

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

ON LINE

ANNO VI

2-2024



Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato
del Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie

JOVENE EDITORE

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

[*on line*] ISSN 2704-8667

Rivista IERDISAF – Istituto europeo di ricerca e studio comparato del diritto e delle scienze amministrative e finanziarie – pubblicata *open access* con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: Domenico Crocco

Condirettori: Dario Luongo, Federico Pica, Andrea A. Salemme, Marco Tiberii

COMITATO SCIENTIFICO

Salvatore Aceto di Capriglia - Carlo Amatucci - Carlo Amirante - Enrico Bonelli - Sergio Capozzi - Raffaello Capunzo - Andrea R. Castaldo - Stefano Cherti – Michele Corleto - Vasco Fronzoni - Manlio Ingrosso - Pier Francesco Lotito - Vincenzo Mastronardi - Giovanni Neri - Giorgio Spangher - Gennaro Terracciano - Salvatore Villani - Paolo Wulzer

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Sandra Cassotta (*Danimarca*) – Abdelhadi Elhalhouli (*Marocco*) - Renata Franc (*Croazia*) - Margareth Helfer (*Austria*) – Elnel Iyembit (*Gabon*) - Anthony W. Mckenzie (*USA*) - Andrea Nuvoli (*Spagna*) - Cosimo Risi (*Svizzera*) - Carmen Parra Rodriguez (*Spagna*) – Muamar Salameh (*Arabia Saudita*) - Francesco A. Schurr (*Austria*) - Silvia Trifonova (*Bulgaria*) – Aleš Trunk (*Slovenia*) - Matthias Theodor Vogt (*Germania*)

RAPPORTI INTERNAZIONALI

Vasco Fronzoni - Salvatore Villani

COMITATO DI REDAZIONE

Michele Alesci, Angelina Cirillo, Rossella Ciscognetti,
Massimino Crisci, Ivan Cuocolo, Jean Paul De Jorio, Sara Piancastelli

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Francesco Camplani, *Redattore Capo*

DIRETTORE RESPONSABILE

Domenico Dente Gattola

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



I contributi pubblicati sono soggetti a previa
valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2024

ISSN 2704-8667

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia

Tel. (+39) 081552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

MICHELE ALESCI*

PROLEGOMENI SU “SELEZIONE” E “INDIVIDUAZIONE” DEL BENE GIURIDICO, TRA LEGALITÀ, GARANTISMO E MANIPOLAZIONI GIUDIZIARIE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. “Selezione” e “individuazione” del bene giuridico. Il rischio della c.d. “concezione metodologica” tra “*sein und nicht sollen*”. – 3. Il caso più eclatante di immedesimazione tra bene giuridico e ratio della fattispecie: l’abbaglio delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte costituzionale sullo spaccio di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante. – 4. Brevi conclusioni. Dalla legalità violata alla “giurisprudenza penale di lotta”.

1. *Considerazioni introduttive*

Salvo un’illustre e nota eccezione, si concorda da tempo sul valore “assiologico-fondativo” ed “ermeneutico” di ciò che, nel diritto penale, denominiamo “bene giuridico”¹ (*Rechtsgut, bien*

* Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto e Procedura penale, già Assegnista di ricerca in Diritto penale presso la “Sapienza – Università di Roma”. Il presente scritto è una prima rielaborazione dell’intervento svolto durante il convegno “*La dogmatica penale: un confronto tra Italia e America latina. Incontri di studio con il Prof. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni*”, organizzato, a cura del Prof. Mario Caterini, dall’Istituto degli studi penalistici “Alimena” (ISPA), Centro di ricerca interdipartimentale dell’Università della Calabria, e tenutosi presso il medesimo ateneo nei giorni del 3 e 4 maggio 2024.

¹ Valori che, in ottica teleologica, corrispondono ad altrettante *funzioni*, seppur variamente denominate (ad esempio, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, distingue tra funzione “dommatica”, “critica”, “classificatoria” e “sistemica”; F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², Padova, Cedam, 2023, p. 195 ss., distinguono tra funzione “politico-garantista”, “dogmatico-interpretativa” e “sistematico-classificatoria”).

jurídico, bien juridique, legal interest)². Per il modo in cui, nei sistemi giuspositivistici, questi valori si esprimono e si dispiegano – cioè *nella legge* (che funge da “cornice linguistica” o “discorsiva” del bene giuridico)³, rispettivamente come affermazione della volontà dello Stato e ricerca della stessa (*intentio legislatoris*) e/o della *voluntas legis* –, essi trovano “copertura” sotto il *principio di legalità in materia penale*

² Almeno a partire dagli inizi del scorso secolo e dal celeberrimo scritto di Arturo ROCCO del 1913 (su cui vedi immediatamente nel testo). La letteratura italiana sulla teorica del bene giuridico (anche denominato “oggettività giuridica”, “oggetto giuridico”, interesse o oggetto “giuridico-penale”) – oggi strettamente connessa a quella sull’offensività (sulla diversa derivazione ideologica v. però M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. contemp.* – *Riv. trim.*, 2013, 4, p. 6 ss.) – è vastissima. Oltre alle basilari trattazioni manualistiche –, in particolare quella di F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., p. 194 ss. – ci si limita a rinviare, per gli scritti post-costituzione, a: F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., *passim*; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014; F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, p. 453 ss. Su una possibile evoluzione del dibattito si vedano F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2022, p. 845 ss. (anche in *Sistema penale*, 13 marzo 2023) e A. CAVALIERE, *‘Diritti’ anziché ‘beni giuridici’ e ‘principi’ in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema penale*, 2023, 10, p. 63 ss. Nella dottrina tedesca, da cui origina il concetto (a partire da Birnbaum e Binding), si vedano, per tutti, C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*⁴, München, Beck, 2006, p. 9 ss., e, per una panoramica storica, S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 1, p. 122 ss.

³ Tra le miriadi di definizioni offerte nel corso della storia, il “diritto” (in senso oggettivo) è stato mirabilmente ed efficacemente descritto come il “discorso del legislatore”. Quest’ultima espressione si fa risalire comunemente a N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 2, p. 354 (ora anche in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, p. 305), ove l’Autore parla di «discorso del legislatore o delle leggi» quale oggetto della “giurisprudenza”; cfr. anche: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, *passim*, in particolare pp. 191 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano Giuffrè, 2010, in particolare pp. 3 ss. e 410; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 355; ID., *La sintassi del diritto*², Milano, Giuffrè, 2014, p. 25 ss.

(*nullum crimen nulla poena sine lege*)⁴, sancito nel nostro Paese all’art. 25 della Legge fondamentale e all’art. 1 del Codice penale.

Nel caposaldo della penalistica italiana intitolato *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale* (1913), Arturo ROCCO (1876-1942) sosteneva che il bene giuridico era un «essenziale elemento costitutivo del reato» e che se al giudice fosse impedito di indagare su di esso «gli sarebbero precluse, ad un tempo, molte altre indagini che egli pur può e deve, anzi, fare; l’indagine, ad esempio, dell’elemento morale o soggettivo del reato, cioè il *dolo* (previsione e volontà del danno e del pericolo) o della *colpa* (difetto di previsione e di volontà del danno, accompagnato dalla normale prevedibilità del danno stesso): l’indagine del momento consumativo o perfezionativo del reato: l’indagine eventuale dell’imperfezione giuridica del delitto (tentativo): l’indagine stessa della obiettività, e quindi della natura, giuridica dei singoli delitti in ispecie»⁵.

In altri termini, sosteneva Rocco, «gli sarebbe – in una parola – preclusa l’indagine dello “scopo” dei precetti contenuti nella

⁴ Principio e brocardo di matrice illuministica, la cui origine – seppur nella versione ridotta del “*nulla poena sine lege*” – viene tradizionalmente ricondotta all’opera del giurista e criminalista tedesco Paul Johann Anselm VON FEUERBACH (1775-1833), che, nel Primo libro (*Ester Theil*, §§ 23-24) del *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Giessen, 1801; l’ultima edizione, la 14^a, risale al 1847), affermava che tra i più alti principi del diritto penale (*Höchste Principien des peinlichen Rechts*) vi era quello per cui «*Jede Zfügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege). Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe*», ossia che ogni pena presuppone una legge che la contempra, essendo essa giustificabile, dal punto di vista concettuale e della possibilità giuridica, solo se prevista dalla legge. Osservava G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 286, nt. 7, che diversi autori, tra cui il Roxin, concordano nel ritenere che il Feuerbach «intendesse includere nella formula anche il principio *nullum crimen sine lege*».

⁵ ARTURO ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie del reato e della pena*, Torino, Fratelli Bocca, 1913, p. 479 (l’opera sarà ristampata nel 1932 per i tipi della Società Editrice del «Foro Italiano», in ID., *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma).

legge penale, cioè l'indagine della *ragione* e quindi anche del *pensiero* e della *volontà* dei precetti del legislatore penale»⁶.

Se dunque è un *elemento del reato*⁷, il bene giuridico, come qualsiasi altro elemento, assolve, ontologicamente, acriticamente e avalutativamente, ad una funzione “selettiva” (solo le offese *a quel bene* assumono rilievo penale), così che ogni eccezione, qualunque forma assuma, dovrebbe costituire, logicamente, una violazione della legalità.

Inutile, del resto, sottolineare che la “scelta” (utilizziamo per adesso questa terminologia) dell'interesse da tutelare fornisca la “chiave di lettura” della fattispecie incriminatrice, contribuendo a delinearne il “volto”. Scegliere un bene piuttosto che un altro non potrà mai essere un'operazione giuridicamente indifferente, potendone derivare almeno due effetti. Il primo sulla *natura della fattispecie*: l'oggetto giuridico può incidere, ad esempio, sull'anticipazione di tutela – mutando un reato di danno in uno di pericolo, e un reato di pericolo concreto in uno di pericolo astratto (o presunto)⁸ –, oppure può trasformare il reato da monoffensivo a plurioffensivo⁹. Il secondo sull'*applicabilità della fattispecie*: l'oggetto

⁶ *Ibidem*.

⁷ Così, oggi, F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, cit., p. 196, per i quali l'oggetto giuridico del reato, è «il bene, *preesistente* alla norma e assunto ad *elemento costitutivo* della fattispecie», in maniera *esplicita* o *implicita*.

⁸ Ad esempio, M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1999, p. 268, che parla di natura “proteiforme” della categoria bene giuridico che può determinare conseguenze applicative: «cambiando il bene, il medesimo fatto storico può apparire di lesione, anziché “di pericolo”»; ne consegue che «la libertà di “scegliere” beni diversi per legittimare una incriminazione rende urgente il possesso di criteri di valore onde poter individuare i beni legittimamente tutelabili, meritevoli di tutela penale». L'Autore riporta il seguente esempio: «Si possono, per es., raggiungere risultati via via più formalistici “sostituendo” l'integrità del territorio (che muterebbe da bene-oggetto di un reato di pericolo a bene-scopo) con la funzione amministrativa di controllo (bene leso dal medesimo fatto tipico), oppure sostituendo il bene della salute con quello della genuinità del prodotto alimentare, del buono stato di conservazione o infine con quello dell'integrità del suo confezionamento».

⁹ Salvo poi stabilire se la plurioffensività debba intendersi in senso assoluto o relativo. Ad esempio, Marcello GALLO, recentemente scomparso (1924-2023),

giuridico, infatti, può decretare il successo o il fallimento dell’opzione di politica criminale sottesa all’introduzione della figura di reato; per la sua capacità di delimitarne o ridefinirne il perimetro, esso può determinare o escludere la sussunzione del fatto storico, e così, in definitiva, la punibilità del soggetto. Si pensi, per fare un esempio, all’art. 514 C.p. (*Frodi contro le industrie nazionali*): la “macro-entità” dell’*industria nazionale* è di difficile se non di impossibile offesa, per cui la fattispecie, affetta da tale “gigantismo”, risulta ad oggi praticamente inapplicata¹⁰.

