

**L'EREDITÀ DI BRICOLA  
E IL COSTITUZIONALISMO PENALE COME METODO.  
RADICI NAZIONALI E SVILUPPI SOVRANAZIONALI \*.**

di Massimo Donini

**SOMMARIO:** 1. L'uomo e l'opera. Un brevissimo ritratto. - 2. Il volto costituzionale del reato e le sue apparenti basi giuslegalistiche. - 3. I momenti di frattura rispetto al tecnicismo giuridico. - 4. Aspetti non accademici del nuovo metodo. - 5. Il coinvolgimento istituzionale dell'orientamento costituzionalistico. Differenze rispetto alla dogmatica classica. - 6. *Habent sua fata libelli*: la fortuna dell'opera, e del suo metodo. - 7. Letture "forti" e letture "deboli" dell'approccio costituzionalistico in Italia. - 8. L'interesse che l'orientamento costituzionalistico italiano, oggi aggiornato in prospettiva europea, dovrebbe suscitare all'estero. - 9. Prove di costituzionalismo penale: i casi paradigmatici della "Bicamerale" italiana, del codice penale spagnolo e dell'*input* europeo a introdurre macrodelitti nel diritto penale dell'ambiente. - 10. Scenari europei di costituzionalizzazione di un diritto penale "dal volto protettivo": dalla sussidiarietà alla proporzionalità, dalla necessità della tutela al bene giuridico. - 11. Le «dottrine non scritte», tra formanti dell'ermeneutica penale nazionale e dialogo internazionale.

**1. L'uomo e l'opera. Un brevissimo ritratto.**

È di grande soddisfazione presentare al pubblico di lingua spagnola la traduzione dell'opera più famosa di Franco Bricola<sup>1</sup>, nata da una "voce di enciclopedia" – una tradizione italiana di raccolta di saggi a volte di grande impegno

---

\*Il presente scritto costituisce il prologo alla traduzione spagnola della «Teoria generale del reato» di Franco Bricola, di prossima pubblicazione presso le edizioni BdeF di Montevideo-Buenos Aires.

<sup>1</sup> Nel presentare al lettore "hispano hablante" questa accurata e precisa traduzione della "Teoria" di Bricola, condotta da Diana Restrepo Rodríguez, dell'Università di Medellin, vorrei ringraziare, per avere sostenuto l'iniziativa, oltre la stessa Diana, il professor David Carpio Briz dell'Università centrale di Barcellona, e in modo particolare anche la professoressa Mirentxu Corcoy Bidasolo, che si è prodigata con determinazione affinché l'impresa giungesse al termine. E' una convergenza di sforzi che non ho sollecitato all'origine. Sono davvero felice di questo. È stato il riconoscimento dell'importanza oggettiva, culturale, di un'iniziativa che ha il valore di un gesto donativo. È con questo spirito che la presentiamo al pubblico di lingua spagnola.

teorico, dove si trovano autentici classici del pensiero giuridico – pubblicata nel 1973 nel *Novissimo Digesto italiano* (vol. XIV, Torino, Utet, pp. 7-93)<sup>2</sup>.

Quando Bricola (Novi Ligure, 19 settembre 1934-Parigi, 29 maggio 1994) pubblica questo saggio, non è ancora quarantenne e ha la cattedra di diritto penale presso l'Università di Bologna dal 1967. Formatosi presso l'Università di Pavia sotto la guida di Pietro Nuvolone, oltre che in Germania, presso il Max Planck Institut di Friburgo, già allora diretto dal Prof. Hans-Heinrich Jescheck, Bricola unisce a una grande padronanza tecnica delle fonti giuridiche anche extrapenali, che lo porteranno sempre a una visione “di ordinamento” del diritto penale, una conoscenza straordinaria della letteratura italiana e internazionale, che viene declinata al di là degli stili della dogmatica classica, attraverso una spiccata sensibilità politico-criminale. Ma non si tratta di un orientamento politico-criminale di impronta giusrazionalista, o cripto-giusnaturalista, come era stato per il suo Maestro Nuvolone, o come si stava sviluppando in area tedesca, spagnola e in minor misura italiana, dopo il finalismo. Infatti, le radici della sua elaborazione teorica su tutti i principali problemi del diritto penale, dalla parte generale a quella speciale, dal diritto penale economico al diritto penale comparato, al sistema sanzionatorio, affondano in un ripensamento del sistema penale su basi costituzionali e attraverso un'autentica sensibilità di comparatista, che lo ha portato a relativizzare le soluzioni e le culture nazionali, ciò che può consentire un dialogo internazionale più fruttuoso e di mutuo scambio, anziché tendere ad assolutizzare esperienze straniere quasi che fossero ordinamenti-modello, o tradizioni-modello<sup>3</sup>.

Bricola non credeva nel diritto naturale, nell'argomentazione solo giusfilosofica o in una dogmatica sovratemporale, staccata da un ordinamento, ma nell'esigenza di trovare un aggancio e una base di diritto positivo alle conquiste del pensiero giuridico. Tuttavia, pur essendo un giuspositivista dichiarato anche nell'approccio costituzionalistico, le radici culturali delle sue opere fuoriescono dall'esperienza tecnica dello studioso del diritto. Accanto alla costruzione di questa *summa* del costituzionalismo penale dei primi anni Settanta, che qui andiamo a illustrare, Bricola avvia un'esperienza di fitto e intenso dialogo culturale e politico-criminale con Alessandro Baratta e la criminologia critica, fondando insieme a lui la rivista “La questione criminale” (1975-1981)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Di seguito abbreviata, nelle note, in “TGR”. Essa è oggi reperibile anche nella raccolta dei suoi scritti in 4 tomi (più un quinto successivo che comprende le sole monografie): F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, a cura di S. CANESTRARI e A. MELCHIONDA, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 539-809.

<sup>3</sup> Ai suoi allievi ha sempre detto di formarsi anche in Germania ma, una volta rientrati nel loro Paese, di ricordarsi di “sdoganare” le teorie apprese, passando dal confine. L'età in cui ha operato non era ancora quella dell'europeismo dispiegato, anche se ne ha intravisto l'evoluzione, che vede oggi applicato a fonti superiori sovranazionali il ‘metodo’ dell'approccio ermeneutico applicato alla Costituzione. Mutato, semmai, è il clima di maggior interventismo delle magistrature superiori. Ciò che ci ha fatto parlare di “europeismo giudiziario” quale tappa successiva, in Europa, a quella dell'orientamento costituzionalistico.

<sup>4</sup> L'esperienza si interromperà nel 1981 a seguito di divergenze politico-culturali (causa non unica, ma certo determinante). Bricola non poteva seguire Baratta nell'idea che il diritto penale fosse solo un diritto di classe; non condivideva l'abolizionismo sempre più marcato del collega criminologo, né l'idea di una scienza penale “integrata” dove (secondo Baratta) doveva essere il diritto penale ad “integrarsi” sempre

Non è facile capire come potessero conciliarsi la rifondazione del diritto penale italiano su basi costituzionali attraverso un'opera di impegno giuridico così fine e attento, così ossequioso della lettera della Carta fondamentale, ma anche del diritto in genere, e un impegno critico "di sinistra" che conduceva Bricola, sulle pagine della rivista, a ipotizzare le linee di una "politica criminale del movimento operaio": come stessero insieme il rigore dogmatico dello studioso formatosi sui classici tedeschi e non solo italiani, il suo giuslegalismo applicato alla Costituzione, e un impegno di avanguardia nella critica alla politica criminale dei Governi e del Parlamento italiani degli anni Settanta. Questi mondi in apparenza paralleli, ma in realtà intersecantisi, rappresentano l'epoca d'oro, la stagione più formidabile dell'elaborazione teorica di Bricola: il momento più rivoluzionario della sua produzione. Rivoluzionario nel metodo della teoria del reato, sempre meno "dogmatica" e più "per principi" costituzionali, e rivoluzionario nella politica del diritto, orientata ora a una revisione critica dei fondamenti della legittimazione della pena alla luce di saperi extragiuridici, economici, criminologici, sociologici molto vicini alla critica marxiana al diritto positivo.

L'impegno civile e il senso di giustizia dello studioso sono ciò che unisce queste due prospettive così rivoluzionarie rispetto allo stile degli accademici precedenti e anche successivi a questa stagione<sup>5</sup>. Non lo ispirano certo l'esibizione della citazione dotta, il far mostra di letture inusitate e colte, la ricercatezza estetica della pagina, e neppure la dogmatica come sapere non dico in sé concluso, ma anche soltanto aristocratico. Il suo scrivere non è mai un gioco accademico: parla di questioni serie, di diritti fondamentali, di garanzie; forti, anzi, sono i momenti di polemica e di censura contro un tecnicismo diviso dalla politica, dalla criminologia, dalla cultura extragiuridica. Eppure, nell'Autore coesistono, anche in quest'opera come in altre precedenti e successive, grande tecnicismo, grande attenzione alla legge scritta, e consapevolezza della necessità di rileggere, ma non di abbandonare, la divisione dei poteri. E, ancor più, un incrollabile senso delle garanzie, anzi del garantismo. Come in von Liszt, la politica del diritto, per quanto appassionata, e in realtà veramente *liberal* e depenalizzatrice in Bricola, non deve soppiantare la *Magna Charta*, ma la presuppone<sup>6</sup>.

Fra l'altro, la serietà e il rigore intellettuale di questo impegno si distinguevano in Bricola grazie a un tratto umano mai autoritario, ma sempre autorevole, che abbinava leggerezza e finezza, ironia e umiltà, giovialità e prontezza di battuta, un'instancabile curiosità affiancata da grande tolleranza ideologica e teorica, e dalla disponibilità a ridiscutere le posizioni acquisite, fino al desiderio di comunicare all'ultimo laureato il valore della ricerca come il passaggio di un testimone, direi quasi di un *virus*, che ti accompagna per sempre.

---

più nella criminologica critica, fino a scomparire. Per una riflessione a posteriori su questa esperienza, v. lo stesso BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 5 s.

<sup>5</sup> In argomento si v. pure A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Presentazione* a F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 9 ss., 19 ss.

<sup>6</sup> V. soltanto, per la loro paradigmaticità rispetto ai tratti indicati nel testo, il § 2 f della TGR, dedicato al rapporto fra dogmatica del fatto e dogmatica d'autore e i §§ 9 g-i sui limiti del potere dell'interprete rispetto a una lettura conforme a Costituzione del principio di necessaria lesività.

Da questi ingredienti culturali, politici e umani, è uscito un classico assoluto della letteratura penalistica italiana, certo una delle opere più importanti, per il contenuto, ma anche per la fortuna che l'ha accompagnata, di tutto il Novecento penalistico.

## 2. Il volto costituzionale del reato e le sue apparenti basi giuslegalistiche.

La novità principale di quest'opera, ciò che la rende ancora oggi attuale e paradigmatica, è che essa vede nella Costituzione, e comunque in fonti giuridiche sovraordinate alla legge ordinaria, non solo un *limite*, ma anche un *fondamento* al diritto penale<sup>7</sup>. Nella Costituzione non ci sono solo vincoli e divieti per il Parlamento, una sorta di ostacoli che esso dovrebbe sempre evitare, ma lì è scritto il "volto costituzionale" del reato, una specie di sinopia di un affresco che la legge ordinaria porterà a opera compiuta, vincolando con disposizioni tassative l'applicazione giudiziale. Ma non basta. Per Bricola sono penalmente tutelabili solo i beni giuridici di *significativa* rilevanza costituzionale, almeno implicita, e contro aggressioni di pericolo concreto<sup>8</sup>. L'analisi del reato, la concezione del fatto tipico, dell'illecito, della colpevolezza, la sistematica e la dogmatica classiche, appaiono *in parte* condizionate dal dettato costituzionale<sup>9</sup>, ma ancor più importanti sono altre questioni di fondo: quali fini della pena, quali beni proteggere, contro quali forme di aggressione e livelli di lesività,

---

<sup>7</sup> *Amplius*, sul punto, M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, parte V, pp. 29 ss., poi in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 65 ss., nonché in *Revista penal*, 2001, 24 ss.; ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, 2009, 421 ss., anche in trad. spagnola in ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, 335 ss. (consultabile pure, ma senza l'apparato delle note, in D.-M. LUZÓN PEÑA (dir), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, 85 ss.). Si parla oggi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come fondamento, anziché mero limite del diritto penale (V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, a cura di, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2010, 49 ss.): ma le radici di queste nuove trasposizioni sono tutte nell'approccio costituzionalistico, ora solo esteso quanto alle 'fonti' sovralegislative, e appunto applicato a quelle sovranazionali.

<sup>8</sup> TGR, §§ 9 g-i.

<sup>9</sup> Per Bricola, per es., separare la punibilità dal reato, per conferirle una dimensione autonoma, staccata e successiva rispetto a quella dell'illecito (ancora non punibile), significa costruire il reato a prescindere dalla pena, su sentieri potenzialmente giusnaturalistici. Una concezione orientata alla Costituzione, invece, suppone che la legalità della pena e quella del reato siano *pensate insieme fin dall'inizio*, in quanto sono proprio la specifica invasività e afflittività della pena criminale a condizionare la costruzione di tutta la teoria del reato in funzione garantista. Per la medesima ragione egli non riesce ad accettare un illecito penale che non sia colpevole: se non è ancora colpevole (o quanto meno se non contiene ancora dolo e colpa), non è un illecito penale, ma un suo segmento, un fatto non giustificato, un illecito extrapenale. Illiceità penale e antigiusnaturalità penale vengono così a coincidere, nel suo pensiero, con la possibilità di sanzionare il fatto con la pena. V. *infra*, nota 20.

quali fonti legittime, con quali tecniche costruire il reato e diversificarlo dall'illecito civile e da quello amministrativo, quale spazio per logiche d'autore o per illeciti a struttura contravvenzionale e di pericolo non concreto, quali margini lasciare ai decreti-legge, alle fonti subordinate alla legge. Nel dare una risposta a tutti questi interrogativi, la Costituzione, secondo Bricola, traccia una vera immagine positiva di come l'illecito penale deve distinguersi dagli altri illeciti. Questa teoria «generale» è dunque tale perché prescrittiva e giuridicamente vincolante: non ha la generalità razionalistica (astratta) o induttiva (dal basso del sistema) della vecchia "allgemeine Rechtslehre", poi ereditata dalla "allgemeine Verbrechenlehre". Quando Luigi Ferrajoli, nel 1989, darà un fondamento filosofico generale all'approccio costituzionalistico in materia penale<sup>10</sup>, avrà alle sue spalle un'opera giuridica come la *Teoria generale del reato* di Bricola che l'aveva già anticipato, nella realizzazione giuridica, di una quindicina di anni. Ferrajoli, però, scriveva con linguaggio filosofico, assai più facilmente traducibile ed esportabile. Bricola, invece, seguiva un'argomentazione meno immediatamente fruibile da giuristi stranieri o in contesto internazionale: il vincolo al diritto positivo, infatti, imponeva una teoria generale "fondata sull'esegesi" di un testo che, nel 1973, era ancora quello uscito dall'Assemblea costituente del 1947. Ma se si vuole una sintesi *giuridica* del modello giusrazionale che lo stesso Ferrajoli ha poi sistematizzato tre lustri più tardi, occorre tornare a Bricola<sup>11</sup>.

