

dis
CRIMEN

RIVISTA
3/2019



DIRETTORE RESPONSABILE

Alessandra Borghini

COMITATO DIRETTIVO

Gian Marco Baccari, Roberto Bartoli, Filippo Bellagamba, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Francesco Cingari, Carlotta Conti, Giovannangelo De Francesco, Cristina de Maglie, Alberto di Martino, Luciano Eusebi, Chiara Fanuele, Paola Felicioni, Giovanni Flora, Benedetta Galgani, Alberto Gargani, Roberto Guerrini, Isabella Leoncini, Vincenzo Maiello, Ferrando Mantovani, Adriano Martini, Enrico Marzaduri, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletti, Gaetana Morgante, Domenico Notaro, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Francesco Palazzo, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri, Alessandra Sanna, Paolo Tonini, Antonio Vallini

Coordinatore Fausto Giunta

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Enrico Mario Ambrosetti, Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha), Giuliano Balbi, Fabio Basile, Elio Romano Belfiore, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Universidad de Salamanca), Costanza Bernasconi, Marta Bertolino, Riccardo Borsari, David Brunelli, Marcello Busetto, Alberto Cadoppi, Alberto Camon, Francesco Caprioli, Juan Carlos Carbonell Mateu (Universidad de Valencia), Stefania Carnevale, Fabio Cassibba, Andrea R. Castaldo, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa-Gastaldo, Claudia Cesari, Agata Ciavola, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Universitat de Barcelona), Luigi Cornacchia, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Gerhard Dannecker (Universität Heidelberg), Giulio De Simone, Giancarlo De Vero, Alberto De Vita, Mariavaleria Del Tufo, Massimo Donini, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, Stefano Fiore, Antonio Fiorella, Luigi Foffani, Desiree Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Alfredo Gaito, Mercedes García Arán (Universitat Autònoma de Barcelona), Nicolás García Rivas (Universidad de Castilla-La Mancha), Giulio Garuti, Gian Luigi Gatta, Ignazio Giacona, Glauco Giostra, José Luis González Cussac (Univesidad de Valencia), Giovanni Grasso, Clelia Iasevoli, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Alessio Lanzi, Sergio Lorusso, Carlos Alberto Mahiques (Argentina), Stefano Manacorda, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Annalisa Mangiaracina, Adelmo Manna, Marco Orlando Mantovani, Oliviero Mazza, Nicola Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Enrico Mezzetti, Vincenzo Militello, Sergio Moccia, Lucio Monaco, Fermín Morales Prats (Universitat Autònoma de Barcelona), Vito Mormando, Francesco Mucciarelli, Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla), Daniele Negri, Pietro Nocita, Carlo Enrico Paliero, Raphaële Parizot (Université Paris Nanterre), Lucia Parlato, Vania Patanè, Paolo Patrono, Pier Paolo Paulesu, Marco Pelissero, Francesco Peroni, Lorenzo Picotti, Giorgio Pino, Paolo Pisa, Nicola Pisani, Andrea Porciello, Cornelius Prittwitz (Goethe-Universität, Frankfurt am Main), Andrea Pugiotta, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Gonzalo Quintero Olivares (Universidad Rovira i Virgili, Tarragona), Paolo Renon, Silvio Riondato, Lucia Risicato, Mauro Ronco, Adolfo Scalfati, Aldo Schiavello, Sergio Seminara, Filippo Sgubbi, Jesús-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona), Fabrizio Siracusano, Giorgio Spangher, Luigi Stortoni, Kolis Summerer, Giovanni Tarli Barbieri, Valeria Torre, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Paolo Veronesi, John A.E. Vervaele (Universiteit Utrecht), Daniele Vicoli, Luciano Violante, Tiziana Vitarelli, Thomas Weigend (Universität zu Köln), Bettina Weißer (Universität zu Köln), Francesco Zacchè, Roberto Zannotti, Angelo Zappulla

