



Brevi considerazioni sull'attuale “stato di salute” del nostro costituzionalismo

Brief Remarks on the Current Health Status of our Constitutionalism

ROBERTO BARTOLI

Professore ordinario di diritto penale
Università degli Studi di Firenze
roberto.bartoli@unifi.it

ABSTRACT

Il contributo illustra come, all'interno del nostro costituzionalismo, dominino tuttora forme di prevalenza dell'autorità a scapito delle libertà, dello Stato a scapito della persona. L'autore dimostra l'assunto sviluppando la trattazione attraverso tre aree tematiche (beni giuridici e valutazione di meritevolezza della tutela penale; limiti alle libertà; incriminazione e autodeterminazione), ciascuna esaminata nella triplice prospettiva dell'ordinamento fascista, della svolta costituzionale, nonché dell'odierno costituzionalismo. Nelle conclusioni si prospetta, come antidoto, un percorso teso alla valorizzazione della persona nella sua concretezza e più in generale degli interessi in gioco in funzione di tutela delle persone concrete.

Parole chiave: costituzionalismo; libertà; autorità; fascismo; diritto penale



DOI: 10.54103/milanlawreview/27692

MILAN LAW REVIEW, Vol. 5, No. 2, 2024
ISSN 2724 - 3273

The paper argues that, in the framework of our constitutionalism, certain forms of prevalence of the authority over of freedoms, as well as of the State over the person, are still dominant. The author demonstrates the assumption by developing the discussion through three thematic areas (legal goods and criminalisation; limits to freedoms; incrimination and self-determination), each examined from the threefold perspective of the fascist order, the constitutional turn, and contemporary constitutionalism. The conclusions propose, as an antidote, a path aimed at the valorisation of the person in his or her concreteness and more generally of the interests at stake from the perspective of the protection of concrete persons.

Keywords: constitutionalism; freedom; authority; fascism; criminal law

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Brevi considerazioni sull'attuale “stato di salute” del nostro costituzionalismo

SOMMARIO: 1. Le radici antifasciste della nostra Costituzione. – 2. Crisi, contraddizioni e rischio di smarrimento dello spirito della Costituzione. – 3. Beni giuridici e valutazioni di meritevolezza della tutela penale. – 3.1. Nel regime fascista: la onnipervasività della prospettiva pubblicistica. – 3.2. Nella svolta costituzionale: la persona al centro. – 3.3. Nell’odierno costituzionalismo: dignità e vulnerabilità tra personalismo e statalismo. – 4. I limiti alle libertà. – 4.1. Nel regime fascista: l’incriminazione delle libertà sulla base delle finalità perseguitate. – 4.2. Nella svolta costituzionale: l’irrilevanza delle finalità perseguitate. – 4.3. Nell’odierno costituzionalismo: un ritorno alla rilevanza delle finalità perseguitate? – 5. Incriminazione e autodeterminazione. – 5.1. Nel regime fascista: le violazioni dell’*habeas corpus*. – 5.2. Nella svolta costituzionale: la piena rilevanza dell’autodeterminazione in prospettiva personalistica. – 5.3. Nell’odierno costituzionalismo: ancora limiti alla rilevanza dell’autodeterminazione. – 6. Alcune conclusioni.

1. Le radici antifasciste della nostra Costituzione

È tempo di crisi e quindi è tempo di contraddizioni. A dire il vero, come ben sanno e ci insegnano gli storici e i filosofi, è sempre tempo di crisi e di contraddizioni, e quando ci si illude che ciò non accada è soltanto perché non s’indossano i giusti occhiali per vedere la verità delle cose. D’altra parte, è anche vero che oggi crisi e contraddizioni si avvertono in modo particolarmente acuto, a volte addirittura dirompente: anche perché le crisi sono sempre di più dovute a trasformazioni molto repentine e le contraddizioni attengono spesso ai pilastri che sono a fondamenta della nostra società.

Per rendercene conto, basta pensare a questa sorta di contraddizione nella contraddizione: mentre, da un lato e – per così dire – da una parte, non senza generare stupore e anche qualche preoccupazione, si registra una certa difficoltà a riconoscere le radici antifasciste della nostra Costituzione; dall’altro lato e “da altra parte”, provocando altrettanto sbalordimento e inquietudine, emerge anche la difficoltà a spiegare queste radici, indicando con chiarezza, ben al di là dei balbettii con vuoti slogan del tutto retorici e ideologici, in cosa e per cosa la nostra Costituzione è, in termini consustanziali, antifascista.

Il problema non risiede nella nostra Costituzione e nel suo indiscutibile e inequivocabile antifascismo di cui sono intrisi ogni singola parola e tutti i meccanismi istituzionali. Al netto di chi non ha mai posseduto lo spirito della nostra Costituzione, il problema sembra piuttosto derivare da ciò che potremmo definire il rischio di smarrimento di tale spirito da parte di chi ce l’ha.

Infatti, sotto il primo profilo (Costituzione indubbiamente antifascista), la cesura prodotta dalla nostra Carta costituzionale, e più in generale dal costituzionalismo moderno, è davvero rivoluzionaria e storicamente epocale, anche perché è il frutto della combinazione di una pluralità di innovazioni giuridiche significativissime, saldamente strette tra di loro¹: la Costituzione è stata collocata formalmente al vertice delle fonti, al di sopra della legge, e sostanzialmente alla base fondativa del patto sociale, determinando, quasi ossimoricamente, una chiusura alla politica che si avvale dei poteri istituzionali e un'apertura alla società che vive prima di tali poteri; libertà, diritti e principi di garanzia sono stati riuniti all'interno della Costituzione, e quindi sottratti alla modificabilità da parte della legge e alle tempeste della politica contingente; alla Corte costituzionale è stato attribuito il potere di sindacare la legittimità delle leggi rispetto ai diritti e ai principi della Costituzione, attivata dal potere giurisdizionale prossimo alle istanze pluralistiche della società e al patto fondativo e altro rispetto al potere legislativo.

In poche parole, attraverso la Costituzione e il costituzionalismo moderno si è sancito il primato del diritto sulla politica, della *ratio* sulla *voluntas*, della persona sullo Stato ovvero si sono stabiliti limiti che la politica non può valicare, primato che la politica, tutta, purtroppo stenta ancora a riconoscere. In particolare, per quanto riguarda i consociati, se il fascismo, e più in generale qualsiasi autoritarismo, distingue a priori tra fini "buoni" e fini "cattivi", ritenendo che i primi si possano perseguire con qualsiasi mezzo, anche violento, mentre i secondi non si possono mai perseguire, nemmeno con i mezzi leciti dell'esercizio delle libertà; il costituzionalismo, invece, può essere definito come il riconoscimento della massima libertà nella scelta dei valori/fini, che tuttavia si possono perseguire soltanto con mezzi che non sono violenti o che comunque non offendono interessi meritevoli di tutela.

Per quanto riguarda i detentori del potere politico incardinato nei poteri istituzionali e quindi lo Stato, se il fascismo, e più in generale ogni autoritarismo, legittima il perseguimento di qualsiasi fine con qualsiasi mezzo (ovvero nel momento in cui si rendono illimitati i mezzi si rendono illimitati anche i fini), il costituzionalismo invece impone di perseguire determinati fini con determinati mezzi (ovvero rendendo limitati i mezzi si rendono limitati anche i fini).

Da qui, le idee centrali per cui prima viene la società e poi lo Stato, ma soprattutto, prima vengono i consociati e, più precisamente, ogni singola persona e poi lo Stato, e che quindi i consociati e ogni singola persona preesistono allo Stato,

¹ Sul tema, v. P. GROSSI, *Costituzionalismi tra "moderno" e "post-moderno"*, Napoli, 2017; di recente F. PALAZZO, *Diritto penale e costituzione (ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, in corso di pubblicazione; inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022.

con la conseguenza che è lo Stato a “servire” la persona²: i consociati sono liberi fin tanto che non vi sia il passaggio alla violenza o comunque l’offesa di interessi meritevoli di tutela; lo Stato può porre limiti all’azione dei consociati per tutelare interessi meritevoli della società, e purché si tratti di limitazioni che rispettino diritti e principi di garanzia. Un ribaltamento totale della prospettiva del fascismo e di ogni autoritarismo.

2. Crisi, contraddizioni e rischio di smarrimento dello spirito della Costituzione

Ma eccoci al secondo profilo, al rischio di smarrimento dello spirito della nostra Costituzione, che per noi giuristi significa nella sostanza tendenza a dimenticarsi dei limiti o comunque a flessibilizzarli, creando una sorta di piano inclinato molto rischioso, che potrebbe portare a legittimare eccessi e prevaricazioni.

Sul punto voglio essere chiaro. Non è mia intenzione strumentalizzare la Costituzione e farne una sorta di Super-legge destinata a porre vincoli più politici che costituzionali al legislatore: il legislatore gode di ampi margini di discrezionalità anche in ambito penale e strumentalizzare la Costituzione a fini di parte, pur non essendo deleterio quanto violarla, comunque è pericoloso, contribuendo notevolmente allo smarrimento del suo spirito. Tuttavia, non ho nemmeno l’intenzione di svilire la Costituzione a pannicello caldo contro i possibili abusi del potere politico, proprio perché, pur essendo sempre necessario equilibrio e dialogo, è la Costituzione, prima ancora della democrazia, il cane da guardia della pace sociale e della democrazia stessa, ponendo limiti alla politica.

