro» (così MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, 2010, p. 193). Sull'importanza dell'indagine storica dei concetti giuridici cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 5; JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, cit., p. 6; SINA, *op. cit.*, pp. 1-2, 88, secondo cui ogni categoria dommatica è, senza la sua storia, inesistente, poiché essa «è la sua storia»; adesivamente AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 2; sulla funzione *lato sensu* critica della storia del diritto cfr. le belle pagine di HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. it. a cura di A. Mazzacane, Bologna, 2003, pp. 11 ss., 20 ss.

innanzitutto di esporre, seppur a grandi linee, la «parabola involutiva»¹⁶ che caratterizzò la teoria del bene giuridico dalle origini al nazionalsocialismo, al fine di comprendere quale fu la sua funzione originaria e, dunque, il significato ‘liberale’ che dai più fu ritenuto ‘immanente’ a quel concetto; passeremo, poi, ad illustrare più specificamente le singole ricostruzioni teoriche che, nel solco di tale prospettiva, furono elaborate dalla dottrina tedesca.

Prima di far ciò, tuttavia, daremo conto di un’opposta chiave di lettura, che ha invece individuato nell’elaborazione del concetto di ‘bene’ un momento di cesura rispetto al pensiero laico e liberale di matrice illuministica: lungi dall’assumere un interesse esclusivamente ‘storiografico’, tale opzione interpretativa pare non di rado ancora oggi essere sottesa – come si vedrà – a quelle impostazioni teoriche tendenti a ridimensionare il ruolo del ‘nostro’ concetto nel diritto penale della contemporaneità, o, più radicalmente, a registrarne un’‘immanente’ vocazione espansiva.

¹⁶ L’espressione è di FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), IX ed., Roma-Bari, 2000, p. 469.

2. Le alterne vicende di un ‘concetto di confine’: genesi e funzioni del concetto bene giuridico e la problematica del suo ‘immanente’ contenuto liberale dalle origini al nazionalsocialismo

Come anticipato, secondo la chiave di lettura prevalente nella dottrina sia tedesca che italiana, il concetto di ‘bene’ (*Gut*) quale oggetto del reato (*rectius*, dell’offesa), coniato in un saggio del 1834 da Franz Birnbaum¹⁷, nonostante le sue sfumature positivistiche¹⁸, sarebbe stato connotato da un «immanente contenuto liberale»¹⁹, affondando le proprie

¹⁷ BIRNBAUM, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1834, p. 149 ss., ora anche in *Zwei Aufsätze*, a cura di J. L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum, Berlin, 2011, p. 1 ss. È opportuno sin da ora sottolineare che, a rigore, in tale opera non compare mai la parola *Rechtsgut* (‘bene giuridico’) ma esclusivamente il sostantivo *Gut* (‘bene’), ovvero, a tutto concedere, l’espressione «*Gut, welches uns rechtlich zusteht*» («bene che giuridicamente ci spetta», *ivi*, p. 172). Pertanto, come più avanti nel testo meglio si vedrà, la diffusa idea secondo cui il ‘padre’ del concetto di bene giuridico sia da individuarsi in Birnbaum è probabilmente corretta nella sostanza, ma sembra peccare per approssimazione: essa può essere accolta esclusivamente a condizione che si sottolinei come nel lavoro di Birnbaum il ‘bene’, ancora prima che giuridico, era considerato innanzitutto un ‘bene dell’uomo’, in quanto a lui fornito dalla natura, ovvero da lui conquistato mediante il suo ‘sviluppo sociale’ (*op. ult. cit.*, p. 176); soltanto poi tale bene sarebbe riconosciuto dal diritto, divenendo così ‘bene giuridico’.

¹⁸ Sull’estrazione politica sicuramente liberale di Franz Birnbaum e sulla sua appartenenza all’indirizzo del positivismo moderato diffusosi in Germania a partire dagli anni Venti dell’Ottocento cfr. l’approfondita indagine di SINA, *op. cit.*, p. 14 ss.; ma v. pure AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 39 ss.; per ulteriori considerazioni sulla teoria di Birnbaum cfr. *infra*, § 2.1.

¹⁹ L’espressione è di RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 156; ma v. già, quasi testualmente, SINA, *op. cit.*, p. 89; cfr., sul punto, gli Autori e le opere citati, *supra*, nota 1. In proposito, l’attributo ‘liberale’ sembra essere utilizzato dalla dottrina italiana in modo polivalente; più specificamente, esso viene adoperato, in un primo e generale senso, per indicare il clima politico-culturale in cui riemerse nel secondo dopoguerra l’attenzione per il concetto di bene giuridico; in un secondo senso, sempre in generale, per riferirsi al concetto di bene giuridico con funzione critico-limitativa; infine, più specificamente, in relazione alla *Zustandstheorie* di JÄGER, *op. cit., passim*, il quale, come si vedrà, tentò di elaborare, in chiave di secolarizzazione e ‘deeticizzazione’ del diritto penale tedesco, un concetto di bene giuridico di natura empirico-materiale e, dunque, dichiaratamente ‘prepositivo’; in tale ultimo senso cfr., ad es., ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 79 ss., il quale condivisibilmente sottolinea come l’aggettivo «liberale» non sia dotato di un significato univoco, variando a seconda dell’aspetto di liberalità su cui si intenda porre l’accento, dell’epoca storica e delle finalità con cui viene utilizzato. Più ambiguo, invece, ci sembra la posizione di FIANDACA, *Il «bene giuridico» come concetto teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 45, che si riferisce a Jäger quale principale esponente dell’indirizzo liberale, al tempo stesso ascrivendolo all’orientamento ‘costituzionalistico’, laddove, in realtà, all’opera dell’Autore è del tutto estraneo ogni riferimento alla Costituzione; il riferimento è, invece, esclusivamente a Jäger in ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletto*, vol. I, Milano, 1991, p. 167 ss.; ID., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 26. Nella dottrina tedesca, invece, per ‘teoria liberale del bene giuridico’ sembra intendersi, in generale, la teoria critica del bene giuridico, anche a prescindere dalla problematica del suo eventuale fondamento costituzionale; in questo senso v., ad es. (riferendosi anche a se stesso) RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 156, che cita il medesimo Jäger come primo sostenitore nel dopoguerra di un siffatto concetto; nello stesso senso pure AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 276, 300 ss.

radici nel clima culturale, filosofico e politico dell'Illuminismo, quale movimento di pensiero che per la prima volta²⁰ emancipò l'universo (non soltanto) giuridico dal suo ancestrale fondamento teocratico, ponendo finalmente l'uomo e le sue ragioni alla base del sistema. A partire da allora, il potere punitivo, lungi dal perseguire finalità metafisiche, si sarebbe giustificato esclusivamente nella misura in cui fosse 'servito' all'uomo. Tale potere, infatti, conformemente alla teoria rousseauiana del contratto sociale²¹, sarebbe conferito dai singoli allo Stato al solo fine e nella sola misura in cui il suo esercizio sia necessario a garantire le condizioni di una pacifica convivenza, preservando l'ordine esterno da azioni socialmente dannose²². In altre parole, compito del diritto penale sarebbe stato esclusivamente quello di tutelare i diritti naturali di libertà che gli uomini, «stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla», per effetto del contratto sociale avevano ceduto, nei limiti della «stretta necessità», al «pubblico deposito», «per goderne il restante con sicurezza e tranquillità»²³.

²⁰ Un primo tentativo di razionalizzazione e secolarizzazione del diritto penale è, però, da individuarsi già nel giusrazionalismo laico della fine del '600, e fu portato avanti soprattutto da Ugo Grozio, con il suo impegno scientifico per il superamento del diritto penale teocratico; sul punto cfr. l'approfondita indagine di MOCCIA, *Carpozov e Grozio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988, *passim*; ma v. pure AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 16.

²¹ Sull'idea del contratto sociale, che lega gli uomini «dal trono alla capanna», e sulle sue 'conseguenze' penalistiche, rimane fondamentale BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Milano, 1991, p. 9 ss. (citaz. a p. 15); sul punto cfr., limpidamente, MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, cit., p. 192 ss.; in Germania particolarmente rilevante fu, inoltre, l'opera del suo traduttore Hommel; cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 16 ss.; ma v. pure le considerazioni di ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción politicocriminal del Proyecto Alternativo* (in *ZStW*, 1969, p. 613 ss.), in *Problemas básicos de derecho penal*, trad. D.M. Luzón Peña, Madrid, 1976, cit., pp. 45-46; RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 154-155; SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutz als Fluchtpunkt*, p. 137 ss. Più specificamente, sulla derivazione della teoria del reato come lesione di un diritto soggettivo dall'idea del contratto sociale (ed a prescindere dalla questione della 'continuità' ideologica della *Rechtsgüterschutz*), cfr., *ex multis*, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 19 ss.; FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 9; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit. p. 60 ss.; SINA; *op. cit.*, p. 9 ss. Sull'idea del contratto sociale di matrice illuministica come sorta di 'punto d'inizio' del 'diritto penale classico' (o anche 'moderno'), quale modello – forse mai realizzato – di tipo garantistico-liberale, cfr. le splendide riflessioni di HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss.

²² Alla necessaria dannosità sociale dei reati si riferiva anche l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 26 agosto 1789, il cui art. 5 recita: «La Legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società». La Costituzione rivoluzionaria francese del 3 settembre 1791, al Titolo I, specificava tale requisito, disponendo, fra l'altro, che «il Potere legislativo non potrà fare leggi che menomino ed ostacolino l'esercizio dei diritti naturali e civili esposti nel presente titolo, e garantiti dalla Costituzione; ma poiché la libertà consiste solo nel poter fare tutto ciò che non nuoce né ai diritti altrui, né alla sicurezza pubblica, la legge può stabilire delle pene contro gli atti che, attaccando o la sicurezza pubblica o i diritti altrui, sarebbero nocivi alla società».

²³ BECCARIA, *op. cit.*, pp. 12-13. Anche il riferimento alla 'stretta necessità' era contenuto nella citata Dichiarazione, il cui art. 8 disponeva: «La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed

La teoria del contratto sociale trovava, così, il proprio referente dommatico nella concezione del reato come lesione di un diritto soggettivo, la cui più compiuta teorizzazione si deve all'opera di Anselm Feuerbach²⁴, alla quale va riconosciuto un duplice, fondamentale significato liberale²⁵. Infatti, tale costrutto teorico presentava innanzitutto un'indubbia valenza critica, poiché, conformemente al suo fondamento contrattualistico, intendeva il diritto soggettivo (nella cui tutela consisteva il compito dello Stato) nella sua originaria dimensione 'naturale', del tutto indipendente dal riconoscimento statale²⁶; essa pareva svolgere, inoltre, un'essenziale funzione dommatica, in quanto la lesione del diritto (oggetto del reato) sembrava specificare e concretizzare quel contenuto di dannosità sociale della condotta, che, solo, giustificerebbe l'attivazione del potere punitivo²⁷ e che dunque indicava l'essenza del reato e, al contempo, la misura della sua gravità. Il contenuto 'liberale' della *Rechtsverletzungstheorie* sarebbe, dunque, da individuarsi nel suo significato di secolarizzazione del potere punitivo e di garanzia dei diritti individuali, in un ragionevole temperamento con le esigenze di tutela della società; in altre parole, nella sua funzione di contenimento della coercizione (penale) statale nei limiti della stretta necessità.

Ora, secondo la chiave di lettura della 'continuità' ideologica, la *Güterlehre* di Birnbaum, benché abbia senza dubbio rappresentato una 'correzione', in chiave ampliativa, della *Rechtsverletzungstheorie* di matrice illuministica²⁸, di quest'ultima avrebbe nondimeno perpetuato il carattere liberale. Il concetto di 'bene', infatti, inteso ancora come oggetto del reato e al tempo stesso quale elemento della realtà fenomenica

evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata».

²⁴ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, XIV ed., Giessen, 1847, rist. Aalen, 1986, p. 45 ss (§§ 21 ss.); Feuerbach non fu, peraltro, né il primo, né l'unico sostenitore dell'idea del reato come lesione di un diritto soggettivo, ma colui il quale vi diede una più compiuta veste sistematica e un'ampia diffusione nella dottrina dell'epoca; sul punto cfr., per tutte, le indagini di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 20 ss. e di SINA, *op. cit.*, p. 10, nota 31. Più recentemente, sottolineano tale circostanza anche GUZMÁN DALBORA, *Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk Johann Michael Franz Birnbaums*, in *Birnbaum. Zwei Aufsätze*, cit., p. 75 ss. e VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in *op. ult. cit.*, p. 102; adesivamente WOHLERS, *Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, in *GA*, 2012, p. 600 ss.

²⁵ Sul punto cfr. le riflessioni di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 20-23; ma v. pure SINA, *op. cit.*, p. 3 ss.

²⁶ Assertivo, ma chiaro, FEUERBACH, *op. cit.*, p. 46.

²⁷ Limpidamente, sul punto, ancora BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 21 ss., 25 ss.

²⁸ A riconoscerlo è, invero, lo stesso SINA, *op. cit.*, p. 24, che pure adotta la chiave di lettura della continuità ideologica. Peraltro, come si vedrà, la *Güterlehre* non fu affatto ampliativa rispetto alla teoria di Feuerbach, in quanto quest'ultima era, in realtà, molto meno critica di quanto alcune sue interpretazioni (sia nella letteratura tedesca che in quella italiana) lascino trasparire.

appartenente all'uomo, che il diritto si limita a riconoscere e tutelare, non sarebbe stato meno idoneo del 'diritto soggettivo', da un lato, ad esprimere il nucleo oggettivo di disvalore del reato e, dall'altro, a limitare l'arbitrio del legislatore nella selezione dei fatti punibili: in questo modo, dunque, anch'esso avrebbe svolto una duplice, essenziale funzione di tutela della libertà dell'individuo.

Nella prospettiva in esame, il concetto di 'bene' avrebbe cominciato a perdere i suoi originari connotati critico-liberali esclusivamente sul finire del secolo²⁹, con il radicalizzarsi delle correnti positivistiche. Ed infatti, il suo contenuto liberale sarebbe stato ancora quanto mai evidente (se non addirittura vivificato³⁰) nell'ambito del positivismo naturalistico di von Liszt³¹ che, sulla scorta dei presupposti teorici della *Interessenjurisprudenz* e in chiara connessione con l'idea di scopo e la teoria della pena³²,

²⁹ Cfr., sul punto, la splendida analisi di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 52 ss., il quale sottolinea come, sul finire dell'Ottocento, del liberalismo illuministico fosse rimasto ben poco. Esso, infatti, venne svuotato della sua sostanza garantistica sotto i colpi di un sempre più imperante positivismo, considerato quale presupposto di una (pretesa) neutralità valutativa ed ideologica della scienza giuridica, che, per accreditarsi come tale, ritenne di dover mettere da parte la speculazione filosofica. A ciò si aggiunsero, da un lato, l'eredità ideologica del Romanticismo e dell'idealismo tedeschi (*in primis* del sistema hegeliano), tendenti ad accreditare lo Stato come entità primaria e fine in sé e, dall'altro, la situazione politico-territoriale della Germania, che impose, ai fini dell'unificazione nazionale, la necessità di un compromesso tra conservatori e liberali. Tutto ciò contribuì ad un progressivo ma inesorabile 'svuotamento' dei contenuti liberali dei concetti e delle categorie giuridiche, che si ridussero a mera forma. L'afflato ancora liberale del positivismo moderato di inizio secolo fu, dunque, definitivamente impoverito, rimanendo così un «liberalismo privo di contenuto» (così AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 59), un liberalismo minimale che, svuotatosi del suo profilo contenutistico, di liberale conservava esclusivamente l'idea e il valore (formale) della certezza del diritto. Un simile liberalismo «corrotto nello spirito» (*ivi*, p. 60) non mancò di incidere, da un lato, sulle teorie generali del reato, di stampo meramente 'naturalistico' e fondate riduttivamente sulla dicotomia interno/esterno, che delle garanzie illuministico-liberali conservarono, oltre alla certezza, soltanto la materialità (è punibile solo ciò che è esterno); dall'altro, sul concetto di bene giuridico, le cui elaborazioni, sempre più positivistiche e idealistico-formali, finirono per accreditarlo come un mero «involucro concettuale» (*ivi*, p. 61). Sulle correnti positivistico-formali dell'epoca cfr., inoltre, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, p. 81 ss., il quale mette in evidenza che, peraltro, a tali correnti se ne affiancavano altre, «volte, tra l'altro, alla valorizzazione del substrato materiale dell'antigiuridicità, quale espressione di un'opzione metodologica generale di tipo teleologico», derivante da von Liszt, e che avrebbero dato vita, poi, all'indirizzo neo-kantiano.

³⁰ Secondo SINA, *op. cit.*, p. 47, fu proprio von Liszt a fare del bene giuridico un concetto centrale nella teoria del reato.

³¹ Sul concetto di 'positivismo naturalistico' cfr. SINA, *op. cit.*, pp. 40 e 49, con ulteriori riferimenti bibliografici; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 61 ss.; sul sistema di von Liszt cfr., tra gli altri CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 60 ss.; sulla teoria del bene giuridico di von Liszt cfr., oltre agli Autori citati, RUDOLPHI, *op. cit.*, pp. 155-156 e nella dottrina italiana, per tutti, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 69 ss.

³² Scontato, sul punto, il richiamo alla celebre espressione lisztiana, per cui la pena è arma a doppio taglio: «Tutela di beni giuridici attuata mediante lesione degli stessi», VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. A. Calvi, Milano, 1962, p. 46.

identificò il bene giuridico nelle condizioni di vita della comunità statale. Il bene giuridico, in quell'ottica, era da individuarsi in un interesse umano, non creato dall'ordinamento, ma a questo preesistente, in quanto scaturente dalla vita e dalle relazioni sociali, che solo successivamente la legge riconosce e tutela, elevandolo più propriamente a «interesse giuridicamente tutelato»³³. Un siffatto carattere prepositivo del bene sarebbe stato, poi, addirittura accentuato allorché egli – a partire dalle edizioni intermedie del suo manuale – lo inserì nel costrutto teorico dell'antigiuridicità materiale³⁴.

Al tempo stesso, però, va detto che il bene sembrò già allora cominciare a perdere quella natura empirico-materiale che – almeno in apparenza – lo caratterizzava nell'opera di Birnbaum. Infatti, non vi è dubbio che proprio con von Liszt cominciò un certo processo di 'idealizzazione' di quel concetto, allorché l'illustre Autore, superando quella sovrapposizione ancora presente sia nell'opera di Birnbaum che in quella di Binding, cominciò più nettamente a distinguere tra bene giuridico e oggetto materiale dell'azione. Sarebbe, infatti, quest'ultimo, e non il bene giuridico, ad indicare la cosa o la persona su cui ricade l'azione umana, e dunque in cui si incarna quella «modificazione o non modificazione del mondo esterno» che integra l'evento del reato; il bene (*rectius*, l'interesse), al contrario, non appartenerrebbe al mondo della causalità e della natura, ma a quello dello scopo (e poi del valore), e come tale sarebbe materialmente inoffendibile, venendo in rilievo soltanto allorché si guardi più al reato non più nel suo significato naturalistico di azione, bensì da un punto di vista teleologico, quale offesa di un bene giuridico. Di offesa del bene, dunque, si potrebbe discorrere soltanto in senso 'figurato'

³³ Cfr. Von LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, p. 133 ss.; in quest'ultimo lavoro egli tentò, peraltro, di precisare l'affermazione circa l'assoluta identificazione di bene ed interesse, affermando che l'interesse è il valore che la modificazione o non modificazione del mondo esterno ha per il suo titolare; bene è, invece, 'ciò' per cui quella modificazione ha valore; l'Autore, tuttavia, precisa immediatamente che 'ciò' non può che essere l'uomo, in funzione del quale vive il diritto; di conseguenza, il bene, in realtà, altro non è che l'esistenza umana, dalle cui diverse forme ha luogo la partizione dei beni giuridici. Pertanto, pur volendo distinguere tra bene ed interesse, nell'esistenza umana quei due concetti ritrovano unità, sicché la distinzione – pur a rigore possibile – assumerebbe, in ultima analisi, uno scarso rilievo (*ivi*, pp. 141-142); criticamente, sul punto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 60, secondo cui l'«interesse» di von Liszt altro non era che un «surrogato naturalistico del diritto soggettivo».

³⁴ Sulla scia delle ricerche del suo allievo Graf zu Dohna sull'antigiuridicità materiale (questa la lettura di SINA, *op. cit.*, p. 51; *contra*, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 85, nota 163, che segnala come la teorizzazione dell'antigiuridicità materiale fosse già compiuta nell'edizione precedente del manuale), a partire dalla 14[°]-15[°] edizione del suo *Lehrbuch*, si trova la celebre frase secondo cui «il contenuto materiale (antisociale) dell'illecito è indipendente dal suo giusto apprezzamento da parte del legislatore. La norma giuridica lo trova, non lo crea» (Von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XIV-XV ed., Berlin, 1905, p. 140).

o traslato. Conformemente al fondamento positivistico-naturalistico del suo pensiero, tuttavia, per von Liszt i due aspetti del reato non ‘vivrebbero’ in due sfere separate, poiché il bene troverebbe sempre una «percepibile incorporazione»³⁵ nell’oggetto materiale. Sicché, nonostante tale (parziale) ‘idealizzazione’, il bene giuridico continuava ad indicare un *quid* di prepositivo³⁶ e per di più di appartenente all’uomo, e dunque avrebbe continuato a vivere di quella medesima duplice dimensione di cui, nella visione lisztiana, vive il reato: quale concetto giuridico (logico-formale) e al tempo stesso quale entità naturalistico-sociologica. Ed è proprio in ragione di tale duplice dimensione che il bene viene considerato un «concetto di confine (*Grenzbegriff*) dell’astraente logica giuridica»³⁷,

³⁵ L’espressione tedesca è «*sinnfällige Verkörperung*» (Von LISZT, *op. ult. cit.*, p. 151).

³⁶ Chiarissimo, sul punto, RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 155, che considera il concetto di bene giuridico di von Liszt quale concetto dichiaratamente critico-liberale; adesivamente, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 71. *Contra*, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 85-86, il quale, sottolineando l’illusorietà dell’idea dell’«incorporazione» del bene giuridico nell’oggetto materiale, la considera un mero espediente teorico, reso necessario dall’idea lisztiana dell’inoffendibilità materiale dei beni giuridici (che, in quanto concetti, sarebbero «immortali»), a sua volta conseguenza di un concetto radicalmente causale di azione (e dunque di offesa); sarebbe proprio il concetto causale di azione, in definitiva, una delle principali cause della «spiritualizzazione» del bene giuridico, che comincerebbe a radicalizzarsi, secondo l’Autore, proprio con von Liszt. AMELUNG, *op. ult. cit.*, pp. 90-91, inoltre, ricorda che nelle ultime edizioni del suo manuale lo stesso von Liszt sembrò di fatto operare una svolta metodologica dalla *Interessentheorie* ad una *Kulturwertlehre* (soprattutto grazie all’influenza di M. E. Mayer), aprendosi cioè ad un metodo orientato ai valori, piuttosto che agli scopi; in effetti, gli stessi neokantiani (tra cui il suo stesso allievo Radbruch) gli rimproveravano la fallacia della sua pretesa di orientare il legislatore mediante le scienze sociali e l’analisi della società e dei suoi interessi, vale a dire di dedurre il dover essere dall’essere (sul punto v. le splendide riflessioni di RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1932) in *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, II ed., a cura di R. Dreier e S. Paulson, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2003, p. 8 ss., spec. p. 13 ss. Peraltro (o a conferma di ciò?), alcuni neokantiani (sulla scia dello stesso Honig), in relazione al problema del bene giuridico tesero a sovrapporre valore e scopo, considerandoli sostanzialmente sinonimi, e videro proprio in von Liszt il precursore del loro concetto metodologico, intendendo la sua teoria del bene come interesse/scopo in chiave interpretativa, anziché (almeno nelle intenzioni) critico-prescrittiva; sul punto cfr. l’analisi di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 133 ss.; sul concetto metodologico, coniato da Honig cfr. *infra*. Infine, sotto diversa angolazione, critico nei confronti della *Interessentheorie* si mostra anche JÄGER, *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁷ Così Von LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes*, cit., p. 139. L’idea del bene giuridico come concetto di confine appare quanto mai coerente con il pensiero di von Liszt, secondo cui politica criminale e diritto penale costituiscono scienze che svolgono compiti diversi, poiché mentre alla prima apparterebbe il ‘compito sociale del diritto penale’, secondo l’idea di scopo, al secondo spetterebbe esclusivamente la funzione di limitare la politica criminale, organizzando i concetti secondo il loro ordine logico, nella costruzione di un sistema unitario e concluso, a garanzia della certezza del diritto e dell’uguaglianza di trattamento. Il diritto penale avrebbe dunque la funzione di tutelare l’autore del reato dai possibili arbitri della politica criminale, e il codice penale rappresenterebbe la ‘*Magna Charta del delinquente*’ (sul punto, per tutti, ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 37-39). Pertanto, nell’ottica di von Liszt è solo con il bene giuridico, inteso, appunto, quale interesse della vita (solo poi) giuridicamente tutelato, che l’idea di scopo ‘entra’, per così dire, nel diritto penale. Una simile idea del bene giuridico non può essere da noi condivisa, avuto riguardo agli ordinamenti giuridici contemporanei, nella stessa misura in cui non può essere condivisa la citata relazione tra dommatica e politica criminale. Infatti, deve ritenersi del tutto superata quella concezione logico-formale della dommatica sottesa a tale visione, sulla base della (ri)scoperta dei suoi significati anche

vale a dire di confine tra diritto e società, dommatica e politica criminale, scienza giuridica e scienze della natura, essere e dover essere, con cui «comincia la trattazione teleologica del diritto e quella logico-formale trova la sua fine»³⁸.

L'originario contenuto liberale del concetto di bene sarebbe stato invece 'inquinato' soltanto allorché quello che ancora nell'opera di Birnbaum era soltanto 'bene', divenne per sempre 'bene giuridico' nella ricostruzione positivista di Binding³⁹. Questi, infatti,

teleologici. In altre parole, dal momento in cui la dommatica penalistica è stata intesa come «sistematizzazione coerente di finalità politico-criminali» (così CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1443), e soprattutto ove quelle finalità trovino corrispondenza in principi di rango costituzionale, la questione del fondamento del potere punitivo e dei suoi limiti, così come quella dell'oggetto della tutela, non costituisce più affatto una questione meta-giuridica, ma rientra a pieno titolo nell'oggetto di indagine della scienza penalistica, nell'ambito della quale dommatica e politica criminale non costituiscono entità separate, ma si integrano l'una con l'altra, delimitandosi ed orientandosi reciprocamente, in un rinnovato modo di intendere proprio la lisztiana *gesamte Strafrechtswissenschaft*; di conseguenza, costituendo il bene giuridico (inteso in senso critico) parametro fondamentale di politica criminale, anch'esso diviene concetto giuridico-penale a pieno titolo. Sui rapporti tra dommatica e politica criminale cfr. spec. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 37 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss.; per un'analisi di convergenze e divergenze con il citato lavoro di Roxin e, in generale, tra l'orientamento costituzionalistico tedesco e quello italiano, ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1989), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 221 ss.; sulla sistematica teleologicamente orientata cfr. pure MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1006 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 26 ss. e *passim*.

³⁸ Von LISZT, *Rechtsgutsbegriff und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, in *ZStW*, 1886, p. 673, citato da SINA, *op. cit.*, p. 50; ma v. pure ID., *Der Begriff des Rechtsgutes*, cit., p. 139 ss.

³⁹ Come accennato, a rigore l'espressione 'bene giuridico' (*Rechtsgut*) non risale a Birnbaum, il quale pur ne viene normalmente considerato dalla dottrina unanime il 'padre', ma (pare) a BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, B. I, IV. Ed. Leipzig, 1922, rist. Aalen, 1965, p. 340. Nell'opera di quest'ultimo, tuttavia, quel concetto assume una rilevanza definitivamente marginale, in quanto in realtà mero accidente nell'impalcatura concettuale formalistica della *Normentheorie* (su cui cfr., per tutti, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 37 ss.). Tramite quel concetto egli credette, tuttavia, di sottrarsi ai rimproveri di 'formalismo' che da più parti gli venivano mossi (*Die Normen*, vol. I, cit., p. 365, in nota); il bene giuridico entrò dunque nel suo sistema, di matrice positivista-formale, quasi come una 'concessione' al pensiero 'materiale' (SINA, *op. cit.*, p. 65, il quale peraltro nota come pure nel sistema del positivismo naturalistico di von Liszt quel concetto rappresentò una 'concessione', ma questa volta al pensiero formalistico; definisce peraltro «irrevocabile» quella 'concessione' BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, p. 65). E proprio in quanto concessione il concetto di bene giuridico acquisì per forza di cose un rilievo del tutto marginale: in primo luogo, l'offesa al bene viene considerata come un momento solo complementare (e in alcuni casi addirittura inesistente) del concetto di illecito, la cui vera essenza consisteva nella lesione del diritto dello Stato all'obbedienza (*Die Normen*, vol. I, cit., pp. 299, 365 ss.), sicché di fatto il bene giuridico (*rectius*, l'interesse – sempre della collettività, e mai individuale – al bene: «Il bene giuridico è sempre bene della collettività, per quanto possa ancora essere apparentemente individuale», *op. ult. cit.*, p. 358) finiva per essere considerato soltanto come il motivo della tutela giuridica (*Die Normen*, vol. I, cit., p. 324 ss.); in secondo luogo, se da un lato Binding continuò a considerare – sulla scia di Birnbaum – come possibili beni giuridici esclusivamente persone, cose o situazioni (*Die Normen*, vol. I, cit., pp. 339, 344), in quanto solo esse erano considerate realmente offendibili, dall'altro egli rimise alla libera valutazione

pur avendogli riconosciuto definitivamente «diritto di cittadinanza nella dommatica penalistica»⁴⁰, lo aveva tuttavia formalizzato, rimettendo l'individuazione del suo contenuto interamente al «giusto apprezzamento» del legislatore, il quale, in tale selezione, sarebbe limitato esclusivamente dalla sua «prudenza» o dalla sua «logica»⁴¹. Infatti, quel concetto da un lato cominciò a non indicare più un *quid* di precedente o comunque di indipendente dalla valutazione legislativa, finendo sempre più per essere identificato, piuttosto, con l'esito di tale valutazione; dall'altro, cominciò a perdere il proprio riferimento alla persona per 'obiettivarsi' nell'ordinamento, assurgendo a bene dello Stato o della comunità. In tale prospettiva, a partire da Binding avrebbe avuto inizio un'inesorabile 'parabola involutiva' della teoria del bene giuridico⁴², poiché il suo positivismo formalistico avrebbe preparato le condizioni di quella «spiritualizzazione»⁴³,

del legislatore la determinazione di ciò che in ultima analisi può essere elevato a bene giuridico, sicché quel concetto, definitivamente formalizzato, cominciò a perdere ogni capacità effettiva di indicare il contenuto materiale dell'illecito: in definitiva, bene giuridico finì per poter essere «tutto ciò che agli occhi del legislatore ha valore come condizione di una sana vita della comunità giuridica, alla cui inalterata ed indisturbata conservazione essa, secondo la sua visione, ha interesse, e perciò, attraverso le sue norme si sforza di preservare a fronte di indesiderate lesioni o messe in pericolo» (*Die Normen*, vol. I, cit., pp. 353-354). Evidente l'estremo formalismo di tale definizione, di cui in realtà appariva consapevole lo stesso Binding, il quale limpidamente riconobbe che «dietro divieto e comando comincia, per colui che cerca l'antigiuridicità, una fitta impenetrabile nebbia» (*Die Normen*, vol. II, cit., p. 161), sicché nella ricerca di un concetto sostanziale di reato (*Die Normen*, vol. II, cit., pp. 159-160) «per noi giuristi rimane soltanto rassegnazione». Per una più approfondita trattazione del concetto di bene giuridico nel sistema di Binding cfr., per tutti, AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.; SINA, *op. cit.*, p. 41 ss.

⁴⁰ Così ARM. KAUFMANN, in *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 69, citato da SINA, *op. cit.*, p. 41, nota 14; adesivamente AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 73.

⁴¹ BINDING, *Die Normen*, vol. I, cit., p. 340.

⁴² Lo stesso FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 470, pur esprimendosi in questi termini, sottolinea, tuttavia, come nel sistema di Binding per bene giuridico si intenda ancora un'entità che, nonostante il suo essere tale «agli occhi del legislatore», «è pur sempre esterna e indipendente dal diritto medesimo», e non si identifica ancora, come sarebbe avvenuto per le correnti teleologico-metodologiche, con la norma o tutt'al più con il suo scopo o valore.

⁴³ Per tutti, HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, cit., p. 82. In proposito, è appena il caso di notare che la siderale distanza del concetto metodologico dall'originario concetto di bene dal contenuto liberale è sottolineata non soltanto – per così dire – 'da sinistra', ma anche 'da destra'. Ed infatti, di «volatilizzazione», «dilatazione» e «spiritualizzazione» parla pure SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., p. 14, ovviamente con l'opposta finalità di sottolineare la continuità soltanto nominalistica del concetto metodologico con il 'vero' concetto di bene giuridico, quello liberale di matrice illuministica; nell'ottica dei giuristi nazionalsocialisti, mettere in evidenza le radici liberali del concetto di bene era funzionale ovviamente a sottolinearne l'inidoneità per il diritto penale del nuovo regime totalitario, orientato non più alla tutela dell'individuo nei confronti del potere punitivo, bensì alla tutela della comunità del popolo (tedesco) e dei suoi valori etici dall'infedeltà dell'individuo, che in quella comunità soltanto trova la sua ragion d'essere, e nella quale egli è immerso, in quanto ad essa legato dai vincoli del sangue e della razza e a cui deve rimanere ad ogni costo fedele. Da ciò discende che nella prospettiva nazionalsocialista è la violazione degli obblighi che legano l'individuo alla comunità l'essenza (o quanto meno l'aspetto principale) del reato, sicché alla luce di tale idea di fondo tutta la dommatica penalistica dovrebbe essere riletta e rifondata, *in primis* mediante uno

«volatilizzazione»⁴⁴, «dematerializzazione»⁴⁵ o «intellettualizzazione»⁴⁶ – che dir si voglia – che avrebbe poi trovato il suo culmine nel concetto metodologico coniato da Honig.

Questi, com'è noto, negò che il bene giuridico potesse essere concepito quale oggetto del reato e dell'offesa e, riducendolo a strumento d'interpretazione teleologica, ebbe a definirlo come lo «scopo, riconosciuto dal legislatore nelle singole disposizioni penali, nella sua formula più breve»⁴⁷. Il bene giuridico, così, divenuto «sintesi categoriale con cui il pensiero giuridico si sforza di comprendere significato e scopo dei singoli enunciati penali in forma compressa»⁴⁸, «abbreviazione dell'idea di scopo»⁴⁹, non designò più l'oggetto della tutela penale, ma venne ridotto a mero costrutto del pensiero giuridico: a partire da quel momento, esso fu trasformato in entità puramente ideale, a valore che addirittura non può essere 'riconosciuto', ma soltanto 'professato'⁵⁰. Ma in tal modo, il concetto liberale di bene giuridico, ridotto a mera forma perché svuotato di un contenuto materiale, smise di essere una «categoria di difesa dei valori liberali, [divenendo] una categoria piuttosto bisognosa, a sua volta, di essere difesa; di essere, cioè, preservata dall'arbitrarietà dei contenuti contingenti che, una volta ridottasi a mera forma...vi potevano essere troppo facilmente introdotti»⁵¹.

«spostamento d'accento» dall'offesa al bene giuridico alla violazione del dovere (*op. ult. cit., passim*; ma soprattutto cfr. quella sorta di 'manifesto programmatico' che è costituito dallo scritto di DAHM e SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, cit., *passim* e spec. p. 40 ss.). Questi, in estrema e approssimativa sintesi, i presupposti e gli orientamenti ideologici del diritto penale nazionalsocialista; *amplius*, sul punto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 216 ss.; SINA, *op. cit.*, p. 70 ss.; nella dottrina italiana cfr., per tutti, BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., p. 48 ss.; per una chiara sintesi, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013, p. XXXIX.

⁴⁴ SINA, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁵ JÄGER, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Problems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94.

⁴⁸ Ancora HONIG, *ibidem*, ove si aggiunge che il bene altro non sarebbe che «il cardine attorno al quale ruota il significato di disvalore dell'agire delittuoso»; si riconosce, inoltre, chiaramente, che «proprio in quanto sintesi, l'oggetto della tutela è soltanto un prodotto della concettualizzazione. Detto altrimenti, gli oggetti della tutela non esistono in quanto tali, ma acquistano vita soltanto allorché noi prendiamo in considerazione i valori della comunità come oggetti di scopo delle norme penali».

⁴⁹ Sulla scia della concezione metodologica di Honig, questa la celebre ed icastica definizione di GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1930, p. 8.

⁵⁰ Così HONIG, *op. cit.*, p. 8.

⁵¹ Così, magistralmente, BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., p. 68, il cui lavoro è teso ad una revisione della tradizionale opinione secondo cui le radici scientifiche e culturali del diritto penale totalitario (nazista) sarebbero da ricercarsi nel positivismo degli orientamenti formalistico-positivistici di fine Ottocento ed inizio Novecento; rovesciando radicalmente tale impostazione, l'illustre Autore mira a dimostrare come, al contrario, siano stati i penalisti neokantiani, col loro metodo teleologico orientato ai valori (e dunque radicalmente antiformalistico) ad aver in qualche modo 'preparato' il terreno al diritto penale autoritario, 'svuotando' le categorie penalistiche classiche dei loro tradizionali contenuti

Ed invero, come la storia ci ha tragicamente dimostrato, i contenuti etici illiberali in quel vuoto involucro concettuale sarebbero stati ben presto introdotti. Schwinge e Zimmerl, infatti, nella loro infiammata polemica con la *Kieler Schule*⁵², radicalizzarono

di garanzia (*ivi*, spec. p. 61 ss.), ed aprendo così le porte alla loro successiva, definitiva eticizzazione e soggettivizzazione – se non addirittura al loro definitivo dissolvimento – ad opera del diritto penale nazionalsocialista. Per una diversa valutazione del metodo dell'orientamento ai valori delle correnti penalistiche neokantiane, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 65 ss., spec. p. 73 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 201 ss.; *amplius*, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 167 ss., spec. p. 176 ss., che pure riconosce in alcune di quelle teorizzazioni elementi problematici, soprattutto con riferimento a quell'orientamento neokantiano di stampo più marcatamente 'eticizzante'. Sul punto v., inoltre, SINA, *op. cit.*, p. 70 ss., che pure sottolinea la confluenza, nel diritto penale nazionalsocialista, da un lato, di elementi positivistico-statalistici, risalenti al formalismo bindinghiano, e, dall'altro, di contenuti etici irrazionalistici, che affondavano al contrario le proprie radici in alcune correnti teleologiche. Peraltro, CAVALIERE, *op. loc. ult. cit.*, riconoscendo all'interno dell'ampio ed antiformalistico indirizzo neokantiano un orientamento più marcatamente eticizzante e un altro, di tipo teleologico-positivistico, considera errata la prospettiva che vede l'esperienza neokantiana come un'esperienza antipositivistica; gli aspetti problematici di quell'indirizzo riguardano invero non certo il metodo, bensì i valori di riferimento nella costruzione del sistema, talvolta problematici.

⁵² Com'è noto, tra la *Marburger Schule* di Schwinge e Zimmerl (di impronta neokantiana) e la *Kieler Schule* di Schaffstein e Dahm (di dichiarata fede nazista) nacque, verso la metà degli anni Trenta, un acceso dibattito sul metodo, soprattutto a proposito del ruolo da riconoscere al bene giuridico nel 'nuovo diritto penale' eticizzante ed anti-individualistico. Mentre la prima difendeva quel concetto, benché nella sua (ridotta) funzione metodologica, sostenendo che, in quanto precipitato dommatico dell'idea di scopo, meglio avrebbe potuto servire gli interessi dello Stato nazionalsocialista, i secondi lo rigettarono *in radice*, identificando piuttosto l'essenza del reato di volta in volta nel 'tradimento' (soprattutto Dahm), nella contrarietà dell'atteggiamento interiore, nella violazione dell'obbligo di fedeltà (*Treupflicht*) alla comunità (ancor prima che allo Stato). In seguito a tale accesa disputa, tuttavia, negli ultimi scritti anche DAHM (*Der Methodenstreit*, cit., p. 230 ss.; ma v. già SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., pp. 20, 22), dovette riconoscere un (pur marginale) ruolo al bene giuridico, 'limitandosi' a richiedere uno «spostamento d'accento» sulla violazione dell'obbligo, sul presupposto che l'offesa al bene non costituisce né l'unico, né il più importante fattore che determina il contenuto di disvalore del reato (cfr. ancora DAHM, *Der Methodenstreit*, cit., p. 235). Ma v. pure MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1938, p. 675 ss., spec., pp. 696 ss., secondo cui tanto l'idea di tutela, quanto quella del bene giuridico (poiché «il 'bene giuridico' sta e cade con l'idea di tutela»), sarebbero irrinunciabili anche per il metodo della «*Ganzheitsbetrachtung*» propugnato dal 'nuovo diritto penale'; egli, tuttavia, adottava un concetto di bene alla cui individuazione concorrevano tutti gli elementi di fattispecie, comprese le modalità della commissione del reato, i mezzi, l'atteggiamento interiore, ecc. (*ivi*, p. 697), ma, diversamente da Schwinge e Zimmerl, ne rigettava la riduzione 'metodologica' a strumento d'interpretazione della fattispecie; inoltre, non soltanto riconosceva espressamente la 'spiritualizzazione' del concetto che così si veniva a verificare, ma addirittura la rivendicava (*ivi*, p. 697); un ragionamento analogo nella dottrina italiana sembra essere quello di PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, 407 ss. (ma sul concetto onnicomprensivo di bene giuridico nella dottrina italiana cfr., *amplius*, cap.II). In questa sede è appena il caso di sottolineare che le interpretazioni del lavoro di Schwinge e Zimmerl (*Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*) sono radicalmente discordanti in dottrina, sia per quanto riguarda l'autenticità della loro pur dichiarata adesione al nazionalsocialismo, sia in relazione al ruolo storicamente e oggettivamente svolto dal loro concetto teleologico-metodologico (a prescindere dalle loro effettive intenzioni). Quanto al primo aspetto, a fronte del diffuso rimprovero di aver 'spiritualizzato' il bene giuridico, non manca chi, al contrario, ha riconosciuto loro il merito di averne conservato quanto meno il nome, nel tentativo reale, oltre le dichiarazioni ufficiali, di 'salvare il salvabile' dagli attacchi della dottrina nazista, di determinare una continuità, almeno nelle forme, con il diritto penale 'classico' e con l'idea, «leggera ma ferma», di «tutela, l'idea che il diritto penale abbia la funzione di *tutelare* – foss'anche, in prima linea i valori del regime – e *non* (come una nuova,

l'impostazione di Honig e, dopo averlo 'svuotato' del suo originario contenuto liberale, poterono 'riempirlo' dei 'valori' dello Stato etico totalitario e del suo «nuovo diritto penale»⁵³, con la sua buona dose di aberranti parole d'ordine ed entità mitiche e mistiche quali il popolo, la razza, il sangue, l'intraducibile *Deutschtum*. Ma è evidente che, a quel punto, del bene giuridico era rimasto soltanto il nome⁵⁴, poiché il suo contenuto era stato definitivamente 'pervertito'.

In una simile prospettiva 'storiografica' è dunque più agevole comprendere perché, quando il ritorno della democrazia impose la ricostruzione di un diritto penale del fatto di matrice liberale, sia stato naturale pensare al concetto di bene giuridico. Fu, dunque, in un'ottica, anche forse 'simbolica', di ritorno alle origini illuministico-liberali del diritto penale moderno, che la prevalente dottrina tedesca del secondo dopoguerra pose nuovamente quel concetto al centro del dibattito penalistico, nel tentativo di restituirgli

ma terrificata *religio*) di educare, di correggere, di modellare le coscienze, come sognavano i cantori del nuovo Walhalla» (così, splendidamente, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 34, in nota); da una prospettiva diversa cfr. pure ENGISCH, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, in *MSchrKrimBio*, 1938, p. 134, che riconosce a Schwinge e Zimmerl «coraggio» e «buona coscienza» (nazional-socialista, però), per aver contrastato le tesi della *Kieler Schule*. Quanto agli eventuali 'meriti storici' del concetto metodologico, da un lato vi è chi, aderendo all'idea della continuità ideologica tra il concetto di bene e la tradizione illuministica, valorizza l'iniziale, radicale avversione della dottrina nazional-socialista al concetto di bene giuridico, considerandola la più chiara 'prova' del suo contenuto immanentemente liberale. Dall'altro lato, l'opposta chiave di lettura, che vede nel concetto di bene un tradimento degli ideali illuministici, è più incline a valorizzare il successivo riconoscimento persino da parte della *Kieler Schule* del concetto di bene giuridico, e vede proprio in tale circostanza la prova inconfutabile del suo essere un concetto formale contenutisticamente neutro, 'buono per tutte le stagioni' in quanto sin dalle origini prodotto di un modo di pensare 'positivistico'. La letteratura sul tema è vastissima; per uno sguardo d'insieme cfr., oltre alla bibliografia citata alla nota precedente, JÄGER, *op. cit.*, p. 23 ss. e SINA, *op. cit.*, p. 70 ss. per la prima impostazione; per la seconda, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 130 ss., 216 ss.; ma cfr. pure la citata, (e coeva) recensione di ENGISCH, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken*, cit., p. 133 ss., spec. p. 137 ss.

⁵³ Così SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., p. 21, che contrappone il vecchio diritto penale liberale di stampo individualistico al «nuovo diritto penale» nazional-socialista (in alternativa definito come «il diritto penale che verrà», orientato, invece, all'idea di comunità, nella quale «...non sussiste alcuna sfera individuale» (*ivi*, p. 10)

⁵⁴ Al di là di ogni possibile valutazione del lavoro di Schwinge e Zimmerl, non può ad ogni modo nascondersi che l'identificazione del bene/scopo con il 'valore' e la speculare indicazione della «coscienza della comunità» (*Bewußtsein der Gemeinschaft*) e delle «rappresentazioni popolari» (*Volkssanschauungen*) quali fonti del giudizio di disvalore sotteso alla previsione di una fattispecie penale è già limpidamente presente nel citato, fondamentale lavoro di HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, cit., p. 92 ss.; sin dalla sua nascita il concetto metodologico appare, così, orientato all'instaurazione di una supremazia della comunità (o dello Stato) sull'individuo (non a caso il lavoro di Honig ha ad oggetto il consenso dell'offeso), quando non addirittura ad una prospettiva eticizzante. Più in generale, riconosce una certa diffusione, nell'ambito delle teorizzazioni neokantiane, dell'idea dello Stato come valore supremo CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 179 ss.; ma v. pure, analogamente, BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., p. 56, che in rapporto ad alcuni di quegli orientamenti discorre di una «costruzione di una gerarchia di valori culminante nell'idea di Stato».

quell'intimo, primigenio contenuto liberale che prima il positivismo formalistico e poi il nazionalsocialismo gli avevano sottratto.

Più specificamente, sotto il profilo dommatico, porre l'accento su quel concetto significava prendere espressamente posizione a favore di una soluzione oggettivistica circa la problematica del concetto materiale di illecito penale e del rapporto tra disvalore d'evento e disvalore d'azione. Tale questione, a seguito non soltanto dei feroci attacchi della *Kieler Schule*, ma anche delle versioni più radicali della teoria del *personales Unrecht*⁵⁵, ancora non aveva trovato una chiara e definitiva soluzione, ed anzi costituiva uno dei più rilevanti interrogativi che il dibattito scientifico precedente lasciava in eredità al dopoguerra⁵⁶. In altre parole, sotto tale profilo, la funzione liberale di un concetto di bene giuridico (nuovamente) inteso come oggetto del reato (*id est*, della tutela) stava nella sua capacità di contribuire ad esprimerne una nozione 'sostanziale', il cui nucleo fondante di disvalore si condensasse attorno al disvalore d'evento, in chiara contrapposizione, da un lato, al positivismo formalistico avalutativo e, dall'altro, a quelle tendenze soggettivizzanti che ancora nel secondo dopoguerra animavano parte della dottrina tedesca⁵⁷.

⁵⁵ Per uno schizzo riassuntivo del dibattito postwelzeliano sulla struttura dell'illecito cfr. GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale* (1979), trad. it. F. Angioni, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 ss.; ma v. pure, per una più ampia analisi critica di tali teorizzazioni e per un'energica riaffermazione dell'insostituibile ruolo del disvalore d'evento, il magistrale lavoro di MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, *passim* e spec. 1 ss., 77 ss.; sull'importanza del disvalore d'evento cfr. pure le acute riflessioni di MARX, *op. cit.*, pp. 71-72; su alcuni aspetti problematici delle teorizzazioni dello stesso Welzel, cfr. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 1476 ss.; *amplius*, ID., *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 238 ss.

⁵⁶ Sul nesso tra teoria del bene giuridico e questioni inerenti alla struttura dell'illecito ancora aperte nell'immediato dopoguerra, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 252 ss. Evidente è la finalizzazione del concetto di bene giuridico ad una fondazione oggettiva dell'illecito penale nei lavori di JÄGER, *op. cit.*, p. 9 e spec., pp. 18 ss., 23 ss., ma, soprattutto, di SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, a cura di Bettermann – Nipperday – Scheuner, Bd. III, Hb. II, Berlin, 1959, p. 913 ss. Tuttavia, bisogna sottolineare che sul concetto di bene giuridico e sul suo ruolo nella struttura del reato nella ricostruzione di Welzel sussistono opinioni discordanti in dottrina. A fronte di un'interpretazione, che vuole Welzel come colui che tentò (soprattutto nel lavoro *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, p. 505 ss., spec. p. 515) di rivitalizzare il ruolo del bene giuridico nella struttura del reato, da un lato distinguendolo dall'oggetto materiale dell'azione e, dall'altro, riconciliandolo con l'idea della tutela per mezzo della teoria dell'azione finalistica e dell'adeguatezza sociale, mediante la loro ricostruzione come beni 'in funzione', sussiste una linea di pensiero opposta, che legge nella sua opera un tentativo di superamento dell'idea della tutela dei beni giuridici come fondamento e parametro giustificativo dell'intervento penale, a favore dell'attribuzione al disvalore d'azione del ruolo di elemento fondante l'illecito, nella visione di un diritto penale come strumento di tutela dei valori etici della comunità e, dunque, come strumento di contrasto ad una *Gesinnung* antisociale; per una sintetica ricostruzione cfr., per tutti, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 165 ss., 252 ss.; JÄGER, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵⁷ Sul punto cfr. JÄGER, *op. cit.*, pp. 23 ss.; SINA, *op. cit.*, p. 97; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 252 ss.

Sotto il profilo politico-criminale, invece, il contenuto liberale del concetto di bene giuridico fu probabilmente ancor più evidente, in quanto esso fornì uno straordinario fondamento teorico alle aspirazioni (innanzitutto politiche) di riforma della legislazione penale coltivate da quella parte più progressista della dottrina tedesca impegnata nella redazione dei (o che comunque si riconobbe nei) progetti alternativi di codificazione. Lo stretto legame tra bene giuridico e riforma della legislazione fu oltretutto particolarmente evidente in materia di reati sessuali, il cui catalogo era ancora in buona parte ispirato ad una concezione eticizzante del diritto penale, che non fu superata neppure dal progetto governativo del 1962 (*E* 1962)⁵⁸. In quest'ambito la spinta riformatrice sfociò nella redazione di un progetto alternativo (*AE* 1968), che svolse anche un ruolo non secondario di contrasto alle scelte incriminatrici del progetto governativo, risultando poi decisivo per la riforma del 1969 (con la modifica, tra gli altri, dell'odioso § 175 *StGB*), e

⁵⁸ In argomento è scontato il richiamo al già citato lavoro di JÄGER, *op. cit.*, *passim* e spec. p. 29 ss.; sull'ottica eticizzante del progetto governativo in materia di reati sessuali cfr. MARX, *op. cit.*, p. 12 e, più recentemente, ancora ROXIN, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in *GA*, 2013, pp. 436-437, 444-445, pure per la persistente rilevanza del concetto di bene anche in ordine ad alcune fattispecie, in materia di delitti sessuali, ancora vigenti nell'ordinamento tedesco (*ivi*, pp. 451 ss.). Il progetto governativo del 1962 era ispirato ad opzioni teorico-culturali quanto mai obsolete. La sua impostazione di base era di tipo fondamentalmente retributivo ed eticizzante; basti pensare che esso non riproponeva, ad esempio, la vergognosa fattispecie di cui al § 175, che incriminava i comportamenti omosessuali, anche privati, tra adulti, condotta che veniva addirittura qualificata, nella relazione di accompagnamento, come «riprovevole secondo la convinzione generale». Peraltro, addirittura il Tribunale costituzionale federale, con una decisione del 1957 (*BVerfGE* 6, 389 ss.), aveva considerato quella fattispecie costituzionalmente legittima proprio in quanto, tra l'altro, la condotta omosessuale «viola la legge morale», che l'*Art. 2.1 GG* eleva (accanto ai 'diritti altrui' e all'«ordine costituzionale») a limite dello 'sviluppo della personalità' umana; il § 175 fu poi modificato soltanto nel 1969 con la prima legge di riforma del diritto penale (1. *StrRG*), poi nuovamente nel 1973 e definitivamente abrogato soltanto successivamente alla riunificazione, nel 1994, atteso che la *DDR* aveva già provveduto in tal senso nel 1988. Più in generale, proprio l'aspirazione ad una riforma dei delitti 'contro la morale' determinò una rinnovata, animata discussione sul concetto di bene giuridico nel secondo dopoguerra, funzionale a rigettare quella risalente contaminazione tra etica e diritto, che aveva caratterizzato fortemente anche l'esperienza nationalsocialista. Criticamente rispetto al progetto del 1962, soprattutto rispetto al § 175, ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal (Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966), in *Problemas básicos de derecho penal*, trad. D.M. Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 23; anche dopo la riforma del 1969, RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 165 ss. Riconoscono espressamente una stretta connessione tra 'riscoperta' del bene giuridico e questione della riforma del sistema penale, soprattutto in materia di delitti sessuali, ad es., MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln – Berlin – Bonn – München, 1972, pp. 1, 84 ss.; ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., p. 576; sul collegamento tra rinnovata attenzione al bene giuridico nella dottrina tedesca e riforma del codice penale, ma scettico sulla sua efficacia, cfr., nella dottrina italiana, FIANDACA, *Il «bene giuridico» come concetto teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 42; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 167 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1193; STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 1, 6.

poi per quella del 1973⁵⁹. Ma anche al di là dei reati ‘contro la morale’ e della problematica della secolarizzazione, quanto mai chiara era l’opzione politico-criminale, (e prima ancora politico-ideologica) sottesa al § 2 dell’*Alternativ-Entwurf* della parte generale (*AE* 1966), a mente del quale «compito del diritto penale è la tutela di beni giuridici»⁶⁰: quasi un manifesto programmatico del nuovo corso che si intendeva imprimere alla legislazione penale, un contrappunto ‘ideale’ di quel § 2 dello *StGB* risultante dalla novella nazionalsocialista del 1935, che, identificando di fatto il nucleo centrale di disvalore di ogni reato nella contrarietà al «sano sentimento del popolo» (*gesundes Volksempfinden*)⁶¹, di converso individuava nella sua tutela il compito fondamentale del diritto penale, facendolo assurgere così ad una sorta di macro-bene capace di ‘inghiottire’ tutto ciò che il *Führer* dichiarava essere ‘sano’, o che il giudice ‘intuisse’ come tale.

In altre parole, il concetto di bene giuridico avrebbe dovuto costituire il perno assiologico di riferimento di un sistema penale e di una sistematica del reato costruiti sul fatto e sulla sua essenziale funzione di ‘selezione’, appunto – non di autori o di atteggiamenti interiori, ma – di aggressioni afferrabili a beni giuridici⁶². La funzione liberale del concetto di bene giuridico stava, in ultima analisi, nella sua capacità di contribuire ad una definitiva emancipazione del diritto penale non soltanto da tendenze religiose o eticizzanti, ma anche da quelle ipoteche di tipo ‘misticheggiante’, spirituale o irrazionale, cui, nell’abisso del mito totalitario, era stato sottoposto: la comunità del popolo, il sangue, la razza, lo spirito tedesco. Riportare il bene giuridico al centro della discussione penalistica assumeva, in definitiva, un significato anche – per così dire –

⁵⁹ Sul punto, per tutti, già ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., pp. 40-42; più di recente ID., *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., p. 576 e, soprattutto, ID., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff*, cit., pp. 436-437.

⁶⁰ Sul progetto alternativo della parte generale, per tutti, ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., *passim* e, spec. in relazione al § 2 dell’*AE*, p. 45 ss.; anche per ulteriori approfondimenti sulle riforme che interessarono la legislazione tedesca in quell’arco temporale, MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L’Alternativ-Entwurf e l’esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984, pp. 71 ss., 88 ss.; v. pure, sinteticamente, ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 116 ss.; MAIWALD, *L’evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993, p. 13 ss.

⁶¹ Su tale concetto, sui suoi rapporti con l’idea dell’etica della comunità e con la teoria del tipo d’autore nel diritto penale dell’atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*), oltre che sui relativi riflessi sulla legislazione e l’interpretazione della legge cfr., per tutti, lo stesso DAHM, *Der Methodenstreit*, cit., pp. 250 ss.

⁶² Sul rapporto tra la funzione selettiva e di garanzia del fatto e il bene giuridico, quale suo necessario «correlato assiologico», cfr. le dense pagine di MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1203 ss., 1207 ss.; analogamente, BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 250; ma v. pure, sul ‘diritto penale del fatto’ inteso come ‘diritto penale del bene’, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 119.

simbolico, in quanto, forse come pochi altri, quel concetto era stato «combattuto a viso aperto»⁶³ dalla dottrina nazionalsocialista, che – quasi ad ulteriore conferma del relativo contenuto intrinsecamente liberale⁶⁴ – in esso vedeva il condensato teorico di una visione liberale e ‘borghese’ dei rapporti tra individuo e Stato, del tutto inadatto a supportare la nuova ‘sensibilità’ giuridica totalitaria ed il suo mito illiberale della ‘comunità’.

Le aspirazioni riposte nel concetto di bene giuridico furono, dunque, notevoli ed ambiziose. Oltre le peculiarità di ciascuna ricostruzione, un aspetto fu chiaro a tutti sin da subito: per poter assolvere a simili obiettivi, la teoria del bene giuridico doveva operare un ‘ritorno alle origini’ liberali, allorché con quel concetto ancora si indicava un *quid* di sostanziale, precedente la valutazione legislativa: soltanto un concetto di bene che non si esaurisse nel (o che comunque fosse esclusivamente tratto dal) dato legislativo, ma che in qualche modo rimandasse ad una realtà sociale preesistente al diritto avrebbe potuto fungere da parametro limitativo del potere statale e, al tempo stesso, da oggetto dell’offesa. Le ricostruzioni che di qui a breve illustreremo non differiscono, pertanto, in rapporto alla ricerca di tale contenuto ‘prepositivo’, bensì soltanto per il metodo impiegato e per la fonte in cui tale contenuto viene ricercato.

⁶³ L’espressione è di STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 4.

⁶⁴ Utilizzano questo argomento, in particolare, SINA, *op. cit.*, pp. 84 e 89; JÄGER, *op. cit.*, p. 9 e, più di recente, SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen*, cit., p. 143. A sostegno dell’impossibilità di qualsivoglia funzione critica nella «prospettiva tradizionale» (*id est*, precedente la Costituzione) peraltro lo stesso ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 87, afferma che i nazionalsocialisti lo combatterono non certo perché concetto critico (caratteristica che d’altronde quel concetto non possedeva neppure presso i neokantiani), ma «per la sua diretta o indiretta funzione garantistica e oggettivistica, contrastante con l’ideale di soggettivizzazione allora ormai imperante». Considera un ‘equivoco’ l’avversione nazionalsocialista al bene giuridico, invece, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 160; adesivamente, sottolineando come, peraltro, tale equivoco abbia giovato al concetto di bene giuridico nel secondo dopoguerra, VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, trad. it. M. Donini, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 61.

2.1. Un dissenso ‘su tutto il fronte’: il bene giuridico come elemento di annebbiamento romantico del razionalismo illuministico

Come si è accennato in apertura del presente lavoro, la chiave di lettura appena illustrata, benché prevalente, non è, tuttavia, unanime in dottrina. È stata, infatti, avanzata anche un’opposta interpretazione circa le matrici ideologiche della *Güterlehre* di Birnbaum, secondo cui sin dalle origini il concetto di bene giuridico sarebbe stato portatore di istanze espansive dell’ambito del penalmente rilevante⁶⁵, e si sarebbe dunque caratterizzato per una funzione ‘legittimante’, piuttosto che critico-limitativa. Secondo tale punto di vista, le ricostruzioni sinora analizzate cadrebbero nell’errore di dedurre, dall’estrazione politica sicuramente liberale di Birnbaum⁶⁶, il carattere liberale anche della sua teoria del ‘bene’, finendo così per darne quasi per scontata la continuità rispetto ai presupposti teorici dell’Illuminismo penale⁶⁷. Al contrario, un’approfondita e ‘serena’ indagine della

⁶⁵ Si tratta dell’idea che percorre l’intero lavoro, più volte citato, di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., *passim*, il quale, ritenendo per tale ragione opportuno un abbandono del concetto di bene giuridico, nella *pars construens* della ricerca propone di ‘ritornare’ all’idea illuministica della dannosità sociale, che tenta di rifondare alla luce delle teorie sociologiche di stampo funzionalistico; tale lettura è, più di recente, confermata dallo stesso AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, cit., p. 155 ss., ove l’Autore riconosce al ‘postulato’ del bene giuridico la sola funzione di esigere che le norme penali siano poste a tutela di un’‘utilità’, la cui individuazione è, peraltro, rimessa al legislatore (ovviamente nei limiti della Costituzione); specularmente, quel ‘dogma’ consentirebbe esclusivamente di de-legittimare norme completamente ‘inutili’, svolgendo così una limitatissima funzione critica; pertanto, l’Autore ritiene del tutto fuori luogo i ripetuti riferimenti ad una ‘crisi’ del bene giuridico, poiché le aspettative che la dottrina, a partire dal dopoguerra, ha riposto in quel paradigma, sarebbero state del tutto ingiustificate. Infine, l’Autore insiste nella sua proposta di sostituire il concetto di bene giuridico con una più solida ‘teoria del danno sociale’ (*Sozialschadenslehre*), da individuarsi nella teoria dei sistemi sociali, che riconosca alla sanzione penale la funzione di tutelare (non beni giuridici, ma) l’‘effettiva vigenza’ (*faktische Geltung*) delle ‘norme di condotta’ (*Verhaltensnormen*), analogamente alla *Normgeltungstheorie* di Günther Jakobs. Sulle radici positivisticoromantiche del concetto di bene e sulla sua forza espansiva, piuttosto che critico-limitativa, adesivamente, FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 15 ss.; piuttosto scettico anche HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, cit., p. 82 (ma con accenti diversi, ci sembra, in HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 41 ss.); un più forte scetticismo di fondo sembra animare le riflessioni di DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 4 ss., allorché egli afferma che del bene potranno pure essere concepite funzioni liberali o costituzionalmente orientate, con funzione critico-limitativa, ma si tratterebbe di «funzioni che si collocano, peraltro, accanto alla funzione classificatoria-dogmatica del bene, che rimane, con la sua anima più legittimista-descrittiva» (*ivi*, p. 6); più moderatamente, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, p. 20 ss., in nota; interlocutorio, ci sembra, invece VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit., p. 60 ss.

⁶⁶ Lo stesso AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 39, nota 9 riconosce le idee fondamentalmente liberali di Franz Birnbaum.

⁶⁷ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 23, in nota, muove a coloro che deducono dall’estrazione liberale di Birnbaum e dagli afflatti critici che pur percorrono in larga parte la sua opera, la funzione

letteratura penalistica di lingua tedesca dimostrerebbe che ‘tutela di diritti soggettivi’ e ‘tutela di beni giuridici’ non sono espressioni ideologicamente, contenutisticamente e funzionalmente equivalenti⁶⁸, in quanto il clima culturale in cui venne alla luce l’idea del bene giuridico sarebbe stato quello del Romanticismo tedesco, che già verso i primi anni dell’Ottocento, con le sue tendenze storicistiche – quando non addirittura irrazionalistiche e intuizionistiche – aveva fatto irruzione nella scienza giuridica, non risparmiando neppure quella penalistica⁶⁹. A quell’epoca, invero, cominciava a diffondersi una sempre maggiore attenzione ai contenuti del diritto positivo, derivante da una crescente insofferenza nei confronti del ‘dottrinarismo’⁷⁰ e delle tendenze speculative di matrice razionalistica e giusnaturalistica proprie delle dottrine illuministiche – come la *Rechtsverletzungstheorie* – considerate sideralmente distanti dalla prassi dei sistemi punitivi e dalla realtà della legislazione storicamente data. Il concetto di bene sarebbe, allora, figlio di tale epoca, tipico prodotto dommatico del positivismo giuridico, benché ancora moderato, della prima metà dell’Ottocento⁷¹ e, nonostante le finalità sicuramente liberali del suo primo sostenitore, sin dalla sua origine avrebbe supportato la svolta restauratrice di fine secolo, con i suoi obiettivi politici anti-illuministici e, in definitiva, sostanzialmente illiberali.

Più specificamente, quel concetto avrebbe innanzitutto svolto la funzione di fornire un fondamento teorico a fattispecie, come quelle poste a tutela della religione o della morale, che non si giustificavano in base alla *Rechtsverletzungstheorie* e che nondimeno erano presenti negli ordinamenti dell’epoca⁷². Birnbaum, in effetti, riconobbe espressamente l’ammissibilità di quei reati, in quanto necessari alla tutela del fondamentale «bene comune» (*Gemeingut*) della «somma delle convinzioni morali e religiose del popolo»⁷³. La teoria del bene, dunque, in quanto capace di ‘giustificare’ e ‘spiegare’ anche simili

critico-liberale anche della sua teoria del bene, la critica di incorrere in una tipica ‘fallacia di divisione’, che «consiste...nel credere che ciò che è predicabile di un tutto debba anche essere predicabile per ognuna delle singole parti»; ma analogamente cfr. già AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 11.

⁶⁸ Sul punto, sin dalle prime pagine, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 2.

⁶⁹ Individua una stretta connessione tra cultura romantica, irrazionalismo e teoria del bene giuridico, in funzione anti-illuministica, ancora AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 11, 38, 52 ss.

⁷⁰ Sull’accusa di ‘dottrinarismo’ mossa da Mittermayer a Feuerbach, ma anche, più ampiamente, sulla generale ‘insofferenza’ nei confronti della *Rechtsverletzungslehre*, v. AMELUNG, *op. ult. cit.*, pp. 39 ss.; SINA, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁷¹ Sull’indirizzo positivistico-moderato sviluppatosi in Germania a partire dagli anni Venti dell’Ottocento, e sull’inquadramento, nell’ambito di quest’ultimo, di Birnbaum e della teoria del bene come oggetto del reato, per primo, SINA, *op. cit.*, p. 14 ss.

⁷² Sul punto cfr. *infra* § 2.1.1 ss.

⁷³ BIRNBAUM, *op. cit.*, pp. 178-179.

incriminazioni, avrebbe senz'altro guadagnato, rispetto alla teoria del diritto soggettivo, un'indispensabile funzione dommatica, ma lo avrebbe fatto a definitivo discapito di quella critica⁷⁴: il concetto di bene sarebbe, infatti, «così ampio, da coprire ogni entità...uomini e buon costume, cose e timore di dio»⁷⁵. Risulterebbe, allora, del tutto paradossale che la dottrina del secondo dopoguerra, al fine di bandire dal diritto penale i reati sessuali e quelli contro la morale, abbia creduto di poter far ricorso proprio a quel concetto che ideologicamente e storicamente aveva svolto la funzione di legittimarli⁷⁶.

In secondo luogo, la teoria del bene, appellandosi alla 'ragione' o ad una non meglio definita 'natura delle cose'⁷⁷, non si fonderebbe su di una solida base filosofica, né su di una chiara teoria politica dello Stato. In questo modo, essa costruirebbe una teoria del reato priva di un adeguato legame con la preesistente realtà sociale, perdendo di vista l'aspetto organizzativo della società. Il concetto di bene, infatti, prenderebbe in considerazione il fatto di reato in quanto 'elemento' isolato, trascurando il piano dei suoi effetti sulla pacifica convivenza, che invece costituiva il principale presupposto teorico della teoria del diritto soggettivo. Da Birnbaum in poi, infatti, 'socialmente dannoso'

⁷⁴ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 23 in nota, parla di «prezzo pagato (di buon grado) da Birnbaum a favore del momento dommatico e a scapito di quello critico»; l'Autore riconosce, inoltre, che «una portata critica della teoria può con qualche fatica riconoscersi al solo Liszt» (*op. ult. cit.*, p. 20, in nota 2); anche MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 67, che pure adotta l'idea della 'continuità' ideologica rispetto all'Illuminismo, discorre, in proposito, di «omaggio che si pagava alle legislazioni dell'epoca».

⁷⁵ Così AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 47.

⁷⁶ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 47; ma v. pure ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 85-86, 231, 255, il quale 'ironizza' su una simile «stranezza» del movimento liberale, che l'Autore ritiene influenzato dalla lettura del concetto di bene giuridico che ne diedero «l'interpretazione di destra di Frank», ovvero proprio la dottrina nazionalsocialista, tacciandolo come «liberale» (ovviamente in senso dispregiativo!); analogamente, in termini di 'paradosso', pure FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA – DE CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 108; in termini di «interessante curiosità della storia del diritto penale», VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit., p. 61.

⁷⁷ L'argomentazione fondata sulla *Natur der Sache* ricorre più volte nel lavoro di Birnbaum; ci limitiamo a riportare, sul punto, la definizione che egli dà del reato (*op. ult. cit.*, p. 179): «...io credo anche che come reato secondo la natura delle cose o come razionalmente punibile nello Stato debba essere considerata ogni lesione o messa in pericolo, imputabile alla volontà umana, di un bene da garantire ugualmente a tutti da parte del potere statale, ove una tutela generale non possa essere assicurata altrimenti che mediante la minaccia di una determinata pena e mediante l'esecuzione della minaccia legale contro ogni trasgressore». È oltretutto quanto mai evidente, in tale definizione, l'esplicito riferimento al principio di *extrema ratio*, di derivazione illuministica, peraltro del tutto trascurato dall'analisi radicalmente critica di Amelung. Ancor più radicalmente, FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 16, pur riconoscendo che i riferimenti alla ragione e alla natura delle cose sono «persistenti» nell'intero lavoro di Birnbaum, ritiene che essi «non sembrano essere più interpretabili in chiave di piena e ribadita adesione ai principi di diritto naturale o di ragione del XVIII secolo, ma vanno verosimilmente intesi in una accezione filosoficamente meno impegnativa e più vicina al modo di vedere proprio del senso comune».

avrebbe finito per essere non più, ‘illuministicamente’, ciò che lede i presupposti di una pacifica convivenza sociale⁷⁸, ma, più limitatamente, ciò che offende un bene⁷⁹.

A ben vedere, però, cosa fosse tale bene Birnbaum neppure lo avrebbe chiarito. Sicché, una volta smarrito il punto di vista assiologico della dannosità sociale, anche il contenuto sostanziale del reato non avrebbe più avuto dei contorni definiti, in quanto avrebbe finito per perdere qualsiasi fondamento ‘ideologico’ e teorico: il «lapidario richiamo alla natura delle cose»⁸⁰ non sarebbe stato in grado di sostituire adeguatamente l’idea del contratto sociale, che faceva da sfondo alla *Rechtsgutslehre*. Infatti, il 1834 non sarebbe stato più tempo per simili concetti universali, in quanto il Romanticismo e il suo storicismo avrebbero definitivamente mutato la prospettiva culturale, sicché in realtà il concetto di reato di Birnbaum diverrebbe mera variabile dipendente della singola epoca storica e del singolo popolo e, in ultima analisi, del diritto positivo⁸¹.

Tutto ciò dimostrerebbe, dunque, la fallacia della tradizionale prospettiva ‘storiografica’, che – come si è sopra accennato – individua in Binding il ‘traditore’ del contenuto liberale della teoria del bene, in quanto, avendolo trasformato da ‘*Gut*’ in ‘*Rechtsgut*’, lo avrebbe senz’altro ‘irrevocabilmente’ inserito nell’«arsenale concettuale penalistico»⁸², ma per farlo gli avrebbe conferito una dimensione interamente positivistic-formale: in verità, poiché nessuno aveva mai detto precisamente cosa fosse tale ‘bene’, da tradire non vi sarebbe stato alcunché⁸³. Con l’introduzione del concetto di bene giuridico nella scienza del diritto penale, la limpida prospettiva teorica del giusnaturalismo illuministico-liberale sarebbe stata, infatti, inquinata ed annebbiata da un ‘germe’ positivistic ed irrazionalistic che, se con Birnbaum era ancora almeno parzialmente arginato mediante il suddetto (per quanto generico) richiamo alla *Natur der Sache* o alla ragione, nei decenni successivi avrebbe più profondamente attecchito sul tessuto culturale della dommatica penalistica, per poi trovare, già con Binding, la sua più grande vittoria. Da un *quid* di appartenente al mondo esterno, il bene avrebbe finito così

⁷⁹ AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 48.

⁸⁰ AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁸¹ AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 49; analogamente, in senso adesivo, ancora FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 18 ss.

⁸² L’espressione – ma non riferita a Binding – è di RUDOLPHI, *op. cit.*, p. 151.

⁸³ AMELUNG, *op. ult. cit.*, *passim* e pp. 12 e 43 ss.; pur nell’ottica di una continuità tra pensiero illuministico e teoria del bene, riconoscono espressamente l’assoluta indeterminatezza di quel concetto nell’opera di Birnbaum anche RUDOLPHI, *op. loc. ult. cit.*; SINA, *op. cit.*, p. 22 e MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 67.

per risolversi ben presto in un puro atto di valutazione, rimesso all'arbitrio politico di un soggetto che, se da von Liszt era ancora individuato nel titolare dell'interesse⁸⁴, nel positivismo formalistico di Binding era nient'altri che il legislatore, il quale, *con i suoi occhi* decide ciò che è e ciò che non è bene giuridico⁸⁵; nessuna cesura, dunque, ma soltanto una normale evoluzione, sarebbe da vedersi nel concetto metodologico e, infine, nelle teorizzazioni nazionalsocialiste, il cui – benché sofferto – accoglimento del concetto di bene giuridico non dovrebbe affatto stupire, in quanto altro non sarebbe che la conferma della sua natura formale, della sua capacità di supportare e servire qualsivoglia opzione politica, anche la più irrazionale o aberrante. Pertanto, dovrebbe addirittura capovolgersi la prospettiva tradizionale, considerando proprio Binding il vero 'padre spirituale' del concetto di bene giuridico, al punto tale da affermarsi che, se egli non avesse citato il lavoro di Birnbaum, quest'ultimo sarebbe passato del tutto inosservato⁸⁶.

⁸⁴ Sulla *Interessentheorie* di von Liszt cfr., *supra*, § 2. Dopo von Liszt, nella chiave di lettura in esame, sarebbe invero cominciata non soltanto una progressiva 'smaterializzazione' dell'oggetto della tutela penale, ma anche un sempre maggiore allentamento della sua relazione con la persona umana (diritto in senso naturalistico – bene materiale – bene giuridico – interesse – valore culturale – sentimento); cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 15-16; su tale ultima circostanza v. pure PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 131.

⁸⁵ Cfr. ancora *supra* il concetto di bene giuridico nell'opera di Binding.

⁸⁶ Così AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 45.

2.1.1. *Segue.* La matrice (almeno parzialmente) liberale del concetto di ‘bene’ nel lavoro di Franz Birnbaum

Il punto di vista sinteticamente illustrato merita senz’altro la massima attenzione, non soltanto per il suo estremo interesse ‘storiografico’, ma soprattutto perché, come si è avuto modo di accennare in precedenza, esso è (più o meno esplicitamente) sotteso a buona parte delle critiche che ancora oggi vengono mosse alla teoria del bene giuridico, facendo così da sfondo al diffuso disincanto con cui parte della dottrina contemporanea, come si avrà modo di vedere più analiticamente nel prosieguo⁸⁷, affronta la problematica della selezione degli oggetti della tutela penale. Tuttavia, conformemente alla scelta metodologica illustrata nelle prime pagine del presente lavoro, in questa sede non analizzeremo nel dettaglio le singole questioni problematiche sollevate da tale diversa chiave di lettura, ma ci limiteremo ai profili più strettamente funzionali alla nostra indagine relativa al concetto di bene giuridico negli ordinamenti democratici contemporanei. Più specificamente, tenteremo, da un lato, di ridimensionare la radicalità della prospettiva interpretativa appena illustrata e, dall’altro, di dimostrare che i pur non secondari profili problematici del concetto di ‘bene’ coniato da Birnbaum non sono in grado di minare ‘su tutto il fronte’ una teoria contemporanea del bene giuridico, che tenti di rifondarlo nell’ambito di ordinamenti – come quelli costruiti sulle ceneri dei totalitarismi – retti da una Costituzione rigida.

A questo punto pare, però, opportuno preliminarmente riportare, in via di estrema sintesi, le principali argomentazioni che, nel lavoro di Birnbaum, sorressero il ‘passaggio’ dal concetto di diritto a quello di bene.

Innanzitutto, la critica alla *Rechtsverletzungstheorie* viene avanzata dal punto di vista linguistico-concettuale. Birnbaum, infatti, muove dal significato che l’espressione lesione (*Verletzung*)⁸⁸ assume nel linguaggio comune, e nota come essa non possa essere riferita

⁸⁷ Tale disincanto deve invero registrarsi tanto nella dottrina italiana, a proposito del ‘progetto’ bricoliano di una rifondazione costituzionale degli oggetti di tutela penale e della efficace critica del concetto stesso di bene giuridico e del suo ‘correlato’ strutturale rappresentato dal principio di offensività, quanto nella dottrina tedesca, nell’ambito della quale sono stati proposti addirittura modelli alternativi di giustificazione – e quindi di ‘critica’ – del diritto penale e delle scelte legislative di criminalizzazione; cfr., *amplius*, cap. II.

⁸⁸ Birnbaum, in realtà, utilizza in più punti l’espressione *Verletzung* (cfr., ad es., *ivi*, pp. 149, 173, 178, 180), e talvolta ci sembra lo faccia intendendola nel suo significato specifico di lesione, contrapposta alla messa in pericolo (*Gefährdung*), ma in questo caso – come in altri punti del suo lungo saggio – essa

ad un diritto, in quanto privo di un sostrato naturalistico, ma soltanto all'oggetto del diritto; di lesione, infatti, potrebbe discorrersi soltanto in relazione «ad una persona o a una cosa» o a «qualcosa che per noi è un *benes*»⁸⁹, poiché solo questi possono essere «sottratti» (*entzogen*) o «diminuiti» (*vermindert*)⁹⁰ ad opera di una condotta umana.

Ancora, l'identificazione del diritto come oggetto del reato non consentirebbe di distinguere tra consumazione e tentativo o tra lesione e messa in pericolo, né tantomeno si adatterebbe a tutta una serie di fattispecie, come quelle contro l'onore, la religione e la morale, che non hanno ad oggetto diritti, ma soltanto 'beni'⁹¹.

Infine, la critica viene mossa, dall'interno, più specificamente alla teoria di Feuerbach, sottolineandosi l'«errore logico»⁹² in cui incorre l'illustre Autore illuminista nel coniare, da un lato, la categoria delle «contravvenzioni di polizia», tra cui, nell'ambito delle violazioni della *Sittenpolizei*, proprio i reati contro la religione e la morale e, dall'altro, quella dei c.d. «reati vaghi» (sia «formali» che «materiali»), in cui vengono ricomprese tutte quelle fattispecie, previste dalla legislazione vigente sia in Germania che nella maggior parte dei Paesi europei, in cui è assente una lesione di un diritto soggettivo⁹³.

va intesa nel suo significato più ampio, quale concetto di genere, ricomprendente sia la prima che la seconda; nel testo abbiamo tradotto l'espressione con il termine «lesione» per esigenze di maggiore fedeltà al tenore letterale, con la precisazione però che essa va intesa in senso 'atecnico', laddove in verità in italiano l'espressione tedesca andrebbe resa più propriamente, a nostro sommo avviso, con il termine 'offesa' (più che 'violazione', come, invece, traduce, ad esempio, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 67 ss.).

⁸⁹ BIRNBAUM, *Ueber das Erforderniß*, cit., p. 149 (corsivo dell'Autore).

⁹⁰ Così, limpidamente, BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, p. 150.

⁹¹ BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, pp. 158-161, 178-179.

⁹² BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, p. 168 ss.