REDAZIONE

Bianca Ballini, Davide Bianchi, Carolina Buzio, Alessandro Corda,
Andrea Galante, Claudia Larinni, Gianfranco Martiello, Cecilia Valbonesi

Coordinatori Gherardo Minicucci e Caterina Paonessa



Registrazione presso il Tribunale di Pisa
al n. 2209 del 6 dicembre 2018

disCrimen è una rivista quadrimestrale

ISSN 2704-6338

2019 – Firenze, via B. Varchi n. 56

info.discrimen@gmail.com

CRITERI DI CITAZIONE

Per la citazione dei contributi pubblicati nei fascicoli di *disCrimen* si propone il seguente modello:

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *disCrimen*, 1/2019, xxx ss.

CRITERI DI PUBBLICAZIONE

Al fine di assicurarne la qualità scientifica, la pubblicazione degli scritti destinati a *disCrimen* è subordinata alla previa positiva valutazione di un revisore, del quale è garantito l'anonimato, individuato tra i membri del Comitato Scientifico, che può subordinare il proprio giudizio a interventi correttivi e migliorativi. Nel caso di parere negativo, il Coordinatore del Comitato Direttivo può richiedere una nuova valutazione, sempre in forma anonima, a un diverso membro del Comitato scientifico, il cui giudizio diventerà vincolante ai fini della pubblicazione. Sono esentati dalla procedura di revisione i contributi raccolti nelle sezioni Opinioni, Focus, Recensioni e Varietà. Fatto salvo quanto appena precisato, il Coordinatore del Comitato Direttivo, acquisito il parere favorevole di almeno un altro componente del Comitato, può esentare dalla procedura di *peer review* gli scritti di carattere non scientifico, le relazioni a convegni scientifici, gli scritti già pubblicati o in corso di pubblicazione in testi o riviste scientifiche, gli scritti di studiosi di chiara fama.



dis
CRIMEN

Fascicolo 3/2019

Indice dei contenuti

Articoli

F. CINGARI, <i>La repressione dei fenomeni persecutori</i>	3
F. CONSULICH, <i>La legittima difesa tra ascesa della forza privata e declino del potere pubblico</i>	17
F. CONSULICH, <i>La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?</i>	39
P. FERRUA, <i>Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi</i>	69
G. FLORA, <i>Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della “direttiva PIF” nel settore dei reati tributari e della responsabilità “penale” degli enti</i>	77
D. GUIDI, <i>Presunzioni e automatismi nella confisca “per sproporzione” di cui all’art. 240 bis c.p.</i>	89
G. INSOLERA, <i>In difesa di Teramene</i>	115

M. LAVACCHINI, <i>La legittimazione dell'intervento penale tra principio di offensività e principio del danno (harm principle)</i>	125
D. NEGRI, <i>La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali</i>	149
L. RISICATO, <i>L'illecito civile punitivo tra intenti deflattivi incerti e ibridazione di categorie giuridiche eterogenee: un esperimento sostenibile?</i>	159
G. SOLINAS, <i>L'adescamento di minorenni. Problemi attuali di interpretazione ed applicazione dell'art. 609-undecies c.p.</i>	175
V. VALENTINI, <i>Le traiettorie della Alan Kurdi e l'archiviazione del Tribunale dei ministri</i>	187

Focus

B. BALLINI, <i>La Consulta e la rieducazione negata. L'incostituzionalità del sistema "ostativo" previsto dall'art. 4-bis ord. pen. (sent. 253/2019)</i>	197
F. GIUNTA, <i>L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019)</i>	201
G. MATTIOLI, <i>Il favoreggiamento della prostituzione al cospetto della Consulta</i>	205

Opinioni

E. R. BELFIORE, <i>Ancora sul principio di legalità tra legislatore e giudice</i>	217
C. BERNASCONI, <i>A proposito della difesa delle garanzie liberali nella stagione della giustizia euro-vittimocentrica</i>	221
D. D'AURIA, <i>Tutelare la vittima fino al parossismo? Il gioco non vale la candela</i>	227
G. FLORA, <i>Una domanda a Ferrando Mantovani. A proposito della sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato</i>	235