Presupposto dell’idea e del principio di offensività¹¹ – sul quale oramai, dopo un «lungo cammino»¹² da cui non sembra più potersi tornare indietro, la dottrina (unanimente), la giurisprudenza di legittimità (a fasi alterne) e quella costituzionale (in maniera oramai consolidata) hanno trovato un terreno comune

nella prospettiva dell’analisi del dolo (voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 790), partendo dalla considerazione che nel nostro sistema esistono «non poche incriminazioni volte alla tutela di una pluralità di interessi», distingueva «due tipi fondamentalmente diversi di fattispecie criminose» denominabili con l’espressione “reato plurioffensivo”. Il *primo tipo* comprenderebbe «tutti quei reati previsti da norme incriminatrici che sono predisposte alla tutela di più interessi, ciascuno dei quali è del tutto svincolato dagli altri, sì che l’illecito concretamente posto in essere può lederne uno solo, alcuno o tutti quanti assieme». Il *secondo tipo*, invece, comprenderebbe «quelle norme che tutelano interessi complessi, tali che la lesione di uno, per essere giuridicamente rilevante, ad un certo titolo, deve verificarsi accompagnata dalla contemporanea (e necessaria) offesa dell’altro o degli altri».

¹⁰ A. ALESSANDRI, nella voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1999, p. 433, parla al riguardo di «ramo secco della materia» della tutela penale dei segni distintivi, di una “vistosa inutilità” della fattispecie «del tutto assente nel panorama giurisprudenziale», essendo il «documento all’industria nazionale», un evento di scala dimensionale «così ampia da rendere quest’ultimo di impossibile verificaione».

¹¹ M. DONINI, *Il principio di offensività Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 4, afferma che l’offensività «pre-suppone il bene giuridico» (p. 6) e che «senza il bene giuridico è inconcepibile già lessicalmente» (p. 8).

¹² Per riprendere le parole dello scritto di G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, 89 ss.

di confronto –, il bene giuridico può essere considerato una delle principali cause (o comunque l'occasione) degli *orientamenti repressivi della magistratura*, che oscilla tra il puro “formalismo” e un pericoloso “sostanzialismo”.

La prima tendenza si manifesta quando si sostiene strenuamente l'offesa al bene scelto dal legislatore anche laddove, in base alle circostanze concrete, il fatto risulti inoffensivo¹³. La seconda tendenza si palesa, invece, nei casi in cui, nonostante si premetta il riconoscimento dell'interesse tipizzato e si accerti l'inoffensività del fatto, si individuano ulteriori oggettività giuridiche, a volte invocando una o più *rationes* della fattispecie (è di quest'ultima tendenza che trattiamo nel presente scritto).

Eppure, a fronte di queste determinanti conseguenze, vi è chi, nel secolo scorso, ha contestato la valenza ermeneutica del bene giuridico, sottostimandone così il valore generale. Ci riferiamo, in particolare, a colui che è considerato il più insigne penalista della prima metà del Novecento, Francesco ANTOLISEI (1882-1967)¹⁴. In una delle ultime edizioni della parte generale del suo *Manuale* (1960)¹⁵, nonostante registrasse che, per la penalistica all'epoca dominante, «la nozione del bene è indispensabile per l'interpretazione della legge» e riconoscesse, altresì, «un innegabile

¹³ Si può individuare questa prima tendenza, ad esempio, in materia di reati contro l'amministrazione della giustizia, in particolare con riferimento al reato di violazione di sigilli (art. 349 C.p.) che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, risulterebbe integrato anche qualora sia accerti l'invalidità dell'atto appositivo del sigillo. Ci siamo occupati del tema nello scritto *Violazione di sigilli e caducazione dell'atto appositivo. Per la rivisitazione di un orientamento “penalizzante” l'attività imprenditoriale*, in *Arch. pen. (Web)*, 2023, n. 3, p. 1 ss., cui ci permettiamo di rinviare.

¹⁴ Sul cui riconoscimento indiscusso si vedano, ad esempio, i tributi di G. DELITALA, *Francesco Antolisei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 747 ss. e di G. LEONE, *Ricordo di Francesco Antolisei*, in *Giur. it.*, 1968, 4, c. 129 ss.

¹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed. (riveduta e aggiornata), Milano, Giuffrè, 1960, p. 125 ss. (in cui erano dedicati al bene giuridico due paragrafi, intitolati “L'oggetto giuridico del reato” e “Rilievi sulla teoria del bene giuridico”). In precedenza, l'Autore si era occupato dell'argomento in *Il reato come offesa di un bene giuridico*, in ID., *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, poi pubblicato con il titolo *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 1, p. 3 ss. (anche in *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955).

fondamento di verità» nella teoria del bene giuridico, dichiarava che la sua importanza era «stata non poco esagerata dalla dottrina»¹⁶. In particolare, l'Antolisei riteneva che «per l'interpretazione della legge il concetto stesso è tutt'altro che sufficiente», in quanto le norme giuridiche «non tutelano sempre beni diversi, ma spesso il medesimo bene e, quando ciò avviene, l'identificazione dell'oggetto della tutela non può bastare per risolvere i dubbi che si presentano nell'interpretazione della norma»¹⁷. Così, ad esempio, «dovendosi sciogliere il quesito se in un caso concreto ricorrano gli estremi del furto o della truffa, l'accertamento del bene giuridico serve a ben poco, dato che ambedue i reati tutelano i diritti patrimoniali». L'unico metodo per eliminare ogni incertezza era, allora, considerare «gli scopi delle norme che si confrontano», sostituendo «alla nozione tradizionale di oggetto della tutela penale quella di *scopo della norma* (la *ratio* dell'incriminazione), la quale ci offre senza dubbio una guida più sicura e più completa nell'interpretazione della legge»¹⁸.

Nonostante si sottovalutasse l'importanza del bene giuridico per la teoria del reato e del diritto penale¹⁹, sarebbe forse eccessivo considerare l'Antolisei un sostenitore della c.d. «concezione

¹⁶ *Op. cit.*, p. 127.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 128.

¹⁹ L'Autore concludeva i suoi rilievi sostenendo che chiunque «si renda pieno conto della trasformazione del diritto penale che è in atto e dell'impronta sempre più soggettiva che il diritto medesimo va assumendo, non può non riconoscere che l'importanza del concetto del bene giuridico non solo attualmente è tutt'altro che grande, ma è destinata, col tempo, a diminuire ancora» (pp. 128-129). Anche Antonio PAGLIARO, in *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1965, p. 391 ss., sosterrà negli stessi anni che «il bene giuridico non può essere di alcuna utilità nella interpretazione della norma penale. Non solo esso si ricava dallo scopo della norma penale – e lo scopo può dirsi conosciuto solo dopo interpretata la norma –, ma addirittura suppone ulteriori considerazioni finalistiche inerenti alla posizione della norma, in quanto interpretata, nel sistema penale. Il concetto di bene giuridico, quale oggi si presenta alla scienza del diritto penale è inadatto, quindi, a svolgere qualsiasi funzione interpretativa rispetto alla medesima norma da cui è ricavato» (pp. 397-398).

metodologica», su cui torneremo. Lo “scopo” di cui egli parlava, infatti, sembra più che altro una maniera per concepire il reato come *modalità di offesa* ad un bene che si riconosceva esistente e che era quello formalmente scelto dal legislatore; un modo, insomma, per analizzare il reato alla luce del *criterio/principio* che chiamiamo “*frammentarietà*”.

In ogni caso, il pensiero dominante era e rimarrà ben diverso. Già alla fine degli anni Quaranta, Alberto CRESPI (1923-1922)²⁰ considerava il bene giuridico «da base più solida ed il punto di riferimento più concreto» per ricostruire la parte speciale del Codice penale.

Ancora oggi la “questione del bene giuridico” si pone come principale fattore di condizionamento dello *ius terribilis*, rispondendo ad alcuni dei quesiti preliminari che Giovanni TARELLO (1934-1987) elencava come componenti del più grande “problema penale” («Esiste, in capo a qualche soggetto, un diritto di punire [...]?»), «Quali azioni o quali modi di essere possono essere assunti come presupposti di un diritto di punire?»²¹.

2. “Selezione” e “individuazione” del bene giuridico. Il rischio della c.d. “concezione metodologica” tra “*sein und nicht sollen*”

La distinzione che si vuole operare tra “selezione” e “individuazione” del bene giuridico sottende, essenzialmente, su due questioni: (i) la tendenziale indeterminatezza delle oggettività giuridiche; (ii) la possibile legittimazione della c.d. “concezione metodologica”.

Preliminarmente, definirò i concetti di “selezione” e “individuazione”.

Con “selezione” intendo l'*attività normativamente sovraordinata*,

²⁰ In una nota a sentenza dal titolo *Il comportamento fraudolento e l'incusso timore di un pericolo immaginario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, p. 362, nota 7.

²¹ G. TARELLO, *L'illuminismo e il diritto penale*, in ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 383.

in quanto riservata al legislatore, consistente nella *scelta dell'interesse da tutelare*²². Se il diritto penale è posto in funzione della tutela di beni giuridici²³, tale scelta costituisce il fondamento giustificativo dell'opzione di politica criminale adottata con l'introduzione della fattispecie incriminatrice²⁴. Il momento descritto esprime, dunque,

²² In generale parla di “selezione” anche F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit.

²³ Così già per ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie del reato e della pena*, cit., p. 479, per il quale «la tutela dei beni e degli interessi umani individuali e collettivi (e prima ancora l'assicurazione delle condizioni della vita in comune da cui discende la necessità di quella tutela) forma il *motivo*, che è quanto dire lo *scopo*, per cui è emesso il precetto, non solo, ma anche la sanzione penale»; e ancora: «ogni precetto penale *ha per scopo* di tutelare giuridicamente un bene o interesse, individuale o collettivo, contro una azione o omissione umana offensiva di quel bene o interesse [...]».

²⁴ Fattispecie, poi, rispettosa dei principi e delle regole che dovrebbero reggerla (materialità, frammentarietà, sussidiarietà, *extrema ratio*, proporzionalità, reato come modalità di lesione, copertura almeno colposa degli elementi di fattispecie, ecc.). Sui vari principi si vedano, fra i tanti: F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., p. XL ss.; C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 64 ss.; F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, cit., pp. 455-456. Sul reato come “illecito di modalità di lesione” si veda ancora F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., p. 18, ove si riconduce questa idea alla “nozione costituzionale di reato”, che consentirebbe «di coglierne – almeno tendenzialmente – rispetto agli illeciti extrapenalici, alcuni caratteri differenziali», sia di natura sostanziale (attinenti ai valori tutelati) che strutturale, attinenti alla *formulazione*, «poiché nessun vincolo di tassatività è previsto per l'illecito civile, che è un c.d. *illecito di semplice lesione* (es.: art. 2043 c.c.), mentre quello penale è un *illecito di modalità di lesione*»; cfr. anche M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 240, e gli Autori citati in nota 108. Sulla copertura “almeno colposa” il riferimento è ovviamente alla storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 (23-24 marzo), che, nel dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile», ha statuito che «il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica» (punto n. 14); salvo però lasciare all'interprete, non sempre all'altezza, il difficile compito di stabilire «di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, [...] quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere “coperti” almeno dalla colpa dell'agente perché sia rispettato da parte del disposto di cui all'art. 27, primo comma, Cost. relativa al rapporto psichico tra soggetto e fatto».

la capacità che abbiamo definito “selettiva” del bene giuridico, in *funzione garantista*, perché limita il potere della magistratura, e, come tale, è espressione della legalità.

L’“individuazione” del bene giuridico, invece, è un’*attività interpretativa eventuale*, in quanto demandata all’interprete (il giudice), consistente nel *riconoscimento dell’interesse tutelato*²⁵. È “eventuale” perché, in linea tendenziale, l’attività dell’interprete è vincolata alla selezione effettuata, in virtù della soggezione del giudice «soltanto alla legge» (art. 101 Cost.).

La teoria – ma soprattutto la pratica – insegnano, tuttavia, che, a volte, il bene giuridico si comprende *dopo* aver letto e interpretato, anche sistematicamente, la fattispecie incriminatrice ovvero persino *dopo* avere interpretato l’entità selezionata. La comprensione dell’interesse tutelato è, per così dire, il “frutto” dell’interpretazione²⁶.