⁹³ Più specificamente, FEUERBACH, *op. cit.*, p. 46 ss., 616 ss., 703 ss. (§§ 22, 27, 388 ss., 432 ss.) non riconosceva affatto l'esistenza di tali reati: nella sua ricostruzione, il paradigma generale del reato come lesione di un diritto soggettivo veniva affermato con forza (*ivi*, p. 45), ma a discapito della coerenza interna («soltanto apparentemente», secondo SINA, *op. cit.*, p. 10). Egli, infatti, dovette riconoscere, relegandole ai margini del diritto penale, da un lato, una categoria di reati, cui diede il nome di «*Verbrechen im weiteren Sinne*» o, appunto, «*Polizeivergehen*» (*ivi*, p. 703 ss., § 432 ss., fra cui concubinato, incesto, sodomia, lenocinio) che non si caratterizzavano per la lesione di un diritto soggettivo, e la cui cifra (formale!) comune era da individuarsi dalla violazione di prescrizioni di polizia e, dunque, dalla lesione del «diritto dello Stato all'obbedienza» (!), *ivi*, p. 46; dall'altro, la categoria dei c.d. «*vage Verbrechen*», ed in particolare i «*formelle vage Verbrechen*», caratterizzati dall'assenza sia di un oggetto specifico, sia di un evento e, dunque, anche della lesione di un diritto (*ivi*, p. 616 ss.). Sulla contraddizione in cui incorse Feuerbach, oltre allo stesso Birnbaum, v. pure SINA, *op. cit.*, pp. 11-12, in nota 32; sul potere di polizia e sulle teorie illuministiche in relazione ai delitti contro la religione e la morale, pur nell'ambito della sua diversa lettura dei rapporti tra *Rechtsverletzungstheorie* e teoria del bene giuridico, cfr. *funditus* anche lo stesso AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 22-24 e, più specificamente in relazione alla teoria di Feuerbach, p. 33 ss.; l'incongruenza è segnalata pure da HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, cit., p. 82, secondo il quale il paradigma del reato come lesione di un «diritto di un altro» era «sufficientemente solido da consentire, in caso di necessità, di opporre resistenza al legislatore, ma troppo solido per potersi adattare alle norme penali realmente esistenti»;

Birnbaum, infine, dichiara espressamente di non voler prendere posizione in ordine alla questione se il legislatore, «secondo la natura delle cose», possa o non possa sottoporre a pena azioni che non ledano un diritto soggettivo, specificando in proposito che le sue osservazioni riguardano il piano dell'«applicazione del diritto», piuttosto che quello della posizione delle norme⁹⁴. E, proprio da questo punto di vista, sarebbe più appropriato identificare l'oggetto della 'lesione' in un 'bene', piuttosto che in un diritto, come invece pretendeva la tradizione illuministica.

Ora, è difficilmente contestabile – e quest'ultima precisazione lo conferma chiaramente – che l'obiettivo principale della riflessione di Birnbaum non era di tipo critico, ma di natura dommatica, in quanto essa era finalizzata a dimostrare la fallacia di un 'dogma' (il reato come lesione di un diritto), che rischiava di compromettere la chiarezza del sistema, allontanando la riflessione scientifica dalla realtà del diritto positivo⁹⁵. Da ciò, tuttavia, a noi non sembra corretto dedurre che quella teorizzazione, in quanto slegata da una solida teoria della società o dello stato⁹⁶, abbia addirittura privato la teoria dell'oggetto della tutela del suo originario fondamento liberale, al punto tale da svolgere una funzione addirittura «esplicativa» o «legittimista-descrittiva»⁹⁷ del diritto positivo, spianando la strada del sistema penale verso i territori della morale e della religione. Una simile lettura non può essere condivisa non soltanto perché liberale era

la verità è che forti dubbi possono nutrirsi circa l'idoneità del paradigma della lesione di un diritto soggettivo a porre un argine rispetto a scelte incriminatrici difformi.

⁹⁴ BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, p. 168.

⁹⁵ Una «strategia pragmatica» la chiama HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, cit. p. 82.

⁹⁶ Questa, si ricorderà, è l'idea fondamentale sottesa alle obiezioni di cui si è sopra dato conto.

⁹⁷ Così DONINI, *Il principio di offensività*, cit., pp. 5-6. Sul punto, però, v. pure BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 19 ss., secondo il quale il concetto di bene giuridico sarebbe stato caratterizzato, sin dall'inizio, quanto meno da una certa ambiguità, che lo rese poi ben presto utilizzabile – a partire dalle ricostruzioni metodologiche – in chiave 'promozionale' e non più 'difensiva', rendendo forse vano ogni possibile tentativo di un razionale impiego del concetto, con ciò rendendolo funzionale, piuttosto, alla «riproduzione ideologica e materiale del sistema punitivo» (*ivi*, p. 26); a ciò si aggiunga la sempre maggiore 'amministrativizzazione' del diritto penale (*ivi*, p. 28 ss.) e il suo uso meramente simbolico, insito nelle teorie neoretribuzionistiche e in quella particolare teoria della prevenzione generale positiva elaborata da Günther Jakobs. Per tali ragioni, a parere dell'Autore simili mistificazioni potranno essere superate esclusivamente mediante una «*epoché* metodologica» dei concetti di delitto e pena (*ivi*, p. 27), un «uso alternativo del diritto penale», e un impiego del bene giuridico «come strumento per una rigorosa limitazione, politica e tecnica, di quella che forse un tempo era sembrata un'utile funzione, e che oggi sempre di più appare come l'inutile violenza delle pene. Ciò implica una concezione strumentale del diritto penale liberata dall'illusione della strumentalità della pena» (*ivi*, p. 48); sul punto v. pure *amplius*, ID., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.

l'estrazione politica di Birnbaum⁹⁸, o perché dalla sua opera⁹⁹ sembra comunque emergere un'astratta finalità critico-limitativa, ma soprattutto perché, nonostante egli argomenti più volte la propria tesi muovendo dal diritto positivo, tale riferimento ci sembra molto spesso operato in chiave soltanto confermativa di soluzioni dedotte da postulati diversi, di natura *lato sensu* giusrazionalistica. All'argomentazione 'positiva', infatti, l'Autore affianca più volte quella fondata sulla «natura delle cose», sulla «ragione», sullo «scopo dello Stato» o sull'«essenza del potere statale»¹⁰⁰, che egli considera parimenti 'fonti' del concetto di reato. Dalle sue osservazioni – pur in parte contraddittorie e senz'altro poco 'sistematiche' – pare allora emergere un'idea di bene che rispecchia a pieno il clima culturale del tempo, in quanto costantemente in bilico tra fonti prepositive e positive. E proprio per questo, ad essa non ci pare affatto estranea una certa finalità critica¹⁰¹.

Tale interpretazione ci sembra, inoltre, chiaramente confermata da un'analisi contenutistica del concetto di 'bene'. I 'beni' cui Birnbaum faceva riferimento non solo erano (almeno nelle dichiarazioni) di natura empirico-materiale¹⁰², ma – del tutto

⁹⁸ Chiaro, invero, addirittura il riferimento di B. al principio di *extrema ratio* allorché egli (*Ueber das Erforderniß*, cit., p. 179, ma il passo non è riportato da AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit.) affermava l'ammissibilità della tutela penale solo ove «questa tutela generale non possa essere attuata in altro modo che mediante la minaccia di una determinata pena e mediante l'esecuzione della minaccia contro ogni trasgressore». Per la critica di 'fallacia di divisione' cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 23, in nota.

⁹⁹ Che il concetto di bene – e, con esso, quello di reato – sia inteso in senso 'prepositivo' emerge in modo invero parzialmente contraddittorio dal lavoro del 1834, ma viene espressamente chiarito in un lavoro di due anni successivo (*Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1836, p. 560 ss., ora anche in *Zwei Aufsätze*, cit., p. 37 ss. (peraltro conosciuto da AMELUNG, *op. ult. cit.*, p. 46), in cui l'Autore esplicitamente afferma di intendere il concetto di 'bene' – e perciò di reato – indipendentemente dalla sua qualifica e dal suo riconoscimento da parte del legislatore.

¹⁰⁰ BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, pp. 153, 162, 177.

¹⁰¹ Più radicalmente, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 65, il quale ritiene che il riferimento alla natura delle cose abbia addirittura rafforzato la forza critica della teoria rispetto alla *Rechtsverletzungslehre*; in senso del tutto opposto, invece, VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit., p. 60. Riconosce, invece, nella teoria di Birnbaum una «duplice potenzialità», in quanto da un lato «estendeva la funzione della pena alla conservazione del "bene comune", costituito anche da convinzioni etiche e religiose», ma, dall'altro, «postulava...la lesione di realtà concrete, oggettive e pregiuridiche» PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 12-13. A ben vedere, tale duplice potenzialità avrebbe accompagnato le alterne vicende della teoria del bene giuridico sino ai giorni nostri; nell'ambito della storia del concetto di bene giuridico, riconosce la possibilità di concezioni estensive e concezioni restrittive del concetto di bene giuridico anche DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 4, che pure riconosce al concetto coniato da Birnbaum una funzione «descrittiva, piuttosto che critica».

¹⁰² Questa, peraltro, l'interpretazione prevalente; cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 62; che il 'bene' cui fa riferimento Birnbaum non fosse «puramente formale» è particolarmente sottolineato da SINA, *op. cit.*, p. 22, che pure riconosce la sua indeterminatezza e la contraddizione

analogamente ai ‘diritti’ in senso illuministico – erano chiaramente intesi in una dimensione pre-statuale, precedente il loro riconoscimento da parte dell’ordinamento giuridico: essi, infatti, sarebbero «dati agli uomini dalla natura», oppure costituirebbero «il risultato del loro sviluppo sociale», ed in quanto tali dovrebbero essere garantiti ugualmente a tutti da parte dello Stato¹⁰³. Che i ‘beni’ preesistano allo Stato sembra per di più a Birnbaum evidente al punto tale da ritenere di non doversi spendere in particolari argomentazioni, a conferma, dunque, della conformità di una simile visione al ‘sentire’ del tempo; è, semmai, il concetto di diritto soggettivo a costituire un prodotto ‘artificiale’, in quanto inesistente al di fuori di un suo riconoscimento giuridico, poiché, come l’Autore si premura di osservare per inciso, «può dubitarsi se l’uomo fuori dallo Stato, nel c.d. stato di natura, abbia già *diritti* o meno»¹⁰⁴. Pertanto, che nell’intero lavoro di Birnbaum compaia esclusivamente la parola ‘bene’, e mai l’espressione ‘bene giuridico’, non è affatto un caso, ma corrisponde ad una precisa posizione assiologica di fondo.

Quanto, infine, alla problematica dei reati contro la religione e la morale, è qui appena il caso di osservare che essi, comunque li si volesse inquadrare dal punto di vista dommatico-sistematico, esistevano a prescindere dall’opera di Birnbaum; quest’ultimo si limitò – per così dire – a ‘far rientrare dalla porta’ ciò che nella ‘stanza’ del diritto penale aveva già fatto ingresso ‘dalla finestra’ del ‘diritto di polizia’. Fuor di metafora, lo stesso Feuerbach, come si è appena visto, era ben consapevole della loro esistenza, ma, riconoscendone la non corrispondenza al modello teorico generale, li aveva relegati in una periferia del diritto penale, a discapito peraltro della coerenza interna e dell’aderenza della teoria stessa al diritto positivo. Ora, è pur vero che in realtà Birnbaum non dubitava affatto dell’ammissibilità di simili incriminazioni¹⁰⁵, ma certamente egli non argomentò tale ammissibilità sulla base del concetto di bene. Pertanto, tale concetto non soltanto non ha affatto ‘giustificato’ quei reati, ma sembra aver addirittura svolto una fondamentale funzione demistificatoria: il richiamo di Birnbaum al diritto positivo non costituì affatto un atto di fede, ma soltanto un onesto richiamo alla realtà, funzionale al

insita nell’identificazione delle rappresentazioni religione e morali come *Gemeingut* (sul punto, *infra*, nel testo). È, peraltro, appena il caso di notare come altrettanto poco chiaro è se il termine *Gut* in Birnbaum costituisca concetto di categoria per «persone» e «cose», ovvero se questo, menzionato appunto accanto ai primi due, costituisca un ulteriore possibile oggetto del reato. La circostanza per cui, nel corso del lavoro, egli faccia riferimento, soprattutto nei passaggi cruciali, soltanto al bene o ai beni sembra doverci far propendere per la prima alternativa.

¹⁰³ Così espressamente BIRNBAUM, *Ueber das Erforderniß*, cit., p. 177.

¹⁰⁴ Così, testualmente, BIRNBAUM, *op. loc. ult. cit.* (corsivo dell’Autore).

¹⁰⁵ BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, p. 178.

superamento di una «dommatica senza conseguenze»¹⁰⁶, quale si era dimostrata, in fondo, la teoria del diritto soggettivo.

Per questi motivi, le critiche mosse alla concezione di Birnbaum ci appaiono quanto meno ingenerose: quel concetto, pur ‘figlio’ di un’epoca incline senz’altro a valorizzare maggiormente il dato positivo, ad ammettere senza remore la tutela penale della ‘sfera spirituale’ e, di conseguenza, disposta a ‘ridefinire’ la netta linea di separazione che la laica riflessione illuministica aveva tracciato tra diritto e morale, non spostò di un millimetro la legislazione vigente, che già prevedeva i reati contro la religione e la morale prima di Birnbaum, e continuò a prevederli dopo la diffusione scientifica del concetto di ‘bene’. Sicché, è vero che un’«espansione»¹⁰⁷ vi fu, ma essa pure fu ‘senza conseguenze’, in quanto riguardò non gli oggetti penalmente tutelati, ma, semmai, gli oggetti – dal punto di vista esclusivamente teorico – penalmente tutelabili.

2.1.2. *Segue.* Alle radici di una tensione problematica: la ‘dolorosa alternativa’ tra la funzione critica e la funzione dommatica come costante della storia meno recente del concetto di bene giuridico

Ciò premesso, deve peraltro riconoscersi che la chiave di lettura sin qui criticata si fonda su alcune valutazioni difficilmente contestabili.

In primo luogo, non può negarsi che il concetto di ‘bene’ delineato da Birnbaum fosse dotato di contorni davvero poco chiari¹⁰⁸. Egli, infatti, se da un lato definì il reato come offesa di un bene, dall’altro non solo non si preoccupò mai di specificare o definire cosa fosse (o in cosa consistesse) tale ‘bene’, ma addirittura sembrò fornire, a proposito della sua natura e della sua struttura, indicazioni quantomeno contraddittorie, per giunta proprio in relazione a quei reati contro la religione e la morale che, come si è visto, costituivano uno dei punti centrali delle sue riflessioni. Infatti, la ‘somma delle

¹⁰⁶ L’espressione, utilizzata in un diverso contesto, è di SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *GA*, 1995, p. 221.

¹⁰⁷ Discorre di «espansione» SINA, *op. cit.*, p. 25, che pure, come si è visto, ascrivendolo alla corrente del ‘positivismo moderato’ di inizio Ottocento, è stato tra i primi e più convinti sostenitori della chiave di lettura della ‘continuità’ rispetto alla tradizione illuministica.

¹⁰⁸ Lo riconosce SINA, *op. cit.*, p. 22.

convinzioni morali e religiose della popolazione’, che egli riconobbe quale ‘bene comune’ tutelato da alcune fattispecie vigenti che non si lasciavano ‘comprendere’ in base alla *Rechtsverletzungslehre*, non possedeva affatto quella natura empirico-materiale che, invece, egli aveva indicato – a mo’ di premessa – quale caratteristica generale comune a tutti gli ‘oggetti’ della ‘lesione’ (*Verletzung*). È, pertanto, innegabile che, sin dal momento del suo ‘ingresso’ nella riflessione scientifica, il concetto di bene è stato avvolto da un alone di incertezza che si sarebbe proiettato ben oltre il lavoro di Birnbaum e lo avrebbe accompagnato sino ai giorni nostri.

In secondo luogo, difficilmente contestabile sembra pure l’obiezione secondo cui la *Güterlehre* di Birnbaum abbia rappresentato storicamente (e oltretutto dichiaratamente) una ‘correzione’, in senso ampliativo, della teoria della lesione del diritto soggettivo. Come si è visto, infatti, a quest’ultima si rimproverava la sua eccessiva astrazione e il suo radicale ‘dottrinarismo’, quale teoria dedotta da presupposti teorici di natura metagiuridica e giusrazionalistica – come il contratto sociale –, capace semmai di designare un idealtipo di diritto penale desiderabile, ma che si era rivelata una mera astrazione del pensiero inidonea a descrivere e comprendere la realtà della legislazione vigente¹⁰⁹. Sotto tale profilo, peraltro, Birnbaum non si rivelò neppure del tutto innovativo, dal momento che in buona sostanza si limitò a rielaborare in forma originale alcune obiezioni già mosse da altri Autori alla *Rechtsverletzungslehre*¹¹⁰. Sotto questo aspetto, pare dunque corretta l’idea secondo cui il suo lavoro, lungi dal costituire un’opera di cesura, rappresentò, piuttosto, una sorta di bilancio critico di un’epoca¹¹¹: quella del

¹⁰⁹ BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, pp. 178-179. Emblematica, in proposito, la controversia tra Thibaut e lo stesso Feuerbach riportata da SINA, *op. cit.*, pp. 17-18, in nota. Il primo affermava che «...lo Stato, foss’anche senza giusto motivo, può (*kann*) punire azioni che neppure lontanamente costituiscono lesioni di un diritto»; il secondo, invece, replicava: «certamente può materialmente (*kann*) farlo, ma non può farlo legittimamente (*darf*)...E qui soltanto di ‘potere legittimamente’ si tratta» (*Allerdings kann er das: aber er darf es nicht...Und nur von Dürfen ist hier die Rede*). È, in realtà, quanto mai difficile rendere in italiano il gioco di parole utilizzato dall’Autore, sulla base della valenza semantica dei verbi tedeschi *können* e *dürfen*: entrambi significano ‘potere’, ma mentre il primo indica un ‘potere’ in senso – per così dire – materiale, il secondo indica un ‘potere’ in senso giuridico, nel senso di ‘essere lecito, permesso’. Paradossalmente, le obiezioni della ‘lontananza’ dalla realtà della legislazione e dell’inidoneità a ‘comprenderla’, e così anche a guidarla, sono in buona sostanza le medesime – *mutatis mutandis* – che parte della dottrina penalistica contemporanea muove alla teoria del bene giuridico (cfr., *infra*, cap. II, § 4).

¹¹⁰ A riconoscere che del concetto di ‘bene’ si era già fatta menzione da parte di altri Autori è, peraltro, lo stesso BIRNBAUM, *op. ult. cit.*, p. 118.

¹¹¹ SINA, *op. cit.*, p. 23 nota che il concetto di bene non nacque per caso, ma temporalmente e personalmente (in relazione, cioè, al suo fondatore), fu il chiaro frutto scientifico di un’intera epoca, vale a dire un’oggettivazione dello spirito positivistico-moderato che animava la cultura giuridica tedesca tra gli anni Venti e Quaranta del XIX secolo.

positivismo moderato di inizio Ottocento. Deve, perciò, riconoscersi che ‘la teoria del bene’ non si limitò a trovare «una nuova formula per una vecchia cosa»¹¹², dal momento che la continuità ideologica rispetto al giusrazionalismo liberale e laico della *Rechtsverletzungslehre* fu in realtà soltanto parziale. Non può, perciò, definitivamente negarsi che – come è peraltro riconosciuto dalla dottrina pressoché unanime – con il passaggio dal ‘diritto’ al ‘bene’, la teoria dell’oggetto del reato abbia comunque ceduto qualcosa in merito alla ‘profondità’ del concetto, in cambio di una sua maggiore ‘estensione’; è, dunque, sin dalle sue origini che la teoria del bene giuridico si è trovata dinanzi ad una ‘dolorosa alternativa’, tra la sua idoneità a ‘criticare’ la legislazione vigente e la sua capacità di ‘comprenderla’ e ‘sistemarla’.

È doverosa, però, una duplice precisazione. Da un lato, quanto alla funzione dommatica del concetto di ‘bene’ elaborato da Birnbaum, ci si deve ben guardare dall’enfatizzare oltremodo la sua capacità di ‘comprendere’ (o di ‘adattarsi’ a) tutti i reati all’epoca vigenti. Si è già detto, infatti, che – al di là delle affermazioni dell’Autore – qualche più che consistente dubbio può porsi circa la sua compatibilità proprio con il ‘bene comune’ della ‘somma delle convinzioni morali e religiose della popolazione’. Ma soprattutto, non è neppure il caso, dall’altro lato, di ‘drammatizzare’ la minore ampiezza del concetto di diritto rispetto a quello di bene, sopravvalutando la capacità critica della *Rechtsverletzungslehre*. Ciò non soltanto perché – come si è visto – l’‘espansione’ del penalmente rilevante connessa all’introduzione del concetto di bene fu solo, per così dire, ‘teorica’, ma soprattutto perché – e in proposito il discorso è analogo per entrambe le teorie nelle loro originarie ‘vesti’ – tale concetto non fu né più né meno critico-prescrittivo di quello di diritto¹¹³, per l’evidente ragione che la forza precettiva della ‘natura delle cose’, della ‘ragione’, o dello ‘scopo dello Stato’, cui, come si è visto, faceva riferimento Birnbaum, non era minore di quella dell’idea del contratto sociale, sottesa alla *Rechtsverletzungslehre*. In assenza di un criterio normativo gerarchicamente sovraordinato, l’efficacia critica di entrambe le teorie era, in concreto, pressoché nulla.

¹¹² L’espressione, peraltro utilizzata in un contesto del tutto diverso al fine di indicare la totale discontinuità tra modello della violazione del dovere e modello dell’offesa al bene, è di SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., p. 12.

¹¹³ In realtà anche Feuerbach, come si è visto sopra, finiva per postulare un (inquietante) ‘diritto dello Stato all’obbedienza’, quale diritto in qualche modo sotteso ai *Polizeivergehen*, pur essendo consapevole della radicale diversità che passava tra un simile ‘diritto’ e i ‘diritti’ sottesi ai *Verbrechen im engeren Sinne*, intesi, invece – come più volte sottolineato – nella loro veste ‘prestatuale’ e ‘pregiuridica’, quali attributi di libertà spettanti all’individuo-persona in quanto tale.

Nella consapevolezza degli innumerevoli rischi che ogni ‘giudizio’ sulla storia (e in particolare nella storia del pensiero) comporta, e soprattutto del rischio, sempre in agguato, di una valutazione operata ‘col senno di poi’¹¹⁴, ci sentiamo di poter affermare, da un punto di vista interno alla teoria di Birnbaum, che il ‘suo’ concetto di bene, pur vago e decisamente poco chiaro, non era in realtà del tutto privo di una certa dimensione ‘liberale’, in quanto continuò sia ad indicare un *quid* di tendenzialmente ‘prepositivo’, sia a designare l’oggetto dell’offesa, e dunque della tutela penale. Sicché, se è vero che la categoria ‘bene giuridico’ poté più o meno agevolmente adattarsi alle più diverse esperienze politiche e alle più disparate ideologie, di certo non ‘liberali’, è vero pure che poté teoricamente sostenerle non certo perché categoria sin dalle origini ‘intrinsecamente’ illiberale o ‘espansiva’ od ontologicamente ‘legittimante’, ma in quanto – come sopra si è brevemente illustrato – essa era stata previamente svuotata di quell’originario (e pur labile) contenuto liberale, e del bene come lo intendeva Birnbaum era rimasto soltanto il nome¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr., sul punto, HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 16.

¹¹⁵ Non sappiamo, ovviamente, ‘come sarebbe andata’ se Birnbaum non avesse mai pubblicato quel saggio, o se il concetto di bene (giuridico) non avesse goduto di alcun successo, vale a dire se la *Rechtsverletzungslehre* sarebbe stata capace di porre più solidi argini contro le aberranti teorizzazioni del totalitarismo nazionalsocialista e della sua legislazione; ci sia consentito esprimere, tuttavia, un profondo scetticismo in proposito, giacché, come efficacemente osserva MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 77, a difesa dell’indirizzo neokantiano dall’accusa di aver ‘preparato’ la spiritualizzazione ed eticizzazione della dottrina nazionalsocialista, «è puramente illusorio...ritenere che mere categorizzazioni ideali possano davvero costituire un argine contro la vocazione illiberale dei regimi autoritari»; contro i concetti di ‘preparazioni’, ‘annunci’, ‘anticipazioni’, nel giudizio sulla storia (soprattutto dei concetti), sulla sua natura non «progressiva», e sull’artificialità della ‘realtà storica’ e sul ruolo anche ‘poietico’ dello storico, ancora, efficacemente, HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 16 ss., 20 ss.

2.1.3. *Segue.* Non «perché allora?», ma «perché oggi?»

Ciò chiarito a proposito della ‘matrice’ almeno parzialmente liberale del concetto di bene elaborato da Birnbaum, è soprattutto una valutazione ‘esterna’ della sua teoria che ci conduce ad un deciso rigetto della prospettiva interpretativa sopra illustrata.

Infatti, pure ove si volesse ritenere che il concetto di ‘bene’ coniato da Birnbaum fosse del tutto privo di una qualsivoglia dimensione critica, e che al contrario incarnasse istanze espansive dell’ambito del penalmente rilevante, a nostro sommo avviso una simile conclusione assumerebbe un significato esclusivamente ‘storiografico’, limitandosi ad esprimere una valutazione sulla storia del pensiero penalistico (*rectius*, sulla ‘*Dogmengeschichte*’), ma non costituisce affatto un valido argomento a sostegno del necessario abbandono – ‘su tutto il fronte’ – del concetto di bene giuridico anche ai giorni nostri. Non sono, pertanto, condivisibili quegli orientamenti che – più o meno esplicitamente – tendono ad individuare nell’originaria oscurità del concetto di bene giuridico o nella sua (pur dubbia) iniziale carica espansiva, una sorta di marchio originario di ‘negatività’ che lo accompagnerebbe per sempre, sancendone una definitiva ‘impraticabilità’ scientifica. La verità, piuttosto, è che bisogna sempre guardarsi dalla tentazione di identificare l’origine ‘storica’ o contingente di una categoria con la sua funzione intrinseca, in quanto «le categorie...giuridiche...data la loro natura sovrastrutturale...possono assumere connotazioni diverse a seconda del contesto in cui vengano calate e dei fini che con le medesime il sistema vuole raggiungere: non si deve confondere la loro origine storica...con la loro connotazione ontologica»¹¹⁶.

Al contrario, l’indagine ‘storica’ di un concetto giuridico deve necessariamente – appunto in quanto ‘storica’ – contestualizzare il proprio oggetto di studio nel sistema giuridico ed ordinamentale di volta in volta preso in considerazione. Da questo punto

¹¹⁶ Così magistralmente ammoniva già BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 33, a proposito delle ‘teorie generali del reato’; ma v. pure, in senso analogo, RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 152, il quale, a proposito del rapporto tra contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, limpidamente affermava che «...a seconda del contesto in cui il concetto di bene giuridico viene impiegato, e a seconda dell’intenzione che con esso si persegue, muta necessariamente anche il suo contenuto»; analogamente, dalla prospettiva dello storico del diritto, HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 25, secondo cui, rigettando l’errata ottica di una ‘storia progressiva’, che procede per ‘accumulazioni’, ‘perfezionamenti’, ‘preparazioni’, «il senso di ogni istituto e di ogni principio deve essere colto nella sua integrazione con gli altri istituti e principi coesistenti contemporaneamente, e non con quelli che lo precedono (non nella sua ‘genealogia’ storica)».

vista, allora, la circostanza per cui la teoria del bene giuridico – fondata su idee di società, sistemi filosofici, natura delle cose – o qualsiasi altro postulato metagiuridico – possa essere stata, con il senno di poi, funzionale ad un ampliamento della legislazione penale, piuttosto che ad una sua restrizione, o la circostanza che essa sia stata comunque ‘piegata’ ai più disparati ‘usi politici’, non soltanto non sembrano costituire validi argomenti per negare la sua ‘praticabilità’ in un contesto ordinamentale radicalmente diverso come quello attuale, ma in realtà non stupiscono affatto. Infatti, è quanto mai evidente che fino all’entrata in vigore delle Costituzioni rigide del secondo dopoguerra non esistevano strumenti giuridici idonei alla ricostruzione di un concetto critico intrasistemico di bene giuridico, che consentissero di ricomporre, su un piano più alto di legalità, quella ‘dolorosa alternativa’ tra funzione dommatica e funzione critica che, pure al di là delle divergenti opinioni circa la sua matrice genuinamente liberale, ne segnò comunque – come si è visto – l’origine.

Per questi motivi, pur non negando affatto l’utilità e la necessità di un’indagine sulle origini e la matrice storico-ideologica del ‘nostro’ concetto ai fini di una corretta comprensione delle problematiche attuali, a noi pare che il principale compito che si impone al giorno d’oggi allo studioso del bene giuridico non sia tanto quello di esprimere un giudizio circa la minore o maggiore carica critica che il ‘diritto’ o il ‘bene’ (o qualsiasi altro concetto si possa immaginare) in sé e per sé possiedono (o addirittura hanno storicamente posseduto), quanto, piuttosto, quello di testare la loro concreta capacità di svolgere una funzione critica sulla base degli strumenti normativi a disposizione negli ordinamenti giuridici contemporanei.

In conclusione, pure a prescindere dalla già sottolineata circostanza che in realtà il diritto soggettivo soltanto concettualmente designava un paradigma di giustificazione più restrittivo del concetto di bene giuridico, a nostro sommo avviso ciò che rileva primariamente al giorno d’oggi non è se Birnbaum abbia introdotto quel concetto animato da una *finalità* critica (e la risposta qui, come visto, sembra, almeno in parte, positiva); e neppure se nel 1834 il concetto di bene abbia svolto una *funzione* critica (poiché la risposta è qui ovviamente negativa, così come negativa lo è per il concetto di diritto); piuttosto, a noi interessa a questo punto indagare se quel concetto, nei sistemi giuridico-costituzionali dei nostri giorni, possa essere ricostruito in modo tale da svolgere, al contempo, una funzione critica e una funzione dommatica, e dunque possa proporsi come principale criterio di riferimento nella costruzione del ‘fatto’.

Ai tentativi di fornire una qualche risposta a tale fondamentale interrogativo saranno dedicate le pagine che seguono.

3. Una grande narrazione. Le ricostruzioni ‘liberali’ e costituzionali del bene giuridico nella Germania del secondo dopoguerra

Chiarito il significato liberale che la prevalente dottrina tedesca del secondo dopoguerra riconobbe nel concetto di bene giuridico, possiamo a questo punto riprendere il filo del discorso, passando ad illustrare in modo più dettagliato le diverse ricostruzioni che, nel solco di quella prospettiva interpretativa, hanno tentato di rivitalizzarlo nel nuovo contesto democratico.

3.1. Offendibile, quindi tutelabile: il bene giuridico come «situazione dotata di valore»

Nell’ambito dei numerosi contributi dedicati al tema del bene giuridico nell’ambito della dottrina tedesca¹¹⁷, va senz’altro ricordata quella ricostruzione che, pur non ponendo ancora esplicitamente il problema in chiave costituzionale, ha avuto l’incommensurabile merito di avere per prima riproposto il tema all’attenzione della scienza penalistica, nel tentativo di elaborarne un concetto ‘sostanziale’ e ‘prepositivo’ capace di assurgere, nella prospettiva della riforma del sistema penale, a parametro

¹¹⁷ I contributi apparsi sul tema nella letteratura tedesca sono quanto mai numerosi, e non è ovviamente possibile in questa sede analizzarli tutti. Abbiamo, perciò, operato una necessaria selezione, preferendo quelle ricostruzioni che – a nostro sommesso avviso – appaiono dotate di un maggiore grado di innovatività e di originalità, in quanto più delle altre hanno saputo cogliere la problematica del bene nel nuovo contesto ordinamentale, tentando una ‘ricomposizione’ delle sue diverse funzioni alla luce del *Grundgesetz*, ovvero utilizzandolo come ‘arma’ concettuale al servizio di un rinnovamento del sistema penale; oltre ai lavori citati di volta in volta nel testo si vedano, comunque, pure GÖSSEL, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. D. Herzberg, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 97 ss., che si concentra prevalentemente sulla funzione interpretativa del concetto di bene giuridico; LAMPE, *Rechtsgut, kulturelles Wert und individuelles Bedürfnis*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, p. 151 ss., che, invece, riprende l’idea del bene giuridico come ‘valore culturale’; sulle *Kulturwertlehren* nel dibattito precedente cfr., per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 50 ss.

razionale e laico di orientamento delle scelte di politica criminale¹¹⁸, delegittimando al contempo numerose fattispecie all'epoca vigenti in materia di reati sessuali. Essa è, pertanto, generalmente considerata come la 'quintessenza' di ogni teoria 'liberale'¹¹⁹.

La premessa da cui muove l'intero lavoro è, infatti, che la scienza del diritto penale si è per lungo tempo occupata quasi esclusivamente di questioni inerenti all'«applicazione» del diritto, raggiungendo un alto grado di precisione e di astrazione concettuale, ma è stata quanto mai carente a proposito dell'elaborazione dei «principi di selezione»¹²⁰ che sono (*rectius*, che devono essere) alla base delle scelte di politica criminale, liquidando la problematica dell'individuazione delle condotte meritevoli di pena mediante il riferimento a «concetti che difficilmente possono assicurare», quali le «rappresentazioni popolari» o «gli interessi dello Stato»¹²¹. Appare chiaro, invece, che tale problematica può essere correttamente affrontata soltanto da una scienza intesa non più come 'pura' dommatica, ma che sappia 'integrarsi', aprendosi ai saperi empirici, quali la sociologia e la criminologia¹²². Ed è proprio in tale operazione di raccordo tra analisi dommatica della legislazione positiva e critica 'esterna' della stessa, e dunque tra diritto penale e società, dommatica e politica criminale, che l'indagine scientifica incontra quel concetto di bene giuridico¹²³ che non a caso – come abbiamo visto – già von Liszt aveva qualificato come un 'concetto di confine' (*Grenzbegriff*).

Ora, nell'ambito delle 'concezioni' del bene giuridico proposte dalla dottrina tedesca dal 1834 sino all'epoca del nazionalsocialismo, l'Autore distingue tra teorie di tipo sostanziale e teorie di tipo metodologico¹²⁴, ritenendo che, al fine di delineare un concetto di bene che non si limiti, come quello metodologico, ad una funzione interpretativa, ma

¹¹⁸ Il riferimento è a JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, cit., *passim*: come si può notare, il riferimento allo stretto collegamento tra concetto di bene giuridico e politica criminale è presente già nel titolo.

¹¹⁹ Cfr., sul punto, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 79 ss.; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 45, in nota, che considera Jäger il «principale esponente della teoria 'liberale'».

¹²⁰ JÄGER, *op. cit.*, p. 3.

¹²¹ Così JÄGER, *op. cit.*, p. 4.

¹²² Come si può notare, il riferimento a tali scienze è già presente nel sottotitolo dell'opera. È, peraltro, appena il caso di sottolineare la modernità di una simile prospettiva critica, che sembra addirittura 'anticipare', per così dire, la 'svolta' teleologica costituita dal *Berliner Programm* di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹²³ JÄGER, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁴ JÄGER, *op. cit.*, pp. 9 ss., 13 ss. Più specificamente, mentre le teorie sostanziali (*Substanztheorien*) mirerebbero alla individuazione di un concetto di bene potenzialmente capace di porsi come oggetto della tutela, le teorie metodologiche o funzionali (*Funktionstheorien*) non considererebbero il bene come qualcosa di reale, ma soltanto come un costrutto del pensiero giuridico.

che sia in grado di svolgere anche una funzione critica, sia necessaria la previa individuazione di un contenuto sostanziale che ‘preceda’ la norma incriminatrice. Più specificamente, tra le teorie di natura sostanziale, vengono innanzitutto ricordate quella illuministica del diritto soggettivo, e quella, risalente a von Liszt¹²⁵, che individua il bene giuridico nell’‘interesse giuridicamente tutelato’, vale a dire nell’interesse, individuale o sociale, preesistente alla norma e da questa riconosciuto e tutelato. Ad essere respinta è non soltanto la prima, in quanto il concetto di diritto sarebbe inidoneo ad esprimere l’‘oggetto’ del reato (e dell’offesa), ma anche la seconda; questa, infatti, identificando il bene con l’interesse, confonderebbe, sovrapponendoli, l’oggetto e il motivo della tutela¹²⁶, giungendo, di fatto, ad esiti del tutto analoghi a quelli delle teorie metodologiche: in ogni norma, infatti, sarebbe possibile ravvisare un interesse (del singolo, dello Stato, della comunità) alla non commissione della condotta descritta dalla norma; ciò non implica ancora, però, che tale condotta sia offensiva per un bene, a meno di non identificare quest’ultimo proprio nel motivo sotteso alla sua incriminazione¹²⁷. Il concetto di interesse – per così dire *à la* von Liszt – risulterebbe, perciò, inidoneo ad esprimere il substrato oggettivo del reato, vale a dire a porsi in relazione con le categorie di lesione, di messa in pericolo e di tutela: gli interessi, infatti, non possono essere offesi, in quanto, non potendo essere intaccati nella loro consistenza, non sono neppure offendibili; di conseguenza, essi non sono neppure bisognosi di tutela¹²⁸.

È proprio quest’ultimo nucleo argomentativo a costituire, a nostro avviso, il punto centrale e più originale della teoria in esame, che non sempre le analisi successive

¹²⁵ JÄGER, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁶ JÄGER, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷ JÄGER, *op. cit.*, p. 12: ciò non toglie che tale interesse possa avere un oggetto, e in questo caso l’identificazione non sarebbe nociva. Sulle più risalenti *Zustandstheorien* cfr. breve lo stesso Jäger e, *amplius*, SINA, *op. cit.*, 58-59, 96; ma v. pure criticamente, nella dottrina italiana, già ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 567 ss.

¹²⁸ JÄGER, *op. cit.*, p. 12. Si noti come le espressioni utilizzate da Jäger (*antasten, angreifen, Bestand*) rimandano semanticamente ad un contenuto empirico-materiale del bene giuridico. La questione è fondamentale e, come si è visto, era stata toccata anche da von Liszt, allorché aveva ritenuto che il bene giuridico, in quanto concetto e non oggetto della realtà, non costituisse un *quid* di offendibile materialmente, ma che ad essere offeso fosse esclusivamente l’oggetto materiale dell’azione. Invero, la questione della natura esclusivamente concettuale o anche empirico-materiale del bene giuridico accompagna l’intera riflessione scientifica sul tema, dalle origini ai giorni nostri, benché spesso non sempre in modo esplicito. È proprio questo, a nostro avviso, il più grave e problematico interrogativo che una moderna concezione del bene giuridico, costituzionalmente fondata, deve indagare, soprattutto in relazione ai beni giuridici superindividuali; qui non indugeremo oltre sul tema, poiché tale questione verrà più volte affrontata nel corso del presente lavoro.

sembrano aver tenuto in debito conto¹²⁹: rovesciando un consueto modo di procedere, anziché muovere da un concetto astratto di bene giuridico considerato astrattamente tutelabile alla stregua di un determinato sistema di valori – quasi un *a priori* metafisico – per giungere poi all’individuazione del suo contenuto o alla sua definizione, si muove, al contrario, da quelli di tutela e di offesa (*id est*, dalle funzioni del diritto penale), risalendo poi alle caratteristiche di cui deve essere dotato un ‘bene giuridico’¹³⁰. In questo modo, muovendo dal presupposto logico-teorico che solo ciò che può essere offeso può essere tutelato e che la tutela penale non può essere altro che tutela da condotte sensibili dell’uomo, si giunge a qualificare l’offesa come una modificazione del mondo esterno dovuta ad una condotta umana. Di conseguenza, il bene, inteso quale oggetto di tale offesa, deve necessariamente essere qualcosa di modificabile ad opera della condotta umana. Ma ad essere modificato può essere soltanto uno stato di fatto, una «situazione...alla cui conservazione sussiste un interesse individuale o generale»¹³¹. Di qui, breve la conclusione che «i beni giuridici sono situazioni dotate di valore, che possono essere modificate ad opera della condotta umana e che perciò possono essere preservate, anche per mezzo di prescrizioni penali, da tali modificazioni. In altre parole: situazioni offendibili, tutelabili»¹³². Il concetto liberale di bene giuridico riacquista, così, quella dimensione oggettiva e quella connessione con la realtà sociale che le teorie metodologico-funzionali, riducendolo a mera astrazione concettuale e ‘categoria del pensiero’, gli avevano sottratto¹³³.

Alla luce di quanto detto appare, innanzitutto, quanto meno ingenerosa la critica, pur avanzata da autorevole dottrina¹³⁴, secondo cui la concezione in esame non chiarirebbe, da un lato, «il complemento d’agente a cui si riferisce il requisito di

¹²⁹ A nostro sommo avviso non sembra tenere conto dell’intero ragionamento sotteso a quella definizione l’aspra critica di FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 27, secondo cui il principale limite della concezione in esame sarebbe quello di aver sottolineato in modo particolare la natura empirico-materiale del bene e il requisito della concreta modificabilità in funzione dell’obiettivo perseguito: la definizione di bene giuridico quale situazione materialmente offendibile sarebbe, infatti, stata «costruita *ad hoc*, nel senso che essa rappresenta una mossa concettuale preordinata all’obiettivo politico-ideologico di delegittimare come oggetti di tutela penale le tradizionali concezioni morali o religiose».

¹³⁰ In verità, come si è visto, anche Birnbaum, nel criticare la *Rechtsverletzungstheorie*, aveva sottolineato che solo il bene, e non il diritto, può materialmente costituire l’oggetto di un’offesa; tuttavia, non aveva specificato cosa per ‘bene’ avrebbe dovuto intendersi.

¹³¹ JÄGER, *op. cit.*, p. 12.

¹³² Così la celebre definizione di JÄGER, *op. cit.*, p. 13.

¹³³ JÄGER, *op. cit.*, p. 13-14.

¹³⁴ ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 91-93.

offendibilità»¹³⁵, vale a dire «da che cosa»¹³⁶ il bene giuridico debba essere offeso e, dall'altro, se tale requisito di offendibilità debba essere riferito ad un singolo fatto, ovvero possa anche costituire il risultato di una moltitudine di fatti analoghi. Quanto al primo punto, a noi pare, infatti, che dalla lettura della definizione appena riportata emerga con lapalissiana evidenza come il 'complemento d'agente' cui si fa riferimento sia la condotta umana (e d'altronde non si vede come possa essere altrimenti); quanto alla seconda questione, invece, ci limitiamo ad osservare, alla luce di uno sguardo complessivo sulla concezione liberale, e nell'intento di coglierne il senso ultimo e più profondo, che essa pare senz'altro fornire una risposta a tale interrogativo; i continui riferimenti al requisito di 'tutelabilità' – conseguenza di quello di 'offendibilità' – e alla condotta umana, unitamente al rilievo per cui «il concetto di bene giuridico non può fluttuare nell'aria, ma acquista significato soltanto mediante il riferimento ad una reale causalità offensiva»¹³⁷, sembrano chiaramente indicare come la concezione in esame individui il complemento d'agente di quell'offesa nella singola condotta umana, e non anche, come si paventa – o si propone? – in una serie, reiterata nel tempo, di fatti analoghi¹³⁸.

Neppure fondata ci sembra, infine, l'obiezione secondo la quale il concetto in esame, dotato di un contenuto 'prepositivo' di fonte meta- ed extragiuridica, sarebbe incapace non soltanto di svolgere una funzione critica, ma anche una funzione dommatica, residuando esclusivamente quella interpretativa¹³⁹. Se, infatti, senz'altro dubbia – come subito si vedrà – può risultare la sua idoneità a fungere da parametro vincolante di politica criminale, non altrettanto può dirsi rispetto alla funzione dommatica. Infatti, nulla esclude che un concetto, pur di natura originariamente prepositiva, una volta 'incorporato' in una fattispecie penale, divenga a tutti gli effetti un concetto giuridico; in altre parole, il carattere prepositivo di un bene non esclude affatto, *in astratto*, che, una volta che quel bene sia riconosciuto e tutelato dal legislatore, esso divenga bene giuridico¹⁴⁰. Diversa questione è, piuttosto, se la teoria in esame, da un lato, sia capace di rispecchiare realmente la realtà dei sistemi penali contemporanei, e dunque

¹³⁵ ANGIONI, *op. ult. cit.*, p. 91.

¹³⁶ ANGIONI, *op. ult. cit.*, p. 92, in nota 60.

¹³⁷ Così, all'esito di un ampio e complesso ragionamento, JÄGER, *op. cit.*, p. 17.

¹³⁸ Per il momento si prescinde dall'estrema problematicità della specifica categoria dei c.d. *Kumulationsdelikte*, che sarà più approfonditamente affrontata nei capitoli III e IV, in relazione soprattutto al bene giuridico 'ambiente'.

¹³⁹ RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 156 ss.

¹⁴⁰ Così, condivisibilmente, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 88-89.

davvero sia, *in concreto*, capace di svolgere una funzione dommatica; e, dall'altro, se il pur individuato contenuto prepositivo sia realmente idoneo ad assolvere ad una *funzione* critica, o se invece si debba parlare, ancora una volta, di una mera *finalità* critica. Di un più sicuro fondamento sembrano invero godere diversi ordini di obiezioni mossi alla ricostruzione in esame¹⁴¹, inerenti tanto all'aspetto dommatico quanto all'aspetto critico del bene giuridico.

A ben vedere, la definizione dei beni giuridici come 'situazioni dotate di valore...' si fonda su due assi portanti, giustapposti l'uno all'altro: il concetto di situazione e un giudizio di valore¹⁴², sicché è dalla concretizzazione, di volta in volta, di tale formula generale che dovrebbe scaturire la qualifica di bene giuridico. Ma entrambi tali nuclei concettuali rimangono privi di un adeguato chiarimento.

In primo luogo deve osservarsi che, nel tentativo di specificare una formula ancora così indeterminata, e di meglio descrivere il rapporto che intercorre tra la 'situazione' reale preesistente alla norma di tutela e il valore di cui essa è dotata, la teoria in esame sembra incorrere in un'insuperabile contraddizione. Infatti, se da un lato, per opporsi alle concezioni metodologiche, si sottolinea che i beni giuridici sono qualcosa di empirico e concreto, in quanto aggredibili mediante una 'reale causalità offensiva'; dall'altro, per la pur avvertita necessità di non confondere il bene giuridico con l'oggetto materiale dell'azione, si afferma che i beni non devono essere «oggetti concreti, percepibili con i sensi», ma entità soltanto «concettualmente afferrabili»¹⁴³, in quanto mere *Wertgattungen*. Rimane, in definitiva, del tutto oscuro se il bene giuridico debba appartenere al 'mondo reale', come sembra necessario per potersi parlare di concreta modificabilità (causale) ad opera della condotta umana, ovvero al mondo dei valori. Dunque, è proprio nella non meglio chiarita interazione e giustapposizione tra il concetto di situazione e il giudizio di valore – *id est*, tra l'oggetto della valutazione e la valutazione dell'oggetto – che si riscontra un fondamentale elemento di debolezza della teoria in esame.

In secondo luogo, non viene adeguatamente specificato quale sia il sistema di riferimento in base al quale debba essere operato il citato giudizio di valore, che costituisce il secondo 'nucleo' della definizione di bene giuridico. Infatti, rigettato ogni riferimento al diritto naturale, il cui anacronistico individualismo illuminista viene

¹⁴¹ Così AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 5, 300 ss.

¹⁴² AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 301.

¹⁴³ JÄGER, *op. cit.*, p. 14; in questo senso v. pure, nella dottrina italiana, MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 127.

rimproverato alle *Rechtsverletzungstheorien*; rifiutato (correttamente) il concetto di ‘rappresentazioni popolari’, analogamente ad ogni possibile riferimento alla stessa norma incriminatrice; non menzionata la Costituzione¹⁴⁴, la fonte di tale giudizio risulta oscura¹⁴⁵, rendendo così potenzialmente arbitrario il giudizio circa il ‘valore’ e, dunque, la meritevolezza di tutela di determinate ‘situazioni’ (*Zustände*).

In definitiva, entrambi i nuclei concettuali di quella definizione rimangono privi di un adeguato chiarimento. Ciò nonostante, la teoria generale del bene giuridico è debitrice a tale ricostruzione dell’innegabile merito di aver finalmente chiarito che, per poter

¹⁴⁴ È appena il caso di osservare che non ci sentiamo di condividere l’inclusione della ricostruzione in esame nell’ambito delle teorie ad orientamento costituzionale minimo operata da FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 45.

¹⁴⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 303. Ci sia qui, inoltre, consentito osservare che infondate appaiono anche le ulteriori critiche mosse da ANGIONI, *op. ult. cit.*, p. 95 ss. alla concezione in esame, cui si contesta, da un lato, la limitazione della qualifica di beni giuridici alle sole entità ‘prepositive’, laddove la realtà della legislazione dimostrerebbe l’esistenza di reati a tutela di «entità create o organizzate dal diritto»; dall’altro, l’individuazione, tra i caratteri essenziali (e necessari) del bene giuridico, di quelli della non mutevolezza e della non relatività, mentre i beni giuridici sarebbero al contrario per loro natura mutevoli nel tempo, sicché sarebbe ben possibile che il loro valore non sia riconosciuto da tutti i consociati. Ora, la prima obiezione ci pare errata perché si basa sulla medesima inversione logica (e metodologica) che lo stesso Autore a più riprese rimprovera alla corrente neokantiana e a Welzel (*id est*, una fallacia naturalistica, che deduce il dover essere dall’essere). Non la seconda, poiché dalla lettura del citato passo di Jäger (*Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, cit., p. 39) emerge chiaramente che l’Autore tedesco fa riferimento al requisito di mutevolezza nel momento in cui afferma che numerosi reati contemplati dall’allora vigente § 13. dello *StGB* erano posti a tutela non di un bene giuridico, bensì esclusivamente di un’entità vaga, inconsistente e ‘mutevole’ (forse di qui il fraintendimento?), qual è la morale sessuale, che non sarebbe un bene giuridico poiché priva di «*empirische Wirklichkeit*» (JÄGER, *op. cit.*, p. 38): in quanto tale, essa sarebbe mutevole e relativa. A nostro sommessimo avviso, l’Autore non vuole intendere, con ciò, che il bene, per essere tale, deve essere necessariamente costante nel tempo, a prescindere dall’esatta ampiezza del suo contenuto (come vorrebbe ANGIONI, *op. ult. cit.*, p. 96); piuttosto, egli utilizza quell’espressione per indicare che la ‘morale sessuale’ è concetto soggettivo e indeterminato – perciò mutevole – la cui natura muta a seconda del punto di vista e del sistema di valori di riferimento (ma non quello oggettivo dell’ordinamento giuridico, bensì quello) soggettivo dell’interprete. Ciò detto a proposito della ‘non mutevolezza’, quanto al requisito della ‘non relatività’ ci sia consentito osservare che la critica secondo cui quest’ultima non può assurgere a caratteristica generale del bene giuridico, in quanto non tutti i destinatari condividerebbero le medesime opinioni sul valore di determinati beni (l’Autore fa l’esempio della proprietà privata dei mezzi di produzione, *ivi*, p. 97), si fonda su delle erronee premesse. Infatti, il punto di vista della meritevolezza di tutela di un bene non deve affatto essere quello, soggettivo, dell’interprete o del destinatario della norma, bensì quello, oggettivo, dell’ordinamento. Il problema, anche qui, sembra allora stare esclusivamente nella fonte da cui il sistema di ‘valori’ sotteso alle incriminazioni deve essere fondato. Sicché, come più avanti si vedrà, soltanto la Costituzione, quale ‘patto’ sociale valevole necessariamente per tutti i consociati, può offrire un sistema di riferimento normativo generale da cui trarre un parametro di valore giuridicamente vincolante. Oltretutto, che i beni giuridici penalmente tutelabili debbano essere necessariamente beni ‘consolidati’ e ‘valevoli’ per tutti, non ci pare possa essere seriamente revocato in dubbio, dovendosi radicalmente rigettare l’idea di una funzione ‘propulsiva’ o promozionale del diritto penale (per tutti, *amplius*, BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, pp. 32-34).

assolvere ad una funzione critica, il concetto di bene non può limitarsi ad essere una mera categoria giuridica, che in quanto tale vivrebbe di una dimensione meramente concettuale, ma deve poter indicare un *quid* di preesistente alla disposizione incriminatrice che si vuole posta a sua tutela. Il limite della ricostruzione in esame è, piuttosto, quello di non aver adeguatamente specificato cosa sia tale *quid*, e in base a quali parametri assiologici esso vada ricostruito o concretizzato. Privo di ogni riferimento costituzionale, il concetto liberale di bene giuridico si presenta, perciò, ancora come un ‘concetto di confine’: un concetto, cioè, di natura ancora esclusivamente pre- o meta-giuridica e che, pertanto, pur dotato di finalità critica, non è capace di svolgere realmente alcuna funzione critica.

3.2. Bene giuridico e *Grundgesetz*

A questo punto dovrebbe risultare più chiaro il dato per cui se al concetto di bene giuridico intende assegnarsi la funzione di primario limite contenutistico all’arbitrio punitivo statale, non è possibile adottare un approccio induttivo – tipico delle concezioni metodologiche – che ricerchi il bene nella norma incriminatrice, poiché si finisce necessariamente – come meglio si vedrà a proposito della concezione realistica – in un insuperabile circolo autoreferenziale, sovrapponendo l’oggetto della valutazione con il parametro di valutazione dell’oggetto. Un simile concetto sarebbe idoneo – forse¹⁴⁶ – a svolgere una funzione meramente interpretativa, ma del bene, inteso nella sua accezione ‘liberale’, residuerebbe soltanto il nome: quale strumento d’interpretazione

¹⁴⁶ In effetti, è stata pure da più parti sollevata l’obiezione per cui, se il bene giuridico costituisce il risultato dell’interpretazione di scopo della fattispecie – abbreviazione dell’idea di scopo – esso non può costituire strumento d’interpretazione della stessa; per tutti, in questo senso, PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 391 ss., che proprio accogliendo l’idea del bene giuridico come somma degli elementi di fattispecie (*rectius*, come ‘momento centrale dello scopo’, ovvero come *ratio* della norma), e dunque come risultato dell’interpretazione, nega che esso possa efficacemente svolgere una funzione ermeneutica, poiché lo ‘scopo’ della norma potrebbe essere individuato soltanto ad interpretazione avvenuta; sulle problematiche poste dall’individuazione del bene giuridico in una prospettiva induttiva intrasistemica cfr. *infra*.

teleologica, esso è mera categoria logica e astrazione concettuale¹⁴⁷ e, in quanto tale, non può essere offeso da una condotta umana.

Specularmente, la ricostruzione appena illustrata dimostra che l'approccio deduttivo extrasistemico, se supera il problema dell'«appiattimento» del bene sulla fattispecie, non è comunque capace di giungere ad alcun risultato sotto il profilo della funzione dommatica, poiché un concetto, pur di natura «sostanziale», che tuttavia non trovi un effettivo riscontro nel diritto positivo può forse ambire a definire il reato «per come si vorrebbe che fosse», ma non anche ad esprimerne il nucleo di disvalore «per come esso è» (*rectius*, per come giuridicamente «dovrebbe essere») nella legislazione positiva. Invero, la natura extrasistemica della fonte in cui il suo contenuto viene individuato rende quel concetto del tutto inidoneo a vincolare il legislatore, e dunque rimane ancorato ad un punto di vista «esterno», ma non assurge a parametro critico interno di legittimazione (o di delegittimazione) della fattispecie¹⁴⁸.

A ben vedere, però, l'avvento, nel secondo dopoguerra, delle Costituzioni rigide, consente di schiudere nuove prospettive teoriche: dal sistema di valori costituzionali è possibile ricavare ulteriori indicazioni che consentano di delineare un concetto di bene giuridico che, pur «precedendo» la legislazione ordinaria, sia al tempo stesso capace di imporre al legislatore parametri di tipo sostanziale nella costruzione delle fattispecie di reato, in modo tale da coniugare la funzione critica con quella dommatica¹⁴⁹. Proprio tale ricomposizione fu individuata per la prima volta¹⁵⁰ da quelle ricostruzioni elaborate dalla dottrina tedesca nel secondo dopoguerra che, animate – come si è più volte accennato – da un anelito riformatore, hanno visto proprio nella Costituzione di Bonn del 1949 uno strumento normativo capace di ricomporre l'originaria «frattura» con cui il concetto di bene – come abbiamo visto – aveva fatto ingresso nella scienza penalistica.

È in quest'ottica, dunque, che vanno inquadrare le teorizzazioni che passeremo ora ad illustrare nelle pagine che seguono, osservando sin da ora che mentre le prime due forniscono un «aggancio» costituzionale – per così dire – «debole», la terza si caratterizza, a nostro sommo avviso, per una ben maggiore forza innovativa, giungendo addirittura a richiedere un'esplicita o implicita rilevanza costituzionale del bene, nell'ottica della

¹⁴⁷ Così, limpidamente, RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, pp. 153-154.

¹⁴⁸ Su tali concetti cfr. le belle pagine di FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 891 ss., 947 ss.

¹⁴⁹ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 158.

¹⁵⁰ Sottolinea il particolare carattere di novità di tali ricostruzioni MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 96.

tutela penale come *extrema ratio*. Tale teoria, infatti, costituisce il *trait d'union* tra l'orientamento costituzionalistico tedesco e le elaborazioni di quella parte della dottrina italiana che, a partire dagli anni Settanta, individuò nella Costituzione repubblicana – intesa come tavola ordinata di valori e ‘programma di scopo’ – il necessario fondamento (e non già il mero limite) del sistema penale.

3.2.1. Bene giuridico e funzione della pena

La prima delle concezioni a carattere ‘costituzionalistico’ è quella sviluppata da un'autorevole dottrina tedesca in un lavoro non dedicato espressamente alla questione del bene giuridico, ma, più in generale, alla funzione della pena nello stato sociale di diritto¹⁵¹, e mira ad integrare la appena illustrata *Zustandstheorie* in una prospettiva normativa costituzionale, deducendo dalle legittime funzioni della pena i contorni e le caratteristiche di quelle ‘situazioni’ che possono essere penalmente tutelate in uno Stato democratico¹⁵².

La riflessione in esame rispecchia a pieno quel clima riformatore di laicizzazione del diritto penale che, nel secondo dopoguerra, animò buona parte della dottrina tedesca: è, infatti, proprio dal rigetto della teoria retributiva e dall'individuazione, su base normativo-costituzionale, di una teoria eclettica relativa, che viene esplicitamente affrontata la questione dei ‘limiti’ di criminalizzazione in capo al legislatore, soprattutto in materia di reati ‘sessuali’ e ‘contro la morale’. Tale ricostruzione, pertanto, affonda senz'altro le proprie radici nella più autentica tradizione dell'Illuminismo penale, il cui

¹⁵¹ Il riferimento è allo splendido saggio di ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., p. 11 ss.; ma v. pure ID., *Franz von Liszt y la concepción politicocriminal del Proyecto Alternativo*, cit., pp. 46-47.

¹⁵² Ovviamente, i riferimenti normativi costituzionali sono relativi al *Grundgesetz*, ma, trattandosi di principi quanto mai ampi e generali, essi trascendono la singola esperienza ordinamentale, in quanto propri di qualsiasi ordinamento democratico contemporaneo e, a maggior ragione, di quello italiano, la cui Costituzione dedica alla materia penale un'attenzione maggiore di quanto non faccia quella tedesca; non a caso, nel nostro Paese – come più avanti si vedrà – l'orientamento costituzionalistico si caratterizza per una forte attenzione al dato positivo (costituzionale), mentre nella dottrina tedesca «prevale più il carattere politico-razionale dei principi piuttosto che non la loro rilevanza costituzionale»; sul punto, *amplius*, BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, cit., p. 221 ss. (citaz. a p. 231); DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, V, 2001, p. 29 ss.; per un'originale rilettura del sistema di Roxin alla luce della Costituzione italiana MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento*, cit., p. 1006 ss.

spirito umanistico, utilitaristico e raziocinante viene fondato – e così vivificato – su una più solida base normativa.

Si afferma, così, che il compito di uno stato sociale di diritto, qual è quello prefigurato dalla Costituzione tedesca, non può essere quello di imporre ai consociati particolari visioni del mondo, ma esclusivamente quello di tutelare l'ordine esterno; da ciò deve dedursi che la funzione del diritto penale non può essere che quella di intervenire – come *extrema ratio*¹⁵³ – al solo e limitato fine di preservare le condizioni obiettive di una pacifica convivenza¹⁵⁴, e cioè non soltanto i beni individuali innati – in senso 'illuministico' – ma, atteso il carattere anche sociale dello Stato contemporaneo, pure le prestazioni pubbliche funzionali al soddisfacimento dei bisogni dell'individuo e allo sviluppo della sua personalità. Infatti, tali condizioni e prestazioni sono dotate di un valore e, per questo, possono essere a buon diritto chiamate 'beni giuridici'¹⁵⁵. Bene giuridico, in quest'ottica, è, infatti, «solo una denominazione di ciò che può essere considerato come esclusivamente tutelabile *a partire dai compiti del diritto penale*»¹⁵⁶: in altri termini, a partire innanzitutto dal punto di vista della funzione della pena.

In proposito, è appena il caso di osservare come tale ragionamento, analogamente alla sopra illustrata *Zustandstheorie*, si fondi su di un rovesciamento della prospettiva tradizionale: anziché dedurre da un concetto generale di bene giuridico 'previamente dato' ciò che può essere tutelato per mezzo del diritto penale, viene 'chiamato' bene giuridico ciò che, in base alle finalità di tutela del diritto penale – previamente date – può essere tutelato. A differenza di quella, tuttavia, la teorizzazione in esame appare idonea a fornire certamente una (seppur parziale) risposta alla problematica del sistema di riferimento in base al quale emettere quel giudizio di valore che farebbe, di una semplice 'situazione', un 'bene giuridico': benché *in nuce*, infatti, il riferimento ai principi costituzionali risulta ora quanto mai chiaro.

Tuttavia, a nostro sommo avviso una simile prospettiva lascia scoperta l'altra problematica, vale a dire quella relativa alla natura empirico-oggettiva, ovvero esclusivamente concettuale-ideale, del bene giuridico. Ed infatti, nonostante il

¹⁵³ ROXIN, *Sentido y límites*, cit., pp. 21-22.

¹⁵⁴ ROXIN, *Sentido y límites*, cit., p. 23.

¹⁵⁵ ROXIN, *Sentido y límites*, cit., pp. 21, 33; ID., *Franz von Liszt*, cit., p. 45.

¹⁵⁶ Così ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., p. 47; ma v. già sostanzialmente ID., *Sentido y límites*, cit., p. 21 ss. L'argomentazione fondata sulla funzione della pena sarà poi particolarmente sviluppata nella dottrina tedesca (cfr. *infra*, §§ seguenti) e in quella italiana, a proposito della costituzionalizzazione del principio di offensività; sul punto cfr., *amplius*, cap. II.

riferimento alle ‘condizioni’ di vita in comune, che sembra alludere ad una concezione materiale del bene come *quid* del mondo esteriore, non viene detto più precisamente cosa sia tale ‘*quid*’¹⁵⁷; nel definire il bene giuridico come ‘tutto ciò che può essere tutelato a partire dai compiti del diritto penale’, senza ulteriori specificazioni oltre a quella relativa alla finalità della pena, si rischia di finire per assegnare al concetto di bene giuridico il limitato – benché fondamentale – compito di separare diritto e morale e di escludere fattispecie in cui *a priori* non è dato scorgere alcuna finalità sottostante “condizione della convivenza”; il generico riferimento ad una ‘condizione’ o ‘situazione’ nulla dice di preciso in ordine ai requisiti che lo dovrebbero caratterizzare sotto il profilo materiale, e, dunque, rispetto alla natura dell’offesa e al suo ruolo nella struttura del fatto tipico. Ma, se è vero che nessuno deve pensare al concetto di bene giuridico come ad una «bacchetta magica»¹⁵⁸, la dottrina che lo difende aspira, in realtà, a dire qualche cosa in più. Tale nozione, dunque, benché quanto mai utile allo scopo allorché ci si impegnava nel riformare la legislazione penale nel settore dei reati contro la religione e la morale in un ordinamento che puniva ancora l’omosessualità, la sodomia, l’adulterio, ove non integrata da ulteriori indicazioni, non pare essere adatta ancora nell’affrontare le sfide odierne del diritto penale, soprattutto per quanto riguarda i beni giuridici superindividuali e c.d. ad ampio spettro.

In quella limitata prospettiva, il concetto di bene giuridico costituisce infatti un mero parametro negativo, che non soltanto con una certa difficoltà sembra capace di svolgere una funzione dommatica, ma che riesce a svolgere una funzione critica esclusivamente con riguardo ad una selezione tra ‘scopi legittimi’ e ‘scopi illegittimi’. Così si rischia, però, di svuotare ancora una volta l’aspetto contenutistico e strutturale del concetto di bene giuridico, nel ridurlo, di fatto, a scopo o a valore, per quanto conformi a Costituzione.

¹⁵⁷ Sul punto cfr. pure AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 308.

¹⁵⁸ Così ancora ROXIN, *Franz von Liszt*, cit., pp. 46-47.

3.2.2. Il bene giuridico come «unità sociale di funzione»

In un'ottica analoga si pone un altro fondamentale contributo, che, premessa una chiara indicazione circa le diverse funzioni (critica, dommatica e interpretativa) che il bene giuridico può astrattamente svolgere nel sistema penale, si prefigge più specificamente l'obiettivo di rifondarne su base costituzionale un concetto, il cui contenuto sia ricavato da considerazioni teleologiche relative ai compiti del diritto penale nello stato di diritto, e sia, perciò, capace di assolvere contemporaneamente ad ognuna di quelle funzioni¹⁵⁹. A differenza della ricostruzione precedente, tuttavia, quella ora in esame si caratterizza per il tentativo di fornire una definizione 'positiva' di ciò che può essere elevato, nello stato costituzionale di diritto, a bene giuridico.

Il corretto presupposto da cui si muove è quello secondo cui non è possibile individuare il contenuto di un concetto giuridico se non viene previamente stabilita la funzione che esso dovrebbe svolgere nel sistema penale di un dato ordinamento. Infatti, la storia stessa del concetto di bene giuridico – e soprattutto la citata polemica tra i sostenitori della concezione metodologica e i fautori del concetto 'sostanziale' di stampo nazionalsocialista – mostra con estrema chiarezza come esso sia stato di volta in volta piegato alle più diverse esperienze politiche e, svuotato del suo pur discusso originario contenuto liberale¹⁶⁰, abbia potuto addirittura supportare le aberranti finalità dello stato totalitario¹⁶¹. Non può esistere, infatti, una nozione di bene giuridico 'valida per ogni stagione', ma, in quanto pur sempre concetto giuridico, il suo contenuto muta in ragione del contesto ordinamentale e delle intenzioni con cui esso viene utilizzato¹⁶².

¹⁵⁹ Il riferimento è al citato saggio di RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 151 ss.; sulle funzioni del concetto di bene giuridico cfr., nella dottrina italiana, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 6.

¹⁶⁰ Sul punto cfr., *supra*, § 2.

¹⁶¹ Cfr., sul punto, l'indagine giurisprudenziale svolta da BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., 72 ss., in nota 77, relativa al periodo nazionalsocialista, che mostra come mediante il riferimento al concetto di bene giuridico – di volta in volta la razza, il sangue, l'onore del popolo tedesco – la giurisprudenza del Terzo Reich abbia motivato applicazioni analogiche di numerose fattispecie penali, soprattutto di quelle contenute nella «Legge sulla protezione del sangue e dell'onore tedesco» del 1935; sul bene giuridico nella dottrina e nell'esperienza nazionalsocialista cfr. pure *supra*, § 2.

¹⁶² Così, quasi testualmente, RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, cit., p. 152; diversamente, ci sembra, però, JÄGER, *op. cit.*, p. 9, nonostante poi l'indagine sia compiuta dall'Autore sul presupposto chiaro di una funzione – almeno nelle intenzioni – critica e dommatica del concetto; sulla stessa linea v. pure SINA, *op. cit.*, pp. 1-2, ma tale indicazione metodologica ci sembra del tutto coerente con la prospettiva dichiaratamente 'storiografica' della sua ricerca.

La concezione in esame muove, a tal fine, dall'idea di stato di diritto, inteso non soltanto in senso 'formale' (quale mero *Legalitätstaat*), ma come strumento istituzionale volto ad assicurare anche una giustizia di tipo materiale. Inteso in questo senso, lo Stato democratico si caratterizza per la funzionalizzazione dei pubblici poteri alla tutela della libertà individuale e della dignità umana¹⁶³. Da ciò deriva, anche per il sistema penale, una chiara limitazione funzionale alla sola «difesa dai pericoli», sicché una norma penale si giustificerebbe esclusivamente se necessaria alla garanzia delle condizioni di vita di una società fondata sulla libertà della persona e se, perciò, ragionevole per tutti¹⁶⁴. L'idea dello Stato di diritto' implicherebbe, dunque, un generale principio di 'tolleranza', che informa l'intero tessuto costituzionale, e che non consente allo Stato di obbligare i cittadini a coltivare una specifica morale, quale che essa sia: compito dello Stato di diritto è, invero, esclusivamente quello di assicurare i presupposti di una pacifica convivenza. Per il diritto penale ciò significa, allora, che il legislatore non è autorizzato a sottoporre a pena condotte soltanto immorali, ove queste non producano effetti negativi sulla società¹⁶⁵.

Da tutto ciò si deduce, allora, in negativo, che la Costituzione impone un concetto di bene giuridico che innanzitutto esclude la tutela di una determinata concezione morale; ma ciò equivale ad affermare, in positivo, che ad essere sanzionate penalmente possono essere esclusivamente condotte che ledano o pongano in pericolo i presupposti oggettivi di una convivenza sociale fondata sulla libertà e sulla responsabilità del singolo¹⁶⁶.

È chiaro, dunque, come sin qui la teoria in esame, pur argomentando più direttamente a partire dal sistema costituzionale di principi e valori, si muova pur sempre nell'ambito di quelle tendenze, cui sopra si è fatto riferimento, che mirano ad una secolarizzazione del catalogo dei reati e ad una separazione di competenze tra diritto (penale) e morale¹⁶⁷. Tuttavia, la concezione in esame si propone proprio l'obiettivo di superare i limiti di quelle riflessioni che a tale conclusione si fermano, indicando più specificamente il contenuto di tali condizioni di vita in comune. Si riconosce, infatti, chiaramente che quello appena enunciato è esclusivamente un «punto di vista assiologico» (*Wertgesichtspunkt*) circa le funzioni del diritto penale; si tenta, perciò, di fornire una più

¹⁶³ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 159.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 160.

¹⁶⁶ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 161.

¹⁶⁷ L'esito, com'è evidente, è sostanzialmente il medesimo cui giungono ROXIN, *Sentido y límites*, cit., p. 21 ss. e, per altra via, JÄGER, *op. cit.*, pp. 8 ss., 13 ss.

precisa definizione di ‘ciò’ che, in positivo, può essere bene giuridico, tenendo presente che i diversi beni giuridici discendono sempre da una costante concretizzazione di tale punto di vista¹⁶⁸.

A questo punto, pur riconoscendosi alla *Zustandstheorie* il merito di aver superato l’idea lisztiana del bene giuridico come ‘interesse giuridicamente tutelato’ e di aver posto, a tal fine, l’accento sulla sua natura materiale, così restituendogli una funzione dommatica, ad essa si rimprovera di aver considerato i beni giuridici come qualcosa di statico, laddove, invece, essi dovrebbero essere intesi come un ‘organismo vivente’¹⁶⁹. Portando a più estreme conseguenze le riflessioni di Welzel – secondo cui i beni giuridici non vanno intesi nell’ottica tradizionale delle teorie causali dell’azione come oggetti esposti nelle vetrine di un museo e modificabili secondo le leggi della causalità, ma come un *quid* che è «in funzione» – l’Autore ritiene che i beni giuridici devono essere identificati propriamente con tali funzioni, *rectius* con quelle «unità sociali di funzione» (*soziale Funktionseinheiten*), senza le quali la società non potrebbe esistere nella sua concreta conformazione¹⁷⁰. Più specificamente, i beni giuridici sarebbero ‘unità sociali di funzione, dotate di valore’ (*werthafte*), in quanto irrinunciabili per una società conforme alle rappresentazioni della Costituzione, vale a dire per una società che si prefigga come compito primario quello della protezione della libertà del singolo cittadino¹⁷¹. Possono essere punite, perciò, esclusivamente quelle condotte che pregiudicano o turbano tali funzioni, così producendo effetti dannosi per la società. Peraltro, l’‘esistenza in funzione’ non costituirebbe prerogativa dei beni giuridici collettivi, ma caratterizzerebbe anche i più tradizionali beni individuali quali la vita, la salute, il patrimonio: infatti, «la loro rilevanza per il singolo non si esaurisce, nella realtà sociale, in una mera esistenza statica, ma consiste piuttosto nel fatto che essi aprono al singolo precise possibilità di azione (*Wirkungsmöglichkeiten*), sulla base delle forze in essi contenute»¹⁷².

Proprio una simile ricostruzione sarebbe, dunque, in grado di coniugare le tre funzioni del concetto di bene giuridico. Infatti, quest’ultimo svolgerebbe una funzione critica, in quanto fondato sulla base delle posizioni costituzionali di valore; una funzione dommatica, poiché capace di esprimere il nucleo di disvalore di ogni reato, che viene

¹⁶⁸ RUDOLPHI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶⁹ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, pp. 162-163.

¹⁷⁰ Così RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 163.

¹⁷¹ RUDOLPHI, *op. ult. cit.*, p. 164.

¹⁷² *Ibidem.*

considerato come un fattore di interferenza e disturbo di quelle funzioni costitutive della vita sociale che si articola nel quadro della Costituzione; ma la ritrovata unità tra le citate funzioni gli consentirebbe, infine, di assolvere anche a quella interpretativa, consentendo una più precisa delimitazione dell'area di incriminazione propria di ciascuna fattispecie.

Ci sia, tuttavia, consentito di dubitare circa la reale capacità selettiva di un siffatto concetto. Ed infatti, nonostante la totale condivisibilità delle premesse di fondo circa la funzione dello Stato di diritto, inteso non riduttivamente come mero stato 'legalitario', ma come strumento posto al servizio della persona nel soddisfare anche esigenze di 'giustizia materiale', non altrettanto condivisibili ci sembrano le ulteriori riflessioni che conducono l'Autore a ricavare, da tali premesse, la citata definizione (positiva) di bene giuridico.

Innanzitutto, non appaiono sufficientemente definiti le modalità e i criteri in base ai quali concretizzare – come vorrebbe l'Autore – il punto di vista di partenza nell'ambito dei singoli settori della società, al fine di stabilire cosa sia e cosa non sia bene giuridico¹⁷³.

In secondo luogo, pur condividendo le osservazioni circa la natura non statica del bene e il tentativo di riconoscerlo come tale in una più schietta dimensione funzionale rispetto alla sua capacità di soddisfare bisogni umani¹⁷⁴ – tanto individuali come sociali – a non convincere è anche in questo caso il passo argomentativo successivo: infatti, dedurre da tale pur corretta premessa che non è più il bene nella sua dimensione funzionale, ma è addirittura, *in radice*, la funzione che esso svolge a dover ricevere

¹⁷³ Sul punto cfr. pure FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 48; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 98; cfr., tuttavia, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, p. 5, ove i medesimi Autori, pur sottolineando la difficoltà di una 'definizione' del concetto di bene giuridico, dichiarano di preferire la tesi che lo individua in un'«unità sociale di funzione».

¹⁷⁴ Si tratta, a ben vedere, di una chiara indicazione funzionale-personalistica, sviluppata innanzitutto, in modo magistrale, dalla pregevole monografia di MARX, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, cit., *passim* e spec. pp. 24 ss., 62 ss., che, sempre muovendo dalla problematica dello 'scopo' dello stato e dal concetto di 'uomo come persona', definisce i beni giuridici come «quegli oggetti, di cui l'uomo ha bisogno per una libera autorealizzazione» (*ivi*, p. 62); il concetto personale è stato sviluppato, poi, da HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 221 ss., ove espressamente si afferma che «beni giuridici superindividuali non funzionalizzati ad interessi della singola persona... non sono compatibili con un'esperienza sociale di valori orientata alla Costituzione» (*ivi*, p. 233); e poi ulteriormente approfondito in ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in PHILIPPS-SCHOLLER (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, p. 89 ss.; ID., *Vorbemerkungen zum § 1*, cit., p. 80 ss. Sulla problematica della 'titolarità dei beni giuridici' e sulle relative concezioni 'monistiche' e 'dualistiche' (su tali concetti cfr., per tutti, limpidamente HASSEMER, *Vorbemerkungen zum § 1*, cit., p. 78 ss.) non ci soffermiamo in questa sede, in quanto il concetto personale di bene giuridico sarà sviluppato più avanti nel corso del presente lavoro, in relazione alla problematica dei beni giuridici collettivi e diffusi e dei beni giuridici istituzionali (cfr., *infra*, capp. III e IV);

protezione penale (*recte*: un'«unità sociale» di quella funzione), non ci pare corretto almeno per due ordini di ragioni. Tale passaggio argomentativo, da un lato, non pare essere supportato da un chiaro fondamento logico-razionale e, dall'altro, non apporta alcun chiarimento concettuale ulteriore. Infatti, la definizione del bene giuridico come «unità sociale di funzione» sembra nascondere e mistificare significati, piuttosto che chiarirli, poiché non viene spiegato cosa debba intendersi per «funzione», né tantomeno cosa più precisamente sia quell'«unità» (*Einheit*).

Oltretutto, il «senno di poi» e gli sviluppi successivi paiono confortare il nostro scetticismo: ancora oggi, al fine di giustificare scelte di politica criminale volte alla tutela penale – non di beni giuridici, ma – di sistemi di regole che disciplinano un settore sociale unitario (vale a dire di quelle che oggi generalmente vengono denominate «funzioni») non è raro, in dottrina, il richiamo proprio alla ricostruzione in esame. Tuttavia – se bene abbiamo inteso – il proposto concetto di «unità sociali di funzione» poco ha a che vedere – o comunque non coincide del tutto – con la «tutela penale di funzioni amministrative», per come oggi intendiamo tale formula. La ricostruzione appena esaminata, infatti, nell'affermare che oggetto di tutela debba essere un bene nella sua funzionalità rispetto al concreto atteggiarsi della vita individuale e sociale¹⁷⁵ non sembra intendere affatto che per funzione debba – o anche solo possa – intendersi un complesso di regole unitarie (*id est*, un istituto o un'istituzione giuridica) inerente ad una determinata materia e funzionale al governo di un determinato settore del sistema sociale, come vorrebbero invece i fautori della tutela penale di funzioni amministrative.

Nel prosieguo del lavoro si avrà modo di approfondire il tema.

¹⁷⁵ Conferma di questa interpretazione sembra provenire dalle ulteriori riflessioni svolte dall'Autore relativamente al bene del patrimonio, specificandosi che oggetto della tutela non è la cosa in sé, o il diritto di proprietà, bensì la relazione di appartenenza della cosa all'uomo, in quanto è nella sola misura in cui esso sia strumento per lo sviluppo della personalità umana che il bene può essere tutelato; analogamente, per una concezione dinamico-funzionale del bene patrimonio nell'ambito della dottrina italiana v. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 62 ss.

3.2.3. Bene giuridico e relazione ai valori: il reato come lesione di un valore costituzionalmente rilevante

Le ricostruzioni sin qui analizzate si caratterizzano per la comune tendenza ad assumere la Costituzione (tedesca) come ‘punto di fuga’ nella designazione del concetto di bene giuridico, individuando nel principio democratico, ovvero nella funzione della pena, il ‘punto di vista’ assiologico in base al quale stabilire le finalità legittimamente (e, specularmente, non legittimamente) perseguibili mediante il diritto penale nello stato (sociale) di diritto. Un ben più profondo ancoramento costituzionale della ‘tavola’ dei beni giuridici è, invece, postulato dalla teoria che ci accingiamo ad illustrare. Questa, invero spesso trascurata dalla dottrina sia italiana che tedesca, merita, al contrario, la massima attenzione, non soltanto perché – a quanto sembra – ha per la prima volta teorizzato la necessità di una più stretta relazione tra sistema dei beni giuridici e ordine costituzionale di valori, ma soprattutto perché – analogamente, come si vedrà, all’orientamento costituzionalistico ‘forte’ della dottrina italiana – lo ha fatto nell’ambito di un più ampio e profondo ‘progetto’ di rifondazione e ridefinizione, su base costituzionale, delle categorie penalistiche¹⁷⁶.

L’idea innovativa da cui muove – e, in un certo senso, cui perviene – l’intera riflessione è quella per cui tra il sistema penale e l’ordinamento costituzionale di valori¹⁷⁷

¹⁷⁶ Ci riferiamo all’opera di SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 909 ss. Tale lavoro, di straordinaria innovatività (è oltretutto cronologicamente precedente alle teorizzazioni sin qui illustrate), pur essendo spesso menzionato in numerosi lavori sul tema del bene giuridico, sia nella dottrina tedesca che in quella italiana (ad es., ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 95; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 45-46; MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 44; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 94), non viene poi mai specificamente analizzato, nonostante la sua straordinaria innovatività, sia sotto il profilo ideologico che sotto il profilo metodologico, giungendo ad esiti analoghi a quelli di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., almeno sotto il profilo del fondamento costituzionale delle categorie penalistiche, dell’idea della necessaria rilevanza – esplicita o ‘mediata’ – dei beni giuridici legittimamente tutelabili per mezzo della pena e della ‘costituzionalizzazione’ del principio di *extrema ratio*. Un’esplicita ed adeguata presa di posizione (critica) è, peraltro, nella dottrina tedesca, quella di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 312-314.

¹⁷⁷ È appena il caso di segnalare come il presupposto implicito da cui muove la teorizzazione in esame – analogamente, come si vedrà, all’orientamento costituzionalistico c.d. ‘forte’ della dottrina italiana, sviluppatosi a partire dall’inizio degli anni Settanta– sia quello per cui la Costituzione costituisce (o contiene) una *objektive Wertordnung*, ovvero un ‘ordine oggettivo di valori’ dotato di una precisa gerarchia. Tale ‘ordine’ deve poi essere attuato dal legislatore ordinario, che a quella gerarchia deve necessariamente conformarsi; in caso contrario, poiché appunto quell’ordine è – per così dire – ‘conoscibile’ razionalmente da parte del giudice costituzionale, il suo mancato rispetto è, comunque, giustiziabile; ‘apripista’ di un simile modo di intendere la Carta costituzionale pare essere stata la sentenza Lüth del *Bundesverfassungsgericht* del 1958 (BVerfGE, 7, 198, citata, infatti, da SAX, *op. ult. cit.*,

sussiste (*rectius*, deve sussistere) uno stretto, duplice legame. Infatti, se da un lato il diritto penale svolge la funzione di prevenire aggressioni a beni giuridici, conformemente ai valori percepiti in un determinato ordinamento come generalmente vincolanti, e a tale funzione assolve per mezzo della minaccia, dell'applicazione e dell'esecuzione di pene e misure di sicurezza; dall'altro, proprio queste ultime costituiscono altrettante aggressioni ai beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà, la proprietà e l'onore, in sintesi, alla sua dignità. Essendo il diritto penale il settore dell'ordinamento che più profondamente incide sui beni dell'individuo, è necessario che tutte le categorie e i concetti penalistici – che concernano l'illecito, la colpevolezza, le pene o le misure di sicurezza – si conformino alle «scelte fondamentali della Costituzione» (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung*)¹⁷⁸; in altre parole, il sistema penale deve trovare nei valori, nei principi e nei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione un indispensabile fondamento giustificativo. Da ciò deriva, evidentemente, innanzitutto l'impossibilità di appagarsi di un concetto meramente formale di illecito penale¹⁷⁹, dovendosi al contrario determinare la sua essenza sulla base delle scelte di valore contenute nella Costituzione. Ed è nell'ambito di tale indagine che viene in rilievo immediatamente la categoria del bene giuridico, mediante la quale è possibile spiegare e dimostrare più da vicino quel legame (necessariamente) esistente tra sistema penale e ordinamento costituzionale di valori.