All'obiezione, che anche chi scrive muoveva a Bricola, di mettere in quel testo significati nuovi, valori nuovi, idee fondate su basi giusrazionalistiche o politiche attuali e "non pensate nel 1947", Bricola rispondeva, con un sorriso che non significava ammissione dell'invalidità del metodo, lasciando intendere che tale esito era sì possibile come una sorta di astuzia della ragione, e tuttavia la sua legittimazione dipendeva pur sempre dalla possibilità e dalla riuscita del procedimento di ricostruzione esegetica del testo. Questo limite era per Bricola insuperabile, perché apparteneva alle regole del gioco e, ancor prima, alla legittimità dell'interpretazione. Era un metodo che si manteneva nel solco di un'ermeneutica del testo. Qualunque fossero i suoi esiti speculativi – anche molto innovativi –, essi dovevano ancorarsi a quella base "epistemologica", che non era vista come una mera convenzione, fino ad avvicinarsi a un'autentica fede nel giuspositivismo, nelle sue sorprendenti capacità interne di rinnovamento.

### 3. I momenti di frattura rispetto al tecnicismo giuridico.

Nonostante le premesse ora descritte, l'impianto culturale che sorreggeva la ricostruzione della teoria "generale" del reato a base costituzionalistica era molto

---

<sup>10</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

<sup>11</sup> Bricola è fondante, Ferrajoli è sistematizzante. Ciò può sembrare riduttivo rispetto all'opera di Ferrajoli, che contiene analisi filosofiche e storiche, anche processuali, di ampio respiro e originalità. L'assunto di cui al testo, peraltro, si concentra sugli aspetti essenziali di un orientamento costituzionalistico al diritto penale in funzione garantista e al metodo fondazionale dello stesso.

distante da quel tecnicismo giuridico che condivideva la medesima base epistemologica di una teoria giuspositivistica.

Le distanze erano di due tipi: storico-politico e normativo.

Dal punto di vista *storico-politico* l'opposizione al tecnicismo non poteva essere più netta: Bricola rimproverava a quel movimento l'apparente neutralità dell'interprete e rivendicava, invece, la doverosa adesione del penalista allo statuto costituzionale dei principi e delle regole che devono guidare legislatore e interprete<sup>12</sup>. Si profilava adesso un approccio deontologico diretto al Parlamento e al giudice, fondato peraltro su un *testo normativo vincolante*, non su mere basi razionali, filosofiche, ideologiche etc. Di qui la "forza di legge", ma anche la valenza fortemente critica, rispetto alla legge ordinaria, contenuta nella fonte superiore alla quale attingeva il nuovo metodo.

Mutando l'*oggetto* della ricostruzione, rappresentato da regole e principi sovraordinati, si modificava anche il *metodo* di una teoria fondata sull'esegesi: non più l'orizzonte chiuso della legge ordinaria, imm modificabile se non "dai partiti politici", ovvero amministrato in un clima di immobilismo o di conservatorismo durante vari governi dei primi lustri della Repubblica, ma piuttosto un patto costituzionale vincolante il Parlamento verso la costruzione di nuovi obiettivi sociali, nuovi progetti economico-politici, nuove tavole dei valori di immediata incidenza anche penale. I valori e i principi contenuti nella Costituzione del 1947-1948, o a quel testo comunque riconducibili, imponevano una riscrittura completa del codice penale. Mutava pertanto, insieme al clima storico-politico, la base 'normativa', ma anche politica, del positivismo giuridico rispetto al tempo del tecnicismo. La fonte costituzionale prescriveva *nuovi contenuti* alla legge ordinaria, anche se non si trattava, secondo Bricola, di obblighi di incriminazione. Il suo programma era di forte riduzione, era il prodotto di una "scienza dei limiti dell'intervento penale"<sup>13</sup>, pur mirando a obiettivi di rilegittimazione del diritto penale e non certo abolizionistici: erano contenuti relativi a

---

<sup>12</sup> La critica al tecnicismo giuridico, da parte di Bricola, è ancora più forte nelle famose "Dispense" per il Corso di Istituzioni di diritto penale, pubblicate in dattiloscritto dai primi anni Settanta. V. in un'edizione successiva *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA e F. SGUBBI, Litografia Lorenzini, Bologna, Anno Acc. 1981-82, 54 ss.; ID., TGR, 11 s., e nota 10 (testo orig.).

<sup>13</sup> Nel senso che una scienza che sia *solo* dei limiti dell'intervento penale (una "Strafbegrenzungswissenschaft", come intesa da Thomas Vormbaum o Wolfgang Naucke) può ambire a essere una teoria *de lege ferenda*, ma non una costruzione scientifica *de lege lata*, perché non si può solo limitare il diritto penale quando lo si applica, o scegliere solo le interpretazioni della difesa, dell'avvocato difensore dell'imputato, dovendo anche ammettersi un nucleo legislativo ed ermeneutico dei reati non ulteriormente riducibile rispetto a ogni applicazione concreta di norme legittime, che sarà un'applicazione punitiva, e non sempre e solo di assoluzione o di non punibilità, v. quanto osservato di recente in M. DONINI, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, in corso di pubblicazione, § 9 (anche in lingua it. in *Criminalia*, 2010, 127 ss., spec. 174 s.). Pertanto, una teoria generale del reato a base costituzionale, nella misura in cui anch'essa legittima il diritto penale – se ricostruito su basi costituzionali – non può essere intesa veramente solo come "limitatrice". Anche nella prospettiva originaria di Bricola (quella del 1973), una volta ridotto il diritto penale, depenalizzato quanto necessario secondo il principio di *ultima ratio*, abolite le contravvenzioni, eliminati i reati di pericolo presunto, riportato il contenuto dei reati a offensività e colpevolezza e la loro scrittura a riserva di legge e tassatività, quello che sarebbe rimasto avrebbe dovuto essere ritenuto legittimo e veniva per ciò stesso 'fondato', e non..... ulteriormente ridotto.

“beni” tutelabili<sup>14</sup> e “tecniche” penalistiche di tutela (anch’esse nei limiti rinvenibili nella Carta fondamentale)<sup>15</sup> che miravano a una sostanziale attuazione del principio di *ultima ratio*, che negli anni Settanta guardava a un’opera di forte *depenalizzazione*, che contrastava il fenomeno, già allora chiarissimo, dell’*espansione* del diritto penale. Si trattava, anche, di introdurre nel sistema nuovi “valori”, ma valori da tutelare (anche) penalmente<sup>16</sup>. La “generalità” di quella teoria era così vincolante da contenere una sorta di “sintesi a priori” del sistema penale<sup>17</sup>. L’approccio era pertanto prescrittivo e l’interprete della Carta fondamentale riuniva in sé uno stile giuspositivistico e una cultura democratica, pluralista, tanto debitrice all’illuminismo giuridico quanto critica verso la legge ordinaria. Tutto il contrario, perciò, di un tecnicismo che escludeva il momento critico dalla fase ricostruttiva del diritto *vigente*, che per definizione era già anche *valido*. Il diritto penale a base costituzionale ora immaginato, invece, anche se “valido”, poteva non essere ancora “vigente”, in quanto in attesa di venire tradotto in legge ordinaria, vuoi in forma direttamente parlamentare, vuoi nella forma (consentita nei limiti della riserva di legge) dell’interpretazione conforme alla Costituzione.

#### 4. Aspetti non accademici del nuovo metodo.

I principi affermati erano quelli di riserva assoluta di legge, di tassatività e di tipicità, di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza, di offensività (o “necessaria lesività”), di finalità rieducativa della pena, oltre ai più tradizionali divieti di retroattività, di analogia etc., che producevano l’esigenza di superare il modello contravvenzionale di illecito minore in vista di forme delittuose più pregnanti, il disegno di una forte depenalizzazione etc.: un’intera rifondazione argomentativa che veniva costruita su specifiche norme positive della Costituzione italiana. Non si contestavano certo altre possibili argomentazioni, ma storicamente, temporaneamente, si pensava di dovere prescindere dall’opportunità di un ancoraggio di quei principi a stili argomentativi, politici, giuridici diversi (non sempre “giuslegalistici”) che

---

<sup>14</sup> Molti vecchi ‘beni’ del codice Rocco (o per come interpretati dalla giurisprudenza sotto le regole del codice del 1930) non erano tutelabili, secondo Bricola, in quanto non legittimati dalla Costituzione: dalla “personalità” dello Stato al “prestigio” della pubblica amministrazione, dall’“integrità della stirpe” alla stessa “fede pubblica”. Anche il vecchio “ordine pubblico” poteva essere ora solo un ordine pubblico (di matrice, o a base) costituzionale.

<sup>15</sup> V. per tutti, in una fase già cruciale del dibattito in Italia, F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura dell’Istituto Gramsci Veneto e del Centro Maria Barone, Cedam, Padova, 1984, 3 ss.; AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Franco Angeli, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Franco Angeli, Milano, 1987; F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, a cura di, *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1985, 531 ss. Per l’evoluzione successiva v. *infra*, nota 66.

<sup>16</sup> V. sul punto, per un inciso, F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 27, e *amplius* M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, 162-168.

<sup>17</sup> TGR, orig. p. 24.

potessero attecchire *in altri sistemi* che non disponevano di basi normative corrispondenti a quelle italiane. L'obiettivo, infatti, era di conferire *una base giuridica positiva* a quei principi. Da questo punto di vista, la costruzione originaria di Bricola risente ancora di un'attenzione o di un'esigenza nazionale (anche se non nazionalista) della costruzione del codice e del diritto penale. La spiccata sensibilità comparatistica, infatti, conduceva sempre a relativizzare le soluzioni apparentemente unificanti, di stampo giusnaturalistico, a storicizzarle, e ad escludere del tutto, invece, l'esistenza di ordinamenti-modello, di culture-modello, di tradizioni-modello.

L'espressione forse più paradigmatica di questa cultura, di questo spirito di risistemazione del diritto penale sul fondamento dei principi costituzionali, a livello di opere manualistiche, la possiamo trovare in primo luogo, cronologicamente e idealmente, nel "Diritto penale" di Ferrando Mantovani, pubblicato da Cedam in prima edizione nel 1979<sup>18</sup>. Esso contiene *una sistematica di principi, e non di categorie*: anziché analizzare *in primis* il reato secondo categorie sistematiche (per es., fatto, antigiuridicità, colpevolezza) quali contenitori o schemi attorno ai quali organizzare lo studio dei problemi penalistici generali e anche lo studio delle singole incriminazioni, o l'inquadramento dei casi pratici, l'attenzione veniva indirizzata ai grandi principi costituzionali, dalla legalità, alla materialità all'offensività, alla colpevolezza. "Dentro" a questi principi deontologici superiori, poi, potevano trovare spazio altri principi e altre categorie: dal principio di oggettività e di soggettività (elemento oggettivo e soggettivo), alle categorie dell'azione, del fatto, dell'illiceità, dell'autore, delle forme di manifestazione del reato etc.

In questo modo si realizzava un chiaro predominio della Costituzione, o dei principi costituzionali e sovra legali, rispetto alla tradizionale ripartizione sistematizzante di tipo meramente analitico, assai sviluppata, per es., in area tedesca, fondata su categorie "dogmatiche" classiche. Si può anzi dire che a una dogmatica classica di categorie si affiancava così (più che sostituirsi) una dogmatica costituzionale di principi, che assumeva però una chiara prevalenza<sup>19</sup>. Non la colpevolezza come categoria da incasellare "esattamente" *dopo* l'elemento oggettivo (concezione classica), o *dopo* il dolo e la colpa (concezione postfinalista o postwelzeliana), o *prima* della punibilità, quale momento centrale di discussione – ciò che al legislatore o al giudice

<sup>18</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte gen., Cedam, Padova, 1979<sup>1</sup>, 2011<sup>7</sup>.

<sup>19</sup> Per l'evoluzione del passaggio dal tecnicismo giuridico all'approccio costituzionalistico e da una dogmatica di categorie a una di principi, v. quanto osservato in M. DONINI, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, cit. In italiano: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. I. Nella letteratura latinoamericana, un recente manuale di parte generale straordinariamente costruito sui principi, prima ancora che sulle categorie, è quello di J.F. CARRASQUILLA, *Derecho penal*, Parte gen., *Principios y categorías dogmáticas*, Ed. Ibañez, Bogotá, 2011. V. pure in chiave più metodologica G. J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998; O. SÁNCHEZ MÁRTINEZ, *Los principios en el Derecho penal y la dogmática penal*, Dykinson, Madrid, 2004. Ma cfr. già, per l'applicazione delle nozioni di principi, regole e categorie, alla teoria del reato, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 25 ss. (cap. I), e gli AA. *ivi cit.*, nonché il vol. I di AAVV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2012<sup>4</sup> (1997<sup>1</sup>), e G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003.



interessava ben poco<sup>20</sup> – ma l’esigenza di ripensare *tutte le categorie*, tutte le soluzioni, alla luce dei *principi superiori* di legalità, tassatività, offensività, colpevolezza, finalità rieducativa, etc.