²⁵ Sembrava utilizzare il concetto di “individuazione” in questo senso l’Antolisei, il quale teneva a sottolineare che «in molte figure delittuose l’*individuazione* dell’oggetto giuridico e, quindi, del bene protetto, presenta difficoltà considerevoli e dà luogo a gravi disparità di vedute, non potendo in alcun modo ritenersi decisiva (quando esiste) la collocazione della norma incriminatrice nel sistema del codice» (*Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 129; il corsivo è dell’Autore); incertezze nell’individuazione che, secondo l’illustre penalista, «sono accresciute dal fatto che in numerosi casi il legislatore prende in considerazione una molteplicità di interessi (*reati plurioffensivi*)», e che «consigliano alla scienza giuridica di fare un uso moderato del concetto di bene giuridico, ricorrendo ad esso quando non se ne può fare a meno» (*ibidem*).

²⁶ A questa conclusione perveniva A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, cit., p. 394-395, ma nell’ottica che ogni bene giuridico fosse «un momento dello scopo della disposizione», cui ne sarebbe derivato, appunto, che «la determinazione dello scopo non può avvenire se non dopo che sia conosciuto il significato della disposizione stessa. E, poiché conoscere il significato della legge vuol dire averla già interpretata, ne consegue che il bene giuridico, come momento centrale dello scopo della norma, non può giovare nel processo interpretativo, perché ne rappresenta, piuttosto, un risultato». Secondo l’Autore, infatti, questa concezione dell’oggetto di tutela poteva essere superata «solo qualora si riuscisse a dimostrare che il bene stesso potesse venire determinato già prima di conoscere il significato della disposizione. Ma è evidente che alla proposizione che il bene giuridico è il momento centrale dello scopo, cui la disposizione mira, segue

Il motivo principale di questa “inversione metodologica” è rinvenibile nella *tendenziale indeterminatezza delle oggettività giuridiche*, dovuta a diverse cause. Si pensi, in primo luogo, all’*assenza di definizioni* dei beni selezionati²⁷, per le quali, almeno con riferimento ai reati contemplati nel Codice penale, ci si potrà rifare al più alle descrizioni, non sempre compiute, contenute nei *lavori preparatori*.

Questa problematica si avverte anche quando l’interesse giuridico è un semplice “bene di categoria” (come tale considerato una mera “etichetta classificatoria” che non vincolerebbe l’interprete)²⁸, che necessita di essere specificato in entità più concrete o delimitate. A fronte, infatti, di pochi beni di facile comprensione e descrizione – come, ad esempio, la vita e la salute – ve ne sono altri, la maggioranza, per i quali sono state elaborati varie concezioni. Si pensi al *patrimonio*, con riferimento al quale si sono susseguite quelle “giuridica”, “economica”, “economico-giuridica” e “giuridico-funzionale” (o “personalistica” o “costituzionalmente orientata”)²⁹; oppure all’*ordine pubblico*, che ha

inevitabilmente l’altra, che la determinazione del bene giuridico può solo seguire, e non precedere, la interpretazione».

²⁷ Secondo il modo in cui è generalmente improntato il nostro sistema penale, forse nella recondita consapevolezza che “*omnia definitio periculosa est*”. Il riferimento è alla nota massima di GIAVOLENO, nel titolo *De regulis iuris* del *Digesto* (D. 50, 17, 202), che però si riferiva al “*iure civile*” («*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posses*»), su cui si veda lo scritto di Antonio GUARINO (1934-2014), *Giavoleno e le definizioni*, in ID., *Pagine di diritto romano*, Vol. 5, Napoli, 1994, p. 155 ss. Sul problema delle definizioni per il diritto si vedano AA.VV., *Le definizioni nel diritto*, Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015, a cura di F. Cortese e M. Tomasi, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016.

²⁸ Così, ad esempio, F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., p. 198.

²⁹ Cfr., *ex plurimis*: A. CARMONA, *I reati contro il patrimonio*, in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*³, a cura di A. Fiorella, Torino, Giappichelli, p. 156 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, *Delitti contro il patrimonio*⁸, Padova, Cedam, 2021, p. 17 ss.; S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988, p. 47 ss.; F. SGUBBI, voce, *Patrimonio – V) Patrimonio (reati contro il)*, in Enc. dir., Vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 375 ss.

oscillato tra concezione “formale” e “sostanziale”³⁰; ma, soprattutto, alla *fede pubblica*, con che, a quanto mi consta, vanta il più alto numero di definizioni, che ne hanno, in certi casi, stravolto l'essenza. A prescindere dalla “legittimazione scientifica” di tali rielaborazioni, l'effetto pratico, ribadiamo, è decisivo: l'ampliamento o il restringimento dei confini di un determinato bene giuridico, l'arricchimento o l'impovertimento del suo contenuto si riflette sull'ambito di applicazione della fattispecie, determinando la punibilità o la non punibilità del fatto.

Il tema dell'individuazione, però, è ancora più delicato nel caso in cui il documento normativo in cui è contenuta la fattispecie non indichi espressamente l'interesse tutelato, neppure a livello “di categoria”³¹. Siamo al di fuori del Codice penale – che, quale “*Kernstrafrecht*”, contempla, da un lato, reati cc.dd. “naturali” e, dall'altro, quantomeno l'indicazione di beni categoriali –, e navighiamo nello sterminato universo della “*Nebengesetz*”, della legislazione complementare; ci troviamo nel migliore dei casi nei “codici” e nei “testi unici” in cui le fattispecie sono contenute in titoli, parti o capi dedicati alle “disposizioni penali” (o rubriche similari), che assolvono ad una funzione essenzialmente “sanzionatoria” di precetti sparsi nella legge. In questi casi, infatti, la disciplina (per lo più pubblicistico-amministrativa) – oggi dovremmo dire le «*leggi che disciplinano in modo organico la materia*» ai sensi dell'art. 3-bis C.p., che ha introdotto la c.d. “riserva di codice”³² – risponde a una o, probabilmente, a più *rationes*, ognuna delle quali potrebbe assurgere a interesse meritevole di tutela.

³⁰ Cfr., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. 1⁶, Bologna, Zanichelli, 2021, p. 493 ss.

³¹ Da questo punto di vista, il Codice penale presenta una tecnica pregevole e garantista, che quasi mai, però, è adoperata negli altri documenti normativi contenenti fattispecie incriminatrici. Solo in via secondaria, infatti, essa è un metodo di mera sistematizzazione, finalizzata a raggruppare reati accomunati dall'interesse tutelato (funzione classificatoria).

³² Su cui ci sia consentito il rinvio a M. ALESCI, *Appunti storici sulla “riserva di codice”, dai Progetti di riforma all'art. 3-bis C.p.*, in AA.VV., *Per i novant'anni del Codice*

Nelle ipotesi menzionate l'attività di individuazione è necessitata e l'oggetto giuridico si ricava dall'*interpretazione della fattispecie* o dal *contesto in cui è inserita*. Il rischio di tale inversione di metodo nella ricerca dell'interesse tutelato, che il sistema, come detto, alle volte costringe ad adottare, è facilmente intuibile: si può sfociare in quella che, comunemente, è denominata “concezione metodologica” del bene giuridico (“*methodischen Rechtsbegriff*”). Riconducibile a quel grande calderone che è l'*idea di “scopo”*³³ – che, da

Rocco, a cura di Paola Coco e Michele Alesci, Pisa, Pisa University Press, 2023, p. 283 ss.

³³ Come rileva M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 228, «È l'idea dello scopo, cresciuta metodologicamente alla scuola di Jhering e v. Liszt – ma fatta propria anche da Arturo Rocco –, programmaticamente calata nella categoria sistematica del *Tatbestand* da Beling, Radbruch, Delitala e Bettiol, che adesso si fa strada anche nelle nuove concezioni della sussidiarietà, del bene giuridico e delle tecniche alternative alla tutela penale, dei fini della pena e del principio di colpevolezza, sempre filtrata tuttavia da argomenti orientati alla Costituzione, alla lettera di una qualche sua disposizione di principio (lo stesso ‘metodo’, come già detto, era stato prima applicato alla legislazione ordinaria)». Anche se l'Autore ritiene che «Questo approccio tipicamente italiano, in effetti, non ha aspirazioni sistematiche, né si indirizza al giudice come primo interlocutore, ma guarda più in alto alle riforme. La novità rispetto al passato – concezioni “relative” della pena ci sono sempre state, e l'illuminismo le aveva fortemente rivitalizzate, insieme all'idea dell'ultima ratio – è che si innesta (non da subito, ma progressivamente) un circolo ermeneutico a tutto campo che “mette in gioco” contemporaneamente la concezione della pena e quella del reato, nella piena consapevolezza dell'esigenza di correlare quel nesso al tipo di Stato nel quale si esercita l'intervento punitivo». Diverse sembrano le conclusioni di F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., p. 24, per i quali l'*indirizzo teleologico*, «Sfuggendo al dogmatismo puro come anche ad un nebuloso sostanzialismo» fu volto a stemperare «il metodo logico-formale attraverso il ricorso allo scopo della norma, mediante il quale si penetra la corteccia della legge e si individuano il significato e i limiti della norma. [...] Benché si affermi che lo scopo della norma è un dato non esterno ad essa, ma da essa stessa desunto, in verità il metodo teleologico può aprire i confini del diritto positivo verso elementi sostanziali extralegislativi gettando le basi per una teoria, più che della interpretazione, delle fonti. La scienza penalistica italiana, a differenza di quella tedesca, non fu però mai particolarmente sensibile alle istanze sostanzialistiche. Lo stesso “realismo” e “teleologismo” non spostarono notevolmente l'oggetto della dogmatica tradizionale. Il richiamo alla “realtà” ed ai “valori immanenti” è pur sempre un ausilio alla interpretazione della legge, non già

VON JHERING³⁴ a VON LISZT³⁵, ha finito per essere considerata, da Gerhard STRUCK, uno dei *topoi* giuridici³⁶ –, essa viene fatta risalire agli anni trenta del secolo, nella Germania sedotta da “neokantismo”³⁷, quando, consolidatasi la distinzione tra bene giuridico e oggetto materiale dell’azione, si sarebbe spinto il primo verso una dimensione “valoriale”. Il “valore” sarebbe diventato così il fulcro dell’interpretazione teleologica e la teoria del bene giuridico si sarebbe saldata con quella di “scopo”³⁸.

il ricorso a fonti extralegislative. E si resta ancorati ai procedimenti razionali di conoscenza, rifuggendosi dalle suggestioni intuizionistiche del tempo».

³⁴ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972.

³⁵ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962.

³⁶ G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1971.

³⁷ In particolare ad opera di Richard HONIG (*Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919) e Erich SCHWINGE (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1930); cfr. C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, cit., p. 25; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 24.