Più specificamente, l'Autore muove dall'*Art. 1 III GG*, che obbliga tutti i poteri pubblici al rispetto dei diritti fondamentali costituzionalmente sanciti; ciò significa, dunque, che anche il potere legislativo – in particolare ove incida sui 'valori morali' dell'individuo – deve essere esercitato in conformità all'«ordine costituzionale dei valori»¹⁸⁰. Ma se ciò è vero, l'*Art. 1 III GG* stabilisce implicitamente anche la necessità di

pp. 909-910, in nota). Tale concezione, pur vantando autorevoli sostenitori, non è, comunque, unanimemente condivisa nella dottrina costituzionalistica, né tedesca, né – ciò che qui maggiormente interessa – italiana. Limitatamente ai profili di interesse ai fini del presente lavoro, sull'argomento si tornerà nel cap. II, in quanto proprio la critica ad una simile visione della costituzione pare essere sottesa o implicita nelle critiche da più parti avanzate all'orientamento costituzionalistico 'forte'.

¹⁷⁸ SAX, *op. ult. cit.*, p. 910 ss.

¹⁷⁹ Da un punto di vista formale, infatti, esso può essere definito soltanto come «colpevole realizzazione di un illecito conforme ad una fattispecie penale, alla quale la legge penale ricollega la conseguenza giuridica della pena» (SAX, *op. ult. cit.*, p. 910), ma da tale punto di vista il suo contenuto risulta del tutto arbitrario.

¹⁸⁰ Come si è osservato sopra, infatti, il presupposto implicito da cui muove la ricostruzione in esame è quello per cui il novero dei *Grundrechte* costituzionalmente riconosciuti e tutelati, e dunque i principi costituzionali in cui essi si traducono, corrispondano ad altrettante 'scelte fondamentali di valore', oggettivamente conoscibili e graduabili secondo precise gerarchie. La Costituzione, dunque, sarebbe nella sua essenza, una vera e propria 'tavola di valori'.

una relazione tra posizioni costituzionali di valore e sistema dei beni giuridici, quali oggetti di tutela penale¹⁸¹. Tale relazione non va, tuttavia, intesa nel senso di un'esatta coincidenza tra i due sistemi, poiché essi svolgono funzioni essenzialmente diverse; da un lato, i valori costituzionali si traducono in principi giuridici fondamentali capaci di definire esclusivamente la cornice normativa esterna dell'attività giuridica dello Stato; dall'altro, l'ordine dei beni giuridici ha il compito di 'concretizzare' quell'ordine costituzionale di valori orientando la costruzione delle fattispecie penali agli "obiettivi prossimi" delle condotte umane, che spesso si pongono soltanto in indiretta relazione con valori costituzionali; quello dei beni giuridici è, dunque, un insieme necessariamente più ampio di quello dell'ordine costituzionale dei valori¹⁸². Più specificamente, i due ordini coincidono soltanto in relazione a quei beni giuridici fondamentali tutelati ovunque ed in ogni tempo, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, in quanto soltanto questi corrisponderebbero ad altrettanti valori costituzionali; esistono, tuttavia, beni giuridici penalmente tutelati (*rectius*, tutelabili) che non corrispondono esattamente ad altrettanti valori costituzionali¹⁸³, ma – tutt'al più – soltanto a «valori intermedi»¹⁸⁴: tali sono quei valori che, pur non essendo espressamente menzionati in Costituzione, costituiscono il fondamento per lo sviluppo e la realizzazione dei valori dotati di espresso riconoscimento costituzionale e del catalogo dei diritti fondamentali cui essi si ricollegano. Anch'essi, dunque, sono penalmente tutelabili, purché la loro (diretta) lesione leda indirettamente anche un valore fondamentale. Una più precisa individuazione di tali beni implica, perciò, un delicato procedimento valutativo consistente nell'«enuclearli», via via mediante successive concretizzazioni, dai valori fondamentali di rilievo costituzionale.

Ora, a ben vedere, dall'individuazione di tale imprescindibile relazione tra il catalogo dei beni giuridici e la tavola costituzionale di valori discendono conseguenze rilevanti a proposito del concetto sostanziale di illecito penale: in questo modo, infatti, quest'ultimo trova proprio nel riferimento alla Costituzione il suo necessario contenuto

¹⁸¹ SAX, *op. ult. cit.*, p. 911.

¹⁸² SAX, *op. ult. cit.*, p. 912.

¹⁸³ L'Autore porta ad esempio gli *Staatschutzdelikte*, i quali, «in un senso ampio, mirano alla tutela dell'ordine pubblico», ma anche quelli posti a tutela della 'morale' e dell'«esercizio della giurisdizione» (*ivi*, p. 912).

¹⁸⁴ SAX, *op. ult. cit.*, pp. 912-913. Non è possibile qui ulteriormente soffermarsi sul concetto di 'valori intermedi'. In via di estrema sintesi ci limitiamo a dire che l'Autore sembra considerare tali quei valori (lo stato, l'amministrazione della giustizia, la morale) che, pur non espressamente sanciti in Costituzione, sono nondimeno suscettibili di essere tutelati penalmente, in quanto la loro aggressione indirettamente implica l'offesa di un valore (individuale) costituzionalmente rilevante.

di (dis)valore. Infatti, se il novero dei beni giuridici deve necessariamente avere un diretto o indiretto fondamento nell'ordine costituzionale di valori, ne deriva che l'illecito penale deve necessariamente consistere, nella sua essenza, in un'offesa – diretta o indiretta, a seconda che il bene coincida con il valore, ovvero ne rappresenti una ‘concretizzazione’ – di un valore di rilievo costituzionale¹⁸⁵.

L'ancoramento, così stabilito, dei beni giuridici penalmente tutelabili ai valori costituzionali, e la conseguente definizione dell'illecito penale come lesione diretta o indiretta di un valore costituzionale, se consente, da un lato, di considerare come costituzionalmente imposta la definizione dell'illecito penale come offesa di un bene giuridico, al tempo stesso esclude, dall'altro, che il fondamento di tale illiceità possa identificarsi nel disvalore d'azione o dell'atteggiamento interiore. Da ciò risulterebbe, dunque, costituzionalmente infondata l'idea, propria di alcuni orientamenti dottrinali di stampo soggettivizzante, che la tutela penale possa assumere ad oggetto i ‘valori etici della comunità’, e che, dunque, l'illecito si fondi sulla violazione dell'obbligo di fedeltà o sulla rimproverabilità dell'atteggiamento interiore; lo Stato verrebbe elevato, altrimenti, ad «istituzione morale»¹⁸⁶, mentre compito del legislatore penale è esclusivamente quello di garantire i beni giuridici sulla base della tavola costituzionale di valori.

È probabilmente proprio tale avversione ad ogni forma di soggettivizzazione dell'illecito a costituire il nucleo centrale della riflessione in esame¹⁸⁷, il cui obiettivo ultimo pare invero essere quello di dimostrare, da un punto di vista normativo-costituzionale, la fallacia non soltanto delle aberrazioni teoriche della *Kieler Schule*, ma anche di quei più radicali orientamenti di matrice finalistica, piuttosto diffusi nella dottrina tedesca del dopoguerra, inclini ad attribuire al disvalore d'azione il ruolo di elemento centrale dell' illecito penale. Non si disconoscono, peraltro, i meriti della teoria del *personales Unrecht* nell'aver criticato l'idea, tradizionalmente riconnessa alla concezione causale dell'azione, di un illecito ridotto a pura offesa ‘meccanicistica’ del bene; ad essa, piuttosto, si rimprovera esclusivamente una certa radicalità nella speculare, unilaterale accentuazione del disvalore d'azione¹⁸⁸. Quest'ultimo, infatti, non viene misconosciuto dall'Autore, ma viene concepito quale elemento che concorre ad una più determinata e

¹⁸⁵ Così, quasi testualmente, SAX, *op. ult. cit.*, p. 913.

¹⁸⁶ SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., pp. 918-919.

¹⁸⁷ Sul tema cfr. pure SAX, “*Tatbestand*” und *Rechtsgutsverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des “gesetzlichen Tatbestandes” und des “Unrechtstatbestandes”*, in JZ, 1976, p. 9 ss.

¹⁸⁸ SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 915 ss., spec. p. 916.

puntuale descrizione legislativa dell'offesa al bene giuridico e, dunque, dell'illecito¹⁸⁹: ciò che la teoria dell'illecito personale designa come disvalore d'azione non sarebbe, dunque, nient'altro che una «forma di tipizzazione mediata dell'*illecito oggettivo*»¹⁹⁰. Questo, infatti, pur rimanendo essenzialmente 'oggettivo', non può essere allo stesso tempo concettualmente ridotto a mera «causazione di un'offesa ad un bene giuridico», ma deve essere inteso come «offesa di un bene giuridico mediante una condotta conforme al tipo»¹⁹¹; la tutela dei valori etico-giuridici dell'atteggiamento interiore potrà, pertanto, essere «un ben accolto risultato di un governo saggio, ma non è il suo obiettivo *giuridico*, soprattutto non l'obiettivo dell'attività *punitiva* dello stato»¹⁹².

Specificando ulteriormente le sue riflessioni, l'Autore sottolinea come a risultare decisivo ai fini della legittimità dell'«opzione» penale non sia il carattere di offesa al (e, dunque, di tutela del) bene giuridico – comune, secondo l'Autore, anche alle *Ordnungswidrigkeiten*¹⁹³ – bensì la 'meritevolezza di pena' (*Strafwürdigkeit*) dell'offesa al bene, determinata dalla minore o maggiore 'vicinanza' e 'proporzione' del bene tutelato ad un valore costituzionale di riferimento: soltanto allorché la 'relazione' del bene al valore costituzionale sia ancora 'afferrabile', la sua offesa potrebbe essere considerata 'meritevole di pena' (*strafwürdig*) e, di converso, il bene giuridico sarebbe 'meritevole di tutela'. Ciò significa, dunque, che l'individuazione dei beni giuridici penalmente tutelabili può avvenire soltanto all'esito di un complesso «procedimento valutativo» (*Vorgang des*

¹⁸⁹ SAX, *op. ult. cit.*, p. 917; in senso analogo, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 124 ss., spec. p. 128.

¹⁹⁰ Così, testualmente, SAX, *op. ult. cit.*, p. 918 (corsivo dell'Autore).

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² SAX, *op. ult. cit.*, p. 919.

¹⁹³ SAX, *op. ult. cit.*, p. 923 ss.; infatti, secondo l'Autore, l'*Ordnungswidrigkeit* non si distinguerebbe dall'illecito penale, sotto il profilo dell'offesa, in quanto anch'essa costituirebbe offesa di un bene giuridico – e non «mera disobbedienza» – bensì proprio per mezzo del criterio della *Strafwürdigkeit* (*ivi*, p. 919 ss., spec. pp. 922-923). Il tema, com'è noto, è tanto suggestivo quanto di vastissimo respiro, per cui non può ovviamente essere adeguatamente affrontato in questa sede; ci limitiamo a rinviare, peraltro, ai capp. III e IV del presente lavoro e alla bibliografia *ivi* citata, ove verrà trattato per quanto di interesse. Per il momento, ci limitiamo ad esprimere un certo scetticismo a proposito dell'idea – pur autorevolmente sostenuta – per cui anche l'illecito amministrativo costituisca un'offesa ad un bene giuridico. Infatti, da un lato tale ordine di idee sminuirebbe il *proprium* dell'illecito penale, 'banalizzando', per così dire, le rilevanti conseguenze giuridiche (e non) che la qualificazione penalistica, in sé, comporta (sul punto cfr., *infra*, cap. III); dall'altro, una simile definizione può essere accolta soltanto al costo di presupporre una concezione essenzialmente metodologica del bene giuridico, confondendolo con lo 'scopo' della norma; al contrario, 'prendendo sul serio' il concetto di bene giuridico e il connesso principio di offensività (inteso in senso 'forte'), a noi sembra che l'oggetto di tutela dell'illecito amministrativo non risponda (e, d'altro canto, non debba rispondere) alle caratteristiche del bene giuridico (penale), potendo, piuttosto, anche rilevare come mero 'scopo' (ovviamente costituzionalmente legittimo) della norma amministrativamente sanzionata.

Bewerten), che delinea e specifiche più da vicino la fisionomia di quella relazione e, così, il duplice legame che – come si è detto in apertura – intercorre tra sistema penale e Costituzione.

Tale procedimento, peraltro, trova un «sicuro fondamento» nel primo «punto di contatto» esterno tra ‘fatto della pena’ e valore¹⁹⁴. Infatti, la pena realizza una lesione della personalità morale dell’individuo e dei suoi diritti fondamentali, quali la libertà, la proprietà e l’onore. Intesa innanzitutto quale «fatto reale» (*realer Sachverhalt*) e «*pathos morale*» imposto coattivamente ad una persona, la pena non richiede una giustificazione¹⁹⁵; tuttavia, in quanto strumento necessario per il mantenimento della pace sociale, essa può essere giustificata – in base al principio di proporzione – nella misura in cui si limiti allo stretto ‘indispensabile’. Ed è per questo motivo, dunque, che quella ‘relazione’ che deve necessariamente intercorrere tra bene giuridico (*id est*, l’«obiettivo prossimo» della condotta vietata) e il valore costituzionale presupposto, deve essere ancora ‘afferrabile’¹⁹⁶ e percepibile. Sicché, è mediante l’ausilio del criterio della proporzionalità che viene specificata quella ‘relazione’, individuando così il «punto di contatto esterno» tra pena e valore, vale a dire il bene giuridico.

Soltanto mediante la concretizzazione di quel ‘punto di vista’ è possibile, da un lato, definire più precisamente i valori fondamentali e i beni giuridici che con questi ultimi coincidono; e, dall’altro, soprattutto selezionare quei beni che, pur non coincidendo con un valore costituzionale, sono nondimeno tutelabili, in quanto con esso si trovano in quella stretta e afferrabile relazione richiesta dall’*Art. 1 III GG*¹⁹⁷. Infatti – giova ripeterlo – in questa prospettiva il reato può consistere esclusivamente nell’offesa di un bene che, in considerazione della sua diretta o indiretta connessione con un valore costituzionale, risulta meritevole e bisognosa di pena¹⁹⁸; detto in altri termini, i beni giuridici legittimamente tutelabili mediante il diritto penale sarebbero soltanto quelli che, nel rispetto del principio costituzionale di proporzionalità tra azione e reazione, a causa della loro irrinunciabilità sono meritevoli di tutela e, a causa della prevedibile frequenza della loro lesione, ne necessitano¹⁹⁹. È, dunque, in questo modo più concretamente definito il duplice punto di contatto tra ‘pena’ e ‘valore’, e al tempo stesso dimostrata l’affermazione,

¹⁹⁴ SAX, *op. ult. cit.*, p. 924.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ SAX, *op. ult. cit.*, p. 919.

¹⁹⁸ SAX, *op. ult. cit.*, p. 919.

¹⁹⁹ Così, quasi testualmente, SAX, “*Tatbestand*” und *Rechtsgutsverletzung*, cit., p. 11.

da cui siamo partiti, in base alla quale il diritto penale deve godere di un sicuro «fondamento costituzionale» (*verfassungsrechtliche Grundlage*).

L'Autore, a questo punto, chiarisce ulteriormente che il parametro della 'meritevolezza di pena' (*Strafwürdigkeit*) si estrinseca, da un lato, in un preliminare giudizio che potremmo chiamare di 'meritevolezza in senso stretto' e, dall'altro, implica anche un logicamente successivo giudizio di 'bisogno di pena' (*der-Strafe-Bedürfen*), corrispondente in buona sostanza al principio di sussidiarietà della tutela penale²⁰⁰, che viene, in questo modo, 'costituzionalizzato'. Più specificamente, il primo è definito dalla 'proporzionalità' della relazione esistente tra bene giuridico e valore costituzionale, ed individua, pertanto, il punto di confine al di sotto del quale non vi può essere legittimamente illecito penale (ma solo *Ordnungswidrigkeit*²⁰¹); mentre, a ben vedere, è il secondo giudizio a risultare decisivo ai fini della legittimità della tutela penale del bene giuridico: esso indica, infatti, il punto oltre il quale, in ragione della particolare frequenza, dannosità e insostenibilità di una condotta²⁰², può legittimamente essere comminata ed irrogata una sanzione penale a sua tutela. Da ciò deriva la conclusione che, se da un lato – come si è detto – il catalogo dei beni giuridici è più ampio del novero dei valori costituzionali (espliciti), dall'altro non ogni lesione di un valore costituzionale o di un bene a questo riconducibile costituisce necessariamente illecito penale, poiché è pure sempre il giudizio di 'stretta indispensabilità' della tutela (*id est*, di *extrema ratio*) ad essere decisivo ai fini della criminalizzazione.

Ovviamente, si tratta pur sempre di criteri assiologici generali che, in quanto tali, implicano un apprezzamento valutativo dagli esiti non definiti né definibili in via 'geometrica'. Quel che è certo, però, è che, ove siffatti confini siano indiscutibilmente superati, la norma incriminatrice non può essere considerata costituzionalmente legittima. In proposito, l'Autore immagina tre diverse possibilità. Se un comportamento è sia 'meritevole' che 'bisogno di pena', il legislatore non ha alcun obbligo di

²⁰⁰ SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 924 ss.

²⁰¹ Secondo l'Autore, infatti, pur essendo qualitativamente entrambi offese di un bene giuridico, solo nell'illecito penale il bene sarebbe dotato ancora di un afferrabile collegamento con un valore di rilievo costituzionale; nelle *Ordnungswidrigkeiten*, al contrario, quella relazione sarebbe così labile da rendere il bene tutelato non più proporzionato rispetto ai valori lesi dalla pena (SAX, *op. ult. cit.*, p. 929).

²⁰² Sono questi i criteri individuati dallo stesso SAX, *op. ult. cit.*, p. 925. Tali criteri paiono assomigliare a quelli proposti, sulla base delle teorie del funzionalismo sociologico, da HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 130 ss., (cfr. *infra* nel testo).

incriminazione²⁰³; l'unico limite che gli si impone è quello di non sovvertire il sistema costituzionale di valori, punendo, ad esempio, il furto o la rapina, ma non anche l'omicidio o il sequestro di persona: in tal caso, ad essere violato sarebbe, infatti, l'art. 1 GG, che sancisce il principio della dignità umana²⁰⁴. Se, invece, un comportamento è 'meritevole' (in senso stretto), ma non 'bisognoso' di pena, questo non può essere penalmente sanzionato, poiché la lesione della personalità umana che la pena comporta non sarebbe «indispensabile»: «la mancanza del 'bisogno di pena' rende tale intervento intollerabile e, perciò, ingiustificato» in quanto lesivo del valore fondamentale della dignità umana²⁰⁵. Infine, se un comportamento non è meritevole di pena, è *in radice* esclusa la *Strafwürdigkeit*, sicché esso non può integrare alcun illecito penale: l'assenza di un'afferrabile relazione tra bene offeso e un valore costituzionale non consente, infatti, di giustificare quella lesione della dignità umana che la pena comporta²⁰⁶.

Ora, benché astrattamente condivisibili possano essere le critiche che sono state mosse alla ricostruzione sin qui analizzata²⁰⁷, a noi sembra che quest'ultima contenga chiare ed univoche indicazioni verso una sistematica di tipo teleologico, trattandosi di un evidente tentativo di rifondazione costituzionale del concetto di illecito, in base ai principi costituzionali, considerati espressione di altrettanti 'valori'. Si tratta, dunque, di un

²⁰³ SAX, *op. ult. cit.*, p. 930 ss. L'Autore giunge addirittura ad affermare la legittimità di un'eventuale abolizione dell'intervento penale in tali casi, mediante una sua trasformazione in un *Sanktionsrecht*, come ad esempio le *Ordnungswidrigkeiten*, poiché in tal caso non si violerebbe alcun principio costituzionale, attesa l'assenza di qualsivoglia obbligo di incriminazione. Inoltre, si potrebbe pure trattare parzialmente fatti simili come illecito penale e parzialmente come illecito amministrativo, con ciò non violandosi il principio di uguaglianza, poiché – afferma invero discutibilmente l'Autore – esso varrebbe solo a fronte di leggi già poste: impossibile renderlo), cioè solo al momento dell'applicazione, ma non anche in quello della posizione del diritto.

²⁰⁴ SAX, *op. ult. cit.*, p. 931.

²⁰⁵ Oppure, porterebbe, come nell'incriminazione delle attività preparatorie, alla formulazione di fattispecie vaghe, e dunque violerebbe il principio di determinatezza sancito dall'art. 103 II GG (SAX, *op. loc. ult. cit.*).

²⁰⁶ SAX, *op. ult. cit.*, p. 933.

²⁰⁷ Ci riferiamo alle obiezioni di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 312 ss., secondo il quale in primo luogo la riflessione di Sax, pur richiamando espressamente l'Art. 1 III della Costituzione tedesca a sostegno dell'idea del reato quale illecito fondato oggettivamente e determinato dall'offesa di un valore costituzionale, dimentica che è proprio quella disposizione a menzionare la «legge etica» (Art. II 1) quale limite della libertà personale, sicché dedurre dalla Costituzione l'idea che l'illecito non possa costituire (anche) rimprovero per l'atteggiamento interiore sarebbe contraddittorio. In secondo luogo, nel considerare esclusivamente i valori individuali come dotati di un espresso rilievo costituzionale, e nel relegare lo Stato, l'amministrazione della giustizia ed altri beni giuridici istituzionali, tutt'al più, nel novero dei 'valori intermedi', tale teorizzazione guarda esclusivamente alla prima parte del GG, dimenticando tutto ciò che concerne la struttura istituzionale e la società, la cui organizzazione e definizione pure costituisce uno dei principali compiti di una qualsivoglia costituzione.

ambizioso tentativo di emancipazione della politica criminale – *rectius*, della politica dei beni – da fonti ‘prepositive’, di tipo metagiuridico o giusnaturalistico, e dunque di un suo ancoraggio ad un quadro ordinato di valori. La riconduzione del catalogo dei beni giuridici ai ‘valori’ costituzionali, se da un lato assicura la definizione di un concetto di illecito penale di natura sostanzialistica, dall’altro le conferisce l’altrettanto necessario carattere di vincolatività²⁰⁸.

Ancora, di straordinaria modernità ci sembra pure la circostanza che l’analisi del concetto di bene giuridico non venga condotta quale questione a sé stante, ma si inserisca nel quadro di un ben più ampio discorso concernente il concetto di illecito e quello di colpevolezza e, in definitiva, l’intero concetto costituzionalmente fondato di reato. È qui appena il caso di osservare che è proprio su questa linea direttrice che si muoverà, qualche decennio dopo, la dottrina italiana ad orientamento costituzionalistico ‘forte’, tentando – tra l’altro – di limitare la tutela di beni giuridici ai soli beni di «significativo rilievo costituzionale».²⁰⁹

A nostro sommo avviso, l’insuperabile limite della teoria in esame sta, piuttosto, nella sua unilaterale accentuazione dell’aspetto assiologico-critico del bene giuridico, a discapito di quello empirico-materiale. Ed infatti, benché, come pure più volte si è detto, la questione del bene giuridico sia qui affrontata non tanto in se stessa, quanto al fine di considerare la sua offesa quale elemento essenziale e indefettibile del concetto di illecito, tale teoria nulla dice di più specifico circa il significato e la nozione di tale offesa. Essa, pertanto, sembra andare incontro ad un rimprovero opposto a quello mosso alla teoria liberale in senso stretto: mentre quest’ultima ha accentuato esclusivamente l’aspetto empirico-materiale del bene, concentrando l’attenzione esclusivamente sul concetto di offesa, intesa come concreta modificabilità causale, trascurando però ogni possibile

²⁰⁸ Corretta ci sembra, sul punto, l’osservazione di AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 312, secondo il quale le riflessioni di Sax cominciano dove finiscono quelle di Roxin: se quest’ultimo, muovendo dalle finalità legittime della pena nello stato sociale di diritto, era riuscito ad ancorare alla Costituzione il postulato illuministico circa la limitazione della sanzione penale alle sole condotte socialmente dannose (nel senso di offensive di un bene giuridico) Sax mira ad una più precisa individuazione di ciò che in concreto può essere considerato bene giuridico.

²⁰⁹ Non ci pare, perciò, condivisibile la lettura di FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 46, il quale pur riconoscendo alla teorizzazione in esame il merito di aver messo in luce lo stretto legame intercorrente tra teoria del bene giuridico, diritti fondamentali e scopo della pena, la annovera tra quelle «ad orientamento costituzionale “minimo”»; nell’ambito di quelle teorizzazioni, cioè, secondo cui l’insieme dei valori costituzionali fungerebbe esclusivamente da limite dell’intervento penale, nel riduttivo senso che il legislatore non potrebbe tutelare penalmente beni incompatibili con la costituzione, ma non anche, ben più incisivamente, nel senso che esso è legittimato a tutelare esclusivamente beni dotati di un diretto o indiretto rilievo costituzionale.

parametro assiologico, la teoria in esame si occupa esclusivamente di quest'ultimo aspetto. Pur trovando fondamento in un 'valore' dotato di esplicito o indiretto rilievo costituzionale, rimane però del tutto oscuro se il bene condivida del valore l'aspetto immateriale, costituendo categoria semplicemente 'ideale', ovvero se per bene debba intendersi, come per la sopra illustrata *Zustandstheorie*, un *quid* del mondo esterno, concretamente afferrabile (o anche solo sensibilmente percepibile).

Rispetto alle tesi sin qui esposte, tuttavia, ci sembra che quest'ultima vada ben oltre una semplice e generale 'indicazione costituzionale'. Ad essa, piuttosto, va riconosciuto lo straordinario merito, da un lato, di aver affrontato la problematica della funzione e del contenuto del bene giuridico alla luce di canoni di politica criminale non esclusivamente logico-razionali o politico-ideologici, bensì, più incisivamente, di natura normativa, mediante l'individuazione di specifiche disposizioni costituzionali di riferimento; dall'altro, di aver, per così dire, in questo modo inaugurato un nuovo 'corso' della scienza penalistica: quello del 'metodo costituzionalistico'.

3.3. Brevi cenni alle ricostruzioni in chiave sociologica: un punto di vista non realmente alternativo

Prima di passare ad illustrare in che modo il dibattito tedesco sul concetto di bene giuridico sia stato originalmente rielaborato dalla dottrina italiana sulla base della propria tradizione metodologica di stampo più marcatamente positivisticò, crediamo opportuno soffermarci brevemente su due ricostruzioni teoriche che, in misura più o meno marcata, mirano ad integrare mediante indicazioni di carattere sociologico la teoria del bene giuridico, cui viene rimproverato di essere sostanzialmente autoreferenziale, manchevole nell'analisi dei presupposti di fatto per una sua reale effettività.

Alla prima e più radicale di tali ricostruzioni si è già fatto riferimento allorché si è illustrata quella originale chiave di lettura storiografica della teoria del bene giuridico, che mette in discussione le sue origini liberali e la sua continuità ideologica con l'idea, di matrice illuministica, della dannosità sociale. In quella ricostruzione, infatti, all'esito di tale radicale critica ('su tutto il fronte') della teoria del bene giuridico, si propone un recupero del concetto di dannosità sociale, cui si tenta di fornire una base teorica più attuale alla luce delle indicazioni teoriche del funzionalismo sociologico²¹⁰. In questo modo sarebbe, infatti, possibile restituire alla teoria dell'oggetto del reato quell'imprescindibile collegamento con la società che faceva da fondamento alla illuministica *Rechtsverletzungslehre* e che Birnbaum avrebbe reciso.

Non è ovviamente possibile in questa sede illustrare nei dettagli tale proposta, per cui ci limiteremo ad osservare che essa, muovendo da una visione (funzionalistica) della società come 'sistema di interazioni'²¹¹, giunge a definire come socialmente dannoso ogni fenomeno disfunzionale che impedisce o frappone ostacoli a che il sistema sociale risolva i problemi della sua conservazione²¹². Il reato altro non sarebbe che uno dei (molteplici) fenomeni sociali disfunzionali, in quanto fatto contrastante con una norma 'istituzionalizzata' necessaria a risolvere il problema della sopravvivenza della società. Il diritto penale, infatti, in quanto strumento di controllo sociale finalizzato al contrasto dei fatti socialmente dannosi – nel senso appena detto – svolgerebbe la funzione di garantire

²¹⁰ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 330 ss.

²¹¹ Sul punto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 350 ss.

²¹² AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 390.

la vigenza di tali norme, contribuendo in questo modo alla risoluzione dei problemi di sopravvivenza e conservazione della società²¹³. È, dunque, tale concetto che, ben più del bene giuridico, parrebbe fornire un efficace criterio selettivo delle condotte punibili. Ora, però, a fronte dell'apparente radicalità di una simile teorizzazione, che parrebbe proporre il definitivo abbandono dell'ottica penalistica tradizionale, fino a rileggere la teoria del reato dal punto di vista della 'tutela della società' dal delitto – con esiti invero potenzialmente aberranti per lo stato di diritto – vengono comunque fatte alcune fondamentali puntualizzazioni. In primo luogo, si riconosce alle norme costituzionali una funzione di 'limite liberale' all'estremismo altrimenti insito in una prospettiva interamente sociologica²¹⁴; in secondo luogo, si ammette che la prospettiva sociologico-funzionalistica delle 'norme' non può prescindere del tutto da quella della tutela di beni, in quanto, in fin dei conti, il concetto di bene giuridico parrebbe essere il solo in grado di indicare – per così dire – l'«oggetto interno» su cui l'azione umana, pur qualificata come socialmente dannosa, in concreto ricade²¹⁵.

In tal modo, però, si finisce, da un lato, per ragionare in un'ottica che non è più sociologica, ma normativa e, dall'altro, per riconoscere paradossalmente l'imprescindibilità dell'idea del bene giuridico, rendendola di fatto 'decisiva' ai fini della criminalizzazione di un determinato comportamento. La proposta in esame non è, allora, capace di apportare un contributo decisivo alla problematica della selezione dei comportamenti punibili. Infatti, quali siano, in definitiva, le norme che contribuiscono alla conservazione della società e a 'risolvere i problemi della sua sopravvivenza', e quali siano quei beni che – come si è appena visto – comunque dovrebbero fungere da 'oggetto interno' del fatto socialmente dannoso in quanto 'disfunzionale', non è affatto chiaro, ed è sempre e comunque rimesso ad una residua, ampia discrezionalità del legislatore ordinario, non diversamente da quanto si rimprovera alla teoria del bene giuridico.

Peraltro, il riferimento alla 'tutela delle norme' e l'idea stessa del reato come fenomeno disfunzionale per l'intera società, anziché come fatto offensivo di un bene giuridico *hic et nunc* considerato, rischia di indirizzare la teoria del reato (e del suo 'oggetto') – ovviamente oltre le intenzioni del suo Autore – verso scenari inquietanti ed aberranti,

²¹³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 366 ss.

²¹⁴ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 388 ss.

²¹⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 393 ss.

questi sì, pericolosamente illiberali²¹⁶. Infatti, se è vero che la teoria del bene giuridico, soprattutto nelle sue versioni più spiccatamente normative, ha talvolta perso di vista il rapporto tra reato e funzionamento complessivo della società (*id est*, il punto di vista della dannosità sociale), a noi sembra che una teorizzazione come quella in esame rischi di cadere nell'errore opposto, di attribuire eccessiva rilevanza al punto di vista della società, a discapito di quello dell'individuo: ma sono evidenti a tutti i pericoli che – nonostante i pur richiamati limiti liberali di fonte costituzionale – si celano dietro ogni teoria tendente ad accreditare la società, e non il singolo, come valore centrale del sistema, da difendere ad ogni costo²¹⁷. A ben vedere, pertanto, il concetto di dannosità sociale, ove non meglio specificato, rischia di prestarsi molto più facilmente di quello del bene giuridico a strumentalizzazioni illiberali. Non a caso, il 'danno sociale' cui facevano riferimento le teorizzazioni di matrice illuministica veniva identificato e specificato, grazie alla teoria del contratto sociale, dalla lesione del diritto soggettivo: pertanto, socialmente dannoso era, in quell'ottica, soltanto ciò che ledeva – immediatamente o mediatamente, mediante la lesione del contratto sociale – un diritto individuale²¹⁸.

Di ben diverso tenore ci pare, invece, la posizione di chi, pure muovendo dal presupposto che uno dei problemi fondamentali della teoria del bene giuridico stia nella mancata individuazione dei criteri empirici capaci di assicurarne la 'tenuta pratica' e la concreta effettività, non intende affatto marginalizzare l'idea del bene, limitandosi, piuttosto, ad integrarla in una più ampia prospettiva sociologica²¹⁹. Si sottolinea, in quest'ottica, l'insufficienza della formula teorica della tutela dei beni, osservandosi che essa – pur ove integrata mediante il riferimento ai valori costituzionali – finisce per rimanere vuota, in quanto interamente normativa, priva di qualsivoglia rapporto con la realtà sociale e la concreta conformazione della società in un determinato momento storico. Sicché, piuttosto che affannarsi nella ricerca 'dall'alto' di quali siano i beni giuridici tutelabili, si tenta di muovere dall'individuazione, a partire 'dal basso'²²⁰, dei criteri e dei fattori che consentono di qualificare come intollerabile un determinato

²¹⁶ È questo il rischio, a nostro sommo avviso, cui va, ben più drasticamente incontro, ad esempio, la *Normgeltungstheorie* elaborata da Günther Jakobs.

²¹⁷ Cfr., sul punto, *amplius*, la critica di FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, p. 59 ss. e, soprattutto quella, più aspra, di MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 103 ss.

²¹⁸ Cfr. *supra*, § 2.

²¹⁹ Il riferimento è alla nota opera di HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., *passim* e spec. pp. 98 ss., 130 ss.

²²⁰ Sul punto cfr., *amplius*, cap. III.

comportamento. Più specificamente, tali criteri sarebbero da individuarsi nella frequenza di una determinata condotta, nell'intensità del bisogno di preservare l'oggetto meritevole di tutela e nell'intensità della minaccia ad esso arrecata dalla condotta stessa²²¹. I suddetti parametri, tuttavia, non opererebbero in misura sempre uguale, né tantomeno la loro valutazione sarebbe rimessa all'arbitrio del legislatore; essi, piuttosto, verrebbero riempiti di contenuto in base all'«intesa normativo-sociale»²²² su cui, in un determinato momento storico e culturale, si fonda la società, sull'«esperienza sociale dei valori»²²³ che la informa. In quest'ottica, dunque, per evitare il rischio di progettare nient'altro che se stessa, la teoria del bene giuridico dovrebbe – per così dire – ‘sporcarsi le mani’, aprendosi allo studio e ad una più approfondita analisi di tali fattori e della loro reciproca interazione, al fine di riempire di contenuti la formula, pure imprescindibile, della tutela dei beni giuridici.

Tale ricostruzione, che ci siamo limitati soltanto ad abbozzare, appare nel complesso tendenzialmente condivisibile, in quanto rispetto alla precedente ben più radicalmente sociologica, realizza un più equilibrato dosaggio tra il punto di vista dell'individuo e quello della società²²⁴. In tale prospettiva, dunque, si sottolinea pur sempre la centralità del riferimento all'«esperienza sociale dei valori orientata secondo la Costituzione»²²⁵, tale da scongiurare *in radice* le potenzialità illiberali di una prospettiva interamente o anche solo prevalentemente sociologica che rischi di accantonare il punto di vista dell'individuo. Ed infatti, non sembra un caso che il medesimo Autore, soprattutto in una temperie storica in cui più forti sarebbero state le tendenze verso un

²²¹ Su tali criteri (*Häufigkeit, Bedarfsintensität, Bedrohung*) cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 130 ss.; a ben vedere, si tratta di criteri che richiamano, quanto mai da vicino, quelli elaborati da SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 925 ss., a dimostrazione che, probabilmente, le istanze verso un'integrazione sociologica della teoria del bene non erano estranee – per quanto sicuramente non centrali – neppure alle versioni più ‘normative’ della teoria del bene giuridico. La necessità di una preliminare indagine ‘sociologica’ in ordine ai ‘principi di selezione’ che stanno alla base di ogni incriminazione, era già stata sottolineata, come si è visto, dallo stesso JÄGER, *op. cit.*, p. 3 ss. *Amplius*, per una ricostruzione critica della teoria in esame, cfr., per tutti, FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, p. 62 ss.

²²² HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., pp. 146, 153, 160 ss., 221 ss.

²²³ HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 130 ss.

²²⁴ D'altro canto, stabilire un ponte tra diritto e società, rispondendo alle nuove esigenze di tutela che da questa di volta in volta emergono, è aspirazione della teoria del bene giuridico antica quanto la sua stessa storia, in quanto – come si è visto – fu lo stesso Birnbaum a sostenere che i beni giuridici «sono dati all'uomo dalla natura o costituiscono il risultato del suo sviluppo sociale» (cfr., *supra*, § 2.1.1); lo stesso Von Liszt, invece, individuava nel concetto di bene giuridico proprio il ‘confine’ tra la scienza giuridica e le scienze empiriche.

²²⁵ HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 233.

marcato 'funzionalismo', abbia energicamente optato per una teoria del bene giuridico capace di recuperare il suo fondamentale punto di vista personalistico.

In conclusione, non sembra che quello 'sociologico' possa costituire un punto di vista davvero alternativo alla teoria del bene giuridico, in quanto, se inteso in un'ottica integrale, rischia di condurre ad estremismi incompatibili con le garanzie liberali di un diritto penale costituzionalmente conforme; oppure, se inteso, più limitatamente, come punto di vista e fondamento sulla cui base costruire una teoria del bene giuridico, ne rappresenta esclusivamente una (invero necessaria ed indispensabile) integrazione. Ma, in uno Stato di diritto retto da una Costituzione rigida, risulta del tutto irrinunciabile il punto di vista normativo. Si tratta 'soltanto' di elaborare criteri e parametri in base ai quali ricostruire un concetto di bene in grado concretamente di 'funzionare'.

Capitolo secondo

Il principio di offensività come contributo originale della dottrina italiana all'evoluzione della teoria del bene giuridico. Apogeo e crisi

1. La dottrina penalistica italiana alle soglie dell'età repubblicana. Il bene giuridico nell'indirizzo tecnico-giuridico

Dopo aver illustrato a grandi linee le più risalenti elaborazioni del concetto di bene giuridico ed esserci soffermati su alcune tra le più innovative e significative *Rechtsgutslehren* ad orientamento costituzionalistico elaborate nel secondo dopoguerra dalla dottrina tedesca, è giunto ora il momento di chiarire in che modo quel concetto sia entrato a far parte anche del patrimonio culturale e dell'arsenale concettuale della scienza penalistica italiana. Come si è accennato in apertura del presente lavoro²²⁶, infatti, ben diverse sono state le vicende che hanno interessato, in proposito, l'evoluzione di quest'ultima.

Com'è noto, a partire dall'inizio del XX secolo si era affermato in Italia l'indirizzo tecnico-giuridico, secondo i cui postulati teorici il compito di una «vera scienza giuridica del diritto penale»²²⁷ sarebbe esclusivamente quello di analizzare ed elaborare concettualmente il diritto positivo vigente, escludendo dal suo oggetto di indagine tutto ciò che attiene ai relativi presupposti filosofici, ideologici e politico-criminali²²⁸. Non è

²²⁶ Cfr. *supra*, cap. I, § 1.

²²⁷ L'espressione è contenuta nel titolo di un saggio di VANNINI, *Ancora e sempre in difesa di una vera scienza giuridica del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1918, citato da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 21.

²²⁸ Cfr., sul punto, la già citata *Prolusione sassarese* di ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., pp. 497 ss., 561 ss., considerata per lo più il 'manifesto' scientifico del tecnicismo giuridico; in estrema sintesi, secondo Rocco, proprio l'ossequio al diritto positivo statale e l'analisi concettuale del diritto vigente avrebbero dovuto costituire il mezzo attraverso cui la scienza del diritto penale avrebbe potuto ritrovare quel carattere di scientificità che le sarebbe stato sottratto dalla sua 'contaminazione' ad opera delle discipline extragiuridiche e dalla tendenza, diffusa presso molteplici Autori, alla «sfrenata voluttà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti»; sicché, secondo l'Autore, «c'è da domandarsi, tra l'altro, se una scienza che si chiama *diritto penale*, sia, o non sia, una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della

ovviamente questa la sede in cui poter indagare con la dovuta attenzione né la correttezza teorica di un'impostazione che predichi neutralità della tecnica rispetto ai valori, né tantomeno l'origine e l'evoluzione di tale indirizzo, valutando così il suo discusso e problematico rapporto con la legislazione e la scienza giuridica del periodo autoritario²²⁹.

filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che del diritto [...]. Ora si naviga ancora in pieno diritto naturale o razionale o ideale, compiacendosi di esercitazioni accademiche intinte tuttavia di metafisica e di scolastica; ora invece, ci si adagia in mezzo ad una congerie di fluttuanti concetti politici che, pronti al servizio delle tesi più disparate, lasciano naturalmente il tempo che trovano; ora si corre dietro a evanescenti concetti biologici o psicologici o sociali, i quali, quando pure siano veri e fondati – e sono ben lungi dall'esserlo sempre – non servono a nulla, se scompagnati dall'indagine giuridica»; un simile stato di cose viene, com'è noto, imputato da Rocco soprattutto all'infiammato dibattito tra Scuola classica e Scuola positiva, cui l'Autore rimproverava, rispettivamente, di aver «preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo» e di essere «pervenuta, in ultima analisi, ad un diritto penale...senza diritto!». Ma, in verità, un carattere ben più marcatamente 'statolatrìco' e positivisticò pare riconoscersi nell'*Introduzione* di MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., Torino, 1941, p. 2 ss., spec. p. 7 ss. (*Inutilità giuridica delle indagini filosofiche*) e p. 72 ss. (*La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*), scritta in pieno periodo fascista (I ed. del 1933). L'Autore, analogamente a Rocco, polemizza con la contaminazione extragiuridica della scienza del diritto penale e la perdita del suo carattere di scientificità; in primo luogo, egli lamenta la degenerazione del pensiero dogmatico, 'sistematico' e 'per concetti' in un «vano ed aberrante bizantinismo», in cui erano incorsi quegli Autori che, rifiutando con «snobismo» il «dimpido pensiero italiano», aveva importato le «dottrine prenaziste» nel nostro Paese, in modo «non dissimile da quelle signore campagnuole che credono di vestire all'ultima moda seguendo il costume di un quarto di secolo addietro» (*ivi*, p. 3); in secondo luogo, egli mette in guardia pure dall'eccesso opposto, in cui incorre chi concepisce la scienza del diritto come un «basso e piatto lavoro esegetico»; infine, la critica viene mossa alla semplificazione 'irrazionalistica' in cui era incorsa la dottrina nazista, che intendeva «ridurre la scienza del diritto penale ad una casistica dominata dal presunto pensiero del *Fueurer* (*sic*), che funzionerebbe come una specie di Spirito Santo neopagano». La soluzione ad un simile stato di cose, sarebbe stata, anche per Manzini, l'adesione ad un metodo rigorosamente tecnico-giuridico, che «considera il diritto penale come un sistema di precetti e di sanzioni, che si forma e vive necessariamente nell'organismo dello Stato» (*ivi*, p. 4). L'aspetto autoritario sembra ancor più visibile che nelle riflessioni di Rocco (invero svolte un decennio prima dell'inizio dell'epoca fascista) nel momento in cui l'Autore, a più compiuta spiegazione del metodo tecnico-giuridico, afferma che «la sanzione penale è, in ogni caso, diretta a tutelare interessi sociali, anche quando possono venire in considerazione interessi individuali», poiché «la garanzia per l'individuo non è che il riflesso della tutela dell'interesse pubblico»; che «il criterio giustificativo del precetto penale...è dato...dal fatto che...lo Stato riconosce che il fine superiore del mantenimento dell'ordine giuridico non può raggiungersi, senza limiti coattivi alla libertà individuale, senza cioè che siffatto fine venga anteposto da tutti e da ciascuno ad ogni altro scopo. Sono perciò ritenuti giusti i precetti e gli obblighi correlativi»; egli conclude, infine che «la penalità, quindi, è giustificata dalla necessità di determinare i soggetti all'obbedienza del precetto e di assicurare la collettività circa l'attività giuridica dello Stato, diretta al mantenimento e alla reintegrazione dell'ordine giuridico generale» (*ivi*, p. 74 ss.).

²²⁹ La prevalente dottrina vede proprio nel formalismo e nella pretesa neutralità ideologica del metodo tecnico-giuridico la sua capacità di 'servire' efficacemente il regime fascista; sul punto, nell'ambito di un'ampia letteratura, MOCCIA, *op. ult. cit.*, pp. 20-21; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 11 ss. (spec. note 10-11), il quale discorre di «falsa apparenza di 'neutralità'», in realtà derivante da una «mentalità ideologicamente autoritaria», finalizzata a «precludere all'interprete, così come al comune cittadino, ogni valutazione critica sulle scelte di politica legislativa»; FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 37 ss., che peraltro individua proprio nel carattere formalistico, avalutativo e statolatrìco del 'liberalismo' di fine Ottocento la ragione del suo facile 'adattamento' – una «conversione senza traumi» (*ivi*, p. 43) – ai contenuti e ai programmi dello stato fascista, cui poté essere altrettanto funzionale «senza neppure diventare fascista ma semplicemente

Ci limitiamo, tuttavia, ad osservare che un simile modo di intendere il compito della scienza giuridica non mancò di riflettersi in modo particolarmente incisivo sulla categoria del bene giuridico; e con ciò non ci riferiamo esclusivamente all'ovvia e dichiarata rinnegazione di ogni sua possibile funzione critica, ma anche alla circostanza – forse meno ovvia – di una profonda formalizzazione del suo contenuto dommatico. In altre parole, pur quando al concetto di bene giuridico si fece in qualche modo riferimento, una volta che esso fu svincolato dal suo originario significato politico-ideologico, quel riferimento assumeva la valenza di mera clausola di stile o, tutt'al più, finiva per riferirsi ad una categoria meramente formale, incapace di indicare il contenuto materiale di disvalore proprio di ogni reato.

Il riferimento è, innanzitutto, alle riflessioni di Arturo Rocco sull'«oggetto del reato e della tutela giuridica penale»²³⁰, che paiono particolarmente emblematiche della 'neutralizzazione' di quel contenuto sostanziale di garanzia che, come abbiamo visto, comunque almeno parzialmente caratterizzava il concetto 'storico' di bene giuridico, e che tuttavia trovarono un'eco particolarmente intensa nella dottrina italiana²³¹. Com'è

rimanendo fedele a se medesimo» (*ivi*, p. 36): ad avviso dell'Autore fu peraltro proprio il concetto di 'oggetto giuridico del reato', elaborato nel 1913 da Arturo Rocco, a costituire lo strumento giuridico più adatto alla trasfigurazione fascista dei contenuti del diritto penale e al suo programma di 'statalizzazione' dei beni giuridici (*ivi*, p. 43 ss.). Al tempo stesso, l'Autore riconosce come il tecnicismo giuridico riuscì in qualche modo a 'difendere' le categorie classiche (per tutti, il principio di legalità) – pur sfigurandole nella sostanza ideologica – dagli attacchi totalizzanti e soggettivizzanti provenienti (sulla scia della scuola di Kiel) dai giuristi 'propriamente' fascisti: per tutti, valga come esempio quello di MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 20 ss., il quale addirittura propose una modifica dell'art. 1 c.p. in senso analogo al nuovo § 2 dello *StGB*, sul presupposto che «ove la legge sia oscura, o taccia addirittura, sarà fonte di diritto penale 'la volontà del Capo' che è la legge di ogni legge». A tale tradizionale valutazione se ne è, peraltro, più recentemente contrapposta un'altra, tendente ad un ridimensionamento del carattere 'servente' del tecnicismo giuridico rispetto alla 'cultura' e alla legislazione fasciste, soprattutto con riferimento all'opera di Arturo Rocco; in questo senso cfr., autorevolmente, gli splendidi lavori di SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, p. 217 ss.; ma v. pure ID., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1999, p. 817 ss.; nella dottrina penalistica, con diverse sfumature, DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127 ss., spec. p. 130 ss.; PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 227 ss., spec. p. 232 ss.; per uno sguardo di sintesi sul tecnicismo giuridico cfr., nella manualistica, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. XXIX ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 26-27.

²³⁰ Cfr., ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., *passim*.

²³¹ Non mancarono ovviamente delle voci critiche; cfr., ad esempio, autorevolmente, CARNELUTTI, *Il danno e il reato* (1926), II ed., Padova, 1930, *passim* e spec. p. 50 ss.; DELITALA, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 165 ss., nell'ambito di un tentativo di superamento della concezione imperativistica e, con essa, del connesso concetto formale di reato; sul punto v. pure ID.,

noto, infatti, in quella monumentale opera il concetto di bene giuridico era sì accolto con vigore, ma – paradossalmente – lo era a costo della sua radicale formalizzazione e pubblicizzazione²³², insita nella ben nota tripartizione dell’«oggetto del reato» in «oggetto formale», «oggetto sostanziale generico» ed «oggetto sostanziale specifico»²³³.

Il «fatto» nella teoria generale del reato, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 16 ss.

²³² *Contra*, sul punto, PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 18 ss., che invece tende singolarmente a rivalutare, da un punto di vista sostanzialistico, le riflessioni di Rocco in merito agli ‘oggetti’ del reato, riconoscendovi comunque il riferimento ad una realtà sociale e ad una sfera di interessi preesistenti alla loro costruzione legislativa e, dunque, alla loro dimensione formale; addirittura, l’Autore, ritiene che le affermazioni di Rocco «si prestano, magari forzando anche un poco il testo... (*sic!*) a porre in risalto la centralità dell’uomo nel sistema penale, come soggetto e titolare degli interessi tutelati, come punto di riferimento diretto o indiretto di ogni lesione o messa in pericolo penalmente rilevante» (*ivi*, p. 24).

²³³ ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit. p. 553 ss.; in via di estrema sintesi, l’Autore, a seguito di un’approfondita analisi critica delle diverse ricostruzioni, soprattutto tedesche, del tempo, e dopo aver rigettato la prospettiva della *Pflichtverletzung* (che, invero, ben prima del periodo nazionalsocialista, pure era stata teorizzata in contrapposizione al concetto di bene giuridico), accogliendo l’idea del reato come offesa del bene giuridico e del diritto penale come strumento di tutela di beni e interessi, distingue più specificamente tra oggetto formale ed oggetto sostanziale del reato. Il primo è costituito dal «diritto dello Stato alle azioni o omissioni imposte sotto minaccia di pena, cioè dal *diritto soggettivo pubblico statale alla osservanza, o obbedienza, dei precetti penali* (diritto di supremazia)...un riflesso del dovere giuridico di obbedienza spettante ai singoli individui»: l’insieme di tale diritto e del corrispettivo obbligo integrerebbe il «rapporto di obbedienza politica penale», intercorrente tra Stato e cittadino (*ivi*, p. 556); il secondo, invece – coincidente in buona sostanza con l’oggetto della tutela giuridica penale – si distingue, a sua volta, in oggetto sostanziale generico e oggetto sostanziale specifico: l’oggetto sostanziale generico è comune a tutti i reati, ed è rappresentato dall’«interesse dello Stato alla assicurazione delle condizioni della vita in comune, cioè alla sicurezza della propria esistenza o, che è lo stesso, alla propria conservazione» (*ivi*, p. 555); il secondo, invece, coinciderebbe con l’interesse «proprio del soggetto direttamente offeso dal reato (soggetto passivo del reato) e, come tale, è particolare del singolo reato, così che ciascuno dei reati in specie...ha un suo oggetto specifico, cioè proprio del reato stesso» (*ibidem*); ma tale interesse intanto viene tutelato, in quanto coincidente con quello dello Stato alla propria esistenza e conservazione (*id est*, con l’oggetto sostanziale generico), «in guisa tale che la soddisfazione degli uni costituisce, al tempo stesso, la soddisfazione dell’altro...» (*ivi*, p. 557): evidente, in tale corrispondenza, da un lato, la formalizzazione dell’oggetto della tutela che, ad onta del richiamo alla natura ‘psicologica’ dell’interesse del singolo alla tutela del bene, di fatto viene concettualmente compendiato in una formula che, in realtà, risente quanto mai dell’impostazione di Binding e che, ad onta della sua qualificazione in termini di ‘oggetto sostanziale’, finisce per essere, al contrario, radicalmente formale ed estremamente ‘positivistica’; dall’altro, e ad onta del richiamo alla natura anche individuale degli interessi tutelati dal diritto penale (*ivi*, pp. 559-560, 564, 584 ss.), la definitiva subordinazione del singolo allo Stato, radicata nella suddetta ‘funzionalizzazione’ dell’interesse individuale a quello statale, sino al limite estremo – come detto – della loro coincidenza. Tale ricostruzione è del tutto condivisibilmente considerata già dall’ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., p. 104, «inconsistente e artificiosa», in quanto incorre nel «grave errore logico di scambiare per oggetto della tutela e del reato quello che è semplicemente il motivo dell’incriminazione»; peraltro, già CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 52, aveva segnalato l’erroneità dell’idea di Rocco secondo cui la pena ha lo scopo di tutelare «l’interesse generale...alla difesa delle condizioni fondamentali ed indispensabili alla vita comune» (*L’oggetto del reato*, cit., p. 185): in tale affermazione, infatti, «si confonde l’interesse protetto mediante il comando sanzionato dalla pena, con la ragione, per la quale vengono posti e il comando e la sanzione»; analogamente, l’illustre Autore condivisibilmente critica il concetto di ‘oggetto sostanziale generico’, affermando che «la

Tale ‘neutralizzazione’, peraltro, tutt’altro che neutrale si rivelò in rapporto ai contenuti di quel codice che, di lì a venti anni, sarebbe stato approvato dal nuovo regime, poiché la formalizzazione del concetto di bene e la sua riduzione a mero ‘travestimento verbale’ della fattispecie incriminatrice finirono di fatto per rivelarsi particolarmente congeniali all’ideologia ‘statolatrica’ del fascismo, alla connessa ‘fittizia pubblicizzazione’ degli oggetti della tutela propria dal codice Rocco²³⁴ e, in definitiva, alla legittimazione dei contenuti illiberali della legislazione del regime; anzi, il richiamo a quel concetto sembrò conferire loro un’aura tutt’altro che autoritaria, ma anzi una veste rassicurante di stampo classico. Le funzioni del bene giuridico – denominazione cui, in realtà, si preferiva quella di ‘interesse’ – si riducevano, dunque, a quella *lato sensu* sistematico-classificatoria²³⁵, e, tutt’al più, a quella interpretativa, che peraltro si risolveva nell’aggiunta di una qualche nota di tipo sostanzialistico-materiale alla lettera della fattispecie legale. D’altro canto, sin dalla *Prefazione* del suo *Oggetto del reato*, è lo stesso Rocco ad avvertire il lettore che quel «libro vuol essere null’altro che un tentativo di costruzione dogmatica del diritto penale positivo vigente intorno al così detto “oggetto del reato”. Tutto ciò che ha riguardo, da un lato, all’esegesi, dall’altro, alla critica della legge, resta fuori del compito suo»²³⁶. Ancor più emblematico, in proposito, è poi soprattutto il notissimo – e ben presto e a lungo diffusissimo – *Trattato* di Vincenzo Manzini, in cui – sino alle ultime edizioni – l’analisi tecnico-giuridica delle singole figure di reato si apre generalmente con l’indicazione del bene giuridico protetto, quasi sempre definito mediante l’espressione ‘l’interesse dello Stato concernente...’ o ‘l’interesse

norma non può tutelare l’interesse alla tutela cioè, in definitiva, non può garantire sé stessa» (*ivi*, p. 54).

²³⁴ Cfr., sul punto, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 32-33, ove l’Autore osserva che «mentre nella Germania nazista l’esistenza di un Codice ormai vecchio aveva determinato, per il raggiungimento delle finalità autoritarie, la necessità di rivoluzionare le categorie penalistiche e la struttura del reato, in Italia finalità affini vennero raggiunte tramite l’elaborazione di un nuovo Codice (Rocco), preparato dalle raffinate elaborazioni del tecnicismo giuridico... Non v’è bisogno di andare alla ricerca di parametri extralegali di valutazione... quando il metro autoritario della condotta del cittadino leale è già scandito dal nuovo Codice; non v’è bisogno di costruire il reato come violazione del dovere di fedeltà quando la misura di fedeltà necessaria è già filtrata attraverso i beni normativamente tutelati». Sulla «fittizia pubblicizzazione dei beni giuridici», quale peculiarità del codice Rocco e dell’organizzazione della sua parte speciale secondo il modello della «progressione discendente» v. per tutti, egregiamente, PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, II ed., Bologna, 2002, pp. 51 ss., 56 ss.; ma sul punto v. pure, *infra*, cap. IV, a proposito dei «delitti contro la personalità dello Stato».

²³⁵ Sul punto v. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 6; MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 25 ss.

²³⁶ Così, limpidamente, ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. VII (corsivo nel testo); a spiegazione di tale premessa metodologica, l’Autore richiama in nota proprio la sua stessa *Prolusione sassarese*.

pubblico a che...’, cui segue la riproduzione, più o meno letterale, della formulazione legale della fattispecie incriminatrice²³⁷.

Attesa la natura meramente formale e radicalmente pubblicistica di quel concetto, non ci attarderemo ulteriormente sul punto. Piuttosto, ci limitiamo ad osservare che, in seguito all’opera di Rocco, neppure dopo la caduta del regime e l’approvazione della Carta costituzionale la dottrina penalistica italiana manifestò un particolare interesse per il concetto di bene giuridico²³⁸. Fino almeno agli anni Settanta non ci sembra possa riscontrarsi attorno ad esso un entusiasmo o un fermento paragonabili a quelli che animarono la riflessione penalistica tedesca: il metodo tecnico-giuridico, con il suo agnosticismo ideologico e la sua ‘attitudine contemplativa’, aveva reso la dommatica

²³⁷ I riferimenti sarebbero sterminati, ma è sufficiente consultare il Trattato del Manzini a proposito di qualsivoglia fattispecie incriminatrice per rendersi conto del fenomeno. Sia qui sufficiente riportare il caso emblematico dell’art. 575 c.p., posto a tutela del bene giuridico individuale per antonomasia – qual è la vita – l’oggetto della tutela viene invece individuato nell’«interesse dello Stato concernente la sicurezza della persona fisica, in quanto riguarda particolarmente il bene giuridico della *vita umana*, considerato nelle relazioni fra uomini», poiché esso sarebbe «d’interesse eminentemente pubblico, perché l’essenza, la forza e l’attività dello Stato medesimo risiedono necessariamente nella popolazione, cioè nell’unione di tutti i cittadini. L’omicidio toglie ingiustamente un’unità a questa collettività, e quindi produce un danno pubblico, il quale, se talora può essere minimo, non perciò cessa di sussistere» (*Trattato di diritto penale italiano*, vol. VIII, Torino, 1933, p. 7, § 2877).

²³⁸ È doveroso ricordare, tuttavia, almeno le riflessioni di Antolisei e Bettiol, i cui lavori, scritti durante il fascismo, pongono – *mutatis mutandis* – problematiche interpretative in qualche modo analoghe a quelle in precedenza accennate a proposito degli scritti di Schwinge e Zimmerl e della loro polemica con la *Kieler Schule*. Si veda ad es., BETTIOL, *Bene giuridico e reato* (1938), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 ss., ove l’illustre Autore difese il concetto di bene giuridico dagli ‘attacchi’ del pensiero nazionalsocialista, sottolineando la sua maggiore utilità per lo Stato autoritario rispetto al concetto di violazione del dovere; in primo luogo, infatti, quest’ultimo rischierebbe di risolversi in un «vano e vacuo formalismo astrattista» (*ivi*, p. 322), mentre l’idea del bene giuridico «serve almeno ad un richiamo alla realtà della vita» (*ivi*, p. 323), e dunque sarebbe capace di costituire un argine al «formalismo liberaleggiante» (*sic. ibi*, p. 327); in secondo luogo, la prospettiva del dovere sarebbe fine a se stessa e teoricamente fallace, in quanto anche lo Stato autoritario pone le norme in vista di un fine che non si esaurisce nella loro mera osservanza. Ciò premesso, l’Autore specifica di aderire all’idea del bene giuridico come puro «valore» – piuttosto che come interesse – per evitare «il pericolo di una sua consistenza concreta che sarebbe in contrasto con le esigenze di una visione teleologica del diritto penale» (*ivi*, p. 326), e dunque per superare, oltre al pensiero formalista, anche «lo sfondo materialistico che si poteva intravedere nei teorici del marxismo giuridico alla Liszt» (*sic. ibi*, p. 326), funzionalizzando così la norma alla tutela di «valori morali e spirituali», della collettività (e non del singolo). Per una presa di posizione più serena, dopo la dittatura fascista, ID., *L’odierno problema del bene giuridico* (1959), in *Scritti giuridici*, cit., p. 911 ss. Radicalmente opposta è, invece, la prospettiva di ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico* (1940), in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 ss., il quale, invece, sottolineando (invero in modo quanto mai condivisibile) la radicale differenza tra il concetto di bene e quello di scopo, mira ad un radicale rovesciamento di prospettiva: rilevando da un lato l’esistenza di fattispecie senza bene bene giuridico (di «pura disobbedienza») e ritenendo dall’altro assolutamente necessaria ai fini dello Stato autoritario l’esistenza di norme «propulsive» (*id est*, di scopo, poiché non si può tutelare ciò che ancora non esiste), ritenne ormai giunto il momento per una definitiva sostituzione del concetto di scopo a quello di bene giuridico all’insegna dell’icastico slogan «Il falso sovrano va detronizzato» (*ivi*, p. 126).

tendenzialmente impermeabile non soltanto al fascismo, ma anche alla Costituzione repubblicana, sicché la prevalente dottrina sembrò appagarsi senz'altro della 'tripartizione' formalizzante di Arturo Rocco²³⁹.

Tuttavia, la particolare attenzione al dato positivo, che così caratterizzò l'atteggiamento della dottrina italiana, non si tradusse in un totale disimpegno circa la questione del contenuto materiale dell'illecito penale; piuttosto, proprio un simile atteggiamento sembra aver determinato quella diversità del metodo d'indagine, in cui va identificata l'accennata originalità del nostro approccio scientifico nella materia che in questa sede ci occupa²⁴⁰. Invero, a chi scrive pare che, almeno in un primo momento, la problematica del bene giuridico non sia emersa nella riflessione penalistica italiana – come era avvenuto in Germania – in modo funzionale alle esigenze di riforma della legislazione connesse alla caduta del regime autoritario e all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; vale a dire, in ragione della sua natura di categoria generale e della sua primaria funzione politico-criminale; bensì, soltanto indirettamente, quale punto di fuga di studi aventi ad oggetto questioni eminentemente dommatiche, e pur sempre muovendo da una rigorosa analisi del diritto positivo, cioè allorché si tentò di insidiare il formalismo del tecnicismo giuridico mediante la rielaborazione, in chiave 'sostanziale', di alcune classiche categorie della dommatica penalistica: l'evento, l'azione e il dolo.

Più in particolare, non vi è dubbio che la strada verso una valorizzazione del profilo sostanziale del concetto di illecito era stata in buona parte già tracciata dal noto dibattito sul concetto di evento²⁴¹. Quella traccia, peraltro, si fece ben più marcata allorché il dibattito sull'evento riemerse in occasione di un più sistematico ripensamento, ancora in chiave 'sostanziale', dell'intera fattispecie oggettiva del reato. Quest'ultimo fu determinato – per quanto possa apparire paradossale – da un lato, da uno studio sulla fattispecie soggettiva, finalizzato a fondare sullo stretto diritto positivo, secondo gli schemi propri del tecnicismo giuridico, l'esigenza, anche 'pratica', di «umanizzare la nozione del dolo, cogliendola nella sua essenza non di vuoto rapporto psicologico, ma di

²³⁹ In termini, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 72 ss., il quale, proprio nel suo lavoro dedicato – come subito si vedrà – ad un tentativo di rilettura 'realistica' (*id est*, sostanzialistica) del concetto di reato, non ritiene di dover rileggere, in una nuova (e altrettanto sostanzialistica) chiave il concetto di bene giuridico (*ivi*, p. 72).

²⁴⁰ Sul punto, STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 9-10.

²⁴¹ Cfr., sul punto, la puntuale ricostruzione dei termini del dibattito svolta da SANTAMARIA, voce *Evento* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 118 ss.

consapevole presa di posizione di fronte ai valori proposti dall'ordinamento»²⁴²; e, dall'altro, dall'originale rilettura della figura del reato impossibile disciplinata dall'art. 49 co. II c.p.; anche in questo caso, in modo apparentemente paradossale, il rinnovato significato così attribuito al concetto di 'idoneità dell'azione' non si fondò tanto su di una diretta valorizzazione del disvalore d'evento nella struttura dell'illecito, quanto, all'opposto, sull'accentuazione del ruolo e del significato di disvalore dell'azione, alla luce di una rielaborazione della teoria dell'azione finalistica e dell'illecito personale di matrice welzeliana²⁴³.

²⁴² Il riferimento è, ovviamente, al 'pionieristico' lavoro di M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, pp. 121 ss., 143 ss. (cit. a p. 134), che sembra aver fatto – per così dire – da apripista alle successive teorizzazioni della concezione realistica dell'illecito. La circostanza – che potrebbe a prima vista apparire paradossale – per cui una così profonda innovazione attinente alla fattispecie oggettiva del reato sia contenuta in uno studio sul dolo, appare subito meno paradossale ove si ponga mente all'art. 47 c.p., che individua (*a contrario*) l'oggetto del dolo nel «fatto che costituisce il reato»: l'esigenza di 'arricchire' il dolo del requisito della coscienza dell'offesa, vale a dire la necessità di «proiettare l'antigiuridicità nella coscienza del soggetto» (così M. GALLO, voce *Dolo* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 779) senza peraltro incorrere nello 'sbarramento' posto dall'art. 5 c.p., al tempo stesso rifuggendo da soluzioni meramente 'equitative' metagiuridiche, prive di un adeguato supporto tecnico-normativo, può, infatti, essere assolta soltanto mediante la dimostrazione che l'offesa sia elemento del fatto e non si identifichi nella qualificazione in termini di illiceità penale operata mediante la posizione stessa della norma incriminatrice. Con ulteriori affinamenti, e per l'esplicito riferimento all'art. 49 co. II c.p. quale «ipotesi tipica di divergenza fra conformità allo schema descrittivo e realizzazione dell'offesa» (*ivi*, p. 786) cfr. ID., voce *Dolo*, cit., p. 776 ss., spec. 881 ss. Deve, peraltro, riconoscersi che la prima sistematica ricostruzione dell'art. 49 cpv. c.p. come norma generale che richiede, ai fini della tipicità del fatto, l'idoneità offensiva dell'azione punibile, pare essere quella di C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*, ove però l'accento è posto sull'idoneità dell'azione, piuttosto che sull'offesa come elemento del fatto (v. *infra*, nota seguente); infine, un ulteriore approfondimento della figura del reato impossibile nella 'nuova' veste è costituito dal citato lavoro di NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., *passim*, spec. p. 65 ss., in cui, sulla scia del Maestro, la concezione realistica del reato viene argomentata in modo rigorosamente tecnico-giuridico, mediante un serrato confronto tra la disposizione dell'art. 56 e quella dell'art. 49 cpv. c.p.

²⁴³ Il riferimento, questa volta, è alla citata, originalissima ricostruzione di C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., *passim*, che si muove su un piano di autonomia rispetto ai lavori dell'Autore torinese. L'assegnazione al concetto di idoneità dell'azione della natura di requisito generale di ogni reato – e non più, riduttivamente, di limite alla punibilità degli atti di tentativo – si fonda, infatti, non tanto sull'adesione alla teoria dell'evento in senso giuridico, quanto soprattutto da una rielaborazione del concetto di azione, dichiaratamente influenzata dalle teorie welzeliane dell'azione finalistica e dell'azione socialmente adeguata. L'Autore, infatti, muove dall'idea secondo cui nella individuazione dei comportamenti penalmente rilevanti, accanto all'elemento di descrizione, sia sempre contenuto anche un elemento di valore (*rectius*, di disvalore): ciò deve condurre anche l'interprete a superare un piano meramente naturalistico e formalistico di qualificazione del fatto, considerando conforme al *Tatbestand* non ogni azione che esteriormente rispecchi il modello legale del reato, ma soltanto l'azione carica di quel disvalore «per cui essa risulta qualificata nei confronti dell'ordinamento, e per cui essa è presa in considerazione dalla norma e diventa penalmente rilevante» (*ivi*, p. 34). L'idea alla base di tale considerazione è dall'Autore esplicitamente indicata nella «moderna teoria finalistica dell'azione» (*ivi*, p. 35), che, infatti, postula l'esistenza di un «valore insito nella struttura dell'azione punibile», conferitole dal significato che essa assume, in un determinato contesto della vita associata, dal suo dirigersi verso un bene protetto dall'ordinamento; sicché, il ruolo ricoperto dall'art. 49 co. II c.p. nel nostro ordinamento altro non sarebbe che quello di ribadire tale principio insito nel concetto stesso

Sembra, pertanto, corretto affermare che la problematica del bene giuridico, che invece animerà, in tutta la sua dirompenza, il dibattito scientifico a partire dalla metà degli anni Settanta – nell’ambito, invero, di un più generale e profondo fermento politico-ideologico che scosse alle radici la società italiana – sia emersa, indirettamente, dallo specchio del principio di offensività e dal suo significato di principio inerente (innanzitutto, ma non solo) alla struttura dell’illecito; e ciò sia allorché quel principio fu fondato sull’art. 49, co. II c.p., sia, in seguito, nel momento in cui esso venne ‘costituzionalizzato’, nell’ambito di un più ampio e ambizioso tentativo di delineare il volto del ‘dover essere’ del reato secondo la Costituzione repubblicana e la sua gerarchia di valori²⁴⁴.

di azione, rendendo chiaro che «azione tipica» è esclusivamente l’«azione idonea» (*ivi*, p. 41 ss.); tale disposizione, in altre parole, sancirebbe il principio generale secondo cui «... il fatto tipico costitutivo di un reato si ha soltanto quando, insieme con le esteriori caratteristiche di una fattispecie legale, si riscontri altresì una effettiva capacità lesiva dell’azione posta in essere... L’elemento della lesione è così intimamente connaturato all’illecito, da non potersi riconoscere questo, ove manchi quello», poiché «la nozione di idoneità... è nella logica stessa dell’azione, in quanto comportamento umano diretto consapevolmente ad un certo fine» (*ivi*, p. 43). Infine, «ancor maggiore risalto riceve la nozione di idoneità attraverso il concetto di *adeguatezza sociale*» (*ivi*, p. 39), su cui cfr. *amplius* ID., *L’azione socialmente adeguata*, cit., *passim* e spec. p. 99 ss.; da tale lavoro emerge, peraltro, una più marcata influenza welzeliana, che si riflette – ci pare – in una certa tendenza eticizzante e, comunque, in un più accentuato ‘sogettivismo’, in ragione della particolare valorizzazione del ‘valore’ e del ‘disvalore dell’atto’, a discapito del disvalore del risultato (d’evento). Più specificamente, si riconosce al diritto penale una fondamentale funzione di tutela degli «elementari valori di azione etico-sociali che sono alla base della vita collettiva» (*ivi*, p. 109), benché si affermi – con Welzel – che il rafforzamento della «coscienza morale dei membri della comunità» (*ivi*, p. 110) è, in ultima analisi, finalizzato ad una migliore protezione dei beni giuridici (*ibidem*); al tempo stesso, però, si ha immediatamente cura di precisare che «oggetto della tutela non è il bene in sé considerato, ma in primo luogo *il valore implicito nel rispetto del bene*» (*ivi*, pp. 111-112); in definitiva, in tale ricostruzione sembra essere l’azione, con il suo disvalore, a costituire il fondamento dell’illecito, e non il disvalore del risultato da essa prodotto: il legislatore, infatti, non vieterebbe la lesione di beni giuridici, ma, in primo luogo, azioni (idonee) dirette alla loro lesione, e dunque un disvalore d’azione. Ma il riferimento all’illecito personale è in qualche modo già presente anche nel citato lavoro di M. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 126-127, il quale nota come non a caso l’esigenza di far rientrare nell’oggetto del dolo anche la coscienza del disvalore del fatto, accanto al «fatto bruto», non è particolarmente sentita nei «fatti antigiuridici» diversi dall’illecito penale, poiché essi sono per lo più visti dal punto di vista della comunità o dell’offesa, vale a dire alla stregua di un criterio prevalentemente oggettivo; al contrario, «la coscienza del contenuto illecito del comportamento che si pone in essere con un atto e con una risoluzione squisitamente personale, può pretendersi solo dove il torto venga considerato prevalentemente dal punto di vista dell’agente. Solo dove, cioè, la struttura basilare del torto non sia oggettiva ma soggettiva», poiché «l’illecito penale è... illecito personale» (*ivi*, p. 122), il cui «ultimo e più raffinato corollario» (così M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 779) è proprio il riconoscimento della coscienza dell’offesa come parte integrante della nozione del dolo.

²⁴⁴ Il riferimento è, ovviamente, a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss. e spec., per la ‘costituzionalizzazione’ dell’art. 49 co. II c.p., pp. 72 ss., 81 ss.; ma v. già M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 1 ss., spec. p. 8.

È stata, in definitiva, proprio l'attenzione al diritto positivo, e la connessa elaborazione di tale principio, a segnare quella differenza tra la riflessione italiana e quella tedesca, che avrebbe fatto di quest'ultimo un prodotto 'tutto nostro', frutto originale della dottrina penalistica italiana²⁴⁵ e suo peculiare contributo all'evoluzione della *Rechtsgutslehre*. Nelle pagine seguenti tenteremo, dunque, di seguire il filo logico-giuridico che, a partire da una rivisitazione 'sostanzialistica' del concetto di illecito penale, ha spinto anche parte della dottrina italiana a proporre un'innovativa 'rifondazione' costituzionale.

²⁴⁵ Il riconoscimento del principio di offensività come 'prodotto tutto italiano' è unanime in dottrina; *ex multis*, v. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 29 ss.; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 109 ss.; MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 1; PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 73 ss.;

2. Un'apertura sostanzialistica: la concezione realistica del reato e l'art. 49, co. II c.p. come volano di emersione del (dis)valore sotteso alla norma

Com'è stato acutamente osservato²⁴⁶, il noto dibattito sul concetto di evento, tra i più appassionati della dottrina penalistica italiana, non si riduceva ad una *querelle* meramente terminologica circa il significato che quel termine assume nel contesto del codice penale: quella *vis polemica*, in realtà, altro non era che il riflesso di una radicale diversità di vedute circa la funzione tipizzante dell'offesa al bene giuridico e dunque, *in radice*, in ordine al concetto stesso di illecito penale.

In via di estrema sintesi, la teoria dell'evento in senso naturalistico²⁴⁷, identificando l'evento del reato nella sola modificazione del mondo esterno cagionata dalla condotta, negava di converso che l'offesa al bene giuridico potesse essere considerata quale «conseguenza della...azione od omissione» (art. 40 c.p.) da esse logicamente e giuridicamente separabile²⁴⁸: ad essere negata era, dunque, la sua natura di elemento del fatto tipico. L'offesa era, invece, degradata a semplice «nota caratteristica del fatto medesimo, un suo modo d'essere...un predicato del fatto» se non addirittura «lo stesso fatto... considerato... dal punto di vista della tutela apprestata dall'ordinamento a determinati interessi»²⁴⁹. Affermandosi che «l'offesa non è un requisito del reato...», ma «piuttosto la natura intrinseca del reato e, perciò, il motivo da cui la norma trae

²⁴⁶ Cfr. le magistrali considerazioni di SANTAMARIA, voce *Evento*, cit., p. 125 ss.; quanto mai chiara, in tal senso, è pure l'indicazione di C. FIORE e S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 163, secondo cui «il dibattito sul concetto di evento copre, in realtà, contrapposte opzioni di carattere ideologico, una delle quali tende a risolversi nell'eversione di una regola fondamentale dell'ordinamento: e cioè quella per cui il reato costituisce *sempre* un'aggressione al bene tutelato».

²⁴⁷ Autorevolmente, in tal senso, ANTOLISEI, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 263 ss.; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 1978, p. 259 ss., il quale peraltro precisa che tale nozione di evento, pur muovendo da basi naturalistiche, «riferisce il concetto stesso al mondo dei valori» (*ivi*, p. 261); ma v. ancora oggi, nella più autorevole e diffusa manualistica, ad esempio, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 223 ss.; MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015, pp. 204-205, che tuttavia riconoscono espressamente l'offesa come elemento del fatto tipico, ulteriore e diverso rispetto all'evento (*ivi*, p. 219 ss.).

²⁴⁸ ANTOLISEI, *L'evento*, cit., pp. 271, 272 ss., secondo cui «l'offesa non può essere un effetto, un risultato del fatto, se ne è una semplice *qualità*» (p. 271).

²⁴⁹ ANTOLISEI, *L'evento*, cit., pp. 270-271; riconosce tale conseguenza nella tesi dell'evento in senso naturalistico SANTAMARIA, voce *Evento*, cit., p. 118 ss.

origine...non un elemento...che debba essere accertato caso per caso»²⁵⁰, si negava ogni suo ruolo nella struttura dell'illecito. Le conseguenze teorico-pratiche più evidenti di un siffatto modo di intendere l'evento erano, da un lato, quella di ritenere che nei c.d. reati senza evento²⁵¹ – non a caso tradizionalmente definiti, sulla scorta di Feuerbach, come 'reati formali'²⁵² – l'illecito finisse per identificarsi nella semplice contrarietà della condotta al comando espresso dalla norma incriminatrice e, dunque, nella mera disobbedienza; dall'altro, quella di formalizzare – sia nei reati con evento, che in quelli senza evento – l'oggetto del dolo²⁵³. Ma più in generale, intesa l'offesa come semplice 'nota del fatto', essa, in realtà, nient'altro identificava che la sua qualifica di illiceità, vale a dire il giudizio di disvalore sulla condotta espresso dallo Stato mediante la predisposizione stessa del precetto: offesa ed illiceità finivano, in questo modo, inesorabilmente per coincidere; in proposito, è appena il caso di osservare che una simile formalizzazione del concetto di reato si conciliava perfettamente con l'idea, tipica del tecnicismo giuridico, della natura intrinsecamente formale dell'antigiuridicità²⁵⁴, identificata con l'antigiuridicità c.d. penale, e definita, non a caso, come l'«in sé' del reato»²⁵⁵.

²⁵⁰ Così, limpidamente, ancora ANTOLISEI, *L'evento*, cit., pp. 271-272.

²⁵¹ Pacificamente riconosciuti, non a caso, da ANTOLISEI, *L'evento*, cit., p. 277 ss.; ID., *Il problema del bene giuridico*, cit., p. 113 ss.

²⁵² Espressamente, ancora ANTOLISEI, *L'evento*, cit., p. 281; cfr., sul punto, la ricostruzione critica di DELITALA, *La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativo*, in *Studi senesi*, 1926, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 235 ss.; ma v. pure SANTAMARIA, *op. ult. cit.*, p. 129 ss. La distinzione, nella dottrina italiana, sembra risalire a CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, § 50, che a sua volta la riprende da Feuerbach (cfr., *supra*, § 2); lo stesso Carrara, tuttavia, individua espressamente il 'danno' come conseguenza della condotta, (*ivi*, § 96).

²⁵³ Per tutti, SANTAMARIA, *op. ult. cit.*, p. 126. Come si è detto, era proprio questa la principale difficoltà teorica in cui incorrevano alcuni tentativi di far rientrare la coscienza dell'offesa nell'oggetto del dolo (cfr., sul punto, ancora M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 152 ss.); fu invero proprio l'esigenza di 'escogitare' una soluzione di diritto positivo alla questione della coscienza del disvalore, distinguendola dalla coscienza dell'illiceità (invece irrilevante *ex art. 5 c.p.*), a determinare una radicale rivisitazione del ruolo dell'offesa nella struttura del fatto tipico.

²⁵⁴ Sul punto cfr., per tutti, CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 132 ss., che identifica il fondamento di tale concezione nell'idea, tipica del tecnicismo giuridico, e risalente a Rocco, dell'inscindibilità tra precetto e sanzione.