Ovviamente, in questo modo, nessuno vietava a nessuno di continuare a studiare *anche* la dogmatica classica, di dedicarsi ai problemi di mera conoscenza degli istituti, di scoperta di categorie nuove, di dialogo internazionale basato anche su categorie, oltre che su principi. Però, è evidente che una dogmatica post-costituzionale di principi appariva ben più promettente, in termini di capacità di attrarre consensi e sviluppare dialogo politico-istituzionale, rispetto a una dogmatica classica di categorie sistematiche. Nessuno contestava, pertanto, la legittimità di scoperte o invenzioni

---

<sup>20</sup> In realtà, Bricola seguiva una concezione bipartita del reato: elemento oggettivo ed elemento soggettivo (comprendente elemento psicologico e colpevolezza normativa), dove le scriminanti erano viste come elementi negativi del fatto e applicate già all’elemento oggettivo. L’illecito, il torto, era un elemento oggettivo non giustificato, ma prima dell’elemento soggettivo non poteva ancora definirsi punibile e dunque non era penalmente illecito. Una lettura vicina, per intenderci, a quella di Karl Engisch e Arthur Kaufmann in Germania, e P. Nuvolone, F. Antolisei e M. Gallo (prima di Bricola) in Italia, e poi a quella di F. Mantovani, C.F. Grosso, A. Fiorella, oltre a essere in linea con la tradizione italiana da Carrara a Manzini, ad Arturo Rocco. La stessa punibilità era vista come intrinseca al reato: non c’è reato senza punibilità (TGR: § 7 a; Id., voce *Punibilità* (condizioni obiettive di), in *Novissimo Dig. It.*, vol. XIV, 1967, 592 ss.). Bricola pensava, anzi, che staccare la punibilità dal reato servisse per “sganciare” elementi forse decisivi dallo statuto costituzionale di garanzie assegnato agli elementi del fatto-reato, e per tali ragioni osteggiava una simile prospettiva. Bricola non seguiva la teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento (certo non nel 1973, ma neppure in seguito, pur manifestando curiosità intellettuale verso di essa). Peraltro, il tema del rischio consentito, nei suoi aspetti di collegamento col diritto penale del lavoro, il reato colposo e il consenso dei lavoratori (o dei terzi) all’autoesposizione al pericolo, era stato apprezzato in modo anticipatorio da un suo famoso scritto dei primi anni Sessanta (F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. pen., Univ. di Pavia*, Anno Acc. 1960-61, 89 ss., poi in *Id. Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, cit., 70 ss.). Soprattutto, egli non accoglieva la colpevolezza normativa postfinalista staccata da dolo e colpa. Un dolo senza colpevolezza era ritenuto da B. una categoria monca, adatta solo al dolo del non imputabile, ma non a quello delle persone capaci di intendere e di volere (F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1960). Più importanti di un concetto “unitario” o pregiuridico di azione apparivano i limiti alla condotta penalmente rilevante, valorizzati attraverso le categorie dell’adeguatezza sociale e del reato impossibile (cfr. TGR, § 9, b-f). Tuttavia – come ben si vede dalla lettura della “Teoria generale del reato” –, tutte le principali acquisizioni sostanziali sottostanti a quelle evoluzioni sistematiche d’oltralpe sono valorizzate sotto il profilo politico-criminale. Dalla “personalità” dell’illecito (in realtà, intesa come sinonimo di personalità del “reato” per B.: vincolo costituzionale di un illecito modale e con almeno la colpa al suo interno: TGR, § 8, in quanto nel *personales Unrecht* di matrice tedesca egli ravvisava rischi di una sottovalutazione del disvalore d’evento e anche di un’attrazione ancora pericolosa verso il *Gesinnungsstrafrecht*: TGR, §§ 8 c-f) alla possibilità di conoscere l’illiceità quale requisito della colpevolezza-responsabilità penale (TGR, § 8 b, vincolo costituzionale, non semplicemente “di ragione”), fino all’esigenza di sindacare costituzionalmente la gestione parlamentare delle vicende della punibilità (cause di non punibilità). Per non parlare dell’esigenza di ritagliare sempre nell’oggetto del dolo un contenuto lesivo, offensivo, antisociale, o al limite antigiuridico: una problematica presente in F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, secondo argomentazioni che riecheggiano quelle della *Vorsatztheorie* come deroga o limite alla *Schuldtheorie* nei reati (oggi diremmo) a condotta neutra, poi approfondite da chi scrive in M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, Milano, 1993. Però, tutte queste notazioni dogmatico-sistematiche, il loro linguaggio, appartengono più al Bricola degli anni Sessanta. Dagli anni Settanta in poi la “vecchia sistematica categoriale” viene declinata in un contesto argomentativo nuovo.

“scientifiche” che potevano persino trascendere le forme di Stato e le ideologie giuridiche dominanti. Tuttavia, la vera indicazione proveniente da questo *nuovo metodo* era che molto più importante della mera *conoscenza* “scientifica”, in quel momento storico, si profilava l’esigenza di *mutamento*: cambiare il diritto penale ordinario *vigente* per attuarne uno più *valido* di rango superiore. Per raggiungere quell’obiettivo, in una cultura a forte tradizione giuspositivistica, appariva più utile o adatto un approccio costituzionalistico a base esegetico-interpretativa, anziché di tipo giusrazionale, anche perché il testo della Carta fondamentale, in Italia, davvero consentiva e reclamava un’attuazione puntuale. Per “fare passare” alcuni principi, e attraverso di essi alcune riforme, era più importante o utile ancorarli a fonti normative, che non a radici di mero pensiero.

Si trattava, infatti, di dare *forza di legge* a principi vincolanti capaci di rivoluzionare la lettura di quasi tutte le categorie analitiche della tradizione. Un’operazione, dunque, parallela, ma ben più penetrante e ambiziosa, e assai più profonda nell’estensione dei suoi destinatari, non solo accademici, rispetto a quella che in quegli anni andava compiendo Claus Roxin con il suo programma berlinese costituito da *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*<sup>21</sup>, i cui destinatari apparivano pur sempre i professori e gli studiosi accademici esperti di categorie dogmatiche<sup>22</sup>. Un’operazione, quella di Bricola, che non ‘apriva’ le categorie dogmatiche alle avventure della politica criminale dell’interprete e del giudice, come è dato registrare nell’impostazione roxiniana<sup>23</sup>, ma serrava i limiti delle categorie nel quadro dei vincoli costituzionali. La manualistica italiana successiva, a sua volta, adotterà una sorta di composizione o di sintesi tra la dogmatica classica e quella a orientamento costituzionale. Non già inglobando e subordinando le categorie ‘dentro’ o ‘sotto’ i principi costituzionali (come invece nel manuale di F. Mantovani citato, ~~e in pochi altri~~), ma antepoendo spesso un capitolo, o più capitoli, di soli principi a un’analisi del reato (affiancata ai principi) ancora condotta secondo schemi più vicini al dibattito internazionale e alla sistematica di matrice tedesca<sup>24</sup>. Emergerà così, in modo visibile, la precipua differenza, la cifra politico-criminale e normativa dei principi, quale contrassegno della penalistica italiana degli ultimi quarant’anni, ma anche la difficoltà, talvolta, di fare dialogare dogmatica classica e dogmatica costituzionale.

---

<sup>21</sup> de Gruyter, Berlin, 1970, 1973<sup>2</sup>.

<sup>22</sup> Il giudizio è di chi scrive. Bricola, in realtà, commentando più tardi l’impostazione di Roxin rispetto all’orientamento costituzionalistico italiano, offrirà in seguito una lettura assai più conciliante, che evidenziava i momenti di somiglianza e di continuità soprattutto sul piano politico-criminale, pur evidenziando che i principi, nella impostazione di Roxin, erano più legati alla politica criminale, mentre nell’orientamento da lui seguito, essi avevano una base giuridico-costituzionale: F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss., 13. V. anche, al riguardo, la presentazione alla traduzione italiana di Roxin, ad opera di S. MOCCIA, *Presentazione*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Guida Editori, Napoli<sup>3</sup>, 1991, 7 ss.

<sup>23</sup> Per questa critica, ora, v. esattamente J.F. CARRASQUILLA, *Derecho penal*, Parte gen., *Principios y categorías dogmáticas*, cit., 53 s.

<sup>24</sup> Per es., nell’ambito della stessa “scuola bolognese”, v. la trattazione, esemplare rispetto a questa seconda opzione sistematica, da parte di S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Diritto penale*, parte gen., Il Mulino, Bologna, 2007.

Una *terza soluzione*, più vicina al tempo delle fonti sovranazionali odierne, e all'esigenza di non separare, ma di fondere insieme principi e categorie, potrebbe essere, dopo un capitolo introduttivo storico-metodologico, quella di integrare principi costituzionali e fonti sovranazionali, disseminandoli ormai in tutta la trattazione delle categorie e degli istituti, dove possono essere compresi e declinati al meglio: i principi *dentro* alle categorie e alle regole<sup>25</sup>.

## 5. Il coinvolgimento istituzionale dell'orientamento costituzionalistico. Differenze rispetto alla dogmatica classica.

L'approccio costituzionalistico, pur nato in un contesto di aristocrazia penale di studiosi dialoganti con la Corte costituzionale, allargava così la cerchia dei suoi utilizzatori a tutti gli attori del sistema giuridico: parlamentari, politici, avvocati, magistrati, giuristi in genere e ovviamente professori. Esso si presentava, pertanto, come *un metodo a forte connotazione istituzionale*, e non circoscritto alla classe accademica (a differenza della dogmatica classica), orientato a mutare i contenuti del diritto vigente, anziché a spiegarne semplicemente il funzionamento.

---

<sup>25</sup> Le "introduzioni ai principi", infatti, presentano una complessità tale da rappresentare ormai un genere letterario a sé stante, mentre in una "sintesi manualistica" appare non meno importante saperli concretizzare *tecnicamente* dentro alle categorie e all'analisi dei singoli istituti. Nel senso che la *teoria del reato*, a orientamento costituzionalistico, non può definirsi in senso meramente *deduttivo*, ricavando dalla Costituzione categorie e regole come se queste fossero già contenute nella prima, ma deve operare *sia deduttivamente* da regole e principi sovraordinati, e *sia induttivamente* dal sistema, e da materiali di conoscenza storici e comparati, al fine di rileggere i principi attraverso un complesso normativo storicamente esistente o teoricamente ipotizzabile (per es., dalla lettura della Carta fondamentale neppure si capirebbe cosa è un reato di pericolo astratto, indiretto, potenziale, astratto-concreto etc.), e dunque anche attraverso le regole stesse che possono servire per la ricostruzione dei principi, o per la loro attualizzazione, cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, 236.

Il discorso contiene implicazioni di qualche momento. Non è possibile capire cosa sono un principio o una regola *costituzionale* in materia *penale*, se non si conoscono le categorie e il materiale normativo ai quali essi trovano applicazione. Ma quel materiale normativo è "esterno" alla Carta costituzionale, o ai principi sovraordinati. Ciò implica che la Corte costituzionale non possa veramente adottare un'interpretazione compiuta della Costituzione (e lo stesso dicasi per le altre Corti europee rispettivamente) senza conoscere le discipline alle quali i principi vanno applicati. E' quindi necessario, ma anche problematico, demandare ai giudici di merito l'interpretazione conforme (a Costituzione): facendo ciò, infatti, la Corte abdica all'interpretazione stessa alla Costituzione, perché c'è una parte importante dell'interpretazione costituzionale stessa che è impossibile svolgere astraendo dalle 'regole' ordinarie. In effetti, compreso questo problema, si intende come la "migliore" interpretazione della Costituzione in materia penale, giuslavoristica, tributaristica, civilistica etc., possano darla spesso solo i giuristi di settore. Tuttavia, se la Corte abdicasse davvero al suo compito, favorendo soprattutto l'interpretazione conforme (da parte dei giudici ordinari), potrebbe venire a mancare una funzione ordinatrice e nomofilattica superiore. Importante è che l'obbligo d'interpretazione conforme non diventi in tal modo una lettura della Costituzione che, partendo troppo dalla legislazione ordinaria, sminuisca il ruolo regolatore superiore del testo fondamentale, che va ricostruito in un complesso di valori coordinati a livello sovralegislativo e non in contesti settoriali.

I principi costituzionali, infatti, hanno un duplice destinatario: il legislatore e il giudice, e possono *tutti* essere ricostruiti nelle due distinte dimensioni che riguardano il Parlamento e il potere giudiziario. Tuttavia, gli *attori* che li concretizzano appartengono a categorie professionali e istituzionali più complesse e varie.

La *dogmatica classica*, fatta di categorie ed elaborata nell'Università, appare qui declinata (non abbandonata, però, ma in qualche modo assorbita) nel solco di una dogmatica di principi, a orientamento costituzionalistico, che mette in gioco un'interpretazione conforme alla Costituzione elaborata nei Tribunali e persino nei pubblici dibattiti. Nella *dogmatica a orientamento costituzionale* (o dei principi) c'era *in nuce* un programma di *democrazia penale* più allargata<sup>26</sup>, anche se non si intravedeva il rischio di una politica criminale massmediatica che era certo al di là di quell'orizzonte. Di tutto quanto andiamo dicendo non vi era forse piena consapevolezza negli anni Settanta del secolo XX, ma riletta quest'esperienza alla luce del tempo trascorso, questo dato emerge in modo eclatante in contesto, oggi, europeo.

Non sono solo le grandi categorie sistematiche a restarne coinvolte, ma anche *tutti gli istituti della parte generale*: dalla causalità al rischio, dalla condotta all'evento, dalla colpa al dolo (coscienza dell'illecito o dell'offesa), dalla successione di leggi *al bis in idem*, dal concorso di persone all'evento. Le stesse 'categorie', attraverso i 'principi', dovevano essere "rilette", reinterpretate in chiave costituzionalistica, esprimendosi così, nella loro ermeneutica, i valori della legalità, della determinatezza, della tipicità, della necessaria lesività, della "personalità" della responsabilità penale, della finalità rieducativa della pena etc.

## 6. *Habent sua fata libelli*: la fortuna dell'opera, e del suo metodo.

*Habent sua fata libelli*. Muovendo dalle basi culturali e politiche appena tratteggiate, l'approccio costituzionalistico ha conquistato una posizione del tutto dominante nella formazione e nello sviluppo del penalista dagli anni Settanta del secolo scorso fino all'inizio del XXI secolo. Esso costituisce ancora oggi, *insieme a una base tecnico-giuridica mai veramente abbandonata* (distinzione fra diritto positivo e saperi extragiuridici, fra diritto vigente e prospettive di riforma, fra politica e diritto, fra diritto e sociologia etc.), la *grammatica comune* della cultura penalistica italiana, anche

---

<sup>26</sup> Per un quadro della "democrazia penale" a base costituzionale più vicino ai giorni nostri, scritto trent'anni dopo la voce "Teoria generale del reato" di Bricola, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004; quindi, ID., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1247 ss.; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, ESI, Napoli, 2008. V. pure, sul medesimo argomento, AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Monduzzi, Bologna, 2005; gli Atti del Convegno di Ascoli Piceno svoltosi nei giorni 5-7 marzo 2010 su "Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali" (Università di Camerino), in corso di pubblicazione, e gli scritti di G. FIANDACA e C.E. PALIERO in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. STILE, ESI, Napoli, 2011.

presso chi continua a dire che il costituzionalismo e la Costituzione sono in crisi<sup>27</sup>, e anche presso chi tende ormai a cercare una funzione critica e legittimante, per il sistema penale, nelle fonti sovranazionali ed europee, le quali, infatti, suppongono un modello costituzionalistico di riferimento, senza il quale sarebbero legge ordinaria, sempre derogabile.

Alcune “storiche” sentenze della Corte costituzionale hanno recepito quasi testualmente alcuni profili centrali della teoria di Bricola. In particolare, ricordo C. cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, sull’*ignorantia legis* e il principio di colpevolezza (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), dove la personalità della responsabilità penale e la tendenziale funzione rieducativa postulano la rimproverabilità soggettiva del fatto, e dunque un addebito quanto meno di colpa rispetto agli elementi più significativi dell’incriminazione: regola costituzionale costruita sul principio di riconoscibilità della legge penale, fondato a sua volta sull’esigenza di una tutela penale di beni di rilevanza costituzionale afferrabili e tassativamente definiti dalla legge<sup>28</sup>; e poi C. cost. 6 luglio 1989, n. 409, dove è affermato che “non sono legittime incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti” (§ 2), e che “il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere per quanto possibile, tenuto conto della (con la pena sacrificata) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante” (§ 4).