³⁸ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., che spiega riepiloga nel seguente modo la nascita e lo sviluppo di tale concezione: «La concezione metodologica del bene giuridico fu l’espressione penalistica della svolta giuridico-filosofica, con la quale al principio del secolo prese avvio l’epoca spiritualistica sotto la influenza particolare della filosofia neokantiana. All’origine della tesi metodologica non era soltanto lo scetticismo derivato dalla coscienza dell’inanità degli sforzi diretti al rinvenimento di un concetto sostanziale di bene giuridico con funzione critica, ma anche e soprattutto il riconoscimento dell’inutilità di un concetto generale di bene giuridico con funzione meramente sistematica» (pp. 20-22); tuttavia, «mentre in Honig si poneva in evidenza l’utilità di una considerazione diversificata delle singole disposizioni, senza perdere completamente di vista i valori ad esse sottostanti, né la visione metodologica gli impediva di utilizzarne i risultati in chiave dommatica, con Schwinge (e Grünhut) il bene giuridico diventa semplicemente e soltanto la ratio legis, confermandosi nella sua funzione interpretativa e perdendo anche ogni traccia di funzione dommatica» (p. 25). Sul punto v. anche A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull’involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 55-56, che spiega così questo fondamentale passaggio: «L’apporto del neokantismo permise di consolidare la distinzione, già presente nella dottrina tedesca, tra bene giuridico, inteso come “valore”, e oggetto materiale dell’azione. Ma allo stesso tempo, la dogmatica neokantiana elevava il valore a fulcro

Secondo alcuni, la concezione metodologica avrebbe trovato nel nostro Paese un discreto accoglimento, come in Arturo ROCCO³⁹, Francesco ANTOLISEI⁴⁰ e Giuseppe BETTIOL⁴¹. Anche Antonio PAGLIARO, recentemente scomparso (1932-2023), potrebbe considerarsi un suo propugnatore quando sosteneva che, «per giudicare se un fatto è vietato penalmente, si deve considerare il fondamento teleologico dell’incriminazione» – ossia la sua “antigiuridicità materiale” –, negando la quale «si ricadrebbe in un arido formalismo giuridico, negando al diritto la sua funzione»⁴². Affrontato dall’Autore sotto il tema dell’antigiuridicità, l’argomento porta ad individuare il “momento teleologico” dell’interpretazione della norma nell’oggetto giuridico, che «non è se non la espressione della esigenza di tutela della norma»⁴³.

dell’*interpretazione teleologica*: una volta trasposto sul terreno della ricerca giuridica, il procedimento conoscitivo della *Wertbeziehung* serviva di fatto a risolvere uno dei principali problemi dell’interpretazione giudiziale, vale a dire l’individuazione dell’oggetto di tutela assegnato dal legislatore alla norma incriminatrice. La teoria del bene [...] si saldava dunque a quell’idea di “scopo”, capace di condizionare la scienza giuridica tedesca almeno sin da Jehring; e lo “scopo” è immanente alla legge».

³⁹ In *L’oggetto del reato e della tutela giuridico penale*, cit.

⁴⁰ Di cui si è detto nel paragrafo iniziale.

⁴¹ Cfr. *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 1, p. 3 ss.; *L’odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1959, 3, p. 705 ss.

⁴² A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, Vol. II, a cura di Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007, p. 41.

⁴³ A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., 41. Nel paragrafo dedicato alla “concezione metodologica”, l’illustre penalista dichiarava che quest’ultima «è, al tempo stesso, esatta ed erronea. È esatta, quando afferma che, al fine di stabilire che cosa sia tutelato dalla norma penale, conta solo la visuale della norma stessa. È erronea, perché mette nella dovuta luce che, per intendere il significato della norma, bisogna guardare al quadro complessivo della realtà storica e sociale, dove la norma penale trova la sua ragione di essere» (p. 29). Per l’Autore, inoltre, il “momento teleologico” doveva informare l’interpretazione di tutti gli istituti che riguardano l’illecito penale: «La teoria del reato deve invece riuscire a calare i principi penalistici immanenti all’ordinamento giuridico in una costruzione concettuale che si ordini alla funzione pratica di cogliere il nesso interiore che lega le diverse norme vigenti e di porre in evidenza il momento teleologico al quale sono orientati gli istituti che riguardano l’illecito penale» (p. 5). L’Autore si era soffermato sul tema già in *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, cit., p. 391 ss.

La concezione metodologica è stata avversata dalla dottrina maggioritaria e più moderna, perché costituirebbe uno “svuotamento” o una “manipolazione” del bene giuridico nella sua “funzione politico-garantista”, in quanto lo “scopo della norma”, cioè «il *fine* perseguito dal legislatore con l’incriminazione del fatto», «non è elemento costitutivo del reato, ma la *ratio* dell’incriminazione e si identifica con la stessa fattispecie vista in chiave teleologica»⁴⁴; perché rappresenterebbe un «mero travestimento della *ratio legis*, presenza inevitabile in ogni prodotto legislativo una volta considerato “dal punto di vista del legislatore”»⁴⁵; perché, ancora, «ne impoverisce decisamente il significato di punto di contatto con la realtà sociale, motivo della norma, facendo perdere di vista l’“entità-oggettiva”, la cui protezione giustifica l’intervento punitivo», e perché «tende a rappresentare una proiezione dei significati dell’intera fattispecie»⁴⁶.

Anche per Claus ROXIN, secondo tale concezione il bene giuridico sarebbe «solo una forma sintetica di pensiero riguardante il “significato e lo scopo della concreta norma del diritto penale”, una “abbreviazione dell’idea di scopo” e con essa la “*ratio legis*” delle singole fattispecie. In questo modo, però, si sacrificerebbe del tutto la valenza del concetto di bene giuridico secondo la concezione materiale di reato. Poiché il legislatore, con ogni precetto, persegue naturalmente un qualche scopo, non potrebbe *a priori* sussistere una fattispecie senza la lesione di un bene giuridico. Una tale concezione ha solo una funzione di mezzo di interpretazione teleologica e per la strutturazione sistematica della parte speciale, ma non ha alcun significato di politica criminale»⁴⁷.

⁴⁴ F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, cit., p. 196.

⁴⁵ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 239.

⁴⁶ A. FIORELLA, voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 790.

⁴⁷ C. ROXIN – L. GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, cit., p. 25, il quale prosegue: «Se il concetto di bene giuridico debba essere inteso in senso puramente ermeneutico o se gli possa competere anche una funzione di politica criminale è altrettanto dibattuto quanto la questione di cosa si debba effettivamente intendere per bene giuridico, cosicché anche questo punto contribuisce a creare

Gli effetti derivanti dall’adozione di tale concezione si avverirebbero, ad esempio, nello slittamento del reato verso l’“offesa al dovere” (o la mera “disobbedienza”) o del diritto penale verso il “diritto d’autore”⁴⁸.

Ora, mi sembra che, almeno nel nostro Paese, il dibattito sulla concezione metodologica sia oscillata tra tesi normative e tesi empirico/descrittive, tra ciò che il bene giuridico è (*Sein*) e ciò che non dovrebbe essere (*nicht Sollen*). Mi sembra, inoltre, che l’attenzione dedicatale – principalmente per osteggiarla – sia stata prevalentemente focalizzata sul momento della selezione del bene giuridico, ossia al modo in cui quest’ultimo dovrebbe essere concepito dal legislatore (cosa egli possa e non possa scegliere con oggetto di tutela).

Il problema della suddetta concezione, tuttavia, può essere posto non solo in relazione all’attività legislativa ma anche a quella

confusione sullo stato della discussione». Secondo l’Autore, infatti, «l’adozione di una concezione politico-criminale del bene giuridico in favore di una puramente ermeneutica sarebbe insoddisfacente. In quanto, da un lato, un concetto “metodologico”, “ermeneutico” del bene giuridico non andrebbe oltre il principio dell’interpretazione teleologica. Dall’altro, i problemi fattuali che stanno dietro la discussione sulla politica criminale giustificano i continui sforzi per giungere ad un concetto di bene giuridico contenutisticamente significativo, limitativo del diritto penale» (la traduzione è nostra).

⁴⁸ Così sempre secondo A. FIORELLA, voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, cit., p. 790, per il quale «Si prepara così la “dissolvenza” dell’aggancio storico-domatico della concreta offensività del reato, derivandone il rischio, storicamente documentabile, di aprire una breccia al passaggio da una visione del reato come offesa al bene giuridico a quella del reato come offesa al dovere; e che fa quindi slittare l’obiettivo dal fatto alla persona che lo realizza, il “disobbediente” il che nelle forme più degenerative ha propiziato, tappa logica terminale, la concezione cosiddetta del diritto penale dell’autore»; ma, altresì, «da una parte ‘dissangua’ il luogo dommatico del bene giuridico tradendone la vocazione di punto di contatto “materiale” con il contesto socio-politico – tanto da far perdere di vista che deve trattarsi di un momento pregno di valore “in sé concluso”, quale pre-dato, esterno alla norma e da questa tutelato –; dall’altra porta a “condensare” contenuti eterogenei attorno al concetto medesimo di bene giuridico, ormai però snaturato e proteiforme, favorendo la confusione tra momenti della struttura anche sostanziale del reato da tenere invece convenientemente differenziati».

giudiziaria. Si manifesta così la *doppia funzione limitativa* del bene giuridico, per il potere legislativo e il potere giudiziario.

Non mi occuperò della prima relazione. Darò, quindi, per scontato che, secondo la moderna concezione, l'entità da tutelare sia un dato "pre-giuridico" della realtà⁴⁹, differente dalla condotta⁵⁰, e come tale sia concepito da un ipotetico legislatore.

⁴⁹ Cfr. per tutti, A. FIORELLA, voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, cit., p. 790, secondo il quale «Una ben impiantata concezione teleologica sembra dunque postulare una concezione del bene giuridico in chiave empirico-effettuale, quale predata alla norma; perché solo questa visione fornisce una prima solida garanzia per "isolare" nettamente l'entità (il bene giuridico, appunto) "specificata" e concreta cui riferire (l'offesa integrante) il disvalore di evento. In questo processo di chiarimento non mancano altre fasi logiche essenziali. [...] Il concetto di bene giuridico conserva una grande importanza proprio perché e nella misura in cui valga a denotare un *quid* di esterno all'agente che possa considerarsi come un valore in sé e per sé; un che di sostanziale la cui offesa soltanto giustifica la sanzione penale». Anche per M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 267, «In linea di grande approssimazione, pertanto, è possibile definire il bene "oggetto" (non "scopo") di tutela come una situazione di fatto, esterna alla condotta tipica – al suo essere, anche, la violazione di un dovere –, meritevole di protezione e significativa in termini di valore, capace di venire lesa o posta in pericolo dall'azione od omissione in quanto preesistente al fatto tipico. Se il bene non preesiste alla tutela, ovvero se non è possibile o richiesto che la singola condotta tipica lo offenda direttamente o indirettamente, potrà qualificarsi solo come lo scopo della tutela (es. reati a finalità preventiva, di scopo; oppure beni giuridici-scopo rispetto a beni intermedi direttamente tutelati); tale distinzione, per l'Autore, «"serve" a far vedere quando il bene è così distante dal fatto tipico, da non poter svolgere nessuna funzione ricostruttiva dello stesso».

⁵⁰ Cfr. ancora A. FIORELLA, voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, cit., p. 790, per il quale questo assunto costituisce una "fase logica essenziale" per la definizione in senso "teleologico" di bene giuridico: «non può bastare il dire o ripetere, secondo una definizione classica, ma genericissima, che bene è "tutto ciò che a noi può servire". Anche la condotta lecita (imposta dalla legge penale) interessa l'uomo, ma evidentemente non può identificarsi con il bene giuridico. Questa precisazione, per quanto all'apparenza banale, non lo è affatto se si considera che scrittori anche autorevoli in molti casi indicano come bene giuridico proprio la condotta lecita, magari senza averne precisa consapevolezza. Ad esempio, non poche volte si legge che l'interesse protetto da questa o quella norma sarebbe la fedeltà o il corretto svolgimento di una certa funzione, servizio, attività, ecc. Mentre dovrebbe essere chiaro che un simile "corretto svolgimento" rappresenta proprio quella condotta lecita che l'ordinamento comanda». Su tale fase l'Autore costruisce la sua teoria della "seriazione del bene giuridico".

Intendo focalizzare l'attenzione sulla seconda relazione. Non che il problema non si avvertito nei discorsi giuridici sul *Rechtsgut*⁵¹; ma è possibile che la riflessione dominante sull'offensività, da un lato, e la sporadicità dei casi giurisprudenziali, dall'altro, abbiano orientato la funzione critica della scienza penale principalmente sulla tendenza repressiva “formalistica” della magistratura. Eppure, adottare la concezione metodologica in fase interpretativa e applicativa del diritto penale rappresenta il modo più sottile – e, forse, “socialmente” tollerabile – per vanificare la funzione garantista del bene giuridico, violando così il principio di legalità, ma la cui conseguenza pratica è la seguente: appurato che, in concreto, il fatto risulta inoffensivo per il bene giuridico *selezionato*, si potrà accertare che lo stesso è lesivo per un altro interesse *individuato*, pervenendosi così alla *condanna dell'imputato*.

Ora, dobbiamo innanzitutto comprendere cosa si intenda per “*ratio legis*”. Prendendo la definizione di Riccardo GUASTINI, essa può essere descritta come «la ragione, il motivo, lo scopo, il “risultato pratico”, per cui una certa norma è stata emanata, o, se così si vuol dire, il principio che la legge è rivolta a realizzare»⁵².