²⁵⁵ Questa la celeberrima espressione di ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 475, peraltro piuttosto diffusa nella dottrina italiana, ma soprattutto in quella più risalente, che aderiva prevalentemente alla teoria bipartita; cfr., per tutti, ANTOLISEI, *Diritto penale*, cit., p. 156; ma v. ancora oggi, adesivamente, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 105, che infatti identifica l'antigiuridicità nell'antigiuridicità penale, definendola come il rapporto di contraddizione tra l'intero fatto e legge penale (*ivi*, p. 107 ss.). *Contra*, oltre alla dottrina oggi senz'altro prevalente, cfr. già, autorevolmente, DELITALA, *Contributo alla nozione di reato*, cit., p. 175; ID., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 13 ss. Tuttavia, non mette in dubbio la natura esclusivamente formale dell'antigiuridicità, quale «unica accezione che abbia un significato per il giurista» anche M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 155 ss. (citaz. a p. 157) che (sostenitore peraltro della teoria degli elementi negativi del fatto) pure è uno dei più autorevoli e primi sostenitori – il 'pioniere',

Specularmente, dietro la tesi dell'evento in senso giuridico²⁵⁶ sembrava celarsi – almeno prevalentemente – l'esigenza di consentire l'emersione, sul piano della legalità formale, di una dimensione 'sostanziale' dell'illecito penale. Infatti, guardando all'evento nella sua dimensione giuridica, vale a dire appunto quale offesa al bene giuridico tutelato, quella tesi individuava proprio in quest'ultima, e non soltanto nelle conseguenze naturalistiche del fatto, il secondo termine di relazione del nesso causale²⁵⁷, vale a dire la 'conseguenza' dell'azione o dell'omissione. Ma ciò significava – come tra poco meglio si vedrà – un riconoscimento della indispensabile funzione tipizzante dell'offesa, quale elemento necessario e costante di ogni fattispecie incriminatrice, come tale da accertare in concreto²⁵⁸. In tal modo, il concetto di reato non si riduceva più ad una mera disobbedienza al precetto penale, ma veniva letto in una dimensione 'sostanziale' capace di coinvolgere, ben più profondamente, una valutazione degli interessi sottesi alla fattispecie incriminatrice.

Sotto un profilo più strettamente dommatico, ciò si traduceva in una altrettanto sostanzialistica 'rivitalizzazione' dell'oggetto del dolo, finalizzata anche all'effetto pratico di sdrammatizzare, in alcuni casi, lo sbarramento posto dall'art. 5 c.p., insuperabile in un'ottica imperativistica, che identifichi offesa ed illiceità. Riconoscendo, invece, l'offesa

s'è detto sopra – della concezione realistica del reato: pur riconoscendola soltanto nella sua dimensione 'formale', e pur rinnegando ogni ruolo al concetto di 'antigiuridicità materiale', l'illustre Autore, infatti, la arricchisce di un requisito 'sostanzialistico' di disvalore (*ivi*, p. 158 ss.), *id est* dell'offesa all'interesse tutelato; natura formale dell'antigiuridicità, infatti, non starebbe a significare 'formalismo', ma semplice riconoscimento che l'unica valutazione di antigiuridicità rilevante per il giurista è quella compiuta, sulla base di criteri sostanzialistici di disvalore, dal legislatore (cfr. pure *infra*, nel testo).

²⁵⁶ In realtà si trattò di una tesi tutt'altro che unitaria, attesa la diversità di ricostruzioni tra i suoi sostenitori; le differenze ricostruttive più salienti saranno messe in rilievo nel corso della trattazione, ma ci sia consentito tralasciare quelle che non acquistano particolare rilievo ai fini della nostra indagine.

²⁵⁷ In termini esattamente opposti, già DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 121 ss., secondo cui l'«evento del reato è la conseguenza lesiva dell'azione: l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale. E tale offesa ora consiste nella effettiva lesione, ora nella semplice esposizione a pericolo del bene o dell'interesse protetto» (*ivi*, p. 121). Tuttavia, dell'offesa come nota o predicato del fatto, «suo contenuto», discorrono pure M. GALLO, (voce) *Dolo*, cit., p. 787 e NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 92 ss., che pure, com'è noto (v. subito *infra* nel testo) sostengono la tesi dell'evento in senso giuridico, almeno in relazione all'art. 43 c.p. (e, ovviamente, all'art. 49 c.p.): tale circostanza si spiega non appena si considera il concetto di bene giuridico cui tali Autori fanno riferimento (cfr., *infra*, §§ 2.1 e 2.2).

²⁵⁸ Ancora espressamente M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 165. Ma chiarissimo, sul punto, già DELITALA, *Contributo alla nozione di reato*, cit., p. 167 ss.; ID., *La distinzione dei reati in formali e materiali*, cit., p. 236 ss., spec. p. 239, ove – pur ammettendo l'esistenza di reati senza evento – pare si riferisca per la prima volta ad un «criterio realistico» nell'indicare l'idea secondo cui il legislatore «non punisce ogni e qualsiasi condotta umana che violi un dovere di condotta... ma quelle soltanto che...cagionano una offesa (danno o pericolo) ad un bene protetto».

come elemento autonomo del reato, e distinguendola dalla qualificazione di illiceità penale operata dalla norma, è possibile, infatti, postulare una coscienza dell'offesa distinta da una coscienza dell'illiceità, e dunque riconducibile all'art. 47, anziché all'art. 5 c.p.²⁵⁹.

Fu dunque tale 'non detto' della tesi dell'evento in senso giuridico ad essere ereditato dalla c.d. concezione realistica del reato²⁶⁰, e detto a ben più chiare lettere dai suoi sostenitori, i quali tentarono di ancorarlo più saldamente ad una specifica norma di diritto positivo²⁶¹. Si trattava, a questo punto, di individuare, più rigorosamente, l'esistenza di una norma generale capace di accreditare l'offesa come elemento costante e necessario di ogni reato; vale a dire, di una norma che indicasse come non punibile una condotta che, pur essendo conforme alle note formali di una fattispecie incriminatrice, non comporti, al tempo stesso, un'offesa al bene giuridico da essa tutelato.

Com'è ben noto, quella norma fu individuata nell'art. 49 co. II c.p. mediante un'interpretazione capace di non ridurre il reato impossibile per inidoneità dell'azione a mero 'doppione negativo' del tentativo inidoneo, ma di elevarlo a volano di emersione del (dis)valore sotteso alla norma incriminatrice sul piano della struttura dell'illecito penale, nell'ambizioso tentativo di incrinare il formalismo di una categoria dommatica, quella del fatto tipico, altrimenti ridotta – 'belinghianamente' – a mero contenuto formale ed oggettivo di 'tutto ciò che è esterno', neutro rispetto ai valori. Non ci soffermeremo in questa sede sulle specifiche e ben note argomentazioni addotte a sostegno di quella

²⁵⁹ Sul punto v. pure SANTAMARIA, voce *Evento*, cit., p. 126.

²⁶⁰ La denominazione, come accennato, sembra risalire a DELITALA, *op. loc. ult. cit.*, e pare sia stata ripresa poi da VANNINI, *Il reato impossibile*, in *Arch. pen.*, 1949, I, p. 363 ss. (citato da VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 619, nota 3), allorché egli dà per la prima volta dell'art. 49 co. II c.p. una simile interpretazione; la concezione realistica è peraltro da distinguere (ma probabilmente 'non troppo') dal c.d. indirizzo realistico, caldeggiato da ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 121 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, cit., p. 5 ss., e su cui v. pure BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 28, in nota e p. 72. Riconosce il 'debito' della concezione realistica nei confronti del dibattito sull'evento anche NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 86 ss.; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 261. Per un immediato accoglimento della nuova interpretazione dell'art. 49 co. II c.p. v. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 161 ss.

²⁶¹ La ricerca di una 'norma di diritto positivo' idonea a consacrare l'offesa come requisito necessario del reato è costante nei citati lavori di Marcello Gallo. L'illustre Autore specifica, infatti, che l'esigenza di una concreta offensività del fatto non va intesa su di un piano di pura deontologia, ma esprime «un'esigenza di ordine tecnico-positivo, che si sostanzia in un requisito indispensabile della figura criminosa» (ID., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, cit., p. 152 ss., 167 ss., in cui essa è ravvisata nell'art. 43 c.p., ove per 'evento' deve intendersi quello giuridico, *rectius* l'offesa all'interesse tutelato); solo nel successivo lavoro enciclopedico il piano del discorso sarà ampliato, e quella norma sarà identificata nell'art. 49 cpv. c.p., definita 'norma chiave del sistema' (ID., voce *Dolo*, cit., p. 786 ss.). Come si è accennato, infatti, la concezione realistica del reato, nelle sue prime formulazioni, sembrò tendere a 'fare breccia' nel formalismo valutativo del tecnicismo giuridico proprio mediante l'applicazione del suo stesso metodo, dunque mediante una rigorosa argomentazione fondata sul diritto positivo.

tesi²⁶², limitandoci a ricordare che, in base a tale lettura, l'art. 49 co. II c.p., escludendo la punibilità allorché «per l'inedoneità dell'azione...è impossibile l'evento dannoso o pericoloso», *a contrario* eleverebbe l'idoneità dell'azione a requisito necessario ai fini della punibilità e, quindi, della sussistenza del reato. Quella disposizione, imponendo al giudice l'accertamento, oltre che della conformità della condotta alle note formali di un tipo legale, anche della sua concreta idoneità ad «incidere sul piano degli interessi protetti», rappresenterebbe quella tanto ricercata norma di diritto positivo²⁶³ capace di dimostrare l'accoglimento, da parte del nostro ordinamento, di una concezione sostanziale (per l'appunto, 'realistica') del reato come offesa di un bene giuridico.

Non è certo possibile approfondire in questa sede i pur innumerevoli spunti di riflessione stimolati da tale teorizzazione, né tantomeno soffermarci sul dibattito che essa ha suscitato²⁶⁴. Piuttosto, ci limiteremo a quanto strettamente necessario ai fini della nostra indagine, osservando che, sotto tale profilo, la c.d. concezione realistica del reato rappresentò una svolta e un'acquisizione scientifica fondamentale, che non si ridusse ad un pur elaborato e raffinato studio sul reato impossibile, ma fu capace di toccare le radici ideologiche del diritto penale, traducendosi in un ribaltamento radicale dell'ottica tradizionale. Beninteso – come pure si è già evidenziato – la concezione realistica del

²⁶² In via di estrema sintesi, si afferma che l'art. 56 co. I c.p. fa riferimento ai soli delitti, mentre nell'art. 49 co. II c.p. compare l'espressione generale «reato», sicché, ragionando secondo l'interpretazione tradizionale, si giungerebbe all'assurda ed iniqua conseguenza della totale irrilevanza penale di atti idonei diretti a commettere una contravvenzione e dell'applicabilità di una misura di sicurezza (*ex art. 49 co. IV*) ad atti non idonei diretti a commettere una contravvenzione (M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 787); l'art. 49 contempla l'espressione «azione», mentre l'art. 56 fa riferimento alla diversa nozione di «atti» (NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, p. 128); la collocazione sistematica dell'art. 49 c.p. rende inoltre inequivoca la sua natura di norma attinente a tutti i reati ed alla struttura del fatto (C. FIORE, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, pp. 246-247); tale interpretazione sarebbe poi confermata dalla lettura dei lavori preparatori (su cui v. già FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 22 ss.; ma in realtà già M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, p. 143 ss., spec. p. 153 ss.). Per uno sguardo di sintesi cfr., per tutti, NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, cit., p. 259 ss.; ID., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 89 ss.

²⁶³ Un «aggancio testuale», secondo STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 10.

²⁶⁴ Nell'ambito di una vastissima letteratura, per un'analisi critica della concezione realistica del reato fondata sull'art. 49 co. II c.p. cfr. i contributi di STELLA, *op. ult. cit.*, p. 1 ss., spec. p. 14 ss., che si concentra soprattutto sulla sua contraddittorietà logica e, condivisibilmente (cfr., *infra*, nel testo), sulla non convincente nozione di bene giuridico da essa presupposto, e di FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, p. 61 ss., che invece si concentra sui rischi di violazione del principio di legalità e di strumentalizzazione in chiave 'espansiva' da parte della giurisprudenza; cfr., sul punto, le repliche di C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 275 ss. e di NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, cit., p. 259 ss.; ID., *Il lungo cammino del principio di offensività*, cit., p. 89 ss.

reato fu debitrice alla concezione dell'evento in senso giuridico di buona parte delle proprie acquisizioni; anzi, essa non fece altro, sotto questo profilo, che completare quelle riflessioni, fornendo più solide basi legali ad «un'intuizione indimostrata, ma peraltro tenacissima»²⁶⁵ rimessa però fino a quel momento all'arbitrio del singolo interprete, a soluzioni equitative²⁶⁶ prive di ogni coerenza sistematica.

Quella norma, in definitiva, non limitandosi a ribadire la non punibilità del tentativo inidoneo, ma avanzando ben più stringenti pretese sul piano generale, fu ben presto elevata a «norma chiave del sistema»²⁶⁷, applicabile a tutti i reati (delitti e contravvenzioni, consumati e tentati), e, in definitiva, a «principio di carattere generale, rilevante per una compiuta ricostruzione del concetto del fatto tipico»²⁶⁸. A quel principio, ben presto, si sarebbe dato il nome di principio di offensività²⁶⁹.

²⁶⁵ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 128.

²⁶⁶ NEPPI MODONA, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁷ Così M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 787.

²⁶⁸ Così già C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., pp. 8, 22 ss., 41 ss.; ID., *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, cit., p. 246; ma v. già pure M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 151, secondo cui «ogni reato, per essere a buon diritto ritenuto tale, deve presentare un carattere offensivo nei riguardi di un interesse che l'ordinamento reputa degno di tutela»; tale principio, peraltro, riguarderebbe non soltanto tutti i reati, ma addirittura «... l'intero campo dell'illecito».

²⁶⁹ L'espressione «offensività» è utilizzata già (forse per primo) da M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 160.

2.1. Gli aspetti critici della concezione realistica del reato. Il ruolo dell'offesa nella struttura del fatto tipico

Illustrato il nucleo teorico della tesi che identifica nell'art. 49 co. II c.p. una norma-chiave del sistema, fondante, a livello di legge ordinaria, il principio di offensività del reato, è necessario procedere ad una più precisa individuazione del concetto di offesa cui quella tesi fa riferimento. Il punto è, infatti, decisivo ai fini della nostra indagine, poiché, come si è detto a proposito del dibattito sull'evento, l'individuazione di un concetto sostanziale di illecito e, dunque, di una nozione soddisfacente di bene giuridico, presuppone l'attribuzione all'offesa di un autonomo ruolo nella struttura del reato; in caso contrario, infatti, è sempre concreto il rischio di identificare offesa e illiceità, contravvenendo al principio che si vorrebbe sancito, in via generale per tutti i reati, dall'art. 49 co. II c.p.²⁷⁰. Ove ciò accadesse, diverrebbe infatti insuperabile «l'obiezione secondo la quale, anche ammesso che la norma penale è sempre rivolta alla tutela di uno o più interessi, la lesione o la messa in pericolo dei quali rappresenta... un requisito... del fatto criminoso, l'ordinamento riterrebbe realizzata l'offesa all'interesse protetto con il puro e semplice verificarsi del fatto. Se così fosse, il momento dell'offesa non assumerebbe un reale valore di requisito di fattispecie, ma esaurirebbe la propria funzione in quella di criterio di interpretazione...spiegherebbe...la ragione per la quale certi fatti sono elevati a reato...ma non apparirebbe alla struttura della fattispecie penalmente rilevante, bensì alla *ratio* di una determinata incriminazione»²⁷¹. È dunque a questo punto necessario verificare se la concezione realistica del reato ancorata al solo piano della legislazione ordinaria sia in grado di rispettare tale indicazione. Nelle pagine seguenti, pertanto, indagheremo più a fondo la nozione di offesa emergente dalla teoria di cui si discute, per poi giungere finalmente all'individuazione del concetto di bene giuridico da essa (più o meno) implicitamente presupposto.

In proposito va innanzitutto osservato che la concezione in esame, poiché da una norma generale intende dedurre un principio, altrettanto generale, in base al quale «il

²⁷⁰ In tale evenienza, attesa la regola posta dall'art. 5 c.p., si negherebbe, peraltro, anche ogni rilevanza alla coscienza dell'offesa come momento costitutivo del dolo, vanificando, così, proprio una delle principali finalità teorico-pratiche della concezione in esame.

²⁷¹ Così, lucidamente, lo stesso M. GALLO, voce *Dolo*, pp. 782-783.

reato costituisce *sempre* un'aggressione al bene tutelato»²⁷² si fonda sul presupposto logico-giuridico della presenza, in ogni fattispecie di reato, di un'offesa: essa si trova, dunque, costretta a dimostrare – *rectius*, a presupporre – che il legislatore, nella redazione di ogni fattispecie incriminatrice, si sia poi rivelato fedele al paradigma enunciato nella parte generale all'art. 49 co. II c.p.

Ora, però, rigettando la categoria dell'antigiuridicità materiale in quanto concetto extralegale²⁷³, e in mancanza di criteri giuridici diversi, si finisce giocoforza per ricercare il contenuto di quell'offesa proprio nella stessa fattispecie incriminatrice, da cui, in premessa, pure la si vorrebbe tenere distinta. In tal modo, però, nonostante ogni assicurazione circa il contrario²⁷⁴, le due grandezze finiscono per coincidere, l'offesa non costituendo più un elemento, bensì *tout court* il «contenuto del reato»²⁷⁵, in quanto alla sua realizzazione concorrono tutti e ciascuno gli elementi costitutivi della fattispecie legale. Non a caso, diversamente dalle più risalenti concezioni dell'evento in senso giuridico, per le quali, come s'è detto, quest'ultimo costituiva coerentemente la conseguenza della condotta, qui si giunge necessariamente all'opposta conclusione – invece tradizionalmente appannaggio della concezione naturalistica – che «l'offesa all'interesse tutelato non è qualcosa che, come l'evento naturalistico, si stacca dalla condotta costituendone un effetto; l'evento in senso giuridico rappresenta...l'incidenza del fatto sul piano degli interessi tutelati dal diritto. Non è, dunque la condotta, a cagionare la lesione degli interessi tutelati, ma è tutto il fatto che risulta lesivo, oppur no, di tali interessi»²⁷⁶.

Che in realtà l'offesa non venga considerata come una conseguenza della condotta e che, più in generale, essa non assurga ad elemento costitutivo della fattispecie, emerge peraltro in tutta la sua chiarezza già allorché si discorre di uno 'scarto' tra tipicità ed offesa²⁷⁷, o comunque di un requisito di offesa il cui accertamento si aggiungerebbe a

²⁷² Così C. FIORE e S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 163.

²⁷³ Espressamente, in tal senso, M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 152 ss; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 123 ss.

²⁷⁴ Ben conscio della possibile obiezione è lo stesso M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 165, che si premura di precisare che «l'offesa all'interesse tutelato anche se fa corpo con la violazione del mezzo tecnico predisposto alla tutela (cioè la norma) non si confonde con essa».

²⁷⁵ Così M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 163 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 781 ss.; ma v. pure NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 75.

²⁷⁶ Questa la conclusione cui giunge M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 784; analogamente, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 93 ss., spec. p. 96.

²⁷⁷ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 81 ss., spec. pp. 86, 127 ss.; utilizza tale concetto anche VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 663 ss.; più recentemente, ancora, lo stesso

quello di conformità al tipo²⁷⁸: un tale linguaggio è invero già di per sé sintomo inequivocabile del dato per cui l'offesa viene concepita in realtà come un elemento esterno al fatto, come un giudizio complessivo di (dis)valore su di esso. Ciò pare, in effetti, confermato, piuttosto che smentito, dalla pronta precisazione per cui «il reato non consta di uno stato di fatto – la conformità esteriore al modello legale – cui si aggiunge... l'effettiva lesione dell'interesse tutelato o evento giuridico che dir si voglia, bensì costituisce un tutto inscindibile, risultante congiuntamente dai due requisiti della conformità al tipo e dall'offensività del fatto». Si chiarisce, infatti, che «quando si rileva che l'offesa costituisce requisito necessario perché un fatto possa essere considerato reato si vuole... semplicemente puntualizzare l'attenzione, in sede di scomposizione analitica degli elementi costitutivi dell'illecito, sul giudizio di disvalore che sintetizza e riassume l'intima essenza del reato»²⁷⁹. Ecco, allora, che, in quest'ottica, è del tutto logica la conclusione secondo cui «l'evento – offesa, contenuto del reato – riassume il valore di quest'ultimo nel complesso dei fatti giuridici»²⁸⁰, in quanto esso costituisce «l'essenza stessa del reato, considerato dal punto di vista del risultato antiggiuridico che il legislatore mira ad impedire con la posizione della norma», poiché i «due termini, il reato e l'evento giuridico» esprimono «sia pure... da diversi punti di vista, la medesima realtà»²⁸¹.

È evidente, però, che una simile conclusione si pone in palese contraddizione con le premesse circa il necessario ruolo dell'offesa quale elemento costitutivo del fatto²⁸²,

NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, cit., p. 93. Al contrario, sempre chiarissimo è stato, sul punto, C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 27 ss., secondo cui l'art. 49 co. II c.p., non introduce l'ulteriore elemento dell'offensività da accertare in aggiunta alla tipicità, ma chiarisce inequivocabilmente che l'offesa al bene protetto (*rectius*, l'idoneità dell'azione) altro non è che un elemento del fatto tipico, sicché, intanto il fatto può dirsi conforme alla fattispecie, in quanto la condotta sia dotata del carattere di idoneità ad offendere il bene giuridico; cfr. pure, sul punto, ID., *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, cit., p. 246 ss., ove chiaramente si afferma che «l'azione... non è tipica se non è idonea: l'idoneità... è una delle componenti essenziali della tipicità» (*ivi*, p. 257). Tuttavia, a nostro sommo avviso, anche così impostata la questione non trova un'adeguata soluzione sul piano della legislazione ordinaria. Infatti, l'affermazione per cui l'idoneità dell'azione è sempre elemento costitutivo della fattispecie pure rischia di risolversi in una petizione di principio che prova troppo, poiché anch'essa presuppone sempre la presenza di un bene giuridico tutelato: ciò che, all'evidenza, può mancare (cfr., *infra*, nel testo).

²⁷⁸ Così, sostanzialmente, M. GALLO, *Il dolo*, cit., pp. 146, 158 ss.; ID., voce *Dolo*, cit., *passim* e spec. p. 786.

²⁷⁹ Così NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 97, nota 46.

²⁸⁰ Cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 787.

²⁸¹ Così ancora NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 97.

²⁸² A nostro sommo avviso, chiara è la contraddizione in cui incorre M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 156 ss. L'illustre Autore, se da un lato, infatti, afferma a chiare lettere (*ivi*, p. 160) che «l'offesa dell'interesse non rappresenta... un elemento che, accanto a quello formale, costituito dalla violazione della norma, contribuisca a determinare l'illecito» (analogamente, ID., voce *Dolo*, cit., p. 784), dall'altro, altrettanto chiaramente, nell'affrettarsi a ribadire il fondamento rigorosamente normativo della propria tesi,

lasciando emergere con solare evidenza l'*impasse* logico-giuridica in cui inevitabilmente incorre una concezione 'sostanzialistica' dell'illecito che, pur intendendo distinguere l'offesa dall'illiceità penale, lo fa – in mancanza di fonti diverse – inducendo la prima dall'intera fattispecie incriminatrice, fino ad affermare che «una situazione di fatto è elevata ad oggetto di qualificazione giuridica, ed una volta qualificata è idonea a produrre gli effetti giuridici stabiliti dalla norma, non come fine a se stessa, bensì in vista di uno scopo. Ove, pertanto, la qualificazione di una situazione di fatto concreta, della quale sia già stata accertata la rispondenza al modello legale, non appaia conforme allo scopo che l'ordinamento, attraverso una data norma persegue, viene meno ogni motivo per procedere alla qualificazione stessa, ossia, per ciò che concerne il diritto penale e il campo dell'illecito in genere, per definire antiggiuridico un dato comportamento»²⁸³.

A questo punto è, dunque, chiaramente concretizzato proprio quel rischio che, in premessa, si intendeva neutralizzare, vale a dire quello di ridurre l'offesa a mero motivo dell'incriminazione²⁸⁴, con esiti quanto mai problematici in relazione al contenuto del concetto di bene giuridico.

riconosce che essa attribuisce «...all'offesa una efficacia costitutiva dell'illecito» (*ibidem*), sino a definirla come «requisito che concorre a realizzare» la contrarietà alla norma (*id est*, l'antigiuridicità, attesa l'adesione dell'Autore alla teoria degli elementi negativi del fatto), o «contenuto del reato» (*ibidem*) e, nuovamente identificata, subito dopo, come lo «scopo» o «*ratio*» della norma (*ivi*, p. 161). Da un lato, dunque, si afferma la natura formale dell'antigiuridicità, arricchendola tuttavia di un requisito sostanziale costituito dalla lesione dell'interesse tutelato dalla singola norma violata; dall'altro, sempre per restare fedeli al postulato dell'antigiuridicità formale, si identifica il fatto tipico con il fatto conforme alla fattispecie legale, anche inoffensivo di quell'interesse, e dunque si relega il piano della lesività 'oltre' quello della conformità alla norma incriminatrice, così contraddicendo il postulato di partenza.

²⁸³ Così, sorprendentemente, appena qualche pagina dopo l'affermazione per cui l'offesa deve essere considerata come elemento del reato, lo stesso M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 787; analogamente, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 97, nota 46. Analogamente, ancora, VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 663, ove l'illustre Autore afferma che «il piano dell'evento giuridico è quello della *ratio* della norma, della ragione dell'incriminazione, o se si vuole del suo scopo».

²⁸⁴ In tale prospettiva appare ben più logicamente corretta (ma non condivisibile) quell'impostazione che, moderando le pretese, riduce apertamente la portata della teoria, affermando che, salvi quei casi in cui l'offesa riesce ad essere tipizzata dal legislatore, essa non gode di un autonomo ruolo nella struttura del fatto tipico, fungendo piuttosto da strumento concettuale funzionale ad una più corretta – in quanto 'realistica', 'sostanzialistica' – interpretazione della fattispecie incriminatrice; in questo senso, autorevolmente, VASSALLI, *op. loc. ult. cit.* e p. 649.

2.1.1. *Segue.* La ‘notte concettuale che occultata ogni distinzione’: il bene giuridico come fattispecie

Alla concezione di offesa delineata dalla ricostruzione in esame, coincidente con il contenuto del reato, corrisponde una speculare nozione di oggetto giuridico, determinato dalla somma di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie legale. Non deve, perciò, apparire sorprendente che, in quell’ottica, si neghi addirittura l’utilità di ogni ulteriore indagine su tale concetto, atteso che «i risultati della dottrina più recente possono ritenersi del tutto soddisfacenti, e ad essi ci si può riferire come a punti fermi ormai indiscussi»²⁸⁵. In effetti, gli eccessivi sviluppi hanno dimostrato la totale e radicale erroneità di un simile giudizio: ed anzi – come tra poco meglio si vedrà – è proprio in questo fondamentale errore valutativo che, a nostro sommo avviso, sta l’intrinseca debolezza della concezione in esame.

La verità, piuttosto, è che il concetto ‘liberale’ di bene giuridico – concepito, sino a quel momento, quale entità, autenticamente ‘prepositiva’, indipendente dall’ordinamento giuridico – risulta in effetti incapace di corrispondere alla realtà della legislazione penale, ed è dunque inidoneo ad esprimere in molti casi il contenuto oggettivo di disvalore di numerose fattispecie di reato. Nella consapevolezza di tale discrasia, anziché impegnarsi – come parte della dottrina tedesca aveva già fatto – nel tentativo di fondare quel concetto su un piano di legalità vincolante per il legislatore ordinario, si preferì, al contrario, adattare la nozione di bene alle fattispecie esistenti²⁸⁶, finendo giocoforza per delinearne un contenuto radicalmente formale e interamente normativo.

Più specificamente, si perpetuò la sovrapposizione, già operata da Rocco²⁸⁷, tra bene ed interesse: quest’ultimo, infatti, non indica – come il primo – un’entità preesistente alla norma, ma piuttosto designa il rapporto intercorrente tra un soggetto ed un bene

²⁸⁵ Così, lapidariamente, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 72; i riferimenti in nota sono ai lavori di M. Gallo, il quale, peraltro, come subito si vedrà, pure aveva elaborato un concetto di bene giuridico (*rectius*, interesse) quanto mai vicino a quello di Rocco; nelle pagine seguenti, non a caso, quest’ultimo è citato più volte in senso adesivo. Critico sul punto pure STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 11 ss., 35-37.

²⁸⁶ Discorre, in proposito, di un’«automutilazione della dottrina in esame» STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 14.

²⁸⁷ In realtà – come si è avuto modo di illustrare sia pure brevemente – già von Liszt ebbe a definire il bene giuridico come l’«interesse giuridicamente tutelato», ma come ora subito si vedrà nel testo, quel concetto non pare avere nulla a che vedere con il concetto di interesse elaborato da Rocco, né con quello presupposto dalla concezione realistica in esame.

(appunto, *quod inter est*), che, secondo il giudizio operato dal legislatore in base all'*id quod plerumque accidit*, sotteso alla norma incriminatrice, soddisfa un bisogno del singolo o della collettività²⁸⁸; in altre parole, con tale espressione si identifica «un complesso di condizioni in base alle quali...una cosa, sia materiale che immateriale, sia presente che futura, costituisce un bene rispetto a più soggetti»²⁸⁹. Così definitone l'oggetto, risulta poi agevole ricostruire l'offesa come il mutamento *in peius*, ad opera della condotta umana, di tale 'complesso di condizioni'²⁹⁰.

A ben vedere, però, quel 'complesso di condizioni' che, a giudizio del legislatore, soddisfano un bisogno umano, altro non è che l'insieme degli elementi costitutivi del fatto, poiché, come esplicitamente si afferma, «solo una nozione di interesse ricavata dall'intera struttura della fattispecie legale, ivi compresa ogni modalità dell'azione, l'oggetto materiale, l'evento naturalistico, situazioni scriminanti, circostanze ecc., nonché l'elemento soggettivo, è idonea a fornire un valido criterio per la definizione giuridica dei singoli reati e della loro gravità»²⁹¹.

È solo sulla base di una simile nozione che, pur muovendosi sul solo piano della legislazione ordinaria, è possibile rigettare le critiche di chi, prendendo atto della distanza intercorrente tra teoria del bene giuridico e realtà della legislazione, consigliava di rigettarne *tout court* la nozione, chiedendone una 'detronizzazione' e la sostituzione con il più utile concetto di 'scopo'²⁹². Ma è evidente che in questo modo la difesa del bene

²⁸⁸ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 73-74; ma v. pure M. GALLO, voce *Dolo*, p. 790; È appena il caso di osservare come tale nozione di interesse abbia in comune, con il concetto proposto da von Liszt (cfr., *supra*, cap. I, § 2), soltanto il nome.

²⁸⁹ Questa la definizione di NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 75; ma cfr. pure, ancora, più di recente, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, I, Torino, 2000, p. 19 ss., spec. p. 23. Si badi come, sotto questo profilo, la sostituzione del concetto di bene con quello di interesse è funzionale anche (ma non solo) alla legittimazione delle norme penali 'propulsive' o 'promozionali', vale a dire alla tutela penale anche di 'utilità' future, rispetto alle quali il concetto di bene è del tutto inadatto, come peraltro correttamente rilevava già ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., p. 118, nel reclamare una sostituzione del concetto stesso di bene con quello di 'scopo', sulla base della condivisibile osservazione per cui il primo indica esclusivamente un *quid* di preesistente alla fattispecie incriminatrice, e che «dove manca un bene, non si può parlare di tutela»; sull'inscindibilità tra 'bene' e 'tutela' cfr. pure MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., pp. 694-695, 696 ss. (cfr. *supra* cap. I, § 2).

²⁹⁰ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 75.

²⁹¹ NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 79

²⁹² In tal senso cfr. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., p. 97 ss. e spec. p. 113 ss., ove l'illustre Autore afferma che, in realtà, l'idea del reato come offesa di un bene giuridico costituisce una pura astrazione, poiché una serena analisi della realtà normativa mostra come, in realtà, «il reato è sempre un fatto che il legislatore reputa nocivo per la conservazione o lo sviluppo della comunità sociale. Soltanto in questo modo si evita l'errore, tanto frequente, di descrivere le cose, non come sono, ma come piacerebbe che fossero, scambiando per realtà quello che è un semplice desiderio» (*ivi*, p. 116; corsivo dell'Autore).

giuridico viene operata a costo di un suo totale svuotamento contenutistico: così definito, infatti, esso perde ogni autonomia rispetto al modello legale del reato, ‘appiattendosi’ su di essa.

È chiaro, allora, che la teoria di cui si discute approda, per altra via, ai più radicali esiti della concezione metodologica della *Marburger Schule*²⁹³. Pur proponendosi l’obiettivo di individuare un concetto di bene capace di costituire l’oggetto dell’offesa, e non soltanto un ‘metodo’ per l’interpretazione delle fattispecie penali, essa tuttavia lo ricava dall’insieme degli elementi di fattispecie, finendo per delinearne una nozione che risulta tanto ampia ed astratta, tanto formale e onnicomprensiva²⁹⁴ da potersi adattare ad ogni reato, in quanto mero ‘travestimento verbale’ della fattispecie legale di volta in volta considerata. Sicché, analogamente a quanto accadde in Germania col concetto metodologico, la difesa di una simile nozione finì per essere nient’altro che la difesa di un nudo nome, il cui contenuto sostanziale, rimesso ancora una volta all’arbitrio del legislatore, è però immerso nuovamente in una «fitta impenetrabile nebbia»²⁹⁵.

Più specificamente, ad essere vanificata è, in primo luogo, ogni sua possibile funzione critica, poiché un concetto del genere non può mai mancare: come espressamente si riconosce, infatti, «si potrà...discutere se un dato interesse sia o no degno di tutela, ma quel che conta è che l’ordinamento lo abbia ritenuto tale. Se ciò è vero, l’esistenza di incriminazioni che non tutelino un certo interesse val quanto ammettere l’esistenza di norme che non hanno alcuna ragion d’essere»²⁹⁶. Ma affermare che il bene giuridico è il complesso degli elementi di fattispecie e, così, che il bene giuridico è ‘tutto’, in realtà val quanto ammettere che ‘tutto’ può essere bene giuridico: «basta che il legislatore lo voglia»²⁹⁷.

²⁹³ Così STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit. p. 12 ss.; analogamente ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 32 ss. Ci si riferisce ai risultati cui giunsero Schwinge e Zimmerl (cfr. *supra*, § 2) all’esito del dibattito con la *Kieler Schule*.

²⁹⁴ Cfr., sul punto, la definizione di ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 33, in termini di concetto «formale onnicomprensivo»; ma sostanzialmente in questo senso v. già MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1203, che, notando le somiglianze di tale concetto con quello elaborato da Mezger, il quale parlava di «concetto “onnicomprensivo” di bene giuridico – vuota parafrasi di un’altrettanto onnicomprensiva fattispecie criminosa – ... rivaleggiando in svuotamento con la concezione metodologica».

²⁹⁵ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., p. 161.

²⁹⁶ Così M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 790; analogamente, anche più di recente, ID., *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 19 ss., 22.

²⁹⁷ Così, icasticamente e criticamente rispetto alla concezione in esame, STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 13.

In secondo luogo, un concetto così radicalmente formale non può svolgere neppure alcuna funzione dommatica, poiché, divenendo nient'altro che una «notte in cui tutte le vacche sono nere»²⁹⁸, non riesce ad esprimere l'oggetto dell'offesa e rende impossibile la sua graduazione secondo coefficienti crescenti di gravità. Se, infatti, l'oggetto giuridico è dato dalla somma degli elementi costitutivi della fattispecie, incluso persino l'elemento soggettivo e – nei reati di pericolo concreto – il riferimento al pericolo²⁹⁹, ad ogni fattispecie non può non corrispondere un proprio bene giuridico. Conseguentemente, però, da un lato si supera la nozione tradizionale del bene giuridico di categoria³⁰⁰ e, dall'altro, addirittura si nega il concetto stesso di offesa come *genus* delle *species* della lesione e della messa in pericolo, giungendo ad affermare che «ogni offesa penalmente rilevante è una offesa di lesione»³⁰¹.

Un simile modo di ragionare conduce, peraltro, ad un vicolo cieco. In primo luogo, si contraddice il dato normativo da cui pure si pretende di muovere, dal momento che lo stesso art. 49 co. II c.p. fa riferimento all'«evento dannoso o pericoloso», rendendo così evidente che l'offesa può essere non soltanto di lesione, ma appunto anche di pericolo. In secondo luogo, ad essere negato *in radice* è il duplice obiettivo teorico-pratico cui si mira. Da un lato, infatti, si cade in contraddizione con le premesse relative all'art. 49 co. II c.p., poiché se il bene è dato dalla somma degli elementi di fattispecie, risulta davvero difficile immaginare un'ipotesi di «divergenza fra conformità allo schema descrittivo e realizzazione dell'offesa»³⁰², vale a dire l'eventualità di un fatto che, pur realizzandone tutti gli elementi costitutivi, non sia lesivo dell'interesse tutelato³⁰³; dall'altro, si manca anche uno dei principali obiettivi sottesi alla ricostruzione in esame, poiché risulta in quest'ottica altrettanto difficile comprendere come possa il dolo avere ad oggetto anche l'offesa e al tempo stesso, in quanto elemento di fattispecie, concorrere a costituirla.

²⁹⁸ Citando la celeberrima metafora di Hegel, questa critica è mossa da WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, cit., p. 512, in nota, alle concezioni 'onnicompreensive' di bene giuridico, soprattutto a quella elaborata da MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., p. 697, cui aveva già rimproverato, qualche rigo sopra (*ivi*, p. 511, in nota), di aver raggiunto «la notte concettuale che occulta ogni distinzione».

²⁹⁹ NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 106 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 788 (cfr. nota seguente).

³⁰⁰ M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 788, che si richiama, non a caso, all'oggetto giuridico sostanziale specifico elaborato da Arturo Rocco, considerando il bene giuridico di categoria un concetto «inutile e...pericoloso».

³⁰¹ M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 788.

³⁰² M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 786.

³⁰³ Così STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 14 ss.; ma v. pure MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 451 ss.

Confuso con i limiti in cui esso è tutelato sul piano normativo³⁰⁴, non si vede a cosa un siffatto ‘bene’ possa servire: tale concetto formale e onnicomprensivo, analogamente a quello metodologico, cessa infatti di costituire un oggetto di offese reali, per divenire «un fascio di valutazioni e di posizioni di scopo sui quali un’azione non può influire... ma ai quali può soltanto corrispondere o contraddire»³⁰⁵.

In conclusione, si deve senz’altro riconoscere che la concezione realistica, sin dalle sue primissime formulazioni, ha svolto l’apprrezzabile funzione di ‘insidiare’ gli eccessi di quel formalismo cui l’atteggiamento avalutativo-contemplativo del tecnicismo giuridico aveva ridotto la problematica del concetto di reato, mediante l’ancoraggio legislativo all’art. 49 co. II c.p. del principio di offensività, quale «principio generale, in ordine alla struttura dell’illecito penale»³⁰⁶. Tuttavia, mancando di ogni forza prescrittiva nei confronti del legislatore, quel principio è troppo ‘debole’; esso vale, infatti, come semplice «criterio ermeneutico»³⁰⁷, sicché il suo antiformalismo si riduce al semplice riferimento ad un’idea e ad una prospettiva di scopo. Invece, una più proficua impostazione della problematica dell’offesa non può prescindere, se non a costo di improduttivi (*rectius*, controproducenti) compromessi, dalla previa fissazione vincolante dell’oggetto della tutela, e dunque dalla sua ricerca su un piano che trascenda quello della fattispecie incriminatrice.

Ma, più radicalmente, nella sua versione ‘*flou*’³⁰⁸, l’affermazione per cui ‘il reato è offesa di un bene giuridico’ rischia di svolgere – con una pericolosa eterogenesi dei fini – l’opposta funzione di mistificare la realtà della legislazione: la negazione di reati senza offesa, se da un lato si lascia apprezzare per il suo antiformalismo, dall’altro, ‘appiattendo’ il concetto di bene sulla legislazione ordinaria sortisce l’effetto di giustificare l’opzione incriminatrice, piuttosto che consentirne la critica. In altre parole, fondata sul solo piano

³⁰⁴ Cfr., sul punto, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 37.

³⁰⁵ Così, magistralmente, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 139.

³⁰⁶ Così FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 45; ma v. pure NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 70.

³⁰⁷ Cfr., sul punto, l’ampia trattazione di MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 245 ss.; così inteso, peraltro, esso tende ad avvicinarsi al diverso concetto – propugnato proprio a sua contestazione – della «tipicità apparente», ad es. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 185, i quali, in realtà, sembrano riprendere quel concetto di ‘reato apparente’ risalente a DE MARSICO, *Il reato apparente e l’apparenza nella teoria del reato*, in *Scuola pos.*, 1951, p. 364 ss., su cui, criticamente, proprio C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 49 ss.; ID., *L’idoneità dell’azione nella struttura del fatto tipico*, cit., p. 268 ss.

³⁰⁸ L’espressione è, ancora, di MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 74, che nota come, fondato sulla sola legislazione ordinaria, il principio di offensività costituisce un semplice «codice descrittivo capace di visualizzare la struttura della fattispecie alla volta considerata, più che criterio prescrittivo in grado di controllarne la legittimità».

della legislazione ordinaria, l'idea per cui l'offesa costituisce *sempre* requisito di fattispecie risulta priva di fondamento, poiché «il prevalere di tendenze formaleggianti, se non metodologicamente aprioristiche, riguardo all'interesse, comprometterebbero senza dubbio, in ogni caso, l'efficienza del principio», che solo la dimensione costituzionale del bene «può contribuire ad evitare»³⁰⁹. Piuttosto, perché quell'idea si riveli teoricamente fondata e concretamente efficace, sarà necessario dimostrare che «valutazione dell'offensività da un lato e delimitazione degli elementi descrittivi dall'altro avvengono sulla base di criteri diversi»³¹⁰: a tal fine, l'interrogativo cui rispondere è «se davvero dalla funzione costituzionale della pena e più in generale dalla struttura della nostra Costituzione discenda, *per il futuro legislatore*, il vincolo ad elevare a reati solo quei fatti che siano concretamente offensivi di 'entità reali', il cui significato di valore trovi nella Costituzione stessa un preciso riconoscimento»³¹¹.

Si tratta, evidentemente, di «un cammino lungo da compiere; ma sull'urgenza di farlo non possono sussistere dubbi di sorta»³¹².

³⁰⁹ Così, limpidamente, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 76.

³¹⁰ Questa, a chiusura delle sue obiezioni alla concezione realistica del reato, la lucida 'intuizione' di STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 35; tale saggio era ancora in corso di pubblicazione nel momento in cui scriveva Bricola, ma era da lui conosciuto (*op. loc. ult. cit.*, in nota 14).

³¹¹ Questa la decisiva 'intuizione' di STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 36

³¹² Così, ancora, STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 37.

3. Bene giuridico e offensività come canoni di politica criminale nell'orientamento costituzionalistico 'forte': la Costituzione come fondamento del diritto penale

Come si è accennato nell'introduzione del presente lavoro, l'interesse della dottrina italiana per il concetto di bene giuridico non è stato affatto immediato. Ciò fu verosimilmente dovuto ad una certa tendenza della riflessione penalistica a perpetuare, quasi «per inerzia»³¹³, il metodo tecnico-giuridico anche successivamente alla caduta del fascismo e all'entrata in vigore della Costituzione, il cui carattere ideologico di rottura è stato a lungo sottovalutato³¹⁴; di qui, una scarsa attenzione alla problematica della giustificazione del diritto (e, di conseguenza, al contenuto della legge) penale e alle esigenze di politica criminale³¹⁵.

Soltanto la tardiva 'scoperta' della Costituzione da parte della scienza giuridica³¹⁶ ha contribuito a gettare una nuova luce sulla problematica del concetto sostanziale di reato: a partire dagli anni Settanta del Novecento, la maturata esigenza di una revisione critica³¹⁷ e di una riforma radicale del sistema (non soltanto) penale trovarono nella Costituzione un terreno fertile e ancora inesplorato in cui affondare le proprie radici. Nel campo del diritto penale, com'è noto, tale 'rivoluzione copernicana' fu dovuta innanzitutto al magistrale lavoro di Franco Bricola, la cui *Teoria generale del reato* si pone come obiettivo principale quello di 'giuridicizzare', per così dire, il 'punto di vista esterno'³¹⁸, rifondando su nuove, più solide fondamenta, il tradizionale approccio

³¹³ L'espressione è di BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 227.

³¹⁴ Sulla tardività della 'scoperta' della Costituzione da parte della scienza giuridica (non soltanto penalistica), FERRAJOLI, *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, cit., p. 49; sulla tendenza a sminuirne il fondamento e il carattere ideologico, interpretando le sue disposizioni alla luce della legislazione ordinaria, cfr. lo stesso BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8;

³¹⁵ Cfr., sul punto, l'articolata riflessione di BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., pp. 227-228.

³¹⁶ Sullo 'scongelo' della Costituzione e sulla definitiva 'crisi' del postulato dell'autonomia del diritto, non soltanto nell'ambito della scienza penalistica, v., per tutte, le belle pagine di FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 63 ss.

³¹⁷ DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., 31-32 osserva, sotto questo profilo, come la tesi di Bricola sia figlia del suo tempo, vale a dire di un tempo in cui si inaugurava per la prima volta in Italia un processo di revisione critica del diritto penale.

³¹⁸ Su tale concetto cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 891 ss., 947 ss.; particolarmente scettico sulla praticabilità di un punto di vista 'interno' e al tempo stesso critico fondato sulla Costituzione, si mostra DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo*, cit., pp. 174-175.

esegetico-positivistico³¹⁹: in altre parole, il tentativo fu quello di trasformare i criteri di giustificazione di matrice giusnaturalistica e illuministica in veri e propri parametri normativi di legittimità dell'esercizio del potere punitivo.

Quell'opera ha segnato una svolta fondamentale – e probabilmente irreversibile – non soltanto, come subito si vedrà, in ordine alla questione degli oggetti e delle tecniche di tutela penale, ma, ben più a fondo, sotto il profilo 'culturale'. Pur non rompendo drasticamente con la tradizione italiana di matrice giuspositivistica³²⁰, la modifica dell'oggetto dell'indagine scientifica – che si spostò dalla legislazione ordinaria alla Costituzione – non poté non riverberarsi in modo radicale sul metodo stesso della ricerca giuspenalistica³²¹. Infatti, rielaborare la teoria generale del reato mediante la ricerca, su base costituzionale, dei principi normativi di riferimento per la ricostruzione teleologica del sistema penale, la trasforma³²² – per così dire – in una teoria del suo dover essere costituzionale. Non si tratta più, in altre parole, di un'analisi dei singoli istituti o delle singole categorie dommatiche, ma dell'individuazione, su base costituzionale, di una «sintesi *a priori*» o «*reductio ad unum*»³²³ dei tratti fondamentali e dei connotati strutturali e contenutistici dell'illecito penale, in una prospettiva deontologica e non soltanto analitica, prescrittiva ancor prima che descrittiva. Del tecnicismo giuridico non fu, dunque, rinnegata del tutto la costante e scrupolosa attenzione al dato positivo, ma ne fu radicalmente superata l'«attitudine contemplativa» e quella rivendicata neutralità della scienza (intesa come pura «dommatica») rispetto alle opzioni (politiche e) politico-

³¹⁹ Sulla non totale 'frattura' tra l'orientamento costituzionalistico e l'approccio positivistico del metodo tecnico-giuridico cfr. l'analisi critica di DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo*, cit., p. 51 ss.

³²⁰ Sottolinea particolarmente la costante attenzione di Bricola – «giuspositivista dichiarato» – al fondamento rigorosamente normativo dei 'principi', ancora DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., p. 51 ss., spec. pp. 52-53. Cfr., sul punto lo stesso BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 12, ove afferma che «la teoria generale del reato...deve avere per noi come oggetto esclusivo il diritto positivo, inteso però non come un dato definitivo, ma come un *quid* che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che con ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare».

³²¹ Sul 'metodo costituzionalistico' in diritto penale cfr. il bilancio critico di DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 29 ss. e, più recentemente, ancora ID., *L'eredità di Bricola*, cit., pp. 54-55; ma cfr. pure, sui possibili eccessi 'giuslegalistici' del 'costituzionalismo penale', che rischierebbe di divenire un 'nuovo' tecnicismo giuridico, benché con diverso oggetto di analisi (la Costituzione e non il diritto positivo di rango ordinario) ID., *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo*, cit., pp. 135 ss., 176 ss.

³²² Sin dalle prime righe, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8, avverte il lettore che, ove le sue aspettative siano quelle di «un'opera di raffinata analisi delle singole componenti del reato ovvero di sintesi dogmatica», queste «sono destinate...a rimanere deluse. Scopo della nostra indagine è, infatti, cercare di cogliere, muovendo principalmente dalle norme che la Costituzione detta in materia penale a livello di sintesi, i connotati essenziali, ovvero il 'volto' dell'illecito penale nel sistema positivo italiano».

³²³ Le espressioni sono di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 24.

criminali, che si traduceva, a ben vedere, in una totale estromissione del giurista dal ‘discorso’ inerente alla «costruzione delle norme future», che invece rappresenta il suo «compito più genuino»³²⁴. Il metodo costituzionalistico, al contrario, pone finalmente in primo piano la problematica della giustificazione del potere punitivo e, desumendo dalle norme costituzionali in materia penale³²⁵ altrettanti principi capaci di vincolare l’esercizio del potere punitivo tanto sotto il profilo formale, quanto sotto il profilo contenutistico, assume la Costituzione a fondamento – e non a mero limite – del diritto penale³²⁶. In ultima analisi, ‘scoprire la Costituzione’ significava ridefinire i criteri di legittimazione del diritto penale nel nuovo ordinamento democratico e, di conseguenza, riconsegnare al giurista quel fondamentale ma gravoso compito di critica del potere, che finalmente egli avrebbe potuto esercitare evitando, al contempo, di «aggirarsi per i sentieri del diritto naturale»³²⁷. Il testo costituzionale, infatti, avrebbe svolto il compito di ‘gettare un ponte’³²⁸ tra politica criminale e dommatica penalistica, assolvendo ad un ruolo di «mediazione giuspositivistica»³²⁹ tra l’una e l’altra.

È in tale contesto che va inquadrata, a nostro avviso, la nascita di una vera e propria teoria del bene giuridico nella scienza penalistica italiana. Infatti, proprio l’aspetto contenutistico dell’illecito penale e, dunque, la questione dell’‘oggetto della tutela’ assunse un ruolo centrale nell’ambito di quel ben più ampio discorso che abbiamo tentato di sintetizzare. Analogamente a quanto era avvenuto qualche decennio addietro in Germania a proposito della riforma dei reati sessuali, a partire dagli anni Settanta nel nostro Paese la ‘riscoperta’ del concetto di bene giuridico fu, infatti, strettamente legata alle esigenze di riforma della legislazione. Si trattava, così, di una prospettiva al contempo critica *de iure condito* e riformatrice *de iure condendo*: muovendo dalla denuncia del profondo iato ancora esistente tra il ‘volto costituzionale’ dell’illecito penale e il volto che esso

³²⁴ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 12.

³²⁵ Sull’attitudine della Costituzione italiana a fornire un aggancio normativo particolarmente efficace in tal senso, in quanto particolarmente ‘generoso’ in materia penale, e quale «testo di ottima fattura, che ha consentito di argomentare in modo effettivamente giuspositivistico molte soluzioni altrimenti affidate ai principi della civiltà del diritto, dotati di quella forza della ragione che non possiede ancora la ragione della forza di legge» cfr. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., 32; ma v. ampiamente già, BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 231, che mette a raffronto le norme del GG in materia penale con quelle della Costituzione italiana.

³²⁶ Sul punto cfr. in particolare BRICOLA, sub *art. 25, co. II e III*, cit., p. 227 ss., spec. p. 228.

³²⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

³²⁸ Di un «ruolo ponte» dei principi costituzionali discorre, invero, lo stesso BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 237.

³²⁹ MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 42.

conservava – e tuttora conserva – nella realtà della legislazione ordinaria³³⁰, l'obiettivo (dichiaratamente) politico era – ancor prima che quello di una 'rivisitazione' delle tecniche di tutela costituzionalmente compatibili – innanzitutto quello di fondare su base positiva il principio di origine illuministica di *extrema ratio* e di 'aggiornare', da un punto di vista innanzitutto assiologico-contenutistico, una legislazione penale ancora almeno in parte intrisa di 'residui' autoritari, adeguandola ai nuovi valori repubblicani³³¹: bene giuridico tutelabile per mezzo del diritto penale, in quest'ottica, è soltanto un bene dotato di un espresso o implicito riconoscimento costituzionale, tutelabile mediante tecniche costituzionalmente compatibili.

Com'è stato condivisibilmente notato, la teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata nasce, nella dottrina italiana, da una «fusione di orizzonti» tra la problematica dell'oggetto della tutela e quella dei principi costituzionali³³², capace finalmente di aprire «la cittadella della dogmatica al contributo della politica del diritto codificata nei *programmi di scopo* della Carta fondamentale», quale strumento teoretico per «urbanizzare la sconfinata provincia del bene giuridico attraverso precisi riferimenti di diritto positivo»³³³. Infatti, è proprio la «politica dei beni in una prospettiva costituzionale», vale a dire la teoria costituzionale del bene giuridico, il più fertile terreno di incontro tra dommatica e politica criminale³³⁴ e l'autentico elemento discretivo tra la 'nostra' teoria del bene giuridico e le impostazioni, di matrice tedesca, che sinora abbiamo passato in rassegna.

³³⁰ Così ancora BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

³³¹ Sempre in premessa del discorso, lo stesso BRICOLA, *op. loc. ult. cit.* afferma che «una teoria generale del reato del tipo prospettato trova...la sua giustificazione in un momento, qual è quello attuale, contrassegnato da delicate 'attese politiche', alle quali potrà far seguito o un'accelerazione o un rallentamento del processo di realizzazione degli adempimenti costituzionali. Nella prima eventualità, l'elaborazione di una teoria generale del reato nella chiave descritta potrà contribuire a far combaciare i due volti dell'illecito penale; nella seconda eventualità, l'indagine varrà soltanto a puntualizzare i termini di un'antinomia che diventerà cronica». Spetta al lettore giudicare come sia andata. *Amplius*, sull'obiettivo politico del 'metodo costituzionalistico', sui rapporti (non sempre 'idilliaci') col suo 'correlato' criminologico, rappresentato dalla 'criminologia critica' inaugurata da Alessandro Baratta, cfr. ancora ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 220 ss., spec. pp. 221-222.

³³² MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 41-42. Non a caso, anche nel citato lavoro di Sax la problematica del bene giuridico non era trattata in quanto tale – in quanto categoria – ma costituiva parte integrante (e fondante) di un discorso più ampio, relativo ai 'principi del diritto penale'.

³³³ Così MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 42.

³³⁴ Così, sostanzialmente, lo stesso BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 256, a chiusura delle sue osservazioni circa l'orientamento costituzionalistico italiano, anche in chiave comparatistica con l'esperienza tedesca, soprattutto successivamente al *Berliner Programm* di Claus Roxin.

3.1. La Costituzione come ‘tavola di valori’ e programma di scopo: la teoria dei beni giuridici di rilievo costituzionale come chiave di volta dell’orientamento costituzionalistico ‘forte’

Ora, come si è tentato di mostrare nella prima parte del presente capitolo, l’effettiva capacità di una teoria dell’oggetto del reato di contribuire ad esprimere il disvalore dell’illecito penale, al tempo stesso vincolando le scelte legislative di incriminazione, dipende interamente dalla sua capacità di «pensare il bene giuridico come punto fisso»³³⁵, costruendolo in una dimensione intrasistemica, ma al tempo stesso precedente la legislazione ordinaria.

Non vi è alcun dubbio – e d’altronde lo si è già messo in evidenza – che ciò era stato pienamente compreso anche nell’ambito della riflessione penalistica tedesca, almeno da quegli Autori che, nel secondo dopoguerra, avevano visto nella costituzione di Bonn un ‘sentiero’ in cui tentare di recuperare l’intimo, primigenio contenuto liberale del concetto di bene giuridico. Come pure si è tentato di dimostrare, tuttavia, in quelle ricostruzioni la relazione tra oggetto della tutela e Costituzione tendeva a ridursi ad un semplice riferimento ‘di scopo’, che fosse al ‘principio dello stato di diritto’, ovvero alla funzione costituzionale della pena: da un lato, infatti, il riferimento non era tanto a specifiche norme della Costituzione, quanto, più genericamente, al suo spirito o al suo fondamento politico-ideologico; dall’altro, il *Grundgesetz* veniva di fatto assunto a superiore limite normativo alle scelte di politica criminale, ma non pareva essere capace di agire dall’interno, decidendo, innanzitutto da un punto di vista assiologico, circa la

³³⁵ Si tratta della parafrasi di un’espressione contenuta nel noto lavoro di JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 751, che (sulla scorta, in realtà, di alcune indicazioni già presenti in BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., pp. 393 ss.), notando come alcune fattispecie incriminatrici, che realizzano un’estrema anticipazione della tutela in relazione ad un più concreto (e tradizionale) bene giuridico, possano essere considerati di vera e propria lesione in relazione ad un diverso, più ampio e astratto ‘bene giuridico di fiancheggiamento’ (*flankierendes Rechtsgut*), distingue tra ‘anticipazione della tutela di un bene giuridico’ e ‘anticipazione del bene giuridico a fini di tutela’, *ivi*, p. 773 ss.; per questa espressione v. pure PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 6, 129 ss. La questione, attenendo soprattutto alla problematica dei beni giuridici diffusi e ‘ad ampio spettro’ e ai rapporti tra bene giuridico e offesa, sarà comunque più approfonditamente trattata nel prosieguo del presente lavoro, nei capitoli III e IV.

‘meritevolezza di tutela’ del bene giuridico³³⁶. In tal modo, però, il riferimento alla Costituzione non si spingeva fino alla ricerca di un espresso riconoscimento costituzionale di questo o quel ‘bene’, ma più semplicemente fungeva da strumento di delimitazione tra finalità legittimamente perseguibili mediante il diritto penale e finalità non perseguibili o, ancor più in generale, da ‘semplice’ (per quanto fondamentale) elemento di separazione tra diritto (penale) e morale.

Un discorso senz’altro diverso va invece fatto per quell’originale ricostruzione già illustrata in precedenza, che si distingue per aver tentato di dedurre dai principi fondamentali sanciti nel *Grundgesetz*, e segnatamente da quello di legalità penale (art. 103 II GG) e da quello della dignità umana (art. 1 GG), la necessità dell’esistenza (se non di un rapporto di identità, almeno) di una ‘relazione afferrabile’ tra i beni giuridici tutelabili e un valore costituzionale, e giungendo, con ciò, ad una definizione ‘prescrittiva’ del reato come offesa – diretta o indiretta – di un valore costituzionale³³⁷. A nostro sommo avviso, quel lavoro è dotato di un’esplicita ‘indicazione di senso’ e di una forza innovativa che non sempre la dottrina – sia tedesca che italiana – sembra aver tenuto nel debito conto. Infatti, da quelle pagine emerge chiara e ferma l’idea secondo cui la problematica del bene giuridico può essere risolta esclusivamente su un piano sovraordinato di legalità che non si riduca all’individuazione, su base costituzionale, di principi o finalità politico-criminali, ma che agisca più incisivamente, *in radice*, sul piano del valore e della struttura dell’oggetto stesso della tutela, plasmandone, dall’interno, la fisionomia, in modo coerente con i valori assunti a fondamento del patto costitutivo.

È, dunque, in quel lavoro che – almeno idealmente³³⁸ – affonda le proprie radici culturali e metodologiche l’illustrato orientamento costituzionalistico, sia in generale, sia più specificamente in rapporto alla problematica del bene giuridico: proprio l’aspetto della dimensione costituzionale dell’oggetto della tutela, che non sembra aver avuto

³³⁶ Sulla distinzione tra la dottrina teleologica a sfondo costituzionalistico e orientata alla politica criminale e l’approccio più radicalmente costituzionalistico della dottrina italiana (di cui fu in buona parte il precursore) cfr. lo stesso BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, cit., p. 231 ss.

³³⁷ Il riferimento è al lavoro di SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 909 ss., su cui cfr. *supra*, § 3.2.3).

³³⁸ Il lavoro di Sax non è, invero, citato da Bricola nella *Teoria generale del reato*, e anche la dottrina italiana che pure talvolta cita quel lavoro non ci risulta abbia mai messo in luce la convergenza di risultati con la *Teoria* di Bricola. Ad essere invece citato dall’illustre Autore (*ivi*, p. 15), invece, è il lavoro di RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 151 ss.

particolare seguito nella dottrina tedesca³³⁹, ha invece caratterizzato l'orientamento costituzionalistico (forte) della dottrina italiana³⁴⁰.

Più nel dettaglio, la tesi dei beni giuridici di rilievo costituzionale, pur traendo inevitabilmente da una razionalità pregiuridica la sua forza ideologica e la sua lungimiranza politica³⁴¹, in coerenza con gli illustrati presupposti teorici del metodo costituzionalistico, si fonda su di una base rigorosamente normativa. L'estrema notorietà di quella tesi ci consente di riportarne soltanto in via di estrema sintesi i passaggi logico-argomentativi di fondo. Innanzitutto, si muove dall'individuazione nell'art. 25 co. II Cost., sotto il profilo della riserva di legge e della tassatività della fattispecie, del riconoscimento da parte del costituente dell'esigenza giusrazionalistica ed illuministica di sussidiarietà del diritto penale; ciò è confermato dall'art. 27 co. I Cost., sotto il profilo della conoscibilità del precetto e del divieto di responsabilità oggettiva, oltre che dall'art. 27 co. III, atteso che la funzione rieducativa della pena «implica necessariamente una delimitazione della illiceità penale rispetto ad una sfera selezionata di valori»³⁴². Ora, tale opera di 'restringimento' dell'area di rilevanza penale non viene rimessa, quanto a contenuti e limiti, all'arbitrio del legislatore, ma si ritiene debba essere normativamente guidata dal valore primario della libertà personale, tutelata dall'art. 13 Cost. e lesa – in via effettiva o potenziale – dalla pena: in base ad una fondamentale esigenza di proporzionalità sottesa all'intero ordinamento³⁴³, il suo sacrificio può, infatti, essere

³³⁹ Il più volte citato lavoro di Sax non sembra, invero, aver goduto di una particolare eco, almeno in relazione alla problematica del bene giuridico.

³⁴⁰ La contrapposizione tra un orientamento costituzionalistico 'forte' o 'chiuso' e uno 'debole' o 'aperto' è di FIANDACA e MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 38 ss.; v. pure FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 116. Tale denominazione corrisponde nella sostanza a quella che distingue tra l'idea della Costituzione come 'fondamento' o come 'limite' del diritto penale, cui fa riferimento lo stesso BRICOLA, sub *art. 25 co. II e III*, cit., p. 228, e su cui v., *amplius*, limpidamente, DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., 29 ss., spec. 30-31; MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 41 ss., 64 ss.

³⁴¹ Sul punto, DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., 30.

³⁴² BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15. Questo aspetto è particolarmente sviluppato nel lavoro di MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 118 ss., spec. p. 126 ss., ove il novero dei beni giuridici viene ulteriormente ristretto a quei valori costituzionali, percepibili con l'intelletto, «la cui funzione consiste nel proteggere le condizioni minime della vita in comune e la cui violazione può essere quindi tradotta in termini di dannosità sociale», in quanto soltanto questi ultimi possono essere assunti, in una società democratica e pluralistica qual è quella prefigurata dalla Costituzione repubblicana, ad oggetto di trattamento rieducativo; analogamente, sul collegamento tra funzione della pena (di integrazione sociale) e dannosità sociale, ma sottolineando al contempo anche il necessario aspetto 'dinamico-funzionale' del bene giuridico in rapporto ai bisogni della persona, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 173 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 141 ss.

³⁴³ Il criterio della proporzionalità assume un ruolo centrale soprattutto nel lavoro di ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 161 ss., che – pur nella non totale coincidenza circa le soluzioni (ad. es., in relazione ai reati di pericolo non concreto, *rectius*, indiretto) – rappresenta in sostanza un ampio e

considerato legittimo esclusivamente ove necessario alla tutela di beni dotati di significativo³⁴⁴ rilievo costituzionale³⁴⁵, o perché esplicitamente o implicitamente tutelati dalla Carta, o perché presupposto necessario di beni di espreso rilievo costituzionale o, infine, perché riconducibili all'art. 2 Cost., inteso come 'norma a struttura aperta'³⁴⁶. Da ciò deriva che il legislatore non soltanto non può incriminare fatti che si concretizzano nell'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente garantiti o tutelare beni incompatibili con la Costituzione³⁴⁷ – ciò che significherebbe attribuire alla Costituzione la funzione di mero limite del diritto penale – ma non può neppure 'creare' *ex novo* beni giuridici: esso può esclusivamente 'ritagliarli' nell'ambito dei valori dotati di esplicito o implicito rilievo costituzionale, senza far perdere loro la fisionomia e la dimensione che assumono nella Carta³⁴⁸: ed è in ciò che sta l'assunzione della Costituzione a fondamento del diritto penale, quale 'sentiero' – si badi, pur sempre da 'battere' da parte del legislatore ordinario nell'esercizio del suo insopprimibile potere discrezionale – in cui individuare gli oggetti di una tutela penale legittima.

La così individuata definizione del concetto sostanziale di reato come 'fatto lesivo di un valore di significativo rilievo costituzionale' è completata, poi, dalla 'costituzionalizzazione' del principio di offensività³⁴⁹, argomentata muovendo

meditato tentativo di concretizzazione del progetto di Bricola, sia con riguardo alla selezione dei beni meritevoli di tutela, sia con riguardo alle tecniche di tutela.

³⁴⁴ Il riferimento alla 'significatività' del rilievo costituzionale è contenuto nello stesso lavoro di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

³⁴⁵ È appena il caso di sottolineare l'impressionante analogia con il ragionamento di SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, cit., p. 910 ss.

³⁴⁶ Il riferimento all'art. 2 Cost., già presente in BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16, sarà particolarmente valorizzato in seguito in ID., sub *art. 25, co. II e III*, cit. p. 229, ove, in un momento storico diverso, l'Autore afferma che «le esigenze più pressanti di difesa sociale postulano una rivalutazione della difesa del cittadino-vittima della criminalità e pongono in primo piano l'art. 2 della Costituzione in funzione di limite rispetto alla portata delle altre norme costituzionali in materia penale».

³⁴⁷ L'aspetto è espressamente sottolineato dallo stesso BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16; è questa, invece, la versione 'debole' del principio di offensività accolta, sin da subito, ad esempio, da MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., p. 447 ss., 449 ss.; ID., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91 ss., spec. p. 96 ss., in base alla quale, da un lato, sarebbe sufficiente la non incompatibilità con la Costituzione del bene tutelato e, dall'altro, si tratterebbe di un principio non assoluto, ma derogabile in ragione di esigenze di prevenzione generale.

³⁴⁸ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

³⁴⁹ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82-83; in verità, la tesi dell'illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto risale ancora una volta a M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss., spec. pp. 8-9, il quale, tuttavia, la argomenta sulla base della ritenuta funzione retributiva della pena, sul presupposto che la punizione di un fatto non ancora pericoloso (in concreto) per il bene tutelato si tradurrebbe nella repressione di una mera manifestazione di pericolosità, sicché essa svolgerebbe una «funzione puramente e semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi, e nei

innanzitutto dalla necessità di un «equilibrio» tra «il momento logico ed ineliminabile» della funzione retributiva e quello, sancito dall'art. 27, co. III Cost., rieducativo della pena; confermata, poi, dal riferimento all'art. 27 co. I, sotto il profilo del divieto di strumentalizzazione dell'uomo per fini di politica criminale, dallo spirito democratico della Costituzione, dalla sua radicale contrapposizione ideologica al totalitarismo e alle sue aberranti ricostruzioni teoriche; e convalidata, infine, dai principi di tolleranza ideologica, di tutela delle minoranze e di protezione della persona. Tutto ciò, infatti, impone che reato possa essere considerato esclusivamente un fatto offensivo dell'interesse tutelato, elevandosi così al grado più alto nel sistema delle fonti la concezione realistica del reato, in una logica di totale complementarietà rispetto alla problematica dell'oggetto della tutela. Tale principio, infatti, opera un necessario controllo strutturale su quel concetto sostanziale di reato, assicurando che il legame tra la condotta e quel bene giuridico – già 'pensato come punto fisso' in quanto individuato nella sua rilevanza e dimensione costituzionale – non si spinga oltre la soglia del pericolo concreto, superata la quale non vi sarebbe più offesa, ma soltanto disobbedienza o pericolosità sociale³⁵⁰. La connessione tra la necessaria rilevanza costituzionale dell'oggetto della tutela e il principio di offensività consente così all'idea del reato come offesa di un bene di superare la contraddizione in cui – come si è tentato di dimostrare – essa cadeva, «cercando all'interno del perimetro di tipicità della norma il punto cardinale che, al tempo stesso, avrebbe dovuto guidarne la circoscrizione»³⁵¹.

Non è questa la sede in cui poter vagliare a fondo le innumerevoli conseguenze della costituzionalizzazione del principio di offensività e dell'individuazione della soglia massima di anticipazione della tutela nel pericolo concreto³⁵²: riservandoci di ritornare su alcuni aspetti di tale problematica in una successiva parte del presente lavoro, ci limitiamo

confronti dell'agente», sicché «non si punirebbe il fatto bensì l'autore». Per una diversa argomentazione che, nel radicale rigetto di ogni possibile funzione retributiva, e muovendo, invece, dall'idea della pena come integrazione sociale, sostiene la costituzionalizzazione del principio di offensività e l'illegittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto (non concreto), MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185 ss.; CAVALIÈRE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 154 ss. Peraltro, pur in assenza di espressi riferimenti costituzionali, si mostrava fortemente critico nei confronti dei reati di pericolo presunto, poiché in essi «resta compromesso il concetto stesso di reato come reale aggressione al bene giuridico», già SANTAMARIA, voce *Evento*, cit., p. 133.

³⁵⁰ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 83.

³⁵¹ Così, ancora, MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 51.

³⁵² A titolo meramente esemplificativo basti pensare alla problematica dei delitti di attentato e, più in generale, a tutte le fattispecie a dolo specifico con condotta neutra (cfr., *infra*, cap. IV), ai c.d. reati di sospetto, alle fattispecie associative etc.

per ora a segnalare quanto di diretto interesse in relazione alla problematica generale del bene giuridico nell'orientamento costituzionalistico 'forte', concludendo sul punto.

In primo luogo, è opportuno sottolineare l'indissolubile legame che, in tale prospettiva, unisce l'idea del necessario riconoscimento costituzionale del bene e il principio di offensività quale strumento di controllo strutturale sulla fattispecie: come si è visto, tale legame è, infatti, se non sconosciuto, quanto meno particolarmente timido o solo abbozzato nelle elaborazioni tedesche sul tema. A rigore, infatti, il *Rechtsgütsprinzip* richiede esclusivamente l'individuazione di un bene giuridico legittimamente tutelabile, ma non necessariamente – o comunque non così radicalmente – anche un particolare legame, in termini di pericolo concreto, tra condotta e bene giuridico, che invece può – in ipotesi – anche essere remotissimo e rimanere esclusivamente sullo sfondo: non a caso, la problematica della legittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto (e simili) non è vagliata, in dottrina, sotto il profilo dell'offensività – concettualmente sconosciuta – bensì, oltre che, ovviamente sulla base del *Rechtsgüterschutzprinzip*, soprattutto in relazione allo *Schuldprinzip*³⁵³. Come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, soltanto negli ultimi anni la consapevolezza della necessaria complementarietà tra teoria del bene giuridico e problematiche relative alla struttura della fattispecie, soprattutto in relazione ai beni giuridici diffusi e collettivi, pare essere stata più profondamente raggiunta anche nell'ambito della dottrina tedesca.

In secondo luogo, è proprio la connessione tra oggetto e tecniche della tutela che differenzia la teoria di cui si discute dalle sue 'versioni deboli', che, non richiedendo la rilevanza costituzionale del bene, rischiano, tuttavia, di incorrere – come si vedrà – nella medesima contraddizione e circolarità in cui si imbatte una concezione realistica che pretenda di desumere esclusivamente dal perimetro della fattispecie la fisionomia e la struttura del bene tutelato.

Infine, la compenetrazione indissolubile tra questi due aspetti fa sì che tale costrutto non esaurisca la sua rilevanza in rapporto alla problematica della selezione degli oggetti e delle tecniche di tutela penale, ma – come tenteremo di dimostrare più a fondo in seguito – rappresenta una sorta di *condicio sine qua non* per la realizzazione di ulteriori imprescindibili garanzie costituzionali³⁵⁴, quali la legalità, la personalità della

³⁵³ Per uno sguardo di sintesi cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 426 ss.

³⁵⁴ Sul punto cfr. pure MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 52.

responsabilità penale, la funzione rieducativa della pena e la sussidiarietà della tutela penale³⁵⁵.

³⁵⁵ Sul punto cfr. soprattutto BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 189 ss.; *amplius*, ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 3 ss.

4. Dal modello costituzionalistico ‘forte’ a quello ‘debole’: la Costituzione come mero limite delle scelte di incriminazione

Com'è noto, l'idea del necessario fondamento costituzionale dei beni giuridici penalmente tutelabili, «geniale premessa»³⁵⁶ e pietra angolare del modello costituzionalistico ‘forte’, non ha riscontrato particolare entusiasmo neppure in quella parte della dottrina italiana più sensibile all'esigenza di una piena attuazione dei principi costituzionali in materia penale e all'elaborazione di una sistematica teleologica; eccettuata qualche pur autorevole voce³⁵⁷, essa è, anzi, andata ben presto incontro ad un profondo scetticismo³⁵⁸.

³⁵⁶ Così PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 74.

³⁵⁷ Non particolarmente numerosi, invero, sono stati i tentativi di una specificazione o concretizzazione del ‘progetto bricoliano’; tra questi, per primi, senz'altro MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 118 ss., che insiste sulla funzione selettiva, in ordine ai ‘valori’ penalmente tutelabili, dell'art. 27 co. III Cost., che limiterebbe ulteriormente la tutela penale, tra i valori di rilievo costituzionale, a quei soli beni che incarnano «le forme minime della vita in comune» (*ivi*, p. 125); ma v. pure più di recente ID., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 60 ss. (diversamente, però, nel lavoro a quattro mani, FIANDACA e MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., p. 39); un compiuto tentativo di concretizzazione dell'idea di Bricola è quello di ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 152 ss., spec. p. 167 ss., il quale si mostra ancor più restrittivo, dal momento che, intendendo il criterio della proporzionalità in senso ‘rigido’, considera tutelabili con pena detentiva, oltre al «bene fondamentale», soltanto i «beni primari», laddove a tutela dei «beni secondari» sarebbe legittima esclusivamente una pena pecuniaria (v. pure, per una sintesi, ID., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 59 ss.); almeno in via tendenziale MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale. Le alternative di tutela*, Padova, 1989, p. 63 ss.; ID., *Diritto penale e Costituzione*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. I, a cura di A. Cadoppi – S. Canestrari – M. Papa – A. Manna, Torino, 2012, p. 82 ss.; pur ponendo l'accento maggiormente sull'aspetto personalistico-funzionale piuttosto che sul riferimento costituzionale, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 62 ss.; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 175 ss. (ma, come si vedrà, le due prospettive sono tutt'altro che divergenti); ribadisce la necessaria rilevanza costituzionale dell'oggetto della tutela, pur sottolineando la necessità di un suo affinamento mediante ulteriori parametri costituzionali di selezione, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., *passim* e spec. pp. 133 ss., 147 ss.; benché in modo più ‘sfumato’, un necessario fondamento costituzionale è richiesto pure da MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 129 ss., 156 ss.; VALENTI, *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004, *passim* e p. 53 ss. La tesi della necessaria rilevanza costituzionale dei beni giuridici penalmente tutelabili, congiuntamente alla necessità di un accertamento giudiziale in concreto dell'offesa, è stata oggetto di un tentativo di costituzionalizzazione espressa all'art. 129 del progetto di riforma costituzionale redatto dalla c.d. Commissione bicamerale, come noto poi ‘naufragato’; sul punto, per tutti, DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale» prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Crit. dir.*, p. 95 ss.; benché con esiti diversi, il criterio della rilevanza costituzionale del bene tutelato è preso in considerazione anche dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 dicembre 1983, pubblicata in G.U. n. 22 del 23 gennaio 1984.

³⁵⁸ Ben più numerose – benché variegata – sono le prese di posizione critiche; nell'ambito di una letteratura sterminata, ci limitiamo ai soli riferimenti bibliografici a nostro avviso imprescindibili:

A nostro avviso, peraltro, come si tenterà di mostrare, proprio l'indebolimento del postulato legame tra beni giuridici e Costituzione, e la conseguente 'flessibilizzazione' della (almeno apparente³⁵⁹) rigidità della tesi bricoliana, non soltanto ha comportato un

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, pp. 49 ss., spec. pp. 51-52; conformemente, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., p. 447 ss.; ID., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91 ss.; ID., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 864 ss., con posizione ribadita anche nelle ultime edizioni del suo diffusissimo manuale (*Diritto penale*, cit., p. 185 ss.); ampiamente, con posizione più volte ribadita nei suoi diversi scritti sul tema, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 137 ss.; ID., *L'eredità di Bricola*, cit., pp. 62-63; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim* e spec. p. 61 ss.; ma v. ora, per una parziale rivisitazione del precedente scetticismo, benché invero rispetto non tanto al bene giuridico, quanto soprattutto al principio di offensività, ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 1 ss., spec. p. 16 ss., ove l'Autore gli riconosce un carattere «dimostrativo» e non più meramente «argomentativo» o di «indirizzo politico» o «ibrido», come invece aveva fatto in precedenza, ad es., in *Ragioni e limiti*, cit., 1 ss. e ancor prima in *Teoria del reato*, cit., pp. 1 ss., 38 ss., ove si concludeva in tal senso in ragione del loro mancato – o comunque parziale – recepimento 'da parte del sistema' (per una critica ad una siffatta inversione metodologica e a tale modo di concepire il 'sistema' e la teoria del reato cfr., limpidamente, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 135 ss.); FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 54-55, 57; ID., *Nessun reato senza offesa*, cit., pp. 115 ss., 122 ss.; ID., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 1 ss.; da ultimo, ancora ID., *Sul bene giuridico*, cit., p. 52 ss.; MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 19 ss., spec. p. 25; ma v. *amplius* MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001, p. 487 ss., spec. p. 496 ss.; ID., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.; ID., *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 804 ss., qui in senso critico soprattutto rispetto alla teoria personale del bene giuridico (ri)proposta da Hassemer e a quella del 'diritto penale minimo', avanzata da FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 493 ss.; ID., *Diritto e ragione*, cit., p. 325 ss.); PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 86 ss. (diversamente, però, in ID., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1-2); pur con variegata sfumature, si mostra critico in proposito pure PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 70 ss.; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., p. 453 ss.; ID., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 73 ss.; ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.; ID., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 142 ss., spec. pp. 144 ss.; ID., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, pp. 371 ss., 377-378; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 137-138, 155; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 659 ss., che peraltro non si sofferma sulla problematica dei beni, ma nega la costituzionalizzazione del principio sotto il profilo della necessaria presenza dell'offesa; più radicalmente, ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, p. 1687 ss.; ancora, più di recente, ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 791 ss. Per un'efficace sintesi generale delle diverse critiche e per la loro confutazione, v. comunque già lo stesso BRICOLA, sub *art. 25, co. II e III*, cit., p. 277 ss.; ID., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 207 ss.

³⁵⁹ Come si è visto nel capitolo precedente, infatti, il rapporto, postulato da Bricola, tra bene giuridico penalmente tutelabile e 'valore/bene/interesse' costituzionale era concepito anche nei termini della 'presupposizione' logica e della 'rilevanza implicita', oltre che dalla sua riconducibilità al novero dei «diritti inviolabili dell'uomo», che «la Repubblica riconosce e garantisce» ai sensi dell'art. 2 Cost.; cfr., sul punto, BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 213; ma v. pure ID., sub *art. 25 co. II e III*, cit., p. 229, in cui l'Autore – in una mutata temperie storica, politica e sociale – allargando ancor più le maglie del riferimento all'art. 2 Cost., afferma che «le esigenze più pressanti

sostanziale abbandono dell'ambizioso progetto di adeguamento del sistema penale ai nuovi valori e principi della Costituzione repubblicana, ma, ancor più incisivamente, ha segnato l'inizio di un lento e inesorabile declino del concetto stesso di bene giuridico³⁶⁰. Soprattutto negli ultimi anni, il disincanto maturato intorno alla sua idoneità ad orientare le scelte di politica criminale pare essersi sempre più accentuato, al punto che, sia nella dottrina tedesca che in quella italiana, qualcuno ne ha addirittura proposto e auspicato un superamento in favore di paradigmi alternativi di legittimazione (e, specularmente, di critica) del diritto penale³⁶¹.

di difesa sociale postulano una rivalutazione della difesa del cittadino-vittima della criminalità e pongono in primo piano l'art. 2 della Costituzione in funzione di limiti rispetto alla portata delle altre norme costituzionali in materia penale»

³⁶⁰ Cfr., sul punto, pure MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 71, secondo cui «la breccia aperta dalle critiche iniziali avrebbe minato alle fondamenta l'intero edificio della più originale, e coraggiosa, teorica del bene giuridico formulata in seno alla dottrina italiana». Al contempo, l'Autore segnala come proprio l'indebolimento del paradigma originario e del necessario ancoraggio costituzionale dell'oggetto della tutela abbia, in realtà, consentito al principio di offensività – pur in una rinnovata veste 'debole' o *flou* – di perpetuarsi, sino ad essere ormai riconosciuto in modo sostanzialmente unanime sia in dottrina sia nella giurisprudenza costituzionale.