G. INSOLERA, <i>Colpe e rimedi</i>	239
C. PAONESSA, <i>A proposito di Caino</i>	243

Recensioni

F. CERUTTI, <i>Via le mani del 'popolo' dalla giustizia. A proposito del libro di Ennio Amodio, A furor di popolo, Roma, Donzelli 2019</i>	251
V. TORRE, <i>A proposito dello studio di Costanza Bernasconi, La metafora del bilanciamento nel diritto penale. Ai confini della legalità, Jovene 2019</i>	259

dis
CRIMEN
articoli

COSTANZA BERNASCONI

**A PROPOSITO DELLA DIFESA DELLE GARANZIE LIBERALI
NELLA STAGIONE DELLA GIUSTIZIA EURO-VITTIMOCENTRICA***

Un confronto di idee sulla difesa delle garanzie liberali potrebbe apparire in questo momento storico poco accattivante, non adatto a richiamare il pubblico dei grandi numeri, per lo più alla ricerca di un fruibile aggiornamento sulle sempre disponibili riforme dell'ultima ora. La materia non è neppure di quelle *à la page* nel lessico della politica, di quelle, cioè, capaci di coagulare, con la loro suadente fascinazione, facili (anche se non di rado effimeri) consensi. L'oggetto delle nostre riflessioni – al contrario – potrebbe addirittura suonare come un po' retrò, a tratti scomodo, una sorta di stanco mantra di un gruppo di benpensanti, impassibili di fronte alle incalzanti emergenze che richiederebbero, invece, interventi punitivi decisi, muscolari – *senza se e senza ma* – nei confronti, segnatamente, di alcune forme di criminalità. Sicché, in tale prospettiva, evocare un sistema di giustizia fondato su garanzie liberali parrebbe assomigliare ad un disfunzionale controsenso, un 'fuori tema'.

Eppure, fortunatamente una parte tutt'altro che irrilevante del pensiero penalistico ritiene che – a ben vedere – la vera emergenza del momento sia, invece, proprio quella di erigere un argine, solido e ben visibile, idoneo a contrastare la degenerazione di dette garanzie sulle quali (storicamente si incardinava e) dovrebbe sempre incardinarsi il diritto penale. Degenerazione, questa, già invero da tempo denunciata dalla dottrina penalistica più sensibile, ma viepiù accentuatasi nel corso degli anni, mano a mano che il diritto penale ha visto consolidarsi la propria centralità quale terreno privilegiato dello scontro ideologico e del conflitto tra i poteri dello Stato (così anche il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo dell'Unione delle Camere penali italiane*, p. 2).

* Il testo ripropone i contenuti dell'intervento svolto al convegno "La difesa delle garanzie liberali nella stagione della giustizia penale euro-vittimocentrica" (prima sessione – tavola rotonda "Nessuno contraddica Abele"), tenutosi a Ferrara nei giorni 20 e 21 settembre 2019.

Sempre più spesso, infatti, gli esponenti politici pongono al centro dei loro programmi di governo – perlomeno sul piano simbolico, propagandistico e della comunicazione mediatica – la lotta alla criminalità, utilizzando quotidianamente, anche sotto il profilo linguistico, concetti e termini che evocano l’esigenza di punizione. E poiché il volto duro dell’esibizione dello *ius terribile* paga in termini di consenso, a poco a poco si è affermato un populismo penale vittimocentrico e securitario che sta conducendo ad una inesorabile disgregazione dei caratteri originari del diritto penale liberale, tanto sostanziale quanto processuale.