⁵¹ Come mette in risalto, ad esempio, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen. (Web)*, 2020, 1, pp. 10-11: «L'interpretazione teleologica, orientata alle finalità della normativa, pone in risalto gli interessi tutelati: il riferimento al bene giuridico concorre a circoscrivere la sfera del penalmente rilevante. Talché nell'interpretazione di disposizioni incriminatrici sono da escludere opzioni interpretative che circoscrivano nella fattispecie fatti non offensivi dell'interesse tutelato: in questa prospettiva il bene giuridico è visto quale matrice di interpretazioni tendenzialmente restrittive. Tuttavia, a fronte di esigenze di tutela avvertite come particolarmente importanti, la magistratura penale tende ad assumerle a fondamento di scelte esegetiche che determinino un intervento penale più esteso e più rigoroso. In questi casi il riferimento al bene giuridico diventa il presupposto per interpretazioni estensive».

⁵² R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 150-151, che, in un'altra parte dello scritto, si riferisce alla *ratio legis* anche come al «principio che dà giustificazione della disposizione che si va interpretando» (p. 163). Analogamente, G. CARCATERRA, voce *Analogia – I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. II, Roma, Treccani, 1988, p. 14 per il quale la *ratio* ha il significato «di ragion d'essere immanente, di perché, di fine, scopo o motivo della norma». Cfr.

Dove lo “scopo” della norma «sarebbe, in un senso, non premessa, ma risultato dell’attività interpretativa»⁵³.

Come è facile intuire, il problema, anche nell’ottica penale, è che la fattispecie potrebbe sottendere una o, persino, più *rationes*, la cui individuazione non potrà che essere rimessa all’interprete. In linea generale, infatti, «È raro che una norma risponda ad uno scopo univoco ben definito. Ogni risultato che una norma (se osservata e/o applicata) è idonea a produrre può astrattamente essere assunto a ragion d’essere di quella norma»⁵⁴.

A meno di voler utilizzare i criteri della *ratio* della norma, dell’interpretazione teleologica e similari a favore dell’imputato⁵⁵ – ipotesi che, però, ci sembrano difficilmente concepibili –, i pericoli, come detto, sono evidenti. Quando la legge non indica

anche: V. VELUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 125 ss.; R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge in generale*, Bologna, Zanichelli, 1974, p. 226 ss.; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 33 ss.

⁵³ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 151, nota 47. Cfr. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 25-26, che distingue tra *ratio* e *occasio legis*, che costituirebbe «semplicemente l’occasione che di fatto ha portato alla emanazione di una norma»

⁵⁴ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 210-211, con la conseguenza che «Se una data norma è idonea a produrre congiuntamente due risultati distinti, R1 ed R2, si può sostenere che *ratio* della norma sia, indifferentemente, la realizzazione di R1 come pure la realizzazione di R2». L’Autore ripota come esempio quello della norma penale che «può essere intesa indifferentemente come diretta alla repressione del comportamento come reato, o (perché no?) come diretta ad incrementare la popolazione carceraria».

⁵⁵ Così per A. FIORELLA, voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, cit., p. 777, per il quale «La liceità dell’analogia *in bonam partem* sembra in effetti da ammettere. Rimane invero fermo il principio illuministico-liberale che sta alle origini dell’espressa legalità dell’illecito penale e che sancisce la prevalenza del diritto di libertà dell’imputato sulla potestà punitiva dello Stato. Non si vuole con ciò negare che l’analogia anche *in bonam partem* possa essere strumentalizzata per prevaricare, assolvendo il colpevole. Dinanzi a questa possibile strumentalizzazione il diritto di matrice illuministica e liberale preferisce il vantaggio di poter assolvere, questa volta secondo giustizia (*ratio* della norma, interpretazione teleologica e criteri similari), chi, alla luce di un’applicazione non analogica delle norme a favore del destinatario, dovrebbe condannarsi. Visto allora lo spirito di *favor* che lo informa, il principio di legalità non si oppone ad un’analogia *in bonam partem*».

espressamente il bene giuridico o non è facilmente e univocamente individuabile dalla descrizione della fattispecie, vi è il rischio di riempire quest’ultima di contenuto disvaloriale sotto il profilo dell’interesse tutelato.

Agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, Giuliano VASSALLI (1915-2009) metteva proprio in guardia dalla progressiva perdita di tensione del principio di legalità attraverso l’uso, in sede interpretativa, del bene giuridico in funzione estensiva del perimetro della fattispecie, per “evadere dalla tipicità”⁵⁶. Lo stesso PAGLIARO, del resto, ammoniva dal cadere nell’errore «di assegnare alla opera dell’interprete una rilevanza tale, da calpestare il testo della legge»: infatti, «il possibile significato dei termini impiegati dalla legge costituisce il limite estremo dell’interpretazione, oltre il quale si configura soltanto l’analogia o addirittura il diritto libero»; per cui, si concludeva, il fondamentale “momento teleologico” della esegesi «non può condurre a risultati che esulino dal quadro dei possibili significati ricavabili dalla proposizione normativa in base all’impiego dei momenti letterale, logico e sistematico della interpretazione giuridica»⁵⁷.

Come è stato rilevato anche in sede di teoria generale del diritto, «Naturalmente, fare appello alla volontà della legge, in quanto cosa diversa dalla (relativamente) concreta volontà del legislatore, e specialmente quando si tratti di leggi recenti, non è che un modo per eludere, accantonare, o sabotare la politica del diritto perseguita dagli organi legislativi, sostituendo ad essa la politica del diritto dell’interprete»⁵⁸.

Vedremo alla fine di questo scritto come queste preoccupazioni fossero avvertite già agli inizi del secolo scorso.

⁵⁶ G. VASSALLI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 1981, p. 273.

⁵⁷ A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 18.

⁵⁸ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 151, nota 49.

3. *Il caso più eclatante di immedesimazione tra bene giuridico e ratio della fattispecie: l'abbaglio delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte costituzionale sullo spaccio di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante*

Un caso concreto, a parere di chi scrive il più eclatante, in cui si è *intenzionalmente* operata l'immedesimazione tra ratio dell'incriminazione e bene giuridico è occorso, negli anni Novanta, nella tormentata materia degli stupefacenti⁵⁹. Corte di cassazione e Corte costituzionale hanno inevitabilmente ampliato il perimetro delle fattispecie incriminatrici quando hanno statuito che oggetto di tutela non sarebbe soltanto la *salute pubblica* (o *collettiva*), che, pur in assenza, oggi, di espressa menzione nel testo della legge (ci troviamo, com'è noto, nella legislazione complementare), costituisce pacificamente il bene protetto. Che la salute sia stata da sempre considerata l'oggetto principale (ed esclusivo) di tutela si ricava, storicamente, dalla collocazione dei previgenti artt. 446 e 447 C.p. tra i delitti contro la «incolumità pubblica» (Titolo VI, Libro II)⁶⁰, e, attualmente, dalle statuizioni della giurisprudenza⁶¹ e

⁵⁹ Per un quadro generale si veda M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, Giappichelli, 2019, p. 118 ss.

⁶⁰ Seppur nella visione statualista della “sanità della stirpe”. Come si legge nella *Relazione ministeriale* al Codice penale, «La coscienza pubblica aderisce al rigore adottato dal progetto, che persegue l'intento di reprimere l'uso degli stupefacenti, l'alcolismo e le contaminazioni luetiche, che possano minare la sanità della stirpe» (*Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte II^a, *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 231 ss.). Anche

⁶¹ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2008 (dep. 10 luglio 2008), n. 28605, Pres. Carbone, che, per giustificare l'anticipazione di tutela di alcune condotte incriminate, ha statuito che «La condotta di coltivazione (punibile fino dal momento di messa a dimora dei semi) si caratterizza, rispetto agli altri delitti in materia di stupefacenti, quale fattispecie contraddistinta da una notevole “anticipazione” della tutela penale e dalla valutazione di un “pericolo del pericolo”, cioè del pericolo, derivante dal possibile esito positivo della condotta, della messa in pericolo degli interessi tutelati dalla normativa in materia di stupefacenti. In tale prospettiva, anche qualora si ritenga che la salvaguardia immediata della “salute individuale” costituisca, all'esito del referendum abrogativo del 1993, un aspetto della tutela penale in parte ridimensionato, la pericolosità della condotta di coltivazione si correla, nella

dalle argomentazioni dei supremi organi menzionati, che, individuando oggettività giuridiche ulteriori *rispetto* ad essa, ne hanno riconosciuto il rilievo primario.

Chiamate a dirimere la questione «*se l'illecita detenzione, cessione, importazione ecc. di sostanza stupefacente che contenga un principio attivo così modesto da farne escludere l'efficacia drogante, integri il reato previsto e punito dall'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990 o configuri un'ipotesi di reato impossibile ex an. 49 c.p., o comunque sia penalmente irrilevante*», le Sezioni Unite della Cassazione hanno, infatti, indicato quali beni giuridici, affianco alla salute pubblica, la «sicurezza pubblica», l'«ordine pubblico» e il «normale sviluppo delle giovani generazioni»⁶².

valutazione della Corte Costituzionale, alle esigenze di tutela della “salute collettiva” connesse alla valorizzazione del “pericolo di spaccio” derivante dalla capacità della coltivazione, attraverso l'aumento dei quantitativi di droga, di incrementare le occasioni di cessione della stessa ed il mercato degli stupefacenti fuori del controllo dell'autorità. La “salute collettiva” è bene giuridico primario che, anche secondo l'elaborazione dottrinale, legittima sicuramente il legislatore ad anticiparne la protezione ad uno stadio precedente il pericolo concreto. Interessanti, al riguardo, sono i lavori preparatori della prima legge organica in materia di stupefacenti – la L. 22 ottobre 1954, n. 1041 (*Disciplina della produzione, del commercio e dell'impiego degli stupefacenti*) –, contenuti nel resoconto stenografico della Commissione XI della seduta del 13 ottobre 1954 (A.C. 824), consultabile sul sito della Camera dei deputati.

⁶² Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 1998 (dep. 21 settembre 1998), n. 9973, Pres. La Torre, in *Cass. pen.*, 1998, 11, p. 3232, con nota di G. Amato, e in *Dir. pen. proc.*, 1999, 3, p. 317, con nota di R. Bartoli. Nel caso di specie, l'imputato era stato condannato per aver detenuto una sola dose di sostanza stupefacente di 0,0781 grammi, contenente 13,4 mg. di eroina pura, ben al di sotto del principio attivo che, secondo la difesa, era pari ad almeno 25-30 mg. Il D.P.R. n. 390 del 1990 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*), tuttavia, contiene all'art. 14 i criteri per la formazione delle famose “tabelle” allegate al testo unico (art. 13), in base ai quali la droga, per essere considerata “pesante” (tabella I), deve genericamente produrre «effetti sul sistema nervoso centrale», avere la «capacità di determinare dipendenza fisica o psichica» oppure «provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali» o «la stessa tipologia di effetti a carico del sistema nervoso centrale» (ex art. 14, lett. a, nn. 4 e 7). Come ricordato dalle Sezioni Unite, infatti, i parametri di riferimento concernenti il limite minimo drogante erano stati negli anni tutt'altro che uniformi; in particolare, per quanto concerne l'eroina, la soglia dell'effetto stupefacente era stata individuata in 25-30 mg., in 18,4 mg. e persino in 5-6 mg. di principio attivo (cfr. punto n. 4.4.). La Cassazione conclude, quindi, che «*Il legislatore non ha fornito una*

La rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante è stata sostenuta in base alla considerazione per cui, per individuare l'interesse tutelato, sia in dottrina che in giurisprudenza si sia fatto riferimento «*al più ampio concetto di "ratio" della norma, rappresentata dall'esigenza sociale che l'ha imposta in rapporto alla realtà che essa sottende nell'ambito della comunità in cui è entrata in vigore*»⁶³. La «*bontà delle scelte di merito*» operate dal legislatore in questa materia, infatti, sarebbe insindacabile, perché rapportate «*alla gravità, complessità, delicatezza e drammaticità dei problemi individuali e sociali, morali e politici, nazionali ed internazionali implicati nel fenomeno droga*»⁶⁴.