³⁶¹ L'argomento è particolarmente serio e meriterebbe una ben più approfondita trattazione. In questa sede ci possiamo soltanto limitare a segnalare come sia questa, ad esempio, la prospettiva in cui si muovono alcuni contributi apparsi nella più recente letteratura italiana, fra cui, ad esempio, il citato lavoro di FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico?*, cit., *passim*, che propone la sua 'sostituzione' con l'*harm principle*, di origine anglosassone; ma nello stesso senso v. pure già FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., *passim* e spec. p. 145 ss.; CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, p. 83 ss.; in realtà, il fascino di diversi paradigmi concettuali ha investito per prima la dottrina tedesca, che, dopo anni di relativa e rassegnata quiete, si è impegnata nuovamente in uno stimolante dibattito sul bene giuridico e sul suo ruolo nella scienza penalistica contemporanea. Tale dibattito è confluito nella pubblicazione del più volte citato volume collettaneo *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* ('La teoria del bene giuridico. Fondamento di legittimazione del diritto penale o gioco dommatico di perle di vetro?'): come segnalato dai curatori nella *Prefazione* (*ivi*, p. 11 ss.), il volume raccoglie, infatti, le relazioni di un convegno da loro organizzato a Moritzburg nell'aprile del 2002, in ragione dell'interesse suscitato in parte della dottrina tedesca, da un lato, da una relazione tenuta da Andrew von Hirsch nella facoltà di Dresda nell'inverno del 2000, avente ad oggetto il rapporto tra il concetto di bene giuridico e l'*harm principle* di tradizione anglosassone; e, dall'altro, da tre articoli apparsi sul *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht* nel 2002 (pp. 2-28), che, invece, sollecitavano una rinnovata riflessione sulla persistente attualità del concetto di bene giuridico come strumento di giustificazione e di critica del diritto penale, prospettando una sua necessaria integrazione con la problematica della 'struttura del reato' (cfr. i riferimenti bibliografici citati *infra* cap. III, § 1.5.1.). Il dibattito si è poi ancor più intensificato in seguito ad una discutibile sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE, 120, 224 ss.; 26 febbraio 2008, 2 BvR 392/07), in cui il Tribunale ha (forse per la prima volta in modo esplicito) preso posizione (negativa) sulla teoria del bene giuridico; la sentenza è pubblicata anche in lingua italiana in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 2091 ss., con nota di DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, p. 2115 ss. Per un efficace quadro di sintesi sul dibattito sviluppatosi negli ultimi anni nella dottrina tedesca, e per alcuni spunti, come sempre, particolarmente illuminanti, ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., p. 573 ss.; ID., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, cit., p. 433 ss.; ma v. pure HEFENDEHL, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *GA*, 2007, 1

A ben vedere, però, un simile esito non sembra poter essere accolto. Nei due capitoli successivi tenteremo, infatti, di dimostrare l'irrinunciabilità e la 'praticabilità', anche nel diritto penale della contemporaneità, di un concetto costituzionalmente orientato di bene giuridico, che sia capace di coniugare effettività della tutela e garanzia dei diritti della persona³⁶². A tal fine, tuttavia, è necessario preliminarmente passare in rassegna le obiezioni cui, soprattutto nella dottrina italiana, è andata subito incontro l'idea di un necessario 'fondamento costituzionale' dei beni giuridici penalmente tutelabili.

ss. e SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, p. 37 ss.

³⁶² Sulla convergenza tra garanzie ed efficienza, invece presentati quasi sempre, nella rappresentazione dominante, come «termini, contrastanti, di una proposizione dialettica» cfr. le magistrali e sempre attuali riflessioni di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, p. 1 ss.; ma v. pure ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 25.

4.1. Breve cronaca di uno scetticismo diffuso: le critiche ‘classiche’ alla tesi della necessaria rilevanza costituzionale del bene giuridico

Una prima e più risalente critica avanzata nei confronti della teoria costituzionale del bene giuridico è stata quella secondo cui essa si sarebbe prestata a fondare ‘obblighi costituzionali di incriminazione’³⁶³, sulla scia di quanto era avvenuto in Germania, ove il Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) pur riconoscendo il principio di *extrema ratio*, aveva dichiarato incompatibile con la necessaria piena tutela del concepito – dedotta dal *Grundgesetz* – la c.d. ‘soluzione dei termini’, che il legislatore tedesco, analogamente a quello italiano, aveva adottato nel riformare la previgente e severa disciplina dell’interruzione volontaria della gravidanza da parte della donna³⁶⁴.

Ma l’obiezione prevalente è stata subito – e tuttora è – quella dell’incapacità di un concetto di bene giuridico costituzionalmente ricostruito di ‘stare al passo coi tempi’, di adattarsi ai bisogni reali emergenti dalla società: limitare l’ambito del penalmente rilevante alle sole offese a beni di rilevanza costituzionale significherebbe, infatti, non soltanto rinunciare alla tutela penale di beni rispetto ai quali la Carta costituzionale sarebbe del

³⁶³ Pur riconoscendo che non era affatto questa l’idea di Bricola, avanza questo timore, ad es., FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 115; l’Autore ribadisce la medesima posizione anche da ultimo (ID., *Sul bene giuridico*, cit., p. 62) e, pur negando che dall’idea della necessaria rilevanza costituzionale dei beni giuridici penalmente tutelabili debba necessariamente e logicamente discendere anche la necessità della loro tutela penale, ritiene che una siffatta possibile deduzione sarebbe pur sempre sostenibile, e «non sorprende»; v. pure PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., pp. 151 ss., 154 ss., spec. p. 158 ss.; ID., *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 111 ss.; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.; v. pure MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 506 ss.

³⁶⁴ Il riferimento è al 5. StrRG del 18 giugno 1974, intervenuto sui §§ dal 218 al 220 StGB; per la decisione della Corte tedesca cfr. *BVerfGE*, 39, 1 ss.; per un breve *excursus* critico e sulle ‘occasioni perdute’ dalla giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di bene giuridico cfr., per tutti, SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen*, cit., p. 142 ss.; invero, non pochi giudici italiani avevano sollevato analoghe questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto la scelta di decriminalizzazione operata con la legge n. 194/1978; cfr., sul punto, criticamente ancora PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 152 ss. Ma è comunque qui appena il caso di osservare che quelle ordinanze non erano certo motivate sulla base della teoria di Bricola; come nota in effetti lo stesso PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 152, analoghe questioni erano state sollevate già prima, come ad es. in relazione alla problematica dell’ordine scriminante, v. Corte cost., sent. n. 123/1972, in www.cortecostituzionale.it. Nella dottrina tedesca, sul c.d. *Untermaßverbot*, per tutti, ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 43-44, secondo cui «il bilanciamento tra interesse generale e libertà individuale, analogamente alla delimitazione dei diritti individuali di libertà contrastanti, è materia del legislatore», escludendo, così, obblighi generali di incriminazione; ma sul punto cfr. pure – un po’ meno radicalmente – HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., pp. 62-63.

tutto muta – come ad esempio la vita (*sic!*) – ma anche di un ampio novero di beni che oggi la sensibilità sociale considera fondamentali, la cui rilevanza, tuttavia, non era nota ai tempi in cui essa fu redatta, come ad esempio l’ambiente³⁶⁵. Considerare il legislatore vincolato alla tutela dei soli beni di rilievo costituzionale significherebbe, allora, rinchiudere la legislazione penale in un’insopportabile «gabbia»³⁶⁶, laddove soprattutto la necessità di fronteggiare la sempre mutevole realtà sociale, rispondendo alle esigenze di tutela via via da essa emergenti, imprimerebbe alla politica criminale un irrinunciabile «dinamismo»³⁶⁷, uno spirito più ‘pragmatico’³⁶⁸, e dunque specularmente imporrebbe alla teoria la ricostruzione di un concetto di bene giuridico – e di un principio di offensività

³⁶⁵ Così, ad esempio, PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71; in senso sostanzialmente analogo, v. pure DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 137. Anche a voler tacere ogni perplessità circa l’inversione logica che una simile affermazione comporta, a nostro sommo avviso non vi è alcun dubbio che la vita e l’ambiente siano beni giuridici di indubbia e significativa rilevanza costituzionale. Quanto alla prima, perché essa coincide con l’esistenza umana, che è ovviamente il senso e il fine dell’intero ordinamento e del diritto stesso, e se proprio si vuole argomentare muovendo da specifiche disposizioni costituzionali, perché è ovviamente un diritto inviolabile della persona *ex art. 2 Cost.* e il sicuro e ovvio presupposto del bene libertà personale, dichiarato inviolabile dall’art. 13 Cost., e pertanto non certo ricavabile (in modo invero alquanto bizantino) solo dal divieto della pena di morte, come pure autorevole dottrina ha (provocatoriamente?) sostenuto (il riferimento è a PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Introduzione ai principi*, cit., p. 145); quanto al secondo, tenteremo nel cap. IV di dimostrare la sua rilevanza costituzionale.

³⁶⁶ In tal senso PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 70 ss.; ID., *Introduzione ai principi*, cit., p. 145; analogamente, FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 119.

³⁶⁷ Così ancora PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71; ID., *Introduzione ai principi*, cit., p. 144; una critica analoga è mossa pure da DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 146, che peraltro fonda il rigetto della tesi in esame (ma, *in radice*, ed almeno in parte, del concetto stesso di bene giuridico) sull’argomento secondo cui «esistono incriminazioni legittime che non tutelano ‘beni’ come oggetto di un’aggressione lesiva...esterni al comportamento tipico e distinti dal mero giudizio...di intollerabilità a causa dell’inosservanza di regole prescritte per scopi di pubblico interesse» (sulla tutela penale di funzioni cfr. *amplius*, *infra*, cap. III). Già BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 212, tuttavia, indicava simili argomenti (ma in quel caso in relazione al presunto bene della ‘fede pubblica’) come frutto di un’inaccettabile *Inversionsmethode*.

³⁶⁸ Ci sia consentito osservare come un’opzione di tipo ‘pragmatista’ appaia sottesa alle recenti osservazioni di FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 54, il quale osserva come – se pure esistesse davvero in Costituzione – «l’ordine gerarchico risulta quasi sempre relativo e condizionato, nel senso che è contingentemente influenzato dalle specifiche tipologie di conflitto che vengono in rilievo di volta in volta in rapporto alle varie situazioni della vita bisognose di disciplina: da qui, il ruolo decisivo esercitato...dalla specificità dei problemi e delle connesse costellazioni di casi da affrontare», quasi che le esigenze della società – dell’economia, della produzione, del mercato del lavoro – possano sovvertire l’ordine costituzionale dei beni e le opzioni di valore ad essi sottese! A nostro sommo avviso è chiara qui, attraverso il riferimento a un non meglio identificato ‘profilo pratico’ (l’espressione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 191), l’induzione del dover essere dall’essere, sulla base di una sorta di *Vorverständnis* dei beni meritevoli di tutela; sulla critica al «pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento ideologico», esemplarmente, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 25.

– di tipo ‘relativistico’³⁶⁹ o duttile. Vi è addirittura chi, sostenendo la necessità di rifuggire da «acritiche enfattizzazioni e intemperanti invocazioni di moda»³⁷⁰ e da un «illuminismo astratto, fuori dal tempo e dallo spazio»³⁷¹, di aderire al «principio di realtà»³⁷², giunge a sostenere la necessità di una simile flessibilizzazione (o derogabilità) alla luce del rilievo per cui «i più sono sensibili...innanzitutto alle tante quotidiane prevaricazioni, che incidono sulla qualità della vita (es.: alla piaga dei furti domiciliari, degli scippi, dei borseggi nei mezzi pubblici di trasporto, delle ingiurie e maleducazioni stradali, dei fracassoni disturbatori del riposo e della quiete, ecc.) e che ai prevaricati deve essere data la possibilità di sentirsi tutelati, anche col solo minacciare il prevaricatore di denuncia o querela»³⁷³.

Sul versante opposto, non è neppure mancato chi, al contrario, ha considerato eccessivamente ampia (e, dunque, insostenibilmente vaga) quella teoria, in quanto incapace di selezionare, tra i diversi, eterogenei e comunque numerosi ‘beni’, ‘valori’ e ‘interessi’ menzionati nella Costituzione, quelli penalmente tutelabili³⁷⁴. Sotto questo profilo, le obiezioni vengono mosse soprattutto all’apertura verso i beni ‘impliciti’, i beni ‘presupposto’ e a quelli ricavabili in via ermeneutica dall’art. 2 Cost., inteso come ‘norma a struttura aperta’³⁷⁵. Una simile estensione, infatti, finirebbe col privare il riferimento

³⁶⁹ Così F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., p. 96: «...l'impostazione costituzionalistica...dell'oggettività giuridico-penale va intesa nel suo connaturale e realistico *relativismo*»; ID., *Diritto penale*, cit., pp. 188-189.

³⁷⁰ Così F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., p. 96.

³⁷¹ Così, ancora, F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 97, benché in riferimento al principio di sussidiarietà.

³⁷² F. MANTOVANI, *Il vero "diritto penale minimo"*, cit., p. 864.

³⁷³ Così, testualmente, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., p. 97; in senso analogo, ID., *Diritto penale*, cit., pp. 191-192, ove si citano, tra i beni non costituzionalmente rilevanti, ma non costituzionalmente incompatibili, «a favore dei quali cresce...la propensione della pubblica opinione», ad esempio, la pietà per i defunti, i diritti degli animali, la riservatezza personale, i beni ambientali, il patrimonio urbanistico, lo sport...L'Autore giunge poi persino ad affermare, ad ulteriore sostegno delle sue argomentazioni, ma invero in un'ottica a nostro sommo avviso radicalmente eticizzante, che «la tutela diretta dell'animale nel suo *'diritto alla non sofferenza'*...eleva la dignità umana, perché la riduzione dell'immensa crudeltà umana verso gli animali...attenuando la crudeltà complessiva del mondo, se non rende l'animale più uomo, rende l'uomo meno animale e migliore la Terra», *ivi*, p. 192. Ma sui rischi di strumentalizzazione della c.d. opinione pubblica, che sempre più diviene, invece, una «media attuariale delle emozioni private» (così, magistralmente, MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 22), appaiono sempre istruttive le belle pagine di PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss., spec. pp. 870 ss., 897 ss.; v. pure, da altra angolazione, ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss. e ancora MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 20 ss.

³⁷⁴ Così, ad esempio, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 86.

³⁷⁵ Cfr., da ultimo, FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 60, che considera quel riferimento un «rimedio al tempo stesso rischioso e illusorio».

costituzionale di qualsivoglia efficacia selettiva, poiché davvero pochi sarebbero i beni non tutelati, nemmeno implicitamente o per presupposizione logica, dalla Carta costituzionale³⁷⁶; ed in questo modo si accorcerebbero enormemente le distanze con l'opposta (e prevalente) tesi, che considera legittimamente tutelabili tutti i beni «non incompatibili» con la Carta costituzionale³⁷⁷, che «non contrastano o favoriscono la conservazione e lo sviluppo della persona umana»³⁷⁸. Oltretutto – si afferma ancora – tra i «diritti inviolabili» riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. vi sarebbe anche un «diritto di libertà dal crimine»³⁷⁹, che fonderebbe la necessità di prevenzione generale rispetto alle offese ad alcuni beni primari – individuali, collettivi, istituzionali, ma anche di beni strumentali e *tout court* a beni-funzione³⁸⁰ – necessari alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, considerato nella sua dimensione individuale e sociale.

Ma lo scetticismo della dottrina maggioritaria relativamente ad un programma politico-criminale vincolato in modo 'forte' alla Costituzione, quanto a beni tutelabili e a tecniche ammissibili, pare per lo più riguardare anche la difficoltà di specificare con la dovuta precisione e con un grado sufficiente di vincolatività i parametri alla luce dei quali determinare la rilevanza costituzionale e il rango gerarchico del bene tra quelli parimenti tutelati dalla Carta³⁸¹: quest'ultima, infatti, non essendo un «catalogo di beni preconfezionati»³⁸² o una «vetrinetta»³⁸³, non sarebbe in grado di offrire «soluzioni

³⁷⁶ Cfr. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 53-54, 57-58; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71; ma sull'ampliamento determinato dai beni presupposto e dai beni impliciti si esprime in termini scettici anche un alfiere della tesi della necessaria rilevanza costituzionale come ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi*, cit., p. 88 ss., secondo cui «...si accorcia assai la distanza fra la tesi che vuole tutelabili con sanzione penale solo i beni espressi nella costituzione, e la tesi che ritiene sufficiente per la medesima tutela l'esistenza di un bene non incompatibile con i dettati costituzionali» (*ivi*, p. 93), sicché «la distinzione...è risultata alla fine più sfumata di quanto apparisse a prima vista, e la sua portata selettiva molto limitata, perché pochi sono i beni di cui possa affermarsi che non siano richiamati dalla costituzione almeno implicitamente» (*ivi*, p. 94; v. pure ID., *Contenuto e funzioni*, cit., p. 202); in senso scettico circa la reale efficacia selettiva del riferimento ai 'beni impliciti' pure PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

³⁷⁷ Questa la tesi prevalente in dottrina, sostenuta *in primis* autorevolmente da NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 49 ss. e poi ulteriormente sviluppata da F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, cit., 449 ss.; da ultimo, ancora in ID., *Diritto penale*, cit., p. 185 ss., spec. p. 192 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici cfr., *supra*, nota 1.

³⁷⁸ F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., p. 95.

³⁷⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 189.

³⁸⁰ Ancora F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, pp. 191-192.

³⁸¹ Cfr. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 55; DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., 39. Sottolinea, invece, la possibilità di rinvenire nella Costituzione una «tavola ordinata di beni», BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 210.

³⁸² Così ancora PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 461.

³⁸³ D'altronde, che la Costituzione, non sia una 'vetrinetta' di valori, lo sottolinea, proprio in polemica con siffatte critiche, lo stesso BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 33, il

magiche»³⁸⁴. A ben vedere, ad una siffatta critica è sotteso il più generale rigetto della tesi che ritiene di poter individuare nella Costituzione una *objektive Wertordnung*³⁸⁵, considerandola, invece, nient'altro che un insieme di «direttive programmatiche di tutela potenzialmente vincolanti»³⁸⁶ o un 'patto' capace di porre esclusivamente specifici e puntuali limiti negativi ai più diversi programmi politici possibili (e tutti legittimi); in altre parole, la Costituzione sarebbe non sarebbe affatto un 'edificio chiuso, una casa', ma al contrario un 'foro' aperto nel tempo e alla libera discussione politica, poiché «non tutto è deciso e vincolato in rigide tavole di valori»³⁸⁷; ché altrimenti, per il legislatore e l'interprete, «il compito da svolgere sarebbe una sorta di teologia applicata», così

quale chiarisce che «l'ancoraggio della tutela penale a valori costituzionali non significa affatto che questi siano sistemati in bella mostra nella vetrinetta della Costituzione», dovendosi, in sede di interpretazione, chiarire e portare alla luce la gerarchia tra i beni; in senso del tutto analogo v. pure già C. FIORE, *I reati di opinione*, Paodva, 1972, p. 90, che sottolinea come «la Costituzione non è un prontuario di 'valori', allineati a caso, l'uno dopo l'altro».

³⁸⁴ Così F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa*, cit., p. 96; ma sulla – per così dire – 'natura non magica' del concetto di bene giuridico v. già ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción polímicriminal del Proyecto Alternativo*, cit., pp. 46-47.

³⁸⁵ In questo senso soprattutto PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 158 ss., con richiami anche di autorevole dottrina costituzionalistica tedesca; ma v. pure più di recente FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 53, ove tale concezione della Carta costituzionale viene definita «alquanto irenista, se non proprio ingenua»; criticamente, su tali obiezioni, lo stesso BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 201 ss.

³⁸⁶ FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 65.

³⁸⁷ In questo senso ancora PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 159, che trae la metafora da un lavoro di SEIFERT, *Haus oder Forum. Wertsystem oder offene Verfassung*, in *Stichworte zur geistigen Situation der Zeit*, a cura di J. Habermas, Frankfurt a. M., I, 1979, p. 372 ss.; in senso analogo, ancora da ultimo, PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 671; l'Autore richiama a sostegno di tale idea anche la recente (e ormai celebre) sentenza della Corte cost. n. 85/2013, in cui si afferma (punto 9 del *Considerato in diritto*), a proposito del bilanciamento, che «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Tuttavia, a nostro sommesso avviso, da tale sentenza sembra emergere un principio opposto rispetto a quello trattato dall'illustre Autore; infatti, lungi dall'escludere l'idea che la Costituzione possa essere letta come un 'ordine di valori', essa – nel riferirsi ad interessi di rango costituzionale e, appunto, a 'valori' – ribadisce al contrario il principio – in qualche modo consequenziale all'idea della Costituzione *objektive Wertordnung* – secondo cui il sacrificio di un bene di rilievo costituzionale non può essere giustificato in ragione della tutela di un diritto/interesse/bene quale che sia, ma soltanto di un altro diritto/interesse/bene pure di rilievo costituzionale; e, inoltre, che il bilanciamento tra tali diritti/interessi/beni è certamente rimesso alla discrezionalità del legislatore, ma alla Corte costituzionale, quale garante del rispetto della Carta fondamentale, è attribuita una fondamentale funzione di controllo sulla correttezza di tale bilanciamento, finalizzato ad assicurare il rispetto del 'nucleo essenziale' di ciascun diritto/interesse/bene costituzionale in gioco.

sacrificando oltremodo «l'uso critico delle libertà politiche»³⁸⁸. L'orientamento costituzionalistico 'forte', nonostante il suo «alto valore storico» e la sua «ineccepibilità concettuale», finirebbe, in quest'ottica, per estraniare il diritto penale dalla sua naturale sfera politica e dal gioco democratico, definitivamente «pietrificandolo»³⁸⁹. Pertanto, non bisognerebbe più insistere sul ruolo «assiologico del bene giuridico, sovraccaricandolo...di una funzione normativo-cogente nei confronti della discrezionalità legislativa, come è in sostanza capitato con alcune espressioni della teoria costituzionale del bene giuridico ovvero con la teoria del c.d. diritto penale minimo»³⁹⁰.

Oltretutto – si aggiunge – a differenza di altri principi costituzionali – come quello, 'formale', di legalità³⁹¹ – il principio di offensività, nel suo collegamento con l'idea della necessaria rilevanza costituzionale del bene tutelato, attesa la sua matrice sostanzialistico-contenutistica, vivrebbe in una dimensione fortemente 'politica', che lo renderebbe irriducibile interamente al metodo scientifico, se non al costo di far cadere la scienza giuridica in un inaccettabile «normativismo integrale»³⁹². La matrice politica del principio ne imporrebbe, dunque, una flessibilizzazione, onde evitare che esso assurga ad una sorta

³⁸⁸ Così ancora PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 159; in senso analogamente critico, discorre di «diritto naturale positivizzato» FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 64.

³⁸⁹ PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 368.

³⁹⁰ Così PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 462; in senso analogo v. anche DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., p. 32.

³⁹¹ Discutibile sembra, peraltro, che la funzione di garanzia del principio di legalità si esaurisca in una dimensione puramente formale, attesa la necessaria ricaduta 'contenutistica', ad esempio, della necessaria determinatezza e tassatività del precetto penale.

³⁹² Sul punto DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, p. 81 ss., secondo cui il 'normativismo integrale' costituirebbe un «vizio d'origine» della scienza giuridica (non soltanto penalistica), e consisterebbe nella «riduzione del diritto a sola norma, fosse anche, in ultima istanza, la norma costituzionale, che conduce non soltanto ad un «tecnicismo giuridico estremo», ma anche ad un «diritto costituito di soli principi costituzionali (costituzionalismo estremo), laddove il diritto dovrebbe essere considerato «unitariamente, come norma, decisione e istituzione», nella costruzione di un sistema di regole e principi cui concorrono diverse fonti, di diverso rango, e diversi soggetti istituzionali; il riferimento non è, tuttavia, in questo caso direttamente alla concezione costituzionale di bene giuridico, ma in generale al 'costituzionalismo penale'.

di «principio tiranno»³⁹³; d'altro canto, ciò non dovrebbe stupire, in quanto si tratterebbe soltanto di un principio «argomentativo», o di mero «indirizzo politico»³⁹⁴.

Invero, la vigorosa (e più o meno esplicita) riaffermazione della discrezionalità politica del legislatore nella selezione degli oggetti della tutela penale è accompagnata per lo più dal timore di un'eccessiva «politicizzazione» della Corte costituzionale³⁹⁵, inaccettabile alla luce del «principio della divisione dei poteri tipico di una democrazia liberale», ed oltretutto normativamente esclusa dall'art. 28 della l. n. 87/1953³⁹⁶. L'applicazione rigida del modello costituzionalistico 'forte' comporterebbe, in tale prospettiva, delle inaccettabili «incursioni» della Corte in uno spazio di discrezionalità politica rigorosamente riservato al legislatore, col rischio di una lesione del principio democratico³⁹⁷.

³⁹³ In questo senso, sulla scia della nota tesi di Carl Schmitt, ancora DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 38 ss., ma non soltanto in relazione al bene giuridico e all'offensività; ID., *Ragioni e limiti*, cit., p. adesivamente FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, cit., p. 4.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 189, secondo cui anche per il principio di offensività varrebbe la regola per cui «la 'razionalità' dei principi» dovrebbe «contemperarsi talora – per non divenire 'tirannide' – con la 'necessità' della prevenzione delle offese ai beni giuridico-penalì».

³⁹⁴ Sulla distinzione, mutuata da Dworkin, tra «regole» e «principi» e, nell'ambito di questi ultimi, tra «principi di indirizzo politico» e «principi argomentativi», v. ampiamente DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 25 ss.; v. pure ID., *Ragioni e limiti*, cit., pp. 34-35., il quale però pare operare – ci sia consentito – una sorta di inversione metodologica, in quanto deduce la natura di mero indirizzo politico del principio di offensività dalla circostanza che esso non è mai stato utilizzato dalla Corte costituzionale come parametro autonomo e diretto di legittimità; ma v., da ultimo, ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 15 ss., ove si registra un mutamento di opinione dell'Autore, fondato proprio sulla circostanza dell'accoglimento del principio – in chiave direttamente argomentativa – da parte della Corte costituzionale. Sulla relativizzazione del principio di offensività sotto il profilo delle tecniche di tutela e del grado della sua anticipazione cfr., *infra*, cap. III.

³⁹⁵ Così FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, cit., p. 1 ss.; ID., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 52; preoccupazioni analoghe sono avanzate da DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., pp. 42-44, da PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, cit., p. 120 e da PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71, specialmente in ID., *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 350 ss., 352 ss., sul presupposto di una certa ineliminabile tensione – non soltanto nel diritto penale – nei contemporanei stati costituzionali, tra 'democrazia' e 'garanzia', che proprio nel principio di offensività troverebbe il suo culmine, in quanto trattasi di parametro in realtà non costituzionalmente predefinito nella sua esatta portata, ma di volta in volta necessariamente determinato dalla Corte (*ivi*, p. 352).

³⁹⁶ «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

³⁹⁷ In tale ottica, si è addirittura avanzato l'auspicio di «disciplinare con legge costituzionale, un nuovo modello di Corte, la relativa composizione e gli annessi poteri istruttori», poiché «...la gestione ermeneutica di quei principi non può operare con stili di aristocrazia penale, non può contare sulla competenza indiscussa e indiscutibile di un'oligarchia di meri 'esperti di valori' eletti ogni tanto dal Parlamento o nominati dal Presidente della Repubblica»; così DONINI, *Ragioni e limiti*, pp. 44-45; sulla pretesa 'aristocraticità' della scienza penalistica, che tende a rifiutare un reale confronto 'democratico' ed una valutazione di conformità empirica delle proprie soluzioni, invece argomentate soltanto sulla base di 'valori' e 'scopi', ma non anche di 'conseguenze', v. *amplius*, tra i numerosi lavori dell'Autore

In definitiva, al di là delle singole (e più o meno aspre) prese di posizione, la prevalente dottrina italiana, pur ribadendo il necessario ‘orientamento’ alla Costituzione nella selezione degli oggetti di tutela penale, ne ha tuttavia ridimensionato la portata, esprimendo un profondo scetticismo a proposito non soltanto della correttezza teorica, ma anche della realizzabilità pratica, della tesi del necessario fondamento costituzionale dei beni giuridici penalmente tutelabili. A prevalere è stata, invece, l’idea secondo cui il legislatore ordinario godrebbe della più ampia discrezionalità nella selezione dei beni giuridici, con il solo limite – ovviamente! – costituito dal divieto di tutelare beni costituzionalmente incompatibili e, specularmente, di incriminare condotte che coincidano con l’esercizio di diritti e libertà costituzionalmente sanciti³⁹⁸. Inoltre, come meglio si vedrà nel prosieguo, un tale ridimensionamento si accompagna per lo più al rilievo per cui, proprio la ‘necessità’ di tutelare quei beni – il più delle volte superindividuali, ‘ad ampio spettro’ e ‘sfuggenti’ nella loro concreta fisionomia – imporrebbe molto spesso un’astrazione dell’offesa e un’anticipazione della tutela che vanno ben oltre la soglia limite del pericolo concreto, talvolta mediante la (più o meno esplicita) individuazione di oggettività giuridiche ‘mediate’ o strumentali.

Sicché, il concetto di bene giuridico diviene un’entità astratta e sfuggente, e ciò che conta, da tale angolo visuale, non è tanto la sua afferrabilità o definibilità mediante criteri normativi il più possibile precisi, bensì la tecnica di tutela di volta in volta adottata. Si afferma, in altre parole, che «il catalogo degli oggetti suscettibili di tutela immediata viene esteso, in nome della tutela mediata di beni (diciamo) primari; il che equivale a spostare in avanti la soglia di tutela di questi ultimi. Un sistema strutturato di oggetti e di piani di tutela prende corpo attorno all’idea del ‘pericolo’; strutturato non tanto in termini di

in tal senso, ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., pp. 81 ss., 91 ss., con ulteriori riferimenti critici sia all’impostazione di Bricola che a quella di Roxin (spec. *ivi*, p. 102 ss.). Pur prescindendo da tale questione, sia qui soltanto consentito osservare che, lungi dal comportarne un’inammissibile ‘politicizzazione’, il necessario riferimento alla rilevanza costituzionale del bene tutelato è, tra l’altro, in grado di assicurare che il controllo di ragionevolezza della Corte costituzionale non sconfini nell’arbitrio, ma sia, al contrario, normativamente guidato.

³⁹⁸ Si tratta, in particolare, delle posizioni subito assunte da NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., pp. 49 ss., 51 ss. e da F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 447 ss.; ID., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91 ss.; ancora, più di recente, ID., *Diritto penale*, cit., p. 185 ss.; ma v. pure ancora PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 161 ss.; per un ampio approfondimento e una concretizzazione di tale prospettiva, v. MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 488 ss., ove si espongono accuratamente i «divieti costituzionali di incriminazione» derivanti dalle libertà (civili, politiche etc.), dai diritti e dai principi costituzionalmente sanciti.

gerarchia di valori, quanto di connessioni empiriche e funzionali. Una volta riconosciute queste connessioni l'attribuzione della dignità di bene giuridico si direbbe questione di gusto o di coerenza di scelte definitorie: ciò che conta è il nesso che unisce la definizione degli oggetti alle tecniche o livelli della tutela. La questione del catalogo dei beni giuridici ne risulta sdrammatizzata; mentre il fuoco della problematica si sposta sulla teoria dei reati di pericolo, id est sulla soglia ammissibile della tutela di beni, quali ch'essi siano»³⁹⁹.

Si afferma, in quest'ottica, che «il modo di disciplina penalistico è governato dalla semplice riserva di legge (art. 25 Cost.): una garanzia strutturale, non contenutistica, incentrata sulla responsabilità del legislatore nella scelta degli oggetti e delle tecniche di tutela»⁴⁰⁰. E, così, davvero inquietante (quasi un epitaffio!) suona la conclusione: «Un diritto penale del bene giuridico può essere perciò liberale sul piano della struttura del reato, ma illiberale nei suoi contenuti»⁴⁰¹.

Ma, così affermando, si è davvero lontani dal ritorno ad un'epoca precedente al costituzionalismo contemporaneo, in cui – come polemicamente si osservava – «il Parlamento può fare tutto, tranne che trasformare una donna in uomo e un uomo in donna»⁴⁰²?

³⁹⁹ Così PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 165; l'assunto viene ribadito dall'Autore anche da ultimo, ID., voce *Offensività del reato*, cit., p. 672; ma sull'indissolubile interdipendenza tra beni e tecniche di tutela cfr. *infra* cap. III.

⁴⁰⁰ In questo senso PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 162.

⁴⁰¹ Così MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 521.

⁴⁰² Questa, polemicamente contro il sistema anglosassone, la celebre ed icastica critica di Jean Louis de Lolme.

4.2. “Che vi sia, ciascun lo dice; cosa sia, nessun lo sa”: il bene giuridico come araba fenice nella babele delle sue definizioni

Se una simile conclusione appare accettabile lo vedremo nel capitolo seguente, ove tenteremo di dimostrare come il rigetto dell'idea di un necessario 'ancoraggio' costituzionale degli oggetti della tutela penale e della sottesa necessità di una verifica 'positiva' circa la loro 'dignità' di beni giuridici sottenda, in realtà, anche una sostanziale rinuncia ad un controllo effettivo sulle scelte di incriminazione; in quella sede analizzeremo, più specificamente, l'inaccettabilità degli esiti di uno svilimento del ruolo del bene giuridico – e del suo referente di valore costituzionale – sul 'volto costituzionale' del reato e sulla tenuta di fondamentali principi della nostra Costituzione. Come si vedrà, infatti, soprattutto con riferimento ai 'beni' superindividuali, dall'allentamento del necessario riferimento ad un valore costituzionale e dal superamento del paradigma del diritto penale dell'evento deriva – tra l'altro – una deprecabile 'banalizzazione' della stessa qualificazione penalistica, con l'ulteriore conseguenza di una sempre maggiore 'neutralità' assiologica del precetto penale, e dunque della trasfigurazione, *in radice*, delle funzioni stesse della pena; questa, da strumento estremo del controllo sociale, rischia infatti di divenire (e, in buona parte, è divenuta) sempre più mero stigma simbolico: banalizzazione del bene, banalizzazione del precetto e banalizzazione della pena sono, invero, fenomeni strettamente interconnessi, avvinti da un pericoloso 'circolo vizioso'.

Per il momento, peraltro, ci preme esclusivamente osservare che, accanto agli altri fattori – per così dire – esogeni (*lato sensu* culturali, politici, storici, sociali), da un punto di vista strettamente tecnico-teorico, proprio il rigetto della tesi di una necessaria dimensione costituzionale del bene giuridico ha contribuito in misura senz'altro preponderante al citato svilimento del ruolo del bene giuridico nell'orientamento delle scelte di politica criminale, con esiti tutt'altro che rassicuranti. Quel concetto, infatti, svincolato da parametri normativi sovraordinati alla legge ordinaria, tende a divenire sempre più, e nuovamente, un semplice involucro nominale capace di adattarsi a pressoché qualsivoglia 'entità' (non del tutto im)plausibile, fino al punto di essere talvolta identificato addirittura con un puro 'valore', quando non addirittura con un'esigenza' o una mera 'regola'.

È vero, peraltro, che la volatilizzazione del concetto di bene giuridico è fenomeno tutt'altro che recente: dalle origini sino alle aberranti teorizzazioni del nazionalsocialismo, infatti, «la storia del bene giuridico è anche la storia dei continui svuotamenti e manipolazioni della sua funzione politico-garantista»⁴⁰³; ed è altrettanto vero, oltretutto, che, conseguentemente, anche il rilievo critico della 'vaghezza' di quel concetto è tanto antico quanto il concetto stesso⁴⁰⁴. Invero, nel corso della sua storia, diverse e tante (probabilmente troppe) sono state le definizioni proposte dalla dottrina, soprattutto tedesca⁴⁰⁵. Pure a volerci limitare alla letteratura del Novecento⁴⁰⁶, basti pensare, a titolo di mero esempio, che i beni giuridici sono stati identificati come «interessi penalmente tutelati»⁴⁰⁷, quando non addirittura «valori ideali spiritualizzati»⁴⁰⁸ o «valori astratti dell'ordine sociale giuridicamente tutelati»⁴⁰⁹, «valori culturali, alla cui sussistenza si affida la generalità e per la cui tutela essa ritiene necessario un intervento coattivo»⁴¹⁰, o ancora «situazioni dotate di valore»⁴¹¹, oppure «particolari beni della vita o valori oggettivi» e al tempo stesso «situazioni dotate di valore della realtà del mondo esterno»⁴¹².

Inoltre, non può disconoscersi che anche le ricostruzioni costituzionalmente orientate lo hanno – in modo altrettanto variegato – definito come «unità sociale di funzione»⁴¹³, o ancora, come la «situazione di una specifica relazione reale della persona, delineata nelle singole fattispecie, con valori concreti riconosciuti dalla comunità giuridica – 'unità sociali di funzione' – nella quale il soggetto di diritto si sviluppa personalmente

⁴⁰³ Così, limpidamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 189.

⁴⁰⁴ A riconoscerlo è, peraltro, anche un deciso fautore della funzione liberale del concetto di bene come SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., p. 96; più di recente, il rilievo è formulato anche da uno dei più decisi e appassionati sostenitori del concetto di bene giuridico come ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 13 ss., che discorre, a proposito del «concetto materiale di reato», di una «giungla di controversie» (*ivi*, p. 14).

⁴⁰⁵ Come puntualmente (e polemicamente) rileva STRATENWERTH, *Zum Begriff des „Rechtsgutes“*, in *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Eser – U. Schittenhelm – H. Schumann, München, 1998, p. 377 ss., che, passando in rassegna le molteplici definizioni, intende dimostrare la pratica inaffidabilità di un concetto così vago e così diversamente ricostruibile.

⁴⁰⁶ Sulle più risalenti teorizzazioni del concetto cfr., esaurientemente, SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., p. 28 ss.

⁴⁰⁷ Così, 'parafrasando', per così dire, von Liszt, MAURACH e ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, VII ed., Heidelberg, 1987, p. 256.

⁴⁰⁸ BAUMANN – WEBER – MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, XI ed., Bielefeld, 2003, p. 15 (al plurale nel testo).

⁴⁰⁹ JESCHECK e WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996, p. 257 (al singolare nel testo).

⁴¹⁰ LAMPE, *Rechtsgut, kulturelles Wert und individuelles Bedürfnis*, cit. p. ???

⁴¹¹ JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, cit., p. 13.

⁴¹² MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Köln, 1953 pp. 51 e 53 (al singolare nel testo).

⁴¹³ RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., p. 163.

con l'approvazione dell'ordinamento giuridico»⁴¹⁴; ovvero, infine, hanno ricompreso in quella categoria tutte le «condizioni di fatto e le posizioni di scopo che sono necessarie ad un libero sviluppo dell'individuo, alla realizzazione dei suoi diritti fondamentali e al funzionamento di un sistema statale fondato su tale finalità»⁴¹⁵. Ma è facile intendere come neppure simili definizioni, in realtà, siano in grado di sgombrare il campo dalle incertezze circa il concreto contenuto del concetto di bene giuridico. Ed anzi, proprio la proliferazione di tali definizioni, anche nel secondo dopoguerra, è stata talvolta considerata dai suoi detrattori un'evidente riprova della scarsa utilità (se non addirittura della pericolosità) di tale concetto, anche ove inteso in un'ottica costituzionalistica.

Per tali motivi, sarebbe scientificamente scorretto affermare che la manipolabilità di tale categoria rappresenti un fenomeno univocamente connesso all'allentamento del suo fondamento costituzionale. È innegabile, tuttavia, che proprio negli ultimi tempi, ed in seguito al più generale disincanto che affligge la dottrina contemporanea circa le possibilità di un orientamento razionale della politica criminale in base a canoni cogenti, si è assistito ad una rinnovata e forse più profonda tendenza alla volatilizzazione degli oggetti della tutela; quest'ultima, trascendendo addirittura pure la problematica dell'anticipazione della tutela e il già noto fenomeno della 'seriazione' dei beni connessa ad una sempre maggiore astrazione dell'offesa – su cui ci soffermeremo nel capitolo seguente – ha intaccato addirittura la sua minima ed essenziale funzione di oggettivizzazione del diritto penale e di strumento di separazione tra diritto (non soltanto) penale e morale, laddove la sanzione penale è divenuta sempre meno strumento di tutela di beni, per divenire sempre più strumento di (ri)affermazione di valori (o supposti tali)⁴¹⁶;

⁴¹⁴ Questa la definizione personalistica e – per così dire – eclettica o sincretica di OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, a cura di H. Müller-Dietz, Köln, 1971, p. 8.

⁴¹⁵ Questa, invece, la definizione, personalistica e costituzionalmente orientata dedotta dal «compito del diritto penale» di ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 16; diversamente, in precedenza, ID., *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., pp. 21 e 33, ove l'illustre Autore, come si è visto, aveva tentato di fornire un fondamento costituzionale alla *Zustandstheorie* elaborata da Jäger, ma pur sempre nell'ottica di una derivazione del concetto di bene giuridico dai 'compiti del diritto penale', e non viceversa.

⁴¹⁶ La problematica è, invero, di ben più ampio respiro, e non può essere seriamente affrontata in questa sede; oltretutto, anche un semplice 'elenco' delle più recenti vicende legislative cui pare essere sotteso il fenomeno in parola sarebbe eccessivamente lungo. Ci preme, peraltro, soltanto segnalare, da un lato, la recente introduzione, nel codice penale, dei delitti di omicidio stradale, di fuga del conducente in caso di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi e gravissime (artt. 589-*bis*, 589-*ter* e 590-*bis* c.p.), introdotti dalla l. n. 41/2016; dall'altro, quella dell'aggravante del c.d. negazionismo, introdotto dalla l. n. 115/2016 all'art. 3 della l. n. 654/1975; criticamente, sulla (il)legittimità e (in)opportunità della repressione penale di tale 'fenomeno', per tutti, CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la*

in tal modo, anche la teoria del bene giuridico ha accorciato definitivamente le distanze addirittura con quelle teorie funzionalistiche che tendono ad accreditare la norma stessa (o, appunto, il ‘valore’ ad essa è sotteso) come l’oggetto immediato della tutela penale⁴¹⁷. Infatti, smarrendo qualsiasi forma di ancoraggio ad un referente ‘materiale’, il bene tende sempre più a ridursi a puro ‘valore’, finendo per risultare sfigurato addirittura nella sua più intima sostanza ideologica di strumento di ‘secolarizzazione’ del sistema penale, prestandosi al contrario a supportare «campagne moralizzatrici» e scelte di incriminazione ineffettive e simboliche⁴¹⁸.

Difatti, l’indebolimento della dimensione costituzionale del bene e, conseguentemente, la scarsa chiarezza circa i suoi necessari connotati, scolora quel concetto al punto tale da restituire in ogni suo aspetto l’intera problematica della sua individuazione contenutistica al libero gioco della discussione politica. Ma questa, troppo spesso, lungi dal fondarsi su studi empirico-criminologici, o dal risolversi in un confronto dialettico condotto sulla base di argomentazioni di stampo razionale, come talvolta parte della dottrina sembra ottimisticamente presumere⁴¹⁹, è invece per lo più soggiogato, di

funzione della pena, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 999 ss. In generale, quanto ai rapporti tra concetto di bene giuridico e principio di laicità v. anche le riflessioni di PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2010, p. 101 ove l’Autore, contrapponendo all’originaria e ancestrale matrice autoritaria del diritto penale quella, successiva, democratica, osserva come ancora al giorno d’oggi, soprattutto in ragione della ‘spettacularizzazione’ determinata dai *mass media*, «la matrice autoritaria spinge il diritto penale a impegnarsi anche in campagne *lato sensu* di moralizzazione della società, mentre la matrice democratica, influenzata...dal pluralismo sociale e dal valore della laicità, fomenta un processo di secolarizzazione del perimetro delle incriminazioni»; l’Autore, inoltre, portando ad esempio le vicende della l. n. 40/2004 (*ivi*, p. 108 ss.), osserva come il bene giuridico sia divenuto ormai un fattore di espansione del diritto penale, non solo perché ha perso la sua natura personalistica, funzionalizzandosi e sostenendo la creazione di inesistenti beni strumentali, ma anche perché ha perso il suo carattere di laicità. Più radicalmente, sulla laicità come (riduttiva?) «*ratio essendi*...del...bene giuridico» v. *amplius*, già ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 448-449. Analogamente, una derivazione del principio di offensività dal principio della tutela della libertà di coscienza della persona, di autonomia e incoercibilità della morale, di «tolleranza giuridica di qualunque atteggiamento o comportamento non lesivo per i terzi» è postulata pure da FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 466.

⁴¹⁷ Il riferimento, ovviamente, è alla *Normgeltungstheorie* di JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, III ed., Berlin, 1990, p. 34 ss.

⁴¹⁸ Cfr., sul punto, ancora PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, cit., p. 866 ss.; ma sui rapporti tra diritto penale simbolico e concetto di bene giuridico è imprescindibile il lavoro di HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NSiZ*, 1989, p. 553 ss.; ma v. pure, più in generale sulle tendenze regressive del ‘diritto penale moderno’, ID., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, cit., p. 378 ss.

⁴¹⁹ Questo pare essere, invero, il sottotesto di quegli orientamenti teorici tendenti a proporre la ricostruzione, sotto il profilo politico-criminale, di un oggetto della tutela di tipo «procedurale», frutto del libero gioco della discussione parlamentare e fondato su di una «razionalità discorsiva» (sulla scia di Habermas), come ad esempio quelli di FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 145 ss. e di FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico?*, cit., *passim*.

volta in volta, a un deprecabile «totalitarismo sociologico»⁴²⁰, ad indicibili «istanze repressive informali»⁴²¹, a logiche elettoralistico-simboliche dettate dalla contingenza ‘storica’ e dall’‘occasione’, infine a nuove ventate di ‘moralismo’ giuridico⁴²², sicché la determinazione del contenuto delle leggi penali rischia di essere rimessa ad una politica criminale malamente intesa come mera politica penale⁴²³, sempre più «avvilta da un imperante giuspositivismo»⁴²⁴. Ma del bene giuridico, in questo modo, rimane ancora una volta soltanto un ‘nudo nome’: ma la sua originaria (ed in ogni caso essenziale) funzione di garanzia viene definitivamente ‘consumata’ e ‘pervertita’.

A questo punto, però, rilevato oltretutto che «per nessun altro concetto fondamentale del diritto penale viene proposta una tale molteplicità...di definizioni»⁴²⁵, allo studioso contemporaneo non resta che scegliere tra due possibili ed opposte strade. Da una parte, ci si può impegnare scientificamente in un tentativo di ‘rivitalizzazione’ della teoria del bene giuridico, che miri a superare le aporie che pure le teorie costituzionalmente orientate – sia italiane che tedesche – hanno dimostrato. Dall’altra, spingendosi ben oltre il semplice disconoscimento di una sua necessaria dimensione costituzionale⁴²⁶, può addirittura decretarsi l’irreversibilità della sua crisi nel diritto penale della contemporaneità.

La seconda strada è stata percorsa soprattutto negli ultimi anni. Ad essere posto in discussione nelle proposte più radicali è, infatti, il concetto stesso di bene giuridico, quale paradigma generale di legittimazione e di critica del potere punitivo. Esso, infatti, sarebbe diventato una sorta di leggenda, una ‘storia’ che si continua a narrare, una sorta di araba fenice, della cui esistenza ciascuno è disposto a giurare, ma che nessuno, in realtà, è stato

⁴²⁰ PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 462.

⁴²¹ Così CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 135

⁴²² Sottolinea il rischio di una ‘Zwangsethik’, ad esempio, STERNBERG-LIEBEN, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 72.

⁴²³ Sulla relativa distinzione cfr., per tutti, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico* (1975), in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, vol. II, tomo I, Milano, 1997, p. 2601 ss., in relazione, nello specifico, alla c.d. legislazione d’emergenza.

⁴²⁴ Così MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 12.

⁴²⁵ Così STRATENWERTH, *Zum Begriff des „Rechtsgutes“*, cit., p. 378.

⁴²⁶ Come si è visto nel capitolo precedente, nell’ambito della dottrina tedesca il riferimento alla Costituzione è tradizionalmente teorizzato in modo più labile; funge da riferimento teleologico circa i limiti del diritto penale, ma non fino al punto di richiedere – come nella concezione italiana ‘forte’ – una verifica positiva circa il ‘valore’ costituzionale del bene giuridico di volta in volta considerate, né tantomeno un vincolo strutturale come il principio di offensività. Pertanto, lo scetticismo in quel caso si riferisce per lo più proprio al concetto in sé, mentre in Italia, rigettato sin da subito il modello ‘forte’, soltanto negli ultimi anni paiono emergere simili, radicali soluzioni.

mai in grado di vedere, dicendo ‘cosa sia’⁴²⁷; in quest’ottica, si invita la dottrina ad interrogarsi seriamente sulla «persistente validità dell’idea di bene giuridico quale perno attorno a cui continuare a far ruotare la concezione di fondo del diritto penale»⁴²⁸. Le problematiche affrontate negli ultimi anni in una simile prospettiva sono, invero, molteplici, e toccano i temi fondamentali del c.d. paternalismo penale e del danno a se stessi, della tutela penale di tabù, di sentimenti e, più *in radice*, della stessa separazione tra diritto e morale, quale ‘atto di nascita’ del diritto penale moderno, *rectius*, di una ‘scienza penalistica’ propriamente detta.

Nella convinzione che prima di abbandonare definitivamente un concetto giuridico si debba essere certi della sua ‘inutilità’ o inadeguatezza rispetto agli scopi che con esso si intendono perseguire e che, in fondo, «coloro che si dicono morti vivono più a lungo»⁴²⁹, chi scrive tenterà, invece, la prima strada. Proveremo, cioè, a dimostrare che l’illustrato disincanto non è del tutto giustificato, dal momento che, se bene intesa, l’idea di una necessaria ‘dimensione costituzionale’ degli oggetti di tutela penale, oltre che irrinunciabile nel nostro sistema ordinamentale, appare tutt’altro che inadeguata alle esigenze di tutela emergenti nella società contemporanea, ed anzi è ancora in grado di offrire i più genuini frutti anche in settori tradizionalmente problematici.

⁴²⁷ Il riferimento è ai versi del libretto di Metastasio, Demetrio, II.3, «...come l’araba fenice:/che vi sia, ciascun lo dice;/dove sia, nessun lo sa», ma in quel caso ad essere paragonata al mitologico animale è, ben diversamente, la «fede degli amanti».

⁴²⁸ Così FIANDACA, *L’offensività è un principio codificabile?*, cit., 1. Ma v. pure ID., *Nessun reato senza offesa*, p. 126, ove l’illustre Autore ritiene necessaria l’elaborazione di «paradigmi concettuali più aggiornati», uno dei quali sarà dall’Autore individuato, ad esempio, nell’*harm principle* (ID., *Sul bene giuridico*, cit., p. 145 ss.).

⁴²⁹ Con tale detto tedesco («*Totgesagte leben länger*») comincia l’appassionata difesa del concetto di bene giuridico portata avanti da SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen*, cit., p. 133 ss.

Parte seconda

Ragioni e limiti del concetto di bene giuridico nel diritto penale del nostro tempo.

Qualche spunto di riflessione

Capitolo Terzo

Bene giuridico e 'diritto penale moderno'. Fenomenologia e prospettive

1. L'insostenibile manipolabilità del concetto di bene giuridico e i suoi riflessi sul principio costituzionale di offensività

1.1. Premessa

In chiusura del capitolo precedente si è visto come, nella riflessione penalistica contemporanea, il concetto di bene giuridico non riscuota più quell'ampio consenso che, invece, aveva suscitato, sia nella dottrina tedesca che in quella italiana, fino almeno agli anni Ottanta del secolo scorso. Come si è visto⁴³⁰, infatti, secondo l'opinione prevalente, al giorno d'oggi l'attenzione dello studioso, più che sulla problematica degli oggetti della tutela penale, dovrebbe concentrarsi sull'analisi e sulla critica, soprattutto alla luce dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, delle tecniche concretamente utilizzate (e potenzialmente utilizzabili) dal legislatore per la più efficace tutela dei beni giuridici dei consociati; questi, tuttavia, vengono per lo più pensati non tanto come reali 'oggetti' di tutela, quanto, invece, quali '*rationes*' non implausibili sottese alla fattispecie incriminatrice.

Tuttavia, come pure si è avuto modo di anticipare, a nostro sommo avviso una simile prospettiva non appare davvero praticabile. Essa, infatti, spingendo verso un radicale 'spostamento' della problematica della legittimazione della tutela penale dall'oggetto alle tecniche di tutela, comporta un ingiustificato 'sacrificio' del concetto di bene giuridico, non sostituito, peraltro, da adeguati o efficaci 'surrogati' teorici; in tal modo, essa sottende, inoltre, una soltanto apparente valorizzazione del principio di offensività. Infatti, dietro ogni apparenza, l'indebolimento del rapporto tra oggetto della tutela e tavola costituzionale dei valori, congiuntamente alla sua riduzione concettuale a

⁴³⁰ Cfr., *supra*, cap. II, § 4.

vincolo soltanto ‘negativo’ di incriminazione – *id est*, alla sua trasfigurazione in un semplice nome da non attribuire a ‘tutto ciò che non può essere tutelato’⁴³¹ – determina un’eccessiva ‘dequotazione’ delle potenzialità critiche e dell’utilità pratica di quel concetto e, al tempo stesso, produce un’insostenibile relativizzazione del principio di offensività proprio nella sua funzione di strumento di controllo della struttura della fattispecie (*id est*, del grado di anticipazione della tutela penale). E ciò, come si vedrà, con conseguenze particolarmente gravi sotto il profilo del rispetto anche di altri principi costituzionali in materia penale.

Nel tentativo di dimostrare tale assunto, nelle pagine che seguono, in primo luogo, passeremo brevemente in rassegna le caratteristiche strutturali delle fattispecie incentrate sul fenomeno dell’astrazione legale dell’offesa, particolarmente diffuso nell’ambito delle fattispecie poste ‘a tutela’ di interessi superindividuali, soprattutto ‘istituzionali’ o a carattere ‘diffuso’⁴³², mettendone in rilievo i principali aspetti problematici; verificheremo, così, in che modo la relativizzazione e lo svilimento del concetto di bene giuridico, sottesi a quelle tecniche, si riverberi sul ‘volto costituzionale’ del reato, e soprattutto sulle funzioni del *Tatbestand*, quale categoria deputata innanzitutto alla descrizione di un ‘tipo di fatto’ e, così, di un ‘tipo d’illecito’.

In secondo luogo, verificheremo come tale svilimento del concetto di (offesa al) bene giuridico quale perno di ricostruzione della fattispecie penale, lungi dal consentire una maggiore valorizzazione delle problematiche inerenti alla sua struttura e, dunque, alle tecniche di tutela, implichi, in verità, un sostanziale abbandono di un effettivo controllo circa il grado di anticipazione dell’offesa pure ove si aderisse ad una – da chi scrive non condivisa – lettura ‘debole’ del principio di offensività⁴³³.

Infine, proveremo ad enunciare, almeno a grandi linee, le ragioni della persistente attualità di un concetto personalistico-costituzionale di bene giuridico, anche in relazione a quei settori del sistema penale rispetto ai quali la sua crisi – e, conseguentemente, quella del ‘diritto penale dell’evento’ – si sono da tempo manifestate in forma più evidente.

⁴³¹ Esplicitamente in questo senso, DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 118, secondo cui «il primo e più sicuro significato dell’espressione ‘tutela di beni giuridici’ è...di carattere *negativo*: il diritto penale (protegge beni giuridici perché) non tutela la morale o la virtù, né l’obbedienza in quanto tali; il reato non è neppure, in linea di principio, mera violazione di doveri. *Tutto il ‘resto’ (cioè gli altri oggetti di tutela) è già potenzialmente ‘bene giuridico’*».

⁴³² Proprio per queste ragioni, nel capitolo conclusivo tenteremo di operare una ‘rilettura’ costituzionalmente orientata di due settori particolarmente problematici sotto tale profilo: quello dei delitti politici e quello della tutela dell’ambiente.

⁴³³ Cfr., *supra*, cap. II, § 4.1.

1.2. Un breve *excursus*, ovvero la parabola di una ‘crisi’: beni diffusi, pericolo astratto e tutela di funzioni

Come si è avuto modo di anticipare nel capitolo precedente, una prima e più evidente forma di relativizzazione del principio di offensività, operante già sulla sua dimensione astratta, deve senz’altro individuarsi nella circostanza della ‘riduzione’, ad opera della dottrina prevalente e della giurisprudenza della Corte costituzionale, della sua iniziale (e più dirompente) portata precettiva. Si ricorderà, infatti, che, secondo lettura costituzionalistica ‘forte’, la problematica del controllo strutturale sull’anticipazione legale dell’offesa era legata a doppio filo all’‘ancoraggio’ costituzionale del concetto di bene giuridico. Com’è noto, tuttavia, allo scetticismo cui è andata incontro l’idea di una necessaria rilevanza costituzionale dei beni giuridici penalmente tutelabili, ha fatto da *pendant* un diffuso rigetto della tesi della illegittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto (*rectius*, ‘non concreto’).

Non è peraltro possibile soffermarsi in questa sede sulle molteplici e variegate ricostruzioni che la dottrina penalistica ha offerto del principio in esame; in via di estrema sintesi, sarà qui sufficiente limitarsi a rilevare come nella riflessione penalistica tedesca e italiana sia piuttosto diffusa – e autorevolmente sostenuta – l’idea secondo cui, in relazione a (spesso non meglio definiti) ‘beni giuridici ad ampio spettro’, vuoi per la loro scarsa afferrabilità, vuoi per la natura soltanto cumulativa delle offese che li riguardano, vuoi per l’incertezza scientifica in ordine ai decorsi causali sottesi a queste ultime, la difficoltà di descrivere in forma chiara e precisa un evento di danno o di pericolo consiglierebbe di «ripiegare su fasi preliminari dell’*iter* criminoso, impostando la fattispecie su una tipologia di comportamenti anziché di risultati»⁴³⁴.

⁴³⁴ Così, limpidamente e per tutti, PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di C. Pedrazzi e G. S. Coco, Milano, 1979, pp. 32-33; similmente ID., *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 295 ss.; cfr., inoltre, la bibliografia citata *infra*.

Almeno in Italia, peraltro, la ‘riabilitazione’ scientifica dei reati di pericolo astratto⁴³⁵ e di mere «norme di comportamento orientate al futuro»⁴³⁶ sembra precedere cronologicamente anche le riflessioni, di matrice tedesca, sulla ‘società del rischio’ e sul significato e l’opportunità di un conseguente «diritto penale del rischio»⁴³⁷. Al di là di tale aspetto, comunque, è senz’altro vero⁴³⁸ che a ‘riabilitare’ simili tecniche di tutela sono stati *in primis* i nostri legislatori: i nostri ordinamenti conoscono, almeno dal primo dopoguerra, ma in misura sempre maggiore nel «diritto penale moderno»⁴³⁹, una ‘marea’

⁴³⁵ Sul punto, fondamentali furono i lavori di FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, ne *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1, 1977, pp. 175 ss., spec. 187 ss.; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1984, pp. 441 ss., spec. 453 ss. e 464 ss. La letteratura sul tema è peraltro vastissima, ed è ricca di posizioni diverse sia in ordine alla delimitazione della categoria dei reati di pericolo astratto, sia in ordine alla sua legittimità costituzionale; cfr. soltanto le posizioni tendenzialmente favorevoli di MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 540 ss., spec. pp. 567-568; PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 165 ss.; ID., *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., p. 33 ss.; GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 710 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 378 ss. Nella dottrina tedesca, per uno sguardo d’insieme, nell’ambito di una letteratura vastissima, cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 34 ss., 421 ss. e, per una energica riaffermazione della assoluta necessità di reati di pericolo astratto nella società contemporanea SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 210 ss.; più da vicino, nella materia ambientale, ove la problematica si è posta in modo particolare, cfr., *infra*, cap. IV, sez. II; la tematica, comunque, si intreccia con quella della tutela penale di funzioni, sicché cfr. pure la bibliografia citata *infra*.

⁴³⁶ Così, ancora, STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, p. 679 ss., spec. p. 694.

⁴³⁷ Si tratta, com’è noto, di un modello elaborato in chiave critica soprattutto dalla c.d. *Frankfurter Schule* sulla base del paradigma della *Risikogesellschaft* del sociologo Ulrich Beck (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, trad. it. a cura di W. Privitera, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, *passim*; cfr., per una trattazione sistematica, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, *passim*; ID., *Società del rischio e diritto penale*, trad. it. V. Torre, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 371 ss.; in relazione ai reati di pericolo astratto e alle funzioni cfr., più specificamente, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1990, *passim* e, in materia ambientale, spec. p. 134 ss.; ID., *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 357 ss.; cfr., inoltre, le riflessioni, sempre profonde e di ampio respiro, di BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., pp. 19 ss., spec. 28 ss.

⁴³⁸ Cfr., sul punto, l’approfondita e pionieristica analisi di PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 3 ss.; fa risalire ancor più nel tempo, alle ordinanze cinquecentesche di polizia, le origini del ‘diritto penale del pericolo’ HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, cit., p. 74 ss.

⁴³⁹ L’espressione è di HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, cit., p. 378 ss., che – parafrasando la «dialettica dell’Illuminismo» cui si riferiscono Horkheimer ed Adorno – sottolinea come nella politica criminale e nella dogmatica penalistica degli ultimi decenni si assista ad una «dialettica della modernità», avendo il diritto penale dei nostri giorni pervertito e ‘consumato’ le conquiste della cultura penalistica moderna, fra cui proprio il concetto di bene giuridico e quello di prevenzione, sicché la spinta verso la ‘modernizzazione del diritto penale’ ha assunto, nelle società contemporanee, una valenza regressiva sotto il profilo delle garanzie; sulle tendenze espansive del diritto penale della contemporaneità v. pure le considerazioni critiche di MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und*

di norme penali che non soltanto rendono punibili condotte che danno luogo a pericoli astratti o presunti, ma che, spingendosi ancor oltre, sanzionano la mera violazione di discipline extrapenali di natura non soltanto preventivo-cautelare⁴⁴⁰, ma anche precauzionale, pianificatoria, persino di mero controllo.

Non è certo questa la sede per individuare contenuto e confini del fenomeno della «tutela penale di funzioni», rispetto al quale si registrano, in dottrina, numerose ricostruzioni⁴⁴¹. Ai fini che qui interessano può senz'altro accogliersi quell'autorevole categorizzazione secondo la quale vanno ascritte a tale modello tutte quelle fattispecie in cui la norma incriminatrice non opera essa stessa, in termini materiali e assoluti, un bilanciamento di interessi, ma «si limita a tutelare *le modalità legalmente definite per risolverlo*»⁴⁴²: si tratta, infatti, di una definizione piuttosto ampia, idonea a ricomprendere

Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1992, p. 95 ss.

⁴⁴⁰ Discussa è la riconducibilità di fattispecie penali incentrate sulla violazione di discipline cautelari al modello della tutela penale di funzioni, ma, ai fini che qui interessano, ci sembra opportuno adottare una nozione ampia di tale modello, al fine di ricomprendervi sia fattispecie di pericolo non concreto (astratto, astratto-concreto o presunto, a seconda dei casi e delle diverse categorizzazioni), sia fattispecie poste a tutela di un interesse *lato sensu* amministrativo.

⁴⁴¹ Quanto mai variegata sono, anche in questo caso, le posizioni in dottrina; cfr. per una ricostruzione generale dei rapporti tra beni giuridici – finali e strumentali – e tecniche di tutela, FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 797 ss.; ritiene necessario distinguere caso per caso, in ragione del rango del bene sotteso e del grado di pericolo espresso dalla condotta PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 ss.; analogamente, sottolinea la necessità di distinguere tra beni strumentali e vere e proprie funzioni, nonché tra attività a contesto base pericoloso e attività neutre MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 95 ss., spec. pp. 100-101; in senso analogo, in materia ambientale, cfr. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996, p. 51 ss., la cui accurata analisi delle norme «a struttura sanzionatoria» porta l'Autore (*ivi*, pp. 77 ss., 119 ss.) a distinguere tra moduli di incriminazione parzialmente sanzionatori e moduli meramente sanzionatori e GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1109 ss. In generale, tendenzialmente favorevole alla tutela penale di funzioni è FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., pp. 188-189; tendenzialmente contrario, invece, PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 468 ss.; più radicalmente, per la considerazione delle funzioni come veri e propri beni giuridici, cfr. MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 540 ss., 546 ss.; in senso radicalmente opposto, limpidamente MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 145, 153-154; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim* e spec. p. 16 ss.; nella dottrina tedesca, per tutti, HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 89 ss.

⁴⁴² Così PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 674; cfr. pure ID., *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, cit., p. 95, ove l'illustre Autore identifica proprio nei 'beni giuridici ad ampio spettro' vere e proprie «metafore concettuali che designano l'ambito particolare dove si colloca, si individua e si percepisce un conflitto di interessi».

fattispecie riconducibili tanto al ‘diritto penale del pericolo astratto’ quanto al ‘diritto penale del comportamento’⁴⁴³.

Qui basterà rilevare che, anche nei casi in cui un bene giuridico sia presente sullo sfondo della disciplina extrapenale dalla cui violazione dipende la punibilità⁴⁴⁴, il suo ruolo – e, conseguentemente, quello del disvalore d’evento – nella costruzione di tali fattispecie viene evidentemente svilito, poiché non rileva più come oggetto della tutela, bensì soltanto come scopo della norma⁴⁴⁵.

⁴⁴³ L’espressione «diritto penale del comportamento» e la sua distinzione concettuale dal «diritto penale del pericolo astratto» risalgono, com’è noto, a STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p. 387 ss.; v., peraltro, sostanzialmente in tal senso, già STRATENWERTH, *op. ult. cit.*, p. 679 ss. Tanto l’uno quanto l’altro sembrano poter essere ricondotti al paradigma della tutela penale di funzioni, nel senso sopra precisato, in quanto esso è idoneo a ricomprendere due modelli generali di disciplina. Nel primo, nel conflitto tra interessi sotteso all’incriminazione è dato ravvisare un interesse primario, che la disciplina extrapenale, avente funzione preventivo-cautelare, è chiamata a temperare con un più o meno ampio ventaglio di interessi secondari. Tale normativa può fissare essa stessa il limite del rischio consentito nello svolgimento di attività pericolose ma lecite perché socialmente utili (ciò avviene per lo più nell’ambito delle svariate ‘sicurezze’: del lavoro, della circolazione, del credito, dei mercati finanziari), ovvero può rimettere alla pubblica amministrazione l’individuazione di un tale temperamento, mediante l’emissione di un provvedimento abilitativo, eventualmente di contenuto anche prescrittivo. Nel secondo modello, invece, gli interessi confliggenti che la normativa extrapenale o – in applicazione di questa – la pubblica amministrazione è chiamata a temperare si pongono sullo stesso piano gerarchico, sicché tale normativa non svolge alcuna finalità preventivo-cautelare, ma si limita a stabilire i criteri di un loro equilibrato ‘governo’. Così intesa la categoria, può dirsi, dunque, che nel primo caso le fattispecie penali incentrate sulla violazione della disciplina amministrativa vadano qualificate – almeno tendenzialmente – come veri e propri reati di pericolo astratto, poiché il mancato adeguamento dell’agente alla modalità di risoluzione del conflitto è considerato dal legislatore come indice della pericolosità della condotta. Nel secondo caso, invece, attesa l’omogeneità tra gli interessi sottesi, la disciplina extrapenale è finalizzata soltanto all’individuazione di un giusto temperamento tra gli stessi, sicché la sua violazione, penalmente sanzionata, non può essere indice, neppure in astratto, di un pericolo per un bene giuridico, che è, *in radice*, inesistente; così, sostanzialmente, PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni*, cit., p. 670 ss. Ciò che accomuna entrambe le tipologie di fattispecie è l’assenza di un’offesa nella struttura del fatto tipico.

⁴⁴⁴ È questo il caso, ad esempio, dell’ambiente, come si vedrà *infra*, nel cap. IV, sez. II.

⁴⁴⁵ Ciò non pare smentito – ma, anzi, confermato – dal rilievo di CATENACCI, *La tutela penale dell’ambiente*, cit., pp. 89 ss., 119 ss., 140 ss., secondo cui in alcune fattispecie incentrate sull’inosservanza di un precetto amministrativo si scorge, sullo sfondo, la tutela del bene giuridico cui è finalizzata la disciplina extrapenale, sicché la norma incriminatrice non sarebbe orientata alla repressione della ‘mera disobbedienza’ o alla tutela di un interesse meramente amministrativo, bensì propriamente a quella del bene, così rendendosi conforme al principio costituzionale di offensività. Anche al di là della lettura riduttiva del principio di offensività sottesa a tale ricostruzione, e benché sia indubbia la radicale differenza che passa tra una fattispecie che incrimina la mancata comunicazione di determinati dati all’Amministrazione e una fattispecie che incrimina il superamento dei limiti soglia, a nostro sommo avviso una simile conclusione si fonda su di una sovrapposizione concettuale tra lo scopo della tutela e l’oggetto di essa (*id est*, tra *ratio* e bene), tra il piano teleologico e quello strutturale: infatti, a ben vedere, non sono neppure concettualmente concepibili norme ‘finalizzate alla mera obbedienza’, da contrapporre a ‘norme finalizzate alla tutela di un bene’, poiché, anche nel più autoritario degli ordinamenti, ogni norma ha uno scopo che non si risolve nel semplice interesse al suo rispetto. Pertanto, se i due gruppi di fattispecie si differenziano senz’altro dal punto di vista della *ratio* (tutela di un vero e proprio bene giuridico/tutela di un interesse amministrativo),

Tale circostanza, peraltro, non è priva di gravi ricadute sul ‘volto costituzionale’ del reato, come ora tenteremo brevemente di segnalare.

1.2.1. *Segue.* **L’assenza di un evento offensivo e le sue ricadute sul ‘volto costituzionale’ dell’illecito penale. Aspetti dommatici e politico-criminali**

Rinunciando al requisito della preesistenza ‘empirica’ del bene rispetto alla norma, si assiste, innanzitutto, alla perdita della sua funzione critica. In tal senso, esso è pensabile, infatti, soltanto come il risultato di un bilanciamento di interessi operato in sede extrapenale, un «parallelogramma di forze»⁴⁴⁶ in cui ciò che rileva e viene ponderato, soccombendo, è l’interesse di cui è portatrice la condotta vietata, ma non anche, come dovrebbe, il bene su cui incide la sanzione penale⁴⁴⁷. Il bene giuridico tende a divenire,

altrettanto non può dirsi dal punto di vista del bene – inteso come oggetto della tutela – e, conseguentemente, dell’offesa quale elemento costitutivo del fatto, poiché quest’ultima è assente in entrambi; sul punto, per tutti, peraltro da una prospettiva favorevole all’attribuzione al diritto penale di una funzione propulsivo-promozionale e alla sostituzione concettuale dello «scopo» al «bene» (all’insegna dello *slogan* «Il falso sovrano va detronizzato», *ivi*, p. 126), ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., pp. 104, 120 (cfr. pure *supra*, cap. II, § 2.2); cfr. pure, da una prospettiva radicalmente opposta, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 154. Pertanto, a meno di non accedere ad una concezione metodologica di bene giuridico, ciò che rileva non è certo lo scopo della norma, ma la sua struttura, poiché, inteso rettamente il bene giuridico come oggetto della tutela penale, ciò che rende conforme la fattispecie al principio di offensività non è la circostanza che essa sia finalizzata alla tutela di un bene, ma soltanto la circostanza che essa contempra un’offesa allo stesso; sul punto cfr. ancora CAVALIERE, *op. ult. cit.* p. 158 ss.; MARX, *op. cit.*, p. 20 ss. Infine, pur a voler focalizzare l’attenzione sull’interesse sotteso alla norma, si tratterebbe del formalistico interesse a che non venga commesso ciò che la norma incrimina, finendosi per evocare così l’«oggetto sostanziale specifico» elaborato da Arturo Rocco (cfr., *supra*, cap. II, § 1). In definitiva, alla ricostruzione criticata ci sembra sottesa una concezione meramente metodologica del bene giuridico, che si spinge fino ad attribuire al diritto penale una funzione propulsiva: in simili fattispecie a struttura sanzionatoria emerge chiaramente un’«amministrativizzazione del diritto penale» e diviene quanto mai «evanescente [del]la linea di distinzione tra funzione difensiva e funzione promozionale del bene giuridico»; così BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche*, cit., p. 29.

⁴⁴⁶ ARZT, *Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens*, in *Kriminalistik*, 1981, p. 118.

⁴⁴⁷ Cfr., sul punto, BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale*, cit., p. 200; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 145.

così, vera e propria ‘istituzione’⁴⁴⁸, intesa quale complesso di regole inerenti ad un oggetto o ad una materia unitari, a tutela delle quali è posta la sanzione penale: la norma giuridica ‘lo crea, non lo trova’, mentre «bene giuridico può essere soltanto ciò che già prima era bene»⁴⁴⁹.

La ricerca del bene nella (o la sua identificazione *tout court* con la) norma fa sì che esso non sia più idoneo a svolgere neppure alcuna funzione dommatica, a fungere, cioè, da substrato capace di esprimere l’oggetto dell’offesa e di consentirne, così, la graduazione secondo coefficienti crescenti di gravità. Si tratta, com’è noto, di un esito cui è storicamente andato incontro il concetto metodologico⁴⁵⁰ di bene giuridico, che, come abbiamo tentato di dimostrare in precedenza, va incontro ad obiezioni insuperabili.

Dallo svilimento del ruolo del bene giuridico nella costruzione della fattispecie penale deriva un cambiamento nella struttura del reato che, da offesa al bene, diviene – nuovamente – violazione di un dovere, sicché «il reato perde la visibilità del male, la chance dello spavento»⁴⁵¹. Il tipo di offesa si trasforma in tipo di violazione ed il fulcro dell’illecito si sposta dall’evento alla condotta.

L’assenza di un’offesa e lo «spostamento d’accento»⁴⁵² sulla violazione del dovere comportano, dunque, il contrasto con il principio di offensività, nella misura in cui la condotta, in sé neutra, viene incriminata non per aver cagionato un danno o un pericolo, ma per il solo fatto di essere ‘inosservante’. Il diritto penale, da strumento sussidiario di tutela di beni giuridici, finisce per costituire uno, tra gli altri, degli strumenti di organizzazione, direzione e disciplina di determinati settori della società: non si tratta più di ascrivere responsabilità per fatti, ma soltanto di controllare condotte e sanzionare violazioni.

Dal punto di vista dommatico si tratta di un esito che, relegando il disvalore d’evento a mera *quantité négligeable* dell’illecito, attribuisce al solo disvalore d’azione funzione costitutiva dello stesso, in linea con le posizioni più radicali del neofinialismo, ma in modo

⁴⁴⁸ Per un’ampia analisi delle concezioni istituzionali del bene giuridico cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., pp. 149 ss., 181 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 59 ss.

⁴⁴⁹ JÄGER, *op. cit.*, 21; in senso analogo MARX, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵⁰ Nell’ambito di una letteratura quanto mai ampia, cfr. soltanto AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 130 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 20 ss.; JÄGER, *op. cit.*, p. 13 ss.; SINA, *op. cit.*, p. 70 ss.

⁴⁵¹ Così HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 110.

⁴⁵² Come si ricorderà, tale è l’espressione usata dallo stesso SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., p. 8.

insostenibile sul piano costituzionale⁴⁵³. Risulta, perciò, a dir poco sorprendente che, nel sostenere la necessità di reati di pericolo astratto, di rischio o a tutela di mere funzioni in ambiti, come quello ambientale, che si caratterizzano per lo svolgimento di attività pericolose ma socialmente utili, il richiamo all'argomento – particolarmente sottolineato, nell'ambito delle suddette concezioni – delle componenti casuali nella produzione dell'evento (c.d. *Zufallsargument*), sia ancora diffuso anche nella nostra dottrina⁴⁵⁴, che pure si riconosce nel suo tradizionale tendenziale oggettivismo⁴⁵⁵.

La storia del concetto di bene giuridico, allora, si dimostra essere quanto mai istruttiva nel dimostrare che l'attacco al bene, in realtà, è un attacco al *Tatbestand*⁴⁵⁶: quest'ultimo, rinunciando alla descrizione di un'offesa, tende a smarrire una reale funzione selettiva.

In quest'ottica anche il principio di legalità viene inesorabilmente mortificato: innanzitutto *sub specie* riserva di legge, mediante il rinvio ad un provvedimento amministrativo o a fonti di rango subordinato. Inoltre, la tecnica spesso meramente casistica e 'alluvionale' di formulazione delle fattispecie le rende poco in linea con il corollario della determinatezza/tassatività del precetto⁴⁵⁷. Quest'ultimo non descrive

⁴⁵³ Cfr., sul punto, CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 1476 ss.; per una sistematica rivalutazione del ruolo insostituibile del disvalore d'evento, MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 1 ss., 77 ss. (ma v. pure ID., *Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella «descrizione» dell'illecito penale: aspetti problematici*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 235 ss.) e, ancor prima, quello di SANTAMARIA, voce *Evento*, cit., p. 118 ss.; cfr., inoltre, la splendida riflessione di MARX, *op. cit.*, 71-72; per un diverso ordine di idee cfr., da ultimo, M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore d'azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, *passim*.

⁴⁵⁴ L'argomento del caso' è tradizionalmente impiegato in relazione ai reati colposi, ma non manca di essere impiegato a proposito dei reati di pericolo astratto; cfr., per tutti e autorevolmente, FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., pp. 186-187; nella dottrina tedesca cfr. ancora, e per tutti, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 213. Per un'analisi critica di tali argomentazioni, in quanto fondate su di una radicale prospettiva *ex ante* e sulla conseguente altrettanto radicale accentuazione della funzione fondante (l'illecito) del disvalore d'azione cfr., per tutti, MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 29 ss.

⁴⁵⁵ Sui concetti di oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato e sui relativi 'modelli' di diritto penale cfr. CAVALIERE, *op. ult. cit.*, *passim*; MAZZACUVA, *op. ult. cit.*, p. 1 ss.; nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 101 ss.

⁴⁵⁶ Magistralmente, sul punto, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 1201 ss., 1207 ss., ove l'illustre Autore, nell'osservare come l'avversione alla categoria del *Tatbestand* – tipica delle dottrine unitarie del reato – e quella al concetto di bene giuridico siano, in realtà, due facce della stessa medaglia, sottolinea: «Solo un bene giuridico concepito come oggetto dell'offesa può...adempiere...a questa primordiale funzione selettiva e specificatrice del fatto»; sul punto, lucidamente, anche SINA, *op. cit.*, p. 70 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 1484.

⁴⁵⁷ MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim* e spec. pp. 53 ss., 107 ss. Non sembra cogliere nel segno, in proposito, la pur diffusa opinione secondo cui le fattispecie di pericolo astratto sarebbero ben più rispettose del principio di legalità rispetto a quelle di pericolo concreto, atteso che quest'ultimo «si sottrae ad una determinazione scientifica precisa, operata sulla base di criteri dotati di validità

accadimenti reali percepibili nel mondo esterno, ma, infarcito di elementi normativi tendenzialmente neutri, risulta ‘banalizzato’, ‘tecnicizzato’ e ‘burocratizzato’, ripiegato sulla normativa di settore: il linguaggio della legge si allontana dal linguaggio della vita e della realtà sociale e la legalità si trasforma in puro formalismo positivistico⁴⁵⁸.

Inoltre, la natura totalmente aperta, la formalizzazione e la perdita di ‘riconoscibilità’⁴⁵⁹, in termini di disvalore, del fatto rischiano di porsi in tensione pure con il principio di personalità della responsabilità penale. Anche il disvalore d’azione, pur restando l’unico a sorreggere l’illecito, viene impoverito, rendendo labile la distinzione fondamentale in termini di dolo e colpa: l’assenza di un’offesa materialmente percepibile e la sua totale diluizione nell’antigiuridicità⁴⁶⁰ impedisce di individuare concettualmente, e conseguentemente accertare, le due diverse componenti della fattispecie soggettiva, le quali presuppongono almeno l’afferrabilità concettuale e la pregnanza contenutistica del loro oggetto. Inoltre, mancando l’evento, interamente normativizzata la condotta, il dolo finisce per risolversi nella semplice conoscibilità del precetto extrapenale violato; si finisce per sovrapporre, da un lato, la fattispecie soggettiva e la colpevolezza/responsabilità e, dall’altro, errore sul fatto ed errore sul divieto.

generale» (così, per tutti, ancora FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 184). Ci sia consentito osservare, in proposito, che tale giudizio si fonda su di un paragone tra oggetti diversi: da un lato, un fatto integrato da un disvalore d’evento e da un disvalore d’azione; dall’altro, un fatto contenutisticamente ‘più povero’, privo di evento e costituito dalla sola condotta, per quanto descritta per mezzo di «elementi ‘tipicamente’ connessi con la creazione di un pericolo». Tale obiezione, riducendo l’oggetto del principio per affermarne il rispetto, presuppone, tuttavia, ciò che dovrebbe dimostrare, e cioè che l’offesa non sia elemento costituzionalmente necessario del fatto: piuttosto, «limitandosi a descrivere una trasgressione, il legislatore abdica al proprio dovere, che, in un sistema in cui reato può essere soltanto un’offesa a beni giuridici, è appunto quello di descrivere (innanzitutto) un’offesa» (così, per tutti, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 166). Analoga obiezione sembra potersi muovere a quelle impostazioni che, prendendo atto delle distorsioni in sede applicativa di un ‘diritto penale classico’ (*id est*, di evento) in materia di rischi tecnologici e attività pericolose, e ‘scartando’ come poco proficua la via di una difesa delle garanzie che lo corredano, riconoscono la necessità di reati di pura condotta e di pericolo astratto, a tutela anche di mere funzioni, in quanto essi «paiono soddisfare l’esigenza – primaria nel diritto penale – di *certezza*», idonea a «giustificare qualche concessione sul piano di altri principi, in specie quello di *offensività*, al bene giuridico se non anche a quello che postula il legame al bene del fatto di reato» (così, ad esempio, STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 71 ss., 84), poiché non crediamo che i principi costituzionali si configurino per il legislatore, per l’interprete e per lo studioso, come facoltativi o anche solo bilanciabili fino ad eliminarne il contenuto essenziale.

⁴⁵⁸ Su tale parabola, e sulla distinzione tra legalità e positivismo penale cfr. NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus* (1995), in *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt a. M., 1999, pp. 256 ss., 269 ss.

⁴⁵⁹ Sul concetto di «riconoscibilità» del precetto cfr. per tutti, limpidamente, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 167 ss.

⁴⁶⁰ Quest’ultima, capovolgendo i consueti termini del rapporto, in tali fattispecie finisce per indiziare, se non per esaurire, la tipicità, come acutamente osserva MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 116, nota 191.