Lo *ius puniendi* in molti casi si è trasfigurato in un diritto di lotta, costi quel che costi in termini di sacrificio delle garanzie. La sanzione viene pensata e utilizzata per contrastare fenomeni generali, più che singoli fatti offensivi di ben scolpiti interessi e valori. Sennonché, l’ansia da prestazione, la ricerca spasmodica di una ricetta che consenta di reagire adeguatamente *contro* qualcosa, fa perdere di vista le imprescindibili coordinate del sistema, il quale si concentra atomisticamente sul singolo fenomeno da debellare. I principi si sono opacizzati nei loro contenuti e tutto diventa possibile, fluido, in vista del raggiungimento di un obiettivo efficientista. Il sistema di produzione normativa è sempre più confuso, in un intreccio indecifrabile tra fonti – non solo nazionali ma anche sovranazionali – e formante giurisprudenziale. La frammentarietà – da sempre ritenuta coesistente alla specificità del giure penale – è, incredibilmente, vissuta nella prassi addirittura come un intralcio alla giustizia, come un ostacolo alla realizzazione dell’obiettivo di completezza della tutela. Il giudice diviene interprete diretto, senza il filtro della legge, dei bisogni delle vittime.

In questo quadro, il diritto penale tende a sacralizzare la vittima, anche se, invero, talvolta non vi è neppure una vittima in carne e ossa ma solo un desiderio punitivo da assecondare. La vittima si smaterializza in un fascio di interessi ritenuti (o semplicemente avvertiti come) meritevoli di tutela, al punto che lo *ius puniendi* si deve impegnare, letteralmente, a “spazzare via” il reo (o presunto tale), come insegna la vulgata in merito all’ultimo intervento normativo in tema di contrasto alla corruzione. E, al contempo, anche il processo sembra perdere la sua originaria vocazione di custode dei diritti dell’accusato, la cui innocenza si deve presumere fino alla sentenza definitiva. Infatti, l’esercizio dell’azione penale, che come già insegnava Francesco Carnelutti, è esso stesso già pena, diventa ora strumento la cui attivazione ha non solo, e non tanto, la funzione di accertare il fatto, ma soprattutto, *in primis*, quella di placare l’opinione pubblica, di offrire una risposta immediata e demagogica alla sete di vendetta della società. E – si badi – siffatta distorsione funzionale risulta negli ultimi tempi

enormemente amplificata dal parallelo svolgersi di quel processo mediatico che, di regola, accompagna le più rilevanti vicende giudiziarie e che esercita una pressione, spesso insostenibile, sul fronte dell'imparzialità del giudizio.

È forse difficile, specie per l'opinione pubblica, accettare il messaggio in forza del quale i diritti delle vittime devono – certo – essere tutelati, ma infliggendo al (presunto) reo la sola sofferenza *strettamente necessaria* a tale scopo, con il rispetto di regole irrinunciabili ed entro limiti non negoziabili. Invero, anche un sistema vittimocentrico non deve dimenticare che ogni consociato è una potenziale vittima di un sistema coercitivo-penale che non sia in grado di assicurare le dovute guarentigie. Sicché, se “nel momento del reato il soggetto debole è la vittima, nel momento del processo il soggetto debole è l'imputato (*Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo dell'Unione delle Camere penali italiane*, p. 35)”. E vi è da chiedersi se nell'inconscio del legislatore che ha recentemente riformato la legittima difesa domiciliare non sia affiorata la preoccupazione di far mantenere “sempre” alla vittima che reagisce il proprio *status*, anche per il timore che l'assunzione, sia pure solo per un attimo, della qualifica di indagato/imputato (in realtà sempre necessaria all'espletamento degli accertamenti volti alla ricostruzione dei fatti e alla verifica della effettiva sussistenza della scriminante) possa (come di fatto spesso accade) arrecare un ulteriore *vulnus* ai diritti del soggetto.

Ma è proprio su questo difficile bilanciamento, tra difesa sociale e difesa dei diritti fondamentali dell'individuo, tra *favor societatis* e *favor rei*, che si gioca la partita. Una partita non semplice, nella cui dinamica occorrerebbe avere ben chiare, e in ordine fin dall'inizio, le regole, le basi di partenza, perché diversamente si rischia che tutto proceda poi nella direzione sbagliata.