Circostanze, queste, che, nonostante il riconoscimento che anche il bene della salute «*sia suscettibile di essere messo in pericolo dall'assunzione di sostanze elencate come stupefacenti o psicotrope che non superino la cosiddetta soglia drogante*»⁶⁵, hanno portato la Corte a individuare lo «*scopo dell'incriminazione*» nel «*combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni*»⁶⁶.

definizione delle sostanze stupefacenti o psicotrope essendosi limitato ad individuarle e catalogarle e, dunque, che «*Il fatto che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto*» (punto n. 5).

⁶³ Punto n. 4.4.

⁶⁴ Punto n. 16.

⁶⁵ Punto n. 4.4. Al riguardo, secondo la Cassazione occorre considerare «*la condizione soggettiva dell'assuntore in relazione al peso corporeo, all'età, alla reattività al prodotto ed al comportamento del medesimo in ordine alle modalità di assunzione, valutate in negativo, in misura cioè corrispondente alle condizioni minime di resistenza alla tossicità del prodotto*».

⁶⁶ Punto n. 4.4. Conclude, così, la Suprema Corte che «*Tali beni sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante sia per le considerazioni già svolte concernenti la salute pubblica, ulteriormente minacciata dal possibile impiego antigienico di determinati mezzi di assunzione, sia perché trattasi di attività riconducibile al mercato della droga, alimentato dalla cessione al consumatore finale, qualunque sia il quantitativo di volta in volta ceduto, ed attorno al quale prospera il fenomeno della criminalità organizzata*» (punto n. 5).

L'eventuale inoffensività della condotta per la salute umana, quindi, non ne eliderebbe il disvalore penale, in quanto, rapportata ad ulteriori interessi, risulterebbe comunque pregiudizievole (anche solo in termini di pericolo).

Ciò che stupisce, però, è che la Suprema Corte non ha fatto altro che riprendere le conclusioni cui era giunta, pochi anni prima, la Corte costituzionale, investita del giudizio di legittimità della previgente normativa (artt. 71, 72 e 72-*quater* della L. 22 dicembre 1975 n. 685, corrispondenti agli artt. 73, 75 e 78 del D.P.R. n. 309 del 1990), nella parte in cui sanzionava penalmente la detenzione di sostanze, sia leggere che pesanti, in misura superiore alla “dose media giornaliera”, anche se finalizzata ad uso personale⁶⁷.

Tra i motivi sollevati dai giudici remittenti vi era, innanzitutto, l'asserito contrasto con l'art. 25 Cost: assimilare indiscriminatamente la posizione del produttore, dello spacciatore, ecc. a quella del detentore per uso personale, infatti, avrebbe violato il *«principio della necessaria offensività del reato, quale limite alla discrezionalità del legislatore penale, sotto il profilo che nel caso della detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti in quantità superiore alla dose media giornaliera non sarebbe configurabile la lesione o l'esposizione a pericolo di alcun bene giuridico che possa giustificare la sanzione penale»*⁶⁸. Criminalizzare l'uso personale, inoltre, si sarebbe posto in contrasto con l'art. 32 Cost., *«perché, anziché tutelarsi la salute dei singoli assuntori, si sottopone a pena detentiva (formalmente una condotta, ma di fatto) lo stato personale di tossicodipendenza»*⁶⁹.

Nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, però, la Corte ebbe a statuire che *«Dalla lettura del testo della legge risulta chiaramente che scopo immediato e diretto dell'incriminazione è quello di combattere il mercato della droga, limitando – con il divieto di accumulo – la quantità di sostanza che giornalmente il soggetto*

⁶⁷ Corte cost., sentenza 10-11 luglio 1991, n. 333, Pres. E. Gallo. Si trattava di più giudizi riuniti promossi con ordinanze del Tribunale di Roma, di Bergamo e di Camerino.

⁶⁸ Punto n. 1 rit. fatto.

⁶⁹ Punto n. 3 rit. fatto.

agente può detenere anche per uso personale senza incorrere nella sanzione penale, con il duplice, concorrente effetto, per un verso, di ridurre il pericolo che una parte della sostanza detenuta possa essere venduta o ceduta a terzi, e, per altro verso, di indurre la domanda, e di riflesso l'offerta, a modellarsi su quantitativi minimi in guisa da costringere lo spaccio a parcellizzarsi al massimo e da renderne così più difficile la pratica»⁷⁰.

Si conclude, dunque, che la normativa aveva il «*fine ultimo di espellere la droga dal mercato, anzi di espellere il mercato della droga dal circuito nazionale, per la tutela sia della salute pubblica [...] sempre più compromessa da tale diffusione*», «*sia – con non minore rilievo – della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico negativamente incisi vuoi dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza [...] vuoi dal prosperare intorno a tale fenomeno della criminalità organizzata*», nonché, da ultimo, per «*fini di tutela delle giovani generazioni*»⁷¹.

Secondo la Corte si erano in tal modo «*individuati i beni giuridici tutelati*» e si era «*precisata la ratio dell'incriminazione*»⁷². Conclusioni, queste, che, come emerge dai richiami contenuti nella sentenza, sono state ispirate da alcuni precedenti.

Nel 1972, vigenti gli artt. 446 e 447 C.p.⁷³, il supremo organo di garanzia costituzionale⁷⁴, con riferimento alla prima disciplina organica in materia di stupefacenti – la L. 22 ottobre 1954, n. 1041 (*Disciplina della produzione, del commercio e dell'impiego degli stupefacenti*) – , statuì che anche la condotta di mera detenzione di sostanze senza fini di lucro («*o comunque detenga...*» di cui all'art. 6), «*sotto l'egida del principio di tutela della pubblica salute, consacrato nell'art. 32 Cost., si inserisce come parte del tutto, nel quadro generale e nel ciclo operativo completo,*

⁷⁰ Punto n. 5 cons. dir.

⁷¹ Punto n. 5 cons. dir. Ancora, al punto n. 9.4., la Corte dichiara che, «*dalla lettura del contesto sociale sul quale era chiamato ad intervenire, il legislatore ha tratto la individuazione, al negativo, di fattori patogeni da rimuovere e, al positivo, di valori antagonisti da tutelare – salute pubblica, sicurezza pubblica, pace sociale minacciate in modo straordinariamente grave dal fenomeno droga – anche con il sacrificio dell'interesse del tossicodipendente o tossicofilo ad un meno disagiata rifornimento di sostanze stupefacenti*».

⁷² Punto n. 6 cons. dir.

⁷³ Che saranno abrogati dalla L. n. 685 del 1975.

⁷⁴ Sentenza 13-19 gennaio 1972, n. 9, Pres. Chiarelli.

della lotta, con mezzi legali, su tutti i fronti, contro l'alto potere distruttivo dell'uso della droga e contro il dilagare del suo contagio, giunto ad un livello di manifestazioni, anche delittuose, tale da suscitare, in misura sempre più preoccupante, turbamento dell'ordine pubblico e di quello morale»⁷⁵. L'“aggravamento della situazione”, secondo la Corte, fu alla base dell'introduzione della nuova legge, rispondente alla «necessità di supplire alla insufficienza dei preesistenti rimedi sanzionatori, con l'estendere le ipotesi di reato oltre quelle già previste, sia dal ricordato art. 446 cod. pen. sul commercio di sostanze stupefacenti, sia dall'art. 729 stesso codice sull'abuso di dette sostanze con ripercussioni esteriori di stati soggettivi d'alterazione psichica»⁷⁶.

Nel 1983, la Corte⁷⁷ statui che, con la nuova la L. n. 685 del 1975⁷⁸, «il legislatore statale ha mirato ad eliminare le condizioni che favoriscono il diffondersi del fenomeno, ponendo in pericolo alcuni di quei valori che, per espresso dettato della Costituzione, la Repubblica italiana è tenuta a tutelare, e che risultano espressamente evocati nel dibattito parlamentare conclusosi con la legge de qua. L'art. 31 cpv., Cost., prescrive di proteggere “la gioventù”, oltre che la maternità e l'infanzia, e l'art. 32, primo comma, Cost., dispone che “la salute” va tutelata, in quanto è non solo “fondamentale diritto dell'individuo”, ma anche “interesse della collettività”. Ora, poiché il fenomeno droga attenta ai suddetti valori, ne discende che le singole disposizioni contenute nella legge in vigore non sono correttamente valutate, se non in relazione all'ineludibile e preminente dovere costituzionale di salvaguardare quei valori»⁷⁹.

⁷⁵ Punto n. 7 cons. dir.

⁷⁶ Punto n. 7 cons. dir.

⁷⁷ Sentenza 28 gennaio-22 febbraio 1983, n. 31, Pres. Elia

⁷⁸ Con cui si è «inteso sostituire ad una normativa rivelatasi inadeguata a combattere il fenomeno dell'uso non terapeutico della droga un sistema quanto più possibile coerente, aggiornato e, quindi, maggiormente idoneo ad affrontare il fenomeno stesso nella complessità dei suoi aspetti, delle sue fasi, delle sue conseguenze» (punto n. 3 cons. dir.).

⁷⁹ Punto n. 3 cons. dir. (cfr. anche punto n. 5 cons. dir., ove si legge che «Si tratta di reagire contro un fenomeno di dimensione ormai mondiale, qual è diventato appunto il fenomeno droga, che ha effetti devastanti, non solo su quei valori espressamente richiamati dalla Convenzione, come l'“individuo” e la “salute fisica e morale dell'umanità”, ma anche sugli altri valori che, come più sopra già rilevato, la nostra Costituzione non si limita a proclamare, ma impegna la Repubblica a tutelare, quali appunto la “gioventù” e la “collettività”»).

Il passaggio argomentativo che risulta più discutibile è però quello in cui si ricava la *ratio* (*rectius*: le *rationes*) dell'incriminazione non solo dall'art. 31, secondo comma, Cost. – nella parte in cui prevede che la Repubblica italiana protegge «la gioventù» –, ma persino da *documenti normativi internazionali*, come il *Preambolo* della Convenzione di Vienna sulle sostanze psicotrope del 21 febbraio 1971⁸⁰, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla lotta agli stupefacenti del 4 ottobre 1988, n. 1085⁸¹ e il *Preambolo* della Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope⁸².

Già nella sentenza del 1983 si legge che, a seguito della ratifica da parte dell'Italia della Convenzione unica sugli stupefacenti adottata a New York il 30 marzo 1961 e del protocollo di emendamento di Ginevra del 25 marzo 1971, la L. n. 685 del 1975 «non può a sua volta essere intesa ed applicata rettamente, se non tenendo presenti la Convenzione, i motivi che l'hanno promossa ed i principi cui si è ispirata, la strategia e gli strumenti da essa delineati e, soprattutto, i valori che intende salvare»⁸³. Gli obblighi internazionali, infatti, «assunti per tutelare valori riconosciuti dalla Costituzione, rappresentano la guida più

⁸⁰ Ove emergeva la preoccupazione delle Parti contraenti per la «sanità fisica e morale dell'umanità», «per il problema della sanità pubblica e per il problema sociale derivanti dall'abuso di talune sostanze psicotrope», e la volontà di «prevenire e combattere l'abuso di tali sostanze ed il traffico illecito al quale esso dà luogo».

⁸¹ In cui l'Assemblea del Consiglio d'Europa si dichiarava «Costernata per il fatto che organizzazioni criminali multinazionali abbiano acquistato un tale potere da tentare di imporre la loro volontà agli Stati».

⁸² In cui le Nazioni Unite, tra le altre cose, si dichiaravano «Profondamente preoccupate dall'ampiezza e dall'incremento della produzione, della domanda e del traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope che rappresentano una grave minaccia per la salute ed il benessere dell'umanità, e che hanno effetti dannosi sulle basi economiche, culturali e politiche della società», nonché «dai crescenti effetti di devastazione causati dal traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope nei vari strati della società, in particolare a causa del fatto che in numerose regioni del mondo i bambini sono sfruttati in quanto consumatori sul mercato della droga ed utilizzati ai fini della illecita produzione, distribuzione e commercio di sostanze stupefacenti e psicotrope, il che rappresenta un pericolo di incommensurabile gravità».