La pena assume, infine, una funzione eminentemente sanzionatoria della violazione del dovere. Essa si risolve in mera conferma della vigenza della norma, negazione simbolica della sua violazione⁴⁶¹, e la via verso un sistema penale puramente funzionalistico appare definitivamente spianata.

Per questi motivi, non sembra davvero seriamente praticabile, dal punto di vista della costruzione delle fattispecie penali, l'abbandono di un concetto di bene giuridico quale oggetto concreto di un'offesa tangibile e, sotto il profilo del controllo costituzionale rimesso all'interprete, l'idea di un controllo strutturale della fattispecie – *id est*, delle tecniche di tutela di volta in volta utilizzate dal legislatore – che non sia anche (ed innanzitutto) controllo sugli 'oggetti' di tale tutela.

1.3. L'offesa come concetto di relazione e l'interdipendenza tra bene giuridico e tecniche di tutela

La conclusione cui la breve incursione nella problematica dei reati di pericolo astratto ci ha condotto sembra, inoltre, avvalorata da un secondo ordine di considerazioni. Oltre alla relativizzazione consistente nella 'riduzione', già da un punto di vista teorico, della sua portata precettiva, il principio di offensività va incontro ad un'ulteriore forma di relativizzazione, che deriva stavolta non tanto dal ridimensionamento del suo contenuto, bensì da una manipolazione del bene giuridico di riferimento.

Tale forma di relativizzazione – per così dire – 'implicita' ed inespressa è, perciò, tanto più insidiosa della precedente, in quanto, lungi dall'essere apertamente dichiarata, rimane invece sostanzialmente nascosta dietro l'affermazione generalizzata, e sostanzialmente unanime, della vigenza di quel principio: il richiamo a quest'ultimo,

⁴⁶¹ Si tratta, com'è noto, della concezione di Günther Jakobs, secondo cui la funzione della pena e del diritto penale non è quella di tutelare beni giuridici, bensì di confermare la vigenza della norma, ristabilendo l'identità normativa della società, messa in discussione dalla commissione del delitto, sulla quale cfr. soltanto ID., *Strafrecht*, cit., 34 ss.; criticamente, per tutti, ROXIN, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag*, Köln, a cura di R. Hefendehl, 2005, p. 148 ss. e, più recentemente, ID., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff*, cit., pp. 434-435; nella dottrina italiana, cfr., per tutte, le osservazioni critiche di BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche*, cit., p. 43 ss.

dunque, rischia di assolvere ad una funzione mistificatoria, consolatoria e ‘ideologica’, piuttosto che critica, presentando come ‘offesa’ ciò che, in realtà, è semplice ‘inosservanza’ (o, se si vuole, mera disobbedienza).

In cosa consista tale relativizzazione è, peraltro, presto detto, in quanto in realtà da sempre risaputo, ma non sempre adeguatamente sottolineato. È noto, infatti, almeno sin dai tempi di Binding, che, a seconda del bene giuridico che si prende in considerazione, lo stesso fatto può essere qualificato come di lesione, di pericolo concreto, di pericolo astratto, astratto-concreto, presunto, indiretto⁴⁶². Infatti, l’offesa è concetto evidentemente relativo, che muta in ragione del suo oggetto, sicché, come in un sistema di vasi comunicanti, essa si muove e si sposta in funzione del bene (più o meno concreto, più o meno ampio, più o meno vago) individuato come oggetto della tutela apprestata dalla fattispecie di volta in volta considerata⁴⁶³; dunque, poiché in assenza di parametri normativi di riferimento l’individuazione del bene tutelato finisce per divenire operazione liberamente rimessa al giudizio dell’interprete, si rivela del tutto impossibile qualificare univocamente la tecnica di tutela prescelta dal legislatore, e dunque vagliarne la legittimità sotto il profilo del grado della sua anticipazione. Sicché, anche laddove si voglia riconoscere in astratto una dimensione ‘forte’ del principio di offensività, sarà sempre possibile, ‘in concreto’, affermarne l’avvenuto rispetto, poiché – inteso appunto il bene

⁴⁶² Si ricorderà, oltretutto, che un simile modo di vedere costituiva anche una diretta conseguenza dell’accoglimento di un concetto formale ed onnicomprensivo di bene giuridico, determinato dalla somma di tutti gli elementi costitutivi di fattispecie, con la conseguenza dell’individuazione di un bene giuridico diverso per ogni fattispecie considerata; come pure si ricorderà, la conseguenza estrema di una simile formalizzazione dell’offesa era quella di dover negare la stessa esistenza di fattispecie di pericolo, affermando – invero del tutto coerentemente con le premesse – che ‘ogni offesa è offesa di lesione’.

⁴⁶³ Si tratta di un rilievo in buona sostanza tanto evidente quanto risalente; *ex plurimis*, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 187-188 in modo particolarmente efficace, MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 75; ma v. pure FIORELLA, *Reato in generale*, cit., pp. 797-800; sorprendentemente, tale conseguenza è tuttavia rilevata pure da chi, come PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., p. 156, rigetta l’idea della necessaria rilevanza costituzionale del bene giuridico. Nella dottrina tedesca si tratta di un rilievo non particolarmente comune, ma v., ad es., STÄCHELIN, *Interdipendenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, a cura di K. Lüderssen, Baden-Baden, 1998, p. 239 ss. Si tratta di un fenomeno tanto antico quanto la storia del concetto stesso di bene giuridico; come si è accennato nel cap. precedente, infatti, già Binding ebbe modo di notare il fenomeno dei *flankierende Rechtsgüter* (‘beni giuridici di fiancheggiamento’). Sulla manipolabilità del bene giuridico, e sulle sue implicazioni nella qualificazione della fattispecie e delle tecniche di tutela appare particolarmente istruttiva la vicenda dell’art. 73 D.P.R. n. 309/1990, su cui, da ultimo, Corte cost., n. 109/2016; sulle problematiche, ma soprattutto sulle potenzialità, del concetto di bene giuridico nella disciplina degli stupefacenti, limpidamente, CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, ne *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, Napoli, 2016, p. 151 ss.

come concetto debole, tutt'al più quale 'interesse' o 'scopo' non incompatibile con la Costituzione – sarà quasi sempre agevole trovarne uno adatto all'occasione, accreditandolo (fittiziamente) come oggetto di tutela di una data norma incriminatrice. In altre parole, una fattispecie che sarebbe di pericolo astratto rispetto ad un bene (più concreto), può ben divenire di pericolo concreto, se non addirittura di lesione, rispetto ad un altro bene (più astratto) fittiziamente interposto.

Si tratta del (noto) fenomeno della «seriazione dei beni giuridici»⁴⁶⁴, determinato dalla continua e incontrastata proliferazione di 'beni strumentali' (o presunti tali), talvolta così formalizzati e lontani dal reale oggetto della tutela da divenire nient'altro che 'beni giuridici di fiancheggiamento', oppure vere e proprie 'funzioni'. Quali siano le caratteristiche di tale fenomeno, e soprattutto quali siano i limiti oltre i quali esso si traduce in una «gratuita elargizione di *pseudoggettività giuridiche*»⁴⁶⁵ alle entità più disparate e in una insostenibile deturpazione del 'volto costituzionale' del reato, si è visto brevemente nel paragrafo precedente. Qui ci limitiamo a ribadire che soltanto un concetto di bene giuridico la cui individuazione non sia rimessa all'arbitrio del legislatore e dell'interprete, ma la cui fisionomia venga tracciata sulla scorta di parametri normativi cogenti, potrà contribuire ad evitare espedienti logici finalizzati – più o meno consapevolmente – ad uno svuotamento della portata precettiva del principio di offensività⁴⁶⁶. Se ciò è vero, non possono che stupire le conclusioni raggiunte dalla dottrina maggioritaria, che, pur rigettando un concetto 'forte' di bene giuridico, al contempo riconosce il fondamento costituzionale del principio di offensività, cui pur attribuisce una funzione di controllo sulle tecniche (di anticipazione) della tutela; non sembra, infatti, logicamente possibile postulare un diritto penale del fatto e dell'offesa che non sia anche un 'diritto penale del

⁴⁶⁴ L'espressione è di FIORELLA, *op. loc. ult. cit.*, ove si mostra chiaramente come sia possibile individuare una serie (potenzialmente infinita) di entità astrattamente definibili come 'beni giuridici', caratterizzati da una sempre maggiore distanza dalla condotta considerata, e proprio per questo si mette in guardia dal considerare 'bene giuridico' tutelato da una data fattispecie un bene che, in realtà, «si stagliasse solo sullo sfondo, rivelandosi entità troppo lontana dalla condotta illecita», e dunque dal determinare «inutili e pericolose finzioni», traendone però la conclusione di doversi considerare «rispetto a questo bene giuridico, più vicino alla capacità offensiva della condotta... la giustificazione dell'ipotesi criminosa e quindi delle relative tecniche di tutela» (*ivi*, p. 797). Al contempo, però, l'Autore mette in guardia dai rischi derivanti dal considerare, al contrario, il bene giuridico realmente tutelato da una data fattispecie un bene troppo prossimo alla condotta (*ivi*, pp. 797-798).

⁴⁶⁵ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 198.

⁴⁶⁶ Per un'esemplare ed analitica critica delle «tecniche di aggiramento» del principio di offensività, derivanti da un 'ingrandimento', un 'rimpicciolimento' del bene giuridico, o dall'utilizzazione di beni 'vaghi' e indeterminati, o dall'utilizzazione – soprattutto da parte della giurisprudenza – di una (inusitata?) 'plurioffensività' – per così dire – alternativa, v. le limpide riflessioni di MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 79 ss.

bene' (costituzionale), poiché – come peraltro pure sorprendentemente viene unanimemente riconosciuto – beni e tecniche della tutela penale (*id est*, contenuto e struttura delle fattispecie, se si preferisce) sono questioni strettamente interdipendenti, come l'orientamento costituzionalistico 'forte' aveva peraltro magistralmente dimostrato.

Ed infatti, se solo si riflette un momento sulle origini e la genesi costituzionale del principio di offensività, quale 'corollario' della tesi della necessaria rilevanza costituzionale dei beni penalmente tutelabili nel suo indissolubile collegamento col principio di *extrema ratio*, appare, in verità, del tutto sorprendente la circostanza per cui, nonostante il – *rectius*, forse proprio grazie al – ridimensionamento delle sue pretese originarie, in una versione – per così dire – ridotta, il principio di offensività abbia potuto affermarsi con forza⁴⁶⁷ ed essere ormai riconosciuto dalla dottrina pressoché unanime⁴⁶⁸ e dalla giurisprudenza, sia ordinaria, sia (soprattutto) costituzionale⁴⁶⁹.

Ma ciò è avvenuto non senza conseguenze sulla coerenza intrinseca del sistema.

⁴⁶⁷ Anzi, a giudizio di MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 75, «proprio la 'plasticità' del concetto di bene giuridico, liberato da ben precisi vincoli di inquadramento costituzionale, ha consentito al principio di offensività di perpetrare se stesso; allo stesso tempo, tuttavia, la perdita dell'originario punto d'appoggio ha comportato pesanti ripercussioni sul suo statuto epistemologico, se non una vera e propria metamorfosi involutiva dello stesso».

⁴⁶⁸ Continua peraltro anche più di recente a negarne la rilevanza ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 791 ss.

⁴⁶⁹ Fondamentali, sul punto, le analisi di PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 133 ss. e di PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 350 ss.; più di recente, una valorizzazione della giurisprudenza costituzionale è nel lavoro di C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli-Roma, 2006, p. 91 ss.; più cautamente, MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 209 ss., 255 ss.; per un'analisi più recente, v. ancora MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/12, p. 99 ss.; per un *excursus* sulla più risalente giurisprudenza ordinaria cfr., invece, VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 631 ss.

1.4. La flessibilizzazione del principio di offensività. Ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli ‘scopi’

Invero, è proprio nell’ambito della giurisprudenza costituzionale che – salvo qualche celebre ma isolato *obiter dictum* sulla necessaria rilevanza costituzionale dei beni giuridici⁴⁷⁰ – quel principio, a forza di sentenze interpretative di rigetto, è stato valorizzato non tanto nella sua portata politico-criminale, quanto in quella sua dimensione ‘concreta’, radicata, come si è visto nel capitolo precedente, – nell’art. 49, co. II c.p., cui viene attribuito il valore di ‘norma chiave’ (*id est*, generale e fondante) del sistema, applicabile a (pressoché) tutte le fattispecie criminose, anche a quelle costruite in aperta contraddizione con essa. Si ricorderà⁴⁷¹, però, come proprio per rimanere fedeli al presupposto di partenza (‘ogni reato costituisce offesa di un bene giuridico’) si finisce necessariamente per formalizzare l’oggetto della tutela, al fine di adattarlo ad ogni fattispecie.

In questa più ridotta dimensione, dunque, l’offensività ha decisamente moderato le proprie ‘pretese’ e, ritornando alle origini ‘realistiche’ (che, però, erano anche origini, almeno in parte, tecnicistiche) si è assestata come precipitato tecnico-concettuale «...di un atteggiamento oggettivista che – da Beccaria in poi – è sembrato essere un tratto peculiare della cultura scientifica italiana, consentendo di intervenire con ‘opere di restauro’ su intere categorie di reati, ovvero orientando l’analisi degli stessi istituti di ‘parte generale’; una prospettiva nella quale l’offensività si è affermata, in particolare, come orizzonte di limite che permetteva di riscrivere e delimitare le fattispecie, o i modelli strutturali che non richiedano, nel fatto incriminato...l’offesa»⁴⁷².

Se un simile atteggiamento della Corte costituzionale – per quanto meritevole sotto pur non secondari aspetti – abbia davvero favorito una piena attuazione del principio, o

⁴⁷⁰ Può citarsi, quale celeberrimo esempio, la sentenza n. 364/1988, in cui la Corte, tra l’altro, affianca al requisito della conoscibilità ‘formale’ della norma penale anche la necessità della significatività assiologica dell’oggetto della tutela, che confluirebbero nel «principio di riconoscibilità» del precetto (su cui, per tutti, v. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 167 ss.), il quale, «implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di ‘rilievo costituzionale’ e tali da esser percepite anche in funzione di norme ‘extrapenali’ di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare» (Punto 17 del *Considerato in diritto*).

⁴⁷¹ Cfr., *supra*, cap. II, § 2 ss.

⁴⁷² Così, limpidamente, ancora MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 76-77.

se, invece, abbia rappresentato nient'altro che il riflesso di una posizione timida e 'attendista', contribuendo, piuttosto, alla conservazione dell'esistente, è questione, invero, almeno discutibile. A sommosso avviso di chi scrive, la pur diffusa lettura, che vede nella valorizzazione della dimensione concreta del principio di offensività uno strumento di adeguamento di un sistema penale anacronistico (ed in larga parte ancora autoritario) ai principi della Costituzione repubblicana, potrebbe peraltro essere facilmente rovesciata. Infatti, potrebbe agevolmente sostenersi pure che la valorizzazione, ad opera della Corte, della dimensione 'concreta' dell'offensività, erede diretta della concezione realistica del reato, nonostante i numerosi passi avanti rispetto alle prime pronunce, abbia rappresentato, in molteplici occasioni, il precipitato tecnico dell'*horror vacui* che talvolta ha afflitto la Corte costituzionale nella materia penale, e dunque nient'altro che un nobile 'escamotage'⁴⁷³ escogitato al fine di sottrarsi ad una declaratoria d'incostituzionalità anche nei casi in cui essa vieppiù e manifestamente si imponeva⁴⁷⁴. Ma anche a prescindere dalle intenzioni e dalle finalità contingenti del giudice delle leggi, è peraltro agevole comprendere, sul piano degli effetti, come la generale e sostanzialmente indiscussa affermazione del principio in discorso, se in alcuni casi pure si è tradotta in una felice operazione di 'ortopedia giuridica' consistente nell'adeguamento dell'oggettività giuridica censurata ai principi costituzionali, il più delle volte si è, invece, realizzata a costo dell'ampiezza della portata 'critica' del principio, analogamente – e non a caso – a quanto era avvenuto un secolo addietro col concetto di bene giuridico nella dottrina tedesca⁴⁷⁵.

Ad ogni modo, quale che sia il giudizio che si intenda esprimere al riguardo, non può negarsi che, in questa più ridotta prospettiva, la primaria funzione di canone di politica criminale del principio di offensività viene fortemente ridimensionata, in quanto esso, separato dalla problematica della selezione qualitativo-assiologica dei beni

⁴⁷³ Discorre di «utilizzo 'difensivo' o 'conservatore'» MANES, *op. ult. cit.*, p. 237.

⁴⁷⁴ Le vicende del principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale, sotto questo profilo, possono essere assimilate a quelle delle ipotesi codicistiche di responsabilità oggettiva. Queste, infatti, non sono state dichiarate incostituzionali dalla Corte, che ha invece invitato più volte i giudici rimettenti e il legislatore (cfr., ad es., la sentenza n. 42/1965 sull'art. 116 c.p., con l'«accorato» invito finale, peraltro mai «accolto») i primi ad una lettura adeguatrice, e il secondo ad una modifica in senso costituzionalmente orientato. È appena il caso di osservare che molto spesso tali inviti sono rimasti 'lettera morta', ove solo si consideri che ancora fino al 2009, prima delle SS.UU. pen., 22 maggio 2009, n. 22676., in giurisprudenza era particolarmente diffusa la tesi che (in modo non certo peregrino!) vedeva nell'art. 586 c.p. una forma di responsabilità oggettiva; ancora oggi, si pensi, anche in seguito alla citata sentenza delle SS.UU., al dato per cui la tesi della responsabilità oggettiva pare prevalere a proposito dell'art. 584 c.p.; da ultimo, a titolo di mero esempio, v. Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2013, n. 27161.

⁴⁷⁵ Sul punto cfr., *supra*, cap. I, § 2 ss.

penalmente tutelabili, diviene (*rectius*, è divenuto) strumento di controllo non già del rispetto, da parte del legislatore, di una struttura dell'illecito penale contenente l'offesa al bene, quanto piuttosto della complessiva 'ragionevolezza' del bilanciamento di interessi che spingono o si contrappongono alla tutela penale⁴⁷⁶, nell'ambito del quale i beni sacrificati dall'esercizio del potere punitivo, di sicuro rilievo costituzionale, sono peraltro soltanto una (e talvolta neppure la più importante) delle variabili di una valutazione cui concorrono i beni, gli scopi e le *rationes* più diversi, eventualmente anche non di rilievo costituzionale.

Ma così, oltre a vanificare l'effettiva portata critica del principio, si contravviene anche all'essenza del bilanciamento costituzionale, che può legittimamente avvenire esclusivamente tra beni, interessi e valori parimenti di rilievo costituzionale⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ In tal senso, espressamente, FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 124 ss.; per un'efficace esposizione di tali orientamenti 'riduttivi', MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 279 ss.

⁴⁷⁷ Il tema è complesso e meriterebbe una ben più approfondita trattazione; nell'ambito di una letteratura davvero sterminata cfr. soltanto MORRONE, *Bilanciamento* (giustizia costituzionale), in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, 185 ss., 187.

1.5. Qualche osservazione critica conclusiva sul principio di offensività in versione ‘*flou*’

1.5.1. ...nella sua dimensione astratta (o politico-criminale)

Seguendo tale percorso, inoltre, l’originalità dell’approccio costituzionalistico italiano, che abbiamo avuto modo di illustrare nel capitolo precedente, risulta radicalmente ridimensionata, allineandosi nuovamente all’elaborazione scientifica tedesca e riducendo il ‘nostro’ principio ad un (più modesto) principio di proporzionalità o di ragionevolezza, alla cui valutazione concorrono, da un lato, tutti gli interessi sottesi alla condotta vietata e, dall’altro, un bene giuridico ridotto (da oggetto a) mero obiettivo o *ratio* di tutela. ‘Poco male’, si potrebbe essere tentati di dire. Ma è appena il caso di notare che anche Oltralpe il concetto di bene giuridico, pur in una veste ‘ridotta’, non gode affatto (e forse non a caso) di ottima salute, poiché soprattutto negli ultimi decenni non è mancato chi ha fatto notare come un simile concetto di bene giuridico apporti un contributo davvero ridotto alla problematica che ci occupa⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Anche nella dottrina tedesca si assiste, in proposito, ad un diffuso scetticismo; cfr., tra gli altri, STRATENWERTH, *Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’*, cit., p. 377 ss.; AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, cit., p. 155 ss., che riprende la sua tradizionale posizione (ID., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., *passim*); sottolinea particolarmente la non decisività del concetto di bene giuridico, ritenendo più efficace e produttiva l’analisi e la critica della struttura del reato, WOHLERS, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, in *GA*, 2002, p. 16 ss. (v. nota seguente); ritiene assolutamente inefficace il concetto di bene giuridico, propendendo per l’adozione, in chiave politico-criminale, di alcuni dei criteri di imputazione del fatto e spostando, dunque, lo sguardo circa la legittimità dell’incriminazione dall’offesa alla condotta FRISCH, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 215 ss.; KORIATH, *Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts*, in *GA*, 1999, p. 561 ss.; più conciliante si mostra, invece, KUHLEN, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, a cura di von Hirsch – Seelman – Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 148 ss. Radicalmente contrario al concetto di bene giuridico, infine, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 34 ss., secondo il quale compito del diritto penale è, piuttosto, la tutela della vigenza delle norme. Al di là della non totale condivisibilità delle categorizzazioni e di alcune soluzioni, per una riaffermazione dell’irrinunciabilità del concetto anche nell’ambito dei beni giuridici collettivi, HEFENDEHL, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 195 ss.; per uno sguardo d’insieme e per una confutazione delle vecchie e nuove critiche al concetto nella dottrina tedesca cfr. ID., *Mit langem Atem*, cit., p. 1 ss.; più energicamente, ma in parte criticamente con quest’ultimo, ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., p. 573 ss.; ID., *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, p. 135 ss.; ID., *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, cit., p. 433 ss.; da ultimo, KUDLICH, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, in *ZStW*, 2015, 635 ss.

Invece, come si è visto nel capitolo precedente, la dottrina italiana aveva affrontato il problema della selezione degli oggetti di tutela penale in modo sotto certi aspetti più soddisfacente, in quanto strettamente legato alla problematica dell'anticipazione della tutela, sotto il più ampio 'capitolo' del principio di offensività. Come pure si è visto, la dottrina d'Oltralpe, almeno in un primo momento, non aveva dedicato una particolare attenzione alle problematiche inerenti alle tecniche di tutela penale – *id est*, all'elaborazione di tecniche di controllo sulla struttura della fattispecie incriminatrice⁴⁷⁹ – come invece era avvenuto sin dalla formulazione costituzionale del principio di offensività nell'opera di Bricola (e, in parte, già di Marcello Gallo). Al contrario, essa si era concentrata, da un lato, sull'aspetto 'categoriale' del concetto di bene giuridico⁴⁸⁰, nella ricerca di sue possibili 'definizioni' o 'concezioni'; e, dall'altro, tende oggi a risolvere il contenuto fondamentale del *Rechtsgutsprinzip* (o, appunto, '*Rechtsgutsgedanke*') nell'idea del diritto penale come strumento di tutela (sussidiaria) di beni giuridici, assicurandogli una certa 'giustiziabilità' costituzionale entro gli stretti limiti dell'invero generalissimo (e non propriamente penalistico) *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (c.d. principio di proporzionalità), comprensivo del c.d. *Übermaßverbot* ('divieto di eccesso')⁴⁸¹; in altri termini, la

⁴⁷⁹ Come anticipato nel capitolo precedente (cfr., *supra*, cap. II, § 4, in nota), mettono in luce particolarmente tale circostanza, nella dottrina tedesca più recente, soprattutto WOHLERS, *Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur*, cit., p. 15 ss. e HEFENDEHL, *Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktstruktur*, cit., p. 20 ss., che si sono occupati del tema anche a livello monografico (WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000, *passim*; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, *passim*) e che, proprio con questi articoli – pubblicati, congiuntamente al lavoro di VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das «harm principle»*, in *GA*, 2002, p. 2 ss. nell'autorevole *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, in uno spazio appositamente dedicato al tema del rapporto tra bene giuridico e struttura del reato – hanno contribuito a riaccendere il dibattito sul tema nell'ambito della dottrina tedesca. Gli Autori, peraltro, sottolineano particolarmente l'originalità della propria impostazione, secondo cui la problematica della legittimità delle fattispecie penali non deve appuntarsi tanto sulla ricerca di un bene giuridico, quanto su un'attenta analisi della 'struttura della fattispecie', e dunque, delle tecniche di tutela di volta in volta utilizzate, al fine di operare ulteriori differenziazioni e più specifiche indagini critiche, non consentite dal mero riferimento al concetto di bene giuridico. Deve peraltro sottolinearsi come l'interdipendenza tra oggetto e tecniche della tutela fosse questione affatto sconosciuta né alla dottrina tedesca, né, soprattutto alla dottrina italiana, sia da chi ha sostenuto una concezione costituzionale 'forte' del bene giuridico, sia da chi, come la dottrina prevalente, ha ritenuto che la 'partita' della legittimità costituzionale si giocasse, piuttosto, sul piano delle tecniche di tutela (cfr., *supra*, cap. II, § 4.1). Sicché, se è vero – come si dirà nel testo – che la dottrina tedesca si è per lo più occupata di elaborare 'concezioni' e di trovare 'definizioni' di bene giuridico, più che studiare i nessi tra beni e tecniche di tutela, è vero pure che tale ultima questione è forse meno 'nuova' di quanto sostengano gli Autori citati.

⁴⁸⁰ La circostanza – benché in modo a nostro sommo avviso eccessivamente radicale – è particolarmente sottolineata da DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 4 ss.

⁴⁸¹ La bibliografia in argomento, soprattutto di lingua tedesca, sarebbe vastissima; cfr., per tutti e autorevolmente, HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in

discrezionalità del legislatore ordinario nella determinazione dei contenuti delle leggi penali troverebbe un limite esclusivamente nell'esigenza che la fattispecie di volta in volta considerata sia finalizzata alla tutela di uno scopo non incompatibile con il *Grundgesetz* (c.d. *zulässiger Zweck*), e che la pena si presenti, rispetto al suo perseguimento, come un mezzo adeguato e non sproporzionato (in senso stretto)⁴⁸²: tutto il resto è, potenzialmente, 'bene giuridico'⁴⁸³.

1.5.2. *Segue...e nella sua dimensione concreta (o dommatico-applicativa)*

In secondo luogo, così 'affievolito', anche in quella dimensione concreta di strumento applicativo nelle mani del giudice ordinario – particolarmente valorizzata, come si è visto, soprattutto dalla Corte costituzionale – il contenuto del principio di offensività finisce, in realtà, per coincidere con quello di una concezione metodologica del bene giuridico⁴⁸⁴, e dunque per ridursi all'esigenza, pur fondamentale e affatto trascurabile, di un'interpretazione (non formalistica, ma) teleologica delle fattispecie incriminatrici. Sotto tale profilo, non sembra invero affatto casuale che la stessa Corte costituzionale lo definisca come un «generale canone interpretativo»⁴⁸⁵. Ma tale interpretazione 'sostanzialistico-teleologica' avviene, oltretutto, rispetto ad uno 'scopo', la cui individuazione, in assenza di parametri normativi vincolanti, viene rimessa

Mediating Principles, cit., p. 121 ss.; ma v. pure STERNBERG-LIEBEN, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 65 ss.

⁴⁸² In tal senso, con l'esclusione del lavoro di Sax, si era infatti assestato il dibattito nella dottrina tedesca a partire degli anni Sessanta e Settanta. Prescindendo pure dalle specificità del più recente dibattito sul bene giuridico – e sui paradigmi alternativi di giustificazione del diritto penale – riaccessosi negli ultimi anni, pare essere questa l'opinione più diffusa ancora oggi nella più autorevole dottrina tedesca; cfr., per uno sguardo d'insieme, ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 16 ss. Emblematica, sul punto, la stessa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sull'incesto, citata in nota al cap. II, § 4.

⁴⁸³ Efficacemente, sul punto, DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 118.

⁴⁸⁴ Diversamente, sul punto, MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 76, il quale, pur avendo messo egregiamente in luce il ridimensionamento del principio di offensività derivante dal rigetto della tesi della necessaria rilevanza dei beni giuridici, sottolinea come anche in tale veste esso abbia «condotto ad esiti più decisi ed avanzati rispetto ai consueti esperimenti di interpretazione 'teleologicamente' orientata iscritti nel protocollo tradizionale della dogmatica del bene giuridico».

⁴⁸⁵ Corte cost., sent. n. 333/1991, consultabile in www.cortecostituzionale.it

all'interprete, sostanzialmente libero di affidarsi alla propria fantasia o alla propria precomprensione.

Sic stantibus rebus, il richiamo all'art. 49, co. II c.p., o ad un principio di offensività sganciato da un reale e concreto oggetto dell'offesa (e dunque della tutela), oltre che suonare come una stortura già sul piano logico, non può che risultare come un fuor d'opera anche dal punto di vista teorico.

In primo luogo, perché l'interpretazione teleologica o sostanzialistica non è certo prerogativa delle norme penali, e comunque – quand'anche per assurdo lo fosse – non sarebbero certo quell'articolo o quel principio ad imporla. In secondo luogo, poiché la concezione realistica del reato, ove sganciata da una dimensione costituzionale 'forte' del principio di offensività, nell'ambito della quale oggetto e tecniche della tutela penale costituiscono un nucleo concettualmente inscindibile, va incontro alle fondamentali obiezioni logico-sistematiche che abbiamo avuto già modo di evidenziare nel capitolo precedente. Ed infine perché, se quella concezione viene intesa sino all'estremo di predicare – come, pare, faccia anche la Corte costituzionale – l'applicabilità dell'istituto del reato impossibile pur in assenza di un'offesa nella struttura della fattispecie legale, non possono che essere – allora sì – giustificate le critiche di chi ha visto in quella concezione addirittura un «grave pericolo per lo Stato di diritto»⁴⁸⁶. Nella migliore delle ipotesi, tale pericolo è, a nostro avviso, da individuarsi in un totale disorientamento della prassi, libera in buona sostanza di aderire o meno ad un'interpretazione delle disposizioni incriminatrici secondo una concezione realistica del reato concepita come 'aggiunta', in via ermeneutica, dell'offesa, o dell'idoneità dell'azione, anche ove la fattispecie ne prescindia del tutto. Basterà, peraltro, una fugace scorsa alle rassegne giurisprudenziali per rendersi conto di come ancora oggi non siano affatto poche le sentenze che discorrono di 'reati formali', per la cui consumazione sarebbe sufficiente la violazione della norma (il più delle volte extrapenale) sanzionata penalmente. Ma è forse la peggiore delle ipotesi, sopra accennata, che appare ancora più inquietante: un simile modo di ragionare rischia, infatti, di fornire un supporto teorico alle istanze repressive e alle conseguenti spinte espansive della giurisprudenza ordinaria, che invero sarebbe fin troppo libera di 'inventare' beni e offese a proprio piacimento, che, svincolati dagli 'angusti' parametri costituzionali, possono essere intravisti o intuito in qualsiasi 'esigenza' o 'valore' o 'regola'

⁴⁸⁶ Così, drasticamente, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 487, ma in relazione alla concezione realistica in quanto tale.

– finanche in un non meglio identificato «dovere di lealtà del singolo verso le istituzioni»⁴⁸⁷, che tanto da vicino ricorda quell'«obbligo di fedeltà» caro alla dottrina nazionalsocialista, che avremmo sperato di non dover più incontrare nella storia del diritto penale.

Tutto ciò non soltanto si risolve in una totale elusione del principio costituzionale di offensività, la cui funzione di garanzia viene radicalmente pervertita e trasformata nel suo opposto, ma, implicando anche una palese violazione del principio di legalità in ogni suo aspetto, costituisce una grave minaccia per la certezza del diritto e l'uguaglianza di trattamento, valori primari coesenziali non soltanto all'idea di una 'dommatica'⁴⁸⁸, ma, più *in radice*, allo stesso Stato di diritto.

«Questo non può volerlo nessuno»⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Cfr. SS.UU. pen., 27/11/2008, n. 6591, sulla falsa dichiarazione ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Probabilmente la conoscenza della storia del bene giuridico e delle tristi stagioni della storia del diritto penale in cui una simile 'lealtà' veniva postulata, ancor prima che un aggancio costituzionale del bene, avrebbe consentito ai Supremi Giudici di evitare simili, aberranti, concetti (e, conseguentemente, decisioni).

⁴⁸⁸ V., limpidamente, ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 39 ss.

⁴⁸⁹ Così – ma in altro contesto, a proposito del 'diritto penale del nemico' – ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 56.

2. Una crisi davvero irresistibile? Un tentativo di bilancio critico delle teorie costituzionalmente orientate di bene giuridico.

Dalle sue ceneri l'araba fenice finisce pur sempre per risorgere. I problemi di cui si è discusso non sembrano, infatti, senza soluzione, poiché una lettura costituzionalmente orientata del concetto di bene giuridico non è soltanto imposta, come abbiamo appena tentato di dimostrare, da inderogabili necessità di rispetto dei principi costituzionali, ma può rivelarsi, in realtà, anche concretamente 'praticabile' nel diritto penale della contemporaneità, in quanto capace di rispondere adeguatamente non soltanto alle esigenze poste dal diritto penale tradizionale, di stampo invero più marcatamente individualistico, ma anche alle sfide sollevate dalla 'società del rischio' e dai molteplici e variegati interessi di natura superindividuale, la cui meritevolezza di tutela non può seriamente revocarsi in dubbio, ove essi rispondano, come vedremo, a fondamentali ed imprescindibili requisiti.

Al fine di provare a dimostrare, almeno a grandi linee, tale assunto – che costituisce il filo conduttore di questo lavoro –, nelle pagine che seguono proveremo innanzitutto a tracciare un bilancio critico delle teorie costituzionalmente orientate del bene giuridico, analizzate nei capitoli precedenti; cercheremo, così, di comprendere se lo 'svilimento' di quel concetto, illustrato in apertura del presente capitolo, rappresenti un ineludibile esito delle ricostruzioni in chiave costituzionale del dopoguerra, assurgendo ad ennesima prova della loro intrinseca debolezza; o se, invece, superando i pur innegabili limiti dimostrati da quelle teorizzazioni⁴⁹⁰ – tanto italiane quanto tedesche – sia possibile porre almeno le basi per un recupero della dimensione costituzionale e personalistica del bene anche nel diritto penale della contemporaneità.

⁴⁹⁰ Cfr., *supra*, cap. II, § 4.2, ove abbiamo discorso di 'babele' di definizioni e 'concezioni' costituzionali.

2.1. La resistibile debolezza delle obiezioni classiche al modello costituzionalistico ‘forte’.

Giunti a questo punto, ci sembra opportuno sgombrare il campo dalle critiche ‘classiche’ mosse alla teoria costituzionale del bene giuridico, che abbiamo esposto chiusura del capitolo precedente. Queste, infatti, a nostro sommesso avviso, appaiono tutt’altro che insuperabili.

Innanzitutto non pare cogliere nel segno quell’obiezione, pur autorevolmente sostenuta, che – in tutto o in parte – motiva il rigetto della teoria costituzionale del bene giuridico paventando il rischio di una sua possibile strumentalizzazione in chiave espansiva, a sostegno, cioè, della configurazione di inaccettabili ‘obblighi di criminalizzazione’. In primo luogo, infatti, una simile tesi sarebbe del tutto incompatibile con la pressoché unanime attribuzione al concetto di bene giuridico – pur ove definito o postulato in termini positivi – di una sola «funzione negativa di legittimazione» (*negative Legitimationsfunktion*)⁴⁹¹, con una tradizione teorica lunga più di un secolo e, in ogni caso, con la pur unanimemente postulata stretta interdipendenza tra concetto di bene giuridico e principio di *extrema ratio*⁴⁹²: infatti, «tutte le garanzie...sono limiti, ossia condizioni necessarie, in assenza delle quali non si giustifica – e non già condizioni sufficienti in presenza delle quali si giustifica – la proibizione penale»⁴⁹³. D’altro canto, se pure è vero

⁴⁹¹ L’espressione è di HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 115; nell’ambito di una letteratura amplissima cfr., adesivamente, ad esempio, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 174; peraltro, ad ulteriore esplicazione di una posizione già chiara nella *Teoria generale del reato*, cit., p. 18 («il margine di vincolo è soltanto *negativo*: il legislatore cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali»), ribadisce limpidamente l’inesistenza di obblighi costituzionali di incriminazione BRICOLA, sub *art. 25 co. II e III*, cit., pp. 274-275 e, *amplius*, ID., *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 192 ss.

⁴⁹² Anzi, nell’elaborazione di Bricola, è, in realtà, dal principio di *extrema ratio* che in realtà si fa derivare la limitazione della tutela penale ai soli beni di rilevanza costituzionale (BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 12-13); nella dottrina tedesca, analogamente, per tutti, ROXIN, *Sentido y limites*, cit., p. 21 ss.

⁴⁹³ Così, magistralmente, FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2001, pp. 128-129, il quale tuttavia fonda tale affermazione sulla base dell’idea per cui proprio tale caratteristica dei principi di garanzia farebbe sì che «una teoria garantista dei beni giuridici non potrà mai dirci, in positivo, quali beni sono meritevoli di tutela senza scadere nel generico. Potrà solo dirci in negativo, come è nella forma logica di tutti i principi garantisti, quali non devono essere considerati tali»; nello stesso senso, già ID., *Diritto e ragione*, cit., p. 473. A nostro sommesso avviso, tuttavia, la funzione negativa di legittimazione del concetto di bene giuridico non esclude affatto che possano individuarsi criteri, costituzionalmente dedotti, capaci di attribuire anche un ‘volto’ positivo ai legittimi oggetti di tutela penale.

che il *Bundesverfassungsgericht* ha sostenuto la configurabilità di obblighi costituzionali di incriminazione, è vero pure che lo ha fatto ormai più di un cinquantennio fa, in un contesto socio-culturale affatto diverso rispetto a quello contemporaneo. Ma soprattutto, la Corte costituzionale italiana non ha mai portato avanti, neppure implicitamente – e neppure in quel contesto – un simile punto di vista: anzi, quando le sono state sottoposte questioni analoghe, essa ha risposto con decisione in modo recisamente negativo⁴⁹⁴, improntando, com'è noto, la propria giurisprudenza in materia penale ad un rigoroso *self-restraint* quanto alla sindacabilità delle scelte legislative con effetti *in malam partem*, in ragione della riserva di legge assoluta posta dall'art. 25 co. II Cost. Certo, in molteplici occasioni la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al suo esame, (tra l'altro) proprio riconoscendo – talvolta in modo discutibile – la sussistenza, di volta in volta, di un bene giuridico tutelato dalla norma censurata e (a suo dire) meritevole di tutela penale; ma non ha mai sostenuto la tesi per cui, individuato un bene giuridico di rilievo costituzionale, la tutela penale sia non soltanto legittima, ma anche, per ciò solo, necessaria. Che poi, nella prassi, il concetto di bene giuridico possa essere surrettiziamente strumentalizzato in chiave espansiva, perdendo così la sua originaria e coessenziale funzione di garanzia, è questione che non ci sembra possa essere imputata al concetto in quanto tale o ad una sua particolare ricostruzione costituzionalmente orientata, ma soltanto ad un suo 'abuso' e ad un'eterogenesi dei fini, peraltro da tutti – ed anche dagli Autori più critici nei confronti del 'nostro' concetto – considerata manifestamente inaccettabile⁴⁹⁵.

In secondo luogo, neppure l'obiezione del *numerus clausus* dei beni tutelabili pare davvero cogliere nel segno. Infatti, come si è già avuto modo di mettere in luce allorché si è illustrata la prima e più nota formulazione della tesi costituzionale 'forte', nessuno ha mai sostenuto che una Costituzione (e tantomeno la Costituzione italiana) possa considerarsi una specie di *hortus conclusus*, un testo chiuso e fissato nel tempo, dunque per sua natura muto rispetto agli interessi la cui rilevanza sociale è sconosciuta all'epoca in cui essa viene redatta. Infatti, pur senza voler chiamare in causa la possibilità di una

⁴⁹⁴ Nell'ambito di una letteratura vastissima cfr., sul punto, l'accurata analisi di PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 151 ss.

⁴⁹⁵ Magistralmente, sulla 'consumazione' e 'perversione' delle conquiste del diritto penale moderno di origine illuministica, tra cui anche il bene giuridico, cfr. le belle pagine di HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, cit., p. 378 ss.; v. pure ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 88 ss., ove si argomenta criticamente contro le derive funzionalistiche del 'diritto penale moderno', che lo trasformano da *ultima in prima ratio*.

revisione della Costituzione *ex art.* 138, che, nei casi estremi di incompatibilità tra la c.d. costituzione materiale e quella formale, potrebbe porre rimedio⁴⁹⁶ ad un così radicale mutamento della percezione sociale dei valori meritevoli di tutela, si è già detto che, almeno secondo parte autorevole della dottrina costituzionalistica, l'art. 2 Cost. va inteso come 'norma a fattispecie aperta', ovvero quale 'valvola' che consente di dare ingresso, nel testo costituzionale, a nuovi 'diritti' o 'interessi' non espressamente riconosciuti dalla Carta, eppure oggi percepiti come meritevoli di tutela⁴⁹⁷, anche – se del caso – penale.

In generale, a chi scrive sembra che la critica in esame, in realtà, provi troppo. Non è dato comprendere, infatti, perché mai essa debba (o possa) valere soltanto per il diritto penale, e non anche per tutti gli altri settori dell'ordinamento; sicché, a 'prenderla sul serio', si dovrebbe pure dedurre l'inidoneità della Carta costituzionale a 'valere' per più di qualche decennio, e dunque la necessità di un suo 'accantonamento' nel caso in cui l'esperienza sociale, se non addirittura la prassi, ne dimostrino in qualche modo una certa obsolescenza. Ma, ovviamente, una simile conclusione sarebbe del tutto eversiva del sistema delle fonti e, perciò, non soltanto parossistica, ma anche palesemente insostenibile da un punto di vista teorico.

A nostro sommo avviso, l'obiezione in esame, come bene si evince dai citati esempi – l'ambiente e la vita – portati a suo sostegno, si fonda su di un equivoco di fondo. Ed infatti, sostenere che ambiente e vita non sono beni giuridici rilevanti ai sensi della Costituzione repubblicana è opzione che pare fondarsi su di un malinteso modo di intendere la 'rilevanza costituzionale' di un bene: e cioè di confondere (o di identificare) il concetto di 'rilevanza' con quello di 'menzione' o 'citazione'. Al contrario, a chi scrive pare che il controllo di rilevanza costituzionale del bene non possa in alcun modo risolversi nella verifica circa la presenza di questa o quest'altra parola nel testo costituzionale, che si risolverebbe – questa sì – in un puro astrattismo formalistico, un

⁴⁹⁶ Questa la prospettiva di MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 184 ss., sulla scorta di alcune indicazioni invero provenienti da VALENTI, *Valori costituzionali e politiche penali*, cit., p. 62 ss. Beninteso, una revisione dei valori costituzionali deve considerarsi ammissibile se e fintantoché essa non intacchi il nucleo essenziale dei valori tutelati dalla Costituzione e le loro reciproche gerarchie, ovvero l'insieme dei principi caratterizzanti l'ordinamento costituzionale, ciò essendo vietato dall'art. 139 Cost., che va inteso come non semplicemente riferito alla forma di Governo, bensì, più ampiamente, alla forma di Stato; per tutti e autorevolmente, sul punto, MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, p. 279 ss.

⁴⁹⁷ Chi scrive non ignora che la questione è stata ampiamente dibattuta nella dottrina costituzionalistica; per tale innovativa ricostruzione e per gli opportuni riferimenti bibliografici cfr., autorevolmente BARBERA, sub *art.* 2, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975

inutile e probabilmente pericoloso ossequio al testo costituzionale; la rilevanza, piuttosto, sembra dover essere intesa quale assunzione – peraltro anche implicita – del bene (*rectius*, del valore sotteso al bene) tra quelli cui la Costituzione, tenendo conto del sistema di valori ad essa sotteso, dà, per così dire, ‘assenso’. In altri termini, la ‘rilevanza’ va intesa nel senso di assunzione del bene (*rectius*, del valore ad esso sotteso) tra quelli che la Carta «riconosce e garantisce», assumendoli a fondamento dell’ordinamento normativo-sociale di cui costituisce la massima fonte e il punto assiologico di riferimento. E ciò, ovviamente, non può risolversi in una pura verifica ‘notarile’ circa la presenza o meno di una parola nel testo costituzionale, ma implica una ben più complessa operazione ermeneutica, come (né più, né meno) avviene, d’altronde, per qualsiasi testo giuridico. Che la rilevanza non vada affatto intesa come ‘menzione’ è dimostrato, tra l’altro, pure dalle più accurate riflessioni, costituzionalmente orientate, sul concetto, ad esempio, di ordine pubblico, che, come vedremo nel capitolo seguente⁴⁹⁸, pur essendo menzionato in Costituzione, non costituisce, per opinione largamente prevalente, un bene giuridico-penale, almeno nella sua accezione ideale; e ancora, anche le più autorevoli indagini sui beni giuridici rilevanti nei fatti contro la pubblica amministrazione dimostrano come «buon andamento» e «imparzialità», pur citati dall’art. 97 Cost., non possono essere in quanto tali considerati beni giuridici penalmente tutelabili, ma sono concetti da specificare e concretizzare alla luce degli ulteriori principi, di rilievo costituzionale, inerenti alla materia penale, pena la loro riduzione al «ruolo di una “scatola”, un po’ magica, ma desolatamente vuota»⁴⁹⁹. In cosa più specificamente consista tale operazione ermeneutica, si vedrà nel capitolo conclusivo del presente lavoro, ove tenteremo di concretizzare le nostre riflessioni generali in rapporto ad alcuni beni giuridici – uno c.d. istituzionale e l’altro c.d. collettivo – tradizionalmente particolarmente problematici.

Per il momento, i rilievi svolti ci conducono alle due ultime obiezioni mosse alla tesi della necessaria rilevanza costituzionale. Queste, come illustrato, le rimproverano l’assenza di parametri normativi vincolanti, con il conseguente rischio di una sovraesposizione politica della Corte costituzionale. Quanto al primo punto, si è appena detto che, essendo il concetto di rilevanza nient’altro che l’esito di una valutazione complessa circa il giudizio di valore espresso dalla Costituzione circa la meritevolezza di

⁴⁹⁸ Cfr., *infra*, cap. IV, § 3.3.

⁴⁹⁹ Sul punto cfr., per tutte, l’indagine di BALBI, *I delitti di corruzione. Un’indagine strutturale e sistemica*, Napoli, 2003, pp. 35 ss., 46.

un dato oggetto di tutela, si vedrà più avanti se vi siano (e, nel caso positivo, quali siano) criteri costituzionali idonei a fornire un ‘volto positivo’ al concetto generale di bene giuridico: tale obiezione, infatti, non implica affatto la necessità di un rigetto della teoria, bensì, in primo luogo e preliminarmente, il tentativo di un suo chiarimento e di un ulteriore affinamento dei relativi criteri ‘applicativi’. Ed è proprio questo, come già detto, ciò che si tenterà di fare nel prosieguo del presente lavoro.

Quanto al secondo aspetto, relativo al rischio di una politicizzazione della Corte costituzionale, ci sia consentito soltanto osservare come una simile critica rischi di rimanere confinata sul piano astratto delle remote eventualità, rivelandosi – essa sì – sostanzialmente ‘antistorica’⁵⁰⁰. Infatti, come si è detto, lungi dal sovraesporsi politicamente, la Corte costituzionale ha, in realtà, ampiamente dimostrato una forte (quando non eccessiva) timidezza in ordine alla propria funzione di controllo dei contenuti delle leggi penali, riducendo, come si è visto, il sindacato sull’offensività ai più familiari lidi della ragionevolezza, intesa in un certo qual modo come «[s]proporzione assoluta»⁵⁰¹ tra ‘costo’ complessivo della pena e scopo di tutela (non, dunque, bene giuridico).

Senonché – ed è ciò che sin da ora più ci preme sottolineare – è proprio l’utilizzo di tale criterio, ‘disancorato’ dalla (indagine sulla) necessaria dimensione costituzionale del bene – oltre che da un *tertium comparationis* – ad implicare, a nostro avviso, dei margini di discrezionalità ben maggiori rispetto a quelli sottesi all’accoglimento del principio dell’offensività nella sua dimensione forte, in collegamento con la tesi dei beni giuridici di rilievo costituzionale. Infatti, il giudizio di ‘ragionevolezza’ è per definizione massimamente discrezionale, sottendendo una valutazione ‘complessiva’ di razionalità da parte della Corte, oltretutto non guidata dal ‘valore’ e dal ‘rango’ costituzionale del bene giuridico, ma ispirata a criteri talvolta davvero difficilmente controllabili⁵⁰².

⁵⁰⁰ Valorizza tale contro-obiezione particolarmente MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 74.

⁵⁰¹ PALIERO, *L’agorà e il palazzo*, cit., p. 105.

⁵⁰² Può citarsi ad esempio, per tutte, la sentenza della Corte costituzionale n. 518/2008 sulla fattispecie di incesto di cui all’art. 564 c.p., ai limiti della tautologia nella motivazione circa il corretto bilanciamento tra beni e la legittimità delle finalità perseguite dal legislatore con la disposizione censurata; pur propendendo per una soluzione analoga circa la legittimità della corrispondente fattispecie nell’ordinamento tedesco, ben diverso è stato l’impegno argomentativo profuso, come si è visto, dal *Bundesverfassungsgericht*.

2.2. *Intermezzo. Omnis definitio periculosa est: i limiti delle ‘concezioni’ costituzionali del bene giuridico*

Sgombrato il campo dalle critiche tradizionali mosse all’idea di un ancoraggio costituzionale dei legittimi oggetti della tutela penale, è giunto il momento di tirare un bilancio complessivo dei meriti e dei limiti delle diverse teorie costituzionalmente orientate del bene giuridico esaminate nel corso del presente lavoro, al fine di dimostrare la perdurante attualità di quella prospettiva, pur senza negare la necessità di qualche chiarimento e di ulteriori affinamenti concettuali.

In proposito, è subito il caso di chiarire che non crediamo che l’aggancio costituzionale ‘forte’, o l’individuazione di una definizione o concezione di tipo sostanziale, possano essere dotati di un qualche potere taumaturgico. In effetti, va senz’altro riconosciuto che la ricerca di un concetto o di una definizione del bene giuridico ha rappresentato, come si è visto nel capitolo precedente, una sorta di costante della riflessione scientifica tedesca, con la sola esclusione del periodo intercorrente tra le due guerre mondiali, ed ha vissuto un nuovo periodo di splendore proprio a partire dall’entrata in vigore della costituzione di Bonn. In quell’ambito si parla, per lo più, di concezioni (*Gedanken*) o di teorie del bene – che siano esse ‘liberali’, ‘metodologiche’, ‘personalistiche’ – con ciò volendo intendere il modo in cui, sulla base di un predato modo di intendere l’ordine costituzionale dei valori, se non addirittura della *Weltanschauung* dell’Autore di volta in volta considerato – e, dunque, per così dire, ‘dall’alto’ – quella categoria concettuale viene definita nei suoi contenuti.

Tuttavia, come peraltro può agevolmente evincersi dalla semplice lettura della rassegna di definizioni che abbiamo portato ad esempio nel capitolo precedente⁵⁰³, si tratta di formule definitorie che rispecchiano un certo modo di intendere i rapporti tra individuo e Stato (o tra libertà e autorità, se si preferisce) e, così, la funzione stessa del diritto penale nell’ordinamento giuridico di riferimento; esse, proponendosi come formule ‘generali’ e paradigmi altrettanto generali di giustificazione – e, correlativamente, di critica di ogni fattispecie incriminatrice – pretendono al tempo stesso una validità generale (e generalizzata), nel loro determinare il «...complesso degli elementi volti a

⁵⁰³ *Supra*, cap. II, § 4.2.

caratterizzare e circoscrivere»⁵⁰⁴ il relativo oggetto. Tuttavia, la loro pur talvolta indubitabile correttezza – per così dire – astratta, non implica *ex se* anche la loro efficacia concreta, vale a dire la relativa capacità di fungere effettivamente da formule al tempo stesso descrittive e prescrittive in via operativa, *id est* da spartiacque tra ciò che è penalmente tutelabile e ciò che non lo è.

Peraltro, è appena il caso di riconoscere che ogni definizione – e *a fortiori* quella di un concetto così generale come, per forza di cose, deve essere quello di bene giuridico – sconta per sua stessa natura un certo grado di genericità e di astrattezza e, allorché si tratti di concetti giuridici, ciò implica a sua volta un ineliminabile margine di discrezionalità interpretativo-applicativa. In altre parole, se ci si arresta sul piano delle semplici definizioni, si rischia di rimanere in un puro ‘iperurano’, in quanto troppo spesso esse si risolvono in un’astratta – per quanto stimolante – speculazione teorica, senza alcun riscontro sul piano della prassi, nel senso della loro concreta utilizzabilità da parte dell’interprete e, dunque, nel senso della loro ‘giustiziabilità’: quest’ultima, infatti, non si può pretendere da una mera definizione, essendo necessario, a monte, un ulteriore e più specifico grado di concretizzazione della definizione generale e, a valle, una più complessa valutazione.

Infatti, affermare che i beni giuridici sono ‘situazioni’ o ‘interessi’ o ‘valori’, pur ove ci si sforzi di specificare il più possibile il concetto generale, certo non mette al riparo, di per sé, dall’estrema opinabilità dell’operazione logicamente successiva, che – consistendo nel verificare se questo o quell’oggetto di tutela possa essere sussunto nel concetto generale in quanto suscettibile di essere definito, di volta in volta, come una situazione, un interesse, un valore, una posizione di scopo, un oggetto del mondo esterno dotato di valore (e così via)⁵⁰⁵ – rende, per così dire, operativa la funzione critica del concetto.

In altre parole – prescindendo ovviamente dalle concezioni formali o metodologiche⁵⁰⁶ – data una certa definizione (pur) ‘sostanziale’ o ‘materiale’, si potrà in realtà discettare all’infinito se questo o quell’oggetto siano dotati, o meno, dei requisiti pretesi dalla premessa maggiore del sillogismo (*id est*, dalla definizione generale del

⁵⁰⁴ Da Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, per «definizione».

⁵⁰⁵ Cfr., ancora, le definizioni riportate *supra*, cap. II, § 4.2.

⁵⁰⁶ Come si spera di aver dimostrato, infatti, esse sono per definizione incapaci di indicare un concetto in grado di svolgere al contempo una funzione critica e una funzione dommatica, poiché capaci di adattarsi ad ogni fattispecie in quanto, essendo ricavate con metodo intrasistemico di tipo induttivo, sono logicamente derivanti da essa.

concetto)⁵⁰⁷. Ridotto a più o meno pigre formulette, pur costituzionalmente dedotte, il concetto di bene giuridico non apporta, perciò, alcun efficace contributo ad una razionale selezione degli oggetti penalmente tutelabili, né tantomeno – e di conseguenza – è capace di esprimere il contenuto oggettivo di disvalore generale dell’illecito penale. Com’è stato acutamente notato, il tentativo di individuare a tutti i costi una ‘definizione’ più corretta o migliore di quella precedentemente proposta, «rischia di risolversi in una mera questione terminologica, senza che al ‘significante’ corrisponda un ‘significato’ che...sia capace di esplicare effettivamente funzione critica e dogmatica. Nessuna formula dimostra di avere reale contenuto informativo, ma, al più, si riflette in un semplice effetto placativo; tanto che il problema, dunque, sarebbe solo rinviato alla interpretazione della definizione»⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Del tipo: 1. “I beni giuridici sono xyz”, dove x, y e z stanno per sostantivi, più o meno descrittivi (come ‘situazioni’), più o meno assiologicamente connotati (‘interessi’, ‘valori’), aggettivi (‘meritevoli’, ‘significativi’), e locuzioni variamente composte (‘dotati di valore’, ‘giuridicamente tutelati’, e così via); 2. “a è un xyz” (nel senso che è una ‘situazione’, ovvero un ‘interesse’, un ‘valore’, e così via); 3. “a è un bene giuridico”.

⁵⁰⁸ Così, limpidamente, MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 16-17, sulla scia di HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., p. 63, secondo cui «i tentativi di definire un...concetto di bene giuridico generalmente valido finiscono, perciò, anche in astratte generalizzazioni dal carattere più placativo che informativo». V. pure, efficacemente, PULITANÒ, *Diritto penale*, ed. IV, Torino, 2011, p. 114, secondo cui le diverse definizioni di bene giuridico «non sembrano avere concreta utilità. Non sono autentiche definizioni, nel senso che non servono a porre le regole d’uso del concetto di bene giuridico. non forniscono criteri di controllo che possano essere razionalmente applicati, per convalidare o invalidare opzioni di tutela. Tutt’al più, possono essere considerate espressione retorica, tanto suggestiva quanto generica, dell’idea che gli oggetti di tutela penale debbono essere interessi significativi, sotto punti di vista normativamente apprezzabili»; v. pure ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 132, il quale pure ritiene del tutti inefficaci simili definizioni – cui ritiene applicabile l’osservazione di Wittgenstein secondo cui «a volte richiediamo definizioni, non per il loro contenuto, ma per la forma della definizione. La nostra è una richiesta architettonica; la definizione è come un finto cornicione che non sorregge nulla» –; l’illustre Autore, tuttavia, pare implicitamente adottare, nel prosieguo delle sue riflessioni, una concezione metodologica del bene giuridico. Sulla necessità di una definizione, diversamente, STRATENWERTH, *Zum Begriff des „Rechtsgutes“*, cit., p. 379, secondo cui «in queste condizioni potrebbe prima di ogni altra cosa darsi un ulteriore tentativo di chiarire preliminarmente i concetti e intendersi su cosa *der Sache nach* si parla sotto il titolo di bene giuridico. Ciò può avvenire soltanto per mezzo di una descrizione; vale a dire trovando una perifrasi che sia adatta a tutte le fattispecie penali...In fondo la teoria del bene giuridico, da Birnbaum fino all’estremo di una definizione puramente formale...non ha proceduto diversamente. Ma, in effetti, neppure potrebbe procedere diversamente, ove intenda conservare la pretesa di una validità universale del dogma». L’Autore, così, passando in rassegna criticamente alcune delle più rinomate definizioni o concezioni elaborate nella dottrina tedesca, giunge alla conclusione – soprattutto in relazione ai beni giuridici superindividuali – secondo cui la questione non è che sia «sinora non chiarita, bensì proprio irrisolvibile», poiché «una definizione materiale onnicomprensiva di bene giuridico è una quadratura del cerchio» (*ivi*, p. 388). Egli propone, quale modello generale di legittimazione del diritto penale, soprattutto con riferimento ai beni giuridici universali (ID., *Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 255 ss.), la discussa categoria dei c.d. *Verhaltensdelikte*, elaborata da R. Hefendehl per indicare quei reati che non si possono legittimare mediante il concetto di bene giuridico, ma che non sarebbero,

Ma il compito di una teoria costituzionalmente orientata di bene giuridico non può, né deve, né tantomeno pretende di essere quello di individuare una definizione capace di appagare un astratto bisogno di ordine concettuale o di rigore metodologico fine a se stesso, trovando una ‘bella formuletta’ adatta a definire ciò che si ‘vorrebbe fosse tutelato’: come oltretutto già la saggezza giuridica romana aveva avuto modo di constatare, «*omnis definitio periculosa est*». Quel che va ricercato, infatti, non è una concezione di bene giuridico valida *ex se*, bensì un affinamento e una maggiore concretizzazione dei parametri normativi, di rango costituzionale, mediante i quali è possibile argomentare razionalmente – e giuridicamente – se un dato oggetto di tutela possa essere penalmente tutelato in un dato ordinamento costituzionale. In altre parole, ciò di cui andiamo alla ricerca non è una definizione, ma soltanto parametri, costituzionalmente dedotti, in base ai quali selezionare quegli oggetti di tutela penale, che per tradizione teorica, peraltro relativamente recente – ma anche, noi crediamo, a ragione⁵⁰⁹ – chiamiamo ‘beni giuridici’.

per ciò solo, illegittimi, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, cit., p. 52 ss. Il tema, e le questioni problematiche ad esso sottese, sono amplissimi, e non possono trovare un’adeguata trattazione in questa sede; cfr., *ex multis*, criticamente, ROXIN, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff*, cit., p. 444 ss.; WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 124 ss., spec. p. 141 ss.

⁵⁰⁹ Non è mai il caso di ‘morire’ per questioni di pura terminologia, che peraltro, a nostro sommo avviso, è in questo caso comunque corretta, in quanto forse meglio di altre rispecchia il necessario duplice aspetto, assiologico e materiale, dell’oggetto della tutela penale.

2.3. Secondo intermezzo. Cosa possiamo (e dobbiamo) chiedere ad una teoria costituzionale del bene giuridico. Qualche osservazione sulla necessaria ‘dimensione costituzionale’ degli oggetti della tutela

D’altro canto, anche a prescindere dall’inanità di ogni sforzo definitorio, chiedere ad una teoria del bene giuridico una ‘formula, che squadri da ogni lato’ quel concetto, ‘e a lettere di fuoco lo dichiarar’, è pretesa non soltanto sostanzialmente impossibile, ma anche scientificamente scorretta.

Con ciò non si intende affermare che l’idea per cui il concetto di bene giuridico possa svolgere esclusivamente una funzione negativa di legittimazione implichi di per sé la conseguenza che «una teoria del bene giuridico non può quasi mai dirci in positivo – e tutto sommato non serve che ci dica – che una determinata proibizione penale è giusta in quanto protegge un determinato bene giuridico»⁵¹⁰. Infatti, una teoria contemporanea del bene giuridico, per essere davvero efficace, deve anche abbandonare una semplice ‘poetica del non’, che si limiti esclusivamente a dire cosa ‘non è’ bene giuridico, ma deve, invece, anche tentare di affermare, in positivo, cosa sia bene giuridico (e, di converso, ovviamente, cosa non lo sia). Con ciò si intende, invece, soltanto riconoscere che l’operazione concettuale che ci permette di concludere circa la ‘tutelabilità’ penale di un dato oggetto di tutela, non è – né può essere – un’operazione, per così dire, ‘autoevidente’ e immediata, in quanto i beni giuridici non ‘piovono dal cielo’, né vengono ricavati mediante un algoritmo rispondente ad una secca logica binaria «sì/no», «bene giuridico/non bene giuridico»⁵¹¹.

Piuttosto, il riconoscimento della qualità di bene giuridico a una determinata ‘entità’ concettuale può costituire soltanto l’esito ultimo di un complesso variegato di valutazioni successive⁵¹², tra loro connesse secondo determinati passaggi logico-giuridici. Essa è,

⁵¹⁰ Così autorevolmente FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 473.

⁵¹¹ Come efficacemente osserva HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 91 il concetto di bene giuridico «...non è denso di presupposti (*voraussetzungsvoll*), così che da esso si possano dedurre decisioni politico-criminali circa la meritevolezza di pena. Ma ciò, d’altronde, non si può pretendere da un concetto di bene giuridico. ...[poiché] il suo valore...non sta nella sua capacità di consentire deduzioni *more geometrico*, bensì nella sua capacità di supportare una determinata argomentazione nell’ambito del confronto scientifico».

⁵¹² Benché svolte a diverso proposito, valga, sul punto, l’acuta osservazione di PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 341, secondo cui «al procedimento di analisi

inoltre, – come d'altronde lo è ogni valutazione giuridica non 'fideistica' – per definizione sempre opinabile e controvertibile, purché ciò avvenga mediante argomentazioni razionali fondate su criteri – di natura sia positiva che negativa – normativamente fondati. Di più (ma neppure di meno) non si può (né si deve) chiedere al bene giuridico, non diversamente da quanto avviene in rapporto a qualsiasi altro concetto sovrastrutturale, qual è ogni concetto giuridico: tali concetti non sono veri e propri oggetti di conoscenza – quasi che essi esistano in natura e all'uomo spetti scoprirli o rivelarli – bensì soltanto strumenti di conoscenza elaborati dall'uomo, e dunque si giustificano, e talvolta si impongono, se ed in quanto essi siano utili all'uomo, al fine di migliorare il suo stare in comunità, e dunque in quanto servano alla pacifica convivenza sociale.

Per tali ragioni, appare davvero difficile comprendere perché la circostanza che la teoria del bene giuridico ancora non abbia raggiunto un elevato grado di stabilità, o che essa sia stata declinata in molteplici versioni o interpretazioni, o che non abbia ancora indicato con sicura certezza cosa è bene e cosa non lo è, sconvolga i più radicali critici del nostro concetto, pronti a riconoscere l'ennesima sua crisi. La verità, piuttosto, è che così accade per ogni istituto giuridico e in ogni ramo dell'ordinamento, ed ovviamente anche nel diritto penale (e non soltanto in relazione al bene giuridico, bensì) in relazione a pressoché ogni sua categoria dommatica. Non pare che sulla colpa, sulla causalità o sul dolo non residui alcun tipo di incertezza – anzi! –, ma non risulta che qualcuno abbia mai seriamente pensato di 'abbandonare la causalità o il dolo o la colpa'⁵¹³.

Piuttosto, a noi sembra che proprio il concetto di bene giuridico, lungi dal creare confusione circa l'individuazione dei possibili contenuti delle leggi penali, consenta, da un lato, di condurre un 'discorso razionale' sulle scelte di politica criminale, e di sottrarle all'arbitrio e al decisionismo di una contingente 'maggioranza' parlamentare, assicurando

bisogna riconoscere il carattere di una naturale esigenza del conoscere...qualsiasi oggetto cui si rivolga la mente indagatrice, non può essere appreso tutto d'un tratto, come effetto di una balenante intuizione unitaria. Ogni conoscenza (scientifica) non può essere che conoscenza per gradi, conformemente al successivo spiegarsi di fronte all'intelletto della pluralità degli aspetti di ciascun oggetto: e le tappe che via via si percorrono per giungere alla conoscenza integrale, altro non sono, appunto, che il volgersi dell'intelletto prima all'uno poi all'altro degli aspetti, o elementi che dir si vogliono, dell'oggetto medesimo...la stessa definizione altro non è che una scomposizione dell'oggetto nelle sue parti costitutive».

⁵¹³ Non varrebbe, peraltro, obiettare che in questi casi si tratta di categorie normativamente fondate e nominate dal codice penale, poiché i continui riferimenti del codice penale all' 'offesa', o all' 'evento offensivo o pericoloso', nonché il recentissimo art. 131-*bis* c.p., nella parte in cui fa riferimento all' «esiguità del danno o del pericolo», non possono che presupporre un bene giuridico quale loro unico 'oggetto' possibile.

al contempo la loro congruenza con la gerarchia di valori su cui si fonda il patto costituente, vale a dire con le opzioni assiologiche di fondo di una determinata comunità di persone organizzata a Stato; e, dall'altro, di rendere il più affidabile possibile – e coerente con quei presupposti assiologici – l'applicazione giudiziale di quelle norme, consentendo al contempo un controllo razionale delle decisioni giudiziarie⁵¹⁴.

Ma allora – paradossalmente – la prospettiva da cui muove la maggior parte delle critiche al concetto di bene giuridico pare dover essere radicalmente rovesciata. Dal momento che i concetti giuridici non vivono di vita propria, ma soltanto in quella dimensione (artificiale) in cui la scienza giuridica concretamente li fa vivere, può dirsi che proprio guardando alle infondate critiche cui quella tesi è stata sin da subito sottoposta, si può invero facilmente comprendere perché, sul piano della concreta esperienza legislativa⁵¹⁵, il concetto di bene giuridico non abbia incontrato particolare fortuna⁵¹⁶: esso, infatti, è stato *reso* incapace di svolgere quella funzione di cerniera tra realtà sociale, legislazione e dommatica cui, per sua origine e funzione, deve essere finalizzato. E dunque, proprio perché reso difficilmente operativo, rimasto soltanto un nome o un'etichetta rassicurante da affibbiare alle più disparate entità concettuali, esso si è rivelato un 'lupo vestito da agnello'⁵¹⁷, un concetto più idoneo ad ampliare, piuttosto che a restringere, i confini della tutela penale.

Infatti, come si è tentato di dimostrare in apertura di questo capitolo, nel corso degli anni, svincolato dall'angusta 'gabbia' costituzionale, quel concetto ha consumato e pervertito quella funzione critico-limitativa con cui – benché a fatica – si era fatto strada

⁵¹⁴ Sono, o dovrebbero essere questi i compiti, rispettivamente, della politica criminale e della dommatica, secondo il prezioso insegnamento di ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 39 ss.

⁵¹⁵ Addirittura PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 354 afferma che «il principio di offensività viene ad assumere un rigore teorico e concettuale inversamente proporzionale al suo grado di effettività storica e legislativa».

⁵¹⁶ Così PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 456; cfr. anche ID., *Meriti e limiti*, cit., p. 74.

⁵¹⁷ Cfr. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, cit., p. 1; cfr. pure ID., *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., p. 75, nel senso che la giurisprudenza ha dimostrato di utilizzare il concetto di bene giuridico e l'interpretazione teleologica della fattispecie con la finalità di estendere, anziché ridurre, il campo della tipicità, fino a giungere, di fatto, ad applicazioni analogiche. In senso analogo si veda pure MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., p. 1208, il quale paventa il rischio che un bene giuridico svuotato di una reale funzione selettiva «dei fatti di reato, ne diventa un potente fattore di espansione analogica, alla mercé dell'incontrollabile politica criminale del potere giudiziario», pur non disconoscendo affatto, ed anzi rivendicando la funzione politico-criminale del concetto di bene giuridico. Nel senso che il bene giuridico rischia, «nei casi marginali», di «favorire ipostatizzazioni concettuali», PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 88.

dapprima nel ‘diritto penale moderno’ e poi, dopo la parentesi del totalitarismo, nella scienza penalistica del dopoguerra; e, dunque, non perché intrinsecamente positivistico o volatile, bensì perché continuamente positivizzato e volatilizzato, esso ha (inevitabilmente) dimostrato una spiccata capacità espansiva, adattandosi a «seguire i corsi della politica criminale» a discapito della sua «capacità di guidarli»⁵¹⁸, e dunque a legittimare le più disparate fattispecie incriminatrici. Invero, in assenza di parametri chiari idonei ad orientare normativamente la (pur ineludibile e democraticamente vitale) discrezionalità del legislatore e quella (altrettanto ineludibile, ma forse meno vitale) dell’interprete, è quanto mai vero che un bene giuridico può sempre essere trovato ‘ovunque’, poiché proprio in assenza di criteri costituzionali tutto è, in potenza, bene giuridico, e quella discrezionalità rischia di trasformarsi (nuovamente) in puro arbitrio.

In definitiva, che il concetto di bene giuridico, (ri)nato nel dopoguerra con chiare finalità di garanzia, abbia assunto, nella prassi, una funzione ampliativa dell’ambito del penalmente rilevante, sì da fungere talvolta da «volano della criminalizzazione»⁵¹⁹, è questione che attiene ad un suo distorto uso (*rectius*, abuso) in chiave simbolica, ma che certamente non è un connotato ontologico, o un ‘marchio di fabbrica’ di quel concetto, che – se non sin dalle origini⁵²⁰, almeno a partire dal secondo dopoguerra – è, invece, strumento di limitazione dell’arbitrio del potere punitivo e, dunque, di garanzia della persona umana. D’altro canto, il rilievo per cui la giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria, usa (*rectius*, abusa) di quel concetto, avendolo peraltro trasformato in volano di espansione delle incriminazioni e reso un ‘lupo vestito da agnello’, non sembra affatto un buon motivo per un suo abbandono da parte della scienza penalistica – ché la situazione si verrebbe evidentemente ancor più ad aggravarsi – bensì, esattamente al contrario, un valido motivo per insistere ancora una volta per una sua ‘rinascita’ e per approntare criteri normativi in grado di farlo correttamente ‘funzionare’.

⁵¹⁸ Così MANES, *Il principio di offensività*, p. 12

⁵¹⁹ PALIERO, *L’agorà e il palazzo*, cit., p. 107.

⁵²⁰ Cfr., *supra*, cap. I, § 2 ss.

2.4. Coda. Qualche ulteriore precisazione conclusiva su bene giuridico e offensività

Per le ragioni esposte, chi scrive, pur consapevole del rischio di apparire ‘fuori moda’, se non addirittura ‘antistorico’⁵²¹ – è pienamente convinto che i parametri idonei a guidare il procedimento valutativo in base al quale selezionare i legittimi oggetti di tutela penale siano esclusivamente quelli ricavabili a partire dalla Costituzione. Essa, pur se di carattere chiaramente compromissorio poiché nata da forze politiche (anche radicalmente) contrapposte⁵²², si fonda indubitabilmente su delle precise scelte di valore, che, se talvolta sono esplicite⁵²³, altre volte possono – e devono – essere ricostruite in via ermeneutica, con l’impiego di una discrezionalità interpretativa che, se è ineliminabile in ogni giudizio, è accettabile – e necessaria – nella misura in cui venga guidata normativamente dal complesso delle disposizioni costituzionali e dallo ‘spirito’ che le cementa. D’altro canto, a simili procedimenti valutativi la stessa Corte costituzionale, sia in materia penale, sia, più spesso, in altri settori dell’ordinamento, non ha mancato – anche di recente – di far ricorso⁵²⁴.

⁵²¹ Cfr., *supra*, cap. II, § 4.1.

⁵²² Cfr., *amplius*, cap. IV, sez. I, a proposito della problematica del delitto politico.

⁵²³ Si pensi, ad es., alla proprietà e alla sua funzione sociale (art. 42); all’iniziativa economica e al limite del rispetto della sicurezza e della dignità umana; (art. 41) alla rilevanza preminente del lavoro (artt. 1, 4, 36), su cui addirittura la Repubblica si fonda; alla libertà individuale (art. 13), doppiamente protetta mediante riserva di legge e di giurisdizione, etc. Si badi, peraltro, che anche qui bisogna guardarsi dallo scambiare ogni concetto o nome menzionato, o protetto, o tutelato, o riconosciuto dalla Costituzione (si pensi all’ordine pubblico *tout court* inteso, al buon costume, o addirittura alla bandiera...), come ad un bene giuridico, poiché, appunto, come si è tentato di dimostrare sopra, menzione non equivale a rilevanza, dal momento che quest’ultima – ovviamente, nel discorso che ci occupa – può risultare soltanto all’esito di un più ampio e complesso procedimento valutativo che verifichi la sua tutelabilità mediante il diritto penale, secondo i principi costituzionali, e le connesse garanzie, propri di tale disciplina; v., sul punto, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività*, cit., p. 147 ss.

⁵²⁴ In materia penale, a titolo di mero esempio, ma in modo paradigmatico cfr. la sentenza n. 26/1979, con cui la Corte dichiarò l’illegittimità incostituzionale dell’art. 186 co. I c.p.m.p. che equiparava omicidio consumato e tentato, volontario e preterintenzionale, e co. II che prevedeva ergastolo per lesioni gravi o gravissime. La *ratio* era data, evidentemente, dal comune carattere di insubordinazione di tali fattispecie, a tutela del bene della ‘disciplina militare’; la Corte mise in luce uno «stravolgimento dell’ordine dei valori messo in gioco», nella misura in cui la disciplina veniva equiparata sostanzialmente alla vita! Sul punto MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 209 ss., 245 ss., anche per l’illustrazione critica dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di offensività, su cui in questa sede non è possibile soffermarsi.

Come si è accennato nel capitolo precedente, la teorizzata necessità di una rilevanza costituzionale dei beni giuridico-penali si fondava – in parte implicitamente – su due fondamentali ordini di ragioni, che è bene ancora una volta ricordare.

In primo luogo, il riferimento alla Carta costituzionale rappresentava il punto di approdo della lunga e travagliata ricerca di un piano di legalità, superiore a quello ordinario, in grado di conciliare la risalente – diremmo ancestrale – contrapposizione tra la funzione critica e la funzione dommatica del concetto di bene giuridico; ciò, da un lato, implicava la costituzionalizzazione dell'idea del reato come fatto (concretamente) offensivo di un bene/interesse/valore di rilievo costituzionale e, dall'altro, consentiva di 'pensare al bene giuridico come punto fisso': in questo modo si rendeva concretamente operante la funzione critica del concetto di bene, consentendo un controllo circa il rispetto, da parte del legislatore, di un grado massimo (identificato nel pericolo concreto) di anticipazione della tutela, contemporaneamente scongiurando il rischio di un arbitrio giudiziale, nell'applicazione della fattispecie incriminatrice ai soli fatti in concreto conformi al tipo, vale a dire, tra l'altro, anche offensivi del bene tutelato dalla norma, come imposto dall'art. 49, co. II c.p.

In secondo luogo, da un punto di vista teorico generale, si trattava della 'naturale' applicazione, anche al diritto penale, di quel procedimento di bilanciamento tra beni costituzionali – nella specie, quelli lesi e quelli tutelati dall'intervento punitivo – che costituisce una caratteristica costante di funzionamento degli Stati costituzionali contemporanei, e che al tempo stesso rappresenta, in tali ordinamenti, un ordinario *modus procedendi* degli organi preposti al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi. Sotto tale profilo, invero, non si faceva altro che rileggere la funzione giustificativa (e perciò anche critica) del concetto di bene giuridico nell'ambito del nuovo ordinamento fondato su di una Costituzione rigida, lunga, compromissoria, come quella repubblicana, dischiudendo, per ciò solo, nuove e promettenti linee di indagine.

Detto in altri termini, il riferimento alla Costituzione costituiva la 'geniale premessa' teorica per una giuridicizzazione del cosiddetto punto di vista esterno in materia penale, che, nel rigetto di ogni forma di 'automatismo', e senza invero postulare alcuna 'teologia' o 'tirannia' dei valori, fosse idonea a fornire soltanto uno (quello 'fondante', se si vuole, ma pur sempre uno) dei criteri di orientamento del legislatore nella selezione dei fatti punibili; tale parametro, dunque, se da un lato non ne eliminava affatto *in radice* un certo margine di discrezionalità politica – che, anzi, è coesistente ad ogni forma di democrazia

costituzionale di tipo rappresentativo – , dall'altro rendeva anche possibile un controllo sulle scelte di politica criminale che non si 'aggirasse per i sentieri del diritto naturale', ma che, al contrario, risultasse normativamente fondato.

A sommo avviso di chi scrive, peraltro, neppure la teorizzazione bricoliana, analogamente, come si è visto, alle concezioni costituzionalistiche di matrice tedesca, poteva considerarsi esente da aspetti problematici; in essa, infatti, da un lato, sembra porsi l'accento soprattutto sull'aspetto, per così dire, 'assiologico' dell'oggetto della tutela (*id est*, il suo 'posto' nell'ordine costituzionale dei valori), senza approfondire particolarmente quello 'materiale' (*id est*, il suo supporto concreto nel mondo reale e, di converso, nella descrizione legislativa del fatto tipico)⁵²⁵ e, dall'altro, gli stessi concetti di bene/interesse/valore sembrano essere utilizzati per lo più quali semplici sinonimi. Come si è avuto modo di accennare in precedenza⁵²⁶, infatti, il solo riferimento al 'valore' dell'oggetto della tutela, senza adeguatamente specificare il suo rapporto con l'oggetto materiale dell'azione, e con il substrato empirico, che deve essere di volta in volta 'offeso' dalla singola condotta, non sembra mettere adeguatamente al riparo da logiche meramente 'simboliche', che potrebbero, eventualmente, sconfinare addirittura nel paradigma della 'tutela di norme'.

Sicché, per rendere concretamente ed effettivamente 'funzionante' quella 'geniale premessa', non resta che chiarire il concetto di rilevanza costituzionale del bene giuridico, mediante un affinamento di quelli che potremmo definire quali 'criteri assiologici puri' e 'criteri (pur sempre) assiologici (ma) con rilevanza materiale'⁵²⁷, che concorrano ad individuare, da un lato, l'aspetto assiologico dell'oggetto della tutela e, dall'altro, l'aspetto materiale⁵²⁸, quali parametri di legittimità (costituzionale) dell'esercizio del potere

⁵²⁵ Parafraiamo, in proposito, le espressioni *Sinns-* e *Wertaspekt*, abbozzate da SINA, *op. cit.*, 93, secondo il quale tanto il primo quanto il secondo rappresentano elementi essenziali del complesso concetto di bene giuridico; analogamente MARX, *op. cit.*, 9, anch'egli, peraltro, senza sviluppare particolarmente l'intuizione.

⁵²⁶ Cfr. *supra*, cap. II, § 4.2.

⁵²⁷ Ci riferiamo, in entrambi i casi, a criteri/parametri di rango costituzionale, spesso coincidenti con altrettanti principi, inerenti alla materia penale; peraltro, mentre con l'espressione 'criteri assiologici puri' ci riferiamo a quelli che, direttamente o indirettamente, contribuiscono a delineare l'aspetto assiologico del bene giuridico di volta in volta considerato e, dunque, il suo 'rango' nella scala costituzionale dei valori, con la nozione di 'criteri assiologici con rilevanza materiale' intendiamo riferirci a criteri, pur sempre di tipo assiologico – attesa la presenza pur sempre di una scelta 'di valore' alla base di ogni principio costituzionale – che, peraltro, svolga un'immediata o mediata incidenza sul piano dell'aspetto materiale del bene giuridico (es. principio di determinatezza del precetto, che sottende – crediamo – anche l'afferrabilità del bene giuridico).

⁵²⁸ Per un tentativo di esemplificazione di tali concetti, nella ricostruzione di una nozione 'penalistica' e personalistica del bene 'ambiente' cfr., *infra*, cap. IV, sez. II.

punitivo. Ed *in primis*, tra questi, il valore della persona umana, che informa (*rectius*, deve informare) l'intero ordinamento, soprattutto in un settore, come quello penale, che così da vicino e così gravemente incide sui diritti fondamentali dell'uomo. Quali possano essere tali parametri, e in che modo essi possano essere di volta in volta individuati, si tenterà di chiarire e di esemplificare nel capitolo precedente, ove tenteremo di concretizzare le considerazioni sin qui svolte, provando a ricostruire, su tali basi, due oggetti di tutela di natura superindividuale tradizionalmente problematici. Valgano, per il momento, soltanto due indicazioni di massima.