Sotto il profilo dei risultati “ufficiali”, le acquisizioni sono notevoli e di generale riconoscimento: è stato assicurato l’ancoraggio costituzionale, a livello di Corte e non solo di opere scientifiche, di *molti principi di rango costituzionale, come tali cogenti il Parlamento, anche se con diversa forza tra di loro* (v. § seg.): art. 25 cpv. Cost.: *extrema ratio*, legalità, riserva assoluta di legge, determinatezza e tassatività, tipicità dei reati, divieto di retroattività, divieto di analogia; art. 27, co. 1, Cost.: personalità della responsabilità penale – che si articola in un principio di responsabilità per fatto proprio e in un principio di colpevolezza (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*) –; art. 27, co. 3, Cost.: funzione rieducativa della pena e limite della dignità umana al suo uso; art. 3, 25 cpv. Cost.: proporzione tra beni e sanzioni, offensività (costruzione di reati lesivi in astratto di bene di rango costituzionale o almeno comparabili col sacrificio della libertà, dovere per il giudice di interpretare le fattispecie in modo non formalistico, ma tale che i fatti

---

<sup>27</sup> Per es., da ultimo, G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in AA.VV., *Gli ottant’anni del Codice Rocco*, a cura di L. STORTONI e G. INSOLERA, Bononia University Press, Bologna, 2012, spec. 249 ss., e qui il giudizio: “per quanto riguarda il contesto dottrinale italiano, il più significativo sforzo teorico di rilegittimazione in chiave ammodernatrice va sicuramente individuato nella teoria costituzionalmente orientata del reato, alla cui elaborazione ha dato un contributo fondamentale Franco Bricola (che un po’ tutti – anche chi non è stato allievo diretto – considerano a tutt’oggi il nostro Maestro di riferimento)”.

<sup>28</sup> Su tale decisione v. una riflessione aggiornata in M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza n. 364/1988 sull’ignorantia legis*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, Giuffrè, Milano, 2011, 175 ss. (anche in *JUS17@unibo.it*, 2011, 243 ss.), e qui opportuni riferimenti storici sulle fonti dottrinali della sentenza, nonché sui successivi sviluppi applicativi; nonché, in traduzione spagnola, ID., *El caso de la ignorantia invencible*, in P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, 335 ss.

in esse sussunti siano concretamente lesive dei beni tutelati); art. 16 e 3 Cost.: laicità, uguaglianza e ragionevolezza<sup>29</sup>. Sul terreno processuale abbiamo nella Costituzione una delle normative più analitiche sul c.d. giusto processo (art. 111 Cost.).

Questo metodo, anche solo implicitamente, suggeriva la doverosa prospettiva che i medesimi principi trovassero adeguata espressione e riconoscimento nei principali testi costituzionali stranieri o sovranazionali: pur restando *italiana la base normativa* di partenza, la *cultura giuridica* di riferimento rimaneva *internazionale*. E anche oggi che molte questioni di principio (sui principi) vengono sollevate a livello *sovranazionale* (v. infra, § 10), potrebbero in gran parte essere impostate su basi ermeneutiche costituzionali (anziché su fonti europee o convenzionali). Che ciò non avvenga *non è dovuto a ostacoli di tipo esegetico*, ma dipende da un *trend* storico e sociologico che vede il depotenziamento dei centri decisionali dei singoli Stati, e dipende altresì dalla maggiore apertura che su determinati temi dimostrano le Corti europee a fronte del conservatorismo della Corte costituzionale.

Ci siamo espressi, in altra occasione, asserendo la più difficile esportabilità delle concrete argomentazioni giuslegalistiche dell'approccio costituzionalistico quale sviluppato nella Teoria generale del reato di Bricola<sup>30</sup>. Un'esportabilità più difficile rispetto alla formulazione di teorie generali costruite senza richiami specifici a qualche ordinamento, come usano fare solitamente, per es., i giuristi di lingua tedesca, che non dicono di essere giusnaturalisti, ma scrivono *come se* il diritto positivo fosse secondario, così assicurando ai loro prodotti una patente di esportabilità ben più immediata. Ciò, soprattutto, qualora chi li recepisce non sia orientato a storicizzare la cultura giuridica, e a partire dal proprio diritto positivo vigente (o almeno a collaudare i risultati teorici su quel diritto), perché lo ritiene (implicitamente) delegittimato a costituire la base di una riflessione "scientifica".

Tuttavia, dobbiamo ammettere che una dogmatica di principi è assai più capace di unificare le diverse tradizioni che non una dogmatica di categorie, perché ha spessore politico-criminale e valoriale, e questa direzione, in effetti, appare oggi chiaramente indicata dallo sviluppo del diritto europeo, e anche del diritto *penale* europeo<sup>31</sup>: negli sviluppi emergenti dalla Carta europea dei diritti, dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>32</sup>, da quella della Corte di Giustizia dell'UE<sup>33</sup>. Ma la stessa continua esportazione argomentativa della giurisprudenza della Corte

---

<sup>29</sup> Per un'istruttiva rilettura critica, di pochi anni orsono, dei più importanti principi costituzionali riconosciuti attraverso le sentenze della Corte costituzionale italiana, cfr. A.A.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, ESI, Napoli, 2006. V. pure, più di recente, *Principi costituzionali in materia penale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali, italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011, a cura di V. MANES, dattiloscritto.

<sup>30</sup> M. DONINI, *Un derecho penal fundado en la Carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana*, in *Revista penal*, 2001, 24 ss., anche in ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., 301 ss.

<sup>31</sup> Cfr. M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A.A.Vv., *Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2002, 109 ss.

<sup>32</sup> V. MANES, *La lunga marcia*, cit., 1 ss.

<sup>33</sup> A. BERNARDI, *L'approccio costituzionale al diritto penale di fonte sovranazionale. Note introduttive*, in corso di pubblicazione.

interamericana dei diritti umani nelle Corti nazionali dell'America latina svolge la medesima funzione<sup>34</sup>.

Al di là, quindi, degli sviluppi argomentativi specifici dell'approccio costituzionalistico italiano al diritto penale, sul piano del *metodo* – ma in parte anche dei *contenuti* – esso ci appare, oggi, assai più longevo, più utile, più ricco di prospettive e di contenuti, rispetto a una tradizione che ossessivamente ripete o aggiorna analisi bipartite, tripartite, quadripartite o pentapartite del reato. Analisi che tante energie e biblioteche hanno occupato nel secolo passato e che costituiscono *solo una parte* (peraltro sempre coltivata da chi scrive) del linguaggio, dell'oggetto e dei compiti della scienza penale. Infatti, tutte le principali categorie sistematiche e le discipline scientifiche penalistiche hanno conosciuto una mutazione genetica, o politico-criminale, proprio alla luce del garantismo dei principi: dalla tipicità, all'illecito alla colpevolezza, dalla causalità al bene giuridico, alle scriminanti, dalla politica criminale alla sociologia criminale, alla scienza della legislazione. Tutta l'ermeneutica è cambiata da allora. Non c'è questione di legittimità costituzionale, oggi, che non esiga una previa *interpretazione conforme alla Costituzione* quale premessa di ammissibilità di un problema da sottoporre alla Corte: solo se sia impossibile o insufficiente la (doverosa, previa) interpretazione conforme è ammissibile sollevare la questione di legittimità di una norma. Persino la *riserva di legge* è mutata anch'essa in misura decisiva: se l'interprete è autorizzato a riscrivere la "norma" che risulta dall'interpretazione della "disposizione" di legge, per renderla conforme alla Costituzione, va da sé che lo spazio per un'ermeneutica capace di modificare il contenuto normativo del diritto (pur escludendo analogie *in malam partem*) appare rilevante. I risultati di questo 'stile' sono stati obiettivamente più importanti, per l'esperienza *collettiva* di tutti gli interpreti e operatori del diritto penale, delle acquisizioni della teoria finalistica dell'azione e della "costruzione separata delle fattispecie", di quelle del funzionalismo, delle teorie dell'imputazione oggettiva etc., che pure costituiscono anch'esse, per molti (ma non certo per tutti), una sorta di "grammatica comune" che, a un distinto livello di analisi e costruzione, serve alla conoscenza scientifica del diritto.

Si può affermare che sono persino nate *nuove categorie*, come il *nesso di rischio* e la *non punibilità*, in un'accezione contemporanea sconosciuta in passato<sup>35</sup>; ovvero che

---

<sup>34</sup> Cfr. A. GIL GIL, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena etc.*, in *Revista de derecho penal y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Número extraordinario 2011, in corso di stampa; E. MALARINO, *Acerca la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, ed. K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, G.-A. Universität Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, 425 ss.

<sup>35</sup> Sul "nesso di rischio" quale vero contenuto tecnico (dogmatico) della categoria dell'imputazione oggettiva, v. la nostra voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (dir. pen.), in *Annali Enc. Dir.*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 635 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006. Sulla "non punibilità" quale nuova categoria moderna del diritto penale, oltre la teoria del reato, nel quadro dell'attuazione del principio di sussidiarietà, o di *ultima ratio*, cfr. ancora M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 259 ss.; ID., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel Progetto Grosso*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, cit., 304-312; ID., *Le logiche del pentimento e del perdono nel*

sono nati nuovi principi, come il *principio di effettività*<sup>36</sup>, o il *principio di riserva di legge in senso sostanziale*<sup>37</sup>: ma non è certo facile per chi ha visto ed elaborato queste nozioni fare in modo che avvenga un loro riconoscimento generale in contesti culturali tradizionalisti, per non dire misoneisti. Ben più facile è fare vedere che si stanno attuando o declinando, attraverso quelle categorie o quei nuovi principi, i ‘vecchi’ principi di responsabilità per fatto proprio e di *ultima ratio*. Sarà allora più agevole, almeno in Italia – che è un’area culturale particolarmente conservatrice tra i Paesi di *civil law*, sul piano di una dogmatica delle categorie, oppure, rispetto ai principi, scettica in ordine a quelli che non esprimano una cultura idealistica, ma empirista e orientata alla misurazione degli effetti –, che mediante questi canoni ermeneutici si arrivi a soluzioni corrispondenti.

Vero è che la *dogmatica classica* ci ha divisi, mentre *quella dei principi* ci unisce di più: ciò che appare assai evidente oggi, a livello europeo. E quando pure le diverse letture di principi non sempre ci unissero - v. per es. il contrasto fra il garantismo dei principi “reocentrici”, orientati all’autore e al diritto penale come *Magna Charta* del reo, e la declinazione dei principi “vittimocentrici”, orientati espansivamente alla tutela della vittima e alla politica criminale come lotta contro il crimine<sup>38</sup> -, esse comunque rappresentano uno strumento di comunicazione assai meno aristocratico e come tale gestibile da una varietà di attori istituzionali secondo i percorsi di una democrazia discorsiva.

Per tale motivo, ritengo che il destino scientifico dell’opera che qui presentiamo sia particolarmente ricco di implicazioni per il tempo presente, anche se il discorso si è oggi spostato spesso a un livello sovranazionale di dibattito.

## 7. Letture “forti” e letture “deboli” dell’approccio costituzionalistico in Italia.

---

*sistema penale italiano vigente*, in *Scritti Coppi*, a cura di D. BRUNELLI, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, 905 ss., 952 ss.

<sup>36</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, 395 ss.

<sup>37</sup> Cioè il principio che esige non già una mera maggioranza parlamentare per legittimare la legalità penale (riserva di legge formale), ma che la maggioranza parlamentare abbia discusso e motivato le sue decisioni in modo controllabile, secondo i percorsi della ragione pubblica: con leggi controllabili contenutisticamente dalla minoranza in quanto motivate in ordine a fondamento, basi scientifiche, scopi e risultati attesi, alla luce di una cultura orientata ad empiria e non solo a valori: M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 82 ss.

<sup>38</sup> Per una rilettura dell’europeismo penale oggi, alla luce della dicotomia fra approccio continentale “reocentrico” e approccio europeo “vittimocentrico”, cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2012, 33 ss. (cap. II); ID., *European criminal Justice and continental Criminal law. A critical Overview*, in *EuCRL*, 2/2011, 188 ss. Beninteso, una declinazione vittimocentrica (orientata alla difesa sociale) dei principi è assai ben presente anche in tutte le versioni “continentali” e nazionali del diritto penale, e non solo nelle fonti e nelle giurisprudenze europee.



Di tutti i principi costituzionalizzati è possibile adottare una lettura forte o una lettura debole, un'interpretazione massimalista o minimalista<sup>39</sup>. Molti di quei principi, anche se applicati in concreto poche volte al fine di dichiarare illegittima una norma di legge, hanno natura *dimostrativa* (possono essere impiegati da soli, senza ricorrere ad altre norme costituzionali, per dichiarare l'illegittimità di una legge ordinaria che con essi sia in conflitto), mentre altri hanno natura più *argomentativa* o *di indirizzo politico* (non sono così 'tecnici' da consentire alla Corte un sindacato giuridico-costituzionale: è il caso del principio di *ultima ratio*, per es.)<sup>40</sup>. Il tratto più caratteristico di una *lettura forte*, già *bricoliana*, dell'approccio costituzionalistico *nel suo complesso* è stato quello di ravvisare nel patto costituzionale *il fondamento*, anziché il mero limite, dell'intervento penale: esso conterrebbe il "volto costituzionale" dell'illecito penale, il *know-how* del modello costituzionale di illecito penale e della relativa risposta sanzionatoria, capace di differenziarlo in termini essenziali dall'illecito amministrativo (per es. pericolo concreto o astratto concreto *vs.* mera inosservanza di cautele e autorizzazioni o pericolo presunto) e da quello civile (centralità del disvalore d'azione, della colpevolezza e della offesa di un bene nel primo, e del danno nel secondo). La *lettura tradizionale*, invece, vede nei principi costituzionali *solo un limite* alla libertà fondamentale del Parlamento nella costruzione della responsabilità penale, come se la Costituzione fosse una sorta di filo spinato che recinta piccoli spazi di indisponibilità legislativa, con una ben più forte relativizzazione e storicizzazione di confini tra i vari modelli di illecito giuridico: nulla è penale 'in sé', *tutto è politica*, salvi alcuni divieti. Teoria prescrittiva quella 'forte'; teoria assai più descrittiva e aperta alla gestione politica della materia penale la seconda lettura qui definita 'debole'. Se prescindiamo dalle prime stagioni di "esaltazione costituzionale"<sup>41</sup> stile anni Settanta, nessuno sosterrrebbe che da un testo scritto nel 1947 sia possibile e doveroso dedurre, oggi, un intero codice penale, una sorta di Costituzione-codice, capace di contenere le scelte fondamentali in materia penale<sup>42</sup>. Piuttosto, è possibile sostenere che l'attuazione della Costituzione sia così storicizzata, da implicare che il codice penale attuale, e costituzionalmente conforme, sia l'espressione del diritto penale costituzionale vigente in un certo momento storico, una sorta di codice-Constituzione. Il codice, com'è stato detto nella tradizione costituzionalistica spagnola, sarebbe una "Costituzione in negativo", un negativo costituzionale<sup>43</sup>, secondo un rapporto dialettico stringente, ma non unidirezionale (non

<sup>39</sup> Per una sorta di rassegna della manualistica e della penalistica italiana, secondo questa *summa divisio*, cfr. quanto esposto in *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 421 ss., anche in trad. spagnola in ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit. 335 ss.