Ebbene, lo spirito della Costituzione e dei limiti si smarrisce nel momento in cui si smarrisce l’idea fondamentale secondo cui la singola persona in carne ed ossa viene prima dello Stato ovvero quando le finalità dello Stato sono perseguitate con mezzi che vanno a scapito della persona e quindi si smarrisce ciò che potremmo definire il nocciolo duro delle tutele e delle garanzie.

Si potrebbe ritenere che gli smarrimenti e le flessibilizzazioni sarebbero fisiologici e non devono allarmare, essendo conseguenze inevitabili di uno Stato che risulta ormai saldamente democratico. Ed infatti, da un lato, si può osservare come la legislazione di oggi non sia più quella fascista, ma per l’appunto quella democratica e come pertanto diventi sempre più difficile incappare in illegittimità. Insomma, eccessi illegittimi si avrebbero soprattutto con una legislazione fascista, mentre è più difficile riscontrarli quando la legislazione è frutto di un legislatore democraticamente eletto. Dall’altro lato, si può affermare che, anche proprio in virtù di una legislazione sempre più democratica, si è trasformato lo stesso sindacato di legittimità costituzionale, per cui dal giudizio tradizionale e maggiormente rigido quale quello basato sul bilanciamento degli interessi, si

² Sulle radici e lo sviluppo del personalismo costituzionale, v. E. CATERINA, *Personalismo vivente, Origini ed evoluzione dell’idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023.

sarebbe passati a un giudizio più flessibile e dialogico, basato sulla ragionevolezza, con conseguente flessibilizzazione anche degli stessi limiti.

Queste affermazioni colgono senz'altro importanti aspetti di verità, ma con l'assolutezza con la quale sono espresse necessitano di precisazioni. Per quanto riguarda l'idea che i problemi di legittimità si sarebbero attenuati in virtù di una legislazione democratica, è senz'altro vero che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale più eclatanti sono state adottate proprio rispetto alla legislazione fascista, mentre negli ultimi decenni, dove le questioni di legittimità hanno avuto ad oggetto una legislazione democratica, se non si può dire che le dichiarazioni di illegittimità si siano ridotte, tuttavia, si deve riconoscere che si tratta di accoglimenti che non si basano – per così dire – su violazioni gravi della Costituzione.

D'altra parte, a ben vedere, sarebbe un errore imputare alla sola matrice autoritaria o democratica della legislazione lo smarrimento dello spirito della Costituzione, potendosi cogliere in tale asserzione addirittura una manifestazione di tale smarrimento. Ed infatti, non ci possiamo dimenticare che anche la democrazia può essere liberticida e autoritaria, non soltanto perché in ogni momento potrebbe decidersi per il proprio suicidio, ma anche perché risulta autoritaria e liberticida ogni qualvolta la legge democraticamente approvata eccede i limiti posti dalla Costituzione: insomma, nei sistemi politici autenticamente democratico-costituzionali l'autoritarismo si manifesta nelle episodiche violazioni della Costituzione e più in generale delle fonti internazionali a garanzia dei diritti umani. Inoltre, come vedremo, anche in presenza di una legislazione fascista, vi sono state sentenze della Corte costituzionale che nella sostanza non hanno avuto il necessario coraggio di spingere il sindacato fino in fondo, proprio come richiesto dal moderno costituzionalismo, con la conseguenza che lo smarrimento e la flessibilizzazione dei limiti a volte è da imputare più all'eccessiva prudenza dei custodi della Costituzione che al legislatore e alle sue leggi. Infine, si deve osservare come per alcuni aspetti la legislazione democratica si sia rivelata assai più deteriore di quella fascista: si pensi al tema delle comminatorie edittali e alle pene davvero draconiane previste dal legislatore democratico, che in risposta hanno portato a sviluppare il principio di proporzionalità.

Per quanto riguarda la flessibilizzazione dei limiti attraverso la dialogicità dei più recenti giudizi di sindacato, è senz'altro vero che la ragionevolezza, soprattutto se estrinseca e triadica, tende ad adottare come parametro di riferimento proprio una legislazione che già di per sé si assume come conforme alla Costituzione e quindi legittima, operando nel senso di estendere tale disciplina a quella della cui legittimità si dubita: insomma, il limite si ricava non tanto da un rapporto diretto della legge con la Costituzione, ma – per così dire – sistematicamente, nel rapporto di una legge con un'altra legge che di per sé si ritiene costituzionalmente legittima, risultando illegittima la differenziazione tra situazioni analoghe o la parificazione di situazioni diverse. Così come è certo che

il sindacato di ragionevolezza intrinseco o di razionalità, sempre più definito di proporzione, si concentra soprattutto sulla idoneità e sulla necessità dei mezzi rispetto allo scopo, piuttosto che sulla meritevolezza del bene tutelato e sul bilanciamento tra quello tutelato e quello compromesso.

Tuttavia, nonostante queste peculiarità, si deve osservare come in entrambi i giudizi si ponga sempre e comunque un problema di meritevolezza degli interessi tutelati e di bilanciamento con quelli contrapposti. Per quanto riguarda la ragionevolezza estrinseca, prima di passare alla vera e propria comparazione della legge della cui legittimità si dubita con quella ritenuta legittima, la Corte costituzionale tende spesso a compiere una valutazione di entrambe sul piano della legittimità dei beni tutelati, valutazione che può portare anche a una rivisitazione e rimodulazione degli stessi al fine di renderli compatibili con la Costituzione. Per quanto riguarda la ragionevolezza intrinseca, non si può fare a meno di ricordare che il giudizio si articola addirittura in quattro passaggi, per cui, prima della valutazione della idoneità e necessità dei mezzi rispetto scopo, occorre soffermarsi sulla legittimità dello stesso scopo, e da ultimo, dopo l'idoneità e la necessità, si deve compiere comunque un bilanciamento tra gli interessi perseguiti e quelli intaccati con i mezzi. Insomma, e non poteva essere diversamente, nel costituzionalismo non possono mai mancare giudizi assiologici a carattere sostanziale in ordine all'*an* della meritevolezza e al bilanciamento.

Ebbene, nelle pagine che seguiranno vorrei soffermarmi proprio su questo rischio di smarrimento dei limiti posti dal costituzionalismo, analizzando tre questioni centrali dalla prospettiva penalistica: le valutazioni di meritevolezza dell'oggetto della tutela; i limiti alle libertà derivanti dal bilanciamento con interessi ritenuti meritevoli di tutela; la rilevanza attribuita all'autodeterminazione.

Come vedremo, l'impressione di fondo che se ne trae è che se il costituzionalismo – per così dire – *in the book* traccia in modo sufficientemente chiaro i limiti da opporre al potere politico, assumendo una posizione in netta contrapposizione alla prospettiva fascista/autoritaria, la realtà del costituzionalismo *in action* si presenta invece molto più articolata e con qualche contraddizione, proprio perché a volte si assiste a una vera e propria flessibilizzazione dei limiti che finisce per andare oltre una flessibilizzazione da bilanciamento derivante – per così dire – da un'ermeneutica costituzionale, risultando piuttosto il frutto di uno smarrimento dello spirito.

3. Beni giuridici e valutazioni di meritevolezza della tutela penale

Il concetto di bene giuridico è da sempre problematico. Non soltanto perché di per sé manipolabile, ma anche perché fisiologicamente tendente a una pubblicizzazione dell'oggetto della tutela che si sposa perfettamente con le istanze di tutela perseguiti dal detentore politico/statale del potere punitivo

pubblico/politico³. A un'attenta analisi si potrebbe dire che lo stesso concetto di bene giuridico nasce proprio da una prospettiva di valorizzazione del potere pubblico statale, aumentando così esponenzialmente i rischi di manipolabilità, nel senso che alla sua manipolabilità fisiologica si aggiunge anche quella da strumentalizzazione della politica.

La pubblicizzazione finisce per svincolare gli interessi lesi dalla realtà e dalla persona e, più in generale, da una concretezza, se non empirica, quanto meno realistica, sia essa personale o sociale. Insomma, attraverso il concetto di bene giuridico, sopra qualsiasi esigenza di tutela si viene a distendere una coltre – per così dire – collettivistica, e nella sostanza politicamente volontaristica, che finisce per “espropriare” l’interesse dal diretto titolare trasformandolo in un qualcosa che appartiene allo Stato.

Con conseguenze rilevantissime. Si pensi a quanto accade rispetto agli interessi riconducibili alla persona concreta in carne e ossa: la dimensione personalistica si esaurisce nel diritto soggettivo del danneggiato suscettibile di risarcimento del danno e quindi in una tutela civilistica e in una dimensione privatistica; la dimensione pubblicistica si esaurisce nel bene giuridico suscettibile di tutela penale. Da tutto ciò, resta completamente fuori e perde totalmente di rilevanza l’offesa reale al bene concreto riferibile alla persona, “l’offesa personale”, il “danno criminale”, il “dolore criminale”, vale a dire ciò che ha direttamente ed effettivamente subito in termini personalistici la vittima (si pensi alla tangibile incolumità della vittima in carne ed ossa oppure all’ambiente). Non è un caso, sia detto per inciso, che sia nata l’idea della giustizia riparativa, destinata proprio a colmare questa lacuna.