In primo luogo, quanto all'aspetto assiologico, a nostro sommo avviso soltanto una dimensione prettamente 'personalistico-funzionale' del concetto di bene giuridico – ove rettamente intesa – sembra poter assicurare, da un lato, la coerenza del sistema penale con l'ordine costituzionale dei valori, di natura schiettamente personal-solidaristica⁵²⁹.

Quanto, invece, all'aspetto 'materiale' del bene giuridico, alla luce dell'analisi e dei risultati già raggiunti dalle impostazioni in chiave costituzionale maturate sia nell'ambito dell'esperienza tedesca – orientata, come si è visto, per lo più ad individuare una definizione di bene giuridico costituzionalmente fondata –, sia nell'ambito dell'esperienza italiana – che si è invece dedicata maggiormente ad un'analisi delle problematiche inerenti alle tecniche di tutela e, dunque, non tanto all'oggetto, quanto piuttosto alla 'struttura del reato' – sembra innanzitutto doversi riconoscere la stretta interdipendenza delle due prospettive, dal momento che esse, a ben vedere, tendono a chiarire nient'altro che i due aspetti, l'uno 'assiologico' e l'altro materiale, del concetto di bene giuridico. Come dovrebbe evincersi da quanto esposto in precedenza, il solo concetto di bene giuridico, inteso come mero portatore dell'idea della tutela, o come 'scopo' della disciplina, pur ove chiaro e pienamente riconoscibile sia il suo rango costituzionale, non è elemento *ex se* sufficiente, ove non sia integrato da un principio di offensività, inteso in senso 'forte'. Da solo, infatti, esso potrebbe legittimare, ad esempio, anche la punizione di un mero accordo, o di qualsiasi atto preparatorio che, lungi dall'offendere concretamente il bene,

⁵²⁹ L'argomento è di ampio respiro e non può essere affrontato adeguatamente in questa sede. Cfr., ovviamente, sulla *personale Rechtsbegriff*, le splendide pagine di HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsbegriff*, cit., p. 90 ss.; più da vicino, ID., *Vor. zum § 1*, cit., p. 84 ss.; ma cfr. già le belle pagine di MARX, *op. cit.*, pp. 68 ss., 76 ss. Nella dottrina italiana sostengono una concezione personale del bene giuridico MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 175; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 152; PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 466 ss.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994, p. 131 ss.; con particolare riguardo al bene patrimonio, ma sulla base di considerazioni agevolmente generalizzabili, v. ancora MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 62 ss.

sia soltanto ‘finalizzato’ alla sua offesa; infatti, la punizione di un atto preparatorio pare essere pienamente conforme ad un ‘principio del bene giuridico’, ove questo venga inteso quale esigenza che le norme penali siano ‘finalizzate’ alla tutela di un interesse o ‘scopo ammissibile’, in quanto riconosciuti come meritevoli di tutela secondo l’ordine costituzionale di valori; tuttavia, come si è visto a proposito della tutela penale di funzioni e delle fattispecie di pericolo astratto, il bene, in tal caso, rimane soltanto sullo sfondo, e non assurge a vero e proprio ‘oggetto dell’offesa’, che non c’è. E ciò, come si è visto, non appare ammissibile nel nostro ordinamento.

Come pure nella dottrina tedesca è stato messo in luce, quel che dovrebbe rilevare, ai fini di un efficace controllo di legittimità costituzionale sui contenuti di una data fattispecie in relazione al ‘principio del bene giuridico’, è, invece, soprattutto il rapporto tra condotta e bene, e dunque la ‘relazione offensiva’ che deve sussistere tra di loro. E tale relazione, su cui soprattutto negli ultimi anni, come si è visto, la dottrina tedesca si sta impegnando, è assicurata nel nostro sistema, dal principio costituzionale di offensività, ove inteso seriamente nel senso ‘forte’ che si è esposto nel corso del presente lavoro. Da ultimo, peraltro, lo svilimento della necessaria dimensione costituzionale del bene giuridico, e la ‘parabola discendente’ che esso ha conosciuto nella riflessione scientifica e nell’esperienza legislativa degli ultimi decenni, ha portato la dottrina italiana a pensare di poter mantenere, se non addirittura vivificare, il principio di offensività, trascurando un’accurata indagine sul bene giuridico. Ma, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, l’offesa è concetto di relazione e, senza bene, priva di oggetto, «pencola nel vuoto»⁵³⁰, ed è dunque concetto inutile, se non addirittura dannoso e mistificatorio.

In conclusione, le due prospettive appaiono indissolubilmente complementari e, come abbiamo tentato di dimostrare nel corso del presente lavoro, costituiscono nient’altro che due facce della stessa medaglia. Da un lato, il principio di offensività, facendo riferimento ad un concetto di relazione, qual è l’offesa, presuppone la chiarezza dei termini da mettere in relazione, e cioè la condotta e l’evento. Ma l’evento, al tempo stesso, può essere descritto efficacemente soltanto ove sottenda un bene giuridico almeno intellettivamente ‘afferrabile’, capace di essere ‘pensato come punto fisso’, e alla cui individuazione concorrono, da un lato, elementi puramente ‘assiologici’ e, dall’altro

⁵³⁰ Così PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, ne *Il delitto politico dalla fine dell’Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 171.

parametri, pur sempre di natura assiologica, ma atti a plasmare, indirettamente, la sua dimensione 'materiale'.

E tutto ciò soltanto la 'dimensione costituzionale' del bene giuridico sembra poterlo davvero assicurare. In mancanza, è davvero reale il rischio che esso divenga nient'altro che un puro *slogan*, un concetto 'buono per ogni stagione' e sempre pronto all'uso, e che dunque assuma davvero le vesti di un 'lupo vestito da agnello', assurgendo a nefasto criterio onnivoro di legittimazione perenne dell'opzione penale.

Capitolo Quarto

Il bene giuridico personale al banco di prova di due casi problematici: l'esempio dei delitti politici e quello dell'ambiente

Sezione Prima

Dalla 'personalità dello Stato' alle libertà politiche: lineamenti di un'evoluzione necessaria

1. Il problema dell'offensività nel delitto politico

È rilievo comune nella dottrina penalistica quello secondo cui il titolo I del libro II del codice penale vigente può essere considerato un manifesto ideologico del regime che lo ha approvato; infatti, nonostante elementi di continuità con la legislazione precedente⁵³¹, da esso emerge con estrema chiarezza quanto profondo fosse quel rapporto di subordinazione che, in quel regime, avrebbe dovuto legare gli interessi dell'individuo a quelli dello Stato.

Tuttavia, se il dissenso politico è (e, come si vedrà, deve essere) una costante della civiltà organizzata, costante è stata anche la tendenza di tutti gli ordinamenti storicamente succedutisi a propendere per soluzioni meramente repressive⁵³²: lungo il corso dei secoli,

⁵³¹ Sul punto, FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 67 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., pp. 14 ss., 36 ss.; cfr., inoltre, CADOPPI e VENEZIANI, *I delitti contro la personalità dello Stato*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2008, p. 5; GAMBERINI, *Delitti contro la personalità dello Stato*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, p. 5; ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 147.

⁵³² Caso eccezionale, che brilla per 'nitore razionale', è quello di Pietro Leopoldo, illuminato granduca di Toscana, che nel 1786, fra l'altro, abrogò le fattispecie di delitto politico, poiché «provenienti la maggior parte dal dispotismo dell'Impero Romano, e non tollerabili in veruna ben regolata civiltà». Infatti, tali delitti si presentano come «azioni, che in sé non delittuose, lo sono divenute in questa materia solo per la legge», art. LXII c.d. Leopoldina in ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, II, Milano, 1995, p. 314 ss.

dall'antica Roma ai giorni nostri⁵³³, la fenomenologia della repressione è piuttosto variegata, ma quanto mai generosa di modelli autoritari e sottosistemi penali d'eccezione⁵³⁴ inclini a trasformare il dissidente politico – di volta in volta connotato come traditore, brigante, sovversivo, eversivo, terrorista – in un nemico⁵³⁵ da combattere, valutando la sua responsabilità non per ciò che egli obiettivamente realizza, ma per le motivazioni politiche sottese alla sua condotta.

Di ciò la dottrina penalistica moderna è sempre stata consapevole. È emblematico, in proposito, l'atteggiamento di Francesco Carrara, il quale, nel suo *Programma*, si rifiutò di esporre la categoria dei delitti politici, riconoscendo l'impossibilità di ricondurli alla «tela di principii assoluti e costanti, attorno ai quali come carne sulle ossa si avvolge la dottrina del giure punitivo»⁵³⁶. Alla scelta di Carrara, da taluno⁵³⁷ definita «aventiniana», non sembra estranea una certa vena polemica, quasi un intento di denuncia politica; quella scelta, tuttavia, è destinata a «lasciar andare le cose per il loro verso»⁵³⁸, come ad ogni rinuncia si conviene. Bisogna riconoscere, peraltro, che l'illustre Autore aveva dalla sua parte soltanto la tradizione politica e giuridica liberale, ma nessuno strumento normativo idoneo a fungere da parametro di delegittimazione dell'autoritarismo insito in certe manifestazioni del potere.

Come si è tentato di dimostrare nei capitoli che precedono, al giurista d'oggi, invece, un'altra strada è concessa. La rigidità delle costituzioni democratiche, soprattutto se di ispirazione liberal-solidaristica come quella repubblicana, consente non soltanto di ergere la «tela» razionale dei principi a parametro normativo di legittimità della

⁵³³ Per un'approfondita analisi storica cfr. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, *passim*; MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984, p. 11 ss.

⁵³⁴ Su tale concetto cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844 ss.

⁵³⁵ Ai giorni nostri il pensiero non può che correre al tanto noto quanto aberrante (benché autorevolmente proposto) modello del *Feindstrafrecht*, che ha suscitato una pressoché unanime 'indignazione' della dottrina penalistica. In argomento la letteratura è, ormai, vastissima; quanto ai lavori di Jakobs, cfr., per tutti, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, Heft 3, p. 88 ss.; ID., *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, p. 839 ss.; per una decisa critica cfr., *ex multis*, efficacemente CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche. Riconosce, peraltro, nella storia del potere (non soltanto penale) e dell'operato delle sue agenzie una costante ricerca del 'nemico' ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 757 ss.

⁵³⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, II ed., Lucca, 1871, p. 626 ss.

⁵³⁷ PULITANÒ, *Delitto politico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 359; critici nei confronti dei criminalisti del secolo scorso, per non aver inquadrato sistematicamente le fattispecie dei reati politici, si mostrano E. GALLO e MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, *Introduzione*, s.p.

⁵³⁸ PULITANÒ, *op. loc. ult. cit.*

legislazione ordinaria, ma, più incisivamente, di vincolare, in positivo, le opzioni di politica criminale del legislatore nella ricostruzione di un sistema coerente con le garanzie espresse da quei principi. Perciò, nonostante il codice Rocco sia divenuto, con il tempo, un *monumentum aere perennius*, la ricostruzione di un sistema penale consentaneo all'ordinamento repubblicano continua ad essere, oltre che un'occasione sempre mancata, anche una sfida ancora necessaria.

Se dunque il codice, nel suo autoritarismo, tende ad estendere il più possibile la nozione di delitto politico⁵³⁹, definendolo come quello che «offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino», o come «delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici» (art. 8, co. III c.p.), una legislazione di riforma non potrà sottrarsi al compito di individuare, sulla base del tessuto normativo costituzionale, il ruolo che l'elemento politico può legittimamente svolgere nella qualificazione giuridica di una condotta umana. Infatti, quanto più tale ruolo è incisivo ai fini della qualificazione del fatto, dell'individuazione della soglia di anticipazione della tutela e del carico sanzionatorio, tanto più elevato si fa il rischio che l'esercizio del potere punitivo assuma tendenze autoritarie, rivelandosi, come troppo spesso continua a rivelarsi, più che uno strumento di pace, un pericoloso *instrumentum regni*.

Le pagine seguenti, dopo una breve analisi dell'oggettività giuridica sotto la quale sono raggruppate le fattispecie del titolo I del libro II del codice penale, saranno dunque dedicate alla ricerca di un bene giuridico che possa costituire l'oggetto reale di offese

⁵³⁹ È doveroso osservare, comunque, che la nozione di delitto politico ricomprende senz'altro tutti i delitti contro la personalità dello Stato, ma non si esaurisce in essi. Com'è noto, l'ampia definizione, comprensiva anche del delitto c.d. soggettivamente politico, contenuta nel titolo I del libro I c.p., dedicato alla «legge penale», era funzionale all'incardinazione del giudizio presso il Tribunale speciale per la difesa dello Stato e all'applicazione della giurisdizione e della legge italiane anche a fatti commessi all'estero, indipendentemente dalla presenza dell'autore sul territorio dello Stato; cfr., sul punto, VASSALLI, *Il delitto politico commesso all'estero*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 388 ss.; DEL TUFO, *Delitto politico*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pp. 1-2; G. DE FRANCESCO, *Reato politico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 897 ss., 902 ss.; PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 358 ss.; per un diverso e originale ordine di idee, incline a riconoscere nell'art. 8, co. III c.p. un'applicazione specifica dell'art. 49, co. II c.p. secondo la concezione realistica dell'illecito penale, cfr. PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, p. 108 ss. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione – che, agli artt. 10 e 26, in funzione, opposta, di garanzia, sancisce il divieto di estradizione per i reati politici – si è posto il problema, ancora discusso soprattutto in relazione al fenomeno del “terrorismo”, di conciliare la nozione codicistica con quella emergente dalla Carta costituzionale; sul punto, oltre agli Autori sopra citati, cfr., più recentemente, MASARONE, *Argomenti in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la 'depolitizzazione' del terrorismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2013; *amplius*, ID., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, pp. 43 ss., 61 ss.

concrete, e all'indagine circa la legittimità di una specializzazione dell'offesa comune in ragione della finalità politica perseguita dall'agente. In tale ricerca, il principio di offensività, quale insostituibile strumento di raccordo tra la 'sintesi *a priori*' dei tratti essenziali che identificano il 'dover essere' dell'illecito penale secondo la Carta fondamentale e il volto, quanto mai problematico, che il sistema penale ordinario ne restituisce, può svolgere un ruolo fondamentale non soltanto nella delegittimazione della legislazione vigente, ma, soprattutto, in una prospettiva *de lege ferenda*, nella ricostruzione di un sistema penale concepito come sussidiario strumento di tutela di beni giuridici anche in una materia così fortemente esposta a tentazioni autoritarie⁵⁴⁰.

Non si tenterà, ovviamente, di offrire una panoramica esaustiva dei numerosi profili problematici che, soprattutto alla luce di quel principio, affliggono il titolo in esame⁵⁴¹: non si affronteranno, pertanto, le problematiche relative alle fattispecie associative, ai delitti di spionaggio, ai delitti bellici, né alle fattispecie che richiamano il concetto di "terrorismo"⁵⁴². E non soltanto perché ciò esula ampiamente dall'obiettivo del presente lavoro, ma soprattutto perché – come si è costantemente tentato di dimostrare nella prima parte – una loro corretta soluzione può essere ricercata soltanto alla luce della previa individuazione di un bene giuridico tutelabile. Solo su questa strada, a nostro

⁵⁴⁰ Sul punto cfr. le lucidissime osservazioni di GAMBERINI e INSOLERA, *Delitto politico: luogo privilegiato per una indagine sulla teoria costituzionale del bene giuridico*, in AA.VV., *Il delitto politico*, cit., p. 33 ss.

⁵⁴¹ Sul punto cfr., in particolare, i lavori di PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 815 ss.; ID., *La tipicità inafferrabile*, cit., p. 169 ss.; in una prospettiva anche *de lege ferenda*, cfr. ID., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 1 ss.

⁵⁴² Tale espressione è stata introdotta nel nostro ordinamento, accanto all'"eversione", dall'art. 2, D.L. 21 marzo 1978, n. 59, convertito nella l. 18 maggio 1978, n. 191 e largamente utilizzata, in seguito, dal D.L. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella l. 6 febbraio 1980, n. 15; sulla legislazione d'emergenza cfr. la bibliografia citata *infra*, nota 588. Tale formula opera, ancora oggi, su un triplice piano, come circostanza aggravante comune ad effetto speciale (art.1, D.L. ult. cit.), come elemento di specializzazione di offese comuni (art. 289-*bis* c.p.) ed, infine, come strumento di anticipazione della tutela (art. 270-*bis*, 280, 280-*bis* c.p.) Sulle problematiche poste dalla 'definizione', oggi contenuta nell'art. 270-*sexies* c.p., delle "condotte con finalità di terrorismo" cfr. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., p. 209 ss. Al giorno d'oggi il concetto di terrorismo è, comunque, intimamente legato a prospettive che superano l'orizzonte normativo interno, poiché figura anche in convenzioni internazionali ed in decisioni quadro europee, cui il legislatore italiano ha dato attuazione (modifiche all'art. 270-*bis*, introduzione degli artt. 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quinquies*, 270-*sexies*, 280-*bis*); cfr., sulla normativa anti-terrorismo dell'Unione europea, MASARONE, *op. ult. cit.*, p. 117 ss.; in questo campo viene, perciò, in rilievo, tra gli altri, il problema relativo ai c.d. obblighi di protezione, che trascende anch'esso i limiti di questo lavoro. Tuttavia, anche in tal caso, la prospettiva del bene giuridico sembra preliminare, poiché il confronto con le fonti sovranazionali e con i crescenti problemi che, soprattutto dopo l'entrata di vigore del Trattato di Lisbona, la normativa europea pone, non può essere adeguatamente affrontato se non chiarendo, innanzitutto in una prospettiva interna, quali siano i principi fondamentali che, eventualmente, possano integrare altrettanti controlimiti idonei a paralizzare l'efficacia di quelle normative.

sommesso avviso, è possibile superare definitivamente ogni sottosistema penale d'eccezione in una materia in cui sempre forte è il rischio che le ragioni della comunità o dello Stato prevalgano indiscriminatamente su quelle dell'individuo⁵⁴³, il che, se è la regola nel contesto del codice Rocco, non è più concesso, neppure come eccezione, nell'ambito di una legislazione democratica.

⁵⁴³ È questa, in buona sostanza, l'idea fondamentale alla base delle diverse declinazioni, "idealistiche" o "realistiche", della ragion di stato; cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 850 ss.; ID., *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, ne *Il delitto politico*, cit., p. 49 ss.

2. Il sistema del codice Rocco tra disobbedienza e repressione del dissenso politico-ideologico

Non è il caso di spendere molte parole per sottolineare come la ‘personalità dello Stato’ sia oggettività giuridica inidonea a svolgere tanto una funzione dommatica quanto una funzione critica⁵⁴⁴, e dunque non possa legittimamente assurgere, nell’ordinamento repubblicano, a bene giuridico tutelabile.

Più che di un reale bene giuridico, si tratta, a ben vedere, di una vera e propria *metafora* della disobbedienza, concetto di genere che *porta oltre* e ricomprende *species* disparate di interessi pubblici eterogenei – in cui ogni interesse del singolo viene ad annullarsi⁵⁴⁵ – contraddetti da comportamenti concepiti come sintomi di una mera disobbedienza all’unica e incontrastabile volontà politica dello Stato⁵⁴⁶.

Intimamente legata all’ideologia politica del regime in cui è maturato il codice penale, la tutela penale della “personalità dello Stato” è, dunque, chiara espressione di una *Weltanschauung* autoritaria, ispirata alla preminenza incondizionata degli interessi dello Stato su quelli dell’individuo, intesi in un rapporto di fine a mezzo⁵⁴⁷, Lo Stato è visto quale valore in sé⁵⁴⁸, e la sua identità etica va difesa ad oltranza contro ogni manifestazione di un’ideologia antagonista: al cittadino è invece richiesta la più incondizionata fedeltà, da vagliare volta per volta alla stregua della misura di obbedienza che egli è disposto ad accordare all’autorità⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Sul punto cfr., *ex multis*, PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 9 ss.; ID., *Stato*, cit., p. 818 ss.; CADOPPI e VENEZIANI, *op. cit.*, pp. 6-7; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, IV ed., Bologna, 2008, p. 3 ss.; GAMBERINI, *op. ult. cit.*, 1 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 241; cit., p. 243; MARCONI, *op. cit.*, p. 185 ss.

⁵⁴⁵ Sul concetto di «pubblicizzazione fittizia dei beni giuridici», quale peculiarità del codice Rocco e dell’organizzazione della sua parte speciale secondo il modello della «progressione discendente», cfr. PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 51 ss., 56 ss.; cfr. pure *supra*, cap. II, § 1.

⁵⁴⁶ PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 11.

⁵⁴⁷ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 241.

⁵⁴⁸ FIANDACA e MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 3; CADOPPI e VENEZIANI, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁹ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 32-33; cfr., inoltre, MARCONI, *op. cit.*, p. 173, secondo il quale «Il rapporto che andava ad instaurarsi tra Stato ed individuo nel nuovo sistema fondato dal fascismo contemplava [pertanto] la necessità di una completa subordinazione dei fini individuali a quelli statali, o, *rectius*, di una assoluta indipendenza degli interessi dello Stato da quelli dei singoli e di una correlativa prevalenza dei fini nazionali su quelli particolari. Sulla scorta di tale dottrina ovviamente l’individuo regrediva ad oggetto dell’autorità statale, dopo essere stato, durante l’epoca del liberalismo, il soggetto per eccellenza».

Mediante l'attribuzione della sovranità direttamente in capo allo Stato-apparato, «la più eminente persona giuridica del diritto pubblico»⁵⁵⁰ riesce a godere di una tutela ad ampio raggio, perché non predisposta a favore di singoli beni e/o di singole funzioni attraverso le quali pure si svolge la sua personalità, bensì attraverso la riconduzione ad essa di ogni interesse, anche individuale, che, secondo il libero apprezzamento del legislatore, possa competere allo Stato semplicemente in quanto ente dotato di personalità giuridica. Emblematica la collocazione dell'art. 294 c.p., – attentato contro i diritti politici del cittadino⁵⁵¹ – proprio in chiusura del titolo I: ciò a significare che i diritti politici soggettivi intanto sono meritevoli di tutela, in quanto il loro esercizio sia funzionale agli interessi dello Stato⁵⁵², cosicché una lesione dei primi si traduce nell'offesa alla personalità del secondo.

Quanto mai funzionale alla tutela di una simile oggettività giuridica è il modello dell'attentato⁵⁵³, da sempre figura tipica del *crimen laesae maiestatis*⁵⁵⁴. Esso, infatti, realizza un'esasperata anticipazione della tutela mediante l'incriminazione, a titolo di delitto consumato, di atti diretti alla realizzazione di un evento, che potrebbero non essere rilevanti neppure a titolo di tentativo, non essendo richiesta alcuna valutazione circa la loro non equivocità o idoneità.

È noto come, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, la dottrina più sensibile ai principi costituzionali abbia tentato di operare un'interpretazione costituzionalmente orientata dei delitti di attentato, mediante l'integrazione, in via ermeneutica, del requisito

⁵⁵⁰ L'espressione è di MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 14.

⁵⁵¹ SPASARI, *Attentato contro i delitti politici del cittadino*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 973 ss.; più recentemente, DURIGATO, *L'art. 294 c.p.: un'ipotesi di tutela del diritto politico*, Padova, 1983, *passim*; MUSCO, *Attentato contro i delitti politici del cittadino*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 329 ss.

⁵⁵² Eloquentemente, in tal senso, la *Relazione sui libri II e III del progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte II, Roma, 1929, 85: «La tutela penale dei diritti politici è oggi tuttavia accordata al cittadino ma affinché egli possa partecipare, come è soprattutto suo dovere, al funzionamento dello Stato in quei casi e in quei limiti in cui tale partecipazione gli è attribuita nell'interesse medesimo dello Stato, dall'ordinamento vigente». Efficace la notazione di DURIGATO, *op. cit.*, p. 4, secondo la quale «La protezione offerta al libero esercizio delle libertà politiche nell'ambito di un assetto repressivo del dissenso non poteva che ridursi, logicamente, alla tutela della libertà del consenso nelle forme istituzionalizzate di quel consenso».

⁵⁵³ Nella manualistica cfr., per tutti, FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 7 ss., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali; *amplius*, E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, p. 191 ss.; ID., *Attentato (Delitto di)*, in *Nss. D.I.*, Appendice, I, Torino 1980, p. 560 ss.; ID., *Problemi giuridici e preoccupazioni politiche nelle fattispecie di attentato*, ne *Il delitto politico*, cit., 183 ss.; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 49 ss.; MOCCIA, *op. ult. cit.*, pp. 241-242; PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, cit., p. 169 ss.

⁵⁵⁴ SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 79 ss.

dell'idoneità degli atti rispetto alla realizzazione dell'evento⁵⁵⁵. Ciò consentirebbe la ricostruzione della tipicità in termini di offensività, scongiurando il rischio di radicare l'incriminazione sulla mera intenzione e di fatto equiparando, quanto a struttura, l'attentato al tentativo. Tuttavia, è stato autorevolmente obiettato⁵⁵⁶ che tale accorgimento è idoneo a ricomporre la frattura col principio di offensività soltanto nelle fattispecie che anticipano e specializzano la tutela apprestata dalle norme comuni ad altri beni (è il caso, ad esempio, degli artt. 276, 277, 280, 295, 296 c.p.). Tale soluzione non è, comunque, del tutto appagante, poiché è innegabile il rilievo che si continuerebbe a punire a titolo di delitto consumato atti che, a tutto concedere, integrano gli estremi di un tentativo: la finalità politica perseguita o la particolare carica istituzionale rivestita dalla persona offesa⁵⁵⁷ svolgerebbero il ruolo di specializzare, aggravandolo, il disvalore penale della condotta, sì da comportare un mutamento del titolo del reato e l'equiparazione, *quoad poenam*, del tentativo alla consumazione. Non sembra, come più avanti meglio si dirà, che ciò sia compatibile con il carattere compromissorio della Costituzione repubblicana, il quale postula la piena libertà dei fini politici e con i principi costituzionali di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza; ciò appare sufficiente a giustificare il rigetto di qualsivoglia proposta di riforma che intenda ratificare tale soluzione ermeneutica⁵⁵⁸.

Ancor più problematiche, comunque, sono le fattispecie in cui l'evento si caratterizza per la sua dimensione 'iperlesiva' di portata storica⁵⁵⁹ e viene descritto (*rectius*, evocato) mediante termini vaghi, elastici e connotativi (è il caso, ad esempio, degli artt. 283, 284⁵⁶⁰, 285, 286 c.p.). Come autorevolmente è stato dimostrato⁵⁶¹, nelle fattispecie dei più gravi reati contenuti nel titolo I, la valutazione dell'idoneità offensiva risulta del

⁵⁵⁵ Ci si riferisce, innanzitutto, ai lavori di Ettore Gallo, citati alla nota 553; *ex multis*, v. pure BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 85.

⁵⁵⁶ Cfr., sul punto, PADOVANI, *Stato*, cit., p. 822.

⁵⁵⁷ Ciò, indipendentemente dall'offesa eventualmente arrecata al regolare svolgimento delle funzioni costituzionalmente assegnate all'organo.

⁵⁵⁸ In questa prospettiva si è mosso, invece, il c.d. Progetto Pagliaro. All'art. 19 dell'articolato viene parificata, quanto ad elementi strutturali, la figura dell'attentato a quella del tentativo. Tuttavia, la prima permane, nei "delitti contro l'ordine costituzionale", quale delitto a consumazione anticipata. Il progetto e la relazione finale della Commissione sono consultabili su www.giustizia.it.

⁵⁵⁹ La terminologia è, con la consueta efficacia, di PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, cit., p. 174 ss.

⁵⁶⁰ Non è unanime, in dottrina, la qualificazione, in termini di attentato, della fattispecie di cui all'art. 284 c.p.; cfr. BEVERE, *L'insurrezione armata contro i poteri dello Stato tra storia e diritto*, ne *Il delitto politico*, cit., p. 275 ss.

⁵⁶¹ Cfr. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pp. 12-13.

tutto impossibile⁵⁶²: l'inconsistenza concettuale, la vaghezza semantica e il gigantismo di eventi quali la guerra civile, l'insurrezione armata o la devastazione e il saccheggio rendono del tutto arbitrario un simile giudizio, poiché l'idoneità offensiva, che è giudizio normativo di relazione alla luce di un parametro, presuppone la chiara identificazione dei termini da porre in relazione, e cioè la condotta e l'evento. In tali fattispecie, trattandosi di condotte a forma libera⁵⁶³ e di macro-eventi di portata storica di improbabile ricostruzione, tale condizione non è assolutamente soddisfatta.

Il profilo materiale e offensivo del fatto è, dunque, inafferrabile, e l'incriminazione finisce per potersi fondare anche sulla mera intenzione, sulla *Gesinnung* politicamente disapprovata. Attesa l'estrema subiettivazione dei presupposti della responsabilità penale, viene il sospetto, allora, che la reale funzione di simili fattispecie non sia quella di descrivere fatti o di punire offese, bensì quella di individuare i sintomi dai quali indurre la presenza di un dissenso da estirpare. Esse individuano, dunque, tipi d'autore dissenziente, che vengono puniti non per ciò che realizzano, ma per le loro inclinazioni pericolose⁵⁶⁴. È allora la logica dell'amico e del nemico a guidare la ricostruzione della tipicità, in palese violazione dei principi di legalità, offensività e personalità della responsabilità penale. Ciò sembra sufficiente a respingere qualsivoglia proposta di riforma che intenda mantenere fattispecie a forma libera caratterizzate dal riferimento ad analoghi macro-eventi.

⁵⁶² Peraltro, appare davvero improbabile che un autore singolo possa realmente compiere atti idonei a realizzare simili eventi, sicché la natura monosoggettiva delle fattispecie in questione conferma quanto si dirà subito appresso nel testo, e cioè che la funzione di tali fattispecie, nel contesto del codice Rocco, è quella di individuare tipi d'autore dissenziente, piuttosto che descrivere fatti suscettibili di effettiva verifica.

⁵⁶³ In proposito, è opportuno qui rilevare un ulteriore grave profilo di subiettivazione del disvalore penale e, conseguentemente, pure di arbitrarietà della valutazione giudiziale ai fini della qualificazione giuridica del fatto: l'assenza di un'individuazione legislativa degli atti, e dunque, la forma libera delle condotte, attrae potenzialmente nel fuoco della fattispecie sia condotte che integrano già autonomamente fattispecie di reato, sia condotte di per sé lecite, che tuttavia ripetono rilevanza penale dalla finalità, disapprovata dall'ordinamento, cui sono dirette. Così, l'unificazione di tali atti in ragione del perseguimento dell'obiettivo-evento finale decide rispettivamente del *quantum* di pena o, addirittura della loro rilevanza penale: se si tratta di condotte che di per sé integrano autonome fattispecie delittuose, l'elemento politico, mutando il titolo del reato, vale a determinare 'soltanto' l'entità, incommensurabilmente più alta, della pena; ma se, al contrario, si tratta di atti che autonomamente non integrano la tipicità di alcun reato, l'arbitrio giudiziale e la subiettivazione dei presupposti della responsabilità sono ancora più evidenti, dal momento che l'unificazione di tali atti in ragione dell'elemento psicologico intenzionale – *rectius*, della finalità politica – che li sorregge vale ad attribuire rilevanza penale ad un fatto altrimenti neutro per l'ordinamento penale.

⁵⁶⁴ Cfr. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, cit., pp. 178-179.

3. Stato democratico, delitti politici e bene giuridico. Alcuni orientamenti della dottrina contemporanea

A parte alcune posizioni risalenti nel tempo ed ancora legate alla prospettiva propria del codice⁵⁶⁵, la dottrina prevalente ha da tempo sottolineato l'irrimediabile contraddizione rappresentata dal mantenimento di uno strumentario repressivo di matrice autoritaria a difesa di un ordinamento democratico, assumendosi il compito, «apparentemente disperante»⁵⁶⁶, di proporre oggetti e tecniche di tutela radicalmente alternativi.

Tuttavia, la problematica dell'ammissibilità, *in radice*, di un sistema di delitti politici nell'attuale contesto ordinamentale sembra essere generalmente risolta in senso positivo, attesa «la necessità inderogabile della convivenza associata»⁵⁶⁷: lo Stato democratico non si caratterizzerebbe, infatti, per l'inesistenza di un diritto penale politico⁵⁶⁸, bensì per il riconoscimento delle garanzie fondamentali anche a chi «lo avversa e lo combatte»⁵⁶⁹.

Secondo l'opinione prevalente, rigettata ogni utopica prospettiva abolizionistica, un riformato sistema di delitti politici dovrebbe conciliarsi con il pluralismo ideologico e

⁵⁶⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 13. È nota la metafora utilizzata dall'Autore, il quale, sulla scorta di una pretesa neutralità della tecnica rispetto al valore, paragona il titolo I del libro II del codice penale ad un'arma e rileva come esso possa legittimamente continuare a svolgere la propria funzione anche in un ordinamento democratico, poiché «un'arma rimane sempre la stessa, qualunque siano le qualità della persona che con essa vuole difendersi; l'arma strappata al brigante diviene mezzo di difesa per il galantuomo che se ne è impadronito, rimanendo sempre la medesima». Cfr., più recentemente, la posizione di GALTERIO, *Personalità dello Stato (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1980, pp. 3, 13. Cfr., inoltre, l'analisi critica della giurisprudenza compiuta da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 83 ss.

⁵⁶⁶ PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 23.

⁵⁶⁷ ROMANO, *op. cit.*, p. 153; adesivamente, PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, Napoli, 2000, p. 532.

⁵⁶⁸ Tale era l'idea di fondo che ispirò anche i redattori del codice Zanardelli, i quali optarono, sulla scorta della tradizione legislativa successiva alla Rivoluzione francese, per la tutela della «sicurezza dello Stato». Nella *Relazione Min. Zanardelli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, 1889, LIX, p. 75, si legge: «In un ordinamento civile e libero il delitto politico, circoscritto nei giusti confini [...], ha una gravità che giustifica le più severe sanzioni, poiché con esso si attenta al supremo bene del cittadino, la Patria, alle supreme espressioni della volontà e sovranità nazionale e della tutela pubblica, i Poteri dello Stato». Per tale citazione e un'approfondita analisi cfr. MARCONI, *op. cit.*, p. 105 ss. Non sembra, comunque, che il codice Zanardelli sia riuscito a sfuggire ad una fittizia pubblicizzazione dei beni giuridici, che sarà caratteristica pregnante del codice Rocco; sul punto, A. CADOPPI e P. VENEZIANI, *op. cit.*, pp. 4-5. Peraltro, la legislazione di fine secolo dello Stato unitario, finalizzata alla repressione dei sempre maggiori disordini civili, relativi soprattutto al fenomeno anarchico, è vistosamente ispirata a opzioni autoritarie; sul punto, MARCONI, *op. cit.*, p. 162 ss.

⁵⁶⁹ PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 23.

politico su cui si fonda l'ordinamento repubblicano, limitandosi a sanzionare i soli fatti – pur politicamente motivati – che costituiscano una rottura del “metodo democratico” e siano dunque connotati da un «costante disvalore giuridico»⁵⁷⁰. Ciò significa, da un lato, che la riforma dei delitti politici deve assumere a baricentro non più lo Stato-apparato, bensì lo Stato-comunità⁵⁷¹ e, dall'altro, che l'assoluta preminenza che il disvalore d'azione riveste nel sistema attuale deve cedere il passo alla centralità di un disvalore d'evento obiettivamente riconoscibile.

A tal fine è necessaria, evidentemente, la previa individuazione di un bene giuridico tutelabile. Dal comune rilievo preliminare per cui sarebbe necessario tutelare penalmente le «condizioni cui è subordinata l'esistenza e la conservazione della compagine statale» o i «presupposti della tenuta del sistema», alcuni Autori⁵⁷² inferiscono che, in una rinnovata «prospettiva liberale», a dover tornare in rilievo *de iure condendo* sia il bene «sicurezza», benché inserito in un «contesto più ampio, all'interno del quale appaiono meritevoli di protezione lo stesso ordine costituzionale e le forme istituzionali che lo realizzano»; altri⁵⁷³, invece, deducono che l'intervento penale si legittimi ogni qual volta il ricorso a strumenti diversi «sia inidoneo ad assicurare la sopravvivenza stessa dello Stato», dovendo il sistema di reati politici «mantenere la stabilità dell'ordine politico costituito».

Parzialmente divergente, e ben più estensiva, sembra, infine, l'opinione di chi⁵⁷⁴, pur muovendo da analoghi presupposti, considera beni giuridici tutelabili *de iure condendo*, in quanto «tangibili come pochi altri» e di sicuro rilievo costituzionale, «l'unità, l'indipendenza, la sicurezza dello stato, la costituzione e un ordine costituzionale, gli organi costituzionali e il loro regolare funzionamento».

È, inoltre, rilievo comune quello per cui l'«ordine» e le istituzioni andrebbero intesi in senso dinamico: non si auspica la tutela conservativa dell'assetto politico costituito, ma piuttosto quella del metodo democratico, inteso come garanzia di «un corretto progresso

⁵⁷⁰ L'espressione, riportata da PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 523 ss., è di WAGNER, *Verfassungsfeindliche Propaganda (§ 86 StGB). Ein Beitrag zu den Grenzen politischer Meinungsfreiheit in der Bundesrepublik*, Berlin, 1971, p. 1.

⁵⁷¹ Sui concetti di Stato-istituzione, Stato-apparato e Stato-comunità cfr., per tutti, MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed. a cura di G. Silvestri, Milano, 2005, p. 149 ss., il quale propende, tuttavia, per la diversa nozione di «comunità statale».

⁵⁷² FIANDACA e MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁵⁷³ CADOPPI e VENEZIANI, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁷⁴ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 154.

dello Stato medesimo, inteso più quale ‘comunità’ pluralistica, che non come ‘persona’ da tutelare ‘in sé e per sé’». ⁵⁷⁵

3.1. *Segue.* Brevi considerazioni critiche. La sicurezza

Concentrando l’attenzione sulle proposte che più concretamente mirano ad individuare un bene giuridico e tralasciando le ricostruzioni che sembrano risolversi in semplici parametri di indirizzo legislativo, nelle pagine seguenti si tenterà di dimostrare che la “sicurezza”, il “metodo democratico” o l’“ordine costituzionale” non possono assolvere adeguatamente alle funzioni che una teoria del reato costituzionalmente orientata assegna al concetto di bene giuridico.

Innanzitutto, il termine “sicurezza” non è affatto sconosciuto al linguaggio penalistico, né tantomeno alla legislazione ‘a pacchetti’ degli ultimi anni, l’analisi critica della quale basterebbe a negare che essa possa assurgere a legittimo oggetto di tutela ⁵⁷⁶. Un simile concetto, di per sé meramente evocativo, vago e indeterminato ⁵⁷⁷, può essere peraltro inteso in un’accezione oggettiva, sostanzialmente analoga, come si vedrà, a quella di ordine pubblico materiale, quale assenza di disordine e pacifico andamento della vita sociale, ovvero in un’accezione soggettiva, come sensazione di tranquillità dei consociati connessa a tale assenza ⁵⁷⁸.

Intesa nel primo senso, quale mero *ordre dans la rue*, la tutela penale della sicurezza potrebbe legittimare, tuttavia, la criminalizzazione, da un lato, di una serie indiscriminata di offese a beni individuali e collettivi non ulteriormente identificabili e, dall’altro, di mere trasgressioni formali, anche bagattellari, forme di disobbedienza, sintomi di pericolosità sociale. La sicurezza verrebbe allora elevata a contenitore ideale di tutti i beni giuridici, dal quale, volta per volta, estrarne uno a piacimento, così «schiacciando inesorabilmente le libertà individuali sotto il peso di un unico interesse superindividuale, comprensivo di

⁵⁷⁵ PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷⁶ Per un’ampia analisi critica, e per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. CAVALIERE, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 43 ss.

⁵⁷⁷ *Ivi*, p. 53.

⁵⁷⁸ Tale accezione, peraltro, è quella più vicina all’etimologia della parola, dall’espressione *sine cura*, che sta per “senza preoccupazione”.

tutto ciò che l'ordinamento intende tutelare»⁵⁷⁹ e vanificando, come è evidente, ogni possibile funzione critica del concetto.

Considerata nel secondo senso, l'idea di sicurezza evoca scenari ancor più inquietanti, poiché la sua protezione penale si risolverebbe nella tutela di meri stati d'animo, la quale sembra difficilmente compatibile con il dettato costituzionale. Infatti, anche in tal caso si rischierebbe di legittimare l'incriminazione di atti ben lontani dal costituire una reale aggressione alla struttura sociale o ad un concreto bene giuridico, atteso che qualsiasi 'disordine' o atto preparatorio o sintomo di pericolosità sociale potrebbero verosimilmente suscitare una sensazione di 'turbamento' in un numero indefinito di soggetti. Peraltro, tale turbamento, o la sensazione di insicurezza generata nei consociati, non sono eventi suscettibili di essere provati in un giudizio penale, cosicché l'adozione della sicurezza intesa in senso soggettivo quale bene giuridico si porrebbe in contrasto con il principio di legalità, *sub specie* determinatezza⁵⁸⁰.

3.2. *Segue.* Il metodo democratico come bene giuridico?

Il riferimento, ad opera di parte della dottrina, al concetto di "metodo democratico" pare esigere ulteriori considerazioni. Il dibattito costituzionalistico sull'art. 49 Cost., che lo menziona espressamente come limite della libertà di associazione in partiti, può venire in soccorso al fine di chiarirne il significato e di escludere che esso possa assurgere *de iure condendo* a bene giuridico penalmente tutelabile.

È rilievo comune⁵⁸¹ quello per cui il vincolo del metodo democratico è naturale conseguenza del carattere conflittuale e compromissorio proprio della Costituzione repubblicana e, dunque, del pluralismo ideologico che essa garantisce, quale «condizione essenziale di una democrazia fondata sulla coesistenza e sull'antagonismo di forze

⁵⁷⁹ CAVALIERE, *op. ult. cit.*, p. 45.

⁵⁸⁰ Cfr., sul punto, già FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800, rist. Aalen 1966, p. 12 ss.: «Ciò che nessun giudice può provare, infatti, neppure il legislatore può assumere come oggetto dei suoi divieti», da C. FIORE e S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 28, nt. 28; per un'applicazione di tale concetto di determinatezza del precetto al delitto di plagio, Corte costituzionale, 8 giugno 1981, n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 147 ss.

⁵⁸¹ Sul punto, per tutti, RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 82 e la bibliografia ivi citata.

politiche differenti»⁵⁸². Ciò significa che l'ordinamento configurato dalla Costituzione si fonda sull'inesistenza di disvalori politici, sulla massima garanzia del più ampio confronto dialettico tra ideologie politiche contrapposte⁵⁸³ e sulla conseguente necessità della tutela delle minoranze e del dissenso, anche del più radicale, purché espresso in forma non violenta.

Se ciò è vero, dobbiamo necessariamente concludere che il vincolo del metodo democratico cui fa riferimento l'art. 49 Cost. si riferisce a condizioni minimali di agibilità politica e che, lungi dal risolversi nella posizione di limiti ideologici ai programmi dei partiti⁵⁸⁴ (e, *a fortiori*, all'azione politica del singolo), esprime esclusivamente la necessità che i valori e i fini politici, di per sé liberi, siano attuati concretamente mediante azioni non violente. Deve escludersi, dunque, che la valutazione di conformità al metodo democratico possa assumere ad oggetto il semplice programma politico (e, nel caso del singolo, le semplici idee o intenzioni), pur se eversivo o 'antidemocratico'⁵⁸⁵: in altre parole, il metodo democratico è limite modale e non finalistico, né tanto meno ideale, alla realizzazione di obiettivi politici⁵⁸⁶. A ben vedere, il dibattito costituzionalistico sul metodo democratico evoca, così, per quel che qui interessa, la classica dicotomia penalistica in materia di limiti alle libertà costituzionali, ovvero quella tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico ideale, e conferma, come meglio si dirà, la possibilità di

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ *Ivi*, p. 109.

Tale soluzione è confermata sia dall'esame dei lavori preparatori – in cui furono rigettati tutti gli emendamenti volti a configurare il «metodo democratico» quale limite ideologico o di ordine pubblico costituzionale – sia dalla XII disp. trans. fin., la quale, vietando la ricostituzione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista, contempla senz'altro un limite ideologico: deve dedursi, *a contrario*, che l'art. 49 Cost. è espressione del principio esattamente opposto. La collocazione di tale norma tra quelle finali ne conferma il carattere eccezionale, di vera e propria «rottura della Costituzione»; cfr., sul punto, RIDOLA, *op. cit.*, pp. 109, 113; BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 469-470. Questione ben diversa, comunque, ed ampiamente discussa nella dottrina costituzionalistica, è quella concernente la possibilità di evincere, dall'art. 49 Cost., l'obbligo per i partiti di informare al “metodo democratico” la propria struttura interna ed i relativi processi decisionali; sul punto, RIDOLA, *op. cit.*, p. 114 ss.

⁵⁸⁵ Su tale dibattito, RIDOLA, *op. cit.*, p. 110 ss., il quale giunge a conclusioni, per così dire, intermedie tra le due posizioni.

⁵⁸⁶ La natura compromissoria della Costituzione repubblicana, nata da forze politiche ideologicamente eterogenee, che tuttavia si riconoscevano nella radicale avversione al regime fascista è, invero, circostanza che spiega efficacemente il significato minimo che i Costituenti vollero imprimere al concetto di «metodo democratico», quale limite meramente modale alla realizzazione dei fini politici, assicurando «la più ampia legittimazione delle forze politiche alla determinazione della politica nazionale, [arretrando] la soglia dei partiti antisistema al di qua del limite ideologico-programmatico», con la sola eccezione del fascismo o, meglio, di quello specifico partito fascista storicamente esistito nel nostro paese. Cfr., sul punto, RIDOLA, *op. cit.*, p. 109 ss.; in particolare, p. 113.

assumere ad oggetto di tutela penale il solo ordine pubblico materiale, inteso in un senso minimale ed oggettivo.

Così concepito, il limite del metodo democratico altro non è, dunque, che il divieto di azione violenta⁵⁸⁷, quale vincolo modale, sotteso allo stesso concetto di democrazia, che anche l'azione politica, sempre e comunque libera nel fine, deve rispettare nel suo concreto esercizio. Da ciò può dedursi che la violazione di tale limite nulla può dire in ordine ad un preteso disvalore finalistico della condotta, né può essere indice, di per sé, della natura politica dell'azione, bensì semplicemente del suo carattere *lato sensu* violento: la contrarietà al metodo democratico, pertanto, da un lato non può specificare il disvalore penale di una condotta che, se violenta, rileverà *ex se* quale reato 'comune' e, dall'altro, non può assurgere a bene giuridico attorno al quale ricostruire le fattispecie politiche. Il carattere 'politico' del reato deve, dunque, essere ricercato su di un altro piano.

Piuttosto, come si tenterà di spiegare meglio più avanti, il concetto in esame potrebbe ergersi a criterio normativo di selezione di condotte, anche politicamente connotate, idoneo ad assicurare che la qualificazione in termini di disvalore penale sia limitata a quelle sole che presentino un intrinseco ed autonomo carattere offensivo, in quanto lesive o pericolose per un bene giuridico già penalmente tutelato. Il metodo democratico, così inteso, è allora senz'altro un limite all'esercizio delle libertà costituzionali, ma, per converso, anche un limite all'intervento punitivo, il quale garantisce che l'esercizio di quelle libertà possa rientrare nell'area del penalmente rilevante soltanto se connotato da carattere *lato sensu* violento.

3.3. *Segue.* L'ordine costituzionale come sinonimo dell'ordine pubblico ideale

Infine, una particolare attenzione merita il concetto di "ordine costituzionale", poiché, oltre ad essere da più parti considerato bene giuridico idoneo a ricomporre la frattura in atto esistente tra il diritto penale politico e i principi costituzionali, ad esso già

⁵⁸⁷ Esplicitamente, CORSO, *Ordine pubblico (dir. pub.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1061.

si richiamava la c.d. legislazione d'emergenza⁵⁸⁸, nonché, più recentemente, il Progetto redatto dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro.

Tuttavia, anche i tentativi di una definizione dell'«ordine costituzionale» sembrano destinati a risolversi in astrazioni concettuali prive di oggettiva consistenza: definito come l'«insieme delle regole politiche basilari sancite dalla Costituzione, su cui si fonda la Repubblica italiana»⁵⁸⁹, l'«ordine costituzionale» altro non è che un sinonimo dell'ordine pubblico ideale⁵⁹⁰, tradizionalmente inteso come l'insieme dei «principi che l'ordinamento ritiene indispensabili per la sua sopravvivenza»⁵⁹¹, e contrapposto a quello materiale, definito come il buon assetto e il regolare andamento del vivere civile, ovvero come l'assenza di situazioni di turbamento della tranquillità pubblica⁵⁹².

Non è possibile in questa sede ripercorrere l'evoluzione legislativa e il dibattito dottrinario relativi al concetto di ordine pubblico, soffermandosi sulle molteplici ambiguità di cui da sempre esso è foriero⁵⁹³. Basterà qui ricordare che dall'analisi della

⁵⁸⁸ Sulla legislazione d'emergenza e sui relativi profili di illegittimità costituzionale cfr., con particolare efficacia, MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1099 ss.; cfr., inoltre, CORSO, *op. cit.*, p. 1075 ss.; G. DE FRANCESCO, *Reato politico*, cit., pp. 899-902; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 19 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 844 ss., 853 ss.; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, *passim*.

⁵⁸⁹ Così la relazione finale al progetto Pagliaro, consultabile su www.giustizia.it. A ben vedere, una simile definizione appare tautologica, poiché se «ordine costituzionale» è l'insieme di tali regole, risulta poi difficile, nell'individuare queste «regole basilari», non chiamare in causa nuovamente astratti ed inafferrabili concetti di genere, quale l'«insieme dei principi fondamentali che regolano la convivenza associata»; oppure, ancora, il «complesso dei principi e dei valori fondamentali dell'ordinamento democratico». Tuttavia, come possono essere identificati tali principi e valori, se non come l'insieme dei principi che fondano l'ordinamento democratico (o costituzionale, che dir si voglia)?

⁵⁹⁰ Cfr., sul punto, MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 2, il quale parla di «variazioni di tipo terminologico»; C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 287; BARILE, *op. cit.*, p. 477.

⁵⁹¹ Così C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit. p. 1085.

⁵⁹² Sul punto, per tutti, MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 2.

⁵⁹³ È nota la definizione che ne dà BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, cit., p. 352, quale «*Rumpelkammer von Begriffen*» («ripostiglio di concetti»). Vale la pena richiamare, in proposito, anche l'efficace critica di ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933, p. 93, citata da C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, cit., p. 280, secondo la quale «Non si sa definire l'ordine pubblico perché non c'è, e quello che c'è è una creazione del legislatore». Sul polimorfo concetto di ordine pubblico cfr., nella dottrina costituzionalistica, PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111 ss.; BARILE, *op. cit.*, p. 475 ss.; nella dottrina penalistica, *ex plurimis*, ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 193; CAVALIERE, *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 56 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 110 ss.; ID., *Ordine pubblico*, p. 1084 ss.; INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Bologna, 2000, pp. 207-208; MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 2 ss.; SESSA, *Tutela penale dell'ordine*

legislazione vigente, ed in particolare delle fattispecie del titolo V del libro II del codice penale, dichiaratamente poste a sua tutela, emerge che esso, almeno nelle ipotesi di cui agli artt. 414 e 415 c.p., è inteso in senso ideale, attesa l'estrema anticipazione della tutela di cui quelle fattispecie sono espressione. Tali fattispecie, infatti, incriminando condotte che – interpretazioni adeguatrici a parte⁵⁹⁴ – ancora non hanno prodotto un evento concretamente lesivo o pericoloso per l'ordine pubblico materiale, finiscono per punire il mero dissenso ideologico: reale oggetto della tutela si rivela, allora, l'intero «complesso di valori e principi 'fondamentali', contro i quali non può dirigersi neanche la parola»⁵⁹⁵.

È così svelato il *fil rouge* che lega tali fattispecie a quelle contenute nel titolo I, delle quali condividono la *ratio* – ovvero la difesa ad oltranza dell'ordinamento costituito e dell'identità politico-ideologica su cui esso si fonda – oltre che la struttura, quali illeciti per lo più di opinione o di mera disobbedienza⁵⁹⁶, contrastanti con i principi di legalità, materialità ed offensività, cui la Costituzione repubblicana subordina la legittimità dell'esercizio del potere punitivo. Ciò rafforza, peraltro, l'idea che la riforma del titolo I e quella del titolo V debbano risolversi in una soluzione unitaria.

Inteso quale oggetto di tutela penale, l'ordine pubblico ideale finisce tuttavia per costituire, come peraltro la stessa Corte costituzionale ha finito per intenderlo⁵⁹⁷, un limite implicito all'esercizio delle libertà costituzionali, *in primis* della libertà di manifestazione del pensiero, e al pieno esplicarsi delle garanzie, formali e sostanziali,

pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, p. 9 ss.

⁵⁹⁴ In proposito, com'è noto, è intervenuta la Corte costituzionale, la quale, con sent. 4 maggio 1970 n. 65, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 955 ss., ha dichiarato che l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414 c.p. «è quella che per le sue modalità integra un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti trascendendo la pura e semplice manifestazione del pensiero»; sul punto, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 103 ss. Inoltre, con sent. 23 aprile 1974, n. 108, in *Giur. Cost.*, 773 ss., la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p., con riferimento all'istigazione all'odio fra le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Tuttavia, attesa la vaghezza di tali concetti, e dunque l'impossibilità di un giudizio circa l'idoneità offensiva della condotta, neppure tale soluzione sembra poter andare esente da critiche.

⁵⁹⁵ Così, limpidamente, C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1091.

⁵⁹⁶ C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, cit., pp. 282-283, riconosce nelle fattispecie del titolo V una funzione di «chiusura» del sistema codicistico di quella repressione del dissenso politico-sociale espressa, innanzitutto, dal titolo I. La profonda connessione che lega i due gruppi di fattispecie, peraltro, è confermata dal dato, risultante dall'analisi della giurisprudenza, per cui le prime, nel corso degli anni, sono quasi sempre state applicate a «comportamenti di immediata rilevanza politica o, quanto meno, agiti in un contesto politicamente significativo». Così C. FIORE, *Ordine pubblico*, p. 1093.

⁵⁹⁷ Per tutte, cfr. Corte cost., sent. 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, 189 ss. Per un'analisi critica della giurisprudenza costituzionale a proposito dell'ordine pubblico, cfr. C. FIORE, *Ordine pubblico*, p. 1094 ss.; ID., *I reati di opinione*, cit., p. 87 ss.; CORSO, *op. cit.*, p. 1064 ss.

riconosciute al singolo nei confronti dell'autorità; ovvero, proprio di quelle libertà e garanzie che ne costituiscono parte integrante. Ciò, oltre a rappresentare un'insuperabile contraddizione in termini⁵⁹⁸, appare davvero pericoloso per il rispetto delle garanzie individuali, poiché, analogamente a quanto si è visto a proposito del presunto bene "sicurezza", si finisce per individuare un unico, proteiforme limite all'esercizio delle libertà costituzionali⁵⁹⁹, laddove la stessa tutela dell'ordine pubblico ideale, inteso correttamente quale ordine prefigurato dalla Costituzione, ma non ancora realizzato⁶⁰⁰, imporrebbe, piuttosto, la valorizzazione e la piena garanzia, innanzitutto nei confronti della violenza punitiva pubblica, di quelle libertà⁶⁰¹.

Se si ammette che un riformato sistema di delitti politici possa assumere ad oggetto di tutela l'"ordine costituzionale" si rischia, dunque, di operare un ennesimo travestimento verbale del *crimen laesae maiestatis*: a cambiare, rispetto alla "personalità dello Stato", sarebbe soltanto un nome, sostituendosi, all'identità etico-ideologica dello Stato fascista, quella dello Stato repubblicano, senza che a mutare sia l'essenza del giudizio di disvalore, ovvero la riprovazione politica per quel che si pensa e non per quel che si fa, vale a dire per una mera *Gesinnung* politicamente – benché 'democraticamente' – disapprovata. Sotto le spoglie dell'"ordine costituzionale", ed in nome della Repubblica, si finirebbe per continuare a punire il mero dissenso e i 'cattivi pensieri', laddove in un ordinamento democratico i 'cattivi pensieri' sono sempre ammessi e ad essere punite possono essere soltanto condotte empiricamente verificabili che, almeno a livello di tentativo, diano ad essi esecuzione.

⁵⁹⁸ Cfr. MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 3.

⁵⁹⁹ C. FIORE, *op. ult. cit., ibidem*; ID., *Ordine pubblico*, cit., 1096-1098; CAVALIERE, *Tipicità ed offesa*, cit., p. 60; CORSO, *op. cit.*, p. 1063.

⁶⁰⁰ Cfr. C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1095 ss.; Nel codice Rocco, invece, «la nozione di ordine pubblico, risolvendosi più propriamente nella tutela dalla minaccia di futuri reati, non solo rifluisce nella offesa dell'interesse statale alla sicurezza della propria esistenza, ma sembra rispondere esclusivamente ad una logica di conservazione dell'ordine politico esistente»; così SESSA, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰¹ C. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 1096 ss.; MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 4.

3.4. *Segue.* Il rischio di un ritorno alla concezione metodologica del bene giuridico

Non vi è dubbio che simili proposte ricostruttive mirano a ricomporre la profonda rottura, aggravata ancor più dalla legislazione d'emergenza, tra il sistema attuale e i principi costituzionali. Tali ricostruzioni, infatti, con l'obiettivo ultimo di capovolgere il rapporto di mezzo a fine tra individuo e Stato impresso nel codice Rocco, muovono senz'altro dall'assunto del carattere personalistico e pluralistico dell'ordinamento repubblicano e, nel rispetto del principio di tolleranza ideologica⁶⁰², tendono a riavvicinare il momento dell'autorità a quello della libertà, sostituendo alla tutela dello Stato-apparato quella dello Stato-comunità.

Sia consentito, tuttavia, dubitare che simili 'beni' siano davvero dotati di un sostrato idoneo ad esprimere un efficace parametro per la redazione di fattispecie incentrate su un momento di offesa espresso da condotte suscettibili di una determinata e tassativa descrizione: aggregare le fattispecie attorno a simili macro-beni di scarsa 'afferrabilità'⁶⁰³ comporta, infatti, anche la necessità di prevedere, in violazione del principio di legalità, macro-eventi dai contorni vaghi e indefiniti, in relazione ai quali, come si è detto, è impossibile qualsivoglia valutazione circa l'idoneità offensiva della condotta.

Piuttosto, simili oggettività giuridiche sembrano sottendere una concezione metodologica del bene giuridico, che, come abbiamo ampiamente mostrato, intende quest'ultimo come il mero risultato di un'interpretazione teleologica della fattispecie. Ma, come pure abbiamo illustrato in precedenza, in tal modo l'oggetto diretto della tutela viene ridotto all'«interesse dell'ordinamento a che non avvenga ciò che la norma incrimina»: così, tuttavia, non si puniscono offese, poiché del bene si mantiene soltanto il nome, ed esso appare piuttosto come «un insieme di valutazioni e di scopi [...] sui quali un'azione non può influire, ma ad essi può soltanto corrispondere o contraddire»⁶⁰⁴. Evidentemente, la funzione critica del bene giuridico viene, in tal modo, inesorabilmente

⁶⁰² Sulla «tolleranza ideologica» cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 83; ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 217.

⁶⁰³ Sul punto, GAMBERINI e INSOLERA, *op. cit.*, pp. 36-37; sul necessario requisito di 'afferrabilità' del bene giuridico, il cui difetto «agevola processi di soggettivizzazione della fattispecie, di arretramento della linea di intervento punitivo e di ripresa di repressione di forme di 'infedeltà'» cfr., per tutti, nella dottrina italiana, BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 214 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., pp. 148-149.

⁶⁰⁴ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 159.

vanificata, dal momento che qualsiasi norma, pure la più illegittima o autoritaria, ha uno scopo: anche quelle attualmente vigenti nel titolo I del libro II del codice penale.

4. Diritto penale politico e carattere strumentale delle istituzioni democratiche

A questo punto, sia consentito osservare che le ricostruzioni sin qui esaminate sembrano muovere da una ‘precomprensione’ della legittimità e necessità di un diritto penale politico, tradizionalmente inteso, anche in vista della tutela dello Stato democratico; si tenta, quindi, di individuare *ex post* un bene giuridico che riesca a giustificare la disciplina positiva. Tale bene finisce, così, per essere identificato nella sicurezza o nelle istituzioni democratiche o, in alternativa, nell’ordinamento nel suo complesso, oppure in un insieme di regole costituzionali, ovvero ancora nell’insieme dei principi sui quali si fonda la Repubblica. Come si è tentato di dimostrare, tali entità non sono, tuttavia, beni giuridici.

A sommo avviso di chi scrive, la fondazione costituzionale dell’intervento punitivo e, conseguentemente, del bene giuridico, consente, invece, di giungere a più proficui risultati, nella misura in cui, assicurando la preesistenza del bene rispetto alla norma che lo tutela e la vincolatività della fonte che lo contempla, sollecita un più coraggioso rovesciamento di prospettive: non si tratta, cioè, di individuare un bene giuridico al fine di legittimare il diritto penale politico, la cui necessità dovrebbe essere aprioristicamente dedotta dalla “necessità inderogabile della convivenza associata”, bensì di individuare un bene giuridico tutelabile, a partire dal quale poter delineare, poi, fondamento, compiti e limiti di un eventuale diritto penale politico.

Il significato ultimo della fondazione costituzionale del potere punitivo e del bene giuridico è, infatti, proprio quello di ‘giuridicizzare’, per così dire, il «punto di vista esterno»⁶⁰⁵ circa la giustificazione del potere, rendendolo canone di legittimazione interna, e di invertire, rispetto all’esperienza autoritaria⁶⁰⁶, l’ordine della prova della necessità di ogni limitazione, da parte dei poteri pubblici, della libertà individuale. Ciò, da un lato, significa che è l’intervento punitivo statale nel suo complesso – e non quello

⁶⁰⁵ Trasformando, cioè, i principi politico-razionali in principi giuridico-costituzionali; sul concetto di «punto di vista esterno» cfr. ancora FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 891 ss., 947 ss.

⁶⁰⁶ Cfr. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, pp. 197 ss., 959

politico – a potersi giustificare nella sola misura in cui sia assolutamente necessario alla pacifica convivenza sociale e, dall'altro, comporta il riconoscimento del carattere strumentale delle istituzioni⁶⁰⁷. In quest'ottica, la “necessità inderogabile della convivenza associata” non postula affatto la necessità della tutela penale dello Stato, ma semmai la necessità dello Stato.

Ma anche se si muove dal ‘più limitato’ assunto – su cui, come si è visto, la dottrina prevalente appare concorde – che la *ratio* di un sistema di fattispecie politiche nell'ordinamento democratico non può essere quella di tutelare lo Stato-apparato e le istituzioni in quanto entità statiche e strumentali, ma soltanto quella di garantire i presupposti di una pacifica convivenza sociale, nel rispetto dei principi e delle garanzie costituzionali, ugualmente la problematica del diritto penale politico appare, per così dire, del tutto ‘sdrammatizzata’. Infatti, almeno dal momento in cui il diritto penale è stato liberato da ipoteche metafisiche e ad esso sono stati assegnati compiti tutti laici e ‘terreni’, quella di garantire la pacifica coesistenza in società, mediante la tutela di pochi e significativi beni giuridici, dovrebbe essere, oltre che il compito delle istituzioni pubbliche, la funzione del sistema punitivo nel suo complesso e non una specificità del diritto penale politico.

Sembra, dunque, doversi in ogni caso dedurre che il pieno adeguamento della materia in esame ai principi costituzionali può ottenersi, innanzitutto, soltanto se si riconosce definitivamente che lo Stato democratico e le sue istituzioni, ed a maggior ragione il loro “prestigio”⁶⁰⁸, non possono essere considerati, in quanto tali, oggetti diretti

⁶⁰⁷ Sul punto, FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 922 ss.

⁶⁰⁸ La dottrina ha da tempo sottolineato l'illegittimità costituzionale dei delitti di vilipendio; cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 113 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 88; BARILE, *op. cit.*, p. 477; PELISSERO, *op. cit.*, p. 582. Com'è noto, non è questa l'opinione di Corte costituzionale, 30 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 73 ss., secondo la quale «Fra i beni costituzionalmente rilevanti va annoverato il prestigio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze Armate in vista dell'essenzialità dei compiti loro affidati». Valga, in proposito, l'acuta osservazione di PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., 41: «Bisogna avere una ben strana idea del prestigio delle istituzioni e degli organi su cui si regge la Repubblica, se si ritiene che una qualunque grossolana volgarità possa porlo in pericolo». Inoltre, neppure sotto il profilo della determinatezza, a dire della Corte, potrebbero essere mosse censure al concetto di vilipendio, poiché, «secondo la comune accezione del termine, il vilipendio consiste nel tenere a vile» e dunque distinguere la critica lecita dalla condotta vilipendiosa «spetta al giudice chiamato ad applicare la norma, mentre la Corte non può non ritenere sufficiente, ai sensi dell'art. 25, la specificazione legislativa ancorata al concetto – sopra richiamato – di vilipendio, trattandosi di reato a forma cosiddetta libera, categoria la cui legittimità costituzionale è stata più volte riconosciuta in decisioni di questa Corte». Evidente, in simili parole, la totale elusione del problema. A questo punto ci si dovrebbe chiedere “Cosa significa ‘tenere a vile’”?

di tutela penale, se non a costo di accreditarne, così come è avvenuto in passato, una concezione antropomorfa.

Con ciò non si vuole intendere che l'ordinamento democratico non debba essere tutelato, bensì che la sua tutela non possa essere realizzata mediante la sua diretta assunzione a bene giuridico, pena la violazione, da parte degli stessi poteri pubblici, delle garanzie individuali che devono essere assicurate anche a chi quell'ordinamento avversa. Al contrario, se l'ordine democratico è un concetto di sintesi espressivo di un insieme di principi e dell'assetto complessivo di rapporti sui cui si fonda la Repubblica, lungi dal potersi considerare un oggetto di tutela, esso è, piuttosto, la *ratio*⁶⁰⁹ sottesa all'esercizio di ogni potere pubblico, *in primis* di quello legislativo. Ed allora, esso non può che essere tutelato, innanzitutto, mediante il rispetto dei principi fondamentali sui quali si fonda.

Peraltro, la qualificazione dell'ordine costituzionale come *ratio* di tutela si inserisce a pieno titolo in un più generale disegno di una fondazione costituzionale del potere punitivo e del bene giuridico, e conferma la bontà della tesi dei beni giuridici costituzionali. Infatti, se l'ordine costituzionale è un concetto di sintesi, espressivo della tavola ordinata di libertà, interessi e beni espressa dalla Costituzione, sono allora questi ultimi, e non il concetto che ne esprime la sintesi, a poter ricevere una tutela penale diretta. Coerentemente con l'ideologia personalistica e solidaristica su cui si fonda la Repubblica, sono i beni personali essenziali alla pacifica convivenza che fondano, nel loro rapporto gerarchico e nelle loro reciproche interazioni, l'ordine costituzionale. La loro protezione diretta, purché compatibile con i principi costituzionali che governano le tecniche di tutela penale⁶¹⁰, consente, allora, indirettamente, la tutela dell'ordine democratico, ovvero l'instaurazione di un particolare rapporto tra autorità e libertà, consentaneo alla logica del sistema costituzionale, comportando, innanzitutto, su un piano generale, un radicale ritrarsi della violenza punitiva pubblica e dunque una profonda revisione e riduzione, quantitativa e qualitativa, dell'area del penalmente rilevante. La problematica dell'ordine costituzionale, in diritto penale, si risolve, così, in quella dell'individuazione dei beni giuridici legittimamente tutelabili.

⁶⁰⁹ Sul punto, MOCCIA, *Ordine pubblico*, cit., p. 4, che considera l'ordine pubblico ideale come la «*super-ratio*» del sistema penale.

⁶¹⁰ La rilevanza costituzionale del bene è, infatti, condizione necessaria, ma non anche sufficiente ai fini della legittimità della sua tutela. È, infatti, ulteriormente necessario che la sua fisionomia consenta, nella redazione delle singole fattispecie, il rispetto dei principi che governano le tecniche di tutela penale; sul punto, per tutti, BRICOLA, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 204.

5. L'illegittimità di una specializzazione 'politica' di offese comuni

Sulla base delle considerazioni svolte, alla cui stregua il fondamento del diritto penale politico non può essere ricercato sul piano dell'ordine costituzionale, possiamo ora avanzare qualche ulteriore considerazione a proposito della legittimità della specializzazione di un'offesa comune, in ragione della finalità politica perseguita dall'agente.

L'analisi del concetto di metodo democratico ci ha portato a sostenere che esso deve essere inteso in un'accezione minima, nel senso di limite puramente materiale, e non ideologico, all'esercizio delle libertà costituzionali. Da un lato, come si è visto, ciò postula la piena libertà delle idee politiche e la necessità della massima garanzia del dissenso, fintantoché la sua espressione non comporti l'aggressione ad un bene giuridico penalmente tutelato. Dall'altro lato, l'accezione minima del concetto di metodo democratico esclude che esso possa costituire un bene giuridico, elevandolo, piuttosto, a parametro obiettivo di valutazione di condotte che, per essere incriminate, devono presentare, innanzitutto, un autonomo e intrinseco carattere violento. Da tali osservazioni possiamo trarre due conclusioni, già accennate trattando delle fattispecie di attentato, più strettamente legate alla teoria del reato.

In primo luogo, la finalità politica non sembra poter fondare la punibilità di un fatto altrimenti lecito, poiché in tal caso il fatto, in sé neutro, ripeterebbe la sua rilevanza penale da una mera *Gesinnung*, in violazione del principio di offensività⁶¹¹ e del carattere pluralistico, aperto alla tutela delle minoranze e del dissenso, proprio della Costituzione repubblicana.

In secondo luogo, la finalità politica perseguita mediante la commissione di un reato comune non sembra poter giocare alcun ruolo nell'anticipare la tutela da questo apprestata al bene giuridico, né può mutare, *in peius*, il titolo del reato, comportando aumento del carico sanzionatorio⁶¹².

⁶¹¹ Il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale dei reati a dolo specifico e condotta neutra è, peraltro, una risalente conquista della dottrina penalistica; sul punto, per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 87.

⁶¹² Sia consentito qui dissentire da autorevoli Autori quali PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 78, i quali, ritenendo intollerabile che «la lotta politica assuma le forme della

Da ciò dovrebbe dedursi non soltanto l'illegittimità di fattispecie caratterizzate dalla forma libera delle condotte e da macro-eventi oggetto di dolo specifico, ma anche la necessità di espellere dal sistema – e, ovviamente, di non riproporre in sede di riforma – fattispecie, come quelle dell'attentato o quelle meramente associative, che anticipano (o, se interpretate in modo costituzionalmente orientato, soltanto specializzano, aggravandola⁶¹³) la tutela di beni comunque tutelati da altre norme, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore, il patrimonio delle persone, in ragione della particolare carica istituzionale rivestita dalla persona direttamente offesa⁶¹⁴ o della motivazione politica che sorregge la condotta.

Secondo l'accezione qui attribuita al concetto di “metodo democratico”, allora, se una qualsiasi finalità politica viene perseguita mediante una condotta non offensiva di beni giuridici tutelati da altre norme, quest'ultima non può che essere considerata penalmente lecita: in caso contrario, oggetto del giudizio di disvalore non sarebbe ciò che l'agente ha commesso, ma la motivazione politica sottesa alla condotta; ad essere tutelato non sarebbe un bene giuridico, ma i valori democratici e dunque, in definitiva, l'ordine pubblico ideale. Se, invece, tale finalità viene perseguita mediante fatti che costituiscono di per sé reato, essi, come tali, devono essere puniti, poiché un'anticipazione della tutela o un aggravamento del carico sanzionatorio in ragione della motivazione politica riposerebbe, ancora una volta, su un giudizio di riprovazione della mera *Gesinnung*.

Da ciò bisogna dedurre, più in generale, che la natura politica del reato non può mai fondarsi sul fine che anima l'agente, portandoci *de iure condendo* a rigettare, sotto questo profilo⁶¹⁵, la nozione soggettiva di delitto politico. Soltanto in quest'ottica sembra possibile concretizzare autenticamente l'aspirazione della dottrina contemporanea ad un diritto penale politico incentrato sulla libertà dei fini e sul controllo sui mezzi⁶¹⁶ e in cui,

lesione o messa in pericolo di interessi altrimenti tutelati dalla legge penale», riconoscono la legittimità dell'assegnazione di una funzione specializzante e aggravatrice alla finalità politica.

⁶¹³ Cfr., *supra*, § 2.

⁶¹⁴ Il fatto commesso, per finalità politiche, nei confronti di uno o più soggetti che rivestono una carica istituzionale, che non impedisca il regolare funzionamento dell'organo, se integra gli estremi di un reato comune, deve rimanere tale, a meno di non voler tutelare l'istituzione in quanto simbolo, o il suo semplice prestigio. Se, invece, l'offesa al titolare dell'organo impedisce in modo rilevante il suo funzionamento, ci si può rivolgere, come si tenterà di sostenere più avanti nel testo, ad una (o più) diversa fattispecie, che tuteli(no) l'esercizio della funzione costituzionale in quanto strumento di esercizio ‘sintetico’ delle libertà e dei diritti politici dei singoli.

⁶¹⁵ Diversa è, ovviamente, la problematica della nozione di delitto politico, anche costituzionalmente fondata, in relazione all'amnistia e all'estradizione.

⁶¹⁶ PELISSERO, *op. cit.*, p. 545 ss.

ribaltando la nota massima di Claro, “*leviora indicia non sufficiunt et iudex non potest iura transgredi*”.

6. Le libertà e i diritti politici quali beni giuridici tutelabili

Escluso, da un lato, che beni giuridici possano essere la sicurezza, il metodo democratico o l'ordine costituzionale e, dall'altro, che possano risultare legittimi un'anticipazione della tutela o un aggravamento del carico sanzionatorio per reati comuni in ragione della finalità politica che sorregge la loro commissione, deve dedursi che nessuna specificità può essere assegnata al diritto penale politico – se tradizionalmente inteso come sistema di fattispecie a tutela dell'ordinamento nel suo complesso – nell'ottica di una fondazione costituzionale del bene giuridico.

Si è visto, tuttavia, che l'ordine costituzionale può essere considerato un concetto di sintesi espressivo della tavola ordinata di beni espressa dalla Costituzione e che sono questi a poter essere penalmente tutelati. Si è detto, inoltre, che la tutela dell'ordine costituzionale deve essere la *ratio* sottesa all'azione dei poteri pubblici nel loro complesso. Da ciò risulta che, nell'ambito del diritto penale, la problematica della tutela dell'ordine costituzionale si risolve in quella, più ampia, dell'individuazione di altri beni giuridici tutelabili. Si tratta, ora, di verificare se tra questi possa individuarsi un nucleo di beni giuridici a sostrato politico, dai quali ricostruire un'eventuale rinnovata – e costituzionalmente fondata – nozione oggettiva di delitto politico.

Il radicale rovesciamento di prospettive imposto dalla Costituzione repubblicana, l'impianto personalistico su cui quest'ultima si fonda, il carattere strumentale delle istituzioni, la necessità, sottolineata dalla dottrina pressoché unanime, di riavvicinare la tutela penale allo Stato-comunità, la necessità che alla base di un bene giuridico debba individuarsi un bisogno individuale di una o più persone⁶¹⁷ potrebbero consigliare la ricerca di tali beni nelle libertà e nei diritti politici individuali: la tutela della “personalità dello Stato” potrà allora essere sostituita dalla tutela della persona umana nella sua irrinunciabile dimensione e azione politica, sia come singolo, sia nelle formazioni politiche e istituzionali in cui svolge la sua personalità (art. 2 Cost.).

⁶¹⁷ Coerentemente, ci sembra, con quanto abbia accennato *supra*, cap. III, §§ 2.3. e 2.4. Proprio in materia di delitti politici, GAMBERINI e INSOLERA, *op. cit.*, p. 46, sottolineano che «riconduurre il bene giuridico ad una ispirazione personalistica, in un'ottica che privilegi l'individuo singolo e la sua sfera di diritti e di bisogni, può consentire al riferimento costituzionale di ritrovare i suoi significati di garanzia».

Se si accoglie quest'ordine di idee, ogni progetto di riforma dei delitti politici dovrebbe previamente individuare, attraverso una serrata opera di ermeneutica costituzionale, quante e quali siano le libertà e i diritti politici del cittadino. A partire dall'individuazione delle libertà e dei diritti politici costituzionalmente garantiti si potrà, poi, procedere alla costruzione di un insieme di fattispecie che tutelino il loro esercizio individuale o collettivo.

Senza alcuna pretesa di esaustività, vale la pena notare che nel primo caso non si tratterà di mantenere un'unica, improbabile fattispecie come quella di cui all'art. 294 c.p.⁶¹⁸, che ricomprenda, con formula generica ed onnicomprensiva, tutti i «diritti politici» del cittadino, rimettendo al giudice un'amplissima discrezionalità nel compito di redigerne un inevitabilmente arbitrario catalogo; bensì di predisporre singole norme a presidio di specifici diritti o libertà concretamente offendibili, mediante condotte, oggettivamente accertabili, estranee al 'metodo democratico' – nel senso qui inteso – vale a dire offensive di diversi beni giuridici tangibili quali, ad esempio, la libertà individuale, materiale o morale, l'integrità fisica, l'incolumità personale. In tale ottica, poiché l'offesa al bene personale, già di per sé eventualmente rilevante ad altro titolo, è strumentale all'ulteriore offesa alla libertà o al diritto politico, si potrebbe pensare alla configurazione di un reato complesso, con la previsione di un carico sanzionatorio adeguato e proporzionato alla pluralità di offese.

In relazione alla tutela dell'esercizio collettivo delle libertà e dei diritti politici, invece, il pensiero va all'attuale art. 289 c.p.: la sua parziale riformulazione, avvenuta ad opera della l. 24 febbraio 2006, n. 85, appare, tuttavia, bisognosa di ulteriori, incisivi correttivi, sia per quanto riguarda il richiamo generico al carattere 'violento' degli atti, sia in relazione al suo riferimento a condotte poste in essere, almeno tendenzialmente, esclusivamente da un *extraneus*. Si tratterebbe, invece, di prevedere una o più fattispecie a tutela del concreto, corretto esercizio di quelle funzioni costituzionali – e non dei poteri in quanto tali, né delle persone fisiche che le esercitano, i cui beni personali sono invece

⁶¹⁸ Non è un caso che i lavori successivi all'entrata in vigore della Costituzione, demistificando la reale funzione della figura in esame nel contesto del codice, abbiano tentato una rilettura e, in alcuni casi, un 'potenziamento' e un ampliamento del suo campo di applicazione, andando alla ricerca di 'nuovi' diritti politici, propri di uno Stato sociale di diritto; cfr. MUSCO, *Attentato contro i diritti politici del cittadino*, cit., p. 329 ss. e, soprattutto, DURIGATO, *op. cit.*, p. 11 ss., spec. pp. 22 ss., 131 ss. In assenza di una definizione legislativa del diritto politico, tuttavia, ogni tentativo, per quanto astrattamente possibile attesa la vaghezza della formula «diritto politico», risulta potenzialmente arbitrario, e dunque lesivo del principio di legalità, come la stessa Autrice a più riprese sembra riconoscere.

tutelati dalle fattispecie comuni – che concretizzino l'esercizio 'sintetico' delle libertà e dei diritti politici individuali, allorché esso sia impedito⁶¹⁹ da condotte anch'esse estranee al "metodo democratico", secondo la nozione che qui si è tentato di accreditare. È appena il caso di notare che qui, allorché venga in rilievo una condotta diretta contro la persona titolare della carica, ove essa impedisca in modo rilevante e significativo il regolare svolgimento delle funzioni a questa assegnate, a differenza di quanto potrebbe avvenire nel caso della tutela dell'esercizio individuale, non sembra che possa configurarsi un reato complesso: attesa la diversa titolarità dei beni offesi dalla condotta, potrebbe applicarsi, al contrario, l'ordinaria disciplina del concorso formale di reati.

Ne deriva, in definitiva, che, sotto tale profilo, anche la nozione oggettiva di "delitto politico", come la conosciamo oggi, potrebbe essere superata, poiché non sono lo Stato, le sue istituzioni, i loro interessi o una particolare ideologia politica, pur democratica, a poter ricevere protezione penale, ma, indirettamente, le condizioni e le forme essenziali dell'organizzazione comunitaria: a ciò provvede l'ordinamento generale mediante la tutela diretta e positiva delle persone e dei cittadini che in essa agiscono, e il sistema penale nel suo complesso, mediante la predisposizione di norme a tutela dei beni giuridici di rilevanza costituzionale, fra i quali rientrano anche le libertà e i diritti politici dei cittadini.

In quest'ottica, l'ordine costituzionale, rettamente inteso come *ratio*, e la fondazione costituzionale del potere punitivo e del bene giuridico sembrano poter concorrere a delineare una rinnovata nozione oggettiva di delitto politico, che è tale in quanto offende una libertà politica del cittadino⁶²⁰ e si caratterizza, quanto a modalità di lesione, per la sua contrarietà al "metodo democratico", il quale, limitando l'incriminazione alle sole condotte violente, svolgerebbe l'essenziale funzione di assicurare, anche in questo campo, che il reato si configuri come illecito di modalità di lesione e, così, la frammentarietà della legislazione penale.

⁶¹⁹ Sotto tale profilo è pienamente apprezzabile la modifica apportata dalla citata legge del 2006, relativamente all'eliminazione del riferimento al «turbamento», la cui problematicità era già segnalata da PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 31 ss.

⁶²⁰ La continuità, rispetto alla nozione di cui è parola nel vigente art. 8, co. III c.p., sarebbe, dunque, soltanto parziale, e limitata al solo riferimento, da questo operato, all'«interesse politico del cittadino».