<sup>40</sup> Per la distinzione, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit. 25 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 234 s.

<sup>41</sup> L'espressione è di F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, cit., p. 545.

<sup>42</sup> Per la critica a questa idea v. anche quanto osservato in M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004, 492 s.

<sup>43</sup> La definizione è divenuta famosa perché recepita nella "Exposición de Motivos" del codice penale spagnolo del 1995, dove si dice: «Si se ha llegado a definir el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos

di mera deduzione dal testo fondamentale) tra legge ordinaria “costituzionalizzante” il sistema, e fonte superiore. Affinché questa idea non si riduca però a costituzionalizzare...l'esistente, decostruendo continuamente il testo fondamentale al mutare delle esigenze storiche, e al fine di conservare alla Carta fondamentale, invece, un vincolo pre-legislativo permanente, è possibile attualizzare alcune acquisizioni generali che contrassegnano il modello forte, che è oggi comunque assai più relativo e storicistico rispetto alle ideazioni originarie degli anni Settanta. Tale compito, che abbiamo affrontato in altre occasioni, non può essere ora nuovamente reiterato in questa sede. Più importante, invece, è evidenziare, nelle ultime riflessioni introduttive all'opera di Bricola, il valore e l'importanza che può avere l'esperienza italiana dell'approccio costituzionalistico.

## 8. L'interesse che l'orientamento costituzionalistico italiano, oggi aggiornato in prospettiva europea, dovrebbe suscitare all'estero.

L'esperienza italiana è stata e rimane paradigmatica. Oltre alla costruzione dei principi (fondati sia sull'esegesi e sia su una logica normativa di garanzie), già evidenziata, non c'è questione di diritto penale che non abbia avuto una rilettura (ora riuscita, ora meno, non importa adesso) costituzionalizzante, una nuova fondazione: dai fini della pena<sup>44</sup>, alla causalità<sup>45</sup>, alla tipicità<sup>46</sup>, alla responsabilità per fatto proprio<sup>47</sup>,

---

de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del Ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Cfr. sul punto J. TERRADILLOS BASOCO, *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, in J. R. CAPELLA, a cura di, *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 355 s.

<sup>44</sup> V. per tutti, oltre a Bricola, F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO, F. STELLA, Il Mulino, Bologna, 1980, 13 ss., 22 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi*, cit., spec. 156 ss.; ID., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, Milano, 2004, sub Pre-Art. 1/37-39; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1985; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, Napoli, 1992; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 153 ss., 219 ss.; ID., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1073 ss.; E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, 1994, 3203 ss. G. FIANDACA, *Nessuna pena senza scopo*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, 15 ss.; ID., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *AA.VV., Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 131 ss.; L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'*, Morcelliana, Brescia, 1990; ID., *Pena criminale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, V. Giuffrè, Milano, 2006, 4190 ss.; M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 137 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 2004, 20 s. ID., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, cit., 1035 ss.; ID., *Le tecniche di*

al bene giuridico<sup>48</sup>, all'intera sistematica<sup>49</sup>, all'illecito, alla colpevolezza<sup>50</sup>, alla (non) punibilità<sup>51</sup>, al concorso di persone<sup>52</sup>, al tentativo e ai delitti di attentato<sup>53</sup>,

---

*degradazione fra sussidiarietà e non punibilità, ivi*, 2003, 75 ss., 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 259 ss.; ID., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, cit., 889 ss, 907 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit.; ID., *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 343 ss.; C. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2006.

<sup>45</sup> Sui nessi tra ricostruzione della causalità mediante leggi scientifiche e principio di legalità-determinatezza-tassatività, cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, 1975.

<sup>46</sup> Sulla costituzionalizzazione del principio di tipicità, cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979, 107 ss.; G. VASSALLI, voce *Tipicità*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 535 ss.; sull'esigenza che anche l'elemento soggettivo sia sottoposto alle garanzie della tipicità penale, e sia dunque parte del "fatto tipico" (oggi diremmo ancor meglio che c'è un vincolo costituzionale al contenuto del fatto tipico come categoria dogmatica), cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 314-326. In prospettiva storica v. A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997; v. pure, quanto alla penalistica spagnola, J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, 103 ss., 229 ss.; e in area latino-americana il recente saggio di A. VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Legal Publishing Chile-Thomson, Santiago de Chile, 2011, 61 ss.

<sup>47</sup> Su causalità-nesso di rischio-imputazione dell'evento e principio di responsabilità per fatto proprio: M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 638 ss. (ma v. già ID., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss., 1114 ss.); M. DONINI, L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I<sup>a</sup>, cit., § 5. Sul principio di responsabilità per fatto proprio, più in generale, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 17 ss., 88 ss.

<sup>48</sup> V. la letteratura cit. *infra* a nota 66.

<sup>49</sup> Le sistematiche sono pluralistiche, però quasi tutte, oggi, anche se in conflitto tra di loro, vengono ancorate a basi costituzionali. Si tratterà, a questo punto, di individuare denominatori comuni che consentano di separare il nucleo delle garanzie dalle opzioni culturali delle diverse tradizioni scientifiche. V. soltanto, nel panorama italiano, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 26 ss., 32 ss.; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, 1289 ss.; ID., voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 770 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 238 ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., 108 ss., 197 ss., 251 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I<sup>a</sup>, Giuffrè, Milano, 2001, 617 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, a cura di, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss.

<sup>50</sup> Ricordo che uno dei motivi di dialettica rispetto al mio Maestro, Franco Bricola, alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, mentre stavo per pubblicare il mio primo libro – sono trascorsi ormai più di vent'anni – era il fatto che in quell'opera (*Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991) stavo attuando una vera "decostruzione del giuspositivismo dei principi", oltre a collegarlo in modo più diretto alla tradizione del diritto penale delle categorie (in prospettiva postwelzeliana). Contestavo, in effetti, che quelle concretizzazioni dei principi discendessero veramente ed esclusivamente dal testo costituzionale, ritenendo che avessero, piuttosto, una base giusrazionalistica, sia pur storicamente contrassegnata da un ripensamento attuale, che costituiva la vera 'fonte' cognitiva, mentre la ricostruzione esegetica altro non rappresentava che un "adattamento" del pensiero giuridico a un'esigenza di legalità, e il modo per dare forza di legge a quei risultati del pensiero. Un'operazione a volte ben riuscita, altre volte palesemente posticcia. Pur muovendo da questa obiezione (*Op. ult. cit.*, 162 ss.), l'operazione culturale che tentavo di realizzare con quel primo lavoro – e che mi avrebbe accompagnato per tutta la vita – era di effettuare una ricostruzione della parte generale del diritto penale sul presupposto dell'attuazione – cioè come se fosse davvero vigente, quale in effetti era, alla luce della sent. C. cost. n. 364/1988 – del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. Un'interpretazione *de plano* conforme alla Costituzione di tutto il codice, dunque, e della cultura della teoria generale, ben prima che fosse intervenuto il legislatore, a parte la riforma

all'ermeneutica in generale, dispiegata in mille rivoli in tutto il codice e le leggi complementari.

E' tuttavia doveroso ricordare che, se sono ben rappresentate a livello internazionale importanti analisi sui rapporti fra diritto penale e Costituzione, *un vero orientamento costituzionalistico al diritto penale, quale esperienza collettiva, come esiste in Italia, non è dato riscontrarlo né in Germania, né in Spagna, né in America latina.*

In Germania si è detto (Hassemer) che il diritto *processuale* penale sarebbe un diritto costituzionale applicato ("angewandtes Verfassungsrecht")<sup>54</sup>, ma non si afferma lo stesso del diritto penale sostanziale, e il primo giudice costituzionale penalista è stato proprio lo stesso Winfried Hassemer, che dopo quell'esperienza, nel suo ultimo libro, scrive testualmente sui vincoli costituzionali per il legislatore penale: "questi precetti del Grundgesetz non portano lontano: sono scarni ed estremamente selettivi, molto lontani da un sistema di regole coerente...solo piccole nuvolette nella grande volta della libertà del legislatore. E soprattutto, il bene giuridico non è da annoverare tra queste nuvolette"<sup>55</sup>.

---

dell'imputazione delle circostanze aggravanti del 1990. Operazione in larga misura possibile, senza violare la riserva di legge, a mio avviso, essendo di carattere *dimostrativo* il principio di colpevolezza, a differenza di quello di offensività, che per quanto in fase di consolidamento in alcune sue minimali applicazioni da parte della Corte costituzionale, non consente un'attuazione immediata e piena in via puramente ermeneutica, senza l'intervento del legislatore. Per la distinzione, *amplius*, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 25 ss.

<sup>51</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1815 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 626 ss.; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 75 ss.

<sup>52</sup> La disciplina italiana del concorso di persone (che è ancora quella del codice Rocco del 1930, che non distingue tra autori e complici) è stata via via criticata e reinterpretata sotto il punto di vista dei principi di tipicità e di personalità della responsabilità penale. È dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso che questo dibattito ha prodotto molte opere anche monografiche. Manca ancora, peraltro, una riforma legislativa che recepisca in parte questi *inputs*.

<sup>53</sup> Per tutti E. GALLO, voce *Attentato (delitto di)*, in *Novissimo Dig. It.*, Appendice I, Utet, Torino, 1980, 60 ss.; ID., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 340 ss.

<sup>54</sup> W. HASSEMER, *Ein Strafrecht für Europa*, Würzburger Tagung, Juni 2002 (Typoskript), 9 s.; ID., Vor § 1, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

<sup>55</sup> W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, tr. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 147 s. Vero che nel prosieguo dello scritto si analizzano, ad integrazione della teoria del bene giuridico, ritenuta irrinunciabile da Hassemer, anche i principi (costituzionali!) di proporzione, necessità, adeguatezza, ed esigibilità della tutela (*ivi*, 153 ss.), però si sostiene che il legislatore ha amplissimi spazi di discrezionalità e che anche il controllo empirico su di essi, là dove siano possibili verifiche empiriche, non sarebbe auspicabile che sia demandato ai tribunali (*ivi*, 162). Una difesa debole, dunque, ma non una rinuncia. Però di scientifico, nel diritto penale, resta sempre meno. Quasi tutto è politica. Forse perché ora si vede nel diritto penale una cosa buona, positiva, che tutela le vittime, e non più il Leviatano che opprimeva i diritti dei cittadini (*ivi*, 150). Ma è proprio questa l'idea centrale, dell'ultimo Hassemer, che è tanto suggestiva quanto ambigua e contrasta, del resto, con altre considerazioni dello stesso Autore. Per una diversa lettura di cosa è il diritto penale (male in parte utile e necessario che si aggiunge ad altro male) e di quale sia il ruolo della scienza di fronte ad esso (contropotere critico, oltre che conoscenza), si consenta di rinviare a M. DONINI, *Principios constitucionales y sistema pena. Modelo y programa*, in ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., 335 ss.

In Spagna si ritiene, come già ricordato, che il codice penale sia una sorta di Costituzione in negativo, un negativo costituzionale<sup>56</sup>. In tal modo, peraltro, ci si rende conto di correre anche il rischio di una *Inversionmethode*, di rileggere (di ripensare) la Costituzione non solo nel tempo storico in cui vive l'interprete (ciò che è inevitabile), ma anche attraverso il codice, partendo in realtà dalla legge *subordinata*: questa inversione metodologica, certo più grave quando si sia in presenza di un codice "vecchio", precedente la Costituzione, come è stato per il codice penale italiano del 1930, è peraltro possibile anche se si tratta di un codice nuovo che dovrebbe attuare la norma fondamentale e che non deve indurre a "costituzionalizzare l'esistente": infatti, se la riflessione muovesse davvero dall'alto della fonte superiore, essa verrebbe assunta davvero a modello prescrittivo, più che "a conferma" dello spirito del tempo. A tale riguardo, anche se soprattutto alcuni Autori hanno sviluppato una forte riflessione generale su diritto penale e Costituzione, ripensando il diritto penale dalle basi della Carta fondamentale<sup>57</sup>, tuttavia non sarebbe esatto pensare che l'esperienza *collettiva* e istituzionale spagnola (ma lo stesso dicasi per quella tedesca) abbia prodotto una riflessione costruttiva costante sul nesso fra diritto penale e Costituzione rispetto a tutto il sistema. Lo dimostrano del resto le sentenze delle Corti costituzionali: quelle della Corte italiana sono varie centinaia, anche se molte sono sentenze di rigetto o solo interpretative, e *attraverso di esse* è possibile scrivere *un intero commentario al diritto penale*. A queste vanno poi aggiunte tutte le innumerevoli decisioni della magistratura, ordinaria e di Cassazione, che hanno reinterpretato il diritto penale, e non solo quello del codice del 1930, alla luce della Costituzione. Si è trattato di un'opera immensa di rilettura critica costante, anche se i risultati concreti avrebbero potuto risultare più incisivi, soprattutto a livello di intervento legislativo.

Si pensi, per tutti, ai principi di offensività e di responsabilità per fatto proprio e, sul piano delle categorie, ai temi del bene giuridico, della causalità e del nesso di rischio.

Nel dibattito di lingua spagnola, ai giorni nostri, è sufficiente che esca un volume in tedesco sul *Rechtsgut*, o su questioni d'imputazione oggettiva, e subito esso viene tradotto e comunque diventa punto di riferimento di una rinnovata riflessione: anche se il lavoro straniero si muove soprattutto nel solco del diritto delle categorie,

---

<sup>56</sup> V. *retro*, nota 43.

<sup>57</sup> Cfr. tra gli altri M. BARBERO SANTOS, *Derecho penal y política en España*, Tucar, Madrid, 1977; G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Dirosa, Barcelona, 1976; T. VIVES ANTÓN, *Reforma política y Derecho penal*, in *Cuadernos de Política criminal*, 1977, 73 ss.; F. BUENO ARÚS, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, in *Revista general de doctrina y jurisprudencia*, 1979, 25 ss.; S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1979; ID., *Bases constitucionales del derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011; L. ARROYO ZAPATERO, *Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal*, in *Cuadernos de Política Criminal*, n° 17, 1982, 385-406; ID., *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 1, 1987, 9 ss.; I. BERDUGO DE LA TORRE ET AL., *Curso de derecho penal*, parte gen., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, 43 ss.; J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009. V. pure S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

anziché in quello dei principi. E' la conseguenza di un dominio culturale a base non comparatistica, ma costruito sull'assimilazione (la dipendenza da un "sistema-modello", che non è tanto quello legislativo, quasi mai preso veramente come termine di confronto, quanto quello culturale, di una tradizione straniera), solo in parte spiegabile, oggi, con la produzione straordinaria di lingua tedesca pubblicata dalla fine dell'Ottocento sino agli anni Ottanta del secolo scorso. Non si conosce neppure, per esempio, l'enorme, storica, quarantennale riflessione di un intero movimento di giuristi teorici e pratici che, in Italia, dagli anni Settanta ha rielaborato non tanto i concetti di pericolo concreto, astratto, presunto, astratto-concreto, indiretto, potenziale etc. – ciò che è accaduto a mio avviso altrettanto bene nella tradizione *accademica* di lingua tedesca e spagnola –, ma piuttosto ha ricostruito dalle fondamenta lo statuto epistemologico del principio costituzionale di offensività nei suoi rapporti con quelli di riserva di legge e di determinatezza, che hanno avuto in Italia un approfondimento *istituzionale* profondo, *nella giurisprudenza e non solo nell'università*, ricollegando quei *nessi fra principi* alle tipologie generali di illecito, ai modelli di illecito minore, alle differenze fra reati del codice e delle leggi complementari etc.