Sul fronte sociale, l’astrattizzazione degli oggetti di tutela in concetto di come ordine pubblico o sicurezza pubblica spinge verso una notevole anticipazione della tutela fino a comprimere i diritti e le libertà dei singoli o delle associazioni.

3.1. Nel regime fascista: la onnipervasività della prospettiva pubblicistica

Ebbene, il fascismo si è caratterizzato per una pubblicizzazione degli oggetti di tutela portata talmente all’eccesso e alle estreme conseguenze che si è arrivati addirittura a una vera e propria statalizzazione degli stessi, per cui la persona è stata completamente radiata, anche quando si trattava di beni personalissimi, con conseguente espropriazione e smaterializzazione assoluta dei beni giuridici oggetto di tutela. Tant’è vero che molte fattispecie, nonostante la diversa tipizzazione, finiscono essere a tutela dello stesso bene e per essere puniti allo stesso modo, e ciò dipende proprio dalla estrema pubblicizzazione degli interessi tutelati. Di più: a volte la persona è stata addirittura strumentalizzata

³ V. per tutti G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014; F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023.

ovvero sono stati concepiti beni giuridici meritevoli di tutela penale che comportavano di per sé una prevaricazione ai danni della singola persona.

Soltanto per fare alcuni esempi. Si pensi ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume: la libertà sessuale, interesse la cui matrice e il cui contenuto risultano indissolubilmente connessi alla tutela della persona, durante il fascismo è stata assorbita nel concetto di moralità pubblica e buon costume⁴. I delitti contro la maternità e la vita del nascituro sono stati concepiti come delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, a prescindere quindi sia dalla madre che dal nascituro. Si pensi alla concezione della famiglia fondata sul matrimonio indissolubile, assimilata allo Stato e guidata dall'autorità del marito/padre, come lo Stato è guidato dal duce, rispetto alla quale tutti i componenti della famiglia devono sottostare⁵.

E potremmo continuare con riferimento a tutte le fattispecie del codice, dai delitti contro lo Stato, passando attraverso le falsità documentali, dove divengono pubblici e suscettibili di falsità ideologica qualsiasi documento redatto da un pubblico ufficiale anche privo di potere fidefaciente⁶, fino addirittura al patrimonio, dove ad es. si distingue tra rapina propria e impropria, senza però differenziare il trattamento sanzionatorio, smarrendo così la circostanza che mentre nella prima l'aggressione alla persona è strumentale al patrimonio, nella seconda invece ciò che unisce le due aggressioni è soprattutto il contesto spazio temporale. Ed anche qui non è un caso che rispetto alla rapina di recente siano state sollevate molte questioni di legittimità costituzionale, tuttavia dichiarate infondate dalla Corte costituzionale che si adagiata sulla soluzione legislativa⁷.

Non solo, ma a volte alcune fattispecie che in un'ottica pubblicistica vengono punite più gravemente, in un'ottica personalistica dovrebbero essere punite meno gravemente (si pensi alle fattispecie di alterazione di stato: es. art. 567 c.p.) e viceversa, fattispecie che in un'ottica personalistica dovrebbero essere punite più gravemente, in un'ottica pubblicistica sono punite meno gravemente (si pensi ai delitti contro la libertà personale realizzate dai pubblici ufficiali: es. art. 607 c.p.).

Al di là di questi esempi, il codice fascista, senza considerare discipline davvero aberranti come la pena di morte, l'ergastolo effettivo e quella relativa alle misure di sicurezza per gli imputabili, con riferimento agli oggetti di tutela, gronda di uno statalismo onnipresente e onnipervasivo, direi asfissiante, che non solo smaterializza, ma addirittura strumentalizza la stessa persona, con buona pace di chi tutt'ora continua ad affermare che alla fin fine si è trattato di un buon codice

⁴ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela dl buon costume*, Padova, 1984.

⁵ M. BERTOLINO, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in M. BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, XIX ss.

⁶ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in M. PELISSERO-R. BARTOLI (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2010, 57 ss.

⁷ Corte cost., sentt. n. 260/2022 e n. 190/2020.

liberale. E forse è venuto il momento di rendersi conto di quanto sia stata dannosa la sua mancata riforma.

3.2. Nella svolta costituzionale: la persona al centro

Il costituzionalismo spinge necessariamente in direzione opposta, nel senso della personalizzazione e quindi della concretizzazione degli oggetti di tutela. E l'autentica valorizzazione della persona in carne ed ossa finisce per determinare un riassetto profondissimo dei beni giuridici tutelati.

Ecco che la libertà sessuale assume piena autonomia personalistica, e la sua offesa non necessita di modalità costrittive o induttive, ma risulta sufficiente il mero dissenso. La disciplina volontaria della gravidanza non può prescindere dalla circostanza che madre e nascituro sono portatori di interessi concreti, rispetto ai quali lo Stato deve garantire un corretto bilanciamento. La famiglia diviene il luogo all'interno del quale il singolo non solo non può subire limitazioni di libertà, ma deve trovare la sua piena espressione e realizzazione. La stessa recente riforma dei reati contro l'ambiente non può che essere letta in una prospettiva di concretizzazione dell'offesa costituzionalmente orientata.

Ebbene, quale lo stato del nostro costituzionalismo rispetto al modo di concepire gli oggetti di tutela? Da un lato, non si può non apprezzare un costante sforzo nel senso della concretizzazione e della personalizzazione degli interessi di tutela. Così, ad esempio, nonostante che la riforma dei delitti sessuali del 1996 abbia continuato a basarsi sulle modalità costrittive e induttive, la giurisprudenza si è consolidata nel senso di attribuire rilevanza al mero dissenso, venendosi tuttavia a generare non pochi problemi sul fronte della proporzione del trattamento sanzionatorio, visto che all'interno dell'art. 609-bis possono rientrare fatti gravissimi e fatti lievissimi⁸. Problemi che si potrebbero risolvere interpretando la circostanza attenuante della minore gravità in modo tale da valorizzare anche le diverse modalità comportamentali.

Inoltre, in tema di gravidanza, ben prima della legge sull'aborto del 1978, con sentenza n. 27/1975 la Corte costituzionale ha affermato che «non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona [la madre], e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare»⁹.

Ed ancora, anche a seguito della riforma del diritto di famiglia in ambito civile, si è assistito a un progressivo riadattamento del concetto di famiglia costituzionalmente orientato: «conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che [l'art. 2 Cost.] proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse

⁸ In tema v. di recente e per tutti G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023, con ampi riferimenti alla giurisprudenza.

⁹ Corte cost., sent. n. 27/1975.

assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani»¹⁰.

3.3. Nell'odierno costituzionalismo: dignità e vulnerabilità tra personalismo e statalismo

Dall'altro lato, però non si può fare a meno di scorgere rischi di smarrimento e quindi rischi di un ritorno a una eccessiva e strumentale pubblicizzazione e smaterializzazione degli interessi di tutela, con conseguente legittimazione di limiti che invece suonano come indebiti.

In particolare, il concetto che viene sempre più in gioco è quello di dignità, interpretato secondo un'accezione oggettiva e quindi oggettivista-spersonalizzante, come valore in sé, che all'interno di un bilanciamento rischia di presentarsi assolutizzante e quindi destinato a prevalere su qualsiasi contro-interesse¹¹: come non si possono non incriminare comportamenti che ledono la dignità di un uomo? Inoltre, connesso alla dignità, v'è quello della vulnerabilità. Muovendo da una concezione solidarista, attraverso la dignità si giunge a valorizzare il concetto di vulnerabilità¹². Ebbene, nessun problema quando la vulnerabilità si concretizza in elementi costitutivi ovvero in particolari categorie di soggetti (ad es. il minore oppure il separato) oppure attraverso il requisito dello sfruttamento/abuso delle condizioni di vulnerabilità come particolare modalità di condotta (si pensi a quanto accade nella fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro). Problematica diviene invece l'assunzione della vulnerabilità come mero scopo della norma in assenza di una concretizzazione in elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, inverandola così in un disvalore del tutto astratto e ideale.

Si pensi alle recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di prostituzione n. 141/2019 e n. 278/2019, che hanno concluso per la legittimità dell'incriminazione del favoreggiamento da parte di terzi dell'attività di prostituzione frutto di una scelta totalmente libera da parte della persona che si prostituisce¹³. Da un lato, si afferma che «il legislatore [...] ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione

¹⁰ Corte cost., sent. n. 494/2002.

¹¹ V. i contributi pubblicati in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. NOTARO e A. VALLINI (a cura di), *Tutela della persona umana (dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Torino, 2020.

¹² Sul concetto di vulnerabilità, F. PALAZZO, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 91 ss.