⁸³ Punto n. 4 cons. dir.

sicura nell’opera di interpretazione ed applicazione della disciplina nazionale che ha attuato la Convenzione»⁸⁴.

Un’operazione, dunque, di individuazione “allargata” delle *rationes* dell’incriminazione, sulla cui correttezza, a livello di teoria generale del diritto penale, possono nutrirsi seri dubbi.

Il medesimo impianto argomentativo è stato comunque confermato nel 2016. Con sentenza n. 109, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 75 del D.P.R. n. 309 del 1990 nella parte in cui non includerebbe tra le condotte punibili con la sola sanzione amministrativa, ove finalizzate in via esclusiva all’uso personale della sostanza stupefacente, anche la coltivazione di piante di *cannabis*.

Il giudice remittente sosteneva che la criminalizzazione della coltura, in quanto rivolta all’uso individuale, avrebbe violato il principio di offensività poiché inidonea a ledere uno qualsiasi degli interessi tutelati dall’art. 73 del D.P.R. cit. (salute individuale dell’agente, salute pubblica, sicurezza e ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni).

Tuttavia, secondo la Corte la disciplina penale, essendo diretta proprio alla protezione di tali beni, «riflette chiaramente, peraltro, anche la preoccupazione di evitare che la strategia considerata si traduca in un fattore agevolativo della diffusione della droga tra la popolazione: fenomeno che – in assonanza con le indicazioni provenienti dalla normativa sovranazionale – è ritenuto meritevole di fermo contrasto [...]»⁸⁵. Nell’ottica del supremo organo, infatti, occorre considerare che la «*attitudine ad innescare un meccanismo di creazione di nuove disponibilità di droga, quantitativamente non predeterminate, rende non irragionevole la valutazione legislativa di pericolosità della condotta considerata per la salute pubblica – la quale non è che la risultante della sommatoria della salute dei singoli individui – oltre che per la sicurezza pubblica e per l’ordine pubblico, quantomeno in rapporto all’attentato ad essi recato “dalle pulsioni criminogene indotte dalla tossicodipendenza”*»⁸⁶.

⁸⁴ Punto n. 5 cons. dir.

⁸⁵ Punto n. 4 cons. dir.

⁸⁶ Punto n. 8.4. cons. dir.

Sarebbe del resto «*l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in ordine alla ratio delle norme incriminatrici di settore e la normativa sovranazionale sopravvenuta*» a costringere alla rivisitazione dell'orientamento originario che individuava nella “salute dei singoli” l'unico bene protetto⁸⁷. Anzi, secondo la Corte, dalla giurisprudenza di legittimità⁸⁸ «*emergerebbe come la salute individuale dell'autore del fatto resti, in realtà, estranea agli obiettivi di protezione penale: e ciò in conformità all'indirizzo generale dell'ordinamento di non annettere rilevanza penale ai comportamenti “autolesivi”, compreso quello estremo (il tentato suicidio)*»⁸⁹.

A fronte di questo scenario resta, però, da chiarire il senso del richiamo all'offensività “in concreto” operato nella parte finale della sentenza. Per il supremo organo, infatti, va comunque ribadita la valenza di tale canone nel momento interpretativo ed applicativo che impone al giudice di «*verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all'agente, risulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità*», applicando l'art. 49 C.p. o riconoscendo il difetto di tipicità⁹⁰.

Tuttavia, se lo scopo per così dire” immanente” delle fattispecie è quello di impedire la diffusione della droga – sotto forma di incremento della quantità nel mercato e/o di creazione di nuove disponibilità – per tutelare beni quali l'ordine pubblico e lo sviluppo delle giovani generazioni, nessuna condotta incriminata – dalla coltivazione di una piccola pianticella di *cannabis* nell'orto

⁸⁷ Punto n. 8.2. La Corte richiama la sentenza n. 360 del 1995 ove si incentrò l'offensività della condotta di coltivazione sul bene della salute individuale, risultando per quest'ultima “pericolosa” «*per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga; tanto più che [...] l'attività produttiva è destinata ad accrescere indiscriminatamente i quantitativi coltivabili. Si tratta quindi di un tipico reato di pericolo, connotato dalla necessaria offensività proprio perché non è irragionevole la valutazione prognostica – sottesa alla astratta fattispecie criminosa – di attentato al bene giuridico protetto*» (punto n. 7 cons. dir.).

⁸⁸ Il richiamo è alle Sezioni Unite del 1998 citate nel testo.

⁸⁹ Punto n. 8.2. cons. dir.

⁹⁰ Punto n. 8.5. cons. dir.

privato al micro-spaccio di sostanze prive di efficacia drogante – potrebbe considerarsi inoffensiva.

4. *Brevi conclusioni. Dalla legalità violata alla “giurisprudenza penale di lotta”*

Certamente il caso degli stupefacenti è particolare, estremo, molto delicato per la materia trattata, che tocca la sensibilità di ciascuno, dividendo la società tra proibizionisti e antiproibizionisti. La dilagante diffusione delle droghe, in particolare quelle “pesanti”, ne legittimerebbe un contrasto a tutto campo, potendosi persino giustificare interpretazioni *praeter legem* per colpire i piccoli spacciatori (perché di questo si tratta), al fine di arginare un fenomeno, dalle proporzioni planetarie⁹¹, che pone a rischio «le basi della stessa vita sociale (qualora da “tragico lusso” di pochi diventasse fenomeno collettivo, essendo inconcepibile la “società dei drogati”»)»⁹².

⁹¹ Di recente (22-24 maggio 2024) si è tenuto a Palermo un incontro di studio su “*Le rotte e le logiche del traffico internazionale di stupefacenti e le evoluzioni della criminalità organizzata transnazionale*”, cui hanno partecipato decine di procuratori e investigatori provenienti da diversi Paesi, tra cui Argentina, Colombia, Ecuador e Olanda.

⁹² Così si esprime F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la persona*⁶, Padova, Cedam, 2016, p. 128, che inquadra l’uso di sostanze stupefacenti tra i “fatti giuridicamente tollerati” dall’ordinamento giuridico, come tale non punito «per ragioni di opportunità, pur essendo tale fenomeno, oltre ad un rilevante fattore criminogeno, una reale minaccia (in sé e, ora, anche per il contagio da AIDS) per il bene costituzionalizzato della “salute collettiva”, fino a minare, al limite, le basi della stessa vita sociale». Le oggettività giuridiche individuate dalla Corte costituzionale hanno ispirato, *de iure condendo*, la distinzione tra fattispecie incriminatrici che tutelano interessi pubblicistici e collettivi (lotta al mercato della droga, salute pubblica, sicurezza, ordine pubblico nonché normale sviluppo delle giovani generazioni) e quelle che proteggono la salute di individui determinati (il singolo assunto) (così M. GAMBARDELLA, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, 19 giugno 2019, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>). J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004 p.

La scelta di estendere la tipicità mediante l'individuazione di interessi ulteriori rispetto alla salute pubblica otterrebbe con ogni probabilità il *consenso sociale*, perché rispondente alle istanze di sicurezza e di giustizia, soprattutto nella parte in cui è volta a tutelare le “giovani generazioni”, concetto che richiama alla mente il tema, non del tutto sovrapponibile, delle “*future generations*”, molto dibattuto negli ultimi anni⁹³.

Prescindendo dal contesto degli stupefacenti, è sicuro che, dietro certe forme di individuazione giurisprudenziale del bene giuridico, si celino forme di “lotta” a fenomeni criminali, su cui un'eminente dottrina insiste da anni, parlando di “diritto penale di lotta”⁹⁴, sulla scia del c.d. “*Feindstrafrecht*”, concetto introdotto nel

93, riporta proprio il caso dello spaccio di droga «in cui la quantità trafficata non è di per sé stessa tale da mettere in pericolo la sanità pubblica» quale esempio di “amministrativizzazione” del diritto penale, che, nelle società postindustriali, assume diffusamente il «tipo di ragionamento che tradizionalmente è proprio del diritto amministrativo». Nel caso degli stupefacenti, infatti, «decisivo per la sanzione sarebbe lo scopo di proteggere un determinato modello di gestione della sanità e non tanto il disvalore dell'azione isolatamente considerata», più adatto alla *ratio* del diritto amministrativo che a quella del diritto penale.

⁹³ La letteratura in argomento è molto vasta. Si vedano per tutti: A. D'ALOIA, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 331 ss.; gli scritti raccolti in *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost. Selezione di contributi di dottrina*, ad opera della Corte costituzionale (ottobre 2023), e quelli pubblicati in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 73 ss. Nonostante il tema delle “future generations” sia distinto da quello delle “giovani generazioni” (cfr. A. LAURO, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 131, il quale rileva «l'ambiguità dell'espressione nuove generazioni, che potrebbe fondere le due considerate»), la tutela delle seconde è stata affermata, ad esempio, dalla Corte federale australiana che nel 2021, in materia climatica, ha riconosciuto in capo al Ministro dell'ambiente il dovere (“*duty of care*”) «*to take reasonable care [...] to avoid causing personal injury or death to persons who were under 18 years of age*» (*Sharma & Others v. Minister of the Environment* (No. 2) [2021] FCA 774, dell'8 luglio 2021, e, pochi mesi prima, *Sharma & Others v. Minister of the Environment* [2021] FCA 560, del 17 maggio 2021), anche se tale principio è stato sconfessato dalla stessa Corte nell'arresto del 2022 (*Minister for the Environment v Sharma* [2022] FCAFC 35, del 15 marzo 2022).

⁹⁴ Cfr., in particolare, gli scritti di Massimo DONINI: *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla*

dibattito penalistico, negli anni Novanta, dal giurista tedesco Günther JAKOBS⁹⁵.

questione criminale, 2007, 2, p. 55 ss.; *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 131 ss.; *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitiva” della prescrizione e stupefacenti ammesie tributarie*, in *Dir. pen. contemp.*, 3 aprile 2018; *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*, in *Gli Speciali di Questione Giustizia, Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016, p. 113 ss. Di recente parla di “lotta” nel diritto penale tedesco K. VOLK, *Il moderno diritto penale dell'economia: politica criminale illuminata o lotta contro il male?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 1, p. 1 ss., che rileva come «Il codice penale oggi potrebbe chiamarsi probabilmente “legge per la lotta alla criminalità”. [...] Dal 2001 sono entrate in vigore sedici leggi di modifica del c.p. che recano nel titolo la parola “lotta”. Il “pugno di ferro” del legislatore o delle istituzioni di Bruxelles mira probabilmente ad impressionare per la politica determinazione».

⁹⁵ Che ne ha trattato nei seguenti scritti: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, 3, p. 88 ss.; *Terroristen als Personen in Recht?*, in *ZStW*, 2005, 4, p. 839 ss.; *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Milano, Monduzzi, 2007, p. 109 ss. La bibliografia in argomento è ormai molto vasta e senza pretesa di esaustività si rinvia, nel dibattito italiano a: AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit.; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Giuffrè, Milano, 2007; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, p. 797 ss.; ID., *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore e A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, p. 161 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p. 107 ss.; G. DEMURO, *Il diritto penale del nemico e i diritti fondamentali nell’era del terrorismo*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p. 149 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, p. 470 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, p. 665 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, p. 735 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, University Press, 2015; A. PAGLIARO, *«Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, p. 2460 ss. (anche in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2011, p. 435 ss.); G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, p. 1 ss.; M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un’introduzione*, in *Studi quest. crim.*, 2007, 2, p. 7 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, p. 181 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in AA.VV., *Studi in*

L'individuazione degli interessi da tutelare può rappresentare uno dei modi con cui si persegue l'“adeguamento del diritto alla realtà sociale”, predicato dal pensiero giusfilosofico⁹⁶ e da certe frange della magistratura.