Si potrà discutere dei risultati pratici, politici, di questo movimento, e prendere atto che in Italia esistono ancora le contravvenzioni (sono anzi migliaia)<sup>58</sup>, per quanto siano meno che in Francia e molto meno delle varie *petty misdemeanors* americane o delle *summary offences* inglesi<sup>59</sup>. Si potrà contestare che i reati di pericolo astratto, o astratto-presunto, sono ancora moltissimi (i due fenomeni ora indicati sono in stretta connessione), e che il bene giuridico è servito spesso per estendere la punibilità, piuttosto che per delimitarla<sup>60</sup>. E tuttavia, proprio da questa esperienza si possono trarre importanti insegnamenti, in ordine al tema dell'evoluzione dei principi da uno statuto meramente argomentativo e politico-criminale a uno statuto dimostrativo, e in ordine all'importanza della dimensione istituzionale, anziché solo categoriale o dogmatica, del diritto. Senza il bene giuridico non si costruisce un codice e non è possibile l'interpretazione delle singole fattispecie. Senza il bene giuridico non si costruisce un sistema<sup>61</sup>. Ma il bene da solo non basta: può servire sia a estendere e sia a

---

<sup>58</sup> Lo stesso Progetto Pagliaro di riforma del codice penale (1992), della cui Commissione faceva parte anche F. Bricola, concluse i suoi lavori ipotizzando la conservazione delle contravvenzioni, previste anche da tutti i progetti successivi (Progetto Grosso del 2000 e Progetto Pisapia del 2007), con eccezione del Progetto Nordio del 2005.

<sup>59</sup> Una riflessione su questi modelli di illeciti c.d. minori in M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit.; ID., *La riforma della legislazione penale complementare*, cit.; ID., *Modelli di illecito penale minore*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO, a cura di, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, Padova, 2007, 201 ss.

<sup>60</sup> Per rilievi di questo tipo, fra gli altri, C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., spec. 153 ss.; in senso non dissimile ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI e M. PAVARINI, Bononia University Press, Bologna, 2011, 301 ss.

<sup>61</sup> Da ultimo W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, tr. it. *Perché punire è necessario*, cit., 144: "Oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno: per alcuni è una stella polare (e io sono tra questi), per altri invece è una fata morgana". V. anche sul punto, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella tutela penale dei*

restringere l'applicazione di una norma. Esso non ha la vocazione delimitativa dell'area punibile propria del principio di offensività<sup>62</sup>. L'intera griglia dei principi costituzionali, peraltro, non solo quello di necessaria lesività, dovrebbe servire a delimitarne o a regolarne l'uso (le concezioni "critiche" del bene giuridico, da sole, servono a ben poco). Se questo ancora non è stato fatto a sufficienza, ciò è dovuto a una debolezza del controllo di legittimità costituzionale, troppo servile alla legittimazione di politiche strumentali e d'occasione, ma anche alla giovinezza del principio di offensività, che richiede approfondimenti ulteriori<sup>63</sup>.

Certo. L'idea originaria di delegittimare i reati di pericolo astratto-presunto come incostituzionali contrasta con tutto il diritto penale moderno e contemporaneo, con la politica legislativa penale reale: i reati troppo spinti verso il pericolo concreto sono sempre a rischio di violare il principio di determinatezza o di riserva di legge, delegando o al giudice, o a fonti sublegislative (per es. la Pubblica amministrazione) la determinazione dei livelli di pericolosità, o semplicemente dei tratti di tipicità, penalmente rilevanti. È questo un grande tema della scienza della legislazione penale contemporanea, che è posta davanti a un'alternativa: o incriminazioni formali (per es. contravvenzionali), o reati affetti da gigantismo (che prevedono eventi giganti, magaffese verso beni enormi quali la salute pubblica o l'economia), poco applicati, ovvero, se applicati, vaghi. Solo quando si sia raggiunta *una tecnica costruttiva più raffinata* e capace di mediare fra quegli opposti, sarà possibile una risposta non ideologica, ma neppure cinica o rassegnata, al problema<sup>64</sup>. Altrimenti, la spinta verso una lesività molto concreta introduce una prospettiva di radicale depenalizzazione del diritto penale attuale, riducendolo *di fatto* a un'attuazione problematica di quel diritto penale minimo che ha suscitato critiche accese alle proposte di Luigi Ferrajoli<sup>65</sup>, proposte le

---

*sentimenti, Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1546 ss.*

<sup>62</sup> *Amplius*, al riguardo, M. DONINI, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività*, relazione svolta a Roma il 25 maggio 2012 al Convegno "I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali".

<sup>63</sup> V. comunque, al riguardo, l'ampio e istruttivo bilancio contenuto nella monografia di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, 129 ss., 209 ss.

<sup>64</sup> Per un modello mirato, in questa direzione, a individuare beni intermedi afferrabili e non formali rispetto a quello della salute pubblica, nella riforma di tali reati e di quelli alimentari, cfr. M. DONINI, *Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *Cass. Pen.*, 2010, 4457 ss.

<sup>65</sup> V. per es., pur nella pesantezza delle argomentazioni polemiche dirette contro l'impostazione di Luigi Ferrajoli, accusato di perseguire almeno di fatto una tutela "dal penale" delle classi economicamente forti (le più "protette" da un diritto penale minimo), G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 802 ss. Argomentazioni singolarmente dimenticate allorché si è trattato di passare in rassegna critica (attraverso elogi scarsamente conciliabili con le tesi già sostenute contro Ferrajoli), le (in realtà del tutto corrispondenti) proposte di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, 391, 417 ss.; ID., 2 ed., Giuffrè, 2002, 449 ss.; e ID., 3 ed., Giuffrè, 2003, 519 ss., 558 ss.: v. G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040 ss. Accenti diversi, ma parimenti critici, rispetto al "mito" del diritto penale minimo, in M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *Indice pen.*, 2000, 657 ss., poi in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., spec. 188 ss., 199 ss.

quali appaiono, però, del tutto in linea con la Teoria generale di Bricola, ovvero con un pensiero “fotografato” all’inizio degli anni Settanta del secolo scorso<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr., all’origine di quelle proposte, A. BARATTA, a cura di, *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, ESI, Napoli, 1986, e in particolare i contributi di BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, 443 ss.; e di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss.; cfr. altresì L. FERRAJOLI, *Per un programma di diritto penale minimo*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale*, Franco Angeli, Milano, 1993, 57 ss.; AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, Donzelli, Roma, 2002. E’ vero, peraltro, che Bricola stesso, oggi, non potrebbe più sostenere allo stesso modo quanto scriveva nel 1973. Già nel 1984, del resto, la sua posizione era almeno in parte differente (v. ID., *Tecniche di tutela*, cit. retro, nota 13). Sull’evoluzione del tema dell’offensività e dei beni e delle tecniche di tutela penale, nel dibattito italiano (oltre a quanto richiamato retro, a nota 13), v. fra i molti G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 617 ss.; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico nella scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen.*, 1986, 35 ss.; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 670 ss. Nella letteratura successiva, cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1991, 61 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 18 ss., 25 ss., 45 s., 117 ss., 140 ss.; ID., *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 di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, 95 ss. (anche in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.); F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, cit., 35 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 74 ss., 129 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, cit., 91 ss. V. pure A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006, 283 ss.

Il tema delle tecniche di tutela e dei beni tutelabili spazia in tutta la parte speciale e in tutta la legislazione complementare. Occorrerebbero molte pagine di bibliografia per dare contezza del dibattito che si è sviluppato al riguardo in Italia. *Due soli esempi*: la tutela penale dell’ambiente e la categoria dei reati economici: per l’ambiente cfr. M. CATENACCI, *La tutela penale dell’ambiente. Contributo all’analisi delle norme penali a struttura “sanzionatoria”*, Cedam, Padova, 1996, 92 ss., 140 ss.; G. INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell’ambiente*, in *Diritto penale e proc.*, 1997, 737 ss.; E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell’ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Giuffrè, Milano, 2004, 219 ss., 447 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 179 ss., 309 ss., 431 ss.; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, ETS, Firenze, 2008, 37 ss., 119 ss.; F. GIUNTA, *Tutela dell’ambiente (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, *Annali II*, Giuffrè, Milano, 2008, 1153 ss.; A. GARGANI, *La protezione immediata dell’ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Napoli, 2010, 403 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, cap. I. Da questo laboratorio si evince con certezza l’impossibilità di soluzioni unitarie, del tipo: solo reati di evento o solo di pericolo concreto; oppure: costruzione di reati solo contro la persona o beni personalistici come oggetto immediato. L’anticipazione della tutela e l’esplosione dei reati di pericolo è avvenuta al prezzo di un’attenuazione del carico sanzionatorio, ma anche della formalizzazione e della presunzione delle offese. Se poi da questo settore si volesse passare ai *reati economici*, apparirebbe evidente che tutta la legislazione si è spostata dai beni individuali a quelli collettivi, dalla tutela di beni a quella di funzioni e regole (per tutti T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 639 s.; A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, Bologna, 2003, 24 ss.; F. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni*



A noi non piacciono, però, né le critiche apparentemente “di sinistra” al pericolo concreto finalizzate a difendere un diritto penale moderno oramai esageratamente esteso, né le critiche apparentemente “realiste” e “moderniste” alla teoria del bene giuridico che vorrebbero buttare via la sua eredità garantista solo perché non avrebbe dato ancora buoni frutti.

Si tratta, al riguardo, di un vero banco di prova dell’eredità di Bricola, che sui beni di rilevanza costituzionale e sulla necessità del pericolo concreto aveva costruito il principio di necessaria lesività. Si potrebbe, anzi, a quarant’anni dalla pubblicazione di quest’opera, riflettere in misura obiettiva sul significato ancora cogente di un modello di Costituzione o di politica criminale a base costituzionale che sia davvero fondante (per la scelta degli stessi beni penalmente tutelabili), e non meramente delimitativo-regolatore. Ci si potrebbe porre, muovendo da questa riflessione, nuovi interrogativi sul ruolo dell’Europa nel costruire, oggi, un diritto penale in senso stretto su basi non relativistiche e convenzionali nella distinzione fra il ‘penale’ e il diritto sanzionatorio amministrativo, allorché si ipotizzano norme penali minime attorno a caratteri di “transnazionalità” dei reati (cfr. l’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’UE).

## **9. Prove di costituzionalismo penale: i casi paradigmatici della “Bicamerale” italiana, del codice penale spagnolo e dell’input europeo a introdurre macrodelitti nel diritto penale dell’ambiente.**

---

*sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003, 603 ss.; C.E. PALIERO, Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?, cit., 301 ss.; L. FOFANI, Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia: le proposte del progetto “Eurodelitti” per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari, in Studi Marinucci, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss.; E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, Diritto penale dell’impresa<sup>2</sup>, Zanichelli, Bologna, 2009, 19-25), e che se vi sono stati tentativi di “materializzare” le offese finali in eventi di danno o di pericolo concreto rispetto a interessi *individuali* (v. per es. la riforma del diritto penale societario, e in particolare del falso in bilancio, del 2002: d. lgs. n. 61/2002), ciò ha comportato un indebolimento della possibilità di applicare le fattispecie incriminatrici, al punto da mettere in crisi l’intera tutela penale: se la si concretizza molto con reati di danno individuale, tanto vale che la tutela diventi civile (a parte le fattispecie di bancarotta). In definitiva, anche l’idea del pericolo necessariamente concreto si rivela oggi conciliabile solo con una riduzione drastica del penale; con la sua restrizione tipologica su modelli che non riescono a, o non vogliono, tutelare alcune realtà come i beni collettivi e quelli economici: è quella, infatti, la tesi più conforme a un *diritto penale minimo*, e anzi all’abbandono della tutela penale nei settori più moderni della politica criminale degli ultimi quarant’anni. Di qui l’alternativa: o si seguono le premesse bricoliane avendo compreso fino in fondo che esse portano a un fortissimo incremento delle sanzioni amministrative e civili, a scapito di quelle penali; oppure si abbandonano *almeno in parte* (o si declinano diversamente) quelle premesse, concretizzando il pericolo (o il danno) verso sotto-interessi più particolari, beni-intermedi, situazioni meglio circoscritte ma non ancora direttamente agganciate né a beni individuali, né a macro-eventi indeterminati. Quest’ultima strada è quella seguita (almeno in parte) dal legislatore e dalla dottrina contemporanea, anche se il principio di offensività rimane ancora assai giovane e suscettibile di progredire verso uno statuto costituzionale di maggiore incisività e, più esattamente, verso una dimensione di principio più dimostrativo e non solo politico-criminale.*

Alcune vicende “italiane” ed “europee” ci sembrano paradigmatiche e dimostrano che la realizzazione del programma bricoliano, in Italia, a dispetto dei grandi riconoscimenti “ufficiali”, anche a livello di sentenze della Corte costituzionale (*retro*, § 6), ha incontrato molti freni e resistenze, solo parzialmente giustificati e apprezzabili.

Nel novembre 1997 la Commissione bicamerale del Parlamento italiano approvava un Progetto preliminare di revisione della Costituzione che, fra l’altro, all’art. 129 contemplava alcune “norme sulla giurisdizione” che, in tutti e quattro i commi, in realtà, toccavano direttamente il diritto penale sostanziale. Il primo comma dell’art. 129 («le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale») mirava a tradurre in regola costituzionale la tesi principale della teoria del reato di Bricola. Il secondo comma («non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività»), sembrava completare il disegno bricoliano, esigendo anche nella realizzazione concreta della fattispecie di reato solo offese di danno o di pericolo concreto. Tutto si sarebbe dovuto poi applicare *cum grano salis* e in forza di varie mediazioni tecniche. Però le scelte erano chiare.

I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento (per ragioni che nulla avevano a che vedere con l’art. 129 in particolare), e la revisione non venne mai approvata definitivamente. E’ interessante notare, al riguardo, che la dottrina italiana, con poche eccezioni, non mostrò nessun entusiasmo per questo progetto, in quanto le tesi fondamentali di Bricola, al riguardo, erano ormai state declassate a *principi di politica criminale, giuridicamente non vincolanti*: e questo perché non si voleva che lo diventassero, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentare incriminazioni di pericolo astratto e a tutela di beni non riconducibili direttamente a quelli costituzionali<sup>67</sup>.