¹³ Corte cost., sentt. n. 141/2019 e n. 278/2019. Sul tema v. i contributi pubblicati in A. CADOPPI, P. VENEZIANI e F. MAZZACUVA (a cura di), *Laicità e diritto penale*, Bologna 2022.

del cliente». Affermazione forte, da contrastare con altrettanta forza, non soltanto perché vietando a terzi di cooperare con un'attività che costituisce pieno esercizio della libertà sessuale, lo Stato finirebbe per limitare la stessa libertà sessuale di chi si prostituisce e chiede per l'appunto un aiuto, ma soprattutto perché, seguendo con rigore e coerenza quel ragionamento, si dovrebbe arrivare a incriminare la stessa attività di prostituirsi. Insomma, o la prostituzione è attività lecita e allora non la si valuta oppure se la si valuta si deve ritenere illecita non solo in presenza di terzi, ma anche nella sua realizzazione da parte di chi prostituisce, nella consapevolezza che in quest'ultima ipotesi si finirebbero per porre limiti alla libertà sessuale difficilmente ammissibili, visto che rispetto ad altre attività, nonostante la degradazione a merce della propria persona, non si compiono valutazioni di illiceità: insomma, dirimente sarebbe solo la componente sessuale sulla quale una Stato non può entrare.

Dall'altro lato, si valorizza il carattere vulnerabile della persona che si prostituisce. Scrive la Corte: «è, in effetti, inconfondibile che anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo talora drasticamente, il ventaglio delle opzioni esistenziali». Ecco che la Corte costituzionale finisce per ritenere che lo stesso esercizio dell'attività di prostituzione sia di per sé espressione di vulnerabilità, con la conseguenza che tutte le condotte di soggetti terzi che gravitano attorno alla prostituzione non possono che esprimere disvalore. Ma anche questa affermazione non può essere accolta, non soltanto perché dovrebbe portare a incriminare lo stesso cliente, ma anche perché costituisce una forzatura dedurre la vulnerabilità dallo stesso esercizio dell'attività di prostituzione. Tant'è vero che la Corte utilizza l'inciso "nella larghissima maggioranza dei casi" e poi rimette al giudice la verifica della concreta offensività dei fatti che diviene nella sostanza una verifica delle condizioni di vulnerabilità. Tuttavia, si deve osservare come in un contesto in cui la prostituzione è lecita, l'accertamento dell'offensività in concreto finisce per trasformarsi in un accertamento della vulnerabilità e quindi in una valutazione relativa alla scelta di autodeterminazione, portando a distinguere tra scelta caratterizzata da vulnerabilità, esprimente disvalore, e scelta invece in assenza di vulnerabilità, priva di disvalore. Senza considerare la mancanza di un ragionamento sul diverso tenore dei comportamenti consistenti nel favoreggiamento e nello sfruttamento.

Più in generale, nel momento in cui si rintraccia il disvalore nella degradazione e nello svilimento della persona in virtù di una libertà sessuale esercitata a fine di profitto e nella vulnerabilità che "di regola" caratterizza chi sceglie di prostituirsi, ancorché liberamente, risulta evidente come alla fine l'ordinamento compia una sorta di valutazione circa l'interesse e la finalità per la quale la libertà di scelta viene in concreto esercitata. Ma il problema è che ognuno

può rintracciare una componente strumentale e degradante a seconda della propria visione valoriale.

Sempre a titolo esemplificativo, all'interno della giurisprudenza di legittimità è da attenzionare la normativa a contrasto della pedopornografia, sempre meno diretta a tutelare lo sviluppo sessuale del minore e sempre più concentrata sulla tutela di un'immateriale e ideale dignità connessa a un'idea di minore¹⁴. Si pensi al concetto di materiale pedopornografico allorquando viene riferito a quello virtuale: se per un orientamento occorre fare riferimento a immagini frutto di manipolazione ma tratte dalla realtà e idonee a rendere riconoscibile il minore (fotomontaggio tra un corpo di adulto e volto di minore)¹⁵, per altro orientamento si può attribuire rilevanza a materiale interamente virtuale (fumetto)¹⁶. Inoltre, si è assistito a un progressivo svilimento del ruolo della strumentalizzazione del minore, per cui il requisito dell'"utilizzo" del minore, sempre necessario per integrare l'art. 600-ter.1 c.p., non viene più richiesto per l'integrazione delle fattispecie previste dai commi 2, 3 e 4¹⁷. Giungendosi al paradosso di poter ritenere punibile lo stesso minore, allorquando, dopo aver autoprodotto immagini sessualmente esplicite, le divulghe, contraddicendo così, in un autentico furore repressivo, le stesse finalità di tutela del minore: «se la circolazione del materiale realizzato [autoprodotto] sarà imputabile all'iniziativa esecutiva del minore, la responsabilità della circolazione incomberà su quest'ultimo»¹⁸.

Infine, sempre a titolo meramente esemplificativo, problemi si pongono per quanto riguarda la tutela penale dell'eguaglianza assicurata dai delitti di cui agli artt. 604-bis e 604-ter c.p.¹⁹. Ancora una volta, essendo dignità ed eguaglianza beni ideali, la loro tutela non può che subire un processo di smaterializzazione dell'offesa. Ecco che se risulta plausibile punire comportamenti come gli atti discriminatori, anche perché nella sostanza ipotesi di ingiuria qualificata che offendono l'onore della persona, al contrario il disvalore si fa molto più evanescente in presenza di comportamenti che consistono nella mera manifestazione del pensiero come ad esempio la propaganda discriminatoria, tanto odiosa, quanto offensiva di beni del tutto ideali.

Non solo, ma l'eguaglianza implica anche delicate valutazioni assiologiche, dipendendo dal criterio adottato ai fini della comparazione. Ecco che si pone il

¹⁴ V. i contributi pubblicati nel volume M. BIANCHI-S. DELSIGNORE (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Milano, 2008.

¹⁵ Cass. pen., Sez. III, n. 15757/2018.

¹⁶ Cass. pen., Sez. III, n. 22265/2017.

¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., n. 4616/2021.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., n. 4616/2021.

¹⁹ F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2021; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, Torino, 2024.

rischio di una proliferazione dei possibili “motivi/criteri” di discriminazione. E se l’intento è di tutelare minoranze da eventuali abusi da parte di maggioranze, va da sé che le valutazioni assiologiche in prospettiva di egualianza sono altamente politiche potendo portar a tutelare, paradossalmente, le maggioranze che si sentono minacciate dalle minoranze.

Di più, il discorso anche legislativo che si compie ogni volta che si muove da considerazioni di egualianza si basa sulla premessa di ritenere che determinate persone siano vulnerabili in ragione di una determinata visione socio-culturale presente all’interno della società e condivisa dall’autore e che in qualche modo deve essere non solo contrastata, ma per l’appunto sradicata attraverso il diritto penale. Ecco che il diritto penale diviene lo strumento per diffondere ed affermare determinati valori ovvero per “costringere” i consociati a condividere valori attraverso la minaccia penale.

Insomma, il diritto penale diviene uno strumento non solo per tutelare l’egualianza formale, inducendo i consociati ad assumere un contesto – per così dire – terzo verso la realtà che li circonda, ma anche ad operare per la realizzazione di un’egualianza sostanziale, eliminando ostacoli – per così dire – valoriali alla piena realizzazione dei singoli. Tuttavia, è agevole comprendere come questi obiettivi di solidarietà possano essere posti a carico di uno Stato, ma non dei singoli consociati mediante minaccia di una pena.

4. I limiti alle libertà

Sono portato a credere che libertà e diritti sono come una sorta di facce di una stessa medaglia: le libertà indicano spazi che non si possono compromettere, un nucleo incomprimibile oltre il quale non è possibile andare (libertà da); i diritti (diritto di) implicano invece spazi in cui le libertà, entrando a contatto con determinati interessi, risultano suscettibili di bilanciamenti, zone “grigie” di valutazione e ponderazione.

4.1. Nel regime fascista: l’incriminazione delle libertà sulla base delle finalità perseguite

Per quanto riguarda le libertà, la legislazione del fascismo si è caratterizzata addirittura per la tendenza a incriminare lo stesso esercizio delle libertà: gli interessi contrapposti alle libertà non solo risultavano del tutto immateriali e idealizzati; non solo, all’interno di un bilanciamento, prevalevano sulle libertà; ma a volte risultavano addirittura incompatibili con la stessa Costituzione²⁰.

²⁰ Corte cost., sent. n. 269/1986, che ha dichiarato illegittimo il delitto di “eccitazione all’immigrazione con mezzi pubblicitari”: «la precisata *ratio* ed il bene giuridico tutelato (l’interesse dello Stato a che il cittadino non sia indotto ad emigrare dalla propaganda realizzata con mezzi di pubblicità) attraverso l’incriminazione del fatto in esame non sono,

Si pensi al rifiuto e all'interruzione di cure, dove la tendenza è stata nel senso di ammettere l'imposizione di cure e l'alimentazione forzata, tendenza protrattasi fino agli anni Settanta del secolo scorso, nella convinzione che se una persona rifiutava un trattamento medico necessario per la sua sopravvivenza, essa stava di fatto disponendo della propria vita che invece è indisponibile. Ma si pensi anche alla manifestazione del pensiero e alla libertà di associazione, incriminate là dove perseguivano finalità contrarie all'ideologia fascista e quindi portavano all'espressione di critiche nei confronti dei detentori del potere politico-istituzionale: così, ad es., l'art. 271 c.p. puniva le associazioni antinazionali²¹, l'art. 272 c.p. incriminava la propaganda e l'apologia sovversiva e antinazionale²², gli artt. 273 e 274 punivano l'illecita costituzione e partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale²³.