Se si volesse comunque legittimare la concezione metodologica del bene giuridico, evitando che si risolva in una vera e propria “*freie Ermessen*” dell'interprete, occorrerebbe quantomeno risolvere i seguenti problemi: (i) comprendere, innanzitutto, quali e quante *rationes* siano sottese ad una fattispecie, operazione al giorno d'oggi tutt'altro che semplice in ragione della ritenuta insignificanza di lavori preparatori, ma soprattutto per la mancanza o la scarsità

onore di Giorgio Marinucci, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 757 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, p. 433 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2010, 10, p. 525 ss.; P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2020, 2, p. 315 ss.; S. ROSSI, *Pensare il nemico. A margine del confronto tra Jacobs e Ferrajoli*, in *Riv. AIC*, 2023, 4, p. 1 ss.; R. PUCA, *La teoria del diritto penale del nemico di Günther Jakobs tra funzionalismo lubmanniano e populismo penale*, in *Antigone*, 2020, 2, p. 232 ss. Nel dibattito straniero si vedano: F. MUÑOZ CONDE, *Diritto penale del nemico*, in *Ordines*, 2016, 1, p. 315 ss. (consultabile sul sito www.ordines.it); ID., *De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”*, in *Revista penal*, n° 16, 2005, p. 123 ss.; ID., *Über das “Feindstrafrecht”*, Berlin, Lit, 2009; E. DEMETRIO CRESPO, *Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2004, n° 14, p. 87 ss.; J.L. MODOLELL GONZÁLEZ, *El “Derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación*, in *Revista CENIPEC*, n° 25, 2006, p. 345 ss.; L. GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-02, p. 1 ss.; D. OHANA, *Günther Jakobs's Feindstrafrecht. A Dispassionate Account*, in M.D. Dubber (ed. by), *Foundational Text in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 353 ss.; T. VORMBAUM (Hrsg. von), *Kritik der Feindstrafrechts*, Berlin, Lit, 2009; T. MARZAHN, *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, Berlin, Lit, 2011; A. APONTE, *Jakobs, il diritto penale del nemico e il “caso colombiano”*, in *Studi. quest. crim.*, 2006, 3, p. 31 ss.; W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile e S. Moccia, Napoli, E.S.I., 2011, p. 83 ss.

⁹⁶ Si veda in particolare G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 897 ss. (poi in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, p. 985 ss.), su cui cfr. G. RUSSO, *Guido Fassò. Un itinerario filosofico tra diritto e natura umana*, *il Pensiero Italiano*, 2018, 2, p. 91 ss.

contenutistica degli stessi; (ii) comprendere, in secondo luogo, quali siano i criteri di individuazione delle *rationes*, potendo essere desunte da una norma o da un complesso di norme, anche di fonte internazionale come insegna la Corte costituzionale e come imporrebbe la stessa Legge fondamentale all’art. 117 Cost.⁹⁷; (iii) stabilire, infine, i criteri di selezione delle *rationes* individuate, affinché una sola assurga a bene giuridico tutelato⁹⁸.

Così come abbiamo introdotto questo scritto, lo concludiamo con il pensiero di ROCCO: «il giudice penale di nessun altro bene o interesse deve indagare l’esistenza se non del bene o interesse che la legge ha voluto tutelare, nessun’altra lesione o minaccia di bene o interesse deve accertare, se non quella che la legge ha voluto vietare sotto minaccia di pena». Infatti, «se al giudice penale fosse data facoltà di negare l’esistenza del reato, epperò di prosciogliere, per ciò che l’azione penalmente vietata non è, a suo giudizio, una azione dannosa o pericolosa, bensì una azione utile; più ancora, se gli fosse data facoltà di affermare l’esistenza del reato, epperò di condannare, per ciò che l’azione penalmente comandata o non vietata, non è, a suo giudizio, una azione utile, ma invece una azione dannosa o pericolosa; gli sarebbe al tempo stesso consentito di correggere e modificare la legge, sotto il pretesto di interpretarla logicamente, gli sarebbe, al tempo stesso, consentito di disapplicare e violare la legge, sotto il pretesto di applicarla in conformità del suo scopo. Gli sarebbe, in una parola, conferito il diritto di sovrapporre la sua volontà alla volontà del

⁹⁷ Come rileva R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 201, la *ratio* può essere desunta da una norma o da un complesso di norme.

⁹⁸ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 267, si interroga se «nel grande spazio di una politica criminale aperta al flusso della storia, esistano altri limiti alla tutela penale. Il fatto è che, oggi, le ricercate selezioni ulteriori sembrano raggiungibili non già in forza di una particolare “concezione” del bene giuridico (teleologica, liberale, personale, costituzionale, ecc.), ma per l’intervento di una pluralità di criteri, principi, norme di vario genere, che interagiscono in un quadro d’insieme vario e in rapida evoluzione, aperto al riconoscimento della necessità di mediazioni e scelte politiche all’interno delle cornici semantiche e di valore degli stessi principi costituzionali».

legislatore penale e di giudicare, non più *secundum leges*, ma addirittura *de legibus*: ciò che invece è manifestamente a lui vietato dall'ordinamento giuridico vigente (*obbligo di fedeltà del giudice alla legge*)⁹⁹.

Pronunciate più di un secolo fa, queste parole mantengono intatta la loro attualità, valendo come vero e proprio *monito* per i giudici di ogni epoca a tutela della libertà dell'individuo.

*Levius laedit, quidquid praevideris ante!*¹⁰⁰

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Giuffrè, Milano, 2007; AA.VV., *Le definizioni nel diritto*, Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015, a cura di F. Cortese e M. Tomasi, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016; ALESSANDRI A., nella voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1999; ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983; ANTOLISEI F., *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it dir pen.*, 1939, 1, p. 3 ss. (anche in *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955); ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed. (riveduta e aggiornata), Milano, Giuffrè, 1960; APONTE A., *Jakobs, il diritto penale del nemico e il "caso colombiano"*, in *Studi. quest. crim.*, 2006, 3, p. 31 ss.; BRUNETTI P., *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2020, 2, p. 315 ss.; CARCATERRA G., voce *Analogia – I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. II, Roma, Treccani, 1988; CAVALIERE A., *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *Sistema penale*, 2023, 10, p. 63 ss.; CAVALIERE A., *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, p. 433 ss.; D'ALOIA A., voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali

⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 479-480 e 481.

¹⁰⁰ CATONE, *Disticha moralia*, Libro II (la frase originale è la seguente: «*Nam levius laedit, quidquid praevideris ante*»).

IX, Milano, Giuffrè, 2016; DEMETRIO CRESPO E., *Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2004, n° 14, p. 87 ss.; DEMURO G., *Il diritto penale del nemico e i diritti fondamentali nell'era del terrorismo*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p. 149 ss.; DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, p. 131 ss.; DONINI M., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 2, p. 55 ss.; DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, p. 735 ss.; DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. contemp. – Riv. trim.*, 2013, 4, p. 4 ss.; DONINI M., *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Dir. pen. contemp.*, 3 aprile 2018; DONINI M., *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*, in *Gli Speciali di Questione Giustizia, Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016, p. 113 ss.; DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1999; FASSÒ G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 897 ss. (poi in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, p. 985 ss.); FERRAJOLI L., *Il “diritto penale del nemico”: un'abdicazione della ragione*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore e A. Pugiotto, Milano, Giuffrè, 2008, p. 161 ss.; FERRAJOLI L., *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, p. 797 ss.; FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014; FIORELLA A., voce *Reato in generale – a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987; GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964; GAMBARDELLA M., *I reati in materia di stupefacenti*, in AA.VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, Giappichelli, 2019; GAMBARDELLA M., *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le*

sostanze velenose, 19 giugno 2019, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>;

GRACIA MARTÍN L., *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-02, p. 1 ss.; GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004;

HASSEMER W., *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile e S. Moccia, Napoli, E.S.I., 2011, p. 83 ss.; HONIG R., *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919;

JAKOBS G., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, 3, p. 88 ss.; JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Milano, Monduzzi, 2007, p. 109 ss.;

JAKOBS G., *Terroristen als Personen in Recht?*, in *ZStW*, 2005, 4, p. 839 ss.;

LAURO A., *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 115 ss.;

Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Parte II^a, *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929;

MANTOVANI F. – FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*¹², Padova, Cedam, 2023;

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la persona*⁶, Padova, Cedam, 2016;

MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, p. 470 ss.;

MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizozo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, p. 1 ss.;

MARZAHN T., *Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?*, Berlin, Lit, 2011;

MODELELL GONZÁLEZ J.L., *El “Derecho penal del enemigo”: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación*, in *Revista CENIPEC*, n° 25, 2006, p. 345 ss.;

MUÑOZ CONDE F., *De nuevo sobre “el derecho penal del enemigo”*, in *Revista penal*, n° 16, 2005, p. 123 ss.;

MUÑOZ CONDE F., *Diritto penale del nemico*, in *Ordines*, 2016, 1, p. 315 ss. (consultabile sul sito www.ordines.it); MUÑOZ CONDE F., *Über*

das “Feindstrafrecht”, Berlin, Lit, 2009; NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, 89 ss.; NISCO A., *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull’involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, Giappichelli, 2019; OHANA D., *Günther Jakobs’s Feindstrafrecht. A Dispassionate Account*, in DUBBER M.D. (ed.), *Foundational Text in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 353 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale del nemico*, Pisa, University Press, 2015; PAGLIARO A., «Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, 6, p. 2460 ss. (anche in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2011, p. 435 ss.); PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1965; PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, Vol. II, a cura di Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007; PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, p. 665 ss.; PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 2, p. 453 ss.; PAVARINI M., *La giustizia penale ostile: un’introduzione*, in *Studi quest. crim.*, 2007, 2, p. 7 ss.; PEDRAZZI C., voce *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. IV, Torino, Utet, 1990; PUCA R., *La teoria del diritto penale del nemico di Günther Jakobs tra funzionalismo luhmanniano e populismo penale*, in *Antigone*, 2020, 2, p. 232 ss.; QUADRI R., *Dell’applicazione della legge in generale*, Bologna, Zanichelli, 1974; RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, p. 181 ss.; ROCCO ARTURO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie del reato e della pena*, Torino, Fratelli Bocca, 1913, p. 479; ROSSI S., *Pensare il nemico. A margine del confronto tra Jacobs e Ferrajoli*, in *Riv. AIC*, 2023, 4, p. 1 ss.; ROXIN C. – GRECO L., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*⁴, München, Beck, 2006; SCEVI P., *L’interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell’interpretazione estensiva*, in *Arch. pen. (Web)*, 2020, 1; SCHWINGE E., *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*,

Bonn, 1930; SILVA SÁNCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004; STRUCK G., *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1971; SWOBODA S., *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, 1, p. 122 ss.; TARELLO G., *L'illuminismo e il diritto penale*, in G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976; TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; VASSALLI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 1981; VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994; VELUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002; VIGANÒ F., *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., p. 107 ss.; VIGANÒ F., *Diritto penale e diritti della persona*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2022, p. 845 ss. (anche in *Sistema penale*, 13 marzo 2023); VOLK K., *Il moderno diritto penale dell'economia: politica criminale illuminata o lotta contro il male?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 1, p. 1 ss.; VON JHERING R., *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972; VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962; VORMBAUM T. (Hrsg.), *Kritik der Feindstrafrechts*, Berlin, Lit, 2009; ZAFFARONI E.R., *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 757 ss.; ZUMPANI F., *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2010, 10, p. 525 ss.

Abstract

Introducendo la distinzione tra “selezione” e “individuazione” del bene giuridico, attività rispettivamente compiute dal legislatore e dal giudice, l'Autore pone l'accento sul valore “assiologico-fondativo” ed “ermeneutico” del *Rechtsgut* per il diritto

penale, che occorre costantemente affermare per evitare le derive della c.d. “concezione metodologica”, che ha raggiunto la sua massima espressione nella delicata materia degli stupefacenti.

Introducing the distinction between “selection” and “identification” of legal interest, activities respectively carried out by the legislator and the judge, the Author places emphasis on the “axiological-foundational” and “hermeneutic” value of the *Rechtsgut* for criminal law, which must be constantly affirmed to avoid the deviations of the so-called “methodological conception”, which has reached its maximum expression in the thorny matter of narcotics.