Chi, almeno in apparenza, ha preso molto più sul serio l’idea di una legislazione penale codicistica ancorata a beni di rilevanza costituzionale, con illeciti costruiti su forme di offesa tendenzialmente di lesione o di pericolo concreto, è stato il legislatore spagnolo.

L’ordinamento spagnolo è tradizionalmente privo di una significativa legislazione penale complementare. Ciò si spiega per la tradizionale parentela delle leggi speciali con discipline “eccezionali” e giurisdizioni “speciali”, abusate nel periodo franchista. Anche la riserva di “ley orgánica” posta in materia penale dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81.2), non ha nulla a che vedere con l’esigenza -

---

<sup>67</sup> Cfr. sull’intero progetto, in senso sostanzialmente favorevole almeno rispetto ai commi 1, 2 e 4 (il co. 3 prevedeva un inesigibile divieto d’interpretazione estensiva), M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., spec. 126 ss., poi in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Crit. dir.*, 1998, 155 ss.; A. CASTALDO, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1104 ss. Naturalmente, almeno nell’intenzione di chi scrive, il richiamo a beni di rilevanza costituzionale non avrebbe dovuto essere inteso nel senso di un catalogo chiuso di beni già scritti nella Carta, ma *in senso assiologico*: beni di rango elevato, da assurgere a rilevanza costituzionale almeno per il raccordo con altri e per la comparabilità con quello della libertà personale.

postulata per es. dall'art. 129, comma 4, del progetto di revisione della Costituzione italiana a suo tempo predisposto dalla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali - di leggi extravaganti concepite come organizzazione coerente, organica ed esaustiva della materia regolata («Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»<sup>68</sup>). L'organicità delle leggi penali spagnole, invece, è di tipo procedurale (e non concerne tutta la materia penale) ed è collegata al *quorum* della maggioranza assoluta del Congresso, con votazione finale sul progetto nel suo insieme: sia esso "organico", oppure no, sul piano contenutistico. Se in apparenza la legislazione spagnola può sembrare "minimalista", al confronto con quelle tedesca, francese, portoghese e italiana, così piene di leggi speciali, non si può dire che la "centralità del codice" sia stata realizzata senza costi: la possibilità di inserire in poche norme i reati contro l'ordine economico, quelli societari, tributari, contro la proprietà intellettuale e industriale, contro la sicurezza sociale, il territorio, l'ambiente, in materia di mercato, tutela dei consumatori e dei diritti dei lavoratori, ecc., paga un forte dazio all'uso largo di una tecnica legislativa ricca di *elementi normativi indeterminati e norme in bianco, o con molteplici rinvii tecnici a violazioni extrapenali*. Come osservato in altro studio, «l'alternativa alla moltiplicazione tassativa di precetti penali, in una società complessa che intende effettivamente disciplinare materie specialistiche, non è costituita dall'eliminazione di quei precetti, ma dal loro nascondimento in fonti subordinate o extrapenali, richiamate con la tecnica dell'elemento normativo, della norma in bianco, o del rinvio. L'operazione del codice penale spagnolo, pertanto, non è il risultato di una politica criminale ridotta quanto al numero dei "precetti": essi sono soltanto più celati»<sup>69</sup>.

Non solo. Molti reati che in apparenza parrebbero contemplare eventi di pericolo concreto rispetto a beni collettivi (per es. in materia di integrità dell'ambiente, di sicurezza del lavoro, degli alimenti etc.), sono di fatto svuotati dalla giurisprudenza e vengono trasformati in delitti di pericolo astratto<sup>70</sup>.

Insomma. Anche un ordinamento che potrebbe sembrare avere preso assai più sul serio il progetto di poche norme, costruite soprattutto su delitti di lesione o di pericolo rispetto a beni di rilevanza costituzionale, sconta una "decodificazione" originaria o ermeneutica nel segno della dipendenza della tipicità da fonti extrapenali e sublegislative, e dell'offensività da reinterpretazioni in chiave di pericolo astratto. Anche l'estensione dell'area penalmente rilevante non pare minore per il minor numero delle incriminazioni: è simile, e risulta solo più generica la previsione codicistica rispetto a molte e dettagliate incriminazioni extrapenali.

---

<sup>68</sup> Così l'art. 129.4 del Progetto della Bicamerale, peraltro ripreso a livello di legge ordinaria anche dai Progetti di riforma del codice penale, Grosso (2000), Nordio (2005) e Pisapia (2007), quale regola da introdurre almeno a livello di disciplina legislativa "generale".

<sup>69</sup> M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 193-197. V. pure la discussione internazionale sul raffronto tra modello codicistico spagnolo e modelli ricchi di leggi penali speciali, negli Atti del Convegno di Modena del 2001 sul tema, in AA.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. DONINI, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>70</sup> Per la dimostrazione sia consentito il rinvio a M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 227-235 e 270-282, con i necessari riferimenti normativi e dottrinali.

Se dal modello spagnolo passiamo ai paradigmi europei di costruzione dei reati ambientali, anche qui l'esperienza più recente evidenzia un atteggiamento di mancata ricezione *italiana* delle indicazioni provenienti dal "modello bricoliano" di tutela penale,<sup>71</sup> peraltro di fatto recepito a livello di legislazione-modello *europea*.

Con la direttiva 2008/99/CE e con la direttiva 2009/123/CE in materia ambientale<sup>72</sup>, il Parlamento europeo e il Consiglio della Comunità Europea hanno prefigurato un diritto penale in materia di tutela dell'ambiente di schietta ispirazione "bricoliana", o "ferrajoliana", in punto di offensività (al di là del fatto che concretamente si ignorassero tali colleganze ideali): si prospettavano, infatti, macro-delitti aventi come oggetto giuridico e oggetto materiale, ad un tempo, l'ambiente o la qualità dell'aria, delle acque e del suolo, ovvero anche la salute umana, quali punti di riferimento di condotte concretamente pericolose o lesive di tali beni. Fattispecie di particolare gravità e di pericolo concreto o di danno, punibili solo in caso di condotte intenzionali o commesse per colpa grave, da aggiungersi o affiancarsi a quelle "minori" (di pericolo astratto-presunto, con superamento di limiti-soglia di punibilità, inosservanza di autorizzazioni etc.) tradizionalmente presenti nei sistemi penali europei.

Si prevedeva, altresì, l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per tali reati.

Orbene, il *legislatore nazionale*, con d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121, pur ben sapendo che in pratica non esistevano delitti in materia ambientale nel codice né fuori di esso, si è limitato a introdurre un paio di contravvenzioni in materia di uccisione o distruzione di specie animali o di habitat, estendendo peraltro la responsabilità da reato delle persone giuridiche (d. lgs. 231/2001, art. 25-*undecies*) in ordine ai principali reati ambientali già vigenti, che però sono quasi tutti solo contravvenzioni. L'*input* europeo verso una repressione di fatti concretamente lesivi o pericolosi è dunque caduto nel

---

<sup>71</sup> V. del resto, proprio al tempo della TGR, le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. di diritto agrario*, 1973, 573 ss., spec. 604 ss., che ipotizzava *de lege ferenda* offese di pericolo concreto, e delitti di danno, oltre a beni intermedi (ma ritenuti di rilevanza costituzionale) come quello della purezza delle acque etc. (pur ammettendo, nel settore, anche la necessità di fattispecie-ostacolo che sarebbero state di pericolo astratto).

<sup>72</sup> Direttive che sono state il prodotto della famigerata (e non solo famosa), in punto di principio di legalità e di divisione dei poteri, decisione 13 settembre 2005 della CGCE, in C-176/03, e della successiva, "gemella" decisione CGCE 23 ottobre 2007, in C-440/05, che decretavano "per sentenza" la competenza penale dell'Unione europea con strumenti del primo pilastro (efficacia giuridica diretta quanto a precetti e sanzioni), fondandola su esigenze di "lotta alla criminalità" ambientale (il «diritto penale di lotta» fonda nuove competenze penali), prima che venisse sancita dal Trattato di Lisbona nel 2009 secondo criteri di maggiore tassatività *legale*. Per una sintesi efficace di queste vicende legislative, prima di Lisbona, cfr. G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss., 909 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela comunitaria in ambito penale al banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, *ibidem*, 2009, 869 ss.; e dopo il Trattato di Lisbona: A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 40 ss.; nonché, in relazione al tema delle tecniche di tutela dell'ambiente, poco prima del d. lgs. 121/2011: A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, *cit.*, 403 ss. Sull'attuazione, e sulla mancata attuazione delle cennate direttive ad opera del d. lgs. 121/2011, v. l'ampia analisi di C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 agosto 2011.

vuoto. Si è data attuazione in senso “minimalista” alla direttiva, ritenendo che in Italia siano da tempo già puniti penalmente fatti meno gravi dei reati ipotizzati dal legislatore europeo, e che nella repressione di tali fatti sia già adeguatamente possibile, in concreto, la reazione punitiva rispetto a manifestazioni più gravi come quelle previste dalla direttiva.

Il modello pregnante di una tutela forte e codicistica rispetto a eventi davvero criminali (eventi di pericolo concreto o lesione rispetto a beni di *significativa* rilevanza costituzionale) prodotti da poche tipologie di condotte fortemente tipizzate con dolo o colpa grave, è stato rifiutato, preferendosi la tutela formale extracodicistica delle violazioni contravvenzionali di pericolo astratto-presunto, con elemento soggettivo misto, indifferentemente doloso o colposo lieve.

La vicenda è singolare. Da un’Europa meno democraticamente vicina alla tradizione penalistica italiana provengono paradigmi che sembrano vicini all’approccio costituzionalistico italiano, ma in Italia non vengono recepiti, nonostante che non fosse richiesto *sostituire* le leggi speciali (le più dettagliate contravvenzioni) con questi macrodelitti, bastando almeno *aggiungere* i delitti alle contravvenzioni, magari riducendo e riorganizzando queste ultime secondo modelli di tutela meno formalistici<sup>73</sup>.

Una via di mezzo tra gli estremi tratteggiati non è ancora maturata a livello legislativo, nonostante che non manchino alcune prospettazioni teoriche. Una scelta ovviamente non scientifica, questa, ma tutta politica.

E’ vero che varie ragioni *tecniche* si oppongono a sanzionare penalmente offese dirette e immediate a macro-beni collettivi, per l’eccesso d’indeterminatezza che ne deriva. Il livello di discussione scientifica, in Italia, a tale riguardo, è abbastanza avanzato e meno ideologico che negli anni Settanta, e spazia dalla tutela di beni collettivi a quelli economici. Tuttavia, che una politica come quella europea ora ricordata sia più vicina alle tradizioni teoriche del costituzionalismo penale italiano di quanto lo sia il nostro legislatore nazionale<sup>74</sup>, è un segno di tempi di crisi, di politiche criminali deboli e insicure (non maturate su una vera *ultima ratio*), e non certo il segno di una sensibilità tecnica moderna che abbia lo scopo di evitare eccessi definitivi del potere giudiziario: infatti, alcune norme di recepimento delle direttive europee avrebbero ben potuto meglio definire gli eventi lesivi in termini di maggiore determinatezza<sup>75</sup>. Accade così, paradossalmente, che anziché costruire per legge delitti maggiori in un settore, si lascia che lo faccia la giurisprudenza, che estende

<sup>73</sup> V. già le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, cit., 604 ss.

<sup>74</sup> Per una significativa proposta di immissione di maggiore “costituzionalismo penale” nella politica criminale europea, cfr. il *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift f. die internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2009, 539 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1262 ss., e quindi la Comunicazione COM (2011) 573, 20 settembre 2011, intitolata “*Verso una politica criminale europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione europea attraverso il diritto penale*”: un volto umano e fondamentalista (i diritti fondamentali) per legittimare meglio la “lotta” mediante il diritto penale.

<sup>75</sup> Sui profili d’illegittimità comunitaria per violazione delle direttive, e costituzionale, per violazione dell’obbligo comunitario di cui all’attuale art. 117, co. 1, Cost., cfr. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit., 16; A. MANNA, *La “nuova” legislazione penale in tema di tutela dell’ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2011, 759 ss.

analogicamente fattispecie pensate per altri tipi di offesa: come è successo per il delitto di “disastro ambientale” inventato con sentenze che hanno esteso il vigente art. 434 c.p., tipizzato per la repressione di disastri a base violenta, quali i reati ambientali *non* sono<sup>76</sup>.

Il “lungo cammino” del principio di offensività<sup>77</sup> e dell’approccio costituzionalistico, peraltro, non finisce certo qui. È, ancora una volta, dall’Europa che vengono oggi nuovi impulsi, a fronte di una stasi o di un riflusso nazionale.

## 10. Scenari europei di costituzionalizzazione di un diritto penale “dal volto protettivo”: dalla sussidiarietà alla proporzionalità, dalla necessità della tutela al bene giuridico.

Se da talune vicende più problematiche della “fortuna” o dell’esportazione del modello italiano dell’approccio costituzionalistico passiamo a una dimensione strettamente europea, possiamo dire, in estrema sintesi, che in Europa non è esistito fino a oggi un concetto identico al principio di offensività per come declinato in Italia, ma alcuni segnali recenti fanno pensare che sia in atto un recupero significativo al riguardo. Ancor più forte, invece, è il movimento collettivo *di costituzionalizzazione europea del diritto penale che appare destinato ad assorbire (ma solo) in parte l’approccio costituzionalistico nazionale*<sup>78</sup>.

Ci limitiamo al riguardo ad accennare a un profilo che appare più segnato dalla diversità delle tradizioni nazionali e da quella italiana in particolare.

Il problema della “dannosità sociale” del reato è declinato nelle principali lingue europee attraverso le categorie dell’*harm principle*, della *Sozialschädlichkeit*, dell’*intervención mínima* e in parte attraverso l’idea della “stretta necessità” della tutela penale già storicamente prevista dall’art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789. Nessuna di queste nozioni, peraltro, coincide pienamente con il principio di offensività, né tanto meno con l’idea della tutela penale di beni di

---

<sup>76</sup> Su tale vicenda, in sintesi, v. ancora A. GARGANI, *La protezione immediata dell’ambiente*, cit., 419 ss. Poco importa che la Corte costituzionale abbia “salvato” quell’interpretazione analogica del disastro ambientale desunto dal disastro innominato (“un altro disastro”) ex art. 434 c.p., pur raccomandando al legislatore di tipizzare i reati di disastro, anziché lasciare che lo faccia la giurisprudenza (v. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, e sulla vicenda N. CECCHINI, *Attribuzione causale e imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 282 ss.). Qui la Corte ha abdicato al suo ruolo garantista: è come avere in diritto penale l’art. 2043 c.c., una clausola generale aperta sui possibili “danni” risarcibili. Per una proposta di definizione *legislativa* del reato di disastro *sanitario* (distinto da quelli a base “violenta” dei reati contro l’incolumità pubblica), v. il nostro *Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, cit., 4475 s., nonché M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 324 ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Giappichelli, Torino, 2005, 428 ss.

<sup>77</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, 89 ss.