Più in generale, si deve osservare come nella prospettiva fascista si finissero per valutare le finalità oggetto di manifestazione del pensiero e di associazione definendole sovversive, eversive, antinazionali ovvero per considerare illecite le finalità politiche in quanto tali, diverse da quelle fasciste, indipendentemente dai mezzi utilizzati per perseguirle (che quindi potevano essere anche lecite e consistere nella mera organizzazione) ovvero indipendentemente dal passaggio dal pensiero alla violenza.

4.2. Nella svolta costituzionale: l'irrilevanza delle finalità perseguiti

Il costituzionalismo risponde con forza a questa impostazione liberticida. Così, il rifiuto o l'interruzione di cure risultano riconducibili alla libertà personale definita inviolabile e, più precisamente, all'*habeas corpus*, per cui un soggetto, non potendo essere costretto ad essere alimentato e curato, è legittimato a lasciarsi morire, sia che vi sia una patologia in atto, sia che la innescchi attraverso il proprio digiuno: nessuno può «mettere le mani addosso» a una persona senza il suo consenso per costringerla a fare un qualcosa al fine di evitare conseguenze che producono danni soltanto verso la persona titolare dei beni danneggiati.

Per quanto riguarda le libertà di pensiero e di associazione, assume un ruolo fondamentale il passaggio all'azione. Ciò significa che, per quanto riguarda la manifestazione del pensiero, al di là di interessi concreti e personali come l'ingiuria e la diffamazione, la libertà trova un limite là dove orientata alla realizzazione di reati, vale a dire in presenza di istigazione a commettere reati, richiedendosi il requisito del pericolo concreto, mentre se la libertà non è orientata

oggi, in alcun modo compatibili con le visioni ideologiche poste a fondamento della vigente Costituzione».

²¹ Fattispecie dichiarata costituzionalmente illegittima con sent. n. 243/2001 della Corte costituzionale.

²² Fattispecie abrogata nel 2006.

²³ Fattispecie dichiarate illegittime con la sent. n. 193/1985 della Corte costituzionale.

alla realizzazione di reati (si pensi al delitto di istigazione a disobbedire alle leggi punito dall'art. 415 c.p.), la legittimità di eventuali incriminazioni si fa particolarmente problematica proprio perché si pone il rischio di incriminare la libertà di critica.

Molto simile il discorso per quanto riguarda la libertà di associazione, per cui, per rendere illecita un'associazione non è sufficiente il perseguimento di scopi contrari alla democrazia e al nostro assetto istituzionale costituzionale, ma è necessario quanto meno un programma criminoso, vale a dire la finalità di realizzare reati. Insomma, il terrorismo non si concretizza nella formazione di associazioni che perseguono finalità politiche che contrastano con la democrazia o il nostro assetto istituzionale-costituzionale, ma con la formazione di associazioni che perseguono tali obiettivi politici (o comunque qualsiasi obiettivo politico: es. tutela dell'ambiente), attraverso finalità illecite ovvero la finalità di realizzare reati come richiesto espressamente dall'art. 18 Cost. Dovendosi riconoscere come sia problematica proprio la XII disposizione transitoria della nostra Costituzione, la quale costituisce nella sostanza una vera e propria deroga. Se, da un lato, essa finisce per legittimare la disciplina della l. n. 645/1952 relativa alla ricostituzione del partito fascista, là dove punisce vere e proprie manifestazioni di pensiero, dall'altro lato, però, introduce un aspetto distonico che non consente di comprendere che ciò che determina il passaggio dalla libertà di associazione ad un'associazione illecita è la finalità criminale ovvero la finalità di realizzare reati e quindi di esercitare violenza, non l'ideologia fascista in sé e per sé considerata. Insomma, si deve essere consapevoli che se sono più che comprensibili le ragioni che portarono a introdurre la XII disposizione, tuttavia tale disposizione costituisce una deroga all'impianto della tutela costituzionale delle libertà.

4.3. Nell'odierno costituzionalismo: un ritorno alla rilevanza delle finalità perseguite?

Anche in tema di libertà, lo stato attuale del costituzionalismo presenta alcune contraddizioni che è opportuno mettere in evidenza. Per quanto riguarda il rifiuto e l'interruzione di cure, permane una lettura che ancora l'autodeterminazione più all'art. 32.2 Cost., che all'art. 13.1 Cost., lettura che in realtà può portare a una pericolosissima flessibilizzazione delle garanzie. Ed infatti, l'art. 32.2, da un lato, afferma la legittimità di trattamenti sanitari obbligatori purché siano previsti per legge, senza indicare limiti sostanziali; dall'altro lato, precisa che in nessun caso si possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, ma questi limiti sembrano attenere più ad aspetti procedurali e modali in cui si esercita l'obbligatorietà, che alle ragioni sostanziali che stanno alla base del trattamento obbligatorio, per cui c'è chi ritiene che sia sufficiente un provvedimento *ex post* dell'autorità giudiziaria perché il trattamento obbligatorio sia legittimo (si pensi agli enormi problemi, totalmente taciti, posti dall'attuale disciplina del TSO). Ebbene, più garantista connettere il rifiuto e

l'interruzione di cure all'*habeas corpus*, anche perché siffatti comportamenti compromettono interessi soltanto personali, mentre i comportamenti che impongono le cure costituiscono prevaricazioni e violenze illegittime offensive di interessi altrui. Ecco allora che i trattamenti sanitari obbligatori, che dovrebbero essere previsti per legge e con tutela giurisdizionale preliminare alla loro esecuzione, dovrebbero venire in gioco soltanto in presenza di particolari ragioni, quando cioè c'è il pericolo concreto che siano compromessi beni che sono di altri ovvero si è in presenza di una concreta pericolosità sociale strettamente connessa a una patologia, e cioè, in presenza di un soggetto che in virtù di problemi di salute e quindi bisognoso di cure risulta concretamente pericoloso soprattutto per terzi.

Più in generale, si deve riscontrare una certa difficoltà a concepire la libertà personale, come dimostra la recente sentenza in tema di quarantena. Nella sent. n. 127/2022 la Corte costituzionale ha affermato che rispetto alla disciplina della quarantena manca la coercizione fisica e che là dove manca una coercizione fisica non è necessario un provvedimento dell'autorità giudiziaria, concludendo per la legittimità della disciplina²⁴. E questa soluzione non si può che condividere. Tuttavia, il problema è che la Corte finisce per dire troppo là dove afferma che quando manca la coercizione ciò che si intacca non è la libertà personale, ma la libertà di circolazione, identificando così la mancanza di coercizione con una limitazione della libertà di circolazione. Ma su questo punto non si possono che esprimere riserve: giusto ritenere che senza coercizione non vi sia bisogno di un provvedimento della autorità giudiziaria, tuttavia risulta eccessivo ritenere che in assenza di una coercizione il diritto che si va a intaccare sia la mera libertà di circolazione. Insomma, la libertà personale si può intaccare anche senza coercizione.

Per quanto riguarda la libertà del pensiero, se v'è stata una giurisprudenza solida nel richiedere il pericolo concreto di passaggio all'azione consistente in comportamenti penalmente rilevanti, tuttavia sono state salvate disposizioni problematicissime proprio perché prive di tale passaggio all'azione criminosa²⁵. Tre in particolare i comportamenti problematici.

Anzitutto, quello di istigazione quando oggetto dell'istigazione non è un reato: così, ad es., vero che l'art. 415 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è anche vero che il pericolo è misurato verso un bene giuridico del tutto astratto e

²⁴ Corte cost., sent. n. 127/2022.

²⁵ M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4/2015, 37 ss.; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, Napoli, 2019; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata*, cit.

smaterializzato e non verso la realizzazione di reati tipizzanti comportamenti determinati rispetto ai quali tale pericolo è per l'appunto davvero valutabile²⁶.

In secondo luogo, problematico il comportamento di apologia. Certo la Corte costituzionale ha ricondotto l'apologia al concetto di istigazione richiedendo quindi il pericolo concreto di un passaggio all'azione²⁷, ma alcune riforme successive come l'introduzione dell'apologia di terrorismo o di pedopornografia non solo mostrano come il legislatore continui a concepire l'apologia come un comportamento diverso dall'istigazione e quindi avulso da valutazioni del pericolo concreto, ma gli effetti che si hanno nella pratica applicativa risultano senz'altro devastanti, come dimostra la punizione per apologia del soggetto che condivide video di propaganda dell'ISIS sui social network, rafforzata dall'approvazione dei contenuti attraverso l'opzione "mi piace"²⁸: l'apologia non comporta un passaggio all'azione e se vogliano punire condotte istigatrici di reati è opportuno lasciare la sola incriminazione dell'istigazione.

Infine, problematica la condotta di propaganda. Dichiara costituzionalmente illegittima rispetto alle fattispecie di boicottaggio (art. 507 c.p.), di propaganda ad emigrare (art. 5.1 l. 1278/1930), di propaganda a favore di pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p.) e di propaganda antinazionale (art. 272 c.p., oggi abrogato), tuttavia era stata considerata costituzionalmente legittima rispetto alla propaganda sovversiva (art. 272 c.p., oggi abrogato), facendo ancora una volta riferimento al correttivo del pericolo concreto, ma la propaganda è condotta ben diversa dall'istigazione, perché ben lontana dal passaggio all'azione violenta, anche quando ha ad oggetto una teorizzazione dell'uso della violenza (ad es. "occorre compiere una rivoluzione"), poiché altrimenti si pone il rischio di incriminare il pensiero per i suoi contenuti e per le finalità che persegue.