Tanto premesso, sembra molto opportuno ragionare – come efficacemente ci ricorda anche il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo* – sul sintagma “diritto penale”. In esso, infatti, vi è un'attribuzione di significato non rinunciabile: quella che pone l'accento sul primo termine – diritto – a scapito della prevalenza della funzione del punire (*Manifesto*, p. 10). Se, dunque, è vero che – almeno *prima facie* – la locuzione diritto penale liberale è intrinsecamente ossimorica, è altrettanto vero che si tratta di un ossimoro indispensabile per la legittimazione del diritto penale. Infatti il primo e l'ultimo termine – diritto/liberale – pongono le condizioni di accettabilità e sopportabilità del termine che sta in mezzo, cioè del potere punitivo.

Senza dubbio anche l'apertura dell'ordinamento giuridico nazionale alla dimensione sovranazionale, ha complicato il quadro, non solo perché i margini di discrezionalità del legislatore in sede di penalizzazione e depenalizzazione possono subire limitazioni per effetto di obblighi sovranazionali di tutela, ma anche – e soprattutto – perché il sistema di giustizia penale europeo si preoccupa, *in primis* e geneticamente, di garantire la massima tutela agli interessi ritenuti meritevoli di protezione a livello dell'Unione europea, chiedendo agli Stati membri di predisporre una protezione “efficace ed effettivamente dissuasiva”. L'obiettivo perseguito, dunque, è quasi sempre quella dell'«effettività», con una curvatura funzionalistica che si rivela non sempre in linea con la fisiologica prospettiva garantista del diritto penale, non fosse altro perché alimenta la dimensione giudiziale del diritto e pretende di conferire al giudice un inedito potere di sindacato sull'effettività delle sanzioni penali e/o sulla necessità di implementazione della tutela agli interessi eurounitari. E l'ormai noto *affaire* Taricco dovrebbe avere insegnato molto a tal proposito.

Di non poche preoccupazioni si è finora fatta carico soprattutto la Corte costituzionale, che in diverse occasioni ha posto freni al processo di disgregazione dei pilastri fondanti del nostro sistema. Sarebbe, tuttavia, auspicabile che, prima di arrivare alla fase patologica del giudizio di legittimità, anche il legislatore e la magistratura riposizionassero saldamente la barra del timone, seguendo una rotta volta a preservare lo statuto penalistico costituzionale, sia sul piano processuale che sostanziale.

Crediamo, dunque, che il dibattito sul punto tra studiosi e operatori del diritto di diversa estrazione possa ancora stimolare utili riflessioni, alle quali, speriamo, non si dimostri impermeabile la prassi applicativa. Diviene a questo punto indispensabile chiarire attraverso quali rimedi sia possibile far riacquistare ai principi di garanzia la necessaria centralità nel sistema di giustizia. Occorre altresì comprendere se qualche profilo di crisi di alcuni di questi principi possa eventualmente essere compensato da equivalenti funzionali in armonia con la nostra architettura costituzionale, senza cadere nella tentazione di importare da altri ordinamenti istituti o regole di giudizio in realtà difficilmente adattabili.

Il confronto di idee prenderà le mosse oggi dal piano processuale, al quale sarà dedicata la prima sessione (*Nessuno contraddica Abele*), perché proprio il processo emblematicamente mette in luce i limiti dell'attuale diritto penale, dove la vittima (ancora sotto impulso di sollecitazioni sovranazionali) ha fatto prepotentemente irruzione, quasi a rivendicare un autonomo diritto alla punizione del reo. La deriva vittimocentrica si è poi trapiantata saldamente anche nell'ambito del diritto sostanziale, al

A proposito della difesa delle garanzie liberali

quale verrà dedicata la seconda sessione del Convegno (*Caino non abbia diritti*), per verificare quali torsioni il diritto punitivo abbia subito sotto il profilo delle tecniche di costruzione della tutela, nonché sotto il profilo delle funzioni della pena.

dis
CRIMEN

www.discrimen.it