<sup>78</sup> Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *The constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart Publishing, 2012; A. BERNARDI, *L’approccio costituzionale*, cit.

“significativa rilevanza costituzionale”<sup>79</sup>. L’offensività pre-suppone il bene giuridico, ma lo declina. Non ogni bene è tutelabile. Solo quelli comparabili col sacrificio potenziale della libertà. Non ogni forma di offesa è di rilevanza penale. Solo quelle di pericolo concreto (o astratto-concreto, diremmo oggi, rispetto a beni strumentali, ma necessari, aggredibili in situazioni anticipate). La proporzione – possiamo aggiungere – non basta. Non si può sanzionare penalmente il divieto di parcheggio, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere “penale” quella violazione, anche se sarebbe proporzionata la sanzione. C’è un problema assiologico (di principio), prima che utilitaristico (di proporzione, di conformità dei mezzi ai fini), atteso che lo ‘stigma’ penalistico potrebbe teoricamente “servire” sempre. La questione prioritaria, in realtà, è quella del nesso tra illecito e sanzione: *in primis*, occorre chiedersi se esistano sanzioni che per la loro mancanza di serietà non possono essere penali. Occorre perciò rispondere alla domanda: quando una mera “multa” non può essere qualificata penale perché irrisoria? E una risposta deve essere trovata, almeno di fatto e per esempi paradigmatici. Sennò tutto è politica e la parola stessa che evoca una pretesa “scienza penale” si svuota nel *nonsense*, come nel teatro dell’assurdo.

Sul versante dell’illecito, invece, fatte alcune debite eccezioni (un genocidio non può che restare un crimine, attualmente), in moltissimi casi è più difficile postulare in un fatto lesivo una gravità tale da imporre *necessariamente* una pena di tipo criminale. Questo tema si sovrappone, oggi, al problema degli obblighi di criminalizzazione. Se non c’è obbligo di criminalizzazione – e non c’è quasi mai, in termini assoluti, perché c’è sempre e soprattutto obbligo di tutela –, è evidente che la previsione penalistica non è “di diritto naturale”, ma sconta esigenze di eguaglianza nel trattamento *rebus sic stantibus* e nella distribuzione di un male necessario.

Il discorso sulla sanzione intrinsecamente punitivo-penale, invece, si confonde fino quasi a coincidere col tema della “*materia penale*” affrontato da tempo dalle Corti europee<sup>80</sup>: quando una sanzione, comunque qualificata da una legislazione, debba ritenersi così afflittiva da ammettersi il suo carattere “*intrinsecamente penale*”, al di là di ogni truffa delle etichette.

Solo allora comincia il problema della proporzione *penalistica*: si tratterà di individuare un parametro assiologico per escludere che a un certo tipo di sanzione che configura una “*materia penale*” possa corrispondere una qualificazione penalistica, considerato il tipo di fatto che si vorrebbe sanzionare. Ma finché quella qualificazione permanga (per ragioni “di Stato”), sarà necessario adottare uno *standard* di garanzie tipiche del penale vero, data la serietà della sanzione (che rende penalistica la materia disciplinata).

La concretizzazione di tale problema appare oggi *più facile in sede europea che nazionale*: è cioè più agevole selezionare reati così gravi, per tipologia di offesa e forma di colpevolezza, da apparire di rilevanza “sovrannazionale” e “transnazionale”, ovvero

<sup>79</sup> V. al riguardo quanto già illustrato in M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 109 ss.

<sup>80</sup> Con giurisprudenze talora fin troppo indulgenti ad estendere (le garanzie de) il penale “vero” a situazioni francamente ben lontane da ogni tratto criminalistico.

“federale”, rispetto a reati di marcatura solo nazionale-provinciale, legati a una qualche *politique politicienne* o anche solo più contingente.

Molti di noi, compreso chi scrive, hanno guardato con scetticismo a un’Europa che ci induceva a produrre più penale, mentre in realtà chiedeva soprattutto protezione per certi beni. Tuttavia la scelta, fino a pochissimo tempo fa, era davvero nazionale: gli Stati potevano, se in grado di farlo, decidere di approntare tutele efficaci, ma extrapenali, benché si sapesse che non l’avrebbero fatto quasi mai. Solo adesso che è sorta una competenza europea nella costruzione di obblighi di tutela penale per gli Stati, vediamo che sarà più agevole *che la politica criminale europea si legittimi attraverso illeciti “maggiori”*, vicini a un modello costituzionale, meglio di quanto avverrebbe se si pretendesse la penalizzazione di illeciti minori o più formali.

Il problema degli *illeciti minori*, dunque, di quelli che sono al confine con la tutela extrapenale, appare soprattutto nazionale. Di qui l’estraneità a politiche europee del tema del mantenimento, nei sistemi nazionali, di reati contravvenzionali, o di come configurare gli illeciti penali minori.

L’Europa, tuttavia, solleva altre questioni preoccupanti. In essa circola pesantemente l’idea che lo strumento penalistico sia un mezzo di “lotta” al crimine. C’è anche la prospettiva delle “garanzie”, *et pour cause*, ma quella di lotta appare a volte debordante. Poiché essa si profila come una lotta a favore di vittime reali o potenziali, lasciando agli Stati nazionali le questioni del diritto penale politico, contingente, strumentale, formale, minore, spesso più odioso o meno serio, la prospettiva europea appare quella di un diritto penale dal volto “protettivo”, se non anche “buono”. Promette sicurezze avvertite come importanti.

E’ così che, almeno a parole, si declamano principi orientati anche alle conseguenze, all’esigenza di prova della necessità e adeguatezza allo scopo, ma anche della misurazione degli effetti, rispetto a nuove incriminazioni. Di qui i principi di sussidiarietà penale e dell’Unione europea, che suppongono e integrano quello di proporzione, oltre che di necessità della tutela, e che avvicinano il discorso a quello del bene giuridico penalmente tutelabile<sup>81</sup>.

Vedremo in futuro quali sviluppi porteranno queste prospettive ancora molto più declamate che non praticate, senza indulgere a credere che il vero diritto penale, cioè quello paradigmatico, si identifichi con quello europeo dei reati transnazionali, che ne costituiscono un esempio, per quanto di grande interesse. Il diritto penale più paradigmatico resta quello che priva concretamente della libertà e dell’onore, soprattutto certi tipi d’autore. E’ per questo tipo d’illeciti e sanzioni che è sorto il

---

<sup>81</sup> Sulla progressiva costituzionalizzazione europea, “sulla carta”, dei principi di proporzione, necessità e sussidiarietà, per tutti, con gli opportuni rinvii, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.; ID., *Diritto penale europeo e principio di sussidiarietà*, relazione svolta a Verona, settembre 2011, in corso di pubblicazione; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, relazione svolta a Barcellona, ottobre 2011, in corso di pubblicazione; M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, 2010, dattiloscritto. V. pure la citata Comunicazione COM (2011) 573, del 20 settembre 2011, intitolata “Verso una politica criminale europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione europea attraverso il diritto penale”, nonché il Progetto di relazione 2010/2310(INI) in data 8 febbraio 2012, che contiene una proposta di risoluzione del Parlamento europeo sull’approccio dell’UE in materia penale.



garantismo quale contrassegno della scienza penale moderna e dell'approccio costituzionalistico. Quando questo diritto penale non ci sarà più, allora, forse, potremo credere a un suo nuovo volto buonista e protettivo. Nel frattempo, non ci faremo irretire dalla propaganda di lotta della politica criminale europea, che richiama i principi del costituzionalismo per poter essere effettivamente lesiva ed estendere il suo campo di battaglia, *in aggiunta* al penale nazionale che la politica penale europea lascia immune.

## 11. Le «dottrine non scritte», tra formanti dell'ermeneutica penale nazionale e dialogo internazionale.

Quando un giurista italiano o un giurista tedesco, spagnolo, o di *common law* affrontano certi problemi, anche davanti a un medesimo testo costituzionale (per es. europeo), ragionano in parte diversamente, o applicano quel testo in modo diverso. Almeno entro certi limiti la loro riflessione è condizionata da formanti culturali nazionali, da tradizioni nazionali o relative ad aree di pensiero giuridico. Per questo la comparazione è così difficile.

In un ambiente di *civil law*, per es., un penalista italiano è più incline a una dogmatica di principi (orientamento costituzionalistico) che non a una dogmatica di sole categorie (tradizione già pandettistica e poi della teoria del reato sistematizzante di matrice tedesca). Oggi che è cresciuta tantissimo l'importanza della giurisprudenza-fonte, si estendono abitudini dei sistemi di *common law*, valorizzando molto di più la discussione sui casi o l'individualizzazione del contenuto decisorio di una sentenza. La comparazione, in alcuni contesti, è servita per relativizzare le culture nazionali, facendo capire che non erano giusnatura; in altri contesti, è servita per esportare il proprio modello attraverso argomentazioni non giuspositivistiche, ma almeno in apparenza razionalistiche, o (da un opposto punto di vista) per importare modelli culturali alieni, arricchendo il proprio. Approccio storicistico il primo, razionalistico il secondo. E' un po' la storia degli strumenti del colonialismo culturale, ma anche dell'influenza dei grandi modelli e delle diverse tradizioni giuridiche<sup>82</sup>. La vera comparazione, però, porta a relativizzare, anziché ad assolutizzare le esperienze

---

<sup>82</sup> Per l'America latina mi sembrano di grande utilità le riflessioni, diverse e complementari, presenti in J.P. MATUS ACUÑA, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in ID., *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, 311 ss. (già in *Derecho penal mínimo, Revista de análisis jurídico penal*, n. 3/2010), 147 ss. e prima, in versione iniziale, in *Política Criminal*, n. 5 [www.politicacriminal.cl/n\_05/a\_5\_5.pdf], 2008, 1 ss.; e in D. RESTREPO, *El concepto de bien jurídico en Colombia: ¿de un 'derecho penal colonizado' a un 'derecho penal mestizo'?* in *Jueces para la Democracia*, 2010, 77 ss., spec. 84 ss., e *amplius* ID., *Genesis e sviluppo del concetto di bene giuridico in un "diritto penale colonizzato": il caso colombiano*, in *Indice pen.*, 2011, 383 ss., spec. 405 ss., 419 ss., 426 ss.

nazionali, e solo in qualche caso a scoprire verità o paradigmi sovranazionali o che resistono nel tempo<sup>83</sup>.

Una cosa è che certi principi o regole superiori vivano in un ordinamento, una cosa è che essi vivano in un ordinamento diversamente organizzato e costruito: il che si spiega con il fatto che il diritto non è solo 'disposizione normativa' (regola astratta) ma anche decisione (norma decisoria, precedente, massima) e istituzione (dimensione istituzionale delle regole dipendente dal contesto entro il quale operano).

Le norme positive e le tradizioni di un sistema giuridico nazionale condizionano l'intendimento delle stesse categorie classiche (per es. fatto tipico, antigiuridicità, evento e offesa, illecito e colpevolezza) e non solo dei principi (per es. legalità, determinatezza, offensività etc.). Per es., quando si cerca di costruire un dialogo con i penalisti italiani o inglesi, si dovrebbero tenere presenti alcuni dati che attengono ai formanti a cui abbiamo ora fatto cenno.

Esistono addirittura, oltre ai formanti già indicati, delle «dottrine non scritte» (morale e diritto, fini/funzioni della pena, oggettivo/soggettivo, causalità/imputazione oggettiva, scriminanti/scusanti/*defenses*, delitti/contravvenzioni, colpevolezza/capacità a delinquere, fatto/autore, autore/complice, idoneità/inidoneità del tentativo, colpa/colpa grave/sconsideratezza, responsabilità oggettiva/colpa etc.) che governano il nostro modo di fare e pensare il diritto e che a volte sono profondamente diverse nei sistemi giuridici nazionali, e appartengono spesso a una *tradizione orale*<sup>84</sup>. La mancata considerazione di questi formanti e di queste dottrine non scritte, o non esplicitate, ma immanenti, risulta fortemente preclusiva di un corretto intendimento reciproco. *We talk past each other*<sup>85</sup>.

Non meno illusorio, anche se spesso più a buon mercato, esigendosi meno studio e meno ricerche, appare affidarsi a concetti "sovratemporali", a concettualizzazioni pensate in un contesto ed esportate a livello mondiale per l'implicita presunzione di essere diritto di natura o diritto "sovranazionale", il quale può in effetti internazionalizzarsi, ma solo dopo un'opera di traduzione storico-linguistica, di revisione critica.

---

<sup>83</sup> Per un richiamo agli Autori che sostengono forme di universalismo penale (ora su base comparata, ora no), almeno *accanto* a una dimensione storico-politica, cfr. M. DONINI, *Scienza penale integrale*, in ID., *Europeismo giudiziario*, cit., 128 ss.; ID., *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale*, *ibidem*, 175 ss.

<sup>84</sup> Non sembri eccentrico il richiamo al ben più famoso dibattito sulle dottrine non scritte (ἄφραφα δόγματα) di Platone (istruativi, al riguardo, G. REALE, *Platone. Alla ricerca della sapienza segreta*, Bur, Milano, 2004, 101 ss., 313 ss.; ID., *Autotestimonianze e rimandi dei Dialoghi di Platone alle "dottrine non scritte"*, Bompiani, Milano, 2008, 27 ss.; M.-D. RICHARD, *L'enseignement oral de Platon* (Paris, 1968), tr. it. *L'insegnamento orale di Platone*, Bompiani, Milano, 2008; H. KRÄMER, *Platone e i fondamenti della metafisica*<sup>6</sup>, Vita e pensiero, Milano, 1982, 2001<sup>6</sup>, 179 ss., 311 ss., via via con i richiami opportuni), e alla scrittura (così tematizzata nel *Fedro* di Platone) come veleno, come gabbia di un pensiero che solo nel momento orale, dialogico e dialettico, si esprime pienamente, e tuttavia ambiguamente conserva le tracce di quel *logos* ad essa non completamente esterno (cfr. J. DERRIDA, *La Pharmacie de Platon* (1968), tr. it. *La farmacia di Platone*, in ID., *La dissémination* (1972), tr. it. *La disseminazione*, Jaca Book, Milano, 1989, 101 ss.).

<sup>85</sup> Già la traduzione del medesimo testo normativo in più lingue in contemporanea, sì da originare una sua nascita "plurilingue", come per lo Statuto di Roma, pone questioni rilevanti di "comparazione" linguistica. V. al riguardo E. FRONZA, E. MALARINO, *Die Auslegung von multilingualen strafrechtlichen Texten am Beispiel des Statuts für den internationalen Strafgerichtshof*, in *ZStW*, 118, 2006, 927 ss.

Mi è caro sottolineare, in questo momento, la difficile bellezza del dialogo interculturale, che richiede di costruire ponti, sperando poi che siano utilizzati davvero in uno scambio che esige sempre una volontà di conoscenza reciproca da parte dei suoi fruitori: lo scambio non avviene senza sforzi, ma quando funziona, schiude mondi nuovi. E' con questo auspicio che licenziamo per la stampa la traduzione spagnola dell'opera maggiore di Franco Bricola.