Insomma, difficile comprendere per cosa possa essere pericolosa la propaganda. Per un passaggio all'azione in prospettiva di realizzazione di reati? Ma così non può essere, visto che nelle fattispecie si parla di mera propaganda senza prendere in considerazione la realizzazione di possibili reati. Per l'ordine pubblico? Ma sganciato dalla possibile commissione di reati, l'ordine pubblico è un bene ideale e immateriale che apre alla manipolazione e all'arbitrio. Conseguenza: parlare di un pericolo concreto rispetto a un bene del tutto ideale e immateriale finisce per prescindere da un reale pericolo concreto e quindi per punire l'esercizio di una libertà.

Il nodo di fondo è che in tutte queste ipotesi la manifestazione del pensiero non è orientata alla realizzazione di un reato (ecco la violenza) rispetto alla quale si può misurare il pericolo concreto (il passaggio all'azione violenta), ma alla mera divulgazione di idee che di per sé restano idee, abominevoli e ignominiose quanto

²⁶ Corte cost., sent. n. 108/1974. Nello stesso senso cfr. anche Corte cost., sentt. n. 16/1973 e n. 71/1978, relative al delitto di cui all'art. 266 c.p.

²⁷ Corte cost., sent. n. 65/1970.

²⁸ Cass. pen., Sez. V, n. 55418/2017.

si vuole anche perché incompatibili con la visione sostanziale del nostro costituzionalismo, di cui fa parte però anche la piena libertà di manifestazione del pensiero. E questo purtroppo dà adito a nuovi problemi, a cominciare dai delitti a tutela dell'eguaglianza, ai quali abbiamo già accennato, là dove incriminano la mera propaganda.

Potremmo dire di più. Con riferimento ai discorsi d'odio, in modo subdolo e strisciante, si sta facendo strada una lettura del tutto peculiare della libertà del pensiero (susceptibile di essere estesa a quella di associazione), secondo cui nella sostanza si deve distinguere tra la concezione – per così dire – americana della libertà del pensiero e quella europea. Ed infatti, mentre la prima si baserebbe per l'appunto sul passaggio all'azione, la seconda si baserebbe invece su eventuali limiti a tutela della dignità della persona e del principio di non discriminazione²⁹.

In termini più generali, tutto questo nostro discorso finalizzato a delimitare il più possibile i reati di opinione, sembra essere avallato da una riflessione di

²⁹ Nel Documento conclusivo approvato dalla Commissione sull'indagine conoscitiva sulla natura cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, si legge quanto segue: «occorre tracciare una premessa concernente la definizione della libertà di manifestazione del pensiero in rapporto agli altri diritti e alle altre libertà. Esistono, infatti, due diversi approcci di studio: quello statunitense e quello europeo.

Negli Stati Uniti la libertà di espressione è considerata “sua maestà” tra tutti i diritti dello *United States Bill of Rights* e di fatto conosce un'estensione quasi sconfinata. Nel 1919 la Corte Suprema degli Stati Uniti affermava che è necessario un «*clear and present danger*» per poter essere fuori dall'ambito di applicazione della libertà di espressione e che la libertà di espressione è di fatto un libero mercato delle idee. Per il costituzionalismo americano il discorso d'odio, per poter essere punito, per poter quindi esulare dall'ambito di applicazione sconfinata della libertà di espressione, deve sostanziarsi in un'idea o in una parola con la capacità di trasformarsi in azione, in un'azione imminente. Anche nella dimensione digitale gli Stati Uniti considerano la libertà di espressione come smisurata estensione del proprio spazio di libertà, fino a sostenere che i *social media* sono l'osservatorio e il cantiere privilegiato per la libertà di espressione, quindi una sorta di agorà digitale, un mercato amplificato delle idee.

Il costituzionalismo europeo, invece, come è stato affermato, si fonda sulla tutela della dignità della persona e del principio di non discriminazione. Non è un caso che il costituzionalismo europeo conosca la categoria dell'abuso di diritto, «*assolutamente alieno al costituzionalismo liberale americano*». Infatti, la Convenzione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sanciscono che il diritto può essere esercitato ma che non è legittimo abusare di una libertà.

A tal proposito, quanto alla giurisprudenza sovranazionale e nazionale di rilievo, si consideri che sul piano sovranazionale, con riferimento al sistema convenzionale, la libertà di parola, «*comportando doveri e responsabilità*» può essere sottoposta, ai sensi dell'articolo, 10 paragrafo 2 CEDU, «*alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui*».

fondo sul rapporto tra reati di opinioni e regimi politico-istituzionali. I reati di opinione, da intendersi come incriminazioni di manifestazioni del pensiero privi del passaggio all'azione, sono propri dei regimi autoritari finalizzati a reprimere il dissenso e la critica. In un regime democratico non solo il dissenso non deve essere represso, ma deve essere addirittura tutelato. Ecco allora che difendere la democrazia negando la libertà di manifestazione del pensiero significa in realtà negare la democrazia che si vorrebbe difendere, perché una democrazia chiusa e protetta in realtà non è una democrazia. La stessa Corte EDU ha affermato che la libertà di espressione «vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore e considerate inoffensivi e indifferenti, ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vive società democratica».

Amareggia quindi constatare che il diritto penale rimanga impermeabile al contesto istituzionale che lo produce e che possa essere utilizzato allo stesso modo sia da un regime liberticida come quello fascista, sia dal nostro regime democratico che ha fatto delle libertà il proprio pilastro. Un'operazione di conservazione delle norme fasciste del codice Rocco che evidenzia sia un atteggiamento eccessivamente prudente della Corte costituzionale sia un'impostazione sostanziale di fondo tipica di una democrazia protetta e quindi chiusa e che quindi non risulta ancora pienamente costituzionalmente orientata.

5. Incriminazione e autodeterminazione

Veniamo quindi all'ultimo tema, relativo all'autodeterminazione³⁰. Con sempre maggior frequenza si distingue tra aggressioni a beni altrui e aggressioni a beni propri ovvero a seconda che la libertà di autodeterminazione si scontri con interessi che appartengono a soggetti diversi da colui che intende autodeterminarsi oppure abbia ad oggetto interessi che appartengono allo stesso

³⁰ D. PULITANÒ, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022, p. 1 ss., ID., *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021, p. 1 ss., ID., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 7-8, 2018, p. 57 ss., F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 1, 2020, p. 3 ss., S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2023, ID., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021, ID., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2159 ss., L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *disCrimen*, 28 settembre 2020, p. 1 ss., ID., *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *disCrimen*, 6 dicembre 2019, p. 1 ss., ID., *Dignità umana e bioetica. Sui rischi correlati all'asserito "diritto" di morire*, in *Med. mor.*, 3, 2009, p. 389 ss., A. VALLINI, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5, 2020, p. 1198 ss., ID., *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2019, p. 805 ss.

soggetto che si autodetermina: nella prima ipotesi, non può che attivarsi il bilanciamento degli interessi, per la semplice ragione che gli interessi appartengono a soggetti diversi; nella seconda ipotesi, invece, le cose si complicano notevolmente.

5.1. Nel regime fascista: le violazioni dell'*habeas corpus*

In piena coerenza con la visione statalista e autoritaria, nel fascismo non è stato riconosciuto alcuno spazio all'autodeterminazione: non vi era spazio per l'*habeas corpus*, figuriamoci per l'autodeterminazione. Ed infatti, la disciplina del consenso dell'avente diritto ereditata dal fascismo la dice lunga. Certo, l'art. 50 c.p. attribuisce rilevanza a tale consenso, ma precisa che esso opera soltanto se il soggetto può "validamente" dispone e in questa validità rientrano non solo la capacità di dispone in concreto, ma anche quella di dispone – per così dire – in astratto, introducendo così il tema dei limiti – per così dire – statali alla libertà di autodeterminarsi e di disporre dei propri beni.

E le ipotesi di legge che limitano la libertà di autodeterminazione rispetto ad offese a beni propri sono moltissime, a cominciare dall'art. 5 c.c. con riferimento alla stessa incolumità.

A maggior ragione, il legislatore fascista non poteva non porre limiti alla possibilità di disporre della propria vita, risultando inevitabile e del tutto coerente una limitazione nella sostanza totale: non soltanto irrillevanza del consenso nell'omicidio del consenziente, ma addirittura incriminazione dell'aiuto al suicidio. Se infatti è plausibile l'incriminazione dell'istigazione al suicidio anche in una prospettiva individualistica o personalistica in virtù del condizionamento motivazionale alla morte subito da colui che si suicida, meno plausibile l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, visto che si è in presenza di un soggetto che non solo si dà la morte da sé, ma che si è già liberamente autodeterminato in tale senso.

Al fondo dell'impostazione fascista v'è l'idea che i beni non appartengono alla persona che si autodetermina, ma nella sostanza alla collettività e allo Stato, con la conseguenza che si può andare a compiere un bilanciamento tra l'interesse espropriato dallo Stato e l'autodeterminazione ovvero lo Stato può decidere (concedere) quali beni possono essere oggetto di disposizione ed entro quali limiti.

