

I “NUOVI” OBBLIGHI COSTITUZIONALI DI TUTELA PENALE: DALL’AN AL QUOMODO DELL’INCRIMINAZIONE

di Lorenza Grossi

(Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università degli Studi ‘Roma Tre’)

Sommario: 1. La riserva di legge ai tempi della crisi “fisiologica”. – 2. Gli obblighi di incriminazione costituzionali “puri”. – 2.1. Il volto “costituzionale” dell’illecito penale. – 2.2. Il paradigma costituzionale dell’illecito penale: la funzione critico-selettiva dei principî generali che regolano la materia penale. – 2.3. L’art. 13 co. 4 Cost. come unico obbligo di incriminazione costituzionale: la (ir)rilevanza della questione di legittimità costituzionale nella dialettica tra norme favorevoli o di favore. – 2.3.1. Segue. Le sentenze della C. eur. per violazione dell’art. 3 Cedu nei confronti di persone sottoposte a restrizioni di libertà personale. – 2.3.2. Segue. “Prevedibilità” e (parziale) “evitabilità” delle condanne da parte della Corte EDU. – 2.4. Il “nuovo” reato di valore costituzionale: l’art. 613-bis Cp. – 3. Gli obblighi di incriminazione *para*-costituzionali: l’art. 83 TrFUE. – 4. Gli obblighi *sub*-costituzionali: le indicazioni da Strasburgo

1. Ogni discorso relativo alla riserva di legge in materia penale sembrerebbe ormai incanalarsi lungo un tracciato che ne individua come immediato elemento descrittivo la “crisi”, sviluppatasi – secondo una comune classificazione – sul tronco di fattori “endogeni” ed “esogeni”¹. Tra i primi si è soliti collocare la crisi del Parlamento e della

¹ Con particolare riguardo alla letteratura penalistica italiana: *ex multis*, O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2250-2251; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 103; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 24; C. Cupelli, *Il problema della legalità penale segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *GC*, 1, 2015, 181; V. Napoleoni, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 517. Cfr. F. Mantovani, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *Crim* 2017, 126-131, spec. 131, il quale, con riferimento ai “fattori condizionanti” la crisi della riserva di legge, utilizza, in luogo della tradizionale distinzione fra cause esogene ed endogene, una classificazione più ampia: (i) cause indirette; (ii) cause dirette, queste ultime ulteriormente scomponibili in (a) cause endogene e (b) cause esogene nazionali, sovranazionali e internazionali.

volontà rappresentativa, con contestuale svuotamento della *ratio* di garanzia della riserva di legge, cui si aggiunge una più generale crisi della fattispecie²; nei secondi, invece, assumerebbe centralità la crisi del sistema delle fonti³, che, reso più complesso dal diritto europeo e internazionale, ha ormai dovuto abbandonare la solida, perfetta e rassicurante forma della “piramide”, frantumata in un “arcipelago”⁴, il quale sovente assume le forme del “labirinto”⁵.

I fattori endogeni, di natura patologica e secondo alcuni «astrattamente emendabili»⁶ – si è soliti ripetere – riguardano lo strumento attraverso cui è attuata la riserva, cioè la legge. La crisi della *riserva di legge*, detto altrimenti, è anzitutto l’effetto di una crisi che coinvolge primariamente la *legge*. Dopo aver puntato il dito contro il Parlamento, che ha perso credibilità con leggi malfatte, oscure, indecifrabili⁷, e chiamato in correità il giudice, che con la sua interpretazione creativa ha reso pietra angolare la norma a scapito della disposizione⁸, l’impressione che si ha è quella per cui risalire il flusso

² N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *RDPr*, 1, 2014, 36-44.

³ Sulla crisi dello Stato che si estende al sistema delle fonti, G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzioni*, in *Ars int*, 1, 2011, 19 ss.

⁴ G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *RagP*, 1, 2004, 116: «più che dell’antica piramide, capace di conferire organicità, compattezza e coerenza al sistema delle fonti, si può forse parlare – con riferimento al panorama attuale – di un complesso e mobile arcipelago di fonti in competizione tra loro, condizionato da elementi di natura fattuale più che normativa, da tentativi di regolazione impressi da punti diversi, anche non giuridici, e perciò caratterizzato, nella sua evoluzione, da grande fluidità, variabilità e instabilità. Il sistema di produzione del diritto diviene notevolmente complesso: dal momento che ciascuna fonte tende fisiologicamente a dilatare il proprio spazio di intervento nel nuovo contesto solo parzialmente regolato, il conseguimento di equilibri pur sempre provvisori, è faticoso e problematico». Per una sintesi della letteratura sul punto v. G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., 21, nota 6; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 5, nota 25.

⁵ V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5 ss.

⁶ V. Napoleoni, *op. cit.*, 519. In senso conforme, G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge*, in *Crim*, 2011, 86; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Crim*, 2011, 127-128; O. Di Giovine, *op. cit.*, 2250-2251.

⁷ G. Pecorella, *Law in action: per una nuova legalità*, in www.dirittodidifesa.eu, 17.11.2020, 3-4; Id., *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *DPP*, 7, 2018, 945-946.

⁸ Il rinvio è chiaramente a V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *ED*, XII, 1964, 195 ss., intendendo per disposizione l’enunciato linguistico prescrittivo e per norma, invece, il prodotto dell’attività interpretativa che ha ad oggetto la disposizione: detto altrimenti, la regola deducibile una volta che sia stato attribuito ‘significato’ a lemmi, parole e sintagmi. Sulla dialettica fra disposizione e norma, che si traduce, nella prassi, in un ‘rapporto di forza’ tra giurisprudenza e legislazione, la letteratura è sterminata: si segnalano, tra i tanti, G. Gorla, *Giurisprudenza*, in *ED*, XIX, 1970, 493 ss.; E. Piola Caselli, *Giurisprudenza*, in *DI*, XII, 1900-1904, 844-847, che già oltre un secolo fa si domandava se potesse immaginarsi una giurisprudenza ‘fonte del diritto’; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP*, 2, 2001, 353 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, spec. 53 ss. e 101 ss.; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *DPenCont*, 3, 2016, 13 ss.; da ultimo, M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo*

causale della crisi, esaminandone i fattori condizionanti, significhi molto spesso scivolare in un magma nel quale cause ed effetti si mescolano. D'altra parte, è forse attraverso una puntuale analisi dei fattori esogeni, di natura questa volta *non* emendabile, che è possibile cogliere, sia pur in filigrana, il disegno di una diversa dimensione della riserva di legge: si badi, non “nuova”, ma solo meno nota e forse non del tutto esplorata.

Il “nuovo” sistema delle fonti, come precisato, determina nel nostro ordinamento, come effetto diretto, una perdita di centralità della legge ordinaria, la quale sarà disapplicata (*rectius*: non applicabile) in caso di contrasto con una norma di diritto eurounitario ovvero dichiarata incostituzionale nelle ipotesi in cui non sia possibile un'interpretazione conforme (non alla disposizione, ma) alla norma Cedu⁹. Proprio dall'apice della piramide, insomma, gemmerebbero i rami di un sistema delle fonti che assumerebbe una forma reticolare¹⁰.

L'effetto ulteriore che deriva, poi, dal “nuovo sistema delle fonti” dispiega i propri effetti anche sul piano politico e/o politico criminale: il diritto penale, ultimo dominio

controllo politico, in www.archiviopenale.it, 1, 2017, 1 ss., che, muovendo da una piena parificazione fra interpretazione e creazione del diritto, ritiene che il giudice *crei* il diritto.

⁹ Si tratta delle conclusioni, poi parzialmente mitigate, cui è giunta la Corte costituzionale con le celeberrime (prime) “sentenze gemelle” (C. cost., 22.10.2007 n. 348 e C. cost., 22.10.2007 n. 349). La sentenza n. 348 del 2007, in particolare, individua nel “rinvio mobile” previsto dall'art. 117 co. 1 Cost. la base legale per offrire alla Cedu rango *sub*-costituzionale: attraverso questo meccanismo, la Cedu integra il parametro di legittimità costituzionale, sì che un eventuale contrasto con una norma interna comporta la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sotto ordinata. Non è tuttavia il ricorso allo schema della “norma interposta” che sorprende nel ragionamento della Corte, quanto piuttosto le precisazioni circa il contenuto del rinvio: a confluire nel nostro ordinamento non sarebbe la Convenzione Edu, ma l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo. C. cost., 22.10.2007 n. 348 § 4.6 del *Considerato in diritto*: «La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: “La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47”. Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia». Sul punto, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 5-10, spec. 7-8, cui si rinvia anche per l'analisi della successiva giurisprudenza costituzionale, attraverso cui è stata stemperata la fermezza di queste affermazioni.

¹⁰ Il riferimento è a F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di M. Vogliotti, Torino 2013, 29 ss.

della (sola) sovranità statale, è ormai diventato terra di mezzo in cui si sovrappongono istanze sovranazionali e internazionali.

Uno degli aspetti più interessanti è quello relativo ai precisi limiti apposti, proprio per il tramite delle fonti “non nazionali”, alla “libertà” del legislatore statale nelle scelte di incriminazione, che, pur mettendo a dura prova il principio della riserva di legge, ne rimarca l’assoluta attualità, non solo da un punto formale, ma soprattutto sostanziale. Sono, d’altronde, i momenti di crisi a gettare le basi per gli assetti futuri.

Il fondamento di questo nuovo sistema delle fonti, ad ogni modo, resta la Costituzione: tanto con riferimento alla “cessione di parte della sovranità statale” quanto all’individuazione dei controlimiti, sul versante del diritto eurounitario; tanto con riferimento all’individuazione della base legale di rango *sub*-costituzionale quanto alle conseguenze sul piano della disciplina. Sembrerebbe, altrimenti detto, che, nonostante il “multiforme” aspetto di volta in volta assunto dall’attuale sistema delle fonti, la gerarchia normativa resti un punto saldo¹¹, con la Costituzione che, anche nella definizione delle zone d’ombra, non ha perso la propria supremazia. Non viene, insomma, scalfito il «ruolo di chiusura del sistema svolto dalla Corte costituzionale»¹², come parrebbe confermato, fra l’altro, dalla parabola relativa al “grado” di vincolatività della norma Cedu, significativamente attenuata rispetto all’assetto delineato dalle prime gemelle¹³.

¹¹ Per gerarchia normativa s’intende il rapporto tra almeno due norme, tale per cui una risulta sovra-ordinata all’altra e, di riflesso, l’altra sotto-ordinata rispetto alla prima. All’interno del *genus* “gerarchia normativa” si è soliti distinguere le gerarchie strutturali, quelle materiali e quelle assiologiche: *amplius* G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena 2014, §2.1; R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 241-254, che utilizza anche una quarta categoria: quella delle gerarchie logiche o linguistiche.

¹² A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 46.

¹³ È, in effetti, a partire dalle c.d. seconde gemelle (C. cost., 11.11.2009 n. 311 e C. cost., 30.11.2009 n. 319) che le conclusioni cui era giunta la precedente giurisprudenza costituzionale vengono mitigate, fino a giungere ad un “parzialmente limitato” grado di vincolatività con la sent. n. 49/2015, secondo cui il giudice comune è obbligato ad adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo solo quando risultino espressione di un «diritto consolidato» (Corte cost. 14.1.2015 n. 49, § 7 del *Considerato in diritto*). Come anticipato, il momento “discendente” della parabola si sviluppa a partire dalla “seconde sentenze gemelle”, laddove la Corte costituzionale riconosce a sé stessa la possibilità di interpretare, a sua volta, la norma Cedu, nel segno di assicurare la massima espansione di garanzie al singolo. L’idea, cioè, è che, in tema di diritti fondamentali, l’interprete – in questo caso la Corte costituzionale – disponga di un margine di apprezzamento, inteso come spazio di manovra, nell’interpretazione e conseguente bilanciamento della norma convenzionale nel sistema costituzionale, col solo fine di aumentare il grado di tutela dei diritti fondamentali. V. C. cost., 30.11.2009 n. 319, §8 del *Considerato in diritto*. Sul tema, O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum Qcost*, 16.12.2009, 1 ss.; A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino 2020, 10-14, cui si rinvia anche con riferimento all’analisi della sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015.

Limitandosi alla sola analisi del diritto penale di matrice “europea” e “convenzionale”, la “maggiore forza di resistenza” accordata, sia pur con i precisati (contro)limiti, a questi sistemi sottopone il legislatore a vincoli indubbiamente peculiari: il riferimento è tanto agli obblighi di incriminazione derivanti dall’art. 83 TrFUE – la cui portata “storica” è stata, in realtà, ben presto ridimensionata – quanto, soprattutto, agli obblighi convenzionali, derivanti (non tanto dalla Cedu, ma) dalla interpretazione offerta dai giudici di Strasburgo¹⁴.

Se è vero d’altronde – e lo è – che sia il diritto “eurounitario” sia quello “convenzionale” si inseriscono nel nostro sistema per il tramite della Costituzione, il fondamento ultimo degli obblighi in questione deve pur sempre individuarsi nella Carta fondamentale. Gli obblighi di tutela penale, allora, assumerebbero la consistenza, in ambo i casi, di obblighi costituzionali di incriminazione, trovando ragione e limite all’interno della Costituzione. Per quanto riguarda gli obblighi eurounitari di incriminazione si potrebbe fare riferimento ad obblighi “para-costituzionali” di incriminazione: il fondamento degli stessi andrebbe rivenuto nell’art. 11 Cost., nonché, dopo la modifica del titolo V della Costituzione (l. cost. 18.10.2001, n. 3), nell’art. 117 co. 1 Cost., mentre il loro limite sarebbe rappresentato dai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona¹⁵. Gli obblighi convenzionali, viceversa, si inseriscono nella cornice costituzionale come norma

¹⁴ Sul tema, *ex multis*, F. Viganò, *L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, cit., 2645 ss.; Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 243 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009; G. de Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino 2007, 24 ss., 95 ss.; G. Panebianco, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *RIDPP*, 4, 2016, 1724 ss.; R. Sicurella, *La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l’armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano 2007, 245 ss.; Ead, «Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano 2011, 3 ss.; A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 69 ss.; C. Grandi, *op. cit.*, 119; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive. Testo, aggiornato e corredato di note, della relazione svolta il 9 maggio 2009 nell’Università Statale di Milano in occasione del Convegno di studi Diritto penale e fonti sovranazionali: i termini di una relazione problematica*, in *DPenCont*, 1, 2012, 43 ss.

¹⁵ *Ex multis*, C. cost. 19.03.2001 n. 73, § 3.1 del *Considerato in diritto*: «[i] “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e i “diritti inalienabili della persona” costituiscono infatti limite all’ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento giuridico italiano “si conforma” secondo l’art. 10, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall’art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991)».

interposta, arricchendo il parametro di legittimità costituzionale attraverso il rinvio contenuto nell'art. 117 co. 1 Cost.: collocandosi ad un livello “sub-costituzionale”, il limite è rappresentato dall'intera Costituzione. Per completezza, bisognerebbe affiancare a questi obblighi di incriminazione quelli che derivano direttamente dalla Costituzione: l'ipotesi, cioè, in cui è lo stesso tessuto costituzionale a richiedere espressamente la tutela penale di alcuni interessi, senza il necessario intervento di “fonti esterni”.

In breve: la riserva di legge risulterebbe frustrata, in maniera apparentemente non emendabile, dal “nuovo sistema delle fonti”, il quale, a ben vedere, risulta assai meno caotico di quello che potrebbe sembrare a colpo d'occhio, se si riconosce il ruolo di supremazia della Costituzione e del suo organo di garanzia, la Corte costituzionale.

L'espansione delle fonti del diritto determina, in ogni caso, l'emersione di nuovi obblighi di tutela penale: (i) obblighi *para*-costituzionali, derivanti dall'art. 83 TrFUE, che incontrano, in ogni caso, il limite dei controllimiti; (ii) obblighi *sub*-costituzionali, derivanti dalla norma Cedu per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost., che, pur arricchendo il parametro costituzionale, si collocano comunque ad un livello “inferiore”, richiedendo, quindi, da un lato, una “conformità a Costituzione” della norma Cedu, e, dall'altro, una conformità della legge statale alla norma Cedu¹⁶.

Il riferimento agli obblighi di incriminazione, d'altro canto, coinvolge primariamente i c.d. obblighi costituzionali, quelli cioè ricavabili già dalla (sola) Costituzione: si tratta di una categoria estremamente discussa, ma che rappresenta certamente la “tappa” obbligata ai fini di una corretta comprensione dei “nuovi” obblighi di tutela penale.

2. È sufficientemente nota la traiettoria seguita dagli obblighi costituzionali di incriminazione in Italia: il dibattito, originato soprattutto dalle riflessioni di Franco Bricola¹⁷ a partire dagli anni Settanta sul “bene di rilevanza costituzionale” e da alcune

¹⁶ *Amplius*, C. cost., 22.10.2007 n. 348, § 4.7. Sull'esatta portata del grado di vincolatività della norma Cedu, *supra*, nota 14.

¹⁷ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, 1973, 14 ss.; Id., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis, G. Palombarini, Atti del Convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova 1984, 3 ss., ora anche in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, Milano 1997, I, tomo II, 1475 ss.; Id., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *QuestC.* 1980, 225-236; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili: art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna 1981, 272 ss. Per una critica, per tutti, D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 2, 1983, 484 ss.

sentenze particolarmente significative in tema¹⁸, si è sopito in circa un decennio, liquidato nel riconoscimento, pressoché unanime, di un solo obbligo costituzionale di tutela penale: quello contenuto nell’art. 13 co. 4 Cost.¹⁹.

Appare in ogni caso utile muovere proprio dal pensiero di Bricola, sì da comprendere tanto gli ostacoli che ne hanno impedito un effettivo riconoscimento all’interno del nostro ordinamento quanto le ragioni che, d’altra parte, hanno permesso la proliferazione di obblighi “comunitari” e convenzionali di tutela.