7. L'ordine possibile e il disordine necessario. Considerazioni conclusive a proposito di dissenso e sicurezza dei diritti

Le considerazioni sin qui svolte possono essere infine integrate mediante la valorizzazione di profili di portata più generale, spesso relegati in secondo piano, concernenti l'effettività della tutela, la funzione di integrazione sociale propria della pena⁶²¹ e la sussidiarietà dell'intervento penale.

A corroborare la tesi che la Repubblica possa rinunciare alla protezione diretta di se stessa e delle sue istituzioni senza correre il pericolo di scomparire, soccorre, innanzitutto, lo scontato rilievo che, in relazione a fenomeni fortemente connotati da opzioni ideologiche non è certo la minaccia della pena a distogliere l'individuo dal commettere il delitto; piuttosto, l'irrigidimento dello Stato su posizioni tendenzialmente autoritarie contribuisce a radicalizzare le posizioni antagonistiche e si rivela criminogeno nella misura in cui, ricorrendo ad un linguaggio e ad una simbologia di guerra, alimenta l'idea di uno scontro manicheo che non giova certamente alla democrazia.

Quest'ultima, peraltro, per sua natura, non può che essere 'imperfetta', poiché, per essere davvero tale, deve necessariamente fondarsi sull'eventualità di un margine di dissenso e di disordine, senza che ciò possa suscitare alcun timore circa "inquietanti lacune repressive"⁶²²: essi sono, invero, elementi essenziali alla vita e all'evoluzione di ogni ordinamento democratico. L'ordine, al contrario, è condizione senz'altro auspicabile, ma tendenziale ed eventuale, poiché il suo perseguimento coattivo è limitato dalla necessità di rispettare i requisiti e i principi, di tipo non soltanto formale, ma soprattutto sostanziale, che presiedono all'esercizio del potere. Proprio tali vincoli, divenuti nelle costituzioni contemporanee altrettanti principi, costituiscono l'asse portante di quell'"ordine democratico" cui tanto spesso ci si richiama e vanno tanto maggiormente assicurati quanto più grave è il momento di crisi.

Al contrario, il ricorso a strumenti di tipo meramente repressivo nella gestione del dissenso, soprattutto se eversivi dei principi costituzionali che presiedono

⁶²¹ Su tale concetto, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 83 ss.

⁶²² L'espressione, in relazione al paradigma del "diritto penale minimo" è di MARINUCCI e DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, cit., p. 819.

all'individuazione degli oggetti e delle tecniche di tutela penale, lungi dal garantire una migliore protezione dello Stato democratico, lo indebolisce. Contribuendo ad accreditare un'immagine autoritaria del potere e delle istituzioni, ma anche dimostrando l'insufficienza dei mezzi 'ordinari', si finisce, infatti, per mettere in discussione la validità dei principi e dei valori su cui l'ordinamento si fonda e che sono avversati da chi lo combatte. Lo Stato, in questo modo, lungi dal contrapporsi al suo antagonista, lo affianca.

Il potere, invece, è ben più solido quando non si contrappone rigidamente ai suoi destinatari, bensì quando essi siano convinti dell'utilità e della necessità di un potere. Un simile risultato può essere, tuttavia, ottenuto soltanto attraverso il rispetto, da parte della pubblica autorità, di tutte le libertà fondamentali dei singoli e, innanzitutto, mediante il contenimento della violenza repressiva entro margini razionalmente accettabili, ossia entro i limiti posti dal «diritto penale minimo», che corrisponde al «diritto penale della Costituzione»⁶²³.

Ciò, tuttavia, non è sufficiente. Il criterio dell'effettività, il principio di sussidiarietà dell'intervento penale e il carattere sociale della nostra Repubblica impongono che la protezione dei diritti e delle libertà dei singoli avvenga non soltanto mediante la punizione di condotte che li offendono, e neppure soltanto tramite la riduzione dell'intervento repressivo, ma soprattutto attraverso l'attivazione di tutti gli strumenti e gli apparati dello Stato sociale ai fini di una «politica integrale di protezione dei diritti»⁶²⁴. Integrale innanzitutto perché capace finalmente di coinvolgere tutti i cittadini, e non soltanto coloro che, sentendosi appartenenti al novero dei *boni cives*, reclamano a più riprese un preteso «diritto alla sicurezza» o di «libertà dal crimine»⁶²⁵; ma integrale anche perché realizzata non soltanto attraverso gli strumenti di un garantismo di tipo negativo, inteso come limite del sistema punitivo, bensì in primo luogo mediante un garantismo positivo, in cui l'ampliarsi delle forme di tutela non sanzionatorie, e non soltanto non penali, è direttamente proporzionale alla gestione alternativa delle cause socio-economiche all'origine del delitto.

In un'ottica sia di garanzia che di effettività, ciò che va perseguito non è, dunque, uno stato di sicurezza di tipo poliziesco, ma una condizione di «sicurezza dei diritti»:

⁶²³ Assume tale equivalenza BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 24.

⁶²⁴ BARATTA, *op. ult. cit.*, 5 ss.

⁶²⁵ Assume l'esistenza di tale diritto, fondandolo sull'art. 2 Cost., F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 95; ID., *Diritto penale*, cit., pp. 190-191.

questa garantisce un maggior benessere per i cittadini, ma anche una migliore tutela dello Stato, nella misura in cui assicura a tutti i consociati che il potere, finalizzato al perseguimento di un'uguaglianza anche di tipo sostanziale, sia davvero utile al pieno ed effettivo esplicarsi della personalità umana.

Soltanto attraverso questa strada si può abbandonare definitivamente l'ottica dell'emergenza che, trascendendo il campo dei delitti politici, è divenuta, col tempo, perenne⁶²⁶ e ha inquinato profondamente non soltanto la legislazione, ma anche la cultura, il linguaggio e il senso comune in materia penale, sempre più assuefatti ad una visione panpenalistica di tipo simbolico e di stampo meramente repressivo.

Su questa strada, inoltre, la parola "obbedienza" non soltanto si conforma al suo senso più autentico in un ordinamento democratico, ma può anche caricarsi nuovamente del suo significato più genuino nel riscoprire le proprie origini più antiche, radicate nella cultura greca, culla della democrazia occidentale, e nella sua lingua, la quale, per significare "obbedire" non conosce alcuna radice verbale, ma si serve della forma medio-passiva del verbo *πειθω*, ovvero "persuadere". Sono persuaso e, soltanto per questo, obbedisco.

⁶²⁶ L'espressione è, com'è noto, di MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

Sezione seconda

Tutela dell'ambiente e diritto penale dell'evento. Osservazioni su un 'connubio' ancora possibile

1. Introduzione

Dopo aver tentato di dimostrare la proficuità di un concetto personale di bene giuridico anche nel settore, tradizionalmente quanto mai problematico, del diritto penale politico, è giunto ora il momento di applicare i risultati raggiunti nella prima parte del presente lavoro anche ad un diverso settore, che pure (ma per ben altre ragioni) si è rivelato particolarmente sensibile a tentazioni di tipo simbolico e/o a scelte di incriminazione ben lontane dal riflettere una concezione del diritto penale quale tecnica di controllo sociale volta alla prevenzione di offese determinate a concreti beni giuridici delle persone. Ci riferiamo alla *vexata quaestio*, pur tuttavia quanto mai scottante ed attuale, della tutela penale dell'ambiente; e ciò non tanto, e non soltanto, perché proprio tale materia è stata oggetto di un recente intervento legislativo di sicuro rilievo ed interesse scientifico, ma soprattutto perché – come subito appresso si dirà – proprio la materia dei rischi (non soltanto) ambientali connessi all'evoluzione della tecnica e allo svolgimento di attività industriali, ha costituito l'oggetto delle riflessioni sulla 'società del rischio' e sul connesso (e quanto mai problematico) 'diritto penale del rischio'⁶²⁷.

Non a caso, è stata proprio la materia ambientale il terreno su cui, in seguito alla introduzione nel 1980 nello *StGB* del ventinovesimo titolo dedicato ai «Delitti contro l'ambiente», in Germania si è – almeno in parte – 'riacceso' il dibattito, nel frattempo divenuto piuttosto 'stanco', sul bene giuridico. E sono state proprio la materia ambientale e le riflessioni sul rischio tecnologico a spingere parte della dottrina a sostenere la necessità di un diritto penale che guardi al futuro, che si preoccupi di orientare condotte, piuttosto che di tutelare beni giuridici⁶²⁸. Tale obiettivo imporrebbe alla scienza

⁶²⁷ Cfr., sul punto, la bibliografia essenziale citata *supra*, cap. III, § 1.2.

⁶²⁸ Si tratta, com'è noto, della proposta avanzata da STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*, cit., pp. 679 ss., spec. 692 ss., volta a sollecitare una radicale svolta nella legislazione e

penalistica il dovere di elaborare nuove tecniche di tutela che prescindano dal riferimento a concreti beni giuridici e, dunque, una nuova struttura dell'illecito – in realtà, *in radice*, una ‘nuova dommatica’⁶²⁹ – idonee a contrastare rischi oggi poco percettibili, ma potenzialmente disastrosi per l’ambiente, per l’umanità tutta e per gli interessi delle future generazioni⁶³⁰.

Pertanto, in questo capitolo conclusivo ci proponiamo di dimostrare come, nonostante autorevoli voci contrarie⁶³¹, anche nel campo dei c.d. interessi superindividuali, ovvero dei beni giuridici ‘ad ampio spettro’, sia possibile non rinunciare ad un diritto penale del fatto e dell’offesa, che, contribuendo ad una più efficace tutela di concreti beni giuridici delle persone, al tempo stesso ne rispetti le garanzie fondamentali che presiedono, nel nostro sistema costituzionale, all’esercizio del potere punitivo. Pertanto, lungi dal cercare di offrire un quadro esaustivo delle problematiche, sia teoriche che applicative, inerenti a tale settore, le pagine seguenti saranno dedicate esclusivamente alle problematiche inerenti alla ricerca di un bene giuridico tutelabile che, sia *de iure condito* che *de iure condendo*, possa contribuire a fondare una razionale politica criminale in materia ambientale.

nella dommatica penalistica in punto di bene giuridico, struttura dell'illecito, criteri di imputazione e soggetto attivo, si da consentire l'elaborazione di nuove tipologie di illecito penale idonee a prevenire e annientare i rischi innescati dalla società contemporanea. I ‘nuovi’ delitti dovrebbero essere orientati non al passato, ma al «futuro in quanto tale» (*ivi*, p. 680): in essi l’anticipazione della tutela sarebbe, dunque, così profonda da recidere ogni collegamento possibile, persino in termini di pericolo astratto (*ivi*, p. 693), tra la condotta e il bene giuridico. Tale ultimo concetto, infatti, si dimostra del tutto inadeguato a cogliere il nucleo di disvalore di illeciti del tutto privi di evento e volti a tutelare non le persone oggi viventi, ma le generazioni future e il futuro stesso della Terra. Sulla circostanza che la tutela delle future generazioni implichi la necessità di un ‘ampliamento’ del (o una rinuncia al?) concetto di bene giuridico cfr. pure ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 31; *amplius*, ID., *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., p. 594 ss. e, in polemica con la *personale Rechtsgutslehre*, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen*, cit., p. 206 ss.; ID., *Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts*, in *Festschrift für Otto Triffterer*, Wien-New York, 1996, p. 452 ss.

⁶²⁹ L’espressione è tratta dal titolo dello splendido (ma non del tutto condivisibile) lavoro di KUHLEN, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in *ZStW*, 1993, p. 697 ss.

⁶³⁰ Si tratta del drammatico scenario prospettato da STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 679 e *passim*.

⁶³¹ Cfr., ancora, la bibliografia citata *supra*, cap. III, § 1.2. ove ci siamo occupati della problematica dei reati di pericolo astratto.

2. Una paradigmatica involuzione patologica: dalle fattispecie a struttura sanzionatoria alla ricerca (spasmodica) di un evento (quale che sia). L'«*altro disastro*» (art. 434 c.p.)?

Le riflessioni che seguono trovano la loro *occasione-spinta* nella epocale svolta di recente verificatasi nella politica criminale italiana in materia ambientale, e consistente nell'introduzione nel codice penale – tra gli altri – dei delitti di evento di cui agli artt. 452-*bis* e 452-*quater*, destinati ad affiancarsi alle già vigenti fattispecie poste 'a tutela' dell'ambiente, di natura accessoria e sanzionatoria rispetto alla disciplina amministrativa. In primo luogo, pertanto, si passeranno sinteticamente in rassegna le principali ricadute dommatiche del suo svilimento nella costruzione della fattispecie penale, quale emerge dall'analisi degli illeciti contravvenzionali contenuti nel T.U. ambientale (d.lgs. n. 152/2006) e riconducibili al modello del «diritto penale del comportamento» e «del pericolo astratto»⁶³². In secondo luogo, dunque, proveremo a dimostrare come le problematiche di legittimità costituzionale sollevate – in punto di legalità, offensività e personalità della responsabilità penale – da siffatte tecniche di tutela non siano state affatto superate, almeno dal punto di vista assiologico, dalle fattispecie delittuose di recente introdotte, che aspirano all'ambizioso obiettivo di fondare macro-illeciti di dimensioni gigantesche, ma che falliscono nel conseguente tentativo di descrivere macro-eventi di ampia (e quasi storica) portata. Infine, si proverà a vagliare contenuto, funzioni e limiti di un concetto di ambiente penalmente tutelabile.

Non è ovviamente possibile ripercorrere in questa sede, sia pur brevemente, le 'ragioni' che hanno storicamente 'consigliato' ai legislatori penali di numerosi paesi di optare, in materia ambientale, per una tutela penale di tipo accessorio e sanzionatorio rispetto alla disciplina amministrativa⁶³³. Sia qui sufficiente rilevare che proprio il diritto penale dell'ambiente ci offre, a partire dalla sua stessa collocazione extracodicistica, una sorta di 'manifesto' programmatico del 'diritto penale della modernità', caratterizzato dalla costante proliferazione di fattispecie a struttura sanzionatoria, incentrate sulla

⁶³² L'espressione «diritto penale del comportamento» e la sua distinzione concettuale con il «diritto penale del pericolo astratto» risalgono, com'è noto, a STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 387 ss.

⁶³³ Le ragioni di una siffatta scelta politico-criminale, e della stessa emersione, relativamente recente, di un diritto penale dell'ambiente, sia in Italia che in Germania, sono efficacemente esposte dalla pionieristica ed accurata indagine di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 1 ss., 51 ss.; cfr., per uno sguardo d'insieme, pure GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia*, cit., p. 1109 ss.

tecnica del rinvio a discipline – legislative e regolamentari, quando non direttamente a provvedimenti amministrativi abilitativi – concernenti lo svolgimento di un determinato tipo di attività potenzialmente rischiosa, comunque infarcite di concetti normativi extrapenalistici di natura prevalentemente tecnica. In questo senso, le fattispecie penali in materia ambientale rappresentano un istruttivo paradigma di quelle tecniche di anticipazione della tutela, di formalizzazione dell'offesa e di scoloramento del concetto stesso di bene giuridico, che, seppur brevemente, abbiamo esaminato nel capitolo precedente. Infatti, basta dare anche solo uno sguardo alle appendici penalistiche del T.U. ambientale per rendersi conto del fatto che a venire in rilievo sono norme⁶³⁴ che rendono punibile lo svolgimento di un'attività produttiva senza la prescritta autorizzazione, ovvero il superamento dei limiti soglia nelle emissioni o negli scarichi di determinate sostanze, o infine anche soltanto l'omessa comunicazione all'Autorità amministrativa di determinati dati⁶³⁵. Al di là delle loro pur significative differenze – che non possono essere approfondite in questa sede – tali fattispecie sono accomunate, sotto il profilo strutturale, dalla circostanza di non descrivere un'offesa ad un bene giuridico, ma la contrarietà ad uno schema di comportamento e, dunque, di sanzionare un bilanciamento di interessi già operato in sede extrapenale dal legislatore, con o senza l'intermediazione della pubblica amministrazione⁶³⁶.

Ora, la caduta, in termini di garanzie, connessa all'adozione di siffatte tecniche di tutela⁶³⁷ non è accompagnata, peraltro, da una maggiore effettività della tutela: fatti consistenti in mere violazioni formali implicano pene irrisorie. Ciò ha determinato la conseguenza perversa di una sorta di 'ricerca dell'evento' da parte della prassi, il cui prezzo è consistito in una disinvolta applicazione dell'art. 434 c.p.⁶³⁸ e nel conseguente

⁶³⁴ Si vedano, ad esempio, gli artt. 29-*quattordices* (in tema di tutela del suolo e delle acque), 255, 256, 261-*bis* (in tema di abbandono di rifiuti), 279 (in tema di tutela dell'aria) del d.lgs. n. 152/06 - T.U. ambientale.

⁶³⁵ Per una sintetica ricostruzione cfr., tra gli altri, più di recente, GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 1151 ss.; RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 73 ss.; precedentemente, BAJNO, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, p. 115 ss.; VERGINE, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 756 ss.; *amplius*, oltre al più volte citato lavoro di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 51 ss., cfr. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, *passim* e spec. p. 39 ss.; SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, *passim*.

⁶³⁶ Esse, pertanto, sono riconducibili per lo più allo schema della tutela penale di funzioni, secondo il modello che abbiamo provato a delineare *supra*, cap. III, § 1.2.

⁶³⁷ Cfr. ancora *supra*, cap. III, § 1.2.1.

⁶³⁸ L'opinione negativa circa la riconducibilità delle ipotesi di grave inquinamento ambientale non derivanti da un evento distruttivo violento e temporalmente concentrato al c.d. disastro innominato

stravolgimento di un impianto normativo, già di per sé problematico, come quello dei delitti contro l'incolumità pubblica⁶³⁹. Lo 'sperimentalismo punitivo' della giurisprudenza, finalizzato all'irrogazione di pene ben più severe di qualche mese di arresto o qualche migliaio di euro di ammenda – comminati dalle contravvenzioni ambientali – si è risolto, dall'angolo visuale che in questa sede ci occupa, nell'introduzione *surrettizia*, nel sistema dei delitti contro l'incolumità pubblica, di un vero e proprio nuovo oggetto di tutela penale – l'ambiente – che nella ricostruzione giurisprudenziale, se da un lato 'media' il pericolo per la salute collettiva, dall'altro con essa tende a sovrapporsi e ad 'omogeneizzarsi', fin quasi a sostituirla.

di cui all'art. 434 c.p. è senz'altro prevalente in dottrina; cfr., per tutti, GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in GROSSO – PADOVANI – PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, I, Milano, 2008, p. 575; da ultimo, MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1565 ss.; *contra*, in senso astrattamente favorevole, RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 179 ss.

⁶³⁹ Sul punto cfr., per tutti, GARGANI, *op. ult. cit., passim; amplius*, ID. *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, *passim* e spec. p. 87 ss.

3. Dal comportamento all'evento nella tutela penale dell'ambiente. Brevi e rapsodiche osservazioni sui nuovi delitti di «inquinamento» e di «disastro ambientale»

Proprio in tale contesto si colloca la l. n. 68/2015, che ha introdotto nel secondo libro del codice penale il nuovo Titolo VI-*bis* («Dei delitti contro l'ambiente»), subito dopo quello dedicato ai «Delitti contro l'incolumità pubblica». L'obiettivo della riforma è inequivocabilmente quello di elevare l'ambiente a bene giuridico penale, da un lato emancipandolo dal carattere strumentale che esso, nel 'disastro ambientale' di conio giurisprudenziale, veniva ad assumere rispetto alla salute; dall'altro, estraendolo da quel lontano sfondo in cui esso è relegato nella disciplina del T.U. ambientale ed in cui, come visto, esso è parte di una complessa operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi, *in primis* l'iniziativa economica.

Il legislatore della novella sembra, dunque, essere andato incontro a quanti, in dottrina, avevano sottolineato l'insanabile illegittimità ed ineffettività del sistema di tutela dell'ambiente orientato al mero controllo dei rischi e dei comportamenti, sollecitando l'opzione per un «modello penalistico puro»⁶⁴⁰. Nel far ciò sono ovviamente venuti al pettine i nodi problematici che, come si è accennato all'inizio, hanno spinto parte della dottrina a sostenere l'inadeguatezza, in tale materia, del diritto penale d'evento – e finanche della dottrina classica – e ad optare per la necessità del pericolo astratto, del riferimento ai valori soglia, della tutela di funzioni amministrative.

Ovviamente non è questa la sede per una compiuta analisi delle nuove figure delittuose, per cui ci limiteremo a qualche breve osservazione a proposito degli eventi delineati dalle fattispecie di inquinamento (art. 452-*bis* c.p.) e di disastro ambientale (452-*quater* c.p.), enunciando le ragioni per le quali, ad una prima lettura, il risultato appare piuttosto problematico.

⁶⁴⁰ L'espressione è di INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 737 ss.

3.1. *Segue.* L'evento di «inquinamento ambientale»

L'evento del delitto di cui all'art. 452-*bis* c.p. è descritto in termini di «compromissione o [...] deterioramento significativi e misurabili» di diversi oggetti materiali, quali le acque, l'aria, «porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo» o, alternativamente, «di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna».

In primo luogo, balza all'occhio l'indeterminatezza dei concetti di «compromissione» e di «deterioramento» (quest'ultimo, accanto a quelli di significatività e misurabilità, all'uopo 'mutuato' dall'art. 300 T.U. ambientale), nei quali dovrebbe compendiarsi l'intero disvalore della fattispecie; e ciò sia in termini assoluti, sia in termini di reciproca delimitazione. Sotto quest'ultimo profilo, potrebbe sostenersi, ad esempio, che il concetto di compromissione implichi un danno per la matrice ambientale, mentre il deterioramento si risolverebbe in un pericolo per la sua integrità, o viceversa⁶⁴¹; oppure, potrebbe affermarsi che la compromissione costituisca un danno la cui eliminazione necessiti dell'intervento umano di bonifica o di ripristino, laddove il deterioramento indicherebbe un danno cui la natura può porre rimedio da sé, benché in un lungo arco temporale; oppure, ancora, li si potrebbe considerare *tout court* come un'endiadi concettuale sinonimo di danno⁶⁴². Benché quest'ultima soluzione ci appaia, in astratto, preferibile, anche le altre interpretazioni sono, a ben vedere, tutte linguisticamente valide e sostenibili, con ciò rendendo palese l'insostenibile *deficit* di legalità della fattispecie.

In secondo luogo, risulta forse ben più problematico stabilire in che termini vadano intesi i concetti di 'significatività' e di 'misurabilità' della compromissione o del deterioramento, sicché anche la delimitazione tra l'ambito applicativo dell'art. 452-*bis* c.p.

⁶⁴¹ Pur sembrando propendere per l'interpretazione in termini di danno, infatti, MOLINO, *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, Relazione n. III/04/2015 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 5, nota come l'espressione «compromissione» venga raramente utilizzata nel T.U. ambientale, e comunque mai per indicare un danno attuale all'ambiente, facendosi ricorso, in tali casi, al concetto di «deterioramento», come nell'art. 300.

⁶⁴² Così, ad esempio, MOLINO, *op. loc. ult. cit.* Ricorrendo ad un argomento sistematico *ex art.* 635 c.p., ritiene entrambe le espressioni indicative di un danno per la matrice ambientale, designando la compromissione – concetto assoluto – una situazione di persistente «inabilità del bene rispetto alle sue funzioni» e il deterioramento – concetto relativo – una modificazione *in peius* dello stato preesistente, MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2015, p. 4. Analogamente, propende per l'interpretazione in termini di danno RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, p. 10.

e quello – ‘verso il basso’ – dell’art. 257 T.U. ambientale e – ‘verso l’alto’ – della ben più grave fattispecie di disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p., che pure richiama, come si vedrà, concetti quanto mai fumosi) non sembra potersi fondare su criteri interpretativi del tutto determinati e, perciò, affidabili in termini di certezza e di garanzie.

Ancora maggiore perplessità desta il riferimento all’«ecosistema» quale entità altra e diversa rispetto alle singole matrici ambientali cui, invece, dovrebbe riferirsi (l’aria, l’acqua, il suolo, il sottosuolo), se per ecosistema deve intendersi il complesso delle reazioni reciproche che in un determinato luogo naturale intercorrono tra elementi biotici ed abiotici, vale a dire l’equilibrio di un certo ciclo biologico⁶⁴³. Quando, poi, una porzione del suolo o del sottosuolo possa dirsi «estesa» o «significativa» e che differenza intercorra tra tali due concetti, e cosa si intenda per «biodiversità, anche agraria», risulta quanto mai oscuro.

Neppure l’avverbio «abusivamente» sembra concorrere a descrivere adeguatamente il tipo di illecito incriminato. Non crediamo affatto, peraltro, che esso vada considerato come una clausola di antigiridicità espressa, che «altro non fa[...] se non ricordare l’ovvio, ossia che il fatto tipico costituisce reato solo se non è imposto o facoltizzato da un’altra norma dell’ordinamento»⁶⁴⁴; sembra, piuttosto, che si tratti di un elemento normativo del fatto e, più precisamente, di un criterio di imputazione oggettiva dell’evento⁶⁴⁵, implicito in ogni fattispecie di evento, che qui è stato però previsto in forma espressa dal legislatore; tale parametro, fra le diverse condotte che pure possono in concreto offendere l’ambiente, attrae nel fuoco della norma quelle sole realizzate in violazione di norme extrapenali finalizzate alla sua tutela⁶⁴⁶. In tal senso, l’illiceità

⁶⁴³ Cfr., per tutti, già CATENACCI, *La tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 21 ss., spec. p. 28; in modo sostanzialmente analogo cfr. ora, con alcuni riferimenti legislativi, MOLINO, *op. cit.*, pp. 6 e 7.

⁶⁴⁴ Così BELL-VALESCCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2015, p. 13.

⁶⁴⁵ Sulla teoria della *objektive Zurechnung* cfr. soltanto, nella dottrina tedesca, ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 371 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. ‘Nesso di rischio’ e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*; LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva: profili dottrinali e di politica criminale*, Napoli, 2011, *passim* e spec. pp. 263 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 130 ss.

⁶⁴⁶ Cfr., tuttavia, il dibattito parlamentare, dal quale risulta che tale espressione è stata introdotta – in sostituzione di quella «in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell’ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale» – proprio per determinare la rilevanza penale di fatti di inquinamento realizzati mediante la violazione di norme precauzionali aventi finalità diversa dalla tutela dell’ambiente (es. sicurezza sul lavoro); sul punto cfr., per tutti, RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 5 ss. Adottando il punto di vista qui proposto non sembra, però, che la diversa espressione utilizzata nella stesura definitiva dal legislatore sia idonea ad ampliare l’area del penalmente rilevante mediante una meno ristretta delimitazione del rischio consentito, in quanto criteri fondamentali

extrapenale della condotta non fonda, come nelle contravvenzioni riconducibili al paradigma del ‘diritto penale del comportamento’, il disvalore del fatto, ma esaurisce il suo ruolo nel perimetrare l’area del rischio consentito, in funzione delimitativa dell’ambito di rilevanza penale; al tempo stesso, in quanto criterio di imputazione oggettiva, non costituisce neppure un requisito modale della condotta, restando quest’ultima sostanzialmente a forma libera⁶⁴⁷ (o comunque quanto mai poco vincolata).

3.2. *Segue. L’evento di «disastro ambientale»*

Ancor più difficile da ‘decifrare’ appare l’art. 452-*quater* c.p., rubricato «Disastro ambientale». Per le medesime ragioni appena esposte a proposito del delitto di inquinamento, anche qui la condotta deve essere considerata a forma sostanzialmente libera; dunque, il nucleo di disvalore – elevatissimo, stando alla cornice edittale – del fatto dovrebbe condensarsi interamente nell’evento, denominato di «disastro ambientale». Tale evento può consistere, alternativamente, nella «alterazione irreversibile dell’equilibrio di un ecosistema» (co. II, n. 1), nella «alterazione dell’equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali» (co. II, n. 2) ed, infine, nella «offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo» (co. II, n. 3).

In primo luogo, rinviando ad un secondo momento l’analisi del n. 3 del comma II, va sottolineato come la disposizione, nella descrizione degli eventi di cui ai nn. 1 e 2, si serva di un’espressione («alterazione») diversa da quelle utilizzate dal precedente art. 452-*bis* c.p. («compromissione» e «deterioramento»). Ciò spinge inevitabilmente l’interprete a chiedersi se il disastro costituisca un fatto di inquinamento qualitativamente analogo a

dell’imputazione oggettiva dell’evento (cfr. nota precedente) sono, tra gli altri, proprio la concretizzazione, nell’evento, del rischio non consentito, e, correlativamente, la corrispondenza allo scopo di tutela della norma.

⁶⁴⁷ Sulla natura libera della condotta cfr., ma con diverse argomentazioni, BELL-VALESCCHI, *op. cit.*, p. 8; RUGA RIVA, *I nuovi ecodelitti*, cit., p. 3; MASERA, *I nuovi delitti contro l’ambiente*, cit., p. 3; *contra*, sulla natura vincolata, SIRACUSA, *La legge 22 maggio, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell’ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2015, pp. 10, 17.

quello previsto dalla fattispecie di inquinamento, ma di estensione esponenzialmente più ampia; ovvero, se la diversità delle espressioni utilizzate implichi che il discrimine tra le due fattispecie risieda, innanzitutto, nella alterità sostanziale e qualitativa dei due eventi. Non sembra, però, che sul punto la disposizione fornisca criteri sufficienti ad optare per l'una o per l'altra interpretazione, sicché, analogamente a quanto visto in relazione al significato da attribuire al concetto di «compromissione» e a quello di «deterioramento», anche rispetto al concetto di «alterazione» ci si trova costretti ad operare una scelta di significato non verificabile né falsificabile, e dunque arbitraria.

In secondo luogo, nell'art. 452-*quater* c.p. il legislatore non menziona quali oggetti materiali dell'azione, accanto all'ecosistema, le singole matrici ambientali cui quest'ultimo dovrebbe riferirsi, operando così una scelta senz'altro più convincente dal punto di vista tecnico, ma che suscita interrogativi non secondari in ordine al coordinamento con la fattispecie di inquinamento.

Come nell'art. 452-*bis* c.p., anche qui il legislatore della novella si è servito di espressioni indeterminate, poiché se l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema potrebbe ancora fondarsi su di una valutazione tecnica basata su criteri scientificamente affidabili, altrettanto non può dirsi per la 'particolare onerosità' dell'eliminazione dell'alterazione e per l'eccezionalità dei provvedimenti' a tal fine necessari, in quanto si tratta di concetti che sottendono giudizi – di natura economica e non chimico-biologica – anch'essi difficilmente verificabili o falsificabili.

3.3. *Segue.* Gli eventi di inquinamento e di disastro ambientale in relazione all'aspetto materiale e a quello assiologico del bene giuridico 'ambiente'

Gli eventi concepiti dal legislatore della novella ci sembrano, dunque, piuttosto problematici sia sotto il profilo materiale del bene giuridico, sia sotto il suo profilo assiologico⁶⁴⁸.

Quanto al primo aspetto, va detto che, pur riferendosi ad oggetti materiali quanto mai concreti e tangibili (acqua, aria, suolo), gli eventi di inquinamento e di disastro, più che descritti, sembrano essere stati semplicemente 'evocati' dal legislatore mediante l'utilizzazione di un'esasperata *iperaggettivazione*, di termini vaghi e dai contorni sfumati, non idonei a denotare alcunché, ma semplicemente a connotare, ad alludere, a segnalare la gravità e la straordinarietà dei fatti incriminati; la stessa circostanza che il legislatore non abbia saputo emanciparsi dall'espressione «disastro» risulta emblematica.

Attesa la forma libera delle condotte e la vaghezza di eventi in cui si pretende di concretizzare macro-offese di difficile ricostruzione, le nuove fattispecie perpetuano, sotto profili in parte diversi – ma assiologicamente analoghi – le problematiche sollevate dalle fattispecie contravvenzionali previste dal T.U. ambientale. I delitti di inquinamento e di disastro ambientale destano, infatti, gravi sospetti di illegittimità costituzionale, poiché, pur trattandosi di fattispecie d'evento, non è individuabile il tipo di offesa e, dunque, il tipo di illecito che il legislatore ha inteso rendere punibile: fortissima è la tensione non solo con i principi di legalità e di offensività, ma anche con quello di personalità della responsabilità penale, attesa la portata macro-offensiva, quasi storica, degli eventi evocati e, dunque, la difficoltà di ricostruzione del nesso causale necessario ad imputarli – innanzitutto oggettivamente – ad un determinato autore. Ciò, ancora una volta, dimostra l'insostituibile ruolo svolto dall'evento nell'ambito della struttura dell'illecito penale, quale nucleo centrale del suo disvalore.

Quanto all'aspetto assiologico, ci limitiamo ad osservare che la lettura dell'art. 452-*quater*, co. II n. 3 c.p. restituisce all'interprete – oltre che un fatto dai contorni ancora più labili delle altre forme di disastro e di inquinamento⁶⁴⁹ – un delitto contro l'ambiente che

⁶⁴⁸ Cfr., *supra*, cap. III, § 2.4.

⁶⁴⁹ Sul punto cfr. pure le aspre e condivisibili critiche di BELL-VALESCCHI, *op. cit.*, p. 6 ss.

curiosamente non contempla un danno o un pericolo per l'ambiente⁶⁵⁰: in buona sostanza, si rende punibile con la reclusione da cinque a quindici anni «chiunque abusivamente cagiona un'offesa alla pubblica incolumità». In disparte ogni considerazione circa l'abnormità della cornice edittale, la disposizione in esame sembra perpetuare, in effetti, un'indebita omogeneizzazione e sovrapposizione dei piani di tutela tra l'incolumità pubblica – scopo di tutela o 'bene giuridico di fiancheggiamento' della vita, della salute e dell'integrità fisica di singoli individui – e l'ambiente, quale bene cui il legislatore, con la l. n. 68/2015, intendeva fornire un'autonoma tutela penale: emblematica è, in tal senso, l'insensata clausola di sussidiarietà espressa rispetto all'art. 434 c.p.

⁶⁵⁰ Per una ragionevole interpretazione 'correttiva', che considera implicito nel n. 3 del co. II dell'art. 452-*quater* c.p. un danno all'ambiente – benché di minore gravità rispetto a quello richiesto dai numeri precedenti – cfr. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 34; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., p. 11.

4. L'ambiente penalmente tutelabile: qualche spunto di riflessione

Ciò premesso, bisognerebbe dunque chiedersi se le perplessità appena esposte siano da ricondursi esclusivamente ad un'erronea tecnica di redazione delle fattispecie, dovuta alla fretteolosità e alla natura emergenziale della novella, ovvero ad un'inidoneità intrinseca del bene ambiente a soddisfare le esigenze poste da una teoria del reato costituzionalmente orientata. Potrebbe sostenersi, nel primo senso, che i problemi sin qui evidenziati siano dovuti esclusivamente all'incapacità del legislatore di emanciparsi dalla 'logica' del «disastro» e dalle recenti vicende giudiziarie, ma che, desistendo dal tentativo di descrivere macro-eventi tanto gravi ed estesi quanto di improbabile ricostruzione, il concetto di ambiente possa assumere una fisionomia più definita e, di conseguenza, sia possibile individuarne concrete forme di offesa suscettibili di una chiara e precisa descrizione.

Senza alcuna pretesa di fornire una risposta esaustiva a tale quesito, ma limitandoci a qualche osservazione, procederemo a questo punto ad una breve indagine circa l'aspetto assiologico e quello materiale del bene ambiente.

4.1. *Segue.* L'aspetto assiologico

Quanto all'aspetto assiologico, a nostro modo di vedere l'art. 452-*quater*, co. II n. 3 c.p. non può essere considerato esclusivamente frutto della 'sciatteria' e dell'insipienza tecnica del legislatore italiano: basti pensare – a titolo meramente esemplificativo – ai §§ 324a n. 1 e 325 del codice penale tedesco (*StGB*), che pongono sullo stesso piano l'offesa all'ambiente, quella alla salute e persino quella a «cose di particolare valore», ovvero al § 330a *StGB*, il quale, pur facendo riferimento alla diffusione di sostanze velenose, rende punibile la sola causazione di un danno o di un pericolo alla vita o alla salute, senza danno all'ambiente; ovvero all'art. 3, lett. a, b, d, e della direttiva 2008/99/CE. Le norme citate ci sembrano emblematiche del comprensibile ed inevitabile imbarazzo che tanto i legislatori quanto gli interpreti provano nel dover prendere posizione in ordine al

contenuto e ai limiti del concetto di ambiente penalmente tutelabile e ai suoi rapporti con i beni primari della vita e della salute.

In proposito, infatti, numerose e variegata sono state le ricostruzioni che la dottrina, soprattutto tedesca, ha operato⁶⁵¹. Al di là della diversa «etichetta» che da ciascuno viene attribuita all'una o all'altra concezione⁶⁵², in via di estrema sintesi può dirsi che, scartata quella puramente amministrativa⁶⁵³, tre sono sostanzialmente le possibili alternative: la prima intende l'ambiente penalmente tutelabile come l'insieme delle matrici ambientali, protette semplicemente in quanto risorse naturali e a prescindere da qualsivoglia tipo di relazione con l'uomo: oggetto di tutela è, dunque, la 'purezza' delle acque, dell'aria, del suolo.

All'estremo opposto si pone la concezione dei sostenitori della teoria personale del bene giuridico, che ricostruisce la tutela dell'ambiente come una forma di protezione estremamente anticipata dei beni individuali e primari della salute, dell'integrità fisica e della vita⁶⁵⁴; di conseguenza, essa qualifica la maggior parte dei reati contenuti nel 29° titolo dello *StGB* in termini di illeciti di pericolo astratto.

⁶⁵¹ La letteratura tedesca sul tema è peraltro vastissima; cfr., per uno sguardo d'insieme, HEINEHECKER, *Vorbemerkungen zu den §§ 324 ss.*, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. XXIX, München, 2014, p. 2991 ss., spec. p. 2997 ss.; RENGIER, *Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht*, in *NJW*, 1990, p. 2506 ss.; HOHMANN, *Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht*, in *GA*, 1992, p. 76 ss.; BLOY, *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in *ZStW*, 1988, p. 485 ss.; cfr., *amplius*, HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltschutzes*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris, p. 179 ss. e il più volte citato lavoro di KUHLEN, *Umweltstrafrecht*, cit., p. 696 ss.

⁶⁵² Si registra, nella letteratura sul tema, una straordinaria abbondanza di etichette terminologiche circa le diverse concezioni del bene giuridico 'ambiente', quali ad es. «puramente ecologista», «ecocentrica», «ecologista moderata», «antropocentrica», «puramente antropocentrica», «ecologico-antropocentrica» etc. Non ci sembra, peraltro, che a tali formule definitorie corrisponda sempre un univoco contenuto, potendosi da qualcuno denominare «antropocentrica» la teoria che altri considera «ecologista moderata»; la propensione per l'una o per l'altra formula dipende ovviamente dalla posizione di ciascuno in ordine proprio al valore – l'uomo, la natura, le matrici ambientali – ritenuto fondamentale, e, dunque, da una certa precomprensione della soluzione circa l'individuazione del bene giuridico legittimamente tutelabile. Non sembra, pertanto, che la questione terminologica assuma, sul punto, una qualche particolare rilevanza.

⁶⁵³ Si tratta della concezione di fatto tendenzialmente sottesa, come visto, alle fattispecie contravvenzionali previste dal T.U. ambientale, che finisce per identificare il bene giuridico nella funzione amministrativa di governo e di controllo dell'ambiente, e che per lo più risulta superata in dottrina.

⁶⁵⁴ Così HASSEMER, *Vor. zum § 1*, cit., p. 85; ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 92; HOHMANN, *Von den Konsequenzen*, cit., p. 80 ss.; ID., *Das Rechtsgut der Umweltschutzes*, cit., p. 179 ss.; tale concezione trovò un riconoscimento anche nell'*AE-StGB* del 1971 ai §§ 151 ss.: qui si affermava espressamente come in gioco non fosse la tutela dell'ambiente, ma quella «della vita umana e della salute umana dai pericoli dell'ambiente».

In via mediana si colloca un'ulteriore ricostruzione, che fa discendere la meritevolezza di tutela penale dell'ambiente dal suo essere fondamento della vita umana⁶⁵⁵, su cui, pertanto, insiste l'interesse indifferenziato e indivisibile della comunità. Si tratterebbe, dunque, di un bene collettivo, *rectius* diffuso, la cui tutela assume ad oggetto le matrici ambientali, non nella loro purezza, bensì esclusivamente nel loro equilibrio ecologico, ovvero in quanto ecosistemi, *Lebensgrundlagen* non soltanto della presente, ma anche delle future generazioni⁶⁵⁶.

A nostro parere va innanzitutto scartata la prima opzione: la tutela della purezza dell'ambiente in quanto tale, quale entità del tutto avulsa, dagli interessi dell'uomo, se non addirittura ad essi contrapposta, si pone in contrasto con l'impianto personalistico su cui deve fondarsi il nostro sistema penale. Anche da un punto di vista strettamente concettuale, l'identificazione della tutela dell'ambiente con la tutela di un certo stato dei luoghi, della loro non alterata conservazione, è frutto dell'erronea sovrapposizione dei concetti, invero diversi tra loro, di ambiente e di natura. «Ambiente», come la stessa etimologia ci indica, è «ciò che va intorno» (*amb-* -*iens*); *Umwelt*, analogamente, è «il mondo intorno»: si tratta, come entrambe le lingue univocamente esprimono, di un *quid* di relazionale, che presuppone un rapporto tra un centro e ciò che lo circonda⁶⁵⁷. Non esiste, pertanto, «l'ambiente», ma tanti ambienti quanti sono gli organismi viventi: in diritto penale, tuttavia, la tutela non può che avere come proprio centro l'essere umano e i suoi interessi, che in quell'ambiente convivono, si sviluppano, si sovrappongono e si contrappongono.

Tuttavia, l'adesione ad una concezione personale del bene giuridico non ci sembra debba necessariamente implicare l'opzione a favore di una concezione restrittiva dell'ambiente quale mero strumento di anticipazione della tutela della vita e della salute: un bene apparente, un bene di fiancheggiamento, in sostanza un 'non-bene'. In primo luogo, tale ricostruzione si risolve nella medesima sovrapposizione e omogeneizzazione

⁶⁵⁵ Si tratta della concezione sostenuta dalla prevalente dottrina, sia tedesca che italiana; cfr., nella prima, e pur nelle peculiarità di ciascuna ricostruzione, i lavori di KUHLEN, *Umweltstrafrecht*, cit., pp. 696 ss., 701 ss.; SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen*, cit., pp. 206-207; ID., *Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts*, cit., p. 437 ss., e spec. p. 452 ss., che insiste soprattutto sulla tutela delle future generazioni; BLOY, *op. cit.*, p. 485 ss., spec. p. 494 ss.; nella seconda si veda, per tutti, CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 25 ss., 261 ss.; GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 1104.

⁶⁵⁶ Tale ricostruzione sembra vantare, nel sistema tedesco, un espresso addentellato normativo di rango costituzionale, rappresentato dalla *Staatszielbestimmung* di cui all'Art. 20° GG, introdotta nel 1994.

⁶⁵⁷ Sulla natura relazionale del concetto di ambiente, lucidamente, BLOY, *op. cit.*, pp. 494-495.

di beni eterogenei e assiologicamente non equiparabili operata dall'art. 452-*quater* c.p. co. II n. 3 e che, di fatto, lungi dal fornire risposta al quesito circa l'autonoma tutelabilità dell'ambiente, sposta il problema; in secondo luogo, essa pare implicare, pressoché inevitabilmente, la previsione di fattispecie di pericolo astratto, la cui legittimità costituzionale si è sopra tentato di contestare.

In proposito sia consentito osservare che, in relazione alla tematica dell'ambiente, i più autorevoli sostenitori della concezione personale del bene giuridico traggono, dalle loro stesse premesse, un'erronea conseguenza. Essi, infatti, in via generale sottolineano a chiare lettere che l'adesione ad una siffatta concezione non implica di per sé il rigetto dei beni giuridici collettivi – come talvolta, anche autorevolmente, ma fraintendendo, sembra sostenersi⁶⁵⁸ – ma soltanto la loro funzionalizzazione rispetto ai beni giuridici individuali. Ciò significa che i beni collettivi vanno riconosciuti come tali, e come tali possono legittimamente essere tutelati, se ed in quanto in essi sia ravvisabile la tutela, mediata, dell'individuo, vale a dire nella misura in cui siano concepibili come la sintesi di molteplici – ma tangibili – bisogni individuali. Tuttavia, nel momento in cui si tratta di applicare tale criterio all'ambiente alcuni di tali Autori propendono, come detto, per una soluzione radicalmente negativa.

Al contrario, a noi sembra che l'ambiente possa assolvere – almeno sotto il profilo assiologico in esame – alle esigenze poste da una teoria personale del bene giuridico. Esso, infatti, assume senz'altro un connotato di valore in quanto fondamentale spazio *vitale* per l'uomo – il suo 'mondo intorno', appunto – presupposto oggettivo non soltanto, riduttivamente, della vita e della salute, ma dello sviluppo globale della sua personalità e del soddisfacimento dei variegati interessi e bisogni umani, di natura sia economica, sia *lato sensu* ricreativo-esistenziale, che su 'quell'ambiente insistono; l'ambiente, pertanto, assume la qualità di bene collettivo se ed in quanto tali interessi siano riconducibili a più persone.

⁶⁵⁸ Su tale equivoco, a nostro sommo avviso, sembra fondarsi l'aspra critica di MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, cit., p. 802 ss.; meno drasticamente, ma analogamente nella sostanza, MARINUCCI e DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 553 ss. Al contrario, l'erroneità di tale interpretazione della concezione personalistica ci sembra si evinca chiaramente dalle parole di HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., pp. 91-92: «deve... sottolinearsi che una concezione personale del bene giuridico... non nega l'ammissibilità di beni giuridici della collettività, ma piuttosto funzionalizza questi beni alla persona: li può accettare, cioè, soltanto a condizione che essi servano interessi umani»; ID., *Vor. zum § 1*, cit., pp. 84-86; sul punto cfr., nella dottrina italiana, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività*, cit., p. 152.

In tal senso devono, tuttavia, tenersi presenti due imprescindibili condizioni. In primo luogo, come accennato, l'ambiente penalmente tutelabile va inteso in senso strettamente relazionale, pena il ritorno alla insostenibile concezione 'ecocentrica' della «purezza» della matrice ambientale. In secondo luogo, esso va inteso in senso dinamico: a differenza della vita, della salute e dei beni 'classici' o strettamente individuali, l'ambiente non può ricevere tutela incondizionata ('discutibile' soltanto – ovviamente – in sede di giustificazione), poiché in molti casi è proprio il suo sacrificio ad essere funzionale alla tutela di quegli stessi interessi: le matrici ambientali, se non vanno danneggiate, possono (in qualche misura devono) essere (e, di fatto, sono) quotidianamente sfruttate per il soddisfacimento dei più variegati bisogni umani, spesso proprio di quegli stessi interessi che su di esse insistono e che potrebbero o dovrebbero essere tutelati mediante la minaccia penale; pertanto, la tutela penale dell'ambiente, purché nelle forme del diritto penale d'evento, non sembra poter prescindere dal coordinamento con la disciplina extrapenale che quei bisogni ed interessi è volta ad individuare, bilanciare e governare, fissando, così, il confine del rischio consentito, in chiave delimitativa⁶⁵⁹ – e non più fondativa – della responsabilità penale.

A tali condizioni, da un punto di vista assiologico la questione problematica del bene ambiente non sta affatto nella sua non espressa menzione in Costituzione (se non nell'art. 117), nella sua non rilevanza nel sistema costituzionale di valori, bensì, da un lato, nell'individuazione, nella selezione e nel bilanciamento degli interessi ad esso sottesi; dall'altro – e conseguentemente – nella delimitazione, per così dire, 'spaziale' dell'oggetto materiale dell'azione, in quanto nella descrizione dei singoli eventi dei reati ambientali compito ineludibile del legislatore è quello di riuscire ad individuare, quale oggetto materiale dell'azione, una 'porzione di ambiente' (*id est*, di una o più matrici ambientali) non gigantesca, ma al tempo stesso sufficientemente ampia da far sì che il suo pregiudizio coinvolga i variegati interessi, riconducibili a più persone, che su quell'ambito spaziale insistono.

⁶⁵⁹ La questione dei rapporti tra la disciplina penalistica e quella amministrativa, anche in relazione ai poteri e ai limiti di cognizione del giudice penale, è da sempre ampiamente discussa, soprattutto nella dottrina tedesca, e supera certamente i confini della presente relazione; per uno sguardo d'insieme cfr. le diverse opinioni di HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, cit., p. 171 ss.; SCHÜNEMANN, *Zur Dogmatik und Kriminalpolitik*, cit., p. 441 ss.; KUHLEN, *Umweltstrafrecht*, cit., p. 709. Almeno sotto il profilo che qui ci occupa ci sembra debba accogliersi peraltro con favore la scelta del legislatore di introdurre nelle fattispecie in esame l'avverbio «abusivamente».

Ciò conduce all'altro piano del discorso, quello materiale. Per ora sembra che al quesito circa il piano assiologico possa fornirsi una risposta senz'altro positiva.

4.2. *Segue.* L'aspetto materiale

Quanto all'aspetto materiale, va innanzitutto rilevato che le matrici ambientali, nonostante la natura diffusa degli interessi che in esse si esplicano, sono dotate di un concreto e materiale substrato: esse sarebbero, dunque, potenzialmente idonee a ricomporre quella frattura tra oggetto materiale dell'azione e oggetto della tutela che costituisce uno dei problemi fondamentali – *rectius*, dei nodi da sempre insoluti – della teoria del bene giuridico in rapporto a non secondari settori del diritto penale⁶⁶⁰.

Inoltre, proprio in quanto concreto e tangibile *in rerum natura*, l'ambiente così inteso sembra assolvere anche ad un ulteriore requisito, che la teoria liberale del bene giuridico ha da tempo considerato indefettibile ai fini della sua tutelabilità: la modificabilità ad opera della condotta umana e, dunque, la sua idoneità a costituire oggetto di offese nel caso concreto (*c.d. reale Verletzungskausalität*)⁶⁶¹, da cui deriva l'idoneità del diritto penale a prevenirle. Esso potrebbe annoverarsi, in definitiva, fra quelle vere e proprie «situazioni dotate di valore, che possono essere modificate ad opera della condotta umana e che, perciò...possono essere preservate da tali modificazioni. In altre parole: situazioni offendibili, tutelabili»⁶⁶².

Ciò nonostante, non può nascondersi che, nel momento in cui dall'analisi teorica si passa alla concreta formulazione delle fattispecie, le difficoltà si fanno più fitte e una certa inafferrabilità del bene tende inesorabilmente a ripresentarsi. In effetti, se è vero

⁶⁶⁰ Su tale problematica, nell'ambito del settore dei delitti contro l'incolumità pubblica, cfr. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 67-68.

⁶⁶¹ Per tale concetto cfr. JÄGER, *op. cit.*, pp. 12-13, 17 e, *infra*, nota seguente.

⁶⁶² Come si ricorderà, si tratta della definizione di bene giuridico fornita da JÄGER, *op. cit.*, pp. 12-13, proprio sulla base dell'idea per cui è il concetto di bene giuridico a derivare dal concetto di tutela e, dunque, da quello di offesa: se il bene giuridico deve essere inteso come oggetto della tutela penale, e se quest'ultima può essere diretta soltanto a prevenire condotte umane, bene giuridico può allora essere – oltre che un *quid* dotato di valore (*werthafes*) – soltanto qualcosa di modificabile ad opera dalla condotta umana, in questo senso «offendibile» (*verletzbares*) e – soltanto per questo – «tutelabile» (*schützbares*).

che, mai come nel caso dell'ambiente, il referente di valore trova una rispondenza concreta nell'oggetto materiale dell'azione⁶⁶³, la cui alterazione o compromissione dovrebbe costituire l'evento del reato, è altrettanto vero che è lo stesso concetto di inquinamento a non lasciarsi agevolmente definire⁶⁶⁴; in effetti, l'individuazione di espressioni alternative rispetto a quelle usate dal legislatore della novella («compromissione», «deterioramento», «alterazione») risulta particolarmente ardua, e altre soluzioni legislative potrebbero rivelarsi comunque altrettanto discutibili⁶⁶⁵; altrettanto inaccettabili quando esse si risolvano in locuzioni addirittura tautologiche, come quelle di cui si è in parte servito il legislatore tedesco: la condotta incriminata, in alcuni reati contro l'ambiente, è quella di 'inquinare'⁶⁶⁶.

Si consideri, inoltre, che, pur ove si riuscisse ad individuare un concetto di inquinamento scientificamente fondato ed empiricamente verificabile, potrebbe venire in rilievo la già anticipata difficoltà di delimitare il piano spaziale e dimensionale dell'oggetto materiale dell'azione. Infatti, se da un lato può senz'altro farsi riferimento all'acqua, all'aria e al suolo, dall'altro, appare senz'altro più difficile riuscire a stabilire 'quanta acqua', 'quanta aria', 'un quanto grande suolo' sia necessario inquinare ai fini di una rilevanza penale del fatto, senza al tempo stesso ricorrere allo strumento dei valori soglia o a qualsiasi altra inaccettabile tecnica presuntiva. In effetti, sia il legislatore tedesco che quello italiano hanno scaricato tale problematica sul giudice: il primo, riferendosi semplicemente alle acque, al suolo e all'aria; il secondo, servendosi di una vaga e allusiva iperaggettivazione, priva di qualsivoglia efficacia definitoria. Non pare del tutto casuale che l'aggettivo utilizzato dalla prevalente dottrina tedesca per alludere a beni di natura diffusa sia «*großflächig*»: l'espressione italiana «ad ampio spettro», se certamente corretta

⁶⁶³ L'idea che il bene giuridico trovi sempre un referente nell'oggetto materiale, pur non identificandosi con esso, sembra risalire al positivismo naturalistico proprio di von Liszt, che la espresse ricorrendo al concetto di 'incorporazione' (*Verkörperung*), su cui cfr. SINA, *op. cit.*, p. 52; sull'illusorietà di tale concetto cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., pp. 85-86, che vede in esso una diretta conseguenza dell'idea dell'inoffendibilità materiale dei beni giuridici, a sua volta derivante da una concezione estremamente causale di azione – propria di von Liszt – e, dunque, una delle principali cause della «spiritualizzazione» del concetto di bene giuridico (91-92).

⁶⁶⁴ Eccessivamente ampia, vaga ed onnicomprensiva appare, peraltro, la definizione che espressamente, ai fini extrapenal, ne dà l'art. 5, lett. *i-ter*) T.U. ambientale, sicché la sua automatica applicabilità in sede penale risulta quanto meno problematica.

⁶⁶⁵ Ovviamente, quanto mai apprezzabili sono gli sforzi profusi in dottrina nel tentativo di concretizzare un concetto di inquinamento, non soltanto scientificamente verificabile, ma anche idoneo ad assolvere alle esigenze di offensività e di determinatezza proprie del diritto penale, come quello di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., pp. 265 ss., 273 ss.

⁶⁶⁶ Si vedano, ad esempio, i §§ 324 e 324a n. 2 StGB.

nel suo contenuto significativo, smarrisce, tuttavia, il senso etimologico di quella originale, che letteralmente sta a significare «dall'ampia superficie».

A ciò si aggiunga, infine, che se – come si è tentato di dimostrare – la tutela dell'ambiente in quanto bene collettivo va intesa come tutela dello spazio *vitale* in cui si esplicano, si sviluppano e si scontrano interessi di natura eterogenea, riconducibili a più persone, pur ove si riuscisse a delimitare in modo né vago né arbitrario un piano spaziale di tale ampiezza da esigere, per la rilevanza del fatto, una tutela penale, è plausibile che esso comunque assuma dimensioni tali da rendere ancora comunque difficile la ricostruzione del nesso eziologico. Infatti, proprio perché tutelate non nella loro 'purezza' o nella loro immodificabilità, ma nella misura in cui costituiscono spazio materiale per il soddisfacimento di bisogni umani, le matrici ambientali, per quanto le si possa precisamente concretizzare in sede definitoria, difficilmente sembrano poter essere offese da una singola condotta⁶⁶⁷; un danno di tal genere, infatti, come l'esperienza applicativa dell'art. 434 c.p. pare segnalare, il più delle volte non è riconducibile ad un unico, isolato fatto di inquinamento, ma costituisce il prodotto di una serie diluita e reiterata nel tempo di condotte diverse, ovvero di serie causali difficilmente ricostruibili in sede applicativa. Si ripresenta, allora, il rischio che la prassi tenda a ricorrere ad inammissibili finzioni circa un'offesa che in realtà non esiste, ripiegando in tal modo surrettiziamente su di una inammissibile concezione ecocentrica del bene ambiente, confuso con la natura; e non sembra, per le ragioni ampiamente addotte, che a tale problematica possa ovviarsi mediante il ricorso, da parte del legislatore, a fattispecie di pericolo astratto o, più precisamente, di cumulo, secondo lo schema dei c.d. *Kumulationsdelikte*⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Sul punto, limpidamente, KUHLEN, *Umweltstrafrecht*, cit., p. 714 ss., che tuttavia da ciò deduce la necessità, in materia, di reati di pericolo astratto (cfr. *infra*, nota successiva), quali sarebbero la maggior parte dei reati contro l'ambiente – pur identificato nella matrice ambientale quale fondamento della vita umana – nell'ordinamento tedesco. Cfr. pure CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 271 ss., il quale ritiene, invece, che tali problematiche di ricostruzione e accertamento del nesso causale siano agevolmente superabili – o quanto meno 'sdrammatizzate' – ove si descriva la condotta punibile in termini di mero contributo causale alla produzione di un evento di pericolo concreto.

⁶⁶⁸ Tale categoria sembra essere stata introdotta nella riflessione scientifica tedesca da KUHLEN, *Der Handlungserfolg des strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB)*, in *GA*, 1986, p. 389 ss. proprio per spiegare il legame tra condotta e bene giuridico nei reati ambientali; pur trattandosi di fattispecie di pericolo astratto, nei *Kumulationsdelikte* si assiste ad un grado ancor maggiore di astrazione, poiché la condotta è per definizione normalmente – e non eccezionalmente, come negli altri delitti di pericolo non concreto – inidonea a porre in pericolo il bene protetto; cfr. KUHLEN, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, cit., p. 150; di recente, nell'ambito di una revisione e specificazione dell'ampia – e definita soltanto 'in negativo' – categoria dei reati di pericolo astratto, *ivi*, p. 148 ss.; adesivamente, WOHLERS, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, cit., p. 19; con ulteriori sviluppi – e, anche in relazione al diverso bene giuridico della 'fiducia' – HEFENDEHL, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, cit.,

In conclusione, la ‘tipicità inafferrabile’ delle fattispecie di recente introdotte dal legislatore italiano sembra dipendere, almeno in buona parte, dall’estrema difficoltà di delimitare spazialmente l’ambiente penalmente tutelabile e, di conseguenza, di descrivere l’evento mediante il ricorso ad un concetto di inquinamento compatibile con i principi di un sistema penale costituzionalmente orientato. Sicché, da un lato, a favore di una tutela penale dell’ambiente militano gravi e fondate ragioni; ma, dall’altro, deve pure rilevarsi che esse non valgono a fugare definitivamente il sospetto che, finché il discorso si svolga sul piano del puro valore, sia davvero difficile dubitare della legittimità di una sua tutela penale, ma che, alla prova della scrittura, la poliedricità materiale e contenutistica del concetto di ambiente e la sua ‘ampia superficie’ rendano le idee più confuse.

Ma si tratta, con tutta evidenza, di una conclusione ‘allo stato degli atti’, che non preclude affatto una tutela penale dell’ambiente, ma che, al contrario, richiede e richiama (*rectius*, esige) un suo superamento, volto a dimostrare che possano esistere tecniche penalistiche di tutela dell’ambiente compatibili con i principi costituzionali che vincolano l’esercizio del potere punitivo.

E ciò affermiamo, in conclusione, nella solida convinzione che i contorni sfuggenti del bene, la sua inidoneità ad essere concretamente offeso dalla singola condotta, la refrattarietà dell’offesa ad essere descritta in modo determinato e tassativo, in sintesi la «tendenza alla smaterializzazione»⁶⁶⁹ degli oggetti della tutela penale, se non costituiscono argomenti a favore del riconoscimento della qualità di beni giuridici a «concetti generali che non dicono nulla» e che «fluttuano nell’aria»⁶⁷⁰, non sono neppure valide ragioni a sostegno di un abbandono del concetto stesso di bene giuridico, ma semmai «un abuso da combattere»⁶⁷¹.

pp. 130-131. Criticamente rispetto ad entrambi, in ragione della violazione dello *Schuldprinzip*, della indeterminatezza della categoria e del rischio di creazione di beni giuridici fittizi, cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 38-39; *amplius*, ID., *Zur neueren Entwicklung*, cit., p. 587 ss., il quale, al contrario, nel tentativo di concretizzare i beni giuridici collettivi sulla scorta di quanto normalmente avviene per quelli individuali, ritiene che anche per i primi sarebbe sufficiente un’offesa ‘puntuale’ (*Strafrecht*, cit., p. 39; *Zur neueren Entwicklung*, cit., p. 588); cfr., sul punto, le obiezioni dello stesso HEFENDEHL, *Mit langem Atem*, cit., p. 10 ss.

⁶⁶⁹ Così il titolo della monografia di KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000; l’espressione, tuttavia, è presente già in JÄGER, *op. cit.*, p. 8, ed è riferita alle teorie metodologiche del bene giuridico sviluppatesi a partire dal primo dopoguerra sino all’epoca nazionalsocialista.

⁶⁷⁰ Le espressioni sono di JÄGER, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷¹ ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 37.

BIBLIOGRAFIA

- AMELUNG Knut, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. Hefendehl, A. von Hirsch, W. Wohlers, Baden-Baden, 2003., p. 155 ss
- AMELUNG Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1972
- ANGIONI Francesco, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 59 ss.
- ANGIONI Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ANGIONI Francesco, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 113 ss.
- ANTOLISEI Francesco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed. a cura di L. Conti, Milano, 1980
- ANTOLISEI Francesco, *Il problema del bene giuridico* (1940), in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 97 ss.
- ANTOLISEI Francesco, *L'evento e il nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 263 ss.
- ANTOLISEI Francesco, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, p. 121 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 5 ss.
- ARZT Gunther, *Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens*, in *Kriminalistik*, 1981, p. 117 ss.
- BAJNO Riccardo, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, p. 115 ss.
- BALBI Giuliano, *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistemica*, Napoli, 2003
- BARATTA Alessandro, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 19 ss.
- BARATTA Alessandro, *Integrazione-prevenzione: una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 5 ss.

- BARATTA Alessandro, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 5 ss.
- BARATTA Alessandro, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici ed ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966
- BARATTA Alessandro, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.
- BARBERA Augusto, sub *art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975
- BARILE Paolo, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 424 ss.
- BAUMANN Jürgen – WEBER Ulrich – MITSCH Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, XI ed., Bielefeld, 2003
- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Milano, 1991, p. 9 ss.
- BECK Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, trad. it. a cura di W. Privitera, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000
- BELL Alexander e VALSECCHI Alfio, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2015
- BETTIOL Giuseppe, *Bene giuridico e reato (1938)*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 ss.
- BETTIOL Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 1978
- BETTIOL Giuseppe, *L'odierno problema del bene giuridico (1959)*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 911 ss.
- BEVERE Antonio, *L'insurrezione armata contro i poteri dello Stato tra storia e diritto*, ne *Il delitto politico* dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri, Roma, 1984, p. 275 ss.
- BINDING Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, B. I, IV. Ed. Leipzig, 1922, rist. Aalen, 1965
- BIRNBAUM Johann Michael Franz, *Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1836, p. 560 ss., ora anche in *Zwei Aufsätze*, a cura di J. L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum, Berlin, 2011, p. 37 ss.
- BIRNBAUM Johann Michael Franz, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1834, p. 149 ss., ora anche in *Zwei Aufsätze*, a cura di J. L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum, Berlin, 2011, p. 1 ss.

- BLOY René, *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in *ZStW*, 1988, p. 485 ss.
- BRICOLA Franco voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.
- BRICOLA Franco, *Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 189 ss.
- BRICOLA Franco, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° co., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo III, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 1997, p. 1273 ss.
- BRICOLA Franco, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico* (1975), in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari – A. Melchionda, vol. II, tomo I, Milano, 1997, p. 2601 ss.
- BRICOLA Franco, *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1989), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna-Roma, 1997, p. 221 ss.
- BRICOLA Franco, sub *art. 25 co. II e III*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Artt. 24-26, Bologna, 1981, p. 227 ss.
- BRICOLA Franco, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 3 ss.
- CADOPPI Alberto e VENEZIANI Paolo, *I delitti contro la personalità dello Stato*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2008, p. 2 ss.
- CADOPPI Alberto, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, p. 83 ss.
- CARNELUTTI Francesco, *Il danno e il reato*, II ed., Padova, 1930
- CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale*, II ed., Lucca, 1871 (vol. I e VII)
- CATENACCI Mauro, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996
- CAVALIERE Antonio, *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.

- CAVALIERE Antonio, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica, ne Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, Napoli, 2016, p. 151 ss.
- CAVALIERE Antonio, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000
- CAVALIERE Antonio, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 999 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 43 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1443 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Insolera e G. Giostra, Milano, 1998, p. 133 ss.
- CAVALIERE Antonio, *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, 53 ss.
- CORSO Guido, *Ordine pubblico (dir. pub.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss.
- DAHM Georg e SCHAFFSTEIN Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933
- DAHM Georg, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, p. 225 ss.
- DE FRANCESCO Giovannangelo, *Reato politico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 897 ss.
- DEL TUFO Maria Valeria, *Delitto politico*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.
- DELITALA Giacomo, *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto*, Roma, 1926, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 165 ss.
- DELITALA Giacomo, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 1 ss.

- DELITALA Giacomo, *La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativo*, in *Studi senesi*, 1926, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Padova, 1976, p. 235 ss.
- DODARO Giandomenico, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 2115 ss.
- DONINI Massimo, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 4/2013, 4 ss.
- DONINI Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI Massimo, *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006
- DONINI Massimo, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale» prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Crit. dir.*, p. 95 ss.
- DONINI Massimo, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/12, p. 51 ss.
- DONINI Massimo, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, p. 81 ss.
- DONINI Massimo, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 109 ss.
- DONINI Massimo, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, V, 2001, p. 29 ss.
- DONINI Massimo, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'uropeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127 ss.
- DONINI Massimo, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996
- DONINI Massimo, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 221 ss.
- DURIGATO Lauretta, *L'art. 294 c.p.: un'ipotesi di tutela del diritto politico*, Padova, 1983
- ENGISCH Karl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, in *MSchrKrimBio*, 1938, p. 133 ss
- FERRAJOLI Luigi, *Delitto politico, ragion di stato e stato di diritto*, ne *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 49 ss.

- FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), IX ed., Roma-Bari, 2000
- FERRAJOLI Luigi, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 493 ss.
- FERRAJOLI Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999
- FERRAJOLI Luigi, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro. it.*, 2001, p. 125 ss.
- FEUERBACH Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, XIV ed., Giessen, 1847, rist. Aalen, 1986
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, I, IV ed., Bologna, 2008
- FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 23 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 43 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 67 ss.
- FIANDACA Giovanni, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 1 ss.
- FIANDACA Giovanni, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA – DE CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 103 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Note sui reati di pericolo*, ne *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, 1, 1977, p. 175 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, ne *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (a cura di A. M. Stile), Napoli, 1991, p. 61 ss.
- FIANDACA Giovanni, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014
- FIORE Carlo e FIORE Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008

- FIORE Carlo, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 73 ss.
- FIORE Carlo, *I reati di opinione*, Paodva, 1972
- FIORE Carlo, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli-Roma, 2006, p. 91 ss.
- FIORE Carlo, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 275 ss.
- FIORE Carlo, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959
- FIORE Carlo, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966
- FIORE Carlo, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, p. 247 ss.
- FIORE Carlo, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 277 ss.
- FIORE Carlo, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1091 ss.
- FIORELLA Antonio, *Reato in generale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 ss.
- FORNASARI Gabriele, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, Milano, 1994
- FRANCOLINI Giovanni, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014
- FRISCH Wolfgang, *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 215 ss.
- GALLAS Wilhelm, *La struttura del concetto di illecito penale (1979)*, trad. it. F. Angioni, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 ss.
- GALLO Ettore e MUSCO Enzo, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984
- GALLO Ettore, *Attentato (Delitto di)*, in *Nss. D.I.*, Appendice, I, Torino 1980, p. 560 ss.
- GALLO Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966
- GALLO Ettore, *Problemi giuridici e preoccupazioni politiche nelle fattispecie di attentato*, ne *Il delitto politico* dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri, Roma, 1984, p. 183 ss.
- GALLO Marcello voce *Dolo* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 750 ss.
- GALLO Marcello, *Appunti di diritto penale*, vol. II, I, Torino, 2000
- GALLO Marcello, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.
- GALLO Marcello, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953

- GALTERIO Lucio, *Personalità dello Stato (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1980, p. 1 ss.
- GAMBERINI Alessandro e INSOLERA Gaetano, *Delitto politico: luogo privilegiato per una indagine sulla teoria costituzionale del bene giuridico*, ne *Il delitto politico*, cit., p. 33 ss.
- GAMBERINI Alessandro, *Delitti contro la personalità dello Stato*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, p. 3 ss.
- GARGANI Alberto, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005
- GARGANI Alberto, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, I, a cura di GROSSO – PADOVANI – PAGLIARO, Milano, 2008
- GIUNTA Fausto, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1097 ss.
- GIUNTA Fausto, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 1151 ss.
- GÖSSEL Karl Heinz, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. D. Herzberg, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 97 ss.
- GRASSO Giovanni, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689 ss.
- GRÜNHUT Max, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1930, rist. Aalen 1969
- GUZMÁN DALBORA José Luis, *Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk Johann Michael Franz Birnbaums*, in *BIRNBAUM, Zwei Aufsätze*, a cura di J. L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum, Berlin, 2011, p. 67 ss.
- HASSEMER Winfried, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 57 ss.
- HASSEMER Winfried, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, a cura di von Hirsch-Seelman-Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 121 ss.
- HASSEMER Winfried, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutstheorie*, in *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di Philipps e Scholler, Heidelberg, 1989, p. 89 ss.

- HASSEMER Winfried, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 104 ss.
- HASSEMER Winfried, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss.
- HASSEMER Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *NStZ*, 1989, p. 553 ss.
- HASSEMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973
- HASSEMER Winfried, *Vorbemerkungen zum § 1*, in *Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di R. Wassermann, AT, Bd. I, München, 1990, p. 80 ss.
- HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p.
- HEFENDEHL Roland, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 195 ss.
- HEFENDEHL Roland, *Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktstruktur*, in *GA*, 2002, p. 20 ss.
- HEFENDEHL Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002
- HEFENDEHL Roland, *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *GA*, 2007, 1 ss.
- HEINE Günter e HECKER Bernd, *Vorbemerkungen zu den §§ 324 ss.*, in SCHÖNKE-SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. XXIX, München, 2014, p. 2991 ss.
- HERZOG Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1990
- HERZOG Felix, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 357 ss.
- HESPANHA António Manuel, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. it. a cura di A. Mazzacane, Bologna, 2003
- HOHMANN Olaf, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris

- HOHMANN Olaf, *Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht*, in *GA*, 1992, p. 76 ss.
- HONIG Richard, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Problems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919
- INSOLERA Gaetano, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Bologna, 2000, p. 205 ss.
- INSOLERA Gaetano, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 737 ss.
- JÄGER Herbert, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957
- JAKOBS Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, Heft 3, p. 88 ss.
- JAKOBS Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 751 ss.
- JAKOBS Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, III ed., 1990, Berlin
- JAKOBS Günther, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, p. 839 ss.
- JESCHECK Hans-Heinrich e WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996
- KORIATH Heinz, *Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts*, in *GA*, 1999, p. 561 ss.
- KRÜGER Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000
- KUDLICH Hans, *Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat*, in *ZStW*, 2015, p. 635 ss.
- KUHLEN Lothar, *Der Handlungserfolg des strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB)*, in *GA*, 1986, p. 389 ss.
- KUHLEN Lothar, *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, in *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, a cura di von Hirsch – Seelman – Wohlers, Baden-Baden, 2006, p. 148 ss.
- KUHLEN Lothar, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in *ZStW*, 1993, p. 697 ss.
- LAMPE Ernst-Joachim, *Rechtsgut, kulturelles Wert und individuelles Bedürfnis*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, p. 151 ss.
- LO MONTE Elio, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004

- LONGOBARDO Carlo, *Causalità e imputazione oggettiva: profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011
- MAIWALD Manfred, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993
- MANES Vittorio, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/12, p. 99 ss.
- MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2013
- MANTOVANI Ferrando, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 447 ss.
- MANTOVANI Ferrando, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91 ss.
- MANTOVANI Ferrando, *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 864 ss.
- MANTOVANI Marco, *Contributo ad uno studio sul disvalore d'azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014
- MARCONI Guglielmo, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 804 ss.
- MARINUCCI Giorgio e DOLCINI Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015
- MARINUCCI Giorgio, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.
- MARINUCCI Giorgio, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 19 ss.

- MARTINES Temistocle, *Diritto costituzionale*, XI ed. a cura di G. Silvestri, Milano, 2005
- MARX Michael, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*. Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972
- MASARONE Valentina, *Argomenti in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la 'depolitizzazione' del terrorismo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 ottobre 2013
- MASARONE Valentina, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013
- MASERA Luca, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2015
- MASERA Luca, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1565 ss.
- MAURACH Reinhart e ZIPF Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, VII ed., Heidelberg, 1987
- MAYER Hellmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Köln, 1953
- MAZZACUVA Nicola, *Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella «descrizione» dell'illecito penale: aspetti problematici*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 235 ss.
- MAZZACUVA Nicola, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983
- MEZGER Edmund, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1938, p. 675 ss.
- MOCCIA Sergio, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 99 ss.
- MOCCIA Sergio, *Carpozov e Grozjio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988
- MOCCIA Sergio, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, 2010, p. 192 ss.
- MOCCIA Sergio, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.
- MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992
- MOCCIA Sergio, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

- MOCCIA Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997
- MOCCIA Sergio, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.
- MOCCIA Sergio, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984
- MOCCIA Sergio, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1006 ss.
- MOCCIA Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988
- MOLINO Pietro, *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, Relazione n. III/04/2015 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione
- MORRONE Andrea, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, p. 185 ss.
- MORTATI Costantino, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pag. 279 ss.
- MÜLLER-DIETZ Heinz, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, in *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1992, p. 95 ss.
- MUSCO Enzo, *Attentato contro i delitti politici del cittadino*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 329 ss.
- MUSCO Enzo, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974
- MUSCO Enzo, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004
- NAUCKE Wolfgang, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus (1995)*, in *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt a. M., 1999, p. 256 ss.
- NEPPI MODONA Guido, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 107 ss.
- NEPPI MODONA Guido, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 89 ss.
- NEPPI MODONA Guido, *Il reato impossibile*, Milano, 1965
- NEPPI MODONA Guido, *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 259 ss.
- NUVOLONE Pietro, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982

- OTTO Harro, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, a cura di H. Müller-Dietz, Köln, 1971, p. 1 ss.
- PACE Alessandro, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, p. 111 ss.
- PADOVANI Tullio e STORTONI Luigi, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, II ed., Bologna, 2002
- PADOVANI Tullio, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1 ss.
- PADOVANI Tullio, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2008
- PADOVANI Tullio, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 114 ss.
- PADOVANI Tullio, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, ne *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 169 ss.
- PADOVANI Tullio, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 227 ss.
- PADOVANI Tullio, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 815 ss.
- PADOVANI Tullio, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 391 ss.
- PALAZZO Francesco Carlo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008
- PALAZZO Francesco Carlo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.
- PALAZZO Francesco Carlo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999
- PALAZZO Francesco Carlo, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985
- PALAZZO Francesco Carlo, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 73 ss.
- PALAZZO Francesco Carlo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.
- PALAZZO Francesco Carlo, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletto*, vol. I, Milano, 1991, p. 371 ss.

- PALIERO Carlo Enrico, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.
- PALIERO Carlo Enrico, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.
- PALIERO Carlo Enrico, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2010, p. 95 ss.
- PALIERO Carlo Enrico, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985
- PANAGIA Salvatore, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980
- PARODI GIUSINO Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990
- PEDRAZZI Cesare, *Interessi economici e tutela penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 295 ss.
- PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cura di C. Pedrazzi e G. S. Coco, Milano, 1979, pp.
- PELISSERO Marco, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, Napoli, 2000
- PETROCELLI Biagio, *Riesame degli elementi del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 108 ss.
- PRITTWITZ Cornelius, *Società del rischio e diritto penale*, trad. it. V. Torre, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., p. 371 ss.
- PRITTWITZ Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993
- PUGLIATTI Salvatore, voce *Beni*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 164 ss.
- PULITANÒ Domenico, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 133 ss.
- PULITANÒ Domenico, *Delitto politico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 357 ss.
- PULITANÒ Domenico, *Diritto penale*, ed. IV, Torino, 2011
- PULITANÒ Domenico, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 108 ss.
- PULITANÒ Domenico, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 33 ss.
- PULITANÒ Domenico, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 111 ss.

- PULITANÒ Domenico, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.
- PULITANÒ Domenico, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 665 ss.
- RADBRUCH Gustav, *Rechtsphilosophie* (1932) in *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, II ed., a cura di R. Dreier- S. L. Paulson, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2003, p. 3 ss.
- RENGIER Rudolf, *Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht*, in *NJW*, 1990, p. 2506 ss.
- RIDOLA Paolo, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 66 ss.
- ROCCO Arturo, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 497 ss.
- ROCCO Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, 1913
- ROMANO Mario, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 145 ss.
- ROXIN Claus, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, in *GA*, 2013, p. 433 ss.
- ROXIN Claus, *Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo*, in *Problemas básicos de derecho penal*, trad. D.M. Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 37 ss.
- ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 37 ss
- ROXIN Claus, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag*, Köln, a cura di R. Hefendehl, 2005, p. 135 ss.
- ROXIN Claus, *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag*, Köln, a cura di R. Hefendehl, 2005, p. 135 ss.
- ROXIN Claus, *Sentido y límites de la pena estatal (Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, p. 377 ss.), in *Problemas básicos de derecho penal*, trad. D.M. Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 11 ss.
- ROXIN Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, B. I, IV ed., München, 2006

- ROXIN Claus, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di U. Neumann – F. Herzog, Heidelberg, 2010, p. 573 ss.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 151 ss.
- RUGA RIVA Carlo, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011
- RUGA RIVA Carlo, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015
- SANTAMARIA Dario, voce *Evento* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 118 ss.
- SAX Walter, „*Tatbestand*“ und *Rechtsgutsverletzung*. Überlegungen zur Neubestimmung von *Gehalt und Funktion des „gesetzlichen Tatbestandes“ und des „Unrechtstatbestandes“*, in *JZ*, 1976, p. 9 ss.
- SAX Walter, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, a cura di Bettermann – Nipperday – Scheuner, Bd. III, Hb. II, Berlin, 1959, p. 913 ss., p. 909 ss.
- SBRICCOLI Mario, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974
- SBRICCOLI Mario, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990
- SBRICCOLI Mario, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1999, p. 817 ss.
- SCHAFFSTEIN Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935
- SCHÜNEMANN Bernd, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder Glasperlenspiel?*, cit., p. 133 ss.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *GA*, 1995, p. 201 ss.
- SCHÜNEMANN Bernd, *Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts*, in *Festschrift für Otto Triffterer*, Wien-New York, 1996, p. 437 ss.
- SESSA Antonino, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale. Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, p. 9 ss.

- SGUBBI Filippo, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990
- SILVA SÁNCHEZ Jesús M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V. Militello, Milano, 2004
- SINA Peter, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“*, Basel, 1962
- SINISCALCO Marco, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959
- SIRACUSA Licia, *La legge 22 maggio, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2015
- SIRACUSA Licia, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007
- SPASARI Mario, *Attentato contro i delitti politici del cittadino*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 973 ss.
- STÄCHELIN Gregor, *Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, B. I, a cura di K. Lüderssen, Baden-Baden, 1998, p. 239 ss.
- STELLA Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001
- STELLA Federico, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 1 ss.
- STERNBERG-LIEBEN Detlev, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 65 ss.
- STORTONI Luigi, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 71 ss.
- STRATENWERTH Gunter, *Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*, in *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 255 ss.
- STRATENWERTH Günter, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, p. 679 ss.
- STRATENWERTH Günter, *Zum Begriff des „Rechtsgutes“*, in *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Eser – U. Schittenhelm – H. Schumann, München, 1998, p. 377 ss.
- SWOBODA Sabine, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, p. 24 ss.
- VALENTI Alessandro, *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004

- VASSALLI Giuliano, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 617 ss.
- VASSALLI Giuliano, *Il delitto politico commesso all'estero*, ne *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, p. 388 ss.
- VERGINE Alberta Leonarda, *Ambiente nel diritto penale (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 756 ss.
- VON HIRSCH Andrew, *Der Rechtsgutsbegriff und das «harm principle»*, in *GA*, 2002, p. 2 ss.
- Von LISZT Franz, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1888, p. 133 ss.
- Von LISZT Franz, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. A. Calvi, Milano, 1962
- Von LISZT Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XIV-XI ed., Berlin, 1905
- VORMBAUM Thomas, *Birnbaum und die Folgen*, in BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, a cura di J. L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum, Berlin, 2011, p. 93 ss.
- VORMBAUM Thomas, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, trad. it. M. Donini, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 51 ss.
- WELZEL Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, p. 491 ss.
- WOHLERS Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000
- WOHLERS Wolfgang, *Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, in *GA*, 2012, p. 600 ss.
- WOHLERS Wolfgang, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 124 ss.
- WOHLERS Wolfgang, *Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur*, in *GA*, 2002, p. 15 ss.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 757 ss.
- ZUCCALÀ Giuseppe, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, p. 791 ss.
- ZUCCALÀ Giuseppe, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, p. 1687 ss.
- ZULIANI Dario, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, II, Milano, 1995