5.2. Nella svolta costituzionale: la piena rilevanza dell'autodeterminazione in prospettiva personalistica

Nel costituzionalismo non solo si deve muovere dalla circostanza che i beni offesi appartengono allo stesso soggetto che si autodetermina, ma anche dal fatto che al centro del sistema v'è la persona in carne ed ossa. Ecco che l'autodeterminazione non è fine a se stessa, ma si riconnette al più alto personalismo.

Ebbene, se l'autodeterminazione, in virtù del fatto che i beni appartengono allo stesso soggetto, è espressione della persona, ne consegue che nel momento in cui si viene a creare una contrapposizione tra persona e pretese statali non può che prevalere la persona e quindi la sua autodeterminazione. E' il personalismo che impone di attribuire rilevanza all'autodeterminazione, secondo una prospettiva per cui, se non è il soggetto a decidere, è un altro soggetto: ma come è possibile che la scelta di un altro soggetto sia più consentanea al singolo della scelta compiuta da parte del singolo stesso?

Il grande tema diviene quello della possibilità di disporre della propria vita. Ebbene, nella prospettiva personalistica, senz'altro cade l'aiuto al suicidio, vale a dire l'aiuto nei confronti di un soggetto che si è già autodeterminato e che si dà la morte da sé. Più complesso il discorso per quanto riguarda la vita allorquando la morte è data da altro soggetto. Tuttavia, una volta che si muove da una prospettiva personalistica, risulta difficile trovare interessi prevalenti rispetto all'autodeterminazione personalistica, a meno che, come vedremo, non si utilizzi il concetto di dignità oggettiva della persona, che in apparenza si ispira al personalismo, ma che tuttavia non è tale, perché costituisce un'astrazione dal personalismo della persona concreta e quindi si muove in una logica pubblicistica se non addirittura paternalistica. E se coglie nel giusto chi vede una sorta di contraddizione nel pieno riconoscimento di un'autodeterminazione che può giungere ad annientare la stessa vita, tuttavia è innegabile che una volta posta al centro la persona nella sua piena espressione di sé, risulta difficile poi andare a compiere un sindacato sulle ragioni della scelta di morte destinata a compromettere la vita.

D'altra parte, si deve essere chiari. Anche là dove si valorizza l'autodeterminazione riconnettendola alla persona, si pone un problema comunque di rischio di strumentalizzazione da parte di terzi ed è in questo riconoscimento del rischio di abuso da parte di terzi che sembra risiedere la differenza tra personalismo e individualismo. Ed infatti, se si muove da una prospettiva rigorosamente individualistica, l'autodeterminazione non solo non può non prevalere, ma non è nemmeno pensabile porsi il problema se vi siano rischi di abuso da parte di terzi, perché, al netto dell'istigazione e della incapacità del soggetto, ognuno si considera totalmente "sovraffuso" nelle proprie scelte. Insomma, la prospettiva individualistica finisce per attribuire una prevalenza all'autodeterminazione senza ammettere rischi di strumentalizzazione.

La prospettiva personalistica invece muove dall'idea che pur prevalendo l'autodeterminazione si possono porre rischi di strumentalizzazione. Ma ecco la differenza rispetto al personalismo – per così dire – astratto. Posti questi rischi, l'esito non può essere nel senso di impedire, limitare, individuare ipotesi particolari, come ad esempio la malattia, rispetto alle quali si può aprire a valutazioni di dignità. Scopo dell'ordinamento deve divenire piuttosto quello di costruire procedimenti pubblico-sociali che consentano di verificare l'autenticità dell'autodeterminazione, che possa offrire aiuto sul piano esistenziale, ma che alla

fine devono lasciare i soggetti liberi di compiere la propria scelta, nella consapevolezza che solo il soggetto è in grado di vagliare fino in fondo la propria dignità. Ed è su questo punto che si deve spostare l'attenzione del sistema proprio in una prospettiva personalistica.

5.3. Nell'odierno costituzionalismo: ancora limiti alla rilevanza dell'autodeterminazione

Venendo allo "stato attuale" del costituzionalismo, il tema si fa decisamente più complesso come dimostrano le recenti pronunce sul fine vita della Corte costituzionale, non soltanto l'ordinanza e la sentenza sulla vicenda Cappato³¹, ma anche quella sulla ammissibilità del referendum relativo all'omicidio del consenziente³² e quella relativa all'art. 580 come modificato dalle sentenze n. 242/2019 della Corte costituzionale, nella parte in cui subordina la non punibilità di chi agevola alla condizione che l'aiuto sia prestato a una persona "tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale"³³. In estrema sintesi, nelle sentenze sull'art. 580 c.p., valorizzando i concetti di dignità e vulnerabilità, la Corte costituzionale si è collocata nell'orientamento che vede nella vita un bene assolutamente indisponibile, per cui lo stesso aiuto al suicidio deve restare punito. Essa piuttosto ha ritagliato uno spazio all'interno del quale l'aiuto al suicidio può operare, ma si tratta di uno spazio del tutto peculiare, ricavato attraverso la disciplina del rifiuto/interruzione di cure, e ulteriormente delimitato, per cui non basta la patologia, che oltretutto deve essere irreversibile e fonte di sofferenze ritenute intollerabili, ma occorre anche che il soggetto usufruisca di un sostegno vitale, e ciò per la semplice ragione che mentre nel rifiuto di cure il decorso causale è naturale, nel suicidio il decorso è attivato comunque da un uomo.

Ebbene, in premessa generale, nel momento in cui si legano assieme dignità e vulnerabilità, non si possono non rilevare contraddizioni addirittura irrisolvibili. Da un lato, si potrebbe arrivare a dire che in virtù di una vulnerabilità non si è idonei a disporre della propria dignità. Dall'altro lato, nel momento in cui si afferma che anche il vulnerabile può disporre, non si comprende per quale motivo non possa disporsi colui che vulnerabile non è.

Ma al netto di ciò, punto fondamentale è la circostanza che, come per la prostituzione e più in generale per le libertà, la Corte costituzionale avalla l'idea di un'autodeterminazione rilevante soltanto se esercitata *al fine di perseguire determinate finalità*. Insomma, nel momento in cui si individua un bene astratto (la dignità della persona vulnerabile), si recuperano margini dove far operare l'autodeterminazione (e le libertà), attribuendo rilevanza a interessi per i quali si agisce considerati meritevoli di apprezzamento da parte dello Stato.

³¹ Rispettivamente n. 207/2018 e n. 242/2019.

³² Corte cost., sent. n. 50/2022.

³³ Corte cost., sent. n. 135/2024.

Ciò emerge in modo evidentissimo, nella sentenza sul referendum, là dove si afferma che «alla luce della normativa di risulta, la “liberalizzazione” del fatto prescinderebbe dalle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, le quali non dovrebbero risultare necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche, potendo connettersi anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero *taedium vitae*, ovvero pure a scelte che implicino, comunque sia, l'accettazione della propria morte per mano altrui»³⁴. Quando invece il problema era da scorgere nella circostanza che l'abrogazione *tout court* avrebbe comportato rischi di strumentalizzazione ancora più consistenti che nell'aiuto al suicidio, visto che nell'omicidio del consenziente la causalità è governata – per così dire – da un terzo.

Non solo, ma un ragionamento identico si fa anche per il bene dell'incolumità, la cui lesione permanente si ritiene ammessa soltanto per perseguire l'interesse personale alla salute, mentre sarebbe inammissibile in presenza di finalità diverse.

Tuttavia, ed ecco il punto che merita davvero attenzione, attribuire rilevanza all'interesse in vista del quale si esercita l'autodeterminazione (come anche la libertà) significa aprire a valutazioni paternalistiche destinate a mutare a seconda del “padre” che viene di volta in volta in gioco. Tant’è vero che nella sentenza n. 135/2024, il requisito del sostegno vitale non è stato ritenuto contrario al diritto di autodeterminazione, affermando che «se è vero che ogni scelta di legalizzazione di pratiche di suicidio assistito o di eutanasia amplia gli spazi riconosciuti all'autonomia della persona nel decidere liberamente sul proprio destino, essa crea – al tempo stesso – rischi che l'ordinamento ha il dovere di evitare [...] i rischi in questione non riguardano solo la possibilità che vengano compite condotte apertamente abusive da parte di terzi [...] ma riguardano anche [...] la possibilità che, in presenza di una legislazione permissiva non accompagnata dalle necessarie garanzie sostanziali e procedurali, si crei una “pressione sociale indiretta” su altre persona malate o semplicemente anziane e sole, le quali potrebbero convincersi di essere divenute ormai un peso per i propri familiari e per l'intera società». Insomma, l'autodeterminazione retrocede davanti a rischi sociali e collettivi nuovi e ulteriori rispetto al rischio di strumentalizzazione da parte di terzi, del tutto eventuali ed evanescenti, paternalisticamente individuati.

Non potendosi escludere valutazioni che possono comportare vere e proprie prevaricazioni, giungendosi a un vero e proprio ribaltamento della prospettiva. La mente non può che andare al caso Cospito e al parere reso dal comitato etico, dove testualmente si legge quanto segue: «è fuor di dubbio che il detenuto conserva la capacità di autodeterminarsi e di compiere gli atti di stretta rilevanza personale e, quindi, può non solo esprimere assenso o dissenso ai

³⁴ Corte cost., sent. n. 50/2022.

trattamenti diagnostici o sanitari che lo riguardano, ma può anche efficacemente redigere DAT. Deve invece ritenersi estraneo al contesto sanitario cui si riferisce quest'ultima disciplina, il caso – contemplato nel quesito ministeriale n. 1 – in cui il rifiuto di trattamenti e di terapie contenuto nelle DAT, sia subordinato al mancato conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale, come l'ottenimento di un mene materiale o immateriale. In queste situazioni le cure si rifiuterebbero allo scopo di esercitare una pressione su autorità chiamate ad una valutazione sulla base di altri schemi legali; le DAT diverrebbero così, da strumento per l'esercizio di una libertà di cura, strumento di pressione. In particolare, rifiuto e rinuncia di trattamenti sanitari, così come delineati dalla legge n. 219/2017, anche in forma di DAT, hanno una ratio radicalmente differente rispetto a quella che si pone per una persona che li rifiuta nel corso di uno sciopero della fame. Le due situazioni non sono sovrapponibili: nel primo caso il contesto è quello del rifiuto o rinuncia a un trattamenti sanitario ritenuto inaccettabile, nel secondo caso, invece, rifiuto e rinuncia, in quanto forma di protesta e/o testimonianza, non ritenuto dallo scioperante in sé stesse inaccettabili, tanto che se sarebbero oggetto di revoca se chi sciopera ottenessesse quanto richiesto»³⁵.

Il piano inclinato ha dato talmente i suoi frutti avvelenati, da rendere legittima una violazione dell'*habeas corpus*.

6. Alcune conclusioni

Da quanto abbiamo detto emerge evidentissimo come domini ancora all'interno del nostro costituzionalismo una prospettiva basata sulla prevalenza dell'autorità a scapito delle libertà, dello Stato a scapito della persona.

D'altra parte, si tratta di una prospettiva diversa, per certi aspetti più subdola, ma altrettanto pericolosa, rispetto a quella del passato. Il carattere subdolo sta nel fatto che il meccanismo si basa su una pubblicizzazione di beni personalistici che permette di valorizzare la persona e quindi ritagliare maggiori spazi di libertà. Il pericolo sta nel fatto che la rilevanza degli spazi di libertà e quindi i limiti passano dall'apprezzamento o meno delle finalità perseguiti dal soggetto agente e quindi da una loro valutazione da parte dell'ordinamento.

Da ciò consegue che al giudice viene attribuita una discrezionalità che diviene ancora più delicata, trattandosi a ben vedere di autentica discrezionalità “politica”, perché vero e proprio bilanciamento tra interessi contrapposti. Si pensi all'accertamento della vulnerabilità nella prostituzione, oppure alla valutazione che veniva rimessa al giudice dalla proposta di riforma Zan, incaricandolo di fare «salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte». Insomma, nella difficoltà di porre limiti forti alla discrezionalità del legislatore, la Corte

³⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Risposta quesiti dl Ministero della Giustizia 6 febbraio 2023, 6 marzo 2023.*

finisce per scaricare sul giudice valutazioni sempre più complesse, che implicano addirittura un bilanciamento di interessi che compete nella sostanza o al legislatore o alla Corte.

Ma il vero punto nodale è che così operando si finisce per porre limiti all'autodeterminazione e alle libertà del tutto simili a quelli posti dal fascismo allorquando finiva per sindacare le finalità di esercizio delle libertà e incriminando l'esercizio per finalità estranee a quelle perseguitate dall'ordinamento.

Ecco che all'interno dell'odierno costituzionalismo si possono individuare al fondo due diverse visioni. Due visioni di personalismo: un personalismo astratto e un personalismo concreto. Due concezioni di democrazia, quella chiusa e quella aperta. Nonché due concezioni di limiti al potere dello Stato: limiti flessibili in ragione del fatto che si attribuisce rilevanza a libertà ed autodeterminazione, ma attribuendo rilevanza e quindi compiendo una valutazione sugli interessi perseguiti attraverso l'esercizio della libertà; limiti rigorosi che prescindono da tale interesse, per cui libertà e autodeterminazione, se non incontrano contro-interessi altri meritevoli di tutela, non possono essere limitati, divenendo del tutto indifferente la ragione del loro esercizio.

Ed eccoci al punto centrale: personalismo astratto, democrazia chiusa, flessibilizzazione dei limiti non solo finiscono per restringere i margini di libertà: certo li allargano rispetto agli autoritarismi, ma li restringono rispetto all'altra concezione. Soprattutto, questo orientamento finisce per dare vita a schemi che se oggi vengono riempiti attraverso il personalismo astratto, la democrazia chiusa e la flessibilizzazione e, già oggi, danno luogo a prevaricazioni, un domani potranno essere riempiti attraverso altre valutazioni dalle quali potrebbero scaturire ulteriori e ancor più consistenti prevaricazioni. Insomma, il vero tema non è tanto e solo la meritevolezza o l'immettevolezza della finalità che si persegue, visto che può essere del tutto meritevole (la persona, la democrazia). Vero tema è la circostanza che viene attribuita rilevanza all'interesse per il quale il soggetto agisce rendendolo suscettibile di una valutazione. Ma una volta ammesso il sindacato dell'interesse per il quale si agisce, si apre la porta a qualsiasi valutazione pubblicizzante e mutevole, a seconda del detentore del potere.

L'antidoto? Valorizzare la persona nella sua concretezza e più in generale la concretezza degli interessi in prospettiva di tutela delle persone concrete. Vi sono segnali enormi che questo stia già accadendo. Per stare al penale, si pensi all'estensione della querela, che significa valorizzazione dell'interesse concreto in riferimento alla persona; la trasformazione dell'afflizione, sempre più umana e personalizzata; la giustizia riparativa, che pone al centro entrambe le persone in carne ed ossa del reo e della vittima; la stessa giurisprudenza costituzionale là dove offre letture dei beni giuridici tutelati personalisticamente orientate³⁶. Una

³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 95/2022 che ha paragonato il disvalore degli contrari alla pubblica decenza a quello degli atti osceni in luogo pubblico colposi, per quanto la condotta integrante l'illecito di atti osceni colposi sia caratterizzata, dal punto di vista materiale, dal

affermazione della persona dal basso, difficilmente arrestabile, declinabile in una pluralità di aspetti.

La crisi dello Stato annunciata all'inizio del secolo scorso non solo si sta compiendo, ma adesso attraverso il costituzionalismo sta prendendo forma in positivo, plasmando gli stessi istituti penalistici. Se prima il costituzionalismo era una forza di limite, adesso il costituzionalismo è una forza proattiva che sostiene le spinte sociali e personali. Emergendo così una nuova realtà, sociale, comunitaria, personale che finisce per trasformare le categorie costruite dal primato statalistico. Realtà difficile da sistematizzare proprio perché muove dal basso, dalla società e dalla persona, ma soprattutto impossibile da arrestare proprio perché trova nella Costituzione il più grande alleato, soprattutto se non se ne smarrisce lo spirito.

Bibliografia

- R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022
- R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in M. Pelissero, R. Bartoli (a cura di), *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2010, 57 ss.
- M. Bertolino, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in M. Bertolino (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, XIX ss.
- M. Bianchi, S. Delsignore (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Milano, 2008.
- A. Cadoppi, P. Veneziani, F. Mazzacuva (a cura di), *Laicità e diritto penale*, Bologna 2022
- G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023
- S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2023

necessario coinvolgimento della sfera sessuale da parte dell'agente, che resta invece estranea agli atti contrari alla pubblica decenza, la natura meramente colposa della condotta – evidenziata dall'assenza di consapevolezza, da parte di chi pone in essere la condotta, della percepibilità da parte di terzi dell'atto sessuale compiuto – esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate. La visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 63/2022 in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

- S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021
- S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2019, p. 2159 ss.
- E. Caterina, *Personalismo vivente, Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, 2023
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Risposta quesiti dl Ministero della Giustizia 6 febbraio 2023*, 6 marzo 2023
- G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro e A. Vallini (a cura di), *Tutela della persona umana (dignità, salute, scelte di libertà per Francesco Palazzo)*, Torino, 2020
- L. Eusebi, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *disCrimen*, 28 settembre 2020, p. 1 ss.
- L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *disCrimen*, 6 dicembre 2019, p. 1 ss.
- L. Eusebi, *Dignità umana e bioetica. Sui rischi correlati all'asserito "diritto" di morire*, in *Med. mor.*, 3, 2009, p. 389 ss.
- G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014
- G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela dl buon costume*, Padova, 1984
- A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020
- L. Goisis, *Crimini d'odio*, Napoli, 2019
- P. Grossi, *Costituzionalismi tra "moderno" e "post-moderno"*, Napoli, 2017
- F. Palazzo, *Diritto penale e costituzione (ricordando Franco Bricola)*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, in corso di pubblicazione
- F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in G. Spangher-A. Marandola (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 91 ss.
- F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2021
- F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 1, 2020, p. 3 ss.
- M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4/2015, 37 ss.
- S. Prandi, *L'uguaglianza violata*, Torino, 2024
- D. Pulitanò, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022
- D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021
- D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 7, 2018, p. 57 ss.

A. Vallini, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 5, 2020, p. 1198 ss.

A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2019, p. 805 ss.

F. Vigano, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023