2.1. Pur correndo il rischio di indebite semplificazioni, può dirsi che, secondo Bricola, la Costituzione non opera solo come vincolo negativo in relazione alle scelte di criminalizzazione fatte dal legislatore, ma, soprattutto, come fondamento rispetto all’individuazione dei beni giuridici da tutelare attraverso la sanzione penale²⁰. I principî costituzionali dettati per la materia penale – riserva assoluta di legge, tassatività, personalità della responsabilità penale, funzione rieducativa della pena – si salderebbero con coerenza nel segno di uno sfoltimento dell’area del penalmente rilevante, auspicando un ricorso allo strumento della depenalizzazione²¹. Quest’ultima altrimenti non potrebbe avvenire, se non attribuendo alla libertà personale lo stesso “valore” che le è riconosciuto dalla Costituzione ex art. 13 Cost.: si ritiene, allora, che «la sanzione penale [possa] essere adottata soltanto in presenza di una violazione di un bene, il quale, se pure di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato

¹⁸ Il riferimento è, soprattutto, nella giurisprudenza costituzionale d’Oltralpe a BVerfG, 25 febbraio 1975 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, in BVerfGE 39, 1 - *Schwangerschaftsabbruch I*, attraverso cui il BVerfG ha dichiarato l’illegittimità del § 218 a StGB, modellato secondo lo schema della c.d. soluzione dei termini, perché in contrasto con gli artt. 2 § 2 e 1 GG (rispettivamente: diritto alla vita e alla dignità umana); per un commento, D. Pulitanò, *op. cit.*, 491 ss., con ampi riferimenti anche alle questioni emerse sul piano nazionale con riguardo alla l. 10.5.1976 n. 319 (c.d. legge Merli). Per un’efficace ricostruzione del panorama di quel tempo, da ultimo, C. Paonessa, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l’occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2021.

¹⁹ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*³, Milano 2001, 496 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Non mancano Autori che, sulla base del tenore di alcune disposizioni costituzionali, hanno individuato altri obblighi di tutela penale. Si veda, ad esempio, con riferimento all’art. 21 co. 6 Cost., F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁹, Torino 2023, 68, per i quali tanto l’art. 13 co. 4 Cost. quanto l’art. 21 co. 6 Cost. rappresenterebbero delle “clausole espresse di penalizzazione”. *Contra*, per tutti, C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 84-87, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁰ Per una efficace ricostruzione, in chiave evolutiva, del pensiero di Bricola, obbligato il rinvio a M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *FI*, 2, 2001, cc. 29 ss.

²¹ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 15; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 272.

sia almeno dotato di rilievo costituzionale»²². Da questa affermazione discenderebbe, come corollario, l'idea che la Costituzione rappresenti la base cui attingere non solo con riferimento all'*an* dell'incriminazione, ma anche al *quantum*: «se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso»²³. La sanzione penale, precisa l'illustre studioso, può essere applicata anche con riferimento a lesioni di beni che, pur privi di un immediato “valore” costituzionale, siano strettamente legati da un rapporto di «presupposizione necessaria» a beni costituzionali, sì che la loro lesione necessariamente comporti la messa in pericolo del valore cui è vincolata²⁴ (si pensi, a mo' di esempio, al risalente dibattito relativo ai rapporti tra l'ambiente e il “valore costituzionale” della salute).

Questo passaggio, se da un lato ha il pregio di non ridurre la sanzione penale ad appannaggio di un limitato numero di beni costituzionali, dall'altro rischia di entrare in contraddizione con le stesse premesse da cui questa teoria muove. La tensione, altrimenti detto, è fra la selezione dei beni giuridici tutelabili attraverso la pena, cui si ispira l'idea stessa di “valore” costituzionale, e l'apertura verso (potenzialmente) indiscriminate forme di tutela penale mediante il meccanismo della presupposizione necessaria: non sembrerebbe possibile, insomma, individuare un criterio valido a

²² *Ibidem*. Il passo prosegue con l'icastica affermazione secondo cui «l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante» [corsivi del testo].

²³ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 18: «[i]l limite che vincola il legislatore in fase di formazione della norma penale non attiene esclusivamente alla scelta della qualificazione di illiceità penale, bensì anche alla graduazione della sanzione penale: è l'aspetto implicito nell'accenno alla “significatività” della lesione. Le cadenze del ragionamento che sta alla base di ciò sono molto lineari: se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso».

²⁴ *Op. ult. cit.*, 16. L'Autore riporta come esempio del rapporto di «presupposizione necessaria» la sicurezza del traffico in rapporto alla vita o all'incolumità dei cittadini. *Contra*, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 498: «[s]enonché, lo schema della presupposizione necessaria è del tutto inidoneo a legittimare l'esistenza di norme incriminatrici – unanimemente ritenute indispensabili – che tutelano *in forma autonoma* beni *non* menzionati nella Costituzione: norme cioè che tutelano tali beni *in sé e per sé*, senza richiedere la concreta *messa in pericolo di altri beni* costituzionalmente rilevanti» [corsivi del testo]. L'esempio riportato dagli Autori è quello dei delitti contro la fede pubblica o posti a tutela dei beni ambientali, che non richiedono la messa in pericolo di un bene costituzionale, ma che ricevono una protezione autonoma «nell'interesse non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future» (*ibidem*, 499).

distinguere il bene che, pur privo di valore costituzionale, meriti protezione attraverso la sanzione penale e quello che, viceversa, non sia attratto nell’orbita della “tutela” costituzionale (e quindi penale)²⁵.

La critica più significativa all’idea dei beni giuridici di rilevanza costituzionale si polarizza, ad ogni modo, sul possibile travalicamento del principio della separazione dei poteri²⁶: quello legislativo non sarebbe libero, ma anzi vincolato, nelle sue scelte di criminalizzazione, alla “tavola dei valori” già presente in Costituzione; la Corte costituzionale, viceversa, si vedrebbe attribuito il compito di sorvegliare (e punire) la discrezionalità del legislatore.

Proprio il ruolo principale ritagliato sulla figura della Corte costituzionale ha segnato in larga parte la fine della discussione sul ruolo della Costituzione come “fondamento” del diritto penale²⁷.

Sebbene le riflessioni di Bricola non contenessero un esplicito riferimento agli obblighi di incriminazione, posto che si individuava nella sanzione penale un vincolo operante solo unilateralmente rispetto alla significativa lesione di un bene di rilevanza costituzionale²⁸, potrebbe ritenersi che, valorizzando il contenuto dei diritti costituzionali, si debba ammettere, come necessaria conseguenza, una loro tutela attraverso la sanzione penale.

La questione, emersa soprattutto all’esito della nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* in tema di interruzione volontaria della gravidanza²⁹, non ha trovato particolare eco nei confini nazionali.

²⁵ E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano 1974, 123: «la “significatività” del valore costituzionale non è sufficiente a dare un concreto, positivo criterio discrezionale tra ciò che è meritevole di pena e ciò che non lo è, poiché non riesce a delineare i contorni del bene giuridico»; v. anche C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 43; G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 499, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁶ Con tutta evidenza, questa critica muove da un pieno riconoscimento della separazione dei poteri come paradigma assunto a fondamento dalla Costituzione. Si tratta, in realtà, di dare per dimostrato ciò che invece occorre dimostrare, posto che, come efficacemente rilevato, più che la separazione dei poteri, sia il meccanismo di *check and balance* a cui pare essere ispirata la Carta costituzionale; sul punto, C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *FI*, 9, 1973, 158, il quale osserva: «non tale principio [della separazione dei poteri] [è] stato assunto dalla nostra Costituzione, bensì l’altro, in parte divergente dal primo, dei *check and balance*, che richiede il controllo reciproco fra loro dei supremi organi costituzionali, e che trova una delle sue più tipiche manifestazioni nel sindacato di costituzionalità delle leggi».

²⁷ Aspetto riconosciuto dallo stesso Autore, cfr. F. Bricola, *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 279-282 ss.

²⁸ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 15; Id., *Sub art. 25, 2° e 3° comma*, cit., 272. Secondo l’Autore, cioè, non ogni lesione di un valore costituzionale necessiterebbe della sanzione penale, ma ogni sanzione penale dovrebbe trovare applicazione solo in presenza di una “significativa” lesione di un valore costituzionale.

²⁹ La riflessione lungo questi binari è stata in parte accelerata dalle conclusioni, diametralmente opposte, sostenute dal BVerfG in BVerfGE BVerfGE 39, 1 del 25 febbraio 1975, in tema di interruzione volontaria della gravidanza. Il *Bundesverfassungsgericht* in quell’occasione ha ritenuto obbligato il ricorso alla sanzione penale ai

Pur riconoscendo l'esistenza di un obbligo costituzionale di incriminazione, stabilito all'art. 13 co. 4 Cost., e muovendosi lungo il solco tracciato dalla teoria del “bene di rilevanza costituzionale”, la dottrina pressoché unanime ha negato l'esistenza di obblighi impliciti di tutela penale³⁰.

La questione relativa ad obblighi impliciti di incriminazione, d'altra parte, si basa su un equivoco di fondo: il giudice delle leggi, infatti, non avrebbe alcun “potere” propulsivo rispetto all'inerzia del legislatore, circostanza che di per sé basta a svuotare di cogenza l'“obbligo” di incriminazione. Il discorso, insomma, si intreccia con il più ampio tema delle omissioni legislative, il cui *discrimen* rispetto alle lacune, come autorevolmente affermato, si basa sulla presenza o meno di un obbligo³¹. Il rapporto tra omissione e obbligo, cioè, è speculare: in tanto si può parlare di omissione, in quanto ci sia un obbligo che specifichi il contenuto dell'azione dovuta (si pensi, a titolo esemplificativo, a qualsiasi obbligo di fare); viceversa, l'obbligo è realmente tale, sempre che sia “punita” l'omissione che vi contravvenga. Ne consegue, quindi, che se è il filtro dell'obbligo (positivo) a dar forma all'omissione, in assenza di “giustiziabilità” di quest'ultime risulta difficile, se non logicamente impossibile, parlare propriamente di “obblighi” di incriminazione. Ed è questa probabilmente la ragione per cui, specie in ambito convenzionale, le cose sono andate assai diversamente. Ma di ciò meglio in seguito.

2.2. Se il volto “costituzionale” dell'illecito penale, almeno così delineato, si scontra con limiti e critiche, un più ampio riferimento al paradigma costituzionale che regola la materia penale, forse, riesce a fornire indicazioni meno ondivaghe.

La necessaria premessa da cui appare utile muovere è quella che individua il reato, dal punto di vista sostanziale, come un *illecito di modalità di lesione*³²: il reato, rispetto agli

fini di una efficace tutela della vita del nascituro. Per una più approfondita analisi, D. Pulitanò, *op. cit.*, 484 ss.

³⁰ Su questi temi, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 506-516. *Contra* F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei. Contributi originali raccolti a cura e con presentazione di Alessandro Pizzorusso – Vincenzo Varano*, t. I, Milano 1985, spec. 601 ss., secondo il quale anche nell'art. 21 co. 6 Cost. sarebbe contenuta una “clausola espressa di penalizzazione”.

³¹ C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, cit., 153, spec. nota 4: «[l]e omissioni sono differenziabili dalle lacune perché, a differenza di queste ultime, sono da considerare inadempienza di un obbligo».

³² Si tratta della nota teoria di M. Gallo, *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino 1963, 8-9, rimasta pressoché inalterata fino a M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*³, I, Torino 2020, 201-203, ripresa, fra gli altri, anche da F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 13-14; M. Donini, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, n. 2, 2009, 424. Sull'esatto significato

altri illeciti, è altamente connotato, proprio con l’obiettivo di chiarire già astrattamente, e quanto più possibile, le modalità di aggressione che colorano e (contrad)distinguono l’offesa. Ogni elemento del fatto storico è idoneo a riflettersi ed essere graduato attraverso il prisma del diritto penale, sì che già in fase di formulazione della fattispecie diventa essenziale individuare e selezionare con precisione gli elementi che definiscono l’offesa. L’elemento oggettivo, l’elemento soggettivo, le forme di manifestazione del reato, le caratteristiche personali dell’agente fungono da griglia per misurare l’offesa all’interesse protetto dalla norma incriminatrice – la quale altro non è che la somma di ciascuno di questi elementi³³.

Assumendo come destinatario “privilegiato” della Costituzione il legislatore, tutti i principî dettati in materia penale acquisiscono lo spessore di veri e propri obblighi nella formulazione della fattispecie. Si tratta, questa volta, di obblighi “giustiziabili”, idonei cioè a produrre la caducazione della legge “inadempiente” sotto forma di dichiarazione di illegittimità costituzionale. Così, i principî di determinatezza³⁴,

da attribuire all’espressione “illecito di modalità di lesione”, M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, Roma 2022, 279-282, nota 550, spec. 281: «la formula di “illecito di modalità di lesione” con riferimento al reato, e intendendo – correttamente – il termine “lesione” come sinonimo di “offesa all’interesse penalmente tutelato”, potrebbe di per sé essere considerata corretta solo ricordando come, se, per la individuazione dell’offesa che costituisce contenuto sostanziale dell’illecito penale, occorre fare riferimento a tutti indistintamente gli elementi oggettivi e soggettivi di cui si compone il reato, tutti questi requisiti debbono allora logicamente essere visti come “modalità” necessarie per la realizzazione dell’offesa e che quindi ne costituiscono la struttura “interna” (ed è questo il significato che Gallo dà all’espressione “illecito di modalità di lesione”)».

³³ M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., 209: «[s]e interesse tutelato è quello alla cui offesa segue la sanzionabilità del comportamento che realizza l’offesa se ne deduce che alla definizione della sua struttura concorre non soltanto la considerazione degli elementi obiettivi del fatto ma altresì quella degli elementi soggettivi la cui presenza condiziona gli effetti giuridici della lesione o messa in pericolo dell’interesse». In senso conforme, M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze*, 281, in nota; Id., “*Elementi negativi a contenuto negativo?*” *Contributo ad una analisi strutturale del “fatto di reato”*, in *www.archiviopenale.it*, 2, 2021, 10, nota 18: «[p]osto che è dall’insieme di tutti gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, che discende un certo tipo e *quantum* di pena criminale, ossia la specifica conseguenza – e quindi “dimensione” – giuridica ricollegabile a quel fatto; con la logica conseguenza che ogni norma incriminatrice tutela un distinto interesse, ossia ha una sua specifica *ratio*». Con riferimento alle critiche mosse alla teoria realistica del reato, v. G. Neppi Modona, *Reato impossibile*, in *DigDPen.*, XI, 1996, § 4.

³⁴ Si ritiene preferibile fare riferimento alla sola determinatezza e non anche alla tassatività per due ragioni. Anzitutto, il principio di determinatezza, inteso in una accezione ampia, e cioè comprensivo anche del principio di precisione, si pone come presupposto logico del conseguente principio di tassatività: una legge precisa, determinata, intellegibile restringe, a monte, i campi di una possibile “interpretazione creatrice”. La determinatezza, poi, ha per destinatario il legislatore, viceversa il principio di tassatività sembra individuare come destinatario “privilegiato”, se non esclusivo, il giudice. Sulla precisione come principio a sé cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹², Milano 2023, 79-89. Interpreta in senso ampio la determinatezza, come comprensiva del principio di precisione e di tassatività, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 342-346, la quale offre una dimensione

personalità della responsabilità penale, offensività e proporzionalità vengono ad elevarsi quali autentici pilastri su cui poggia il tempio del diritto penale. Nel rispetto di questi principî, il legislatore è “libero” di perseguire i propri scopi di politica criminale, secondo uno schema che non si esaurisce nell'*an* della tutela penale, ma attiene soprattutto al *quomodo* dell'incriminazione: è, d'altronde, solo dagli elementi del reato (piano *post*-normativo) che è possibile ricostruire l'interesse tutelato. Detto altrimenti: è sul piano del *quomodo* dell'incriminazione che è destinato a trovare composizione il difficile bilanciamento tra i vincoli di tutela penale derivanti da una fonte sovraordinata e l'apporto discrezionale connaturato all'esercizio del potere legislativo.

Stando così le cose, il *quomodo* dell'incriminazione individuerrebbe la base su cui valutare l'adempimento o meno dell'obbligo di incriminazione, secondo un modello incrociato in cui vengono a saldarsi le indicazioni derivanti dalla fonte di rango superiore e le valutazioni discrezionali compiute dal legislatore nel rispetto dei principî costituzionali. La discrezionalità, d'altronde, non è mai sinonimo di arbitrarietà.

L'*ἀρχή*, sia pur con queste precisazioni, continua ad essere rappresentato dalla penna del legislatore e le fattispecie incriminatrici altro non sono (o dovrebbero essere) che il disegno costruito entro le righe della Costituzione.

Da ciò derivano due conseguenze: (i) gli obblighi di incriminazione possono offrire al più coordinate di massima rispetto alla tutela di un bene di categoria, ma è poi il *quomodo* dell'incriminazione a segnare l'adempimento o meno dell'obbligo, secondo lo spazio di manovra connaturato all'esercizio del potere legislativo; (ii) il vincolo prioritario del legislatore, prima di qualsiasi altro, resta il “paradigma” costituzionale dell'illecito penale.

Un'ultima precisazione: si è parlato di principî dettati in *materia* penale non a caso. Si ritiene, cioè, che molti caratteri, solitamente attribuiti al solo *diritto penale sostanziale*, debbano in realtà estendersi anche al diritto penale *processuale* e alle norme sull'*ordinamento penitenziario*.

Il processo, patologico nel diritto civile, è fisiologico nel diritto penale: la norma penale non vive al di fuori del processo e solo il processo, secondo le modalità prescritte dal codice di rito, può accertare la violazione del precetto sostanziale e applicarne le

“complessa” di questo principio, articolata lungo tre direttrici: (i) *sintassi*, che attiene in via principale alla precisione nella formulazione; (ii) *semantica*, relativa alla verificabilità; (iii) *pragmatica*, riferita alla tassatività.

conseguenze, poi eseguite in base alle norme sull’ordinamento penitenziario. L’idea di riferimento, detto altrimenti, è quella della c.d. *norma penale reale*³⁵, che fotografa un fenomeno complesso, composto da segmenti tradizionalmente riconosciuti come penali sostanziali, altri penali processuali, altri ancora relativi all’esecuzione. Il giudizio ipotetico kelseniano del “se A, allora B” si arricchirebbe, secondo queste premesse, di proposizioni ipotetiche intermedie, tese ad individuare tanto le modalità di accertamento di “A” quanto le procedure di esecuzione di “B”.

Una prospettiva più ampia, quindi, che completa il corretto inquadramento degli obblighi di tutela penale: una tutela sostanziale, che non sia coordinata con le disposizioni “processuali”, rischia infatti di essere monca, e quindi insufficiente.

2.3. La discussione sugli obblighi costituzionali di tutela, come anticipato, ha avuto come esito il riconoscimento di un solo obbligo esplicito di tutela penale: quello stabilito all’art. 13 co. 4 Cost., laddove è previsto che «[è] punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Sulla base di questa disposizione, acquisiva valore “costituzionale” l’art. 608 Cp (*Abuso di autorità contro arrestati o detenuti*): un’eventuale legge di abrogazione o depenalizzazione di questo delitto – si è soliti ripetere – sarebbe stata illegittima e sottoposta a declaratoria di illegittimità costituzionale dal giudice delle leggi³⁶. Si tratta, in realtà, di osservazioni che, per quanto condivisibili nelle conclusioni, appaiono per niente scontate nelle argomentazioni.

La questione, in effetti, si intreccia con il più ampio tema del sindacato di legittimità costituzionale c.d. *in malam partem*³⁷: prima precluso soprattutto per ragioni di carattere processuale e poi ammesso, sia pur nel rispetto della riserva di legge e seguendo la (ormai) nota dialettica fra norme di favore e norme favorevoli. Secondo un primo indirizzo, in particolare, era impedita al giudice delle leggi qualsiasi forma di controllo su norme penali (o di depenalizzazione o di abrogazione) la cui disciplina fosse favorevole all’imputato: il divieto di irretroattività della norma penale non ne avrebbe permesso alcuna applicazione nel giudizio *a quo*³⁸. Da qui l’ostacolo

³⁵ M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., 14-16; Id., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino 2017, 24-35. Adotta lo schema della norma penale reale come presupposto metodologico M. Trapani, *Il reato e le sue conseguenze*, passim.

³⁶ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *op. cit.*, 506.

³⁷ *Amplius*, V. Napoleoni, *op. cit.*, 408 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³⁸ V. M. Gallo, *La «disapplicazione» per invalidità della norma costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *RIDP*, 1957, 723 ss., spec. 736 ss., che, interrogandosi sugli effetti della dichiarazione di illegittimità

“processuale” della rilevanza della questione³⁹: la eventuale dichiarazione di illegittimità non avrebbe potuto operare in alcun modo nel giudizio pendente. La Corte costituzionale ha avuto modo di mitigare questi (auto)vincoli con la sentenza 2 giugno 1983, n. 148: si riteneva, cioè, che uno sbarramento di questo tipo rischiava, nei fatti, di vanificare il ruolo stesso della sua funzione. Rispetto ad una gamma più o meno estesa di interventi legislativi, la Consulta non avrebbe potuto «garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione statale ordinaria»⁴⁰. Proprio a partire da questa sentenza, sia pur ancora *in nuce*, emerge una prima e ancora approssimativa distinzione fra norme di favore e norme favorevoli, che verrà poi sviluppata in maniera omogenea nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 394 del 2006, in tema di falsi elettorali. Al di là delle riserve che questa impostazione può suscitare⁴¹, per norme c.d. di favore s’intendono quelle che prevedono per alcuni soggetti o categorie di soggetti un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello che deriverebbe

costituzionale, ammette, attraverso un corretto bilanciamento fra gli artt. 25 co. 2 e 136 Cost., il sindacato su norme incriminatrici che prevedono un trattamento favorevole all’imputato. In senso conforme, C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*⁹, II, Padova 1976, 1420-1421.

³⁹ A. Pizzorusso, *Sub art. 137 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali: art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna 1981, 255-256, il quale, in linea con l’impostazione unanime del tempo e muovendo dalla fondamentale corrispondenza tra rilevanza della questione ed effetti della decisione nel giudizio *a quo*, ritiene irrilevante il sindacato della Corte costituzionale se, in ogni caso, la norma incostituzionale, proprio in ragione dell’art. 25 co. 2 Cost., dovrebbe comunque essere necessariamente applicata: «[a] tale limitazione dell’efficacia della sentenza di accoglimento corrisponde l’irrilevanza delle questioni di costituzionalità relative a norme penali di favore e l’inconveniente appare ineliminabile se non si vuole modificare il principio di cui all’art. 25, 2° comma, oppure il principio che sta alla base del controllo incidentale di costituzionalità delle leggi». *Contra* G. Zagrebelsky, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *GC*, 1969, II, 1001 ss.

⁴⁰ C. cost., 2.6.1983 n. 148, § 2 del *Considerato in diritto*. Per un commento v., F. Cecchini, *Sindacato in malam partem e (ir)retroattività (s)favorevole: ai confini della legalità penale*, Tesi di dottorato, 2018/2019, 41-43; D. Pulitanò, *La ‘non punibilità’ di fronte alla Corte costituzionale*, in *FI*, 1983, I, 1807 ss.; G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *CP*, 1983, 1916 ss.; E. Gironi, *Le garanzie del Consiglio superiore della magistratura*, in *FI*, 1983, I, 1801 ss.

⁴¹ Per una critica sulla distinzione tra norme favorevoli e di favore, v. M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2, 2008, 553-556, il quale, efficacemente evidenzia come, in realtà, la distinzione tra le due categorie, sui cui effetti della dichiarazione di incostituzionalità la Corte ha strutturato il proprio “margine di intervento”, risulti, in alcuni punti, non del tutto condivisibile. Non si comprenderebbe, anzitutto, il motivo per il quale le due norme, entrambe incostituzionali, siano sottoposte in punto di disciplina ad un regime diverso, posto che, in ogni caso, non potrebbero trovare applicazione nel giudizio *a quo* in ragione del divieto di irretroattività *in malam partem*. Solo la norma di favore, infatti, sarebbe oggetto del sindacato di costituzionalità della Corte; la norma più favorevole, benché illegittima, resterebbe in qualche modo “intoccabile”. L’Autore, poi, sottolinea come tanto la norma favorevole quanto la norma di favore esprimano scelte legislative “non più attuali”: la prima, se rapportata alla normativa posteriore, la seconda rispetto alla norma generale, lasciando dubitare ulteriormente della distinzione operata dal giudice delle leggi.

dall'applicazione della norma generale: il giudizio, di conseguenza, coinvolge almeno due norme, entrambe vigenti e legate fra loro da un rapporto di specialità in astratto, sì che, in assenza della norma speciale, i fatti previsti dalla norma di favore ricadrebbero nell'ambito applicativo della norma generale⁴². L'effetto *in malam partem* derivante dalla caducazione della norma di favore, quindi, si sostanzierebbe nella “riespansione” della norma “generale”, con la conseguenza per cui l'intervento della Corte sarebbe quello connaturato al suo esercizio, senza scivolamenti nell'area di “signoria” del Parlamento e con rispetto, quindi, del principio della riserva di legge. Le norme favorevoli, viceversa, sono quelle che, diacronicamente, prevedono un trattamento sanzionatorio più mite rispetto ad una disciplina previgente: una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale porterebbe alla reviviscenza della norma anteriore, comportando quindi un sindacato non solo sulle norme incriminatrici, ma anche sulle (più recenti) scelte di criminalizzazione del legislatore. Il principio della riserva di legge, quindi, escluderebbe lo scrutinio costituzionale per questo tipo di norme.

Muovendo da queste premesse, non sembra potersi dubitare del fatto che una eventuale legge di depenalizzazione o abrogazione dell'art. 608 Cp (oggi dell'art. 613-bis Cp), qualora venisse sollevata questione di legittimità costituzionale, si collocherebbe nel fenomeno delle norme favorevoli, il cui sindacato, vale la pena ripeterlo, è precluso alla Corte costituzionale.

Eppure, è in ogni caso possibile convenire con le conclusioni avanzate dalla dottrina pressoché unanime: sono le eccezioni alla regola della (in)sindacabilità delle norme favorevoli a fungere da autentico filo di Arianna per uscire dal labirinto della (ir)rilevanza della questione.

La Corte costituzionale in alcuni casi, che potrebbero considerarsi una casistica, ha ritenuto di poter sindacare sui vizi formali dei decreti legislativi, anche laddove il giudizio abbia ad oggetto il sindacato di norme favorevoli. Si trattava, più in particolare, di ipotesi in cui, eccedendo i principî contenuti dalla legge delega, il legislatore delegato aveva abrogato una norma incriminatrice⁴³ o introdotto un

⁴² C. cost., 8.11.2006 n. 394, § 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ C. cost., 23.1.2014 n. 5, con nota di C. Cupelli, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *RIDPP*, 2, 2014, 977 ss.; M. Scoletta, *La sentenza n. 5/2014 della corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *DPenCont*, 2, 2014, 242 ss.; E. Profiti, *L'illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di “associazione militare per scopi politici”: quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti in malam*

trattamento favorevole, incidendo sull'elemento soggettivo di un reato⁴⁴. L'impianto motivazionale del giudice delle leggi in queste pronunce potrebbe riassumersi e generalizzarsi come segue: (i) la riserva di legge poggia la sua *ratio* sulla funzione di garanzia e, sebbene siano parificati alla legge il decreto-legislativo ed il decreto-legge⁴⁵, è sempre il Parlamento deputato a individuare o convalidare le scelte di incriminazione; (ii) sarebbe illogico ritenere che sia impedito alla Corte il sindacato di legittimità costituzionale su norme favorevoli sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost., se, sia pur implicitamente, è proprio questo ad essere violato a causa dell'abuso del legislatore delegato⁴⁶.

Non sembra azzardato ritenere che, *mutatis mutandis*, lo stesso ragionamento valga (a maggior ragione!) nel caso in cui il vizio procedurale attenga alla violazione dell'obbligo costituzionale di incriminazione: così come la legge-delega funge da norma interposta⁴⁷ per il legislatore delegato, allo stesso modo l'obbligo di tutela

partem, in *CP*, 9, 2014, 2890 ss.

⁴⁴ C. cost., sent. 22.4.2022 n. 105, con nota di C. Cupelli, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti in malam partem delle pronunce del giudice costituzionale*, in *GC*, 3, 2022, 1728 ss.; B. Liberali, *L'illegittima restrizione della rilevanza penale della condotta di commercio di sostanze dopanti*, in *RIDPP*, 1, 2023, 237 ss.; S. Bonini, *L'illegittimità costituzionale della previsione del dolo specifico nel commercio di sostanze dopanti (art. 586-bis, co. 7, c.p.): quando motivi 'formali' e argomenti sostanziali convergono*, in *Sist. pen.*, 10, 2022, 99 ss.

⁴⁵ La Corte costituzionale, in realtà, in questa sentenza non si pronuncia sulla parificazione – ai fini dell'art. 25 co. 2 Cost. – dei decreti legislativi e dei decreti alla legge, si tratta di una conclusione assolutamente pacifica sia in dottrina che in giurisprudenza. Ciò non solo perché è la stessa Costituzione a qualificare i decreti-legge ed i decreti-legislativi, ma anche perché: (i) il Parlamento, 'luogo' rappresentativo della volontà popolare, vigila o dà impulso agli atti aventi forza di legge di matrice del Governo; (ii) solo la legge e gli atti ad essa equiparati possono essere sottoposti a forme di controllo da parte del cittadino, attraverso lo strumento di democrazia diretta del referendum abrogativo; (iii) sulla legge ed atti ad essa equiparati si svolge il controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte. Sul punto, per tutti M. Trapani, *Legge penale*, in *EG*, XXVIII, 1990, 3.

⁴⁶ In questo senso, v. T. di Verona, ord. 25.2.2012, n. 201, in *GUff*, 3.10.2012, 39: «[i]n ogni caso, anche considerando condivisibile quella giurisprudenza e ritenendo che la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., precluda alla Corte un sindacato sulle leggi abrogative di reati, di certo quella giurisprudenza non può trovare applicazione nel caso di specie. In questa sede, infatti, la pronuncia che è richiesta alla Corte è diretta espressamente a riaffermare il principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., violato proprio dall'illegittimo intervento di un organo diverso dal Parlamento. Ove la Corte ritenesse di ricondurre questa vicenda nell'alveo della propria richiamata giurisprudenza si produrrebbe l'effetto non già di garantire il rispetto da parte della Corte del monopolio riservato al Parlamento dall'art. 25, comma 2, Cost., bensì di legittimare la violazione del medesimo principio ad opera del Governo in carenza assoluta del relativo potere».

⁴⁷ Lo schema della “norma interposta” emerge a partire da C. cost., 26.1.1957 n. 3, che lo individua proprio con l'obiettivo di estendere il proprio sindacato anche alla legge delega. Quest'ultima, in particolare, potrebbe comportare una violazione indiretta dell'art. 76 Cost. nei casi in cui venga emanata al di fuori dei presupposti ivi previsti ovvero porsi come parametro costituzionale qualora il decreto-legislativo ecceda rispetto a quanto delegato. In argomento, A. Celotto, E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *ED*, agg. VI, 2002, 704-705; J. Ferracuti, *Delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Il libro dell'anno del diritto 2018*, in www.treccani.it, 2018; F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*⁵, a cura di F. Modugno, 183, Torino 2021, il quale efficacemente evidenzia:«[l]a legge delegante sarebbe cioè norma interposta tra la previsione

penale richiesto dall'art. 13 co. 4 Cost. imporrebbe, in negativo, un divieto di depenalizzazione della normativa che ne è il prodotto. Si tratterebbe, insomma, di un “vincolo dall'alto” che, se non rispettato, vizierebbe a monte qualsiasi atto abrogativo o di depenalizzazione.

Il delitto di “valore costituzionale” (prima art. 608 Cp, ora art. 613-bis Cp), detto altrimenti, gode di una protezione doppiamente costituzionale: derivante dall'art. 13 co. 4 Cost. e, per l'effetto, dalla Corte costituzionale. Da ciò discenderebbe, quindi, l'illegittimità tanto di un eventuale *referendum* abrogativo, censurabile secondo lo schema della norma “costituzionalmente necessaria”⁴⁸, quanto della legge di abrogazione o depenalizzazione, perché in contrasto con l'art. 13 co. 4 Cost.

L'impressione, poi, è che, non diversamente dal rapporto che lega l'art. 76 Cost. e la legge delega, per cui quest'ultima è emanata sulla base dei criteri stabiliti direttamente in Costituzione, allo stesso modo il “delitto” di valore costituzionale debba necessariamente trarre linfa, specie per le indicazioni di carattere “contenutistico”, da ciò che ne rappresenta la fonte – e cioè: l'art. 13 co. 4 Cost.

L'idea, detto altrimenti, è che la fonte di rango superiore operi in due direzioni, tra loro complementari: da un lato, è volta a sottoporre ad un regime di tutela costituzionale rafforzato il delitto che è espressione dell'obbligo di incriminazione; dall'altro, individua il contenuto cui la fonte di rango inferiore deve essere conforme.

2.3.1. Il tema dell'obbligo costituzionale previsto dall'art. 13 co. 4 Cost., tornato in auge all'esito delle condanne riportate a Strasburgo per violazione del divieto di tortura⁴⁹,

costituzionale dell'art. 76 e il singolo decreto legislativo delegato, sicché la violazione di essa determina l'incostituzionalità del decreto per effetto della indiretta violazione degli artt. 76 e 77, 1° comma, Cost. Soggetti al controllo della Corte costituzionale sarebbero dunque tanto i decreti legislativi per violazione della legge di delega, quanto le leggi di delega in mancanza dei presupposti e degli altri elementi necessari previsti dall'art. 76 Cost. La *ratio* di tale competenza viene ricondotta dalla Corte alla natura di atto con forza di legge del decreto legislativo delegato, alla sussistenza di una violazione indiretta della Costituzione e – ciò che è particolarmente significativo – alla previsione costituzionale di un'unica giurisdizione competente a rilevare i vizi degli atti di normazione primaria. La disposizione delegante pone perciò una norma sulla produzione autorizzata da una norma di rango superiore (art. 76 Cost.)».

⁴⁸ Si tratta della categoria tornata di ampia attualità all'esito della dichiarazione di inammissibilità del *referendum* per l'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp (omicidio del consenziente). V. C. cost., 15.2.2022 n. 50, § 5 e ss. del *Considerato in diritto*. Per un commento, A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, 83 ss.; A. Massaro, *La natura “costituzionalmente necessaria” dell'art. 579 c.p.: la consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di “eutanasia legale”*, in *CP*, 6, 2022, 2174 ss.

⁴⁹ Le condanne per l'inadempimento dell'obbligo positivo di tutela derivante dall'art. 3 Cedu sono particolarmente note per quanto riguarda le vicende relative al G8 di Genova: C. eur., 7.4.2015, *Cestaro v. Italia*,

sembrerebbe confermare l'impressione per cui, fermo restando un obbligo che attiene all'*an* della tutela, siano proprio le modalità di adempimento, e cioè il *quomodo* dell'incriminazione, a consentire una valutazione sul corretto adempimento: in queste pronunce, in effetti, a venire in considerazione è proprio il delitto (al tempo ritenuto) di “valore costituzionale” previsto all'art. 608 c.p.

Riservandoci di tornare sull'argomento nel prosieguo⁵⁰ e capovolgendo logicamente e cronologicamente l'ordine dei “fattori”, sembra opportuno limitare, in questo punto dell'indagine, l'analisi ai casi, giunti a Strasburgo, nei quali gli atti di tortura sono stati commessi a danno di persone “comunque sottoposte a restrizioni di libertà personale”. Sono queste, d'altronde, le ipotesi in cui la Corte EDU, sia pur indirettamente e da una diversa prospettiva, si è confrontata con il “nostro” (unico) obbligo costituzionale di incriminazione.

Le sentenze sul tema sono tre: tutte del 2017 e quindi successive al (maggiormente) noto caso “Cestaro”. Due si inseriscono nel più ampio filone degli atti di tortura posti in essere durante il G8 di Genova, e in particolare alle vicende consumatesi nel carcere di Bolzaneto; l'altra, invece, attiene ad episodi di maltrattamenti subiti da due detenuti nel carcere di Asti⁵¹.

Le sentenze *Azzolina e altri v. Italia* e *Blair e altri v. Italia*, i cui elementi di fatto e di diritto sono pressoché sovrapponibili, vengono pronunciate all'esito dei ricorsi di 59 persone, le quali, durante il G8 di Genova, furono trattenute nella caserma di Bolzaneto – adibita, per l'occasione, a “carcere provvisorio” –, subendo sistematiche vessazioni e umiliazioni da parte degli appartenenti alle forze dell'ordine⁵².

Le vittime lamentano la violazione dell'art. 3 Cedu sia sotto il piano sostanziale sia sotto quello procedurale: non solo gli atti posti in essere ai loro danni si configurano come “tortura”, ma anche l'indagine risulta – per adoperare i termini in uso a Strasburgo – non effettiva, considerate le blande sanzioni (solo in pochi casi)

ric. n. 6884/11; C. eur., 22.6.2017, *Bartesaghi Gallo e altri v. Italia*, ric. nn. 12131/13 e 43390/13.

⁵⁰ *Infra* § 4.

⁵¹ Si tratta di tre sentenze su cui la Prima sezione della Corte Edu si è pronunciata nel medesimo giorno: C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, ric. nn. 28923/09 e 67599/10; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, ric. nn. 1442/14, 21319/14 e 21911/14; C. eur., *Cirino e Renne v. Italia*, 26.10.2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13. Per un commento, v. F. Cancellaro, *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.11.2017.

⁵² C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, cit., § 128; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 97. Risultano accertate, da parte della Corte di Strasburgo, una serie di severe aggressioni fisiche e verbali. Alle persone fermate, ad esempio, fu vietato di alzare la testa e guardare gli agenti lì presenti; costretti a mantenere posizioni vessatorie per ore e ad attraversare, con la testa bassa, il «tunnel di agenti», che, intanto, li colpivano e insultavano, alcuni di loro, quelli provenienti dalla scuola Diaz-Pertini, furono marchiati con una croce al viso.

comminate. Per i fatti di Bolzaneto vennero indagate e rinviate a giudizio quarantacinque persone (vice-questore aggiunto, appartenenti alle forze dell'ordine, medici dell'amministrazione penitenziaria), ma in assenza di un delitto di tortura l'armamentario italiano cui si è attinto è risultato particolarmente variegato e in ogni caso insufficiente a tutelare i diritti delle vittime: abuso di potere nei confronti di persone arrestate o detenute, lesioni personali gravi, oltraggio, violenza, minacce, favoreggiamento personale abuso d'ufficio e reati di falso aggravati ex art. 476 co. 2 Cp. Fatta eccezione per l'abuso d'ufficio, i reati di falso e le lesioni personali, al momento del giudizio innanzi alla Corte di cassazione era intervenuta la prescrizione per tutti gli altri reati. Le condanne inflitte, già limitate per effetto della prescrizione, non sono risultate particolarmente severe, anche in ragione della concessione dell'indulto e della sospensione condizionale della pena ad alcuni degli autori.

La Corte di Strasburgo non solo qualifica come tortura i fatti consumatisi nella caserma di Bolzaneto, ma precisa anche che, affinché l'art. 3 Cedu possa dirsi rispettato è altresì necessario che lo Stato ponga in essere indagini “effettive”. L'aggettivo, forse ridondante, suggerisce un modello di indagine (*rectius*: di processo, comprensivo della fase investigativa) idoneo, in astratto, a «poter condurre all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili e all'accertamento della verità»⁵³: *in astratto*, nel senso che l'obbligo procedurale si atteggierebbe, secondo una tradizionale distinzione, come una obbligazione di mezzi e non di risultato⁵⁴. Nel caso in esame, la Corte accoglie le doglianze dei ricorrenti: l'art. 3 Cedu è stato violato sia sul versante sostanziale sia su quello procedurale. Sotto il primo profilo, la violazione attiene a due segmenti diversi: da un lato, i fatti commessi integrano lo *standard* della tortura

⁵³C. eur., 26.10.2017, *Azzolina e altri v. Italia*, cit., § 147; C. eur., *Blair e altri v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 116. In entrambe le sentenze, e riportando un orientamento che può dirsi largamente consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, la Corte prosegue: «[s]e così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, il divieto generale della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace in pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo di una quasi-impunità, i diritti delle persone sottoposte al loro controllo».

⁵⁴ Si tratta di un'espressione frequente nelle pronunce della Corte Edu che si occupano di valutare lo *standard* procedurale, non solo con riferimento all'art. 3 Cedu, ma anche agli artt. 2 e 8 Cedu. Sul versante dell'art. 2 Cedu, v., per tutti, C. eur., GC, 15.6.2021, *Kurt v. Austria*, ric. n. 62903/15§ 159: «the duty to take preventive operational measures under Article 2 is an *obligation of means, not of result*» [corsivi nostri]. Con riferimento all'art. 8, v. di recente C. eur., 27.5.2021, *J.L v. Italia*, ric. n. 5671/16, §118: «l'obbligo positivo che incombe allo Stato in virtù dell'articolo 8 di proteggere l'integrità fisica dell'individuo richiede, in casi così gravi come la violenza sessuale, delle disposizioni penali efficaci e può estendersi, pertanto, alle questioni inerenti all'effettività dell'indagine penale condotta ai fini dell'attuazione di tali disposizioni [...]. Per quanto riguarda l'obbligo di condurre un'indagine effettiva, la Corte rammenta che si tratta di un *obbligo di mezzi e non di risultato*».

(violazione dell’obbligo sostanziale negativo)⁵⁵; dall’altro, i Giudici di Strasburgo evidenziano l’assenza di un quadro giuridico adeguato a sanzionare comportamenti di questo tipo (obbligo sostanziale positivo)⁵⁶.

Anche la sentenza relativa ai maltrattamenti subiti dai detenuti nel carcere di Asti, nel caso *Cirino e Renne v. Italia*, ricalca grosso modo le argomentazioni poste alla base delle decisioni appena esaminate.

Il processo a Strasburgo, nuovamente, accerta la duplice violazione dell’art. 3 Cedu, sotto il piano sostanziale e procedurale. Non si contesta un ritardo da parte degli inquirenti o dei giudici di merito, che, anzi, hanno agito in maniera scrupolosa: in assenza di un delitto di tortura, il Tribunale è «dovuto ricorrere ad altri reati esistenti, vale a dire le disposizioni del codice penale in materia di abuso di autorità nei confronti di detenuti e di inflizione di lesioni personali»⁵⁷. Reati che, secondo la Corte non sono «in grado di fare fronte all’intera gamma di questioni derivanti dagli atti di tortura subiti dai ricorrenti»⁵⁸.

Queste sentenze appaiono particolarmente interessanti per due aspetti, strettamente connessi fra loro: (i) l’art. 608 Cp si dimostra inadeguato (e quindi inadempiente) sia sul piano degli obblighi “sub-costituzionali” sia su quello degli obblighi “costituzionali” puri; (ii) l’effettività della tutela non può prescindere da un corretto coordinamento tra le disposizioni definite “sostanziali” e quelle “processuali” – l’idea della norma penale reale, insomma, ne esce rafforzata nel contenuto e, in parte, nella disciplina.

Il delitto di “valore” costituzionale, come pure era stato considerato l’art. 608 Cp, non sembrerebbe in realtà idoneo a garantire quella tutela che l’art. 13 co. 4 Cost. definisce in maniera *tranchant*. L’impressione, però, è che non fosse necessario l’intervento di Strasburgo per “scoprirlo”, neanche rispetto alle implicazioni di carattere processuale⁵⁹. E infatti, muovendo proprio dalla formula utilizzata dal costituente nella introduzione del (solo) obbligo di incriminazione costituzionale, è il predicato,

⁵⁵ In via di prima approssimazione, può definirsi obbligo negativo sostanziale quello che vincola lo Stato ad un “non fare”: più precisamente, a non commettere atti lesivi del diritto riconosciuto nella Convenzione. *Amplius*, F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 247-251 e *infra* § 4.

⁵⁶ L’obbligo positivo sostanziale attiene ad un *facere* da parte dello Stato firmatario, il quale deve predisporre un quadro giuridico adeguato (*legislative and regulatory framework of protection*) a tutelare i singoli da condotte lesive del diritto riconosciuto nella Cedu. *Amplius*, F. Viganò, *loc. ult. cit.*, e *infra* § 4.

⁵⁷ C. eur., *Cirino e Renne v. Italia*, 26.10.2017, cit., § 109.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Si vedano, al riguardo, le opinioni espresse ad un anno prima del noto *affaire Cestaro v. Italia* da A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, in *DPenCont*, 2, 2014, 129 ss. Sul tema, *amplius* S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018, 233-237.

posto addirittura in prima posizione, a fare la parte del leone: «è punita». L’idea, cioè, parrebbe quella di richiedere una effettiva risposta sanzionatoria in concreto, non solo in astratto.

Da una interpretazione sistematica che saldi questo comma con il terzo dell’art. 27 Cost., tra l’altro, emerge con chiarezza come l’obiettivo dei Costituenti fosse quello di incriminare qualcosa di più delle sole “misure di rigore non consentite”⁶⁰. Non c’è dubbio che questi due articoli si inseriscono con coerenza in un filone volto ad offrire piena protezione alle persone coinvolte nel sistema penale, da parte di pubblici agenti: l’art. 13 co. 4 Cost. non è teso a punire ogni violenza o minaccia sulle persone ristrette della libertà personale, quanto piuttosto da persone che, proprio in ragione della propria funzione, dovrebbero ricoprire un ruolo di “garanzia”. In altri termini, l’art. 13 co. 4 Cost. dice molto più di quello che potrebbe sembrare: anzitutto, si deduce, attraverso una interpretazione sistematica, come lo spettro di tutela sia assai più puntiforme di quello che emergerebbe a prima lettura. La punizione di “ogni violenza fisica o morale” sulle persone “comunque sottoposte a restrizioni di libertà” non è volta ad operare in orizzontale – cioè: tra pari (si pensi ad una persona detenuta che operi

⁶⁰ Molti Autori deducono il divieto di tortura dall’art. 13 co. 4 Cost. *Ex multis*, A. Pugiotto, *Repressione penale della tortura e Costituzione*, cit., 133: «[i]n un testo costituzionale che non prevede (altri) obblighi di criminalizzazione, la disposizione citata è la sola ad imporre una repressione penale, perché l’esperienza della tortura, a molti Costituenti, non era affatto sconosciuta. Dunque, “la tortura è l’unico delitto costituzionalmente necessario”: la ratifica dell’Italia di trattati e convenzioni che la vietano, quindi, obbedisce a un dovere di coerenza costituzionale come per una sorta di rima davvero obbligata, perché è già con l’entrata in vigore della Costituzione italiana del 1948 che sorge l’imperativo legislativo di vietare la tortura e criminalizzarne il ricorso». In tema, C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*, II, cit., 1046-1047. Il quale, pur affermando, con riferimento al co. 4 dell’art. 13 Cost., che si tratti di un «divieto (non sempre osservato)», ne individua il contenuto come «ogni violenza sull’arrestato, sia fisica con forme di tortura, sia morale, con l’uso di procedimenti di varia natura rivolti a modificare artificialmente lo stato psichico del soggetto allo scopo di estorcerne la confessione [...] Risulta pertanto confermato che la libertà personale è protetta dall’art. 13 non solo dalle situazioni di assoggettamento che impediscano il libero movimento della persona, ma altresì da qualsiasi accertamento o operazione che su essa si eserciti coattivamente, e sia tale da ledere gli interessi anche d’ordine morale a non esporre agli altri il proprio corpo». L’Illustre Autore, poi, ritiene necessario integrare le forme di tutela derivanti dall’art. 13 co. 4 Cost. attraverso una duplice prospettiva: una processuale e l’altra, invece, relativa alla funzione delle pene. Proprio con riferimento a queste ultime si rende necessario il riferimento all’art. 27 co. 3 e 4 Cost.: non solo le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, ma anche il divieto di pena di morte (al tempo ancora in vigore nella legge militare di guerra) offre una dimensione ulteriore e “privilegiata” rispetto alla mera retribuzione. *Contra*, G. Amato, *Sub art. 13*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili: art. 13-20*, a cura di G. Branca, Bologna 1977, 26-30, il quale ritiene che la garanzia prevista dall’art. 13 co. 4 Cost. operi su tre diversi versanti: (i) repressivo; (ii) processuale; (iii) preventivo. L’Autore sembrerebbe ritenere insufficiente la “batteria di norme repressive” cui è affidato l’obbligo di tutela previsto dall’art. 13 co. 4 Cost., sebbene il quadro di tutela “preventivo”, ricostruito sulla base del vecchio codice di rito, risulti invece soddisfacente.

violenza su una persona nelle stesse condizioni) –, quanto piuttosto in verticale – nei confronti di persone “qualificate”⁶¹.

L’art. 27 co. 3 Cost., d’altro canto, si pone come baluardo delle persone condannate, affermando che le pene non possono consistere in “trattamenti contrari al senso di umanità”. Lo spettro di tutela dell’art. 13 co. 4 Cost. è più ampio, destinato a tutelare chi è «comunque» sottoposto a restrizioni di libertà: non solo il condannato, dunque, ma anche l’indagato o l’imputato⁶² – che, vale la pena ricordarlo, sulla base dell’art. 27 co. 2 Cost. è presunto non colpevole. Il divieto di tortura, agevolmente ricavabile dall’art. 27 co. 3 Cost., a maggior ragione vale per l’art. 13 co. 4 Cost.⁶³: è il principio di non colpevolezza a svuotare di qualsiasi validità forme di c.d. tortura investigativa – attuate, cioè, con lo scopo di estorcere informazioni o confessioni dall’indagato⁶⁴. Ma non basta. La richiesta di “punizione” – *rectius*: di tutela – non può prescindere da una corretta valutazione del tessuto sistematico in cui il delitto si inserisce (si pensi al proposito al regime delle cause estintive del reato, prima fra tutte la prescrizione) e del diritto c.d. processuale. Sotto il primo profilo, la risposta sanzionatoria offerta dall’art. 608 Cp risulta inefficace specie se esaminata attraverso il filtro della prescrizione: il

⁶¹ Chiarissimo sul punto A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Qcost*, 2, 2018, 396: «[c]iò che la disposizione tutela non è la generica libertà personale, bensì l’indisponibilità e l’inviolabilità del corpo del soggetto dalla pretesa di controllo degli apparati coercitivi statali. Ad essere vietato, dunque, è l’abuso di potere statale da parte di coloro che, detenendolo, lo esercitano a scapito della piena legalità del loro agire. In altre parole, la tortura di Stato».

⁶² Si tratta della constatazione piuttosto evidente avanzata già all’indomani della emanazione della Carta costituzionale. Per tutti, v. V. Crisafulli, *Manuale dei diritti del cittadino*², Roma 1950, 52.

⁶³ Sul punto, v. Giu. Serges, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo, S. Talini, Napoli 2017, 368, il quale, muovendo dall’art. 3 co. 2 Cost., secondo cui è compito dello Stato rimuovere gli ostacoli che “impediscono il pieno sviluppo della persona umana”, ricostruisce sulla base di un rapporto mezzo-fine quanto stabilito dall’art. 13 co. 4 Cost. e dall’art. 27 co. 3 Cost.: «[s]petta dunque allo Stato il compito di rimuovere gli impedimenti che si frappongono alla garanzia, a norma dell’art. 27, comma 3, di un “carcere senza tortura” e, per assurgere a tale compito, è necessario approntare degli strumenti punitivi adeguati nei confronti di chi pratica atti di violenza fisica e morale sui soggetti sottoposti a regime detentivo, come prevede l’articolo 13, comma 4».

⁶⁴ È, d’altra parte, questo il prodotto delle principali riflessioni svolte durante l’Illuminismo. Obbligato il riferimento a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1884, par. XXII, spec. 53: «[u]na crudeltà, consacrata dall’uso nella maggior parte delle nazioni, è la tortura del reo, mentre si forma il processo, o per costringerlo a confessare un delitto o per le contraddizioni nelle quali incorre, o per la scoperta de’ complici, o per non so quale metafisica ed incomprendibilità purgazione d’infamia, o finalmente per altri delitti, di cui potrebbe esser reo, ma dei quali non è accusato. Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violati i patti col quale fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la potestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente?». Per una ricostruzione del pensiero illuministico sul divieto di tortura, v., per tutti, O. Dominioni, *Sub art. 27, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili: art. 27-28*, a cura di G. Branca, Bologna 1991, 163-167.

quantum di pena, sproporzionato al ribasso, comporta, infatti, l’applicazione dell’art. 157 Cp, con conseguente estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Sul versante processuale, d’altronde, l’arsenale di delitti previsti *ad adiuvandum*, primo fra tutti le lesioni personali, procedibili a querela di parte, non solo appare incapace di esaurire e intercettare l’offensività del fatto, ma può comportare, addirittura, la non-instaurazione della macchina processuale o, infine, la estinzione del reato per remissione della querela. Poco vale, in fondo, richiedere forme di tutela se il diritto c.d. sostanziale e quello processuale non virano verso la stessa direzione. Sarebbe a dire: la “punizione” di certi fatti necessita di una adeguata “protezione” anche sul versante processuale; una attenzione solo agli aspetti sostanziali del fenomeno rischia di offrire una tutela monca – e quindi insufficiente.

2.3.2. Si è finora affrontato il divieto di tortura con esclusivo riferimento alla Costituzione. Si è cercato di chiarire, inoltre, come dall’“obbligo costituzionale puro” derivi un regime diverso a seconda che esista o meno una normativa di attuazione: nel primo caso, è l’eventuale abrogazione ad essere giustiziabile, nel secondo caso, invece, l’impossibilità di “far valere” l’omissione legislativa fa dubitare anche della natura stessa di “obbligo” che ne è referente. Sulla base di queste osservazioni, pare innegabile che la tutela offerta dall’ordinamento nazionale fosse insufficiente ad adempiere all’obbligo di tutela previsto dall’art. 13 co. 4 Cost.: si rientrerebbe, quindi, nella seconda delle ipotesi ora prospettate – omissione legislativa con conseguente assenza di meccanismi volti a darne attuazione.

È, tuttavia, nella cornice internazionale (*rectius*: costituzionale, per il tramite dell’art. 117 Cost.) che emerge un quadro di tutela più ampio e, anche per questo, effettivo.

Obblighi di incriminazione della tortura, in realtà, si rinvencono, a livello internazionale, tanto nell’art. 3 Cedu quanto nella Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984 (c.d. CAT).

Quest’ultima, in particolare, non solo offre una definizione di tortura, che si lascia apprezzare per la presenza del dolo specifico e la natura di reato “proprio”, ma impone, all’art. 4, un vero e proprio obbligo di criminalizzazione⁶⁵. La Corte di Strasburgo,

⁶⁵ Art. 4 Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti: «1. Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all’atto di tortura.

2. In ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene adeguate che ne prendano in considerazione la

d'altra parte, per concretizzare il contenuto dei diritti riconosciuti in Convenzione, è solita fare riferimento ad altre Convenzioni internazionali maggiormente specifiche: è proprio questo il caso della CAT, con riferimento all'art. 3 Cedu⁶⁶. Tralasciando la possibilità di estendere lo schema della “norma interposta” anche ai Trattati internazionali diversi dalla Cedu⁶⁷, è l'interpretazione dei Giudici di Strasburgo sul versante dell'art. 3 Cedu a giocare un ruolo fondamentale. All'assenza di un vero e proprio obbligo costituzionale di incriminazione della tortura, dovuto all'impossibilità di “giustiziarne” l'omissione, fa da contraltare la presenza di obblighi positivi – ed effettivi – derivanti dall'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il fatto che l'Italia sarebbe stata condannata era non solo prevedibile, ma forse anche evitabile, proprio attraverso il meccanismo della questione di legittimità costituzionale.

Si poteva sollevare – come pure prospettato dal Procuratore Generale della Repubblica nel caso relativo alle vicende del carcere di Bolzaneto⁶⁸ – questione di legittimità costituzionale dell'art. 157 Cp per contrasto con l'art. 3 Cedu e, quindi, con l'art. 117 Cost.: il sindacato con effetti *in malam partem*, pur al di fuori dell'ambito delle norme di favore, è da considerarsi comunque ammesso, sulla falsariga di quanto già affermato dalla Corte costituzionale in caso di legge intermedia contrastante con la normativa comunitaria⁶⁹. Fra le “eccezioni” al divieto di un sindacato *in malam partem*, in effetti, può indicarsi anche l'ipotesi in cui la legge ordinaria non sia conforme agli obblighi comunitari: precludere il sindacato al Giudice delle Leggi in questi casi comporterebbe – secondo un noto orientamento – uno svuotamento dell'efficacia vincolante della

gravità».

⁶⁶ La casistica non si limita a questo. Si pensi, fra le questioni più attuali, ai rapporti fra art. 8 Cedu e Convenzione di Istanbul con riferimento alla vittimizzazione secondaria; o, ancora, ai rapporti fra art. 3 Cedu e Convenzione di Lanzarote nei casi in cui vittima sia un minore.

⁶⁷ In tema, A. Fusco, *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 267 ss.; Gio. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, a cura di A. Di Blase, Roma 2014, 196-203. La questione, di estremo rilievo, risulta in questo caso eccentrica: è d'altronde la “norma” Cedu che assorbe le specificità di alcune Convenzioni internazionali – come quella contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

⁶⁸ Cass., 14.6.2013, n. 37088, punto 2.1 del *Considerato in diritto*, in cui il Supremo Collegio ritiene di non sollevare q.l.c., ritenendo irrilevante la questione, visti gli effetti potenzialmente *in malam partem* della pronuncia.

⁶⁹ C. cost., 25.1.2010 n. 28, § 5 del *Considerato in diritto*: «[l]’impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.».

fonte comunitaria, con (doppio) contrasto degli artt. 11 e 117 Cost.⁷⁰. Il discorso sembrerebbe potersi riproporre con riferimento alla “norma” Cedu e quindi agli obblighi di tutela da questa derivanti: seppure in una sentenza di rigetto, la Corte s’inserisce nel solco arato dalla precedente pronuncia sugli obblighi comunitari⁷¹, chiarendo come l’effetto *in malam partem* possa (legittimamente) conseguire nei casi in cui la legge ordinaria contrasti con un obbligo “convenzionale” di incriminazione⁷². Non è detto che una “operazione ortopedica” da parte della Corte costituzionale sull’art. 157 Cp sarebbe bastata ad evitare del tutto le condanne a Strasburgo, ma certamente avrebbe offerto un rimedio ulteriore sul piano procedurale: l’insufficienza della tutela offerta dall’art. 608 Cp, d’altronde, emergeva già sul piano del *quantum* sanzionatorio, come effetto di una fattispecie inadeguata a comprendere l’offesa derivante da gravi aggressioni alla dignità umana.

⁷⁰ C. cost., 25.1.2010 n. 28, § 7 del *Considerato in diritto*: «[n]el caso di specie, se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali».

⁷¹ Oltre alla sent. 28/2010, si veda anche C. cost., 12.2.2014 n. 32, che, sia pur in un *obiter dictum*, affronta la questione degli obblighi sovranazionali di incriminazione. Sul punto, V. Manes, L. Romano, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *DPenCont*, 1, 2014, 10-15, i quali sottolineano la novità del ruolo assunto dalla Corte costituzionale con riferimento al controllo su eventuali “inadempimenti statali sopravvenuti”. Gli Autori, in ogni caso, ritengono non assimilabile la stessa sorte per i c.d. obblighi convenzionali di incriminazione, specie in considerazione del *deficit* di legittimazione democratica che connota la Corte europea dei diritti dell’uomo: alla di violazione degli obblighi positivi di tutela penale di matrice convenzionale non può che conseguire la *sola* responsabilità politica degli Stati.

⁷² C. cost., 23.1.2019 n. 37. V. in particolare il § 7.1 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte, riprendendo l’orientamento già espresso sulla normativa comunitaria, con riferimento al parametro costituzionale offerto dagli artt. 11 e 117 Cost., utilizza anziché la congiunzione “e”, la disgiuntiva “o”, il che potrebbe legittimare la cogenza degli obblighi di incriminazione convenzionali con conseguente sindacato di legittimità “*in malam partem*”. L’impressione, poi, appare ulteriormente avvalorata dalle osservazioni espresse nel § 7.3 del *Considerato in diritto*: «dal riconoscimento di un diritto come “fondamentale” non discende, necessariamente e automaticamente, l’obbligo per l’ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali: tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella logica di ultima ratio della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei».

2.4. La “giustiziabilità” dell’omissione legislativa a Strasburgo, come effetto ulteriore, ha comportato l’introduzione dell’art. 613-bis Cp, rubricato “Tortura”, e dell’art. 613-ter Cp, rubricato “Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura”. La Corte EDU è arrivata lì dove la Corte costituzionale solo di recente ha osato e non sempre con gli effetti desiderati: spingere il legislatore a colmare una omissione legislativa⁷³.

Sono sufficientemente note le critiche che questa nuova fattispecie si è attratta e non è questa la sede per un esame dettagliato del “nuovo” delitto di tortura⁷⁴. Si tratta solo di appurare se, ed eventualmente in qual misura, possa dirsi finalmente compiuta l’opera di tutela prevista dall’art. 13 co. 4 Cost.

Il legislatore italiano, nella formulazione della fattispecie di tortura, segue un andamento contraddittorio: per un verso utilizza come modello pedissequo la definizione offerta dalla CAT, per altro verso se ne distacca nelle articolazioni più importanti; infine, a mo’ di conclusione, riprende il contenuto dell’art. 3 Cedu, individuando come modalità di condotta alternativa il “trattamento inumano o degradante”⁷⁵. Il risultato, insomma, è un *pastiche* e del linguaggio del nostro legislatore resta solo la definizione dell’arco editto: se pure la tutela offerta dovesse considerarsi adeguata alla richiesta di incriminazione di cui all’art. 13 co. 4 Cost., certamente non potrebbe dirsi lo stesso rispetto al già ricordato “paradigma costituzionale” dell’illecito penale⁷⁶.

La ridondanza di attributi che connota l’art. 613-bis Cp lascia pensare che sul piano nazionale si sia cercato di replicare lo stesso *pathos* assunto dal legislatore internazionale nella descrizione di «dolore o sofferenze *forti*, fisiche o mentali». La *ultra-aggettivazione* non appartiene, di regola, al legislatore penale, rimanendo in qualche misura assorbita dalla *extrema ratio* che comporta l’adozione della sanzione penale: non a tutte le violenze, detto altrimenti, segue la pena, ma solo a quelle che abbiano raggiunto una certa gravità. Il trapianto di “concetti”, elaborati in un

⁷³ Il riferimento è alla recente tecnica di “dichiarazione di incostituzionalità differita”, “inaugurata” dalla Corte costituzionale a partire dal c.d. caso Cappato (C. cost., ord. 24.10.2018 n. 207), utilizzata, poi, con riferimento alla diffamazione a mezzo stampa (C. cost., ord. 9.6.2020 n. 132) e, da ultimo, con le due ordinanze relative all’ergastolo ostativo (C. cost., ordd. 15.4.2021 n. 97 e 10.5.2022 n. 20). Si ritiene che la dichiarazione di incostituzionalità differita sia tesa a dare impulso al legislatore rispetto a discipline che ne necessitano l’intervento: il carattere, quello della necessità, che sembra appartenere, più che alla lacuna, alla omissione legislativa – la quale si lascia apprezzare, cioè, solo con riferimento ad un obbligo positivo.

⁷⁴ Si rinvia, per tutti, ad A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 389-419.

⁷⁵ A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613-bis Tortura*, in *Diritto penale. Parte speciale*³, I, a cura di D. Pulitanò, Torino 2019, 265-268.

⁷⁶ *Supra* § 2.2.

determinato e diverso ambito giuridico e culturale, rischia di creare incomprensioni, se attuato senza il filtro linguistico e sistematico del Paese di destinazione⁷⁷: sarebbe stato opportuno, forse, ricostruire in via autonoma, e sulla base delle tecniche di tutela solitamente adottate dal codice penale, la formulazione contenuta nella CAT. Il tema, che si amplia attraverso la prospettiva del diritto comparato, induce a riflettere sui metodi attraverso cui circolano e si diffondono alcuni modelli giuridici (o porzioni di questi). La c.d. fertilizzazione incrociata (*cross-fertilization*), da intendersi come contaminazione reciproca tra ordinamenti diversi tra loro, dovrebbe portare, nel sistema europeo, ad una massimizzazione dello *standard* di tutela del singolo⁷⁸, ma, affinché ciò avvenga, appare necessario tener conto tanto delle “peculiarità” dell’ordinamento contaminato, quanto dell’ordinamento che contamina⁷⁹. Ed è proprio sotto quest’ultimo aspetto che l’art. 613-bis Cp rischia di risultare poco convincente: la CAT non è oggetto di applicazione diretta nei confronti del singolo e, per questo, non è soggetta ai vincoli di formulazione e interpretazione che caratterizzano la materia penale. Non si dimentichi, poi, che anche quando la CAT diviene oggetto di interpretazione da parte di un giudice qualificato, quale è la Corte Edu, l’interpretazione estensiva è ammessa proprio perché troverà applicazione non in ambito penale, e quindi nei confronti dell’autore del fatto, ma sul piano della

⁷⁷ Su questi temi, da ultimo, A. Cavaliere, ‘Diritti’ anziché ‘beni giuridici’ e ‘principi’ in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò, in *SP*, 10, 23, 75.

⁷⁸ V. Manes, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *RIDPP*, 3, 2012, 844 ss.

⁷⁹ *Amplius*, P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16.4.2019, 10: «la querelle tra il Comitato CAT e lo Stato italiano offre l’ennesima occasione per ragionare sulla c.d. fertilizzazione incrociata (*cross-fertilization*), un fenomeno che avviene quando concetti o risultati interpretativi elaborati in uno specifico ambito del diritto vengono “trapiantati” in un diverso settore giuridico. Nel caso della tortura, occorre fare attenzione a “prendere in prestito” nozioni e interpretazioni sviluppatesi nel settore dei diritti umani – in cui hanno cittadinanza canoni esegetici espansivi – per utilizzarle nel limitrofo ramo del diritto penale, retto invece dal principio di stretta legalità». Sulla *cross-fertilization*, v. in particolare, J. Geneuss, *Obstacles to Cross-fertilisation: The International Criminal Tribunals’ “Unique Context” and the Flexibility of the European Court of Human Rights’ Case Law*, in *NJIL*, vol. 84, 2015, p. 404 ss., spec. 406: «a direct ‘cut and paste’ transmission (or transplant) of legal norms or concepts between different legal systems is rarely possible. Rather, the legal norm or concept must be translated from the language of the original legal system into the language of the receiving one. *Inherent to any translation is the risk of misinterpretation of the original understanding of meaning*», che, citando N. Walker, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in *European Constitutionalism beyond the State*, J.H.H. Weiler and M. Wind (eds.), Cambridge 2003, 37, prosegue concludendo: «[t]hus, for a successful translation, a “detailed hermeneutic understanding both of the context in which it was originally embedded and of the new context for which it is destined” is necessary» [corsivi nostri].

responsabilità dello Stato parte, quindi al di fuori delle logiche del sistema punitivo in senso stretto⁸⁰.

E non basta questo a generare un diffuso senso di malcontento: l'impressione, piuttosto, è che, pur di confezionare un prodotto che non scontenti nessuno, il legislatore abbia un po' perso la propria penna – proprio quella che dovrebbe mantenersi entro le righe della Costituzione. L'immagine che ne deriva non pare delle più rassicuranti: dal panorama internazionale non se ne uscirebbe arricchiti, semmai imbastarditi, quanto meno nel linguaggio.

Il *deficit* di determinatezza, a ben vedere, ha rappresentato solo la punta dell'*iceberg* – quella più visibile – che poggia su altrettante e ancor più grandi manchevolezze. Il riferimento è all'“inversione di tendenza” rispetto alle coordinate definite nella CAT.

Il punto centrale – come più volte sottolineato – è quello relativo alla assenza del dolo specifico e alla configurazione della tortura come reato comune (e non proprio)⁸¹, con individuazione di una specifica aggravante nei casi in cui il reato sia commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. Il fatto che la questione non sia solo definitoria emerge chiaramente in punto di disciplina: relativamente al dolo specifico, l'attenzione si concentra in via principale sul versante della tipicità, e coinvolge anche gli eventi aggravatori individuati dal quarto e quinto comma; con riferimento alla (non) qualifica, le principali questioni attengono alla disciplina delle circostanze e all'oggetto del dolo.

Sotto il primo profilo, il dolo specifico agirebbe, anzitutto, in funzione delimitativa della tipicità: l'intenzione “caratterizzata”, che deve supportare l'azione, ritaglierebbe il perimetro applicativo della fattispecie proprio su quelle condotte segnatamente lesive della dignità personale – si ritiene, cioè, che, già in generale, la presenza del dolo specifico, sia pur sul versante dell'elemento soggettivo, si atteggi a “forma vincolata” per la commissione del reato. E non basta. Una adeguata valorizzazione del fine perseguito dall'agente (qualificato) avrebbe reso inutile, perché superflua, la causa di

⁸⁰ Enfatizza questo aspetto E. Maculan, *Judicial Definition of Torture as a Paradigm of Cross-fertilisation: Combining Harmonisation and Expansion*, in *NJIL*, vol. 84, 2015, 474.

⁸¹ La convergenza in dottrina è pressoché assoluta, fra i tanti: A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 171; M. Ruotolo, *Brevi riflessioni su una recente proposta per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, a cura di A.M. Nico, Bari 2016, 895-896; S. Talini, *La privazione della libertà personale*, cit., 246 ss.; L. Risicato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Crim*, 2018, 365-368; P. Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16.4.2019, 10 A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613-bis Tortura*, cit., 270-271.

non punibilità di difficile comprensione⁸² inserita nel terzo comma dell’art. 613-bis Cp, relativa ai casi in cui le sofferenze siano l’effetto dell’esecuzione di legittime misure “privative o limitative di diritti”. Ed invero: le sofferenze cagionate dall’esecuzione di legittime misure non potrebbero mai coincidere con il disvalore apportato dall’elemento del dolo specifico. Delle due una: o l’azione è legittima, perché priva del fine di punire/intimidire/esercitare pressioni, o è illegittima, perché mossa da uno scopo ingiustificato e quindi ingiustificabile.

La fattispecie, se costruita (anche) attraverso il riferimento al dolo specifico, avrebbe permesso, fra l’altro, di superare le *impasses* che si registrano nella giurisprudenza, specie per quel che attiene al concorso di reati. Muovendo dal discutibile presupposto del diverso “bene giuridico” protetto, è ormai orientamento sufficientemente consolidato quello che per cui concorrono, e non risultano assorbiti, le lesioni personali (con contestazione ulteriore dell’ipotesi aggravata di tortura) e i maltrattamenti in famiglia (che rappresenta, quanto meno sul piano dell’applicazione, l’“antenato” dell’art. 613-bis Cp).

Per quanto attiene allo schema del reato comune, è stata la giurisprudenza, con un’operazione ermeneutica forse disinvolta, a rielaborare la natura giuridica del secondo comma: disattendendo le indicazioni imprecise, ma intelligibili, del legislatore, il quale propendeva per lo schema della circostanza aggravante⁸³, prima i giudici di merito, poi la Corte di cassazione hanno seguito una lettura maggiormente in linea con le fonti internazionali⁸⁴. Si è ritenuto, cioè, che la mancata indicazione

⁸² Per quanto si tratti di una causa di non punibilità che sembrerebbe riprendere quasi testualmente quanto contenuto nell’ultima parte dell’art. 1 co. 1 Convenzione ONU, non pare in realtà che fosse necessaria, per le ragioni espresse, all’interno del nostro ordinamento. Sul punto, A.M. Maugeri, *Delitti contro la libertà morale. Art. 613-bis Tortura*, cit., 273-274; L. Risicato, *op. cit.*, 367.

⁸³ Servizio studi della Camera dei deputati, XVII Legislatura, *Introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano A.C. 2168-B*.

⁸⁴ T. Siena, sez. pen., 7.5.2021, n. 58, spec. punto 4.1. Si tratta della prima sentenza in cui viene contestata la c.d. tortura di Stato nei confronti di agenti della polizia penitenziaria, che, durante uno spostamento di cella nel carcere di Ranza (San Gimignano), avevano aggredito e sopraffatto un detenuto. Il giudice si pronuncia nel corso del rito abbreviato richiesto da alcuni imputati, ricostruendo tanto il quadro giuridico internazionale di riferimento quanto gli elementi costitutivi del reato di tortura. Proprio con riferimento al secondo comma dell’art. 613-bis Cp, viene, sulla base di lunghe argomentazioni, riconosciuta la natura di fattispecie autonoma, chiarendo fra l’altro che: «il delitto di tortura [è] stato inserito in adempimento a quanto previsto dalla legge n° 498/1988, che impegnava il nostro ordinamento a dare attuazione alla Convenzione ONU sulla tortura che, all’art. 1, disciplina il fenomeno della tortura esclusivamente come tortura commessa dai pubblici ufficiali. Detto in altri termini, dunque, l’obbligo pattizio cui il nostro ordinamento [...] si adegua con l’introduzione dell’art. 613-bis c.p. prevedeva la tortura come condotta commessa (esclusivamente) dal pubblico ufficiale». Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. III pen., 25.5.2021, n. 32380, punto 3.2: «[g]li obblighi di incriminazione, che non discendono soltanto dalle richiamate disposizioni di diritto internazionale, sono stati ottemperati

della qualifica necessaria alla commissione del reato come fattispecie autonoma avrebbe disatteso gli obblighi assunti sul piano internazionale. Il fine è benemerito, il mezzo, però, convince meno: non spetta, d'altronde, all'interprete adempiere agli obblighi assunti dal legislatore⁸⁵.

Il risultato finale, in breve, non è dei migliori. Il Comitato CAT ha già avuto modo di esprimere le proprie perplessità sul testo forgiato dal Parlamento italiano⁸⁶. La Corte di Strasburgo, per contro, non si è ancora confrontata con il nuovo delitto di tortura: se l'incriminazione della tortura “tra privati” non sembra creare particolari problemi, ma anzi un punto a favore, altrettanto non può dirsi per quanto riguarda l'assenza del dolo specifico – che è ciò che connota la tortura ed in parte la distingue dai trattamenti inumani o degradanti⁸⁷ – e, soprattutto, il regime della prescrizione.

Le questioni diventano ancor più problematiche se proiettate sull'art. 13 co. 4 Cost.: l'ambito di tutela, specie nella qualificazione dei soggetti passivi, appare estremamente

dall'Italia con la legge 14.7.2017, n. 110 che ha introdotto, per quanto qui interessa, nel codice penale gli articoli 613-bis e 613-ter. In particolare, con l'articolo 613-bis del codice penale, è stato tipizzato il reato di tortura, strutturato come delitto “a geometria variabile”, potendo l'ambito di operatività della norma penale ricomprendere sia la tortura privata (cosiddetta comune o orizzontale o impropria: articolo 613-bis, primo comma) e sia la tortura pubblica (cosiddetta di Stato o verticale o propria: articolo 613-bis, secondo comma). Ne deriva che, con la legge citata, sono stati configurati due autonomi titoli di reato e, quindi, due diverse e autonome fattispecie incriminatrici, a disvalore progressivo, secondo la qualifica del soggetto attivo del reato: la tortura pubblica (reato proprio) se il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio che commetta il fatto tipico descritto nell'articolo 613-bis, comma 1, del codice penale con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio; tortura privata (reato comune) negli altri casi». *Contra* Cass., sez. V pen., 8.7.2019, n. 47079.

⁸⁵ La Corte di Strasburgo, in un caso relativo alla violazione dell'art. 3 Cedu ha avuto modo di puntualizzare alcune questioni certamente importanti e non scontate. La ricorrente, in particolare, lamentava la non applicazione di una disposizione maggiormente idonea a sanzionare le condotte da lei subite: la Corte, tuttavia, ha dubitato della legittimità di un'operazione ermeneutica di questo segno. Proprio sotto questo profilo, le affermazioni rese nel giudizio appaiono di rilievo. Si ritiene, in particolare, che non spetti ai giudici adempiere agli obblighi positivi assunti dallo Stato, specie laddove agiscono in violazione dell'art. 7 Cedu, per il quale è vietata, in materia penale, un'interpretazione estensiva a sfavore dell'indagato/imputato (C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, ric. n. 67258/13, §76: «the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment»).

⁸⁶ Comitato CAT, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18.12.2017, CAT/C/ITA/5-6 (“Report del Comitato CAT sull'Italia 2017”). Il giudizio negativo si appunta principalmente su: (i) elementi superflui nella formulazione della fattispecie; (ii) mancanza del dolo specifico; (iii) mancata e chiara individuazione degli agenti; (iv) reato soggetto a prescrizione (e non imprescrittibile, come previsto dalla Convenzione ONU).

⁸⁷ Si vedano, fra le altre, C. eur., 4.11.2021, *Petrosyan v. Azerbaijan*, ric. n. 32427/16, § 68; Corte eur., 24.7.2014, *Nashiri v. Poland*, ric. n. 28761/11, § 508. In queste ed in altre pronunce, proprio al fine di delimitare la distinzione tra la tortura e gli altri trattamenti inumani o degradanti, la Corte di Strasburgo, muovendo dall'art. 1 CAT, valorizza un elemento “finalistico”, il quale, in via principale, andrebbe a connotare e a distinguere la tortura in senso stretto (il riferimento, nella traduzione inglese, è al «*purposive element*»).

riduttivo. Il riferimento dell'art. 13 co. 4 Cost. è, molto più semplicemente, alle persone “comunque” ristrette della libertà personale. A ciò si aggiunga, poi, tanto il *deficit* di determinatezza quanto l'esclusione irrimediabile di alcune particolari modalità di lesione, che non consentono di ritenere soddisfacente il nuovo reato di valore costituzionale: a uscirne lesi, anzi, sono proprio i principî fondamentali dell'ordinamento. L'intervento del legislatore penale, lungi dall'essere puntiforme, rischia di scivolare verso forme di pan-penalizzazione, andando, sotto alcuni aspetti, ben oltre il minimo di tutela richiesto dalle fonti internazionali, e, sotto altri, riducendo irragionevolmente l'ambito applicativo della fattispecie in esame proprio per quelle ipotesi che, invece, meriterebbero una maggiore attenzione.

Se, poi, a perdersi è la chiarezza linguistica, la disfatta è di portata catastrofica: a rimetterci, infatti, è proprio l'interesse protetto. È da tutti gli elementi del fatto, come già affermato, che è possibile individuare l'offesa all'interesse protetto: e qui la selezione sia dell'interesse protetto sia delle specifiche modalità di aggressione paiono essere, proprio come l'art. 613-bis Cp, di difficile comprensione.

In conclusione: bene avrebbe fatto il legislatore a utilizzare l'art. 13 co. 4 Cost. come un «manuale d'istruzioni per l'uso»⁸⁸ e i principî costituzionali come architrave su cui basare la costruzione delle fattispecie.

3. Prendendo in considerazione il versante eurounitario, il riconoscimento, stabilito una volta per tutte dal Trattato di Lisbona, di una competenza penale “indiretta”⁸⁹ dell'Unione europea si pone come ulteriore approdo di quella crisi della riserva di legge che troverebbe la sua matrice nei fattori c.d. esogeni.

Gli obblighi di incriminazione “comunitari”, come già evidenziato, si pongono, per il tramite degli artt. 10 e 117 Cost., come autentici obblighi di natura costituzionale e rappresentano, quindi, altrettanti vincoli nelle scelte di criminalizzazione del legislatore statale.

Si tratta di obblighi positivi, volti cioè a richiedere un *facere* da parte dello Stato membro, il cui contenuto è proprio l'introduzione di fattispecie incriminatrici. A

⁸⁸ L'espressione è di A. Pugiotto, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 396.

⁸⁹ *Amplius*, C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in CP, 3,2010, 1147, per cui, a seguito del Trattato di Lisbona «l'Unione europea diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva». Per una efficace ricostruzione delle cause “antecedenti” alla formulazione dell'art. 83 TrFUE, da rinvenire nelle celebri sentenze della Corte di giustizia relative al “caso del mais greco” (C.G.U.E, 21.9.1989, C-68/88) e ai reati ambientali (C.G.U.E, 13.9.2005, C-176/03), per tutti, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 72-82.

differenza di quanto osservato con riferimento degli obblighi di tutela costituzionali puri⁹⁰, il mancato adempimento dell’obbligo è qui sanzionato: la “sanzione” per lo Stato inadempiente è, infatti, la attivazione di un ricorso per infrazione⁹¹. Al di là del valore squisitamente politico della condanna, appare dotato di particolare valenza dissuasiva il meccanismo previsto dall’art. 260, § 3, TrFUE⁹², che sembrerebbe ricalcare, volendo utilizzare un modello più vicino, quello disposto, nel diritto processuale civile, all’art. 614-*bis* Cpc. Il mancato recepimento della direttiva da parte dello Stato membro, infatti, potrebbe comportare l’utilizzo di “misure coercitive” volte ad indurre il debitore – nel caso della procedura di infrazione: lo Stato membro – all’adempimento spontaneo. I punti di tangenza tra i due meccanismi risultano ancora più evidenti una volta che si rifletta sull’utilizzo dell’art. 614-*bis* Cpc proprio al fine di ovviare alle difficoltà connesse alle obbligazioni di *fare infungibili*⁹³. L’attuazione della direttiva europea, in effetti, assumerebbe le sembianze di un’autentica obbligazione di fare infungibile: il Parlamento, e solo il Parlamento, può emanare leggi di recepimento; una eventuale “inerzia”, quindi, non potrebbe essere sopperita altrimenti. La procedura di infrazione, così come per l’art. 614-*bis* Cpc, potrebbe, infatti, comportare la applicazione di una penalità giornaliera (per ogni giorno di mancato adempimento dell’obbligo) e/o di una somma forfettaria, calcolate entrambe sulla base della gravità e della durata dell’infrazione, oltre che da un fattore flessibile, rappresentato dalla necessità di garantire l’efficacia dissuasiva della sanzione⁹⁴. Se è nella (efficace) “giustiziabilità” dell’inadempimento qualificato del legislatore che sembrerebbe potersi rintracciare il segreto del maggior successo degli obblighi di incriminazione in

⁹⁰ *Supra* § 2.

⁹¹ Sottolineano questo aspetto, L. Siracusa, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla «vecchia» alla «nuova» Unione post-Lisbona. Considerazioni a partire dalla nuova direttiva in materia di inquinamento cagionato da navi*, in *RTrimDPenEc.*, 4, 2010, 808; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 259-260. Sulla procedura di infrazione, per tutti, U. Draetta, F. Bestagno, A. Santini, *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell’Unione europea*⁷, Milano 2022, 292 ss.

⁹² Art. 260, § 3, TrFUE: «3. La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell’articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all’obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l’importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.

Se la Corte constata l’inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell’importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza».

⁹³ *Amplius*, C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*²⁸, IV, Torino 2022, 199-203.

⁹⁴ Si vedano i dati riportati dal Dipartimento per le Politiche europee in www.politicheeuropee.gov.it, per cui, sulla base degli indici summenzionati, la penalità di mora giornaliera minima per l’Italia è pari a 8.505,11 euro.

ambito sovranazionale, la portata “rivoluzionaria” degli stessi sembrerebbe ad una più attenta analisi uscirne ridimensionata.

L’art. 83 TrFUE si compone di tre paragrafi: nel primo è individuata una competenza penale c.d. *rationae materiae*; nel secondo, una competenza penale definita *accessoria* (ulteriore, cioè, rispetto allo schema definito dal primo paragrafo); nel terzo, infine, è individuato il meccanismo del c.d. freno di emergenza, idoneo a sospendere l’eventuale procedura legislativa in corso⁹⁵.

Il primo paragrafo, più nel dettaglio, prevede, nel primo alinea, che «[i]l Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni». Segue il riferimento alle “nove sfere” individuate (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata) e l’indicazione della procedura prevista al fine di introdurre di altre.

I punti centrali dell’art. 83, par. 1, primo alinea, TrFUE potrebbero riassumersi come segue: (i) utilizzo della direttiva, adottata attraverso la procedura della codecisione (oggi procedura ordinaria), anche al fine di superare (quanto meno parzialmente) l’ostacolo del *deficit* democratico nell’individuazione dei reati; (ii) definizione di norme *minime* penali, attinenti tanto al precetto che alla sanzione⁹⁶; (iii) valutazione di necessità di una strategia comune per fronteggiare sfere di criminalità il cui carattere transazionale può evincersi sul piano “sostanziale” o ai fini di una efficace cooperazione.

L’utilizzo della direttiva come strumento tipico delle “scelte” di criminalizzazione del legislatore europeo rappresenta la base per non ritenere, quanto meno formalmente, elusa la funzione di garanzia che connota la riserva di legge: è, infatti, solo attraverso il filtro del Parlamento che i contenuti della direttiva si cristallizzano e assumono

⁹⁵ Sul punto, si rinvia, per tutti, a G. Grasso, *La «competenza penale» dell’Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano 2011, 701.

⁹⁶ Su questo aspetto, v. L. Pellegrini, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011, 48.

valore nell’ordinamento nazionale – di qui la locuzione di competenza *indiretta*⁹⁷. La direttiva, poi, per quanto dettagliata possa essere, vincolerebbe il legislatore rispetto all’obiettivo da conseguire, residuando un margine di manovra sul mezzo.

La definizione, insomma, è di *norme minime relative alla definizione di reati e delle sanzioni*: tanto la parte generale, quanto gli aspetti processuali e penitenziari “tradizionali” restano di competenza del legislatore nazionale. Sarebbe, d’altronde, impossibile intervenire su quelle discipline che, a ben vedere, rappresentano il “nocciolo duro” delle scelte, più che criminali, di “disciplina criminale” del legislatore. Lo scopo, detto altrimenti, è quello di avvicinare ed offrire una risposta sanzionatoria condivisa rispetto a materie che si manifestino in tutta la loro “gravità”⁹⁸. L’armonizzazione, a prescindere dal grado di dettaglio della normativa da attuare, avverrebbe in maniera puntiforme e non potrebbe che operare sul campo della “parte speciale”, sebbene sia poi la disciplina del singolo ordinamento a svolgere la parte del leone⁹⁹. La “attuazione” rimessa al Parlamento, d’altra parte, imporrebbe una valutazione che cali l’introduzione delle “norme minime” all’interno del sistema penale (ampiamente inteso) nazionale, comprensivo, cioè, delle regole che discendono, in egual misura, dalla “parte generale” del codice penale, dal codice di procedura penale e dall’ordinamento penitenziario (si pensi, ad esempio, all’accesso alla “messa alla prova” o alle misure alternative alla detenzione, che determinano in concreto l’*an* o il *quantum* di detenzione eventualmente individuato a livello europeo).

Il presupposto affinché possano essere emanate norme minime penali, poi, è che vengano in considerazione sfere di criminalità “gravi”, la cui dimensione transnazionale si evince *dal carattere o dalle implicazioni dei reati*, nonché dalla particolare necessità di “combatterli su basi comuni”. Si tratta di criteri estremamente incerti¹⁰⁰, che tendono ad appiattirsi sull’esigenza di costruire una risposta congiunta di tutela: la natura e l’implicazione dei reati, detto altrimenti, non sembrano offrire

⁹⁷ C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., 1151; F. Viganò, *Europa e diritto penale*, in www.iurisprudenzia.it, 2011, 33; L. Siracusa, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna 2012, 115.

⁹⁸ In tema, M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPenCont*, 4, 2013, 31 ss., spec. 33, il quale ritiene che la concretizzazione del principio di offensività sia oggi più facile da attuare a livello europeo anziché nazionale. I reati che vengono attratti nell’interesse sovranazionale, in effetti, si qualificano per la loro intrinseca offensività.

⁹⁹ Basti qui il riferimento alle disposizioni relative al tentativo, alla struttura e oggetto dell’elemento soggettivo, alle cause di giustificazione. In questo senso, v. A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 77.

¹⁰⁰ G. Grasso, *La «competenza penale» dell’Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, cit., 697.

indicazioni sufficientemente determinate nell'individuazione *ex ante* di quelle sfere che potrebbero essere attratte dalla competenza indiretta del legislatore europeo. Risulta, invece, più utile definire questi presupposti sulla base del catalogo già individuato al secondo alinea: le nove “aree di criminalità”, in effetti, permettono di chiarire tanto il riferimento alla natura transfrontaliera del reato, quanto l'esigenza di una “risposta comune”. Il riferimento è a delitti che: cagionino una grave lesione della dignità umana¹⁰¹ (tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori); siano strutturalmente segnati da una dimensione che vada oltre i confini nazionali (terrorismo, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, criminalità informatica e criminalità organizzata) o ledono gli interessi finanziari dell'UE (corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento). Sembrerebbe, quindi, che una eventuale estensione di questo catalogo, il quale, secondo una convincente lettura andrebbe interpretato restrittivamente¹⁰², debba assumere caratteri di “gravità” assimilabili alle “aree” criminali individuate. Posto che tanto le sfere di criminalità individuate quanto quelle successivamente individuabili si collocano in un orizzonte significativo di “gravità”, che sottintende, fra l'altro, una risposta sanzionatoria di tipo criminale già presente all'interno dei singoli ordinamenti, l'armonizzazione verterebbe sul *quomodo* della tutela apprestata¹⁰³,

¹⁰¹ La dignità umana, in effetti, rappresenta il primo diritto riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 1, rubricato “Dignità umana”, sulla falsariga dispone: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Il diritto affermato, con tutta evidenza, eredita le stesse difficoltà ermeneutiche e definitorie legate al concetto di “dignità umana”. In tema, recentemente, *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, a cura di M. Krienke, Torino 2021; G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008. L'impressione, nel contesto dell'art. 83, § 1 TrFUE, è che il concetto sia assunto nella sua dimensione “universale” e quindi, per questo, transnazionale, la cui gravità della lesione lascerebbe intendere una criminalizzazione delle condotte già presente nei singoli Stati.

¹⁰² BVerfG, 2 BvE 2/08 § 362: «[e]ntsprechend begrenzend ist die allgemeine Ermächtigung zur Festlegung von Straftaten und Strafen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV auszulegen [...] Die demokratische Selbstbestimmung ist allerdings in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert wird, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden. Das gilt umso mehr, je enger diese Wertvorstellungen mit historischen Erfahrungen, Glaubensstraditionen und anderen für das Selbstgefühl der Menschen und ihrer Gemeinschaft wesentlichen Faktoren verknüpft sind». Si tratta della sentenza con cui il Bundesverfassungsgericht si è pronunciato sul processo di integrazione europea a seguito del Trattato di Lisbona (sentenza del 30.6.2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09, consultabile sul sito internet www.bundesverfassungsgericht.de e la cui traduzione italiana, a cura del Prof. Jörg Luther, è disponibile in www.cortecostituzionale.it). Per un'efficace sintesi con commento, M. Böse, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Crim*, 2009, 267 ss.

¹⁰³ Sottolinea questo aspetto, tra gli altri, A. Massaro, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 77.

ferma restando la possibilità dei singoli Parlamenti di attuare/mantenere standard più elevati di tutela¹⁰⁴.

L'armonizzazione, in definitiva, si traduce in una introduzione di norme minime, tendenzialmente dettagliate sul precetto, il cui effettivo accertamento avviene sulla base delle regole già presenti nel singolo ordinamento, e maggiormente flessibili sulla sanzione, la cui comminazione in concreto, di nuovo, è definita dalle coordinate del singolo sistema di riferimento.

Il ruolo del Parlamento nei casi di competenza c.d. indiretta è, quindi, duplice, potendo distinguerne una funzione necessaria ed un'altra facoltativa. Sotto il primo profilo, il ruolo del Parlamento risulta necessario ai fini della traduzione delle “norme minime” in fattispecie e nell'individuazione della sanzione, sia pur nell'arco edittale indicato dal legislatore europeo; a questo, poi, si affiancherebbe un ruolo ulteriore, basato dall'eventuale regime da accordare alle nuove fattispecie (si pensi, solo per restare agli esempi più significativi, agli effetti che la scelta della sanzione può produrre con riferimento all'eventuale *probation* giudiziale o all'applicazione delle sanzioni sostitutive).

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TrFUE prevede, inoltre, una competenza di tipo *accessorio*¹⁰⁵. Si tratterebbe, più in particolare, dell'introduzione di norme minime relative a reati e sanzioni nei casi in cui «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione».

Fuori dalla previa delimitazione delle sfere di criminalità di carattere transazionale, quindi, la (ulteriore) base di una competenza penale, sia pur sempre indiretta, della Unione europea andrebbe rintracciata nell'attuazione efficace di una politica dell'Ue, che sia stata precedente oggetto di misure di armonizzazione. L'idea, cioè, è che attraverso l'introduzione della sanzione penale venga, in qualche misura, completato un processo di armonizzazione altrimenti “inefficace” agli scopi dell'Unione.

¹⁰⁴ Specie nelle direttive emanate a tutela di diritti inviolabili dell'uomo, è solitamente presente la c.d. “clausola di non regressione”, per cui le disposizioni introdotte non possono ridurre né limitare o derogare il più alto livello di protezione garantito dal diritto del singolo Stato membro. Da ultimo, si veda l'art. 49 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica (COM/2022/105), in discussione presso il Parlamento europeo.

¹⁰⁵ A. Bernardi, *op. cit.*, 46, il quale individua il carattere *accessorio* della competenza ex art. 83, § 2 TrFUE per una duplice ragione: (i) questa competenza, anzitutto, sarebbe «non espressiva del “nucleo duro” della politica criminale europea» ricavabile dall'art. 83, §1 TrFUE; (ii) le disposizioni emanate su questa base giuridica andrebbero a *completare* un quadro già oggetto di armonizzazione europea attraverso misure extrapenali.

Questo paragrafo delinea un quadro decisamente più complesso rispetto al primo: a cambiare, in effetti, è il perno attorno a cui ruota la competenza penale; alla “gravità” del fenomeno criminale si sostituirebbe l’indispensabilità di un’efficace politica dell’Unione europea. Si è evidenziato come, in questo modo, verrebbe a disegnarsi una modalità di intervento penale «a tutela di una norma e non di un bene»¹⁰⁶, svilendone quindi la funzione di *extrema ratio*. È stato, però, evidenziato, altresì, come la funzione selettiva operata del bene giuridico, pur non innalzandosi, di regola, a concetto universale e restando estranea alla politica (criminale) dell’Unione europea, risulti in qualche modo sostituita dal principio di offensività e conseguente proporzionalità¹⁰⁷. La pena, cioè, troverebbe applicazione solo laddove le altre sanzioni risulterebbero inefficaci, scongiurando, quindi, il rischio di una ingiustificata pan-penalizzazione. Sembrerebbe, in ogni caso, che l’impulso europeo andrebbe a produrre effetti sulla stessa piattaforma definita al primo paragrafo: l’oggetto delle norme e relative sanzioni, cioè, sono sempre disposizioni “di parte speciale”. Riproponendo, quindi, la dialettica tra funzione “necessaria” e “facoltativa” del Parlamento dello Stato membro in sede di attuazione della direttiva.

L’impressione, più in particolare, è che, a prescindere dal limite dei controlimiti, la disciplina dettata in via in generale basti a “coinvolgere” nell’ambito della disciplina dettata dal legislatore nazionale anche quella europea. Il discorso, insomma, verte ancora sul *quomodo* dell’incriminazione, i cui punti salienti si rintracciano, soprattutto, nella disciplina degli elementi costitutivi del reato – ancorata, così, com’è, alla parte generale del codice penale (si pensi, ad esempio, alla disciplina dell’errore, del dolo o della colpa).

Vale la pena, poi, ricordare come a maggior tutela dell’ordinamento statale, il terzo paragrafo preveda, infine, un freno d’emergenza, nel caso in cui il progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale, ed una clausola di accelerazione, qualora almeno nove Stati decidano, a fronte della sospensione, di instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva¹⁰⁸.

4. Riannodando i fili lasciati precedentemente in sospeso, la dimensione attualmente più innovativa sul piano dei “nuovi” obblighi costituzionali di tutela penale è

¹⁰⁶ C. Sotis, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *DPenCont*, 1, 2012, 120. *Contra* A. Bernardi, *op. cit.*, 51-58.

¹⁰⁷ A. Bernardi, *op. cit.*, 51-55.

¹⁰⁸ Per tutti, S. Manacorda, *Diritto penale europeo*, in www.treccani.it, Diritto on line 2014.

certamente quella offerta dalle *norme* Cedu – elaborate, vale la pena ripeterlo, in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo. La Cedu, d'altronde, si presenta come un trattato internazionale *sui generis* per almeno tre motivi: in primo luogo, la materia della Convenzione, cioè i diritti fondamentali; in secondo luogo, la predisposizione di un organo giurisdizionale *ad hoc*, la Corte di Strasburgo, che ha il potere di accertare e condannare le violazioni dei diritti riconosciuti nella Cedu; in terzo luogo, l'individuazione di un organo politico, il Comitato dei Ministri, il quale ha il dovere di vigilare sull'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁹. Sotto quest'ultimo profilo, la condanna della Corte Edu, infatti, può comportare, insieme ad un'equa riparazione, l'adozione da parte dello Stato contraente di misure volte a ripristinare il diritto violato, che possono essere di carattere individuale e/o generale¹¹⁰. Nell'ipotesi in cui, poi, lo Stato contraente si rifiuti di dare esecuzione alla sentenza della Corte di Strasburgo, il Comitato dei Ministri può, ai sensi dell'art. 46, adire la Corte affinché ne accerti la violazione. Questa procedura eccezionale, attivata per la prima (ed al momento ultima) volta con il caso *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*¹¹¹, non sembra esser dotata di strumenti volti a spingere lo Stato ad adempiere, ma coinvolgerebbe in via esclusiva la responsabilità politica di quest'ultimo. L'attenzione riservata in sede di esecuzione degli obblighi, stabilendo un sistema di “doppia” giustiziabilità, permette di comprendere il decisivo successo assunto dagli “obblighi di tutela convenzionali” – che, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost., rappresentano ulteriori obblighi di tutela costituzionali.

I caratteri di novità attengono, inoltre, sia alla fitta schiera di obblighi, capaci di dar forma ad una vera “tassonomia”¹¹² a seconda della *species* che venga in considerazione,

¹⁰⁹ Si veda V. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 69-70, che evidenzia, fra gli altri caratteri di novità della Cedu, la mancata previsione del principio di reciprocità (in base al quale uno Stato è obbligato al rispetto di quanto stabilito nel Trattato, sempre che gli altri Stati contraenti non violino essi stessi le previsioni ivi contenute).

¹¹⁰ Per una ricostruzione della disciplina e delle pronunce della Corte Edu relative all'art. 46 Cedu, si veda *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights. Binding force and execution of judgments*, in www.echr.coe.int, aggiornata al 31.8.2022.

¹¹¹ C. eur., GC, sent. 29.5.2019, *Proceedings under Article 46 § 4 In the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, ric. n. 15172/13, su cui v. L. Poli, *Equilibri istituzionali alla prova nella prima procedura d'infrazione di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 3,2020, 761 ss. M. Fiori, *L'esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici*, in *Gli speciali di Questione giustizia. La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa, M.G. Civinini, aprile 2019, 360 ss.

¹¹² Il riferimento è a F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 247, il cui § 2 è icasticamente intitolato *La tassonomia degli obblighi discendenti a carico dello Stato dalle singole disposizioni convenzionali*.

sia alla fonte degli stessi, ricavabile solo indirettamente attraverso il filtro ermeneutico dei giudici europei: la Cedu, infatti, non contiene obblighi espliciti di incriminazione¹¹³. Il percorso volto al riconoscimento di obblighi di tutela penale ha origine nel 1985, con la pronuncia *X. e Y. c. Paesi Bassi*, in cui la Corte Edu riscontra una violazione dell'art. 8 Cedu¹¹⁴. Si trattava di un caso per molti versi eccezionale: a fronte di rapporti sessuali consumati con un soggetto sedicenne disabile, non era stato possibile punirne l'autore, per ragioni di carattere “sostanziale” e “processuale”¹¹⁵. La Corte di Strasburgo, muovendo dall'ormai “classica” distinzione fra obblighi negativi e obblighi positivi¹¹⁶, ritiene che il sistema penale dei Paesi Bassi non fosse in grado, al tempo, di offrire un'efficace protezione alla vita privata dei singoli, specie in ipotesi gravemente lesive di questo diritto. Le osservazioni rese dalla esclusiva prospettiva della tutela offerta mediante il diritto penale rappresentano senza dubbio la cifra più importante di questa sentenza: non basta, in questi casi, una generica tutela (ad esempio: di tipo civile o amministrativo), ma è specificatamente la sanzione penale a fungere da autentico architrave su cui basare l'efficace protezione del diritto – tanto sul piano “punitivo” quanto su quello “general-preventivo”¹¹⁷.

In questa pronuncia, sia pur ancora *in nuce*, è possibile rintracciare alcune coppie concettuali che rappresenteranno, più tardi, i veri binari sui quali condurre l'indagine circa la “tenuta” del sistema penale degli Stati membri rispetto agli obblighi internazionali assunti con la firma della Cedu: il riferimento è agli obblighi positivi/negativi e alla attenzione prestata non solo al diritto “sostanziale” ma anche a quello “processuale”.

¹¹³ Enfatizza questo aspetto, F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2653.

¹¹⁴ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, ric. n. 8978/80, su cui v. F. Viganò, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2664-2666.

¹¹⁵ L'art. 248-ter del codice penale dei Paesi Bassi, infatti, imponeva come condizione di procedibilità la querela da parte della vittima, che, però, nel caso in questione, risultava incapace a causa della malattia di cui era portatrice.

¹¹⁶ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, cit, § 23.

¹¹⁷ C. eur., 26.3.1985, *X e Y v. Paesi Bassi*, cit, § 27: «[t]he Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated. Moreover, as was pointed out by the Commission, this is in fact an area in which the Netherlands has generally opted for a system of protection based on the criminal law. The only gap, so far as the Commission and the Court have been made aware, is as regards persons in the situation of Miss Y; in such cases, this system meets a procedural obstacle which the Netherlands legislature had apparently not foreseen».

La linea segnata dalla Cedu – specie per come interpretata dai giudici di Strasburgo – è quella dell’effettività: del diritto riconosciuto e della conseguente protezione, della sanzione minacciata e di quella inflitta. La base legale, da cui ramificano i fitti obblighi, è da rintracciare nell’art. 1 Cedu, rubricato *Obbligo di rispettare i diritti umani*: «[I]e Alte Parti contraenti riconoscono [nella traduzione inglese: *to secure*] a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione». La traduzione inglese esprime più efficacemente il ruolo attivo (e non solo passivo) assunto dallo Stato con riferimento ai diritti umani, laddove con il verbo “*to secure*” si è soliti individuare un “dovere di protezione”, che rinvia ad una dimensione strumentale dello Stato rispetto al diritto riconosciuto in Convenzione¹¹⁸.

La geometria del “dovere di protezione”, nelle pronunce della Corte Edu, assume un ruolo centrale, potendosi scindere, anzitutto, fra obblighi sostanziali ed obblighi procedurali. A dispetto della nomenclatura, questa *summa divisio* non attiene al diritto sostanziale e processuale: il diritto sostanziale, nella interpretazione della Corte di Strasburgo, è assai più esteso di quello che deriva *esclusivamente* dal codice penale. La dialettica tra obblighi sostanziali e obblighi procedurali sembrerebbe riflettersi sulla dimensione statica e dinamica del diritto o, se si preferisce, astratta e concreta. La prima attiene al riconoscimento del diritto, con conseguente tutela, da parte dello Stato: è il grado di protezione offerto in astratto dal legislatore ad entrare nella valutazione della Corte. La seconda, invece, riguarda l’effettiva applicazione delle regole previste nei casi in cui il diritto, pur tutelato in astratto, è violato in concreto: in questo caso, di conseguenza, si tratta di accertare che lo Stato persegua, attraverso indagini effettive, chi abbia violato il diritto e commini una pena in concreto adeguata all’offensività del fatto. Volendo semplificare, si potrebbe dire che tanto gli obblighi sostanziali quanto quelli procedurali hanno ad oggetto un “dovere di punire”: i primi, valutati in astratto e secondo la generalità *dei casi*; i secondi, invece, in concreto e secondo le peculiarità *del caso*.

¹¹⁸ C. eur., 28.7.1998, *Ergi v. Turkey*, ric. n. 66/1997/850/1057, § 78, in cui la Corte ricollega il contenuto positivo dell’art. 2 Cedu al generale dovere derivante dall’art. 1 Cedu: «[f]urthermore, under Article 2 of the Convention, read in conjunction with Article 1, the State may be required to take certain measures in order to “secure” an effective enjoyment of the right to life». Su questi temi, obbligato il riferimento a F. Viganò, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2653, il quale ritiene che dalla Cedu derivino non tanto obblighi di criminalizzazione, ma di *effettiva punizione*: la Corte Edu, cioè, non si limita ad accertare la presenza di una sanzione penale in caso di violazione del diritto riconosciuto nella Convenzione, ma estende il proprio sindacato alla *effettiva applicazione* della pena e alla valutazione di quest’ultima, che dovrebbe essere *sufficientemente severa* «da rappresentare un efficace deterrente».

Gli obblighi sostanziali, poi, si dividono a loro volta in obblighi negativi e positivi. L’“obbligo negativo” si traduce in un *dovere di astensione* dalla incriminazione e da ingerenze rispetto ad un legittimo esercizio di un diritto riconosciuto; l’“obbligo positivo”, invece, implica un *dovere di agire* a tutela del diritto che potrebbe essere leso¹¹⁹.

Sulla base dell’obbligo negativo, detto altrimenti, allo Stato è imposto un *non facere*: non è possibile oltrepassare i confini del diritto riconosciuto attraverso indebite incriminazioni o lesioni – si pensi, con riferimento all’art. 8 Cedu al dovere di rispettare (quindi, non violare) la vita privata del singolo.

L’obbligo positivo, invece, richiede un’azione *positiva* di tutela, che si articola, anzitutto, nella predisposizione di un apparato legale (*legal framework*), capace di tutelare il diritto da ingiustificate lesioni. Nei casi in cui entri in gioco un diritto che merita particolare protezione, come quelli previsti dagli artt. 2 e 3 Cedu, può essere richiesto allo Stato di predisporre delle misure preventive, laddove ci sia il fondato motivo di ritenere che quel diritto possa essere in pericolo¹²⁰.

Volendo schematizzare, la *tassonomia* degli obblighi convenzionali è la seguente:

- obblighi sostanziali: attengono alla dimensione statica del diritto e si dividono in:
 - a. obblighi positivi: al legislatore è richiesto di proteggere, attraverso azioni positive, il diritto riconosciuto nella Convenzione. Ne deriva l’obbligo di predisporre: (i) un quadro giuridico adeguato a operare in funzione deterrente e, *in alcuni casi*, (ii) misure preventive idonee a salvaguardare il diritto nel caso di pericolo di lesione;
 - b. obblighi negativi: al legislatore è richiesto un *non facere*, da intendersi come astensione dall’incriminazione e da ingerenze nel corretto esercizio del diritto riconosciuto nella Convenzione;
- obblighi procedurali: attengono alla dimensione dinamica del diritto e richiedono che la sanzione predisposta in astratto sia poi comminata in

¹¹⁹ Si rinvia, per un approfondimento, a F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 248, il quale evidenzia come siano gli indirizzi emersi nella dottrina e nella prassi giurisprudenziale tedesca a ispirare la Corte Edu, laddove il contenuto dei diritti umani sembrerebbe operare in due direzioni diverse: la prima, che si sostanzia nell’obbligo negativo, c.d. *Abwehrrecht*, impone allo Stato di non violare lui stesso il diritto che riconosce; la seconda, a contenuto positivo, c.d. *Schutzpflicht*, richiede invece la messa in atto di meccanismi sanzionatori volti a sanzionare, e quindi tutelare, lo stesso diritto da arbitrarie lesioni commesse da terzi.

¹²⁰ *Amplius*, F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 248-250.

concreto, attraverso lo svolgimento di indagini effettive volte a perseguire e punire chi abbia violato il diritto.

Si badi, questa “massima articolazione” di tutela non appartiene a tutti i diritti riconosciuti nella Convenzione Edu, ma solo a quelli ritenuti particolarmente *importanti* – come l’art. 2, 3, 4.

Il grado di importanza, inutile dirlo, è rimesso alla interpretazione della Corte di Strasburgo: si assiste in questi casi alla creazione di una *gerarchia assiologica*¹²¹, sì che, pur tra norme di pari rango, alcune di queste sono in qualche misura sovraordinate alle altre¹²². Il tema della gerarchia assiologica, in realtà, appare di estremo interesse, permettendo, sia pur solo in certa misura, di scardinare l’impressione per cui dalle norme Cedu emergerebbe una “lotta” non all’«eccesso di punibilità, bensì [al]l’impunità»¹²³. A venire in considerazione, più esattamente, è la dialettica tra “vittima” e “reo” nel sistema di tutela delineato dalla Convenzione. Può senz’altro condividersi l’impressione per cui le norme Cedu si pongono in una prospettiva “vittimocentrica” più marcata di quella ricavabile da alcuni ordinamenti nazionali, ma non sembra che questo necessariamente comporti uno spostamento «dai diritti dell’*accusato* e del *condannato* [...] ai diritti della *vittima* della violazione»¹²⁴.

Appare, in questo senso, necessario muovere dalla individuazione delle “*parti*”, verificando, poi, se ed in qual misura esistano diritti (*rectius*: norme) assiologicamente sovraordinati ad altri.

La vittima, ai sensi dell’art. 34 Cedu, è il soggetto che direttamente o indirettamente subisce una violazione per opera dello Stato contraente¹²⁵. La dialettica tra “vittima” e “carnefice”, quindi, nell’ambito del sistema Cedu, si esaurisce nel rapporto tra persona

¹²¹ La gerarchia assiologica rappresenta una *species* della gerarchia normativa (*supra*, nota 12), tale per cui, date due norme *anche* di pari grado, una è ritenuta prevalente all’altra sulla base di una scelta di valore (aderenza ai principî o valori che ispirano il sistema giuridico). Sul tema, *amplius* G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, cit., §§ 2.1.3 e 3.1.5.

¹²² Particolarmente icastica in questo senso la distinzione tra principî costituzionali *supremi* rispetto e principî costituzionali *comuni*. L’esempio è di G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, cit., § 3a.1.5.

¹²³ F. Viganò, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2647.

¹²⁴ Così, invece, F. Viganò, *L’arbitrio del non punire*, cit., 2654.

¹²⁵ La nozione di “vittima” è stata oggetto di interpretazione evolutiva da parte della Corte Edu. Si veda, di recente, C. eur., 31.8.2023, *M. A. et autres v. la France*, 63664/19, relativa all’ammissibilità, ai sensi dell’art. 34 Cedu, di un ricorso presentato da alcuni c.d. *sex workers*, con riferimento all’introduzione, in Francia, di un reato di sfruttamento della prostituzione (art. 611-1 code pénal, rubricato “Du recours à la prostitution”). I ricorrenti, in particolare, hanno lamentato la violazione degli artt. 2, 3, 8 Cedu, pur non essendo menzionati dalla fattispecie di nuovo conio. La Corte Edu ne ha confermato lo *status* di vittima, ritenendo che il nuovo reato produca degli effetti diretti su di loro (nel ricorso è stato evidenziato come una normativa di questo segno favorisca clandestinità ed isolamento, creando maggiori rischi in termini di sicurezza e salute).

fisica e Stato. L'accusato o l'indagato del processo interno, in realtà, giunge a Strasburgo nei casi in cui abbia subito egli stesso una violazione di un diritto e sia, quindi, *vittima* per un fatto commesso dallo Stato. Il ruolo di “vittima”, per la Cedu, detto altrimenti, non solo “esula” dalle dinamiche processuali interne, ma coinvolge anche chi, pur indagato o imputato in un procedimento, ha comunque subito una violazione di un diritto da parte dello Stato – il solo che, nel processo innanzi alla Corte Edu, riveste la parte dell’“accusato”.

Le vicende relative, ad esempio, alla violazione degli artt. 6 (diritto ad un equo processo), 7 (*Nulla poena sine lege*) o 4, Prot. 7 (Diritto di non essere giudicato o punito due volte) Cedu sono sufficientemente rappresentative di questa dinamica. Nel noto caso *Contrada v. Italia*¹²⁶, per restare a una delle vicende più note che hanno riguardato il nostro ordinamento, è l'Italia ad essere “accusata” e conseguentemente condannata per violazione dell’art. 7 Cedu; il condannato del processo interno, viceversa, veste i panni della vittima di fronte alla Corte Edu.

Nel momento in cui si dovesse tracciare una gerarchia fra vittime, legata all’importanza dei diritti violati, l'impressione, fra l'altro, è che siano proprio i diritti dell’indagato o accusato del procedimento interno a occupare l’apice della piramide. L’art. 7 Cedu, nella interpretazione sistematica della Corte Edu, assume le sembianze dell’autentico perno attorno a cui ruota lo Stato di diritto. Se, da un lato, è già l’art. 15 Cedu a stabilire che gli artt. 2 (eccezione fatta per la morte causata da legittimi atti di guerra), 3, 4 § 1 e 7 Cedu sono inderogabili in tempo di guerra¹²⁷, è soprattutto in punto di bilanciamento e in sede rimediabile che i diritti dell’indagato/imputato emergono con tutta la loro forza.

L’art. 7 Cedu, anzitutto, comporta il divieto assoluto di interpretazione estensiva *in malam partem*¹²⁸, anche laddove quest’ultima possa rappresentare un mezzo per

¹²⁶ C. eur., 14.4.2015, *Contrada v. Italia*, ric. n. 66655/13.

¹²⁷ Anche alcuni Protocolli addizionali alla Cedu individuano ipotesi di “inderogabilità” di diritti, i quali, nuovamente, riguardano l’indagato/imputato (del procedimento interno). V. Protocollo addizionale n. 6 (relativo all’abolizione della pena di morte), 7 (che limita la maggiore “resistenza” al solo divieto di *bis in idem*, stabilito all’art. 4) e 13 (relativo all’abolizione della pena di morte in tutte le circostanze).

¹²⁸ Sul punto, C. eur., GC, 17.5.2010, *Kononov v. Latvia*, ric. n. 36376/04, §185: « [t]he guarantee enshrined in Article 7, an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, so as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment. Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage: it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the *criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for*

sanzionare condotte che altrimenti rimarrebbero impunte. Nel caso *Myumyun v. Bulgaria*, relativo alla violazione dell'art. 3 Cedu, ad esempio, il ricorrente ha lamentato, fra l'altro, l'interpretazione operata dai giudici nazionali, i quali avrebbero potuto e dovuto sussumere le condotte poste in essere a suo danno all'interno di fattispecie maggiormente idonee a tutelarlo (artt. 282 § 1 o 287 del codice penale bulgaro). La Corte di Strasburgo, pur riconoscendo la violazione degli obblighi sostanziali da parte dello Stato contraente, ammonisce l'opzione ermeneutica prospettata dal ricorrente, chiarendo che le Autorità nazionali non possano in alcun modo adempiere agli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 Cedu agendo in violazione dell'art. 7 Cedu, da cui discende il divieto di interpretazione estensiva in campo penale¹²⁹.

Da un punto di vista rimediale, volgendo lo sguardo verso la disciplina disegnata dall'art. 46 Cedu, i diritti dell'indagato/imputato sono destinati ad operare come limite e come fondamento. Da molto tempo a questa parte, come noto, la Corte Edu, al fine di assicurare piena effettività alle sentenze, oltre all'equa soddisfazione ex art. 41 Cedu, è solita individuare rimedi di tipo individuale e/o generali, validi a mettere fine alla violazione contestata e/o per rimediare i suoi effetti¹³⁰. In quest'ambito, i diritti dell'indagato/imputato operano come *limite* rispetto all'individuazione delle misure ex art. 46 Cedu: ai sensi degli artt. 7 e 4 Prot. 7 Cedu, è in ogni caso impedito di riaprire i procedimenti relativi ad un fatto di reato prescritto o nei confronti del medesimo indagato/imputato¹³¹. I diritti della vittima del procedimento interno e di quello a

instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable» [corsivi nostri]. In senso conforme, fra le altre, C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, cit., § 76; C. eur., GC, 21.10.2013, *Del Rio Prada v. Spagna*, ric. n. 42750/09, § 78.

¹²⁹ C. eur., 3.11.2017, *Myumyun v. Bulgaria*, cit., § 76 «[i]t should be noted in this connection that the national authorities cannot be expected to discharge their positive obligations under Article 3 of the Convention by acting in breach of the requirements of its Article 7, one of which is that the criminal law must not be construed extensively to an accused's detriment».

¹³⁰ Sul tema, *amplius*, G. Calafiore, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo versus giudicato penale: il discrimen fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3,2018, 715 ss.

¹³¹ C. eur., 4.4.2019, *Bayram Taşdemir and others v. Turkey*, ric. n. 52538/09, §14: «[t]he Court accepts that there may be situations where it is *de jure* or *de facto* impossible to reopen criminal investigations into the incidents giving rise to the applications being examined by the Court. Such situations may arise, for example, in cases in which the alleged perpetrators were acquitted and cannot be put on trial for the same offence, or in cases in which the criminal proceedings became time-barred on account of the statute of limitations set out in the national legislation. Indeed, a reopening of criminal proceedings that were terminated on account of the expiry of the statute of limitations may raise issues concerning legal certainty and may thus have a bearing on a

Strasburgo non possono comportare una violazione dei diritti dell’indagato/imputato, anche laddove siano rimasti “non-giustiziati”. D’altra parte, proprio la violazione dei diritti dell’indagato/imputato può rappresentare il *fondamento* per imporre, nell’individuazione dei rimedi ex art. 46 Cedu, la riapertura del procedimento interno, con conseguente immediata liberazione dell’imputato o, in alcuni casi, addirittura del condannato¹³², ovvero la chiusura, senza effetti pregiudizievoli per il medesimo, laddove si abbia a che fare con un secondo giudizio instaurato in violazione del *ne bis in idem*¹³³.

La questione, d’altra parte, assume cadenze pressoché sovrapponibili anche sul piano interno: ne è plastica rappresentazione la disciplina offerta dal “nuovo” art. 628-bis Cpp.

Con D.Lgs. 10.10.2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia) si è, infatti, proceduto all’introduzione di un Titolo III-bis, inserito all’interno del libro IX del codice di procedura penale e dedicato, appunto, ai “*Rimedi per l’esecuzione delle decisioni della corte europea dei diritti dell’uomo*”. Si trattava, più in particolare, di individuare rimedi validi a dare attuazione alle obbligazioni derivanti ex art. 46 Cedu: la strada scelta è stata quella dell’introduzione di un nuovo rimedio straordinario «ad ampio spettro»¹³⁴,

defendant’s rights under Article 7 of the Convention. In a similar vein, putting the same defendant on trial for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted may raise issues concerning that defendant’s right not to be tried or punished twice within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention».

¹³² C. eur., 24.5.2007, *Dragotoniu et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, ric. nn. 77193/01 e 77196/01, §55: «[d]ans le cas présent, il est indéniable que les requérants ont subi un préjudice matériel du fait de la condamnation. Cela étant, la Cour rappelle que lorsqu’un particulier a été condamné en violation de l’article 6 de la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure à la demande de l’intéressé représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée (voir *Gençel c. Turquie*, no 53431/99, § 27, 23 octobre 2003 et *Tahir Duran c. Turquie*, no 40997/98, § 23, 29 janvier 2004). Un tel principe s’applique également en cas de violation de l’article 7 de la Convention. A cet égard, elle note que l’article 408i du code de procédure pénale roumain permet la révision d’un procès sur le plan interne lorsque la Cour a constaté la violation des droits et libertés fondamentaux d’un requérant. Qui plus est, l’article 504 du code de procédure pénale permet l’octroi d’une réparation en cas de condamnation illégale ou de privation ou de restriction illégales de liberté».

¹³³ Si veda, per tutte, C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, §§ 233-237, spec. §237: «considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione dell’articolo 4 del Protocollo n. 7, la Corte ritiene che spetti allo Stato convenuto fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione di tale disposizione e ancora pendenti, alla data delle ultime informazioni ricevute, nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, vengano chiusi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti».

¹³⁴ A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie. Qualche “ritocco” all’esistente e un nuovo rimedio: basterà?*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 943, nel senso che l’istituto in questione è attivabile in tutte le ipotesi di violazione di un diritto contenuto nella Cedu, sia esso di carattere “sostanziale” o “processuale”.

percorribile, in linea (non solo) con i principi generali dell’ordinamento, dal solo condannato o sottoposto a misura di sicurezza, escludendo dai soggetti legittimati tanto i c.d. fratelli minori quanto la vittima¹³⁵.

La prospettiva “vittimocentrica” assunta dalla Corte Edu, quindi, non solo non sembra capovolgere i pilastri su cui è fondato il nostro diritto penale, ma anzi, con le precisazioni di cui sopra, offrirebbe ulteriori “rinforzi” affinché la struttura regga senza tentennamenti.

Se così stanno le cose, ne consegue che gli obblighi di punire sono limitati, dall’esterno, dai diritti dell’indagato/imputato, i quali dettano altrettanti vincoli al legislatore su *come* adempiere alle richieste di tutela derivanti da Strasburgo.

Andrebbe, quindi, almeno parzialmente riconsiderata l’idea per cui dalla Cedu, così come interpretata dai Giudici di Strasburgo, derivi necessariamente una “pan-penalizzazione”: l’attenzione, piuttosto, si sposta sulle modalità con cui gli obblighi di incriminazione vengono traghettati sul piano interno e di cui è artefice, nel rispetto del principio della riserva di legge, il Parlamento. La questione, insomma, è di nuovo quella relativa al *quomodo* della tutela, ampliata questa volta degli aspetti “processuali”: solo così si può assicurare una protezione “reale” e, per questo, *effettiva* dei diritti. Ad una più attenta analisi, poi, emerge chiaramente come quelli che sono stati fin qui individuati come diritti dell’indagato/imputato del procedimento interno si cristallizzano, prim’ancora a livello costituzionale, come veri e propri principi rivolti al legislatore nell’incriminazione. Il “dover punire secondo certe modalità”, in breve, segnerebbe specularmente un diritto a non essere punito in assenza di quelle stesse modalità.

Si è finora taciuto sull’aspetto più innovativo e prioritario degli obblighi convenzionali: la fonte. È la Corte di Strasburgo, come ripetutamente affermato, a dare origine, attraverso la sua interpretazione, ad un sistema di tutela effettivo ed estremamente articolato. Il timore di inchinarsi rispetto ad una giurisprudenza-fonte, però, sembra potersi relativamente tenere a bada: dalle “prime gemelle” ad oggi il vero termometro capace di misurare il grado di vincolatività della norma Cedu è stato tenuto dalla Corte

¹³⁵ A. Mangiaracina, *op. cit.*, 948-949, che ripercorre le indicazioni contenute nella legge delega 134/2021, la quale si limitava a fare riferimento al soggetto che “abbia presentato ricorso”. In questo modo, evidenzia l’Autrice, da un lato, si rendeva chiara la volontà di escludere i c.d. fratelli minori dal rimedio “straordinario”, ma, dall’altro, lasciava aperta la possibilità di estendere, sul versante della legittimazione, l’istituto anche alla persona offesa dal reato o al procuratore generale. L’opzione maggiormente restrittiva seguita dal legislatore delegato – si precisa – appare ulteriormente avvalorata dal fatto che si sarebbe trattato di introdurre un rimedio straordinario a svantaggio del condannato, ad oggi, per ovvie ragioni, sconosciuto all’ordinamento.

costituzionale¹³⁶, che detiene anche il controllo rispetto ai “nuovi” obblighi di tutela costituzionale.

Pare, poi, che le indicazioni di Strasburgo offrano l’occasione per indagare sulla effettiva portata della legge penale in una dimensione più ampia e comprensiva degli aspetti c.d. processuali.

Il riferimento è di nuovo alla norma penale reale, alla formulazione della fattispecie, all’individuazione dell’offesa con conseguente tutela: tutto ciò che appartiene al *quomodo* dell’incriminazione e che è rimesso al legislatore nel rispetto dei principi costituzionali, offrendosi come dimensione effettiva e frammentaria degli obblighi di tutela penale.

¹³⁶ *Supra* § 1, nota 10.