

DIRITTO PENALE I

PARTE PRIMA

Diritto penale, reato, pena
Funzioni delle sanzioni penali
Sviluppo storico del diritto penale
Principi di politica criminale

DIRITTO PENALE = disciplina i fatti che costituiscono reato e le relative sanzioni.

Esso si distingue in:

- **Diritto civile**: regola i diritti dei cittadini e i rapporti fra i privati;
- **Diritto amministrativo**: disciplina l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e i rapporti fra pubbliche amministrazioni e cittadini, ma anche qui si prevedono illeciti a protezione dell'osservanza di determinate prescrizioni.

REATO = punito con sanzioni consistenti in pene e misure di sicurezza; l'accertamento della sua commissione e l'inflizione della relativa sanzione sono affidati a giudici penali imparziali e indipendenti da ogni altro potere dello Stato.

ILLECITO CIVILE = sanzionato con le sanzioni del risarcimento del danno e delle restituzioni, normalmente affidate alla valutazione del giudice civile.

ILLECITO AMMINISTRATIVO = punito con sanzioni amministrative, normalmente applicate dalla stessa pubblica amministrazione, che consistono in pagamenti, prescrizioni, divieti, obblighi di prestazioni...

INTRODUZIONE AL DIRITTO PENALE: DIRITTO PENALE, REATO, PENA

NORMA

PRECETTO → SANZIONE

Una sanzione, quale effetto della inosservanza di un precetto, può avere carattere:

- *reintegratorio*
- *riparatorio risarcitorio*
- *punitivo*

Pena: sanzione a carattere punitivo

NOZIONE FORMALE DI REATO

Articolo 39 c.p.

Reato: distinzione fra delitti e contravvenzioni = fatto vietato dalla legge penale la cui commissione comporta l'applicazione di una sanzione penale.

Ci sono inoltre altre definizioni dettate da criteri sostanziali, come quella dettata dalla dottrina, dalla Costituzione, dalla giurisprudenza, dalla commissione europea...

NOZIONE SOSTANZIALE DI REATO E PENA

Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU):

art. 7: *“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*

Criteri sostanziali per identificare le pena nella giurisprudenza Corte EDU:

- qualificazione formale
- fatto per il quale la pena è prevista
- gravità e funzione della sanzione

Questi sono criteri alternativi, non cumulativi → ampia discrezionalità della giurisprudenza della Corte EDU

Differenze tra illecito penale e illecito amministrativo

1. Autorità competente per l'accertamento della responsabilità e procedura di accertamento: processo penale / procedimento amministrativo.
2. Meccanismo di con versione delle pene pecuniarie diviso in tre tappe di sviluppo della disciplina:

c.p. 1930 ↓	Corte cost. 131/1979 ↓	l. 689/1981 ↓
Conversione della pena pecuniaria nella corrispondente pena detentiva	Incostituzionalità del meccanismo di conversione	Pena pecuniaria: si converte in <i>libertà controllata</i>

3. Personalismo della sanzione penale;

4. Iscrizione della sentenza di condanna nel casellario giudiziari.

Il codice vigente prevede due specie di sanzioni penali: le **pene** e le **misure di sicurezza**, le prime destinate ad assicurare la prevenzione generale, le seconde destinate a recuperare alla società gli autori del reato socialmente pericolosi attraverso la rimozione delle cause della loro pericolosità sociale = **sistema del doppio binario**.

La funzione del sensore della pena deve essere individuata nella **prevenzione generale**: con la minaccia di una sanzione giustamente proporzionata alla gravità del reato si tende a disincentivare i consociati dal delinquere. La prevenzione, per essere efficace presuppone a sua volta che la pena sia applicata rapidamente ed inflessibilmente.

Prevenzione generale (teoria relativa)

- **Prevenzione generale negativa:** funzione di deterrenza
- **Prevenzione generale positiva:** funzione di orientamento culturale

Prevenzione speciale (teoria relativa)

- **Prevenzione speciale negativa:** neutralizzazione
- **Prevenzione speciale positiva:** Rieducazione

TEORIA POLIFUNZIONALE DELLA PENA

Necessità di considerare due profili:

1. Principi costituzionali: *le pene non possono consistere in trattamento contrario al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato* (art. 27, com. 3)
2. Le diverse fasi in cui si articolano le pene, dalla previsione legislativa all'esecuzione: profonda modificazione della disciplina della pena detentiva.

FUNZIONI DELLA PENA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

Art. 27 comma 3 Cost.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Prevenzione speciale positiva

Evoluzione della interpretazione del rapporto tra la prima parte e la seconda parte del terzo comma dell'art. 27 Cost:

Fondamentale Corte cost. sent. n. 313/1990

L'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba <tendere> a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle **qualità essenziali e generali** che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e **l'accompagnano da quando nasce**, nell'astratta previsione normativa, **fino a quando in concreto si estingue**. Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale volta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (nè in sede normativa nè in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto.

Attenzione ai termini utilizzati nell'art. 27 comma 3 Cost.!!!

“pene” → non la pena, ma le pene

“tendere” → devono “tendere alla rieducazione e non “devono rieducare”

“devono” → dovere per lo Stato

“rieducazione” → risocializzazione/intimidazione, liberazione condizionale

Principio di proporzione

- artt. 3, 27 comma 1, 27 comma 3 Cost.
- art. 49 Carta dei diritti fondamentali UE: “*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”

SVILUPPO STORICO DEL DIRITTO PENALE

ILLUMINISMO

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764

- Fondamento del diritto penale moderno: principio di stretta legalità, divieto di applicazione analogica, certezza del diritto, principio di irretroattività, personalità della responsabilità penale...

Il diritto penale non deve realizzare un astratto modello di regole morali, ma fornire una protezione forte dei beni umani fondamentali. In questa prospettiva esso deve essere utilizzato soltanto quando si riveli strumento strettamente necessario a tale esigenza di tutela (**extrema ratio di tutela**).

Delitti e pene devono essere individuati con chiarezza prima della commissione del fatto, in quanto il cittadino ha diritto di conoscere preventivamente ciò che è vietato e ciò che è consentito.

- La **pena**:
 - pena proporzionata alla gravità del reato
 - retributiva, quindi colpire l'autore del reato
 - carceraria, in quanto uguale per tutti e graduata in proporzione all'illecito
 - pena minima necessaria
 - pena inflitta con rapidità e ineluttabilità
 - pena di morte: contraria al patto sociale e abolita, ma la ammette solo in casi estremi
 - rifiuto della confisca
- Il **processo**:
 - imparzialità del giudice
 - rifiuto della tortura

Alcuni dei principi dell'illuminismo in materia penale



Nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789)

Nella riforma di Pietro Leopoldo di Toscana del 1786 (c.d. Leopoldina)

IL DIRITTO PENALE NEL DIBATTITO TRA LE SCUOLE

SCUOLA CLASSICA

Nuovo approccio allo studio del diritto penale, che da un lato riprende la continuità dei canoni garantiti dall'illuminismo, dall'altro ribalta l'impostazione utilitaristica del pensiero di fine '700.

Tentativo di questa scuola di costruire un sistema "astratto" di diritto penale indipendente dalle contingenze politiche e sociali e ancorato ai valori della ragione assoluta: il compito del giurista è la costruzione di un sistema di reati e pene secondo criteri di razionalità scientifica generali, senza tenere conto degli stimoli e scelte della società.

Francesco Carrara

"La scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori"

Capisaldi delle idee liberali, con sistema di canoni assoluti di razionalità:

- garanzie della legalità e irretroattività della legge penale;
- principio di tassatività delle fattispecie e di certezza del diritto;
- reato come "*ente giuridico astratto*";
- presupposto della responsabilità penale: *libero arbitrio*, ovvero la libera capacità di scegliere fra il bene e il male;
- funzione della pena: retribuzione giuridico-morale;
- pena proporzionata al diritto violato.

In un solo punto Carrara ha un cedimento, con riguardo ai delitti di lesa maestà (delitti oggettivamente politici contro lo Stato), che data la natura della materia e che sono dipendenti dalle contingenze della politica e del potere, non possono essere elaborati sul terreno della costruzione scientifica.

I principi della scuola classica sono in parte state trasfusi nel Codice penale Zanardelli (1889), che, sebbene presenti delle imprecisioni tecniche e cedimenti alla tutela delle classi privilegiate, costituisce una elevata espressione legislativa del complesso di garanzie e ha rappresentato un significativo passo avanti nella configurazione dei presupposti generali della responsabilità penale.

SCUOLA POSITIVA

Esponenti: **Lombroso, Ferri, Garofalo**

Muta il metodo di studio del diritto penale: dal metodo **deduttivo** della scuola classica, quindi ricostruendo il sistema penale sull'impostazione logica per cui dalla premessa generale, si perveniva alle indicazioni al dettaglio, si passa al metodo induttivo, tipico della ricerca sul campo.

Inoltre, dallo studio del reato si passa allo studio del reo, quindi si pone al centro dell'attenzione l'uomo delinquente e la personalità giuridica dell'autore dell'illecito. I classici sostenevano che il reo, dotato di libero arbitrio, in quanto tale era libero di scegliere fra l'osservanza o la violazione del diritto; i positivisti hanno **negato** l'esistenza del **libero arbitrio**, affermando che la commissione di un reato è sintomo di devianza e che pertanto il suo autore è un anormale che non può essere chiamato a rispondere di ciò che ha commesso.

La **pena** è stata quindi sostituita da una misura di natura preventivo-sociale, specificatamente destinata a rimuovere le cause della devianza. L'applicazione di tale sanzione preventiva ha continuato a presupporre la commissione di un reato; la sua durata non poteva tuttavia essere predeterminata o commisurata alla gravità di un illecito commesso, ma doveva essere indeterminata e destinata a durare finché fosse venuta a cessare la sua pericolosità sociale = denominata **misura di difesa sociale**.

Progetto Ferri di riforma del Codice penale – 1921 (non ebbe successo x fascismo)



È stato incaricato di proporre le riforme necessarie nel sistema della legislazione penale per conseguire, in armonia ai principi e metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere, un più efficace e sicuro presidio contro la delinquenza abituale.

SOCIALISMO GIURIDICO

Fine XIX secolo

Esponenti: **Turati, Vaccaro, Zerboglio**

Corrente che critica gli aspetti autoritari e classisti della legislazione liberale

Limiti: incapacità di formulare una critica costruttiva del sistema

TECNICISMO GIURIDICO

Prolusione di **Arturo Rocco** all'Università di Sassari – 1910

Secondo Rocco, il diritto penale è in crisi a causa della sovrapposizione tra diritto, antropologia, psicologia, statistica, sociologia, filosofia del diritto e politica, della scarsa attenzione alla realtà legislativa e disprezzo per la costruzione dogmatica.



Critica alla scuola classica perché ha preteso di elaborare un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, universale, sganciato dalla realtà delle legislazioni; inoltre, critica alla scuola positiva per aver affermato che il diritto penale non è che un capitolo della sociologia.

Metodo di studio del diritto penale:

- Diritto come scienza del **diritto positivo**, il solo che possa formare oggetto della scienza giuridica penale, la quale a sua volta deve essere circoscritta ad un sistema di principi di diritto, a una teoria giuridica, a una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene.
- Separazione tra **scienza giuridica** e **politica criminale**: la prima si deve occupare soltanto della normativa scelta dal legislatore, la seconda è appannaggio esclusivo dei politici, politologi e sociologi. Il giurista non deve interessarsi alla politica e alle società ed eventualmente valutare criticamente le leggi alle esigenze politico-sociali, ma il suo compito è soltanto interpretare le leggi dello stato e procedere ad elaborazioni dogmatiche di quanto desumibile dal diritto positivo.
- assenza di valutazione critica della legislazione vigente in funzione delle esigenze di politica criminale

Al di là di questo ribaltamento metodologico, fra scuola classica e indirizzo tecnico giuridico possono essere colti segni di continuità: si ragionava in modo per molto diversi simile per quanto riguarda la costruzione degli elementi del reato, l'individuazione delle forme di manifestazione del reato e la definizione della funzione retributiva della pena.

DIRITTO PENALE E FASCISMO

L'amnistia è un atto di clemenza che estingue l'azione penale o la pena se già comminata. Durante il regime fascista furono concesse sette amnistie.

- Quella del 22 novembre 1922 rimise in libertà centinaia di fascisti in carcere per gravi reati politici.

- L'amnistia del 31 luglio 1925 rimise in libertà gli assassini di Matteotti. La terza fu concessa il primo gennaio 1931 per il matrimonio del principe ereditario.
- Il 5 novembre 1932, in occasione del decennale del regime, l'amnistia restituì la libertà a migliaia d'antifascisti condannati dal Tribunale speciale o confinati nelle isole.
- Molto limitate quelle del 25 settembre 1934, in occasione della nascita della principessa Maria Pia di Savoia, e del 15 febbraio 1937 per la nascita del principe Vittorio Emanuele.
- Molto limitata anche l'ultima del 17 ottobre 1942, per il ventennale del regime.

1926: legge sulla difesa dello Stato (legge fascistissima)

Codice penale 1930 (entra in vigore nel 1931)

Il ministro Alfredo Rocco e la commissione che ha redatto nuovo Codice penale hanno cercato di mettere in luce i tratti di continuità e discontinuità della nuova legislazione rispetto alla codificazione liberale del 1889. Per la riforma era necessario integrare e completare le norme del codice del 1889 e non sopprimere o radicalmente modificare le norme medesime.

La riforma consiste nell'applicazione di più principi di politica legislativa penale, in nuovi istituti, in perfezionamenti tecnici che non modificano le basi storiche tradizionali del nostro diritto e i principi scientifici a cui esse si ispira.

Le sue caratteristiche sono:

- Vengono riprodotti istituti e alcuni principi fondamentali di garanzia proprio del pensiero liberale e numerose sono state le rotture rispetto alle regole garantiste dei sistemi liberali;
- Vi è un' inversione di tendenza nei confronti del **principio di colpevolezza** attraverso la previsione di numerose ipotesi di responsabilità oggettiva;
- In materia di forme di manifestazione del **reato** si presentano forme molto più discrezionali;
- L'elaborazione scientifica dominante ha svalutato il concetto di bene giuridico e ha previsto numerosi reati di pericolo presunto nei settori dei reati di opinione con risvolti evidenti sulla repressione del dissenso politico;
- **Pene**: ripristinata la **pena di morte** e ampliata all'utilizzo azione dell'**ergastolo**;
- **Conseguenze sanzionatorie**: ci fu un affiancamento di misure di sicurezza alle pene indeterminate che si applicano a chi, imputabile non imputabile ma socialmente pericoloso, ha commesso un reato e specificatamente finalizzati alla **difesa sociale e recupero sociale**.

SVILUPPO DELLA LEGISLAZIONE PENALE DOPO LA SECONDA GUERRA MONDIALE

Caduto il fascismo, l'8 gennaio 1945 il Guardasigilli Tulipani aveva prospettato l'urgenza della revisione di un codice ispirato ai principi autoritari, perciò insediò una Commissione di riforma del Codice penale. Questa commissione però non arrivò a nessun risultato, anzi la riforma fu ostacolata dagli stessi componenti che ne criticavano il troppo accostamento al codice Rocco.

Nel 1946, fu eletta l'Assemblea Costituente, che decise di procrastinare le riforme dei codici per poterle adeguare alla costituzione approvata e ai nuovi principi sui quali si sarebbe fondato lo Stato repubblicano.

COSTITUZIONE ITALIANA (1948)

L'influenza della Costituzione sul sistema penale è individuabile su due piani: da un lato su quello delle norme che prevedono principi di garanzia ed enunciano regole in materia di responsabilità di sanzioni penali; dall'altro su quello dell'enunciazione dei diritti di libertà e dei diritti sociali alla luce dei quali numerose norme del codice penale Rocco e della legislazione penale speciale, sono risultate costituzionalmente legittime e progressivamente annullate o modificate.

In quel periodo si manifesta un nuovo modo di concepire il ruolo del **giurista**: al metodo tecnico-giuridico si affianca la convinzione di alcuni giuristi di doversi riappropriare dei ruoli politici del diritto. Queste discussioni sfociarono in un'analisi critica dei contenuti della legislazione vigente e consentirono di affiancare nel dibattito penalistico la prospettiva della politica criminale a quella della dogmatica giuridica e dell'esegesi e intervenire con propri contributi sul terreno della riforma del sistema penale.

Nella costruzione della teoria del reato e del dibattito di **politica criminale** si sono affermate nuove linee di tendenza: da un lato si è tornati a concepire la funzione del diritto penale sul terreno della tutela degli interessi e a rivalutare il concetto di bene giuridico sia come criterio dogmatiche di classificazione dei reati, sia come strumento di politica criminale e limite garantistico dell'intervento penale; dall'altro si sono assunti valori costituzionali come punto di riferimento per la costruzione di un nuovo sistema di reati.

In quest'ultima prospettiva ai beni giuridici classici sono stati affiancati beni giuridici nuovi di sicura rilevanza costituzionale, quali l'integrità del territorio, la salubrità dell'ambiente, la salute dei cittadini, la sicurezza sui luoghi del lavoro, la tutela del consumatore e l'economia pubblica privata.

Sistema sanzionatorio: la Costituzione, stabilendo che le pene devono tendere la rieducazione del condannato, ha posto le premesse per una trasformazione della disciplina della sanzione. Infatti, si è sviluppata un'intensa elaborazione dottrinale diretta a modificare i contenuti esecutivi della pena carceraria, sostituire il carcere con sanzioni non detentive e a superare il sistema del doppio binario eliminando le misure di sicurezza e prevedendo un'unica sanzione penale destinata assicurare sia la prevenzione generale sia la prevenzione speciale.

PIÙ RECENTI PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE

- progetto della Commissione Pagliaro – progetto di legge delega (1991)
- progetto Riz (1994)
- progetto della Commissione Grosso (2001)
- progetto della Commissione Nordio (2004)
- progetto della Commissione Palazzo (2013): solo riforma del sistema sanzionatorio

IPERTROFIA DEL SISTEMA PENALE LA QUESTIONE DELLA RISERVA DI CODICE

Art. 3-bis.

Principio della riserva di codice

Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia.

Articolo inserito dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21.

IL LEGISLATORE È LIBERO NELLE SCELTE DI INCRIMINAZIONE?

Politica criminale = insieme degli strumenti che un sistema predispone per contrastare la criminalità e la ricerca di quelli che si presentano più efficaci (razionalità di scopo). Rispetto alla politica penale prende in considerazione strumenti più ampi rispetto a quelli strettamente penali, come sanzioni amministrative, sanzioni disciplinari, interventi di tipo preventivo o meccanismi in giunzionali.

Politica penale = affronta il problema della criminalità attraverso il ricorso a strumenti strettamente penali. Costituisce solo un settore della politica criminale, anche se il più problematico.

Politica sociale = deve intervenire in via preventiva per contrastare i fattori predisponenti alla commissione di reato, ovvero i fattori criminogeni.

LIMITI ALLE SCELTE DI POLITICA CRIMINALE

da:

a) PRINCIPI COSTITUZIONALI

Principi costituzionali espressamente dedicati alla materia penale:
artt. 10, ult. comma, 13, 25, 26 ultimo comma, 27, 117 lett.1, 90 Cost.

Complesso dei principi costituzionali, che prevedono principi fondamentali a incidere sulla materia penale.

Interpretazione conforme a Costituzione, che condiziona interpretazioni costituzionalmente orientate delle fattispecie presenti e sollecita il legislatore a intervenire per far fronte alle nuove esigenze di tutela (es. sentenza aborto *49).

b) VINCOLI SOVRANAZIONALI

si traducono in vincoli costituzionali:

- fonti dell'Unione europea → art. 10 e 117 Cost.
- CEDU → art. 117 Cost. (teoria della norma interposta: sentenze gemelle Corte cost. 348 e 349/2007)

LIMITI ALLE SCELTE DI POLITICA CRIMINALE

A. DIVIETI DI INCRIMINAZIONE

Al legislatore è vietato incriminare condotte che costituiscono esercizio di **diritti e libertà costituzionali**, il cui esercizio non può costituire reato in forza dei principi di **non contraddizione gerarchia delle fonti**.

I divieti sono rivolti sia al legislatore, che non può prevedere come reato fatti che integrano l'esercizio di diritti e libertà; ma anche all'interprete che deve interpretare le norme penali in modo da salvaguardare l'esercizio degli stessi o sollevare la questione di legittimità costituzionale, qualora non sia possibile l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Un divieto di incriminazione di carattere generale deriva poi dalla necessità di rispettare il **principio di uguaglianza**.

- Es. adulterio (Corte cost. 126/1968) *51!
- art. 61, n. 11-bis c.p., introdotto dal d.l. 92/2008, conv. in l. 125/2008 (Corte cost. 249/2010)

B. LIMITI DI INCRIMINAZIONE

I principi costituzionali che limitano le scelte di politica criminale possono essere dimostrativi, ovvero che consentono alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità della norma che sia in contrasto con gli stessi (determinatezza e materialità); oppure argomentativi, che hanno contenuto più flessibile, in quanto consistono in indirizzi di politica criminale che si rivolgono al legislatore e che non consentono una declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme che non li rispettino (proporzione e sussidiarietà).

1. Principio di determinatezza

La riserva di legge costituisce una garanzia solo formale del principio di legalità. Invece, se si valorizza la ratio di tale principio, quale strumento finalizzato ad assicurare ai consociati la garanzia di libere sfere d'azione dal potere punitivo statale, è necessario che la legge descriva in modo sufficientemente preciso le norme penali = **principio di determinatezza**.

I consociati devono poter prevedere in anticipo quali comportamenti sono vietati, non solo a garanzia della libertà individuale, ma anche in funzione della efficacia della norma penale (art. 7 CEDU: le norme devono essere accessibili e prevedibili)

Questo principio costituisce un limite generale alla politica criminale, in quanto tra i vari sotto-principi del principio di legalità, è quello che si rivolge al legislatore, imponendogli limiti nella formulazione delle norme penali. È un limite debole, poiché solo strutturale.

La garanzia costituzionale impone al legislatore non solo di descrivere **fatti chiari e precisi**, ma anche di prevedere come reato **fatti che corrispondono a situazioni riscontrabili nella realtà**.

2. Principio di materialità

Il principio di materialità impone al legislatore di incriminare solo comportamenti umani esteriormente percepibili: il diritto penale non può accedere al foro interno del soggetto.

Questo principio trova fondamento nell'art. 25 comma 2 Cost.: *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*.

È incompatibile con questo principio il diritto penale della volontà proposto durante il periodo del nazionalsocialismo, secondo la quale la sanzione penale non deve intervenire per reprimere fatti dannosi, ma per volontà cattive. Inoltre, sono incompatibili il diritto penale dell'atteggiamento interiore, ovvero l'atteggiamento spirituale del soggetto rispetto ai beni giuridici; il diritto penale della pericolosità, nel quale si punisce non l'autore del fatto, ma l'autore pericoloso, la cui condotta appare sintomatica del rischio di commissione di reati.

3. Principio di offensività

Il rispetto del principio di materialità non basta a giustificare l'interventi penale, perché è anche necessario che la pena sia rivolta nei confronti di fatti offensivi di beni giuridici.

La duplice dimensione del principio di offensività:

- a) In **astratto**
- b) In **concreto**

Principio di offensività in astratto:

- Evoluzione storica della nozione di **bene giuridico** → la necessità che il reato consista in un fatto offensivo di un bene giuridico deriva dalle riflessioni degli **illuministi**, che avevano evidenziato l'esigenza di limitare la potestà penale ai soli fatti dannosi per la società.

1834 il giurista tedesco **Franz Birnbaum**, spiega che il bene giuridico deve presentare due caratteristiche: deve costituire un'entità pre-normativa che il legislatore non crea attraverso l'introduzione della norma penale ma trova già nel

contesto sociale; è necessario che presenti il requisito dell'offendibilità, ossia il bene deve poter essere offeso da una condotta.

Nella **teoria nazionalsocialista**, secondo cui il bene giuridico è espressione dello Stato liberale, che pone limiti al proprio intervento, al reato offensivo di un bene giuridico si sostituisce il reato come violazione di un dovere di obbedienza: il disvalore del fatto non sta nell'offesa a un interesse ritenuto meritevole di tutela, ma nell'aver trasgredito la norma e quindi violato l'obbligo di fedeltà allo Stato = crisi del bene giuridico e della sua funzione critica.

Nella seconda metà del XX secolo viene valorizzata di nuovo la figura del bene giuridico, nell'ambito del dibattito sui **comportamenti sessuali**; il progetto alternativo del Codice penale tedesco del 1966 individuò come fondamento giustificativo dell'intervento penale, proprio il bene giuridico, escludendo la rilevanza penale dei rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, in quanto tali condotte rimangono nella sfera della libertà individuali e vanno sottratte al controllo pubblico.

La **teoria dei beni giuridici costituzionali** (**Franco Bricola**, anni '70) = partendo dal presupposto che a sanzione penale incide direttamente sulla libertà personale, il sacrificio di un bene di rilevanza costituzionale, inviolabile per l'art. 13 Cost., giustifica il ricorso alla sanzione penale solo per tutelare i beni dotati di rilevanza costituzionale. Tale rilevanza non spetta solo ai beni espressamente enunciati dalla Costituzione, ma anche ai beni impliciti, che possono essere desunti da quelli oggetto di espressa menzione, e ai beni presupposti, la cui tutela è in rapporto di presupposizione necessaria rispetto a quella dei beni espressamente menzionati in Costituzione.

- Giurisprudenza della Corte costituzionale: il ruolo del **principio di ragionevolezza**: Corte cost. 519/2012 sul reato di mendicizia non invasiva (*60)

Il riconoscimento del principio di offensività in astratto produce effetti positivi in termini di limitazione della tutela penale. Innanzitutto, esclude la legittimità del diritto penale d'autore, nel quale rilevano non i fatti offensivi, ma le condizioni e le qualità personali dell'autore del fatto, ma consente di escludere anche la rilevanza penale di condotte che possono eventualmente essere oggetto di disapprovazione morale, ma che non offendono interessi di terzi o della collettività, in quanto si risolvono in fatti che appartengono a scelte individuali insindacabili.

Il principio di offensività si fonda quindi sulla distinzione tra diritto penale e morale, in quanto i precetti dell'uno non possono essere fondati sui precetti dell'altra, anche in ragione del pluralismo delle società contemporanee e del principio di laicità dello Stato.

Il confronto tra **liberalismo** e **paternalismo** nelle scelte di politica criminale: la riflessione sul delitto di favoreggiamento della prostituzione (Corte cost. 141 e 278 del 2019) *vedi da pag. 63

4. Principio di proporzione

La dottrina oggi riconosce in modo unanime la necessità di delimitare l'intervento penale alla tutela di beni che appaiono essere meritevoli di tutela attraverso la più grave delle sanzioni di cui l'ordinamento dispone: è necessario che per la tutela del bene appaia proporzionato il ricorso alla sanzione penale, che incide, direttamente o indirettamente, sulla libertà personale = principio di proporzionalità o di meritevolezza di pena (art. 13, 27, 3 Cost.)

Nel giudizio di meritevolezza della reazione penale va considerata la proporzionalità rispetto al tipo di bene offeso e alle modalità di aggressione allo stesso: così la lesione di un bene più importante giustifica una sanzione più elevata e il ricorso a particolari modalità aggressive può condizionare la diversità della risposta penale.

Un bene può essere meritevole di pena anzitutto con le norme costituzionali, se non riescono a imporre un vincolo rigido alle scelte di incriminazione, costituiscono comunque criteri direttivi per il legislatore. Inoltre, possono esserlo quegli interessi che godono di riconoscimento nel contesto sociale.

Quest'ultima porta due conseguenze: la prima consiste nella necessità di considerare i beni giuridici alla luce dei rapporti sociali nei quali si inseriscono e dai quali sono influenzati, nella quale svolge ruolo fondamentale il consenso sociale alla incriminazione di una condotta; questo consenso impone al legislatore un ruolo di filtro e non di recettore a cui spetta razionalizzare le istanze punitive attraverso i principi costituzionali. La seconda conseguenza tratta del carattere pre-normativo dei beni giuridici sta nella delegittimazione del diritto penale promozionale: il legislatore, quindi, non potrebbe inculcare tramite la sanzione penale il rispetto dei valori nei quali la comunità non crede e per cui considera sproporzionato il sacrificio.

Principio di sussidiarietà = il diritto penale costituisce l'extrema ratio, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato.

Principio di efficacia della tutela = non bastano a legittimare l'intervento penale meritevolezza e bisogno di pena, perché l'intervento sarebbe puramente simbolico, quindi solo un diritto penale efficace in termini di scopo è in grado di giustificare il sacrificio della libertà personale a tutela del bene.

C. **OBBLIGHI DI INCRIMINAZIONE**

Obblighi costituzionali → art. 13, comma 4 Cost che prevede che “sia punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà”; tali violenze devono costituire reato.

Obblighi sovranazionali → art. 117, comma 1 Cost secondo il quale “ la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La mancata attuazione di una norma sovranazionale vincolante per l’Italia, si traduce nel mancato rispetto dell’art, e quindi violazione dell’obbligo costituzionale, per cui può essere sollevata questione di legittimità della norma penale interna solo nel caso in cui il legislatore dia attuazione all’obbligo di tutela penale e con una legge successiva abroghi la norma attuativa.

Principio di colpevolezza = rifiuto di fondare la responsabilità penale su basi esclusivamente oggettive e richiede anche una imputazione soggettiva che la Corte costituzionale ha considerato imprescindibile